

Sygn. akt: KIO 2973/13

WYROK
z dnia 13 stycznia 2014r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 stycznia 2014r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 grudnia 2013r. przez **wykonawcę:** Bohdan J. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Usługowo - Handlowe „ASWRO” Bohdan J. ul. Władysława Reymonta 3, lok. 1/2, 50-225 Wrocław w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego:** Zarząd Dróg i Utrzymania Miasta ul. Długa 49; 53 – 633 Wrocław

przy udziale wykonawcy: CELMAR spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bytomiu; ul. Cyryla i Metodego numer 50; 41-909 Bytom zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża Bohdan J. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Usługowo - Handlowe „ASWRO” Bohdan J. ul. Władysława Reymonta 3, lok. 1/2, 50-225 Wrocław i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000,00 **zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Bohdan J. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Usługowo -

Handlowe „ASWRO” Bohdan J. ul. Władysława Reymonta 3, lok. 1/2, 50-225
Wrocław tytułem wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 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:

Uzasadnienie

Przedmiotem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest: Obsługa obiektów wyposażenia przystanków wrocławskiej komunikacji zbiorowej i mebli miejskich z podziałem na zadania: zadanie 1: rejon zachodni, zadanie 2: rejon wschodni.

Numer ogłoszenia zamówienia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej:
2013/S 206-357190 w dniu 23 października 2013 r.

W dniu 24 grudnia 2013r. w imieniu odwołującego na podstawie art. 179 ust. 1 i art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych złożono odwołanie od czynności zamawiającego polegających na wyborze najkorzystniejszej oferty na zadanie 1 i na zadanie 2.

O czynnościach tych zamawiający powiadomił odwołującego pismem z dnia 16 grudnia 2013 r.

Odwołanie niniejsze jest zatem wniesione w terminie.

Zamawiającemu zarzucono naruszenie zasad udzielania zamówień, określonych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, a mianowicie zasadę uczciwej konkurencji oraz zasadę równego traktowania wykonawców, a także zasadę określoną w art. 7 ust. 2, iż zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Zamawiający dopuścił się tych naruszeń przy ocenie spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, przy badaniu i ocenie ofert. Ocena ta powinna była prowadzić do odrzucenia również oferty przedstawionej przez wykonawcę - spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością pod firmą Celmar Sp. z o.o. Konsekwencją nie odrzucenia tej oferty był wybór jako najkorzystniejszej oferty zarówno w części zamówienia dotyczącego zadania 1, jak i zadania 2.

Zamawiający naruszył przy tym następujące przepisy ustawy: art. 96 ust. 1 i ust. 5 pkt 1) ustawy w zw. z § 2 ust. 1 pkt 15) i pkt 22) i ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 26 października 2010 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz.U.2010.223.1458); art. 91 ust 1 i ust. 2 ustawy; art. 3 ust. 1 i ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. 2003,153.1503 j.t., z późn. zm.); art. 22 ust. 1, ust. 3 i ust. 5 ustawy; art. 24 ust. 2 pkt 3 i pkt 4 i ust. 4 ustawy; art. 25 ust. 1 pkt 1) i pkt 2) i ust. 2 ustawy w zw. z § 1 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 7 kwietnia 2004 r. w sprawie rodzajów dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U 2004.71.645) i postanowieniami części IV Specyfikacji istotnych warunków zamówienia; art.

26 ust. 1, ust. 2a i ust. 2b ustawy; art. 27 ust. 1 ustawy; art. 82 ust. 3 ustawy; art. 87 ust. 1 i ust. 2 pkt 2) i pkt 3) ustawy; art. 89 ust. 1 pkt 2), pkt 3), pkt 6) i pkt 7) ustawy.

Naruszenia te miały wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Czynności zamawiającego naruszyły interes prawny odwołującego, gdyby zamawiający postępował zgodnie z przepisami ustawy, to jego oferta w części zamówienia dotyczącego zadania 1, jak i zadania 2 byłaby wybrana jako najkorzystniejsza.

Na podstawie art. 191 ust. 1, 2, 3 i 9 ustawy - Prawo zamówień publicznych, odwołujący wniósł o: uwzględnienie odwołania, nakazanie powtórzenia czynności przez zamawiającego polegających na wyborze najkorzystniejszej oferty, rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego, poprzez zobowiązanie

zamawiającego do zwrotu na rzecz odwołującego kosztów według spisu, jaki zostanie złożony na rozprawie.

W uzasadnieniu przedstawiono następującą argumentację.

Integralną częścią SIWZ jest odpowiedź nr 1 jakiej Zamawiający udzielił w piśmie nr TXZ.71.98.103620.104531.2013.MP z dnia 07 listopada 2013 r., wskazując, że przez łączne spełnienie warunku rozumie, iż wykonawca posiada niezbędną wiedzę i doświadczenie polegające m.in. na wykonaniu oznakowania pionowego, przy czym wymienił je w swojej odpowiedzi na pierwszej pozycji. W dniu 02 grudnia 2013 r. nastąpiło otwarcie ofert, po czym Zamawiający dwukrotnie zwrócił się pisemnie do wykonawcy- spółki z ograniczoną odpowiedzialnością pod firmą Celmar Sp. z o.o.; pismem z dnia 06 grudnia 2013 r., na podstawie art. 26 ust. 2 ustawy, o uzupełnienie oferty o dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przez złożenie załączników o numerach VI wraz z dowodami, VIIA, VIIB,

VIIIA i VIIB, z kolei pismem z dnia 11 grudnia 2013 r., na podstawie art. 87. ust. 2 pkt 2) i pkt 3) ustawy informując o poprawkach oferty. Wykonawca potwierdził odbiór obu tych pism.

W dniu 13 grudnia 2013 r. zatwierdzono wynik postępowania, wykluczając jednego z wykonawców i odrzucając jego ofertę oraz wybierając spośród dwóch pozostałych ofertę spółki z ograniczoną odpowiedzialnością pod firmą Celmar Sp. z o.o. Zawiadomienie o wyborze przesłano w dniu 16 grudnia 2013 r.

Czynności zamawiającego związane z wyborem najkorzystniejszej oferty są wadliwe.

W toku tej fazy postępowania Zamawiający naruszył przepisy ustawy, co miało istotny wpływ na wynik postępowania.

W zakresie dokumentowania postępowania przez Zamawiającego należy stwierdzić przede wszystkim wadliwość samego Protokołu postępowania w trybie przetargu

nieograniczonego, jego niezgodność z art. 96 ust. 1 i ust. 5 pkt 1) ustawy i § 2 ust. 1 pkt 15) i pkt 22) i ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 26 października 2010 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz.U.2010.223.1458). W protokole tym w poz. 13 nie wypełniono rubryki 2 - Ocena ofert, a brak jest danych w aktach postępowania, by - jak to uczyniono - w piśmie zawiadamiającym uczestników postępowania z dnia 16 grudnia 2013 r. o wynikach postępowania przypisywać do poszczególnych ofert określoną punktację. Tym samym naruszono także art. 91 ust. 1 i ust. 2 ustawy, który wymaga, by Zamawiający wybrał ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w Specyfikacji istotnych warunków zamówienia, rzecz oczywista poddających się kontroli.

Nadto, w Protokole postępowania przedwcześnie zaznaczono w poz. 16, iż „nie wniesiono odwołania”, a w poz. 17 zaznaczono, iż „nie dokonano nowych czynności/nie powtórzono czynności”. Do protokołu nie dołączono upoważnień dla pracownika zatwierdzającego wynik postępowania (poz. 14) i dla osoby zatwierdzającej protokół (poz.23).

Po otwarciu ofert Zamawiający zamiast odrzucić ofertę złożoną przez spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością pod firmą Celmar Sp. z o.o., jako niekompletną, nie odpowiadającą wymogom ustawy oraz Specyfikacji istotnych warunków zamówienia, podjął czynności, by stwierdzone braki w ofercie wykonawcy ten uzupełnił. Oferta tego wykonawcy nie była zszyta, lecz karty były ponumerowane. Oferta nie zawierała załączników numer VI wraz z dowodami, numer VIIA, numer VIIB, numer VIIIA i numer VIIIB. Oferta nie zawierała także załącznika nr II.

Wykonawca ten złożył wymagane załączniki, lecz bez załącznika numer II, którego wówczas od niego nie żądano.

W załączniku numer VI wykonawca podał, że w zakresie usług świadczonych na rzecz podmiotów wyszczególnionych w pozycjach 3,4, 5, 8 i 9 wchodzi oznakowania pionowe. Są podstawy, by stwierdzić, że oświadczenie wykonawcy w tym zakresie jest nieprawdziwe, gdyż żaden z dokumentów o cechach referencji pochodzący od tych podmiotów okoliczności tej nie potwierdza. Wybór tej oferty oznacza, że okoliczność ta, będąca istotnym warunkiem, uszła uwadze Zamawiającego, choć wcześniej w Specyfikacji (odpowiedź na zapytanie) przypisywał jej istotne znaczenie dowodzące posiadania przez wykonawcę uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, wiedzy i doświadczenia. Naruszono tym samym art. 22 ust. 1 pkt 1) i pkt 2) i ust. 5 ustawy stanowiący o warunkach, które zobowiązany jest spełnić wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia. Warunki te oraz opis sposobu dokonania oceny ich spełniania mają na celu zweryfikowanie zdolności wykonawcy do należytego wykonania udzielanego zamówienia. Należy stwierdzić, że takiej weryfikacji zamawiający w ogóle nie dokonał. Oświadczenie spółki z ograniczoną odpowiedzialnością pod firmą Celmar Sp. z o.o. o wykonywaniu oznakowania pionowego,

sprzeczne ze złożonymi dokumentami, jest niewątpliwie nieprawdziwą informacją mającą wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Informacja taka zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 3) ustawy prowadzi do wykluczenia wykonawcy i do uznania jego oferty za odrzuconą. Taka powinna być decyzja. Skutek taki związany jest również ze stwierdzeniem, że wykonawca nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, co zostało już wyżej wykazane. Postępowanie tego wykonawcy wyczerpuje również kwalifikację czynu nieuczciwej konkurencji, jako działanie sprzeczne z prawem i dobrymi obyczajami, przez wprowadzenie Zamawiającego w błąd, skutkiem czego również zgodnie z art. 3 ust. 1 i ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i stosownie do art. 89 ust. 1 pkt 3) ustawy powinno być odrzucenie oferty.

Treść oferty złożonej przez spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością pod firmą Celmar Sp. z o.o., następnie uzupełnionej, nadal nie odpowiada treści Specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co jest wymogiem wynikającym z art. 82 ust. 3 ustawy, pominiętym przez zamawiającego. Zamawiający dostatecznie jasno wskazał w Specyfikacji jakie oświadczenia i dokumenty potwierdzają spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz wymagań co do usług. Przy badaniu i ocenie ofert oraz wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający jest tym związany.

Poważne zastrzeżenia budzi zakres żądanych przez zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 ustawy dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Tryb ten może pełnić jedynie funkcję pomocniczą, lecz nie uzupełniania oferty w znacznych, istotnych jej zakresach, co w tym przypadku niestety miało miejsce. Prowadzi to wręcz do łamania zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Przedstawione przez spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością pod firmą Celmar Sp. z o.o. dokumenty dotyczące ARRET s.c. Mariusz M., Zenon S. nie poddają się jakiegokolwiek kontroli. O tym, że wykonawca ten będzie korzystał z zasobów innego podmiotu zamawiający mógł dowiedzieć się dopiero po złożeniu na wezwanie brakujących dokumentów. Datowanie szeregu z tych dokumentów budzi podejrzenie co do ich prawdziwości. Utrudnia to ocenę z punktu widzenia art. 26 ust. 1 i ust. 2a ustawy. Wykonawca nie wypowiedział się w ogóle o stosunku jaki będzie łączył go z innym podmiotem, a oświadczenie tego podmiotu nie jest jasne. Narusza to postanowienia przepisu art. 26 ust. 2b ustawy oraz Specyfikacji. Odrębną kwestią jest czynność Zamawiającego podjęta w trybie art. 87 ust. 2 ustawy. Zamawiający poprawił jak twierdzi oczywiste omyłki rachunkowe oraz inne omyłki, o czym zawiadomił wykonawcę - spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością pod firmą Celmar. Sp. z o.o. Wątpliwa jest kwalifikacja tych poprawek. Niektóre mają cechy błędów w obliczeniu ceny. Skutkiem tego jest zaś odrzucenie oferty -art. 89 ust. 1 pkt 6). Poprawienie zaś omyłek w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3) wymaga zgody wykonawcy, a takiego pisemnego oświadczenia wykonawca nie złożył, gdy wymaga tego również przepis art. 27 ust. 1 ustawy.

Również ta sytuacja prowadzi do odrzucenia oferty.

Zgodnie z wymogami Specyfikacji, część V pkt 9, wszystkie ceny i wartości powinny być podane w PLN „z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku”. Oferta złożona przez spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością pod firmą Celmar Sp. z o.o. wymogu tego nie spełnia.

Zamawiający w trybie art. 87 ust. 2 wskutek dokonanych poprawek działając na swoją niekorzyść podwyższył cenę w obu wybranych ofertach.

W zestawieniu kosztów zadania nr 1 w sposób nieuprawniony w poz. 62 kolumna 5 wpisał kwotę 10.000,00 zł. Bez wątpienia nie jest to oczywista omyłka rachunkowa. Jest to błąd, być może z przeoczenia, ale w tym trybie nie można go usuwać. Nie można wykluczyć, że wadliwe są kwoty w kolumnach 4 bądź 6. Nie do Zamawiającego należy ocena ich poprawności. W piśmie Zamawiającego o poprawkach pominięto pozycję 67, pozostawiono ją bez zmian, co kłóci się w wcześniej dokonanymi zmianami. Podobne jak wyżej zastrzeżenia dotyczą zestawienia kosztów zadania nr 2. Poprawki w pozycjach 12, 40 i 51 są istotne. Zmiany w kolumnach dokonane przez Zamawiającego są także nieuprawnione. Zamawiający dopuszcza się również błędu w obliczeniach, a skutkiem tego jest nieprawidłowa końcowa cena ofertowa zadania. Błąd ten w konsekwencji obciąża ofertę tego wykonawcy. W tym stanie rzeczy wniesienie odwołania jest uzasadnione i konieczne.

Izba ustaliła i zważyła co następuje

Izba ustaliła

Na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Izba ustaliła posiadanie przez odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art.179 ust.1 ustawy Pzp. W sytuacji uwzględnienia odwołania oferta odwołującego byłaby ofertą najkorzystniejszą przy obowiązującym kryterium wyboru oferty na podstawie ceny.

Na rozprawie przeprowadzono dowody z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, celem rozpoznania zarzutów podniesionych przez odwołującego, w stosunku do oferty wybranej przez zamawiającego.

Na rozprawie pełnomocnik zamawiającego poinformował, że w dniu 10 stycznia 2014 r. do odwołującego i przystępującego przesłano pismo o częściowym uwzględnieniu odwołania.

Zamawiający uwzględnił zastrzeżenie odwołującego do protokołu postępowania, w związku z wypełnieniem rubryki z informacją, że nie złożono odwołania przyznając, że było to oświadczenie przedwcześnie, wobec złożenia odwołania. W załączniku nr III A- Zestawienie kosztów zadania – Zadanie nr 1 w poz.53 zamawiający błędnie wpisał wynik działania matematycznego, iloczyn $4 \times 30 = 1.200,00$, który powinien wynosić 120,00 skutkiem czego cena ofertowa dla Zadania 1 wynosi 1.398.416,64 zł. brutto. Zamawiający również popełnił omyłkę pisarską polegającą na dwukrotnym wpisaniu pozycji nr 66 w piśmie dotyczącym poprawy omyłek w Załączniku nr IIIA – Zestawienie kosztów zadania-Zadanie nr 1. Wiersz o treści „Cena ofertowa brutto (suma 65+66) powinien otrzymać numer 67. W dniu 13 stycznia 2014 r. to jest w dniu rozprawy faksem przesłano do Izby niniejsze pismo zamawiającego z dnia 10 stycznia 2014 roku, które załączono do akt sprawy.

Odwołujący stwierdził, że oferta wykonawcy wybranego jest niekompletna. Do dnia dzisiejszego nie złożono w ofercie załącznika nr 2, który stanowi informację o podwykonawcach. Odwołujący uważa, że ten załącznik powinien być, bo w wyniku uzupełnienia oferty na wezwanie zamawiającego wskazał dokumenty innego podmiotu, który posiada przedkładając stosowne referencje, natomiast do dnia dzisiejszego w ofercie wykonawcy wybranego brak oświadczenia wymaganego w trybie 26 ust. 2b. Reasumując nie ma ani załącznika nr 2 o podwykonawstwie oraz nie ma oświadczenia o udostępnieniu zasobów przez podmiot trzeci.

Odwołujący stwierdził, że mimo uzupełnienia na wezwanie zamawiającego załącznika nr 6 tj. Wykaz zadań wykonanych i wymienionych w pkt 3, 4, 5, 8, 9 nie ma na zakres oznakowania pionowego dowodów na wykonywanie i należyte wykonanie tych prac (nie wynika to z żadnej z referencji). Odwołujący uważa, że skoro do wykazu nie załączono żadnych dokumentów, dowodów potwierdzających wykonywanie tych prac czy to w postaci referencji to istnieje domniemanie nieprawdziwego oświadczenia poprzez złożenie wykazu (załącznik nr 6).

Co do dokonanych w dniu 10 grudnia 2013 r. (pismo z 11 grudnia 2013 r.) poprawek oferty to odwołujący zaprzecza, że mają one charakter oczywistych omyłek rachunkowych lub też innych omyłek. W ofercie brak jest generalnie przecinków, a konieczność przecinków wynika ze specyfikacji tj. z części V – sposób obliczenia ceny ofertowej pkt 9. Uważam, że zamawiający dokonując poprawienia oferty pismem z 11 grudnia 2013 r. powinien dokonać również poprawek stosując części groszowe (przecinek). Zamawiający w piśmie tym w pozycji 62 załącznika nr 3a wpisał kwotę 10 000 zł, a na jakiej zasadzie to wpisał. Powinien wpisać 100 zł i wtedy wartość w ostatniej kolumnie byłaby 525 zł. Takie działanie tylko jest uprawnione. Podobna metodologia została przyjęta w pozostałych pozycjach, gdzie były

również błędy. Dotyczy to np. pozycji 53, gdzie wpisano ilość jednostek – 4, cenę jednostkową ryczałtową – 30, a cenę 200. Przy czym wpisał pierwotnie 11 grudnia 2013 r. – 1200 zł, a 10 stycznia 2014 r. – 120 zł. Wszystko wiąże się z tym, że wykonawca wybrany nie zastosował się do siwz w zakresie wymogu podawania kwot do dwóch miejsc po przecinku. Podobna uwaga dotyczy pozycji 59, gdzie poprawił kwotę 6 820 zł na 7 000 zł, przy czym również mógł przyjąć tu, że cena jednostkowa ryczałtowa wynosi 0,20 zł, a nie 20 zł. Zauważam, że konsekwencje ceny ofertowej brutto zadanie 1 i zadanie 2 uległy zmianie kwoty, str 2 pisma z 11 grudnia 2013 r. i w kolejnym piśmie z 10 stycznia 2014 r. kwota ta ponownie ulega zmianie, ale tylko co do zadania nr 1 (120 zł zamiast 1200 zł). I tak uzyskano trzecią wartość oferty na zadanie nr 1.

Ale uważa, że te wyliczenia dalej są błędne, bo nie uwzględniają dwóch miejsc po przecinku. Np. odnosząc się dalej do zdania nr 2 załącznik nr IIIb pozycja nr 12, gdzie w kolumnie 5 i 6 wpisane są cyfry 1000 zł, jakim prawem zamawiający dokonuje poprawienia kolumny 6, a nie 5 wpisując w pozycji 6 kwotę 2000 zł, a nie np. 500 zł w kolumnie 5. Nie ma podstaw aby dokonywał oceny wartościowej tych pozycji. Jakikolwiek wartościowanie nie jest błędem rachunkowym. Nadal podtrzymuje brak przecinków. W pozycji 40 kolumnę 6 poprawił na kwotę 750 zł z kwoty 12 105 zł.

Na pytanie Izby czy nie można wywodzić, iż jeżeli po cyfrze nie ma przecinka to należy przyjąć, że są zera po przecinku, pełnomocnik odwołującego stwierdza, że nie ma takich podstaw wobec cytowanego pkt części 5 pkt 9 siwz, że cyfry podaje się z dwoma cyframi po przecinku. Odnośnie kolumny 51 to wartość ryczałtowa kolumny 6 wynosi 32 000 zł, po poprawieniu zamawiający zmienia to na kwotę 3 200 zł – jest to poprawka nieuprawniona. Nie ma powodu z poprzednią uwagą, iż co do przecinków. Problem nadal czy błąd jest w kolumnie 5 czy 6. Zamawiający bezpodstawnie przyjął, że błąd jest w kolumnie 6. Również kwestionuję zmianę kwoty podanej w pozycji 69, co znajduje obraz na str. 2 pisma zamawiającego z dnia 11 grudnia 2013 r. Nie zgadzam się, że można przyjąć, iż dokonane przez zamawiającego mają charakter poprawienia oczywistych błędów rachunkowych. Zdecydowanie wykraczają poza zakres tego pojęcia (omyłki rachunkowe). W szczególności nie można zakwalifikować jako uprawnienia zamawiającego wpisanie w brakującej kolumnie 10 000 zł (zadanie 1 pozycja 62 – nie wypełnione). Poprawiono to bezpodstawnie na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Jest to błąd w obliczeniu ceny, który powinien powodować odrzuceniem oferty. Taki też zarzut sformułowano.

Brak jest pełnomocnictwa do zatwierdzenia protokołu postępowania przez panią Annę P., która działała z upoważnienia dyrektora składając podpis w pozycji 23 protokołu. Brak takiego pełnomocnictwa również dla pana Stanisława B., który w imieniu zamawiającego zatwierdzał prace komisji przetargowej, chodzi o pozycję 14 protokołu i dotyczy to również pisma z 10 stycznia 2014 r. (Anna P.). Podnoszę również, że nie ma wymaganej przepisami zgody na dokonanie poprawki, o której zamawiający zawiadamia wykonawcę pismem z dnia 11 grudnia 2013 r. Jest tylko adnotacja tego wykonawcy o przyjęciu pisma.

Brak zgody skutkuje koniecznością odrzuceni oferty.

Gdyby przyjąć, że taka zgoda była to wykonawca przyjął za prawidłowe wadliwe poprawki dokonane przez zamawiającego, czyli tym samym przyjęto błędną ofertę w tym zakresie.

Jeżeli chodzi o pismo, które przedłożono Izbie to nie wiem czy pochodzi od osoby, która jest uprawniana oświadczeń woli w imieniu zamawiającego (Anna P. – kierownik działu, z up. dyrektora). W mojej ocenie poprawienie pozycji nie ma wpływu na wynik postępowania, natomiast pozostałe poprawki 2 i 3 mają wpływ na wynik postępowania.

Zamawiający między innymi oświadczył na rozprawie. Do protokołu nie załączyliśmy upoważnień dla osoby zatwierdzającej protokół i osoby zatwierdzającej wynik postępowania, ponieważ przywoływane oświadczenie nie wymaga załączenia pełnomocnictw do protokołu ale oświadcza, że wskazane osoby posiadają pełnomocnictwa. Uważam, że odwołujący dzisiaj rozszerzył zarzut do osoby podpisującej wynik. Ja posiadam pełnomocnictwa dla pani Anny P. i dla pana Stanisława W.. Przedkłada Izbie w jednym egzemplarzu. Izba okazuje pełnomocnictwa odwołującemu.

Co do kolejnej grupy zarzutów to dotyczą uzupełnienia treści oferty. Zaczęę od załącznika nr 2. Co do załącznika nr 2 odnoszących się do podwykonawców to przywołuje ten załącznik do siwz i zgodnie z jego treścią, adnotacją na tym załączniku wynika, że powyższy załącznik przedkłada się do oferty jeżeli będzie używał podwykonawców. Z faktu niezłączenia tego załącznika wynika, że będzie realizował zamówienie siłami własnymi. Co do zarzutu, iż wykonawca nie potwierdził wykonanych usług to skoro na wezwanie wykonawca wybrany załączył wykaz jako załącznik nr 6 to brak podstaw do stwierdzenia, że ten wykaz jest nieprawdziwy, ponieważ stanowi to oświadczenie woli.. Co do trybu nieuczciwej konkurencji poprzez złożenie tego wykazu to uważam, że jest osobny tryb w tym zakresie do stwierdzenia takiego zarzutu. Uważam, że wezwanie do uzupełnienia dokumentów znajduje oparcie w aktualnie obowiązującym rozporządzeniu w sprawie dokumentów tj. jego par. 1 ust. 1 pkt 3, 7, 8. Zarzut co do nieprawdziwości tych dokumentów tj. daty tych dokumentów nie mam podstaw do potwierdzenia tego zarzutu z uwagi na ich lakoniczność, ponieważ z

daty wyniku kto był odbiorcą świadczonych usług, wskazują również kwotę, umowę, okres. Uważam, że w dokumencie załączonym na wezwanie noszące datę 02.12.2013 r. wskazano formy współpracy z podmiotem udostępniającym zasoby, natomiast w szczególności opierając się na nowym brzmieniu rozporządzenia wobec dokumentów. Brak podstaw do twierdzenia, że w przypadku korzystania z podmiotu trzeciego dla wykazania doświadczenia sprowadza się to do obowiązku podwykonawstwa czyli załącznika nr 2 do siwz. Uważam, że przepisy obowiązujące w przypadku dokonania przez zamawiającego poprawek w ofercie dla ich skuteczności nie wymagają oświadczenia się wykonawcy co do wyrażenia zgody na ich obowiązywanie. Z zapisu pkt 9 części V wynika, że z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku obowiązuje w sytuacji gdy z przemnożenia wynika wartość po przecinku, a nie wartość zerowa. Nie można było tak, jak oczekuje tego pełnomocnik zamawiającego poprawić cyfry jako z dwoma cyframi po przecinku, bo wówczas nie otrzymalibyśmy ceny ofertowej brutto końcowej, a zwracam uwagę, że jednak zarówno w załączniku IIIa i IIIb w końcowych pozycjach znajdują się cyfry, gdzie są miejsca po przecinku. Też przywołuje formularz ofertowy, gdzie są tam miejsca po przecinku. Zamawiający dokonywał poprawienia ostatniej kolumny kierując się treścią kolumny 6, z której wynika, że wartość ryczałtowa netto równa jest iloczynowi kolumny 4 i 5. Stąd np. w IIIb w pozycji 12 dokonał zmiany w kolumnie 6 wpisując wynik mnożenia 2x1000 zł. Wszystkie poprawki które dokonywaliśmy były dokonywane w ramach 87 ust. 2 pkt 2, a jedynie pozycja 62 załącznika nr 3a była poprawiona w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3. Wynik w pozycji 67 załącznika nr 3a uległ zmianie w wyniku poprawienia kolumny 6, natomiast w pozycji 62 nie zmieniono kolumny 6. W związku z tym potraktowano to w innym trybie i zastosowano zamiast mnożenia, dzielenie, nie zmieniając kolumny 6. Tym samym wnoszę o oddalenie odwołania.

Izba przeprowadziła postępowanie dowodowe z następujących dokumentów:

- 1) wezwania do uzupełnienia oferty z dnia 06.12.2013 roku;
- 2) uzupełnienia dokumentów przez wykonawcę wybranego pismem z dnia 9.12.2013 r. i załączonych do pisma; oświadczeń, referencji, wykazu, załącznik nr 6, protokołu odbiorów usług;
- 3) oferty wykonawcy wybranego;
- 4) zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty 16.12.2013;
- 5) protokołu postępowania;
- 6) ogłoszenia o zamówieniu;
- 7) odpowiedzi na pytania 07.11.2013 (pytanie nr 1);

- 8) wystąpienia z 5.11.2013 wielkopolskiej grupy prawniczej;
- 9) siwz wraz z załącznikami;
- 10) upoważnień 20/13 z 27 czerwca 2013 r. dla pani Anny P. i pełnomocnictwo nr 56/13 z 4 czerwca 2013 r. dla pana Stanisława W.;
- 11) pisma zamawiającego z dnia 13 stycznia 2014 r. o dokonany uwzględnieniu zarzutów, które według oświadczenia pełnomocnika zostało przekazane wykonawcom pismem z dnia 10 stycznia 2014 r.

Izba zważyła

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Co do zarzutu nie załączenia do oferty zał. nr 2 do SIWZ dotyczącego udziału podwykonawcy w realizacji zamówienia.

Nie załączenie zał. nr 2 dotyczącego udziału podwykonawcy lub załączenie załącznika nie wypełnionego oznacza brak udziału podwykonawcy w realizacji zamówienia. Takie zachowanie wykonawcy nie jest zachowaniem naruszającym ustalone zasady postępowania. Tym bardziej, że z treści załącznika wynika, że należy go wypełnić na okoliczność korzystania z podwykonawcy.

Twierdzenie odwołującego o nie złożeniu zobowiązania o udostępnieniu zasobów podmiotów trzecich jest nieuprawnione. W aktach sprawy znajduje się pismo z dnia 02.12.2013r. o zobowiązaniu spółki ARRET s.c. Mariusz M., Zenon S. z siedzibą w Gliwicach ul. Lotników 54 w trybie art.26 ust.2 b ustawy Pzp.

Twierdzenie odwołującego, że w związku z powołaniem się wykonawcy wybranego na zasoby podmiotu trzeciego powinien być załączony załącznik o podwykonawstwie jest nieuprawniony. Okoliczność powołania się na zasoby podmiotu trzeciego przy wykazaniu doświadczenia zawodowego nie wiąże się automatycznie z udziałem tego podmiotu w realizacji zamówienia w charakterze podwykonawcy. Firma udostępniająca zobowiązała się do następującego udziału w realizacji zamówienia: „wykonywanie usług ślusarskich, przy wykonywaniu konstrukcji wiat przystankowych, dostarczania materiałów potrzebnych do wykonywania napraw wiat przystankowych, delegowania swoich zasobów w okresie trwania umowy, przeprowadzania konsultacji z Zamawiającym i Wykonawcą, opiniowania,

doradzania, nadzorowania wykonywanych robót, wykonania robót i niezbędnych poprawek (jeżeli wystąpią) w ramach przedmiotowego zamówienia”.

Ustawa Prawo zamówień publicznych oraz przepisy wykonawcze umożliwiają w zakresie podmiotu udostępniającego zasoby następujące formy współpracy z wykonawcą: od niebrania udziału w realizacji zamówienia, poprzez branie udziału, do nawet podwykonawstwa. Izba dokonując oceny przedstawionej powyżej formy udziału podmiotu trzeciego nie znajduje podstaw do jej zakwalifikowania do podwykonawstwa, nawet przy stwierdzeniu wykonywania usług ślusarskich, przez które można również rozumieć delegowanie pracowników tak jak przewiduje się dostarczanie materiałów potrzebnych do wykonywania napraw wiat przystankowych.

Co do braku prac przy oznakowaniu pionowym to zarzut braku tych prac nie potwierdził się. I tak np.: w protokole odbioru końcowego robót wystawionym przez Gminę Miejską Biąła Podlaska z dnia 26.11.2012r. (początek okresu gwarancyjnego i rękojmi) dla podmiotu udostępniającego zasoby znajduje się w zakresie wykonanych robót pozycja: dostawa i montaż nowych słupków przystankowych.

W związku z powyższym udowodnienie złożenia nieprawdziwych informacji nie ma w przedmiotowej sprawie miejsca. Tym bardziej, że wykonawca wybrany składając oświadczenie Wykaz zadań wykonanych zaznaczył w jego pkt-ach 3,4,5,8,9 wykonywanie oznakowania pionowego, a odwołujący nie udowodnił okoliczności nie wykonywania tych zadań, a jedynie ograniczył się do stwierdzenia wystąpienia nieprawdziwych informacji. Lakoniczność referencji co do rodzaju prac nią objętych nie stanowi dowodu na brak wykonania prac wymienionych w Wykazie. Referencja ma za zadanie potwierdzenie jakości wykonanych prac, a nie ich ilości i rodzaju w myśl rozporządzenia Prezesa R.M. z 19 lutego 2013r. (Dz. U. 2013r. poz.231) w sprawie rodzajów dokumentów(...).

Izba przywołała w ustaleniach zapisy protokołu z rozprawy, ponieważ zarzuty odwołania nie precyzowały szczegółowo okoliczności faktycznych, na których oparto zarzuty odwołania.

Co do zastrzeżeń do protokołu z przebiegu postępowania. Przede wszystkim protokół stanowi rejestrację kolejnych czynności zamawiającego. W związku z powyższym sporządzanie protokołu nie stanowi czynności w rozumieniu ustawy Prawo zamówień publicznych w oparciu, o którą można byłoby formułować zarzuty odwołania. Jak wskazuje art. 180 ustawy Pzp odwołanie przysługuje na czynności i zaniechania zamawiającego naruszające postanowienia ustawy oraz mające wpływ na sytuację wykonawcy, a nie na rejestrację czynności i zaniechań zamawiającego. Protokół z przebiegu postępowania może

stanowić co najwyżej dowód w sprawie. Niemniej za przyczyną odwołującego zamawiający sprostował omyłki protokołu.

Co do poprawienia omyłek w związku z omyłkami rachunkowymi to na rozprawie przeprowadzono dowód z czynności zamawiającego i Izba nie stwierdza naruszeń ustawy w szczególności art.87 ust.2 pkt 2 i pkt 3 ustawy Pzp. Zgodnie z instrukcją formularzy zamawiający dokonał sprawdzenia czynności matematycznych w poszczególnych pozycjach wykonując mnożenie, jak i dzielenie. W przypadku stwierdzenia mylnie wykonanych działań matematycznych zamawiający dokonał uprawnionej korekty.

Izba podziela stanowisko zamawiającego, który cyfry podane bez przecinka uznał jako zawierające zera po przecinku. Nakaz stosowania wyników przeliczeń z dwoma miejscami po przecinku należy interpretować na okoliczność gdy po przemnożeniu otrzymuje się wynik w groszach. Powyżej przywoływana regulacja SIWZ zakazuje pomijania pozycji groszowych to jest zakazuje zaokrąglania cyfr do złotych.

W jednym przypadku zamawiający dokonał uzupełnienia brakującej cyfry. W pozostałych przypadkach dokonał korekty nieprawidłowo wykonanych mnożeń to jest stawki jednostkowej razy ilość. Uzupełnienie brakującej cyfry było uprawnione, ponieważ zamawiający dokonał dzielenia wyniku iloczynu przez ilość jednostek, otrzymując w ten sposób cenę jednostkową.

Izba również nie podziela stanowiska odwołującego co do obowiązku wyrażenia zgody przez wykonawcę wybranego na dokonane korekty przez zamawiającego w ofercie pod rygorem odrzucenia oferty. W myśl art. 89 ust.1 pkt 7 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, jeżeli w terminie trzech dni od daty zawiadomienia nie zgodził się na dokonane poprawki na podstawie art.87 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp. Powyższy przepis upoważnia wykonawcę do nie wyrażenia zgody na dokonane poprawienia oferty. Natomiast jeżeli wykonawca nie ma niż przeciwko dokonany poprawieniom oferty to nie musi zajmować w tym przedmiocie stanowiska to jest wyrażać akceptacji dokonanej korekty przez zamawiającego w jego ofercie. Ma tutaj zastosowanie tzw. akcept milczący.

Reasumując powyższe odwołujący nie udowodnił naruszenia przepisów ustawy Pzp mających wpływ na wynik postępowania. W związku z tym na podstawie art.192 ust.2 ustawy Pzp odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie z art. 192 ust.9 i 10 ustawy i § 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. 2010r. nr 41 poz.238) zaliczając uiszczony wpis przez odwołującego w kwocie 15.000,00zł. w koszty postępowania odwoławczego.

Przewodniczący: