

Sygn. akt: KIO 2360/11

WYROK

z dnia 15 listopada 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Marek Szafraniec**

Protokolant: **Mateusz Michalec**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 listopada 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 października 2011 r. przez wykonawcę: **Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych SANIKO Sp. z o.o. w Myszkowie** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Myszków w Myszkowie**

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: **Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych SANIKO Sp. z o.o. w Myszkowie** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych SANIKO Sp. z o.o. w Myszkowie** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy: **Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych SANIKO Sp. z o.o. w Myszkowie** na rzecz **Gminy Myszków w Myszkowie** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 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 **w Częstochowie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania: „Wykonanie usługi w zakresie przewozów pasażerskich środkami komunikacji miejskiej na terenie miasta Myszkowa” zostało wszczęte przez Gminę Myszków w Myszkowie, zwaną dalej Zamawiającym.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (2011/S 171-281637) w dniu 7 września 2011 r.

Pismem z dnia 21 października 2011 r. Zamawiający przekazał Wykonawcom biorącym udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia informację o wyborze oferty najkorzystniejszej.

W dniu 31 października 2011 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione przez wykonawcę: Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych SANIKO Sp. z o.o. w Myszkowie, zwanego dalej Odwołującym.

Biorąc pod uwagę wniesione w postępowaniu o udzielenie zamówienia odwołanie będące przedmiotem rozpoznania przez Izbę, odpowiedź na odwołanie, a także oświadczenia i argumentację stron zaprezentowane w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił następujące stanowiska stron.

Stanowisko Odwołującego:

Odwołanie zostało wniesione wobec dokonanej przez Zamawiającego czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Odwołujący podnosił, że Zamawiający, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy LZ Lazar Aplinarny, Lazar Marcin sp. j. (zwanego dalej LZ Lazar) z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia naruszył art. 22 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4) oraz art. 24. Ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), zwanej dalej ustawą Pzp. Twierdził on też, iż Zamawiający naruszył swym działaniem art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, z uwagi na fakt, iż wzywał on powołanego wykonawcę do uzupełnienia dokumentów, które takiemu uzupełnieniu nie podlegają. Podnosił, iż oferta złożona przez LZ Lazar sp. j. powinna była zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2), 3) i 4) ustawy Pzp, czego Zamawiający zaniechał. W ocenie Odwołującego zaniechał on także wezwania powołanego wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ustawy Pzp. Niezależnie od powyższego

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie art. 8, art. 96 ust. 3 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 2 i 5 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 26 października 2010 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz. U. Nr 223 poz. 1458), zwanego dalej Rozporządzeniem w sprawie protokołu, poprzez zaniechanie niezwłocznego udostępnienia protokołu wraz załącznikami. Zdaniem Odwołującego postępowanie o udzielenie zamówienia nie zostało przeprowadzone w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a tym samym został naruszony art. 7 ustawy Pzp.

Uwzględniając podniesione zarzuty, Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz zbadanie, czy oferta złożona przez LZ Lazar nie zawiera rażąco niskiej ceny. Podnosił on również, iż wykonawca LZ Lazar powinien zostać wykluczony z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Stanowisko Zamawiającego:

Zamawiający przedstawił swoje stanowisko w sprawie w odpowiedzi na odwołanie oraz na rozprawie przed Izbą.

Zamawiający wnosił o oddalenie odwołania. W jego ocenie brak było podstaw, aby wzywać wykonawcę LZ Lazar sp. j. do składania wyjaśnień w trybie art. 90 ustawy Pzp. Twierdził on także, iż niezasadnie Odwołujący domagał się wykluczenia powołanego wykonawcy z udziału w postępowaniu. Ponadto wyjaśniał, iż termin udostępnienia Odwołującemu dokumentów nie został zachowany jedynie z przyczyn technicznych.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie, z uwzględnieniem stanowisk stron, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby wykluczył, iż spełniona została którakolwiek z przesłanek odrzucenia odwołania ustanowionych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

W dalszej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, przysługiwało prawo wniesienia odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez Zamawiającego.

Izba w toku posiedzenia z udziałem stron uznała, iż Wykonawca: LZ Lazar nie dochował przepisanej art. 185 ust. 2 ustawy Pzp terminu na zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego, a tym samym nie uzyskał statusu uczestnika

postępowania. Przepis ten wyraźnie stanowi, iż termin 3 dni przewidziany na dokonanie zgłoszenia przystąpienia liczy się od dnia otrzymania kopii odwołania. W rozpoznawanej sprawie Zamawiający przekazał wykonawcy LZ Lazar kopię odwołania w dniu 28 października 2011 r., tymczasem zgłoszenie przystąpienia tegoż wykonawcy do postępowania odwoławczego zostało doręczone Prezesowi Izby w dniu 3 listopada 2011r. Oczywistym zatem jest, iż termin 3 dni w rozpoznawanym przypadku nie został dochowany. Na taką ocenę, w uznaniu składu orzekającego, nie może mieć wpływu okoliczność, iż Zamawiający pismem z dnia 31 października wezwał wykonawcę LZ Lazar do przystąpienia do postępowania odwoławczego. Jak to zostało stwierdzone, powołany przepis art. 185 ust. 2 ustawy Pzp stanowi, iż termin na zgłoszenie przystąpienia liczy się, nie od dnia wezwania do przystąpienia, ale od dnia otrzymania kopii odwołania. Analiza powołanego przepisu pozwala stwierdzić, iż ustawodawca pominął okoliczność wezwania do przystąpienia, jako tę która warunkować ma rozpoczęcie biegu terminu na zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego. Uznał on bowiem, iż wystarczającym dla rozpoczęcia biegu tego terminu jest sam fakt przekazania kopii odwołania. Kierując się tym przekonaniem Izba uznała, iż LZ Lazar nie uzyskał statusu uczestnika postępowania.

Izba postanowiła zaliczyć w poczet materiału dowodowego dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, a także zestawienie tabelaryczne złożone wraz z odwołaniem. Ponadto, z uwagi na fakt, iż zgodnie z oświadczeniem Stron znana im była treść umowy z dnia 11 września 2008 r. nr PO/70/PZ/527/DO/636/08, Izba postanowiła uwzględnić powołaną umowę, jako dowód w postępowaniu.

Mając na celu ocenę zasadności zarzutów podnoszonych w odwołaniu, Izba ustaliła, że Zamawiający w pkt VI.1.2) Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) wymagał, aby Wykonawcy składając ofertę wykazali *„co najmniej jedną usługę polegającą na świadczeniu usług publicznego transportu zbiorowego w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 grudnia 2010 r. o publicznym transporcie zbiorowym (...) o wartości nie mniejszej niż 2 500 000 zł brutto i łącznej wartości usług w tym okresie nie mniejszej niż 4 500 000 zł brutto.”*

Wraz z ofertą wykonawca LZ Lazar złożył Zamawiającemu wykaz usług obejmujących dwie pozycje, do którego załączył dokumenty mające potwierdzać, iż usługi ujęte w wykazie były wykonane należycie. Pismem z dnia 17 października 2011 r. Zamawiający wezwał powołanego wykonawcę do uzupełnienia m.in. wykazu usług. Stwierdził on bowiem istnienie niezgodności między wykazem, a załączonymi do niego referencjami. Wykonawca LZ Lazar wraz z pismem z dnia 19 października 2011 r. przedstawił uzupełniony wykaz usług

wraz załączonymi do niego referencjami. Zamawiający na podstawie tych dokumentów uznał, iż wykonawca: LZ Lazar wykazał spełnianie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu, iż ten zaniechał wykluczenia wykonawca: LZ Lazar z udziału w postępowaniu, a ponadto w sposób nieuprawniony wzywał on tegoż wykonawcę do uzupełnienia wykazu usług wraz z referencjami. Twierdził on, iż z przedstawionych przez wykonawcę: LZ Lazar referencji wystawionych przez Komunikacyjny Związek Komunalny Górnośląskiego Okręgu Przemysłowego (KZKGOP) wynika, iż Wykonawca ten wykonał 4 zadania, z których wartość żadnego nie przekracza minimalnego progu 2 500 000 zł brutto dla jednego zadania określonego w pkt VI.1.2) SIWZ. Wskazywał też, że kwoty tej nie przekracza również wartość wykazanej jako drugiej usługi realizowanej na rzecz Międzygminnego Związku Komunikacji Pasażerskiej w Tarnowskich Górach.

W ocenie Izby nie zostało wykazane, aby Zamawiający naruszył przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Zgodnie z powołanym przepisem uzupełnieniu podlegają m.in. dokumenty mające potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Wykaz usług oraz załączone do niego referencje niewątpliwie takimi dokumentami mającymi potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu są. Tym samym oczywiste jest, iż Zamawiający, wobec faktu złożenia przez Wykonawcę dokumentów zawierających błędy, zobowiązany był wezwać go do ich uzupełnienia. Wypełnił tym samym ciężący na nim obowiązek nałożony właśnie powołanym art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Nie można mu czynić zatem zarzutu naruszenia tegoż przepisu. Tym bardziej, iż Odwołujący swego twierdzenia o braku możliwości uzupełnienia wykazu usług oraz załączonych do niego referencji nie poparł żadną argumentacją, ograniczając się jedynie do samego stwierdzenia, iż w odniesieniu to tych dokumentów uznać należy, że błędy w nich zawarte nie mogą być usunięte w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Uwzględniając powyższe, Izba uznała, iż zarzut ten nie zasługuje na uznanie.

W ocenie Izby nie zasługuje również na uznanie zarzut zaniechania wykluczenia wykonawcy LZ Lazar z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia z uwagi na niewykazanie przez niego spełniania warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia. Odwołujący podnosił, iż z referencji wystawionych przez KZKGOP wynika, iż wykonawca ten wykonał cztery zadania, z których wartość żadnego nie przekroczyła wartości minimalnej określonej w SIWZ. Izba uznała, iż twierdzenia te nie znajdują oparcia w ustalonym stanie faktycznym. Zgodnie z pierwszą pozycją uzupełnionego wykazu wartość ujętej tam usługi przekraczała kwotę trzech milionów złotych. Załączone do wykazu referencje wystawione przez KZKGOP potwierdzały wykonanie tej usługi. Brak jednak podstaw, aby twierdzić, że ujawnione

w tych referencjach kwoty stanowią wskazanie na wartość czterech różnych zadań, jak chciałby tego Odwołujący. Znajduje się tam jedynie wskazanie, iż w poszczególnych latach realizacji usługi wykonawca otrzymał określonej wysokości wynagrodzenie. Brak podstaw, aby stwierdzić, że ujęta w pozycji pierwszej uzupełnionego wykazu usługa była *de facto* czterema różnymi zadaniami. Ustalenia te potwierdza treść uwzględnionej jako dowód w sprawie umowy z dnia 11 września 2008 r. nr PO/70/PZ/527/DO/636/08, na podstawie której świadczona była powołana usługa. Z uwagi na fakt, iż wartość tej usługi przekracza kwotę 2 500 000 zł brutto określoną w pkt VI.1.2) SIWZ, jako wartość minimalna dla jednej usługi, a także okoliczność, iż suma wartości dwóch usług ujętych w wykazie przekracza kwotę 4 500 000 zł brutto, Izba uznała, iż Odwołujący nie wykazał, że wykonawca LZ Lazar nie spełnia warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a tym samym, że Zamawiający zaniechał wykluczenia tegoż wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Odwołujący podnosił, że oferta złożona przez wykonawcę LZ Lazar nie została ponumerowana i trwale spięta, a tym samym Wykonawca ten nie spełnił wymogu SIWZ zapisanego w pkt XII.12. Twierdził on także, że złożył on ponadto wraz ze swą ofertą kalkulację, która nie spełniała wymagań określonych w pkt XIV.2 SIWZ. W ocenie składu orzekającego stwierdzone przez Odwołującego niezgodności, nie mogły zostać ocenione jako niezgodność treści oferty z treścią SIWZ. Brak opatrzenia stron oferty kolejnymi numerami porządkowymi ocenić należało jedynie jako niedochowanie przez wykonawcę: LZ Lazar formy narzuconej zapisami SIWZ, nie mającej wpływu na treść oferty. W ocenie Izby także w odniesieniu do przedstawionej przez wykonawcę: LZ Lazar kalkulacji ceny jednego wozokilometra brak było podstaw, aby uznać, iż jej treść może przesądzać o odrzuceniu oferty złożonej przez tego wykonawcę. W ocenie Izby składana przez wykonawców kalkulacja miała być jedynie oświadczeniem skierowanym do Zamawiającego zawierającym informację o sposobie obliczenia oferowanej mu ceny jednego wozokilometra. Istotnym jest fakt, iż cena ta nie podlega zmianom w toku realizacji umowy. Odwołujący w toku rozprawy przed Izbą przyznał, iż zmiana któregośkolwiek z czynników, które zostały uwzględnione przy kalkulacji ceny ofertowej, nie może być podstawą dla roszczenia Wykonawcy o podwyższenie ceny jednego wozokilometra. Potwierdził on też, iż Zamawiający nie zawarł we wzorze umowy żadnych klauzul pozwalających na zmianę tej kwoty. Zgodnie z pkt XIV.3 SIWZ cena podana w ofercie powinna być kompletna. Dalej pkt XIV.5 SIWZ stanowi, że musi ona uwzględniać wszelkie zobowiązania związane z realizacją przedmiotu zamówienia oraz obejmować wszystkie koszty jakie poniesie wykonawca z tytułu należytej i zgodnie z obowiązującymi przepisami realizacji przedmiotu zamówienia. Jak przyznał sam Odwołujący wykonawca zobowiązany

był w cenie jednego wozokilometra uwzględnić tym samym wszystkie ryzyka. Uwzględniając powołane ustalenia Izba uznała, iż określana przez wykonawców cena jednego wozokilometra miała charakter ceny ryczałtowej, a przedstawiana kalkulacja służyć mogła jedynie zobrazowaniu sposobu dokonania przez Wykonawców obliczenia tej ceny. Kalkulacja, z uwagi na ryczałtowy charakter powołanej ceny nie stanowiła elementu treści oferty, nie opisywała ona bowiem zakresu przyszłego świadczenia Wykonawcy. Zakres ten wynikał jednoznacznie z dokumentów składających się na opis przedmiotu zamówienia, z zastrzeżeniem, iż ryzyko realizacji pełnego zakresu prac zostało przerzucone na Wykonawcę. To on bowiem będzie ponosił wszelki koszty realizacji prac. Dlatego też Izba uznała, iż nie było podstaw ku temu, aby uznać, jak chciałby tego Odwołujący, że oferta złożona przez wykonawcę: LZ Lazar powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp.

Odwołujący nie poparł żadną argumentacją podniesionego zarzutu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp. Nie odniósł też tego zarzutu do żadnych okoliczności faktycznych. Kierując się tymi ustaleniami, Izba uznała, iż Odwołujący nie wykazał naruszenie przez Zamawiającego powołanego przepisu ustawy Pzp.

Izba uznała także, iż Odwołujący nie wykazał, że Zamawiający był zobowiązany skierować do wykonawcy: LZ Lazar wezwanie do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ustawy Pzp. Skoro zaś nie było podstaw do skierowania to tegoż wykonawcy powołanego wezwania, tym bardziej nie było podstaw do odrzucenia złożonej przez niego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp. Zgodnie bowiem z dominującym w orzecznictwie poglądem, decyzję o odrzuceniu oferty w takim przypadku zawsze musi poprzedzać procedura uregulowana w art. 90 ustawy Pzp. W rozpoznawanej sprawie, Zamawiający, w ocenie Izby, w sposób dostateczny udowodnił, że nie zaistniały okoliczności uzasadniające wezwanie wykonawcy: LZ Lazar do złożenia wyjaśnień w celu ustalenia, czy zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Jak wyjaśniał on w toku rozprawy przez Izbę, Odwołujący oparł swe twierdzenia na błędnych założeniach. Uznał on bowiem, że kwota podana podczas otwarcia ofert odpowiada ustalonej wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia. Tymczasem kwota ta zawierała w sobie również wartość przewidywanych zamówień uzupełniających. Twierdzenia te znajdują oparcie w protokole zamówienia. Zgodnie z treścią pkt 2.2 protokołu wartość zamówienia ustalono na kwotę 5 009 346,72 zł. W kwocie tej zawierała się wartość zamówień uzupełniających oszacowana na 834 891,12 zł. Zgodnie z przedstawioną przez Zamawiającego kalkulacją wartości szacunkowej, przyjął on, na podstawie ustalonych przez siebie cen rynkowych, cenę jednego wozokilometra na poziomie 4,20 netto. Tymczasem, zgodnie z przedstawioną

przez wykonawcę: LZ Lazar kalkulacją, wycenił on jeden wozokilometr na kwotę 4,63 zł. Tym samym nie znajdują oparcia w stanie faktycznym twierdzenia Odwołującego o ustaleniu przez powołanego wykonawcę ceny o 30% niższej od wartości ustalonej przez Zamawiającego. Zasadnymi, w tym kontekście, wydają się też twierdzenia Zamawiającego o pominięciu przez Odwołującego okoliczności, iż ujawniona w ofercie cena jednego wozokilometra została pomniejszona, zgodnie z pkt XIV.1 SIWZ o przewidywane wpływy ze sprzedaży biletów. Dlatego też wykonawca LZ Lazar pomniejszył wyliczoną przez siebie cenę jednego wozokilometra z 4,63 zł o wpływy netto ze sprzedaży biletów (1,10 zł), ustalając ostateczną cenę na 3,53 zł netto. Pozwala to w ocenie Izby stwierdzić, iż w rozpoznawanym przypadku, Zamawiający nie miał podstaw ku temu, aby wystąpić do wykonawcy: LZ Lazar z wezwaniem do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ustawy Pzp. Przekonania takiego nie może podważyć treść przedstawionego przez Odwołującego wraz z odwołaniem zestawienia tabelarycznego „*Koszt jednego wozokilometra autobusu w rozbiciu na poszczególne składniki*”. Jak podnosił sam Odwołujący, koszty tam uwidocznione są średnio wyższe od kwoty 4,00 zł i kształtują się do kwoty 6,81 zł. Uwzględniając fakt, iż zgodnie z przedstawioną przez niego kalkulacją wykonawca: LZ Lazar ustalił cenę jednego wozokilometra (bez uwzględniania przychodów z biletów) na kwotę 5,00 zł brutto, a zatem na poziomie, który nie uzasadnia twierdzenia, iż cena ta w sposób znaczący odbiega od cen rynkowych uwidocznionych w powołanym zestawieniu. Uwzględniając powołane ustalenia, Izba uznała, iż porównanie ceny zaoferowanej przez wykonawcę: LZ Lazar tak z wartością szacunkową ustaloną przez Zamawiającego, jak i cenami rynkowymi, za które uznać można kwoty uwidocznione w zestawieniu złożonym przez Odwołującego, uzasadnia przyjęcie za słuszne przekonania Zamawiającego, iż nie miał on podstaw do wzywania tegoż wykonawcy do składania wyjaśnień w trybie art. 90 ustawy Pzp.

Odwołujący zarzucał ponadto Zamawiającemu naruszenie art. 8, art. 96 ust. 3 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 2 i 5 Rozporządzenia w sprawie protokołu poprzez zaniechanie niezwłocznego udostępnienia protokołu wraz załącznikami, w szczególności oferty złożonej przez wybranego wykonawcę. Zgodnie z wyjaśnieniami Zamawiającego, otrzymał on w dniu 18 października 2011 r. wniosek Odwołującego o udostępnienie mu kserokopii oferty złożonej przez wykonawcę: LZ Lazar. Zgodnie z oświadczeniem Zamawiającego w dniu 21 października 2011 r. zostały mu doręczone przez wykonawcę: LZ Lazar uzupełnione dokumenty i jeszcze tego samego dnia przekazał on wykonawcom informację o wyborze oferty najkorzystniejszej. Podkreślał on, iż już w pierwszym, kolejnym dniu roboczym (24 października 2011 r.) przekazał Odwołującemu wszystkie żądane przez niego dokumenty, za wyjątkiem dwóch, objętych zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa.

Odnosnie do tych dokumentów wystąpił on do wykonawcy: LZ Lazar celem wyjaśnienia zasadności zastrzeżenia. Wobec uzyskania zgody na ich udostępnienie, także te dokumenty zostały przekazane Odwołującemu w dniu 26 października 2011 r. Ponadto, dzień później, udostępniono mu całą dokumentację do wglądu wraz z umożliwieniem jej sfotografowania.

Zgodnie z art. 96 ust. 3 ustawy Pzp protokół jest jawny, przy czym oferty udostępnia się do chwili ich otwarcia. § 5 ust. 5 Rozporządzenia w sprawie protokołu stanowi, że Zamawiający udostępnia wnioskodawcy protokół niezwłocznie. W wyjątkowych przypadkach, w szczególności związanych z zapewnieniem sprawnego toku prac dotyczących badania i oceny ofert, zamawiający udostępnia oferty lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu do wglądu lub przesyła ich kopie w terminie przez siebie wyznaczonym, nie później jednak niż w dniu przesłania informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej albo o unieważnieniu postępowania.

Jak ustaliła Izba, wniosek o udostępnienie Odwołującemu oferty złożonej przez wykonawcę: LZ Lazar został doręczony Zamawiającemu w dniu 18 października 2011 r. Zgodnie z prezentatą, którą zostało opatrzone przez Zamawiającego pismo przewodnie do uzupełnionych przez wybranego wykonawcę dokumentów, pismo to wpłynęło do Zamawiającego w dniu 20 października 2011 r., a zatem dzień wcześniej, aniżeli w dacie wskazanej w odpowiedzi na odwołanie. W dniu 21 października 2011 r. Zamawiający przesłał wykonawcom informację o wyborze oferty najkorzystniejszej. W dniu 24 października 2011 r. przekazał Odwołującemu kopię oferty złożonej przez wykonawcę: LZ Lazar, za wyjątkiem dwóch objętych zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa. W tym samym dniu skierował do wybranego wykonawcy wezwanie do wskazania podstaw dokonanego zastrzeżenia. Wobec uzyskania w dniu 26 października 2011 r. zgody na udostępnienie Odwołującemu dokumentów pierwotnie zastrzeżonych, jeszcze tego samego dnia przesłał on je Odwołującemu.

W ocenie Izby Zamawiający nie wykazał, jakie to szczególne okoliczności uniemożliwiły mu udostępnienie Odwołującemu oferty wybranego wykonawcy łącznie z uzupełnionymi dokumentami, za wyjątkiem objętych zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa, już w dniu przesłania informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej. Jak ustaliła Izba na podstawie daty wpływu, jaką było opatrzone pismo przewodnie do uzupełnionych dokumentów, Zamawiający dysponował kompletem dokumentów w przeddzień przesłania informacji o wyniku postępowania. Zamawiający nie wykazał, jakie to przyczyny techniczne uniemożliwiły mu zachowanie terminu określonego w § 5 ust. 5 Rozporządzenie w sprawie protokołu. Nie wykazał on tym samym, iż w odniesieniu do części oferty, która nie została objęta zastrzeżeniem niedostępności, została przekazana Odwołującemu w odpowiednim

terminie. Z uwagi na powyższe, Izba uznała, iż w tym zakresie Odwołujący zasadnie podnosił, iż Zamawiający naruszył art. 8, art. 96 ust. 3 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 2 i 5 Rozporządzenia w sprawie protokołu. Z uwagi jednak na fakt, iż w dniu 24 października 2011 r. dokumenty te zostały ostatecznie Odwołującemu przekazane, Izba uznała, iż naruszenie to nie ma wpływu na wynik postępowania, a zatem nie może stać się podstawą do uznania odwołania.

W odniesieniu do dwóch zastrzeżonych dokumentów, w ocenie Izby, Zamawiający miał podstawy ku temu, aby nie udostępniać ich Odwołującemu przed zakończeniem postępowania wyjaśniającego zmierzającego do wyjaśnienia zasadności zastrzeżenia objęcia ich tajemnicą przedsiębiorstwa. Nie można uznać, za mające oparcie w przepisach prawa, twierdzenia Odwołującego, iż wykonawca: LZ Lazar nie mógł objąć tajemnicą przedsiębiorstwa dokumentów składanych Zamawiającemu na etapie ich uzupełniania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Skoro zatem samo poczynione przez tego wykonawcę zastrzeżenie było skuteczne, Zamawiający był zobowiązany zbadać zasadność tego zastrzeżenia. Zamawiający, w ocenie Izby, niezwłocznie po ustaleniu, iż zastrzeżenie to nie było poczynione w sposób uzasadniony, udostępnił Odwołującemu dwa dokumenty nim objęte. Dlatego też w odniesieniu do powołanych dwóch dokumentów, Izba uznała, że Zamawiający nie dopuścił się naruszenia naruszył art. 8, art. 96 ust. 3 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 2 i 5 Rozporządzenia w sprawie protokołu, a zatem w tym zakresie Izba oceniła zarzut ich naruszenia za niezasadny.

Uwzględniając dokonane przez Izbę ustalenia i ocenę poszczególnych przepisów, Izba uznała, iż nie zasługuje także na uwzględnienie ostatni z podnoszonych przez Odwołującego zarzutów – zarzut naruszenia art. 7 ustawy Pzp. Szczególnie wobec faktu, iż podobnie jak w odniesieniu do zarzucanego Zamawiającemu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp, Odwołujący nie poparł tego zarzutu żadną szczegółową argumentacją.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy 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). Izba uwzględniła w szczególności § 3 pkt 2 powołanego rozporządzenia, zgodnie z którym uzasadnione koszty strony zalicza w poczet kosztów postępowania w wysokości określonej na podstawie

rachunków przedłożonych do akt sprawy. Wobec faktu, iż Zamawiający, celem potwierdzenia poniesienia kosztów obejmujących wynagrodzenie pełnomocnika, złożył odpowiedni rachunek, Izba zasądziła na jego rzecz takie koszty od Odwołującego.

Przewodniczący: