

Sygn. akt: KIO 1730/10

WYROK
z dnia 27 sierpnia 2010r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Patrycja Kaczmarska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 sierpnia 2010 r. w Warszawie odwołania z dnia 13 sierpnia 2010 r. wniesionego przez **ILF Consulting Engineers Polska Sp. z o.o., ul. Postępu 15b, 02-676 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Powiat Myszkowski - Powiatowy Zarząd Dróg w Myszkowie, ul. Myszkowska 59, 42-310 Żarki**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Lafrentz Polska sp. z o.o., ul. Zbąszyńska 29, 60-359 Poznań** oraz **Iwony Grati, prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą Iwona Grati, Przedsiębiorstwo Wielobranżowe GRA_MAR, zam. ul. Częstochowska 6/4, 42-700 Lubliniec** zgłaszających 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, poprawienie w ofercie złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Lafrentz Polska sp. z o.o., ul. Zbąszyńska 29, 60-359 Poznań oraz Iwony Grati omyłki zawartej w pkt 3 formularza ofertowego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, wezwanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie

zamówienia Lafrentz Polska sp. z o.o., oraz Iwony Grati do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, a także ujawnienie informacji zawartych w wyjaśnieniach wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Lafrentz Polska sp. z o.o., oraz Iwony Grati dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny;

2. kosztami postępowania obciąża **Powiat Myszkowski - Powiatowy Zarząd Dróg w Myszkowie, ul. Myszkowska 59, 42-310 Żarki**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **ILF Consulting Engineers Polska Sp. z o.o., ul. Postępu 15b, 02-676 Warszawa,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) przez **Powiat Myszkowski - Powiatowy Zarząd Dróg w Myszkowie, ul. Myszkowska 59, 42-310 Żarki** na rzecz **ILF Consulting Engineers Polska Sp. z o.o., ul. Postępu 15b, 02-676 Warszawa** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198 a i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Częstochowie**.

.....

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759), którego przedmiotem jest „*świadczenie usług związanych z pełnieniem funkcji Inżyniera Kontraktu oraz nadzorem i rozliczeniem robót przy realizacji Projektu pod nazwą - Poprawa stanu dróg kluczem do poprawy stanu gospodarki Subregionu Północnego*”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 4 czerwca 2010 r. 2010/S 107-162716.

Pismem z 4 sierpnia 2010 r., doręczonym w tym samym dniu faksem, Zamawiający zawiadomił Odwołującego o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Lafrentz Polska sp. z o.o., ul. Zbąszyńska 29, 60-359 Poznań oraz Iwony Grati, prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą Iwona Grati, Przedsiębiorstwo Wielobranżowe GRAMAR, zam. ul. Częstochowska 6/4, 42-700 Lubliniec, zwanych dalej „Przystępującym”.

Wobec zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez Przystępującego, dokonaniu wyboru oferty złożonej przez Przystępującego jako oferty najkorzystniejszej, odmowie udostępnienia Odwołującemu treści wezwania skierowanego przez Zamawiającego do Konsorcjum Lafrentz oraz treści złożonych przez to Konsorcjum - w trybie art. 90 ust.1 Ustawy PZP - wyjaśnień odnośnie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny Odwołujący wniósł w dniu 13 sierpnia 2010r. odwołanie. W odwołaniu tym Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

- 1) przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego pomimo, że treść oferty złożonej przez niego w istotny sposób odbiega od treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), tj. nie spełnia wymogu podziału zaoferowanej kwoty ceny ryczałtowej na poszczególnych Partnerów Projektu w sposób zgodny z postanowieniami pkt 2 załącznika nr 1 do SIWZ - Formularz Ofertowy, w związku z wyjaśnieniami Zamawiającego z dnia 13 lipca 2010 r. (PZD/6/342/DP/ST/2010/6), uzupełnionymi następnie pismem z dnia 15 lipca 2010 r. (PZD/6/342/DP/ST/2010/8) i sprostowanymi pismem z dnia 16 lipca 2010 r. (PZD/6/342/DP/ST/2010/12), a także została złożona w sposób nieuwzględniający,

dokonanej przez Zamawiającego pismem z dnia 5 lipca 2010r. (PZD/6/342/DP/ST/2010/8), zmiany treści oświadczenia składanego zgodnie z pkt 3 formularza ofertowego,

- 2) przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Przystępującego, pomimo że zaoferowana przez Przystępującego cena winna być uznana za cenę rażąco niską w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,
- 3) przepisu art. 7 ust. 3 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty Przystępującego jako oferty najkorzystniejszej, pomimo że wykonawca ten nie wykazał, w sposób przewidziany w pkt. 6.2.3 rozdziału 6 SIWZ spełniania wymogów udziału w postępowaniu w postaci dysponowania osobami zdolnymi do wykonania funkcji Inżyniera Kontraktu oraz Specjalisty ds. Rozliczeń, a Zamawiający zaniechał wezwania tego wykonawcy do uzupełnienia dokumentów w tym zakresie trybie art. 26 ust. 3 Ustawy Pzp,
- 4) przepisu art. 8 ust. 1 i 2 ustawy PZP poprzez odmowę udostępnienia Odwołującemu treści wezwania skierowanego przez Zamawiającego do Przystępującego oraz złożonych przez to Konsorcjum w trybie art. 90 ust.1 ustawy Pzp wyjaśnień odnośnie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) uwzględnienie niniejszego odwołania,
- 2) nakazanie Zamawiającemu:
 - a) dokonania unieważnienia czynności wyboru oferty Przystępującego jako oferty najkorzystniejszej,
 - b) odrzucenia oferty Przystępującego, jako niezgodnej z treścią SIWZ i niepodlegającej w tym zakresie poprawieniu lub uzupełnieniu, a także zawierającej rażąco niską cenę w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,
 - c) dokonania ponownej oceny złożonych ofert, niepodlegających odrzuceniu i uznania oferty Odwołującego za ofertą najkorzystniejszą,
 - d) ewentualnie w przypadku nieuwzględnienia wniosku zawartego w pkt b) powyżej nakazanie Zamawiającemu wezwania Przystępującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie wymogów udziału w postępowaniu w postaci dysponowania osobami zdolnymi do wykonania funkcji Inżyniera Kontraktu oraz Specjalisty ds. Rozliczeń,

3) zasądzenie na rzecz Odwołującego poniesionych kosztów postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu odwołania argumentował, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający określił w warunkach przetargowych wymóg, aby składane oferty zawierały wyodrębnienie zaoferowanej ceny wykonania usługi z podziałem na poszczególnych, wskazanych w formularzu ofertowym, partnerów projektu (pkt 2 załącznika nr 1 do SIWZ - formularza ofertowego). Podnosił, że zgodnie z postanowieniami SIWZ usługi objęte przedmiotem zamówienia będą wykonywane w odniesieniu do projektów realizowanych na rzecz poszczególnych Partnerów Projektu i przez nich w odpowiednich proporcjach finansowanych.

Argumentował, że w odpowiedzi na pytania wykonawców do treści SIWZ Zamawiający pismem z dnia 13 lipca 2010 r. (PZD/6/342/DP/ST/2010/6), uzupełnionym następnie pismem z dnia 15 lipca 2010 r. (PZD/6/342/DP/ST/2010/8) i sprostowanym pismem z dnia 16 lipca 2010 r. (PZD/6/342/DP/ST/2010/8) wyjaśnił, że w formularzu ofertowym „cenę ryczałtową należy podzielić na poszczególnych Partnerów Projektu” na podstawie zapisu ppkt. 7 „Szczegółowy zakres nadzorowanych robót określa dokumentacja techniczna będąca do wglądu w siedzibie Zamawiającego - Lidera Projektu” w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, Rozdział 3 . Opis przedmiotu zamówienia pkt 3.1."

Wywodził, że Zamawiający wskazał jednocześnie wymagany, procentowy podział oferowanej ceny w odniesieniu do poszczególnych partnerów projektu w następujący sposób:

	Rok 2010	Rok 2011
Gmina Miasto Częstochowa	46,505 %	56,340 %
Powiat Częstochowski	12,350 %	43,660 %
Powiat Myszkowski	41,145 %	0,000 %

Tymczasem w złożonej przez Przystępującego ofercie, w pkt 1 formularza ofertowego, jako cenę ryczałtową brutto za wykonanie przedmiotu zamówienia wskazano kwotę 268.400,00 zł, jednak w pkt 2 formularza ofertowego zaoferowano podział powyższej kwoty na poszczególnych partnerów projektu w sposób nieodpowiadający treści SIWZ, wyjaśnionej w trybie powołanych powyżej odpowiedzi Zamawiającego.

Podnosił, że zgodnie z pkt 2 formularza ofertowego Przystępującego, zaoferowany przez tego wykonawcę podział ceny na poszczególnych partnerów projektu, został dokonany w następujący sposób:

	Rok 2010	Rok 2011
Gmina Miasto Częstochowa	40.000,00 zł brutto (a więc 33,333 % zamiast wymaganych zgodnie z SIWZ 46,505%)	74.200,00 zł brutto (a więc 50 % zamiast wymaganych zgodnie z SIWZ: 56,340 %)
Powiat Częstochowski	40.000,00 zł brutto (a więc 33,333 % zamiast wymaganych zgodnie z SIWZ: 12,350%)	74.200,00 zł brutto (a więc 50% zamiast wymaganych zgodnie z SIWZ: 43,660 %)
Powiat Myszkowski	40.000,00 zł brutto (a więc 33,333% zamiast wymaganych zgodnie z SIWZ: 41,145%)	0,000 %

Argumentował, że powyższa niezgodność treści oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (doprecyzowaną w drodze odpowiedzi Zamawiającego na pytania wykonawców) nie jest omyłką która podlega poprawieniu w trybie przepisu art. 87 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp albowiem korekta stwierdzonej rozbieżności spowodowałaby istotną zmianę w treści oferty w rozumieniu powołanego powyżej przepisu. Wskazywał, że Zamawiający w świadomy sposób wyodrębnił w pkt 2 formularza ofertowego podział oferowanej ceny ofertowej na poszczególnych partnerów projektu i tym samym uczynił z tego podziału istotny element oferty, którego treść podlega następnie wprowadzeniu do umowy o zamówienie publiczne.

Niezależnie od powyższego uchybienia Odwołujący podnosił, że Przystępujący złożył ofertę, która zawiera w swojej treści oświadczenie w zakresie terminu wykonania umowy (pkt 3 formularza ofertowego) w brzmieniu nie uwzględniającym zmiany SIWZ w tym zakresie dokonanej przez Zamawiającego pismem z dnia 5 lipca 2010 r. (PZD/6/342/DP/ST/2010/8). Wywodził, że pismem tym Zamawiający zmienił treść oświadczenia o terminie wykonania zamówienia nadając mu treść: „Objęty specyfikacją istotnych warunków zamówienia zakres przedmiotu zamówienia zrealizujemy w terminie od dnia podpisania Umowy do (...), ponadto Wykonawca zobowiązany będzie do obsługi w ciągu 5 lat (60 miesięcy) okresu gwarancji jakości robót od dnia odbioru końcowego - wydania Świadectwa Przejęcia - za powyższe Wykonawca nie otrzyma dodatkowego wynagrodzenia”. Podnosił, że także ta niezgodność oferty Przystępującego z treścią SIWZ nie może być uznana za podlegającą poprawieniu pomyłkę wykonawcy, a tym samym stanowi dodatkową podstawę do odrzucenia oferty tego wykonawcy.

Niezależnie od powyższego, wywodził, że w przedmiotowym przypadku oferta Przystępującego podlega odrzuceniu również ze względu na fakt, że zaoferowana przez Przystępującego cena jest ceną rażąco niską w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zaoferowana przez Przystępującego cena stanowi bowiem

niespełna 29,6 % szacunkowej wartości zamówienia oraz odbiega odpowiednio o 47,01 % i 42,31 % od innych złożonych w postępowaniu ofert, co w warunkach zwykłej konkurencji na rynku usług zbliżonych do usług objętych przedmiotowym zamówieniem nie może być uznane za cenę rynkową. Wyjaśniał, że przywołanie pełniejszego uzasadnienia w tym zakresie nie jest możliwe, bowiem Zamawiający, z naruszeniem przepisu art. 7 ust. 3 ustawy Pzp, odmówił Odwołującemu w całości udostępnienia zarówno treści wezwania skierowanego przez Zamawiającego do Przystępującego, jak również złożonych przez Przystępującego w trybie art. 90 ust.1 ustawy Pzp wyjaśnień.

Z informacji uzyskanej przez Odwołującego ze strony Zamawiającego wynika jedynie, że wezwanie dotyczyło wyłącznie złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Powyższe skutkuje koniecznością uznania, że w przedmiotowym przypadku doszło także do naruszenia art. 7 ust. 3 ustawy Pzp. Wywodził, że Zamawiający dokonał bowiem wyboru oferty Przystępującego, pomimo, że Przystępujący nie wykazał dokumentami dołączonymi do oferty spełniania wymogu dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, tj. dysponowania osobami zdolnymi do pełnienia funkcji Inżyniera Kontraktu oraz Specjalisty ds. Rozliczeń.

Argumentował, że zgodnie bowiem z pkt 5.2.1 Rozdziału 5 SIWZ Zamawiający określił następujące wymogi odnośnie doświadczenia zawodowego osób wskazanych do pełnienia funkcji odpowiednio Inżyniera Kontraktu oraz Specjalisty ds. Rozliczeń:

- a) „Inżynier Kontraktu - posiadający (...) minimum 5 - letnie doświadczenie zawodowe, w tym zarządzał przynajmniej jedną inwestycją prowadzoną według warunków kontraktowych FIDIC
- b) Specjalista ds. Rozliczeń - posiadający (...) minimum 5 - letnie doświadczenie zawodowe polegające na rozliczeniu co najmniej jednej inwestycji współfinansowanej ze środków strukturalnych Unii Europejskiej”.

Jako dokument potwierdzający spełnianie w/w wymogu Zamawiający wskazał m.in. na konieczność złożenia „wykazu osób (...) które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia, lat praktyki zawodowej i wykształcenia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności (...) (pkt 6.2.3.1 rozdziału 6 SIWZ). W tym celu Zamawiający przewidział konieczność wypełnienia załącznika nr 5 do SIWZ.

Podnosił, że w wykazie osób złożonym przez Konsorcjum Lafrentz w odniesieniu do osób wskazanych do pełnienia funkcji Inżyniera Kontraktu oraz Specjalisty ds. Rozliczeń w rubryce „doświadczenie zawodowe” wskazano odpowiednio: „32 lata” oraz „5 lat”. Wywodził, że powyższe nie spełnia wymogów SIWZ, w szczególności wobec braku wskazania zakresu wykonywanych przez powyższe osoby czynności, co uniemożliwia weryfikację spełniania wymogów SIWZ

określonych w powoływanym wyżej pkt. 5.2.1 Rozdziału 5 SIWZ. Zamawiający w takiej sytuacji zobligowany był do wezwania Przystępującego do uzupełnienia dokumentów w powyższym zakresie, czego jednak zaniechał. W konsekwencji wybór oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej został dokonany z naruszeniem przepisów Ustawy PZP i winien być także z tego powodu unieważniony.

Zamawiający w dniu 18 sierpnia 2010 r. przesłał pozostałym wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia kopię odwołania wzywając ich do przystąpienia do postępowania odwoławczego. Przystępujący otrzymał kopię odwołania i wezwanie do przystąpienia do postępowania odwoławczego w dniu 18 sierpnia 2010 r.

Przystępujący zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego doręczając przystąpienie Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej w formie pisemnej w dniu 20 sierpnia 2010 r. Termin 3 dniowy, określony w art. 185 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, został zachowany.

W zgłoszeniu Przystępujący wniósł o odrzucenie odwołania. W uzasadnieniu podnosił, że wobec przesłania Odwołującemu informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej faksem w dniu 4 sierpnia 2010 r., termin an wniesienie odwołania, zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp upływał Odwołującemu w dniu 14 sierpnia 2010r. Argumentował, że zgodnie z art. 180 ust. 5 pkt 1 Pzp Odwołujący przesyła kopię odwołania Zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu. Domniemywa się, iż Zamawiający mógł zapoznać się z treścią odwołania przed upływem terminu do jego wniesienia, jeżeli przesłanie jego kopii nastąpiło przed upływem terminu do jego wniesienia, jeżeli przesłanie jego kopii nastąpiło przed upływem terminu do jego wniesienia za pomocą jednego ze sposobów określonych w art. 27 ust. 2 ustawy Pzp. Podnosił, że zgodnie z pkt 7.1.1 SIWZ oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje Zamawiający oraz Wykonawcy przekazują pisemnie, a w oparciu o pkt 7.1.3. SIWZ zapytania mogą być składane faksem pod numer 34/3148304 pod warunkiem niezwłocznego potwierdzenia treści zapytania na piśmie.

Wywodził, że Odwołujący przesłał Zamawiającemu kopię odwołania drogą elektroniczną, tj. za pośrednictwem poczty elektronicznej w dniu 13 sierpnia 2010 r. po godz. 15.00, a więc po oficjalnych godzinach urzędowania Zamawiającego. Kopia odwołania drogą pocztową dotarła do Zamawiającego dopiero w dniu 17 sierpnia 2010 r.

Ponadto podnosił, że wszystkie argumenty zawarte w odwołaniu są bezzasadne i odwołanie zasługuje na oddalenie.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia SIWZ, ofertę złożoną przez Przystępującego, odwołanie, odpowiedź na odwołanie, jak również biorąc pod uwagę dokumenty, oświadczenia i stanowiska Stron złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby w pierwszej kolejności ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. W szczególności Izba stwierdziła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 7 ustawy Pzp z uwagi na fakt, że Odwołujący nie przekazał kopii odwołania Zamawiającemu przed upływem terminu do jego złożenia odwołania.

Izba ustaliła, że Odwołujący przesłał Zamawiającemu kopię odwołania drogą elektroniczną, tj. za pośrednictwem poczty elektronicznej na adres poczty elektronicznej Zamawiającego w dniu 13 sierpnia 2010 r., w piątek, o godz. 15.09, a więc po oficjalnych godzinach urzędowania Zamawiającego (g. 15). Kopia odwołania drogą pocztową dotarła do Zamawiającego w dniu 17 sierpnia 2010 r. Powyższy stan faktyczny nie był sporny pomiędzy Stronami, natomiast Strony różniły się w jego ocenie.

Zgodnie z art. 180 ust. 5 ustawy Pzp Odwołujący przesyła kopię odwołania zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu. Domniemywa się, iż zamawiający mógł zapoznać się z treścią odwołania przed upływem terminu do jego wniesienia, jeżeli przesłanie jego kopii nastąpiło przed upływem terminu do jego wniesienia za pomocą jednego ze sposobów określonych w art. 27 ust. 2.

Izba w pierwszej kolejności zważyła, że skutecznym było przekazanie kopii odwołania Zamawiającemu pocztą elektroniczną. Zamawiający i Przystępujący podnosili, że wobec zastrzeżenia w SIWZ, że korespondencja pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami odbywać się będzie pisemnie lub za pośrednictwem faksu, elektroniczna forma przesłania kopii odwołania jest niedopuszczalna. Stanowisko to jest nieuprawnione, albowiem regulujący kwestię sposobu przekazania kopii odwołania przepis art. 180 ust. 5 ustawy Pzp w sposób wyraźny przewiduje, że przekazanie to może się odbyć w każdy ze sposobów, o których mowa w art. 27 ust. 2 ustawy Pzp, a więc i drogą elektroniczną. Wbrew twierdzeniom Zamawiającego i Przystępującego przepis art. 180 ust. 5 ustawy Pzp nie odsyła bowiem do treści art. 27 ust. 1 ustawy Pzp.

W drugiej kolejności Izba zważyła, że Zamawiający nie obalił domniemania wynikającego ze zdania 2 art. 180 ust. 5 ustawy Pzp. Niewątpliwie przesłanie kopii

odwołania w dniu 13 sierpnia 2010 r. nastąpiło przed upływem terminu do wniesienia odwołania, który upływał 14 sierpnia 2010 r. o g. 24.00 (art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 180 ust. 5 ustawy Pzp w zw. z art. 14 ustawy Pzp w zw. z art. 111§1 Kc). Okoliczność iż nastąpiło to w przedostatnim dniu terminu tj. 13 sierpnia 2010 r. tj. w piątek po g. 15.09, czyli godzinach urzędowania Zamawiającego, zaś sobota 14 sierpnia 2010 r. nie była dniem roboczym Zamawiającego nie była wystarczająca do obalenie domniemania, iż Zamawiający mógł się zapoznać z treścią przesłanej kopii odwołania. Niewątpliwie potencjalna możliwość odebrania poczty elektronicznej istniała zarówno dnia 13 sierpnia 2010 r. po g. 15.09 jak również w dniu 14 sierpnia 2010 r. Obalenie domniemania wynikającego ze zdania 2 art. 180 ust. 5 ustawy Pzp wymagałoby wykazania, iż zaistniała taka okoliczność, która uniemożliwiłaby Zamawiającemu nawet potencjalną możliwość zapoznania się z treścią odwołania, a takiego dowodu Zamawiający i Przystępujący nie przeprowadzili.

Uwzględniając fakt, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w którym złożono rozpoznawane przez Izbę odwołanie jest postępowaniem powyżej tzw. progów unijnych, wobec czego na podstawie przepisu art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp dziesięciodniowy termin na wniesienie odwołania oraz przesłania Zamawiającemu jego kopii upływał w dniu 14 sierpnia 2010 r. stwierdzić należy, że doręczenie zamawiającemu w dniu 13 sierpnia 2010 r. o godz. 15.09 pocztą elektroniczną kopii treści odwołania, oznacza, że Odwołujący dopełnił obowiązku wynikającego z przepisu art. 180 ust. 5 ustawy Pzp. W konsekwencji Izba stwierdziła, że nie zachodzi podstawa do odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 7 ustawy Pzp.

Ustalono również, że Odwołujący posiada interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, uprawniający go do złożenia odwołania.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego podnosząc, że treść oferty złożonej przez niego w istotny sposób odbiega od treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), tj. nie spełnia wymogu podziału zaoferowanej kwoty ceny ryczałtowej na poszczególnych Partnerów Projektu w sposób

zgodny z postanowieniami pkt 2 załącznika nr 1 do SIWZ - Formularz Ofertowy, w związku z wyjaśnieniami Zamawiającego z dnia 13 lipca 2010 r. (PZD/6/342/DP/ST/2010/6), uzupełnionymi następnie pismem z dnia 15 lipca 2010 r. (PZD/6/342/DP/ST/2010/8) i sprostowanymi pismem z dnia 16 lipca 2010 r. (PZD/6/342/DP/ST/2010/12), a także została złożona w sposób nieuwzględniający, dokonanej przez Zamawiającego pismem z dnia 5 lipca 2010r. (PZD/6/342/DP/ST/2010/8), zmiany treści oświadczenia składanego zgodnie z pkt 3 formularza ofertowego.

Zarzuty te nie zasługują na uwzględnienie.

Stan faktyczny nie był sporny pomiędzy Stronami. W odpowiedzi na pytania wykonawców do treści SIWZ Zamawiający pismem z dnia 13 lipca 2010 r. (PZD/6/342/DP/ST/2010/6), uzupełnionym następnie pismem z dnia 15 lipca 2010 r. (PZD/6/342/DP/ST/2010/8) i sprostowanym pismem z dnia 16 lipca 2010 r. (PZD/6/342/DP/ST/2010/8) wyjaśnił, że w formularzu ofertowym „cenę ryczałtową należy podzielić na poszczególnych Partnerów Projektu” na podstawie zapisu ppkt. 7 „Szczegółowy zakres nadzorowanych robót określa dokumentacja techniczna będąca do wglądu w siedzibie Zamawiającego - Lidera Projektu” w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, Rozdział 3 . Opis przedmiotu zamówienia pkt 3.1."

Zamawiający wskazał wymagany, procentowy podział oferowanej ceny w odniesieniu do poszczególnych partnerów projektu w następujący sposób:

	Rok 2010	Rok 2011
Gmina Miasto Częstochowa	46,505 %	56,340 %
Powiat Częstochowski	12,350 %	43,660 %
Powiat Myszkowski	41,145 %	0,000 %

W złożonej przez Przystępującego ofercie, w pkt 1 formularza ofertowego, jako cenę ryczałtową brutto za wykonanie przedmiotu zamówienia wskazano kwotę 268.400,00 zł, Zgodnie z pkt 2 formularza ofertowego Przystępującego, zaoferowany przez tego wykonawcę podział ceny na poszczególnych partnerów projektu, został dokonany w następujący sposób:

	Rok 2010	Rok 2011
Gmina Miasto Częstochowa	40.000,00 zł brutto (a więc 33,333 %)	74.200,00 zł brutto (a więc 50 %)
Powiat Częstochowski	40.000,00 zł brutto (a więc 33,333 %)	74.200,00 zł brutto (a więc 50%)
Powiat Myszkowski	40.000,00 zł brutto (a więc 33,333%)	0,000 %

Zamawiający pismem z dnia 27 lipca 2010 r. powołując się na treść art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, poprawił ww. niezgodność z SIWZ w pkt 2 formularza ofertowego Przystępującego w następujący sposób:

	Rok 2010	Rok 2011
Gmina Miasto Częstochowa	36.711,59 zł	106.741,10 zł
Powiat Częstochowski	9.749,23 zł	82.717,73 zł
Powiat Myszkowski	32.480,35 zł	-----

Przystępujący, pismem z dnia 29.07.2010 r. wyraził zgodę na poprawienie ww. niezgodności w sposób dokonany przez Zamawiającego.

Oceniając tak ustalony stan faktyczny Izba podzieliła stanowisko i argumentację Zamawiającego, że Przystępujący popełnił omyłkę, która nie ma istotnego wpływu na treść oferty. Kwestią wymagającą rozstrzygnięcia w przypadku tego zarzutu było ustalenie, czy Zamawiający uprawniony był do poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych zawartego w formularzu ofertowym oświadczenia Przystępującego co do podziału ceny ofertowej na poszczególnych partnerów projektu. Przywołany przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp obliguje Zamawiającego do poprawiania w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego omyłek w treści oferty, jeżeli zachodzą łącznie dwie okoliczności: stwierdzona przez Zamawiającego niezgodność treści oferty ze SIWZ ma charakter omyłki i poprawienie tej omyłki nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty. Zgodnie z tym przepisem Zamawiający powinien poprawić w ofercie inne (niż oczywiste omyłki pisarskie i oczywiste omyłki rachunkowe) omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty, a dopiero w braku zgody wykonawcy na ich poprawienie, może ofertę odrzucić na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Ustawodawca, uchylając art. 88 ustawy Pzp, zrezygnował z określenia katalogu zmian w treści oferty, które mogą nastąpić w wyniku poprawienia omyłek, uznając, że dopuszczalność zastosowania przepisu art. 87 ust. 2 ustawy Pzp należy oceniać w konkretnych okolicznościach sprawy, biorąc pod uwagę istotność zmian wprowadzonych w treści oferty, a także intencje wykonawcy, składającego oświadczenie woli.

Jak podkreślono w publikacji Urzędu Zamówień Publicznych, zatytułowanej „Prawo zamówień publicznych po nowelizacji z dnia 4 września 2008 r.” pod red. J. Sadowego, Warszawa 2008, str. 117 i nast. *„Ustawa dopuszcza również poprawianie innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, i niepowodujących istotnych zmian w treści oferty (art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy). Poprawianie omyłek na podstawie cyt. przepisu dotyczy omyłek nie mających charakteru oczywistego oraz niekoniecznie odnosi się do ceny, a więc może dotyczyć również innych elementów*

złożonej oferty. (...) Na podstawie cyt. przepisu można poprawić omyłkę, która nie powoduje istotnych zmian w treści oferty. Dopuszczalne wydaje się dokonanie zmian w sytuacji, jeżeli z okoliczności wynika zamiar złożenia przez wykonawcę oferty zgodnie z wymaganiami zamawiającego oraz poprawienie omyłki nie ingeruje w sposób istotny w treść oferty, tj. nie powoduje konieczności znaczącej ingerencji ze strony zamawiającego lub nie dotyczy jej istotnych postanowień."

Co istotne, utrwalone już orzecznictwo wskazuje, że „zakres możliwych do poprawienia omyłek na podstawie przepisu art. 87 ust.2 pkt 3 ustawy PZP, powinien być interpretowany możliwie najszerszej..." (por. m.in. wyrok KIO z dnia 10.06.2009r. KIO/UZP 691/09).

Izba zważyła, że w ofercie Przystępującego niewątpliwie występowała rozbieżność dotycząca podziału ceny ofertowej na poszczególnych partnerów projektu. W celu ustalenia, czy w konkretnym przypadku mamy do czynienia z omyłką, koniecznym było po pierwsze ustalenie zamiaru wykonawcy. Z treści oferty Przystępującego, z całokształtu zawartych w niej oświadczeń a także z oświadczenia Przystępującego o wyrażeniu przez niego zgody na poprawienie omyłki wynika, zdaniem Izby, zamiar udzielenia podzielenia ceny ofertowej na poszczególnych partnerów projektu w sposób zgodny z wymogami SIWZ. Dokonując badania i oceny oferty Zamawiający winien brać pod uwagę całą jej treść. W świetle art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego, oferta zawierać powinna istotne postanowienia przyszłej umowy. Oferta Przystępującego zawiera wszystkie istotne elementy zawarte w SIWZ, także z uwzględnieniem wprowadzonej zmiany w jej treści odnośnie podziału ceny ofertowej na poszczególnych partnerów projektu. Ofertę należy interpretować bowiem w sposób określony w art. 56 Kc, z którego wynika wymóg uwzględnienia przy wykładni oświadczenia woli okoliczności jego złożenia. O tym, jaki był rzeczywisty zamiar Przystępującego świadczy fakt złożenia przez niego w formularzu ofertowym oświadczenia, iż „zapoznał się z SIWZ i nie wnosi do niej zastrzeżeń”, a także, że „akceptuje dokonaną przez Zamawiającego poprawę omyłki w swojej ofercie”. Z treści odpowiedzi na pytanie z dnia 13 lipca 2010 r. wynika, że podział ceny ofertowej na poszczególnych partnerów projektu był pochodną zapisu ppkt 7 „szczegółowy zakres nadzorowanych robót określa dokumentacja techniczna będąca do wglądu w siedzibie Zamawiającego – lidera projektu w specyfikacji istotnych warunków zamówienia rozdział 3. Opis przedmiotu zamówienia pkt 3.1.”, zaś Zamawiający w odpowiedziach na pytania z dnia 15.07.2010r. sprostowanej w dniu 16.07.2010 r. jedynie uszczegółowił procentowy podział ceny ofertowej. Przystępujący więc oświadczając że akceptuje treść SIWZ akceptował też konieczność podziału ceny ofertowej wynikającej z powołanych postanowień SIWZ, zaś wyrażając zgodę na poprawienie omyłki w sposób dokonany przez Zamawiającego przejawiał zamiar podziału ceny ofertowej również zgodnie z uszczegółowieniem dokonany w dniu 16.07.2010 r..

Zamiar wykonawcy wynika bowiem jednoznacznie z treści pisma z dnia 29.07.2010 r. w który oświadczył, iż wyraża zgodę na poprawkę dokonaną przez Zamawiającego. W orzecznictwie Izby prezentowany jest zaś pogląd, że „ostatecznym momentem weryfikacji omyłki, tj. zmiany przekonania wykonawcy, co do poprawności jego oferty, jest wywołujące określone skutki prawne zawiadomienie o dokonanym poprawieniu omyłki i wyrażenie zgody, o którym mowa w art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy, niezależnie od wcześniej składanych deklaracji w tym przedmiocie” (por. wyrok Izby z 5.8.2009r. sygn. akt KIO/UZP 959/09).

W świetle powyższego Izba uznała, że w ofercie Przystępującego doszło do takiej pomyłki, której gdyby Przystępujący był świadomy z pewnością by nie popełnił.

Izba stwierdziła również, że poprawiona przez Zamawiającego omyłka nie ingerowała w sposób istotny w treść oferty. Izba stwierdziła, że kwestię istotności konkretnego elementu oferty należy badać w świetle okoliczności danej sprawy, z uwzględnieniem treści art. 66 KC. Jedynym kryterium oceny ofert w niniejszym postępowaniu była cena ofertowa brutto (pkt 13.2 SIWZ), która w wyniku dokonanej poprawy nie ulegnie zmianie, albowiem po dokonaniu poprawy Przystępujący w dalszym ciągu oferuje wykonanie całości zamówienia za cenę 268.400 zł brutto. Poprawienie ww. omyłki nie wpłynęło więc na pozycję rankingową oferty Przystępującego, która w dalszym ciągu pozostaje najkorzystniejsza.

Ponadto, co warte podkreślenia, w niniejszej sprawie możliwym było samodzielne ustalenie przez Zamawiającego wysokości kwot z podziałem an poszczególnych partnerów projektu, albowiem z treści SIWZ jasno wynikał algorytm, zgodnie z którym należało dokonać podziału ceny ofertowej. Nie było więc nawet koniecznym występowanie przez Zamawiającego do wykonawcy w celu złożenia oświadczenia co do sposobu dokonania podziału ceny ofertowej.

W świetle powyższego Izba uznała, że Przystępujący popełnił omyłkę co do przedmiotowo nieistotnego elementu oferty, którego poprawa nie spowodowała istotnej zmiany oferty.

W konsekwencji decyzję zamawiającego w przedmiocie poprawienia omyłki w ofercie Przystępującego należało uznać za prawidłową. Nie potwierdził się zatem zarzut błędnej interpretacji i niewłaściwego zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący podnosił także, że Przystępujący złożył formularz ofertowy którego treść nie uwzględniała, dokonanej przez Zamawiającego pismem z dnia 5 lipca 2010r. (PZD/6/342/DP/ST/2010/8), zmiany treści oświadczenia składanego zgodnie z pkt 3 formularza ofertowego.

Stan faktyczny nie był sporny pomiędzy Stronami.

Zamawiający pismem z dnia 5 lipca 2010 r. (PZD/6/342/DP/ST/2010/8) zmienił treść oświadczenia zawartego w pkt 3 formularza ofertowego nadając mu brzmienie: „Objęty specyfikacją istotnych warunków zamówienia zakres przedmiotu zamówienia zrealizujemy w terminie od dnia podpisania Umowy do (...), ponadto Wykonawca zobowiązany będzie do obsługi w ciągu 5 lat (60 miesięcy) okresu gwarancji jakości robót od dnia odbioru końcowego - wydania Świadectwa Przejęcia - za powyższe Wykonawca nie otrzyma dodatkowego wynagrodzenia”.

Tym samym pismem Zamawiający dokonał modyfikacji w załączniku nr 6 „załącznik szczegółowy – wynagrodzenie, płatność, i termin realizacji” dodając pkt 7 o brzmieniu: „*Inżynier Kontraktu zobowiązany będzie do obsługi w ciągu 5 lat (60 miesięcy) okresu gwarancji jakości robót od dnia odbioru końcowego - wydania Świadectwa Przejęcia - za powyższe Wykonawca nie otrzyma dodatkowego wynagrodzenia*”.

Przystępujący złożył formularz ofertowy, która zawiera w pkt 3 oświadczenie „Objęty specyfikacją istotnych warunków zamówienia zakres przedmiotu zamówienia zrealizujemy w terminie od dnia podpisania Umowy do 30.12.2011, ponadto Wykonawca zobowiązany będzie do obsługi okresu rękojmi licząc od dnia zakończenia terminu realizacji umowy”.

Równocześnie Przystępujący oświadczył, że zawarty w specyfikacji istotnych warunków zamówienia druk umowy wraz z załącznikami został przez nas zaakceptowany i zobowiązuje się w przypadku wyboru jego oferty do zawarcia umowy na wyżej wymienionych warunkach w miejscu i terminie wyznaczonym przez zamawiającego” (pkt 8 formularza ofertowego), a ponadto iż zapoznał się treścią SIWZ i nie wnosi do niej zastrzeżeń (pkt 6 formularza ofertowego).

Biorąc pod uwagę przytoczone przy omawianiu poprzedniego zarzutu rozważania dotyczące przesłanek zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp Izba stwierdziła, iż możliwe jest poprawienie również ww. niezgodności z treścią SIWZ w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Izba zważyła, że z treści oferty Przystępującego, w szczególności z oświadczenia zawartego w pkt 6 i 8 formularza ofertowego wynika, zdaniem Izby, zamiar obsługi w ciągu 5 lat (60 miesięcy) okresu gwarancji jakości robót od dnia odbioru końcowego - wydania Świadectwa Przejęcia - za co wykonawca nie otrzyma dodatkowego wynagrodzenia, a więc w sposób zgodny z wymogami SIWZ. Powyższe stoi w sprzeczności z oświadczeniem złożonym przez Przystępującego w pkt 3 formularza ofertowego. Biorąc jednak pod uwagę, iż dokonując badania i oceny oferty Zamawiający winien brać pod uwagę całą jej treść w niniejszym przypadku koniecznym jest ustalenie przez Zamawiającego jaki był rzeczywisty zamiar Przystępującego. Zamawiający winien poprawić na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp ww. niezgodność z SIWZ. To jaki był rzeczywiście zamiar wykonawcy będzie można ustalić w oparciu o złożone przez Przystępującego oświadczenie o wyrażeniu lub

odmowie wyrażenia zgody na dokonaną przez Zamawiającego poprawę. W orzecznictwie Izby prezentowany jest bowiem pogląd, że „ostatecznym momentem weryfikacji omyłki, tj. zmiany przekonania wykonawcy, co do poprawności jego oferty, jest wywołujące określone skutki prawne zawiadomienie o dokonanym poprawieniu omyłki i wyrażenie zgody, o którym mowa w art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy, niezależnie od wcześniej składanych deklaracji w tym przedmiocie”.

W świetle powyższego Izba uznała, że w ofercie Przystępującego mogło dojść do takiej pomyłki, której gdyby Przystępujący był świadomy z pewnością by nie popełnił.

Izba stwierdziła również, że poprawienie przez Zamawiającego omyłki nie wpłynie w sposób istotny w treść oferty. Izba stwierdziła, że kwestię istotności konkretnego elementu oferty należy badać w świetle okoliczności danej sprawy, z uwzględnieniem treści art. 66 KC. Przystępujący W przypadku zaakceptowania przez Przystępującego dokonanej przez Zamawiającego poprawy nie dojdzie do istotnej zmiany oferty Przystępującego, albowiem oświadczył on już, że zawarty w specyfikacji istotnych warunków zamówienia druk umowy wraz z załącznikami został przez niego zaakceptowany i zobowiązuje się w przypadku wyboru jego oferty do zawarcia umowy na wyżej wymienionych warunkach w miejscu i terminie wyznaczonym przez zamawiającego” (pkt 8 formularza ofertowego), a ponadto oświadczył iż zapoznał się treścią SIWZ i nie wnosi do niej zastrzeżeń (pkt 6 formularza ofertowego).

W tej sytuacji poprawienie przez Zamawiającego pkt 3 formularza ofertowego Przystępującego poprzez nadanie mu brzmienia „Objęty specyfikacją istotnych warunków zamówienia zakres przedmiotu zamówienia zrealizujemy w terminie od dnia podpisania Umowy do (...), ponadto Wykonawca zobowiązany będzie do obsługi w ciągu 5 lat (60 miesięcy) okresu gwarancji jakości robót od dnia odbioru końcowego - wydania Świadectwa Przejęcia - za powyższe Wykonawca nie otrzyma dodatkowego wynagrodzenia” nie doprowadzi do istotnej zmiany oferty, albowiem Przystępujący poprzez akceptację druku umowy i SIWZ de facto wyraził zgodę na ww. wymóg Zamawiającego, a jedynie nie wyraził tego w sposób wyraźny w formularzu ofertowym.

W świetle powyższego Izba uznała, że Przystępujący popełnił omyłkę co do przedmiotowo nieistotnego elementu oferty, którego poprawa nie spowoduje istotnej zmiany oferty. Zamawiający winien poprawić ww. omyłkę na podstawie 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Decyzję Zamawiającego co do zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego należało uznać za prawidłową. Niezasadnym okazał się więc podnoszony przez Odwołującego zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, który argumentował, iż w ww. przypadku mamy do czynienia z niepodlegającą poprawie niezgodnością treści oferty z treścią SIWZ.

Odwołujący podnosił w odwołaniu, iż oferta Przystępującego podlega odrzuceniu również ze względu na fakt, że zaoferowana przez Przystępującego cena jest ceną rażąco niską w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Izba ustaliła, że zaoferowana przez Przystępującego cena ofertowa (268.400 zł) stanowi około 29,6 % szacunkowej wartości zamówienia oraz była niższa o 47,01% i 42,31% od oferty odwołującego i drugiego z wykonawców ubiegających się o udzielenie niniejszego postępowania.

Zamawiający, pismem z dnia 26 lipca 2010 r. w celu ustalenia czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia zwrócił się do Przystępującego o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Przystępujący pismem z dnia 28 lipca 2010 r. złożył wyjaśnienia, zastrzegając iż zawierają one informacje poufne stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zgodnie z 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. Ustawa określa również sposób dokonywania oceny wyjaśnień wskazując, że oceniając je Zamawiający powinien brać pod uwagę czynniki o charakterze obiektywnym, wymieniając przykładowo takie czynniki jak: oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy, oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów (art. 90 ust. 2 ustawy Pzp).

Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który w ogóle nie złożył w wyznaczonym terminie żądanych przez Zamawiającego wyjaśnień. Taką samą decyzję zobowiązany jest podjąć Zamawiający, jeżeli w wyniku przeprowadzonej przez siebie merytorycznej oceny złożonych przez wykonawcę wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami stwierdzi, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia (art. 90 ust. 3 ustawy Pzp).

W orzecznictwie prezentowany jest pogląd, że „za ofertę z rażąco niską ceną należy uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień, tj. cenę wskazującą na fakt wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia przedmiotu zamówienia i jego wartość”. Nie oznacza to jednak, że każda oferta z ceną niższą od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o podatek VAT zawiera rażąco niską cenę.” (por. wyrok KIO z 10 czerwca 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 684/09). Ponadto, brak jest podstaw do określenia z góry, iż pewna procentowo określona różnica kwestionowanej ceny ofertowej w stosunku do wartości zamówienia oszacowanej przez

Zamawiającego, czy też w stosunku do innych ofert uprawnia do stwierdzenia, iż mamy do czynienia z rażąco niską ceną. Izba podziela pogląd, że oceny tej należy dokonywać w konkretnym przypadku, uwzględniając specyfikę danego przedmiotu zamówienia.

W niniejszym postępowaniu nie jest możliwe odnoszenie ceny ofertowej Przystępującego do wartości szacunkowej zamówienia, powiększonej o podatek od towarów i usług, albowiem nie tylko cena zaoferowana przez Przystępującego ale i ceny ofertowe zaproponowane przez pozostałych wykonawców, w tym Odwołującego, znacząco od niej odbiegają. Zasadnym więc było porównywanie ceny ofertowej Przystępującego do ceny ofertowej pozostałych wykonawców ubiegających się o udzielenie niniejszego zamówienia. Albowiem dopiero takie porównanie, uwzględniające konkurencyjność cen, które zostały złożone przez wykonawców w konkurencyjnym postępowaniu stanowić może prawidłowe odniesienie pozwalając czynić rozważania co do poziomu ceny niewiarygodnie, nierealistycznie niskiej.

Izba stwierdziła, że wyjaśnienia co do czynników mających wpływ na wysokość ceny złożone przez Przystępującego wskazują czynniki o charakterze obiektywnym, mające wpływ na cenę oferty. Przystępujący wskazał bowiem w złożonych wyjaśnieniach, że zaproponowana przez niego cena ofertowa nie odbiega w sposób znaczący od cen ofertowych obowiązujących na rynku:

- a) rozbudowa DW 187 na odc. Pniewy-Otorowo WZDW Poznań, limit Zamawiającego: 800.000 zł, najniższa cena 177.597 zł,
- b) rozbudowa DW 307 na od. Poznań – Zakrzewo, WZDW Poznań, limit Zamawiającego: 1.400.000 zł, najniższa cena: 324.032 zł.

Ponadto, w ocenie Izby, Przystępujący wykazał istnienie wyjątkowo korzystnych warunków realizacji niniejszego zamówienia, wskazując iż realizuje na tym samym terenie, co teren realizacji przedmiotu zamówienia, trzech innych kontraktów:

- a) pełnienie nadzoru inwestorskiego i zarządzanie budową południowej obwodnicy m. Siewierz w ciągu drogi krajowej 78,
- b) pełnienie nadzoru inwestorskiego i zarządzanie budową północnej obwodnicy m. Lubliniec w ciągu drogi krajowej nr 46,
- c) zarządzanie i nadzór nad budową autostrady A1 na odcinku od węzła Świerklany do Granicy z Republiką Czeską w Gorzyczkach.

W świetle powyższego Przystępujący ma już na terenie realizacji przedmiotowego zamówienia zbudowaną bazę firmy, personel, w znacznej części pochodzący z tych terenów, biuro firmy, miejsc noclegowe pracowników i współpracowników. Ponadto drugi konsorcjant GRA-MAR ma siedzibę w Lublińcu, a więc w bezpośrednim sąsiedztwie terenu realizacji przedmiotu zamówienia. Przystępujący wskazał ponadto, że w przypadku umów

wskazanych w pkt a i b są one w znacznym stadium zaawansowania i prawie pewne jest wcześniejsze zakończenie budów, natomiast umowa wskazana w pkt c została rozwiązana, co umożliwia skierowanie kadry na realizację przedmiotowego zamówienia.

W ocenie Izby, złożone przez Przystępującego wyjaśnienia potwierdzają wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla Przystępującego. Izba nie znalazła podstaw do ich kwestionowania, uznając wyjaśnienia za wiarygodne i spójne. W tej sytuacji zaoferowanie ceny ofertowej niższej o 47,01% i 42,31% od oferty odwołującego i drugiego z wykonawców ubiegających się o udzielenie niniejszego postępowania jest uzasadnione i nie może przesądzać o zaoferowaniu przez Przystępującego ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Niezasadnym okazał się więc podnoszony przez Odwołującego zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, albowiem cena zaoferowana przez Przystępującego nie jest ceną rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Przechodząc do podniesionego przez odwołującego zarzutu naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 8 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez odmowę udostępnienia Odwołującemu treści wezwania skierowanego przez Zamawiającego do Przystępującego oraz złożonych przez to Przystępującego w trybie art. 90 ust.1 ustawy Pzp a także wyjaśnień odnośnie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, Izba stwierdziła że zarzut ten zasługuje na uwzględnienie.

Zasada jawności postępowania o zamówienie publiczne stanowi jedną z naczelných zasad systemu zamówień publicznych, wynikającą z przepisu art. 8 ust. 1 ustawy Pzp.

Ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą, co wynika wprost z brzmienia przepisu art. 8 ust. 2 ustawy Pzp. W zakresie informacji, które nie podlegają udostępnieniu art. 8 ust. 3 ustawy Pzp odwołuje się do definicji tajemnicy przedsiębiorstwa funkcjonującej na gruncie przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z dnia 16.04.1993 roku (Dz. U. z 2003 roku, Nr 153 poz. 1503 ze zm.). Zgodnie z treścią art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.

Przyjmuje się, że informacja ma charakter technologiczny, techniczny jeśli dotyczy sposobów wytwarzania, formuł chemicznych, wzorów i metod działania. Za informację

organizacyjną przyjmuje się całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, niezwiązanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym. Informacja stanowiąca tajemnicę przedsiębiorstwa nie może być ujawniona do wiadomości publicznej, co oznacza, że nie może to być informacja znana ogółowi lub osobom, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem. Stanowisko to wyraził także Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 3 października 2000 roku, Sygn. akt I CKN 304/ 2000, w którym jednoznacznie wykluczono możliwość objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa informacji, które osoba zainteresowana może uzyskać w zwykłej dozwolonej drodze.

Obowiązkiem zamawiającego jest w każdym przypadku zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przeprowadzenie indywidualnego badania, w odniesieniu do każdego zastrzeżonego dokumentu i stwierdzenie czy zachodzą przesłanki do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Na obowiązek badania przez zamawiającego poczynionego przez wykonawców zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wskazał Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 21 października 2005 roku, III CZP 74/05 stwierdzając iż „w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający bada skuteczność dokonanego przez oferenta - na podstawie art. 96 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. Nr 19, poz. 177, ze zm.) - zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępniania informacji potwierdzających spełnienie wymagań wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Następstwem stwierdzenia bezskuteczności zastrzeżenia, o którym mowa w art. 96 ust. 4 tej ustawy, jest wyłączenie zakazu ujawniania zastrzeżonych informacji”. Wyrażony przez SN pogląd zachowuje, w ocenie Izby, pełną aktualność na gruncie obecnie obowiązujących przepisów prawa.

Izba zważyła, że zamawiający nie podjął czynności badania skuteczności poczynionego przez Przystępującego zastrzeżenia. W trakcie rozprawy Zamawiający, wyjaśnił iż nie jest było mu znane orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia 21.10.2005 roku i dlatego odmówił Odwołującemu udostępnienia zastrzeżonych informacji. Odnosząc się do zasadności poczynionego przez Przystępującego zastrzeżenia Zamawiający przyznał w trakcie rozprawy, iż informacje te nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Również w ocenie Izby, złożone przez Przystępującego wyjaśnienia odnośnie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, nie mogą być objęte tajemnicą przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu konkurencji. Wskazane informacje nie spełniają bowiem łącznie trzech niezbędnych warunków:

1. mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa i posiadają wartość gospodarczą,
2. nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej,

3. podjęto w stosunku do nich niezbędne działania celem zachowania ich poufności.

Nie spełnione zostały przesłanki charakteru technicznego, technologicznego, organizacyjnego zastrzeżonych informacji a także braku ujawnienia zastrzeżonych informacji do wiadomości publicznej oraz podjęcia przez wykonawcę niezbędnych działań celem zachowania ich poufności. Okoliczność, na jaką wskazywał Przystępujący, że informacje zawarte w wyjaśnieniach z dnia 28 lipca 2010 r. zawierają informacje poufne w zakresie stosowanej polityki wynagrodzeń spółek wchodzących w skład konsorcjum, a ponadto iż polityka wynagrodzeń jako dotycząca najważniejszego składnika kosztotwórczego firm jest istotnym elementem polityki handlowej mogłaby świadczyć, iż chodzi o informacje o charakterze organizacyjnym przedsiębiorstwa. Jednakże w treści ww. wyjaśnień Przystępujący nie wskazał żadnych szczegółowych informacji, które mogłyby uzasadniać podnoszoną przez Przystępującego okoliczność. Przystępujący nie wskazywał np. nazwisk zatrudnionych przez siebie ekspertów, personelu, wysokości ich wynagrodzenia, kosztów funkcjonowania oddziału czy jednostek organizacyjnych członków konsorcjum, rozliczeń pomiędzy członkami konsorcjum. Natomiast wskazane przez niego informacje o charakterze organizacyjnym miały charakter powszechnie znany (np. iż członek konsorcjum Przystępującego ma siedzibę w Lublińcu). W wyjaśnieniach Przystępujący wskazywał iż występują wyjątkowo korzystne warunki realizacji niniejszego zamówienia, albowiem realizuje na tym samym terenie, co realizacji przedmiotu zamówienia trzy inne kontrakty. Izba zważyła, że kontrakty te są umowami o zamówienie publiczne, które zgodnie z art. 139 ust. 3 ustawy Pzp są jawne i podlegają ujawnieniu na podstawie przepisów o dostępie do informacji publicznej, a więc nie został spełniony wymóg nie ujawnienia do wiadomości publicznej. Zaś na podstawie tej powszechnie znanej okoliczności można było przypuszczać, iż na terenie realizacji przedmiotowego zamówienia Przystępujący ma zbudowaną bazę firmy, personel, biuro firmy, miejsca noclegowe pracowników i współpracowników, które to okoliczności nie zostały szczegółowo opisane w wyjaśnieniach.

Wobec uznania za niezasadne podjęcie Przystępującego działań zmierzających do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa informacji dotyczących elementów mających wpływ na wysokość ceny, Izba uznała, że żądanie Odwołującego sprowadzające się do nakazania odtajnienia tych wyjaśnień, jest możliwe do spełnienia, biorąc pod uwagę fakt, że wyjaśnienia nie zawierają żadnych informacji, w stosunku których objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa jest zasadne. Mając na uwadze powyższe oraz biorąc pod uwagę zakres zgłoszonego żądania Izba nie znalazła podstaw do odmowy żądaniu odwołującego co do nakazania odtajnienia złożonych przez Przystępującego wyjaśnień. Zasadnym okazał się zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 8 ust. 1 i art. 8 ust. 2 ustawy Pzp.

Przechodząc do podniesionego przez Odwołującego zarzutu zaniechania przez Zamawiającego wezwania Przystępującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie opisanego przez zamawiającego warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, tj. dysponowania osobami zdolnymi do pełnienia funkcji Inżyniera Kontraktu oraz Specjalisty ds. Rozliczeń Izba stwierdziła, że zarzut ten zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, że zgodnie z pkt 5.2.1 Rozdziału 5 SIWZ Zamawiający określił następujące wymogi odnośnie doświadczenia zawodowego osób wskazanych do pełnienia funkcji odpowiednio Inżyniera Kontraktu oraz Specjalisty ds. Rozliczeń:

- a) „Inżynier Kontraktu - posiadający (...) minimum 5 - letnie doświadczenie zawodowe, w tym zarządzał przynajmniej jedną inwestycją prowadzoną według warunków kontraktowych FIDIC
- b) Specjalista ds. Rozliczeń - posiadający (...) minimum 5 - letnie doświadczenie zawodowe polegające na rozliczeniu co najmniej jednej inwestycji współfinansowanej ze środków strukturalnych Unii Europejskiej”.

W celu potwierdzenia spełniania tak opisanego warunku udziału w postępowaniu Zamawiający wymagał złożenia „wykazu osób (...) które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia, lat praktyki zawodowej i wykształcenia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności (...) (pkt 6.2.3.1 rozdziału 6 SIWZ). W tym celu Zamawiający przewidział konieczność wypełnienia załącznika nr 5 do SIWZ.

W wykazie osób złożonym przez Przystępującego w odniesieniu do osób wskazanych do pełnienia funkcji Inżyniera Kontraktu oraz Specjalisty ds. Rozliczeń tj. w rubryce „doświadczenie zawodowe” wskazano odpowiednio: „32 lata” oraz „5 lat”. Przystępujący nie wskazał zakresu wykonywanych przez powyższe osoby czynności.

Izba podzieliła stanowisko Odwołującego, iż brak wskazania zakresu wykonywanych przez osoby przewidziane do pełnienia funkcji Inżyniera Kontraktu i Specjalisty ds. Rozliczeń uniemożliwia weryfikację spełniania opisanego przez w pkt. 5.2.1 Rozdziału 5 SIWZ warunku udziału w postępowaniu. Nie można bowiem stwierdzić, czy osoba przewidziana do pełnienia funkcji Inżyniera Kontraktu zarządzała przynajmniej jedną inwestycją prowadzoną według warunków kontraktowych FIDIC, zaś osoba przewidziana do pełnienia funkcji Specjalisty ds. Rozliczeń - rozliczała co najmniej jedną inwestycję współfinansowaną ze środków strukturalnych Unii Europejskiej.

Zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp *Zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożą wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub*

dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty,, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

Z treści powołanego przepisu wynika, że uzupełnieniu podlegają pełnomocnictwo oraz dokumenty o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp tj. oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie:

- 1) warunków udziału w postępowaniu,
- 2) przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego.

Zamknięty katalog takich dokumentów i oświadczeń określony został w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dn. 30 grudnia 2009r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać Zamawiający od wykonawców, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U nr 229 poz. 1817). Analiza treści rozporządzenia pozwala stwierdzić, że znajduje się wśród nich wykaz osób, które będą uczestniczyć przy wykonywaniu zamówienia (§1 ust. 1 pkt 6 rozporządzenia).

W świetle ww. przepisu Zamawiający zobligowany był do wezwania Przystępującego do uzupełnienia wykazu osób co do zakresu czynności wykonywanych przez osoby przewidziane do pełnienia funkcji Inżyniera Kontraktu i Specjalisty ds. Rozliczeń, czego jednak w niniejszym postępowaniu zaniechał.

Zasadnym okazał się więc podnoszony przez Odwołującego zarzut naruszenia przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, albowiem Zamawiający pomimo niezłożenia przez wykonawcę dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu bezzasadnie zaniechał wezwania Przystępującego do uzupełnienia tych dokumentów.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła 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 analizowanej sprawie, albowiem opisane wyżej naruszenia pozbawiły możliwości uzyskania zamówienia Odwołującego.

Z powyższych względów, na podstawie art. 192 ust. 1, 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 w wysokości 3600,00 zł, na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy, stosownie do brzmienia § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b 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).

Przewodniczący:

.....