

POSTANOWIENIE
z dnia 11 lutego 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Grzegorz Matejczuk

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 11 lutego 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 stycznia 2015 r. przez **Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) TEC CUATRO S.A., ul. Calle Lepanto 350, 3^o 08025 Barcelona, Hiszpania, 2) TRN, Ingenieria y Planificación de Infraestructuras, S.A., ul. Calle Doctor Esquerdo 97, 28007 Madryt, Hiszpania (pełnomocnik: Ewa Czerwińska, ul. Bitwy Warszawskiej 1920 r. 23/132, 02-366 Warszawa)**, w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez **Zamawiającego – PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., Centralne Biuro Zamówień, ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa**, którego przedmiotem jest *„Opracowanie „Dokumentacji przedprojektowej dla prac na linii kolejowej C-E 65 na odcinku Chorzów Batory – Tczew – aktualizacja Studium Wykonalności” w ramach projektu „Prace przygotowawcze dla wybranych projektów perspektywy 2014-2020”*,

przy udziale wykonawcy **Getinsa Ingenieria S.L, Ramon de Aguinaga 8, 28028, Madryt, Hiszpania (adres do korespondencji: ul. Okólna 45, II piętro, 05-270 Marki)**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **Zamawiającego**,

- wobec uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu,

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze;
2. znieść wzajemnie między stronami koszty postępowania odwoławczego i nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Odwołującego

– wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) **TEC CUATRO S.A., ul. Calle Lepanto 350, 3° 08025 Barcelona, Hiszpania**, 2) **TRN, Ingeniería y Planificación de Infraestructuras, S.A., ul. Calle Doctor Esquerdo 97, 28007 Madryt, Hiszpania**, kwoty 15 000,00 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.), na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **Warszawa-Praga w Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w Warszawie – prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.907 ze zm.) – dalej: Pzp lub Ustawa; postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na „Opracowanie „Dokumentacji przedprojektowej dla prac na linii kolejowej C-E 65 na odcinku Chorzów Batory – Tczew – aktualizacja Studium Wykonalności” w ramach projektu „Prace przygotowawcze dla wybranych projektów perspektywy 2014-2020”.

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

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 17 września 2014 r., pod nr: 2014/S 178-315016.

Pismem z dnia 19 stycznia 2015 r., Zamawiający zawiadomił o wyborze najkorzystniejszej oferty – złożonej przez wykonawcę Getinsa Ingenieria S.L., Ramon de Aguinaga 8, 28028, Madryt, Hiszpania.

W dniu 29 stycznia 2015 r., Odwołujący – wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) TEC CUATRO S.A., ul. Calle Lepanto 350, 3° 08025 Barcelona, Hiszpania, 2) TRN, Ingenieria y Planificación de Infraestructuras, S.A., ul. Calle Doctor Esquerdo 97, 28007 Madryt, Hiszpania – wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego zarzucając:

- 1) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty GETINSA INGENIERIA S.L., wobec faktu, że oferta ta zawiera rażąco niską cenę, a jednocześnie ww. wykonawca nie przedłożył wystarczających wyjaśnień oraz dowodów w zakresie istniejącego domniemania rażąco niskiej ceny po wystosowanym przez Zamawiającego wezwaniu;
- 2) naruszenie art. 8 ust. 1, 2 i 3 oraz art. 96 ust. 3 Pzp, w związku z zaniechaniem odtajnienia i udostępnienia dokumentów lub ich części, które nie zawierają informacji o charakterze tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, tj. w zakresie dotyczącym: szczegółowych wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na

wysokość ceny i sposób jej kalkulacji, w tym informacji o tym jaki wpływ przedstawione okoliczności miały na wysokość ceny, wykazu usług wraz z dokumentami potwierdzającymi, że zostały lub są wykonywane należycie, wykazu osób wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami, zobowiązania do udostępnienia zasobów, co równocześnie stanowi przejaw utrudniania uczciwej konkurencji (naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp);

- 3) naruszenie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp poprzez poprawienie omyłki rachunkowej/błędu w obliczeniu ceny i zakwalifikowanie zaistniałej sytuacji, jako innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją warunków zamówienia, w sytuacji gdy nie mogła być ona poprawiona na podstawie ww. przepisu, w szczególności z uwagi na to, że stanowi omyłkę rachunkową/błąd w obliczeniu ceny, a poprawienie jej wg decyzji Zamawiającego prowadzi do istotnej zmiany treści oferty, w zakresie ceny za poszczególne etapy realizacji umowy (w tym opcjonalne, które tym bardziej stanowią wyodrębnioną wartość odrębnego wynagrodzenia) Naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, w związku z błędem w obliczeniu ceny, względnie naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w związku z niezgodnością treści oferty z treścią SIWZ, niemożliwą do poprawienia na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp z uwagi na to, że prowadzi do istotnej zmiany treści oferty;
- 4) w związku z powyższymi zarzutami naruszenie także art. 7 ust. 1 i 3 Pzp poprzez nierówne traktowanie wykonawców polegające na zaniechaniu podjęcia czynności zmierzających do zawarcia umowy z Odwołującym, tj. wykonawcą którego oferta zgodnie z przepisami ustawy Pzp winna zostać wybrana do realizacji zamówienia.

Na podstawie powyższych zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i:

- 1) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej GETINSA INGENIERIA, dokonania ponownej oceny ofert, w tym m.in. ujawnienia informacji nie stanowiących tajemnicy przedsiębiorstwa oraz odrzucenia oferty GETINSA INGENIERIA m.in., jako oferty zawierającej rażąco niską cenę;
- 2) nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności oceny ofert z uwzględnieniem okoliczności, które zostaną ujawnione w związku z odtajnieniem informacji, które tajemnicy przedsiębiorstwa nie stanowią;
- 3) dokonanie wyboru oferty Odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej.

W zakresie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty, pomimo że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, Odwołujący podniósł, iż po wszczęciu procedury z art. 90 ust. 1 Pzp powstaje stan domniemania wskazujący, że zaoferowana cena jest rażąco niska, a domniemanie to co najwyżej może być obalone przez wykonawcę, którego

wezwano. W konsekwencji treść złożonych wyjaśnień powinna być tak sformułowana, aby rozwiewała wszelkie wątpliwości odnośnie zaoferowanej ceny, aby obalała domniemanie. W kontekście przytoczonych w uzasadnieniu poglądów doktryny Odwołujący wskazał, że uzasadnione i celowe jest postawienie zasadniczego pytania, czy wyjaśnienia GETINSA INGENIERIA obalają ustytuowane domniemanie istnienia rażąco niskiej ceny? Czy w tym względzie można ocenić je, jako wyjaśnienia wyczerpujące, nie pozostawiające wątpliwości? Czy m.in. przedstawione przez ww. wykonawcę wyjaśnienia obrazują szczególne okoliczności mające wpływ na wycenę? Czy obrazują ich wpływ na obniżenie ceny? W jakim stopniu wpływają na cenę? Czy są poparte dowodami, aby można dać im wiarę? Czy wycena wskazuje i obrazuje wysokość osiąganą przez wykonawcę marży?, a ponadto czy niewątpliwie wyjaśniają brak wyceny jednej z pozycji formularza - składnika cenotwórczego jakim było opracowanie OPZ/PPU w etapie VIII?

Odwołujący argumentował następnie, że w jego ocenie przedstawione wyjaśnienia GETINSA INGENIERIA nie spełniają ww. ustawowych wymogów przyjęcia rzetelnej i uzasadnionej podstawy dla dokonywania weryfikacji w zakresie wyceny realizacji przedmiotu zamówienia. Podkreślono przy tym, że fakt, iż wyjaśnienia zostały utajnione przez wykonawcę (w ocenie Odwołującego nieprawidłowo i w zbyt rozległym wymiarze - co stanowi odrębny zarzut w niniejszym odwołaniu) i nie zostały Odwołującemu udostępnione, pozbawia Odwołującego możliwości przedstawienia obszerniejszej argumentacji, tym niemniej pozwala zwrócić uwagę na zasadnicze aspekty i wymogi takich wyjaśnień. Powyższe pozwala Odwołującemu postawić tezę, iż w przypadku, gdy wyjaśnienia GETINSA INGENIERIA są ogólnikowe, nie stanowią odpowiedzi na ww. pytania, a argumenty mogłyby być podniesione przez każdego innego wykonawcę, to tym samym są to wyjaśnienia dalece niewystarczające.

Odwołujący wskazał ponadto, że zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą przykładem rażąco niskiej ceny „(...) może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia (...)” - vide wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 20.01.2007 r. sygn. akt XIX Ga 3/07. W tym kontekście również uzasadnione jest rozważenie czy wyjaśnienia GETINSA INGENIERIA uwzględniają i obrazują fakt i wpływ przeznaczenia części prac do podwykonania - zgodnie bowiem z oświadczeniem tego wykonawcy, zawartym w ofercie, czynności przeznaczone do podwykonania to usługi w zakresie geodezji i geologii, w zakresie projektowania i w zakresie obsługi prawnej. Mając przy tym na uwadze, że siedziba spółki jest umiejscowiona poza granicami Polski, to niebagatelne znaczenie mogą mieć również koszty związane z pracami, które będą musiały być wykonane „na miejscu” - Odwołujący, w tym względzie postawił kolejne pytanie, czy w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny tego rodzaju okoliczności również zostały uwzględnione i zobrazowane w wycenie i wyjaśnieniach GETINSA INGENIERIA? Odwołujący wskazał, że jego zdaniem GETINSA INGENIERIA nie objął ceną ofertową wszystkich elementów przedmiotu zamówienia. W wyniku czego - także

GETINSA INGENIERIA nie wykazała w wyjaśnieniach, że wszystkie te elementy były ujęte w cenie.

Końcowo Odwołujący podniósł, że zarówno arytmetyczne wskaźniki różnicy cenowej pomiędzy ofertami, jak również uchybienia w zakresie złożonych wyjaśnień wykonawcy, w tym nieobjęcie ceną ofertową wszystkich elementów przedmiotu zamówienia, będą stanowić uzasadnioną podstawę do odrzucenia oferty na podstawie art. 89. ust. 1 pkt 4) Ustawy.

W zakresie zarzutu utajnienia informacji niezawierających informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, Odwołujący wskazał, że Zamawiający pismem, z dnia 19.01.2015 r. poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty, jednocześnie ustalił ostatecznie, które części ofert i wyjaśnień do ofert poszczególnych wykonawców uznał jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. W odpowiedzi na prośbę Odwołującego o wgląd w dokumentację postępowania, Zamawiający w zakresie dotyczącym oferty GETINSA INGENIERIA, odmówił dostępu do szeregu dokumentów i informacji zawartych w tych dokumentach, tj. m.in. wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny - szczegółowe wyjaśnienia dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny i sposób jej kalkulacji, w tym informacji o tym, jaki wpływ przedstawione okoliczności miały na wysokość ceny, a także wykazu usług wraz z dokumentami potwierdzającymi, że zostały lub są wykonywane należycie, wykazu osób wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami oraz zobowiązania podmiotu trzeciego do udostępniania zasobów, a także samych wyjaśnień - uzasadnienia podstaw zastrzeżenia tychże dokumentów jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Podstawą odmowy udostępnienia dokumentów, które stanowią podstawę zarzutów było przekonanie Zamawiającego, co do poufności informacji w nich zawartych. W ocenie Odwołującego to przekonanie jest bezzasadne i powyższe zaniechanie Zamawiającego narusza art. 7 ust. 1 w związku z art. 8 ust. 1, 2 i 3 oraz 96 ust. 3 Ustawy.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z uchwałą Sądu Najwyższego z dnia 21.10.2005 r., sygn. akt III CZP 74/05 Zamawiający jest zobowiązany do dokonania weryfikacji skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, dokonanego przez wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Weryfikacja nie może ograniczać się jedynie do wezwania Wykonawców w celu udzielenia podstaw, które legły u podstaw decyzji o zastrzeżeniu. Konieczna jest szczegółowa analiza i ocena przedstawionych przez wykonawców przesłanek pod kątem ich kwalifikacji do przesłanek ustawowych umożliwiających zakwalifikowanie poszczególnych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Co istotne i wymaga podkreślenia: badanie i ocena zaistnienia określonych przesłanek winna odbywać się w odniesieniu do poszczególnych informacji, a nie w odniesieniu do poszczególnych dokumentów. W większości, bowiem przypadków, cały dokument nie zawiera i nie zasługuje na nadanie mu

klauzuli przymiotu tajemnicy przedsiębiorstwa. Powyższe potwierdza ugruntowane orzecznictwo, przykładowo wyrok KIO z dnia 18 stycznia 2012 r., sygn. akt KIO 59/12.

Odwołujący wskazał jednocześnie, że nie jest w stanie przytoczyć konkretnych dowodów na bezzasadność zastrzeżenia ww. dokumentów, tym niemniej już sam fakt, zastrzeżenia całości dokumentów budzi uzasadnione wątpliwości i jest niezgodny z literalnym brzmieniem definicji „tajemnicy przedsiębiorstwa”. Zgodnie z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Już proste odniesienie tej definicji do wymaganej przez SIWZ treści w zakresie Wykazu usług oraz Wykazu osób, nie mogą być uznane za zawierające tajemnicę przedsiębiorstwa. Zamawiający wymagał podania m.in. wartości, przedmiotu, dat wykonania. Informacje wskazane zatem przez wykonawcę w wykazie usług miały jedynie potwierdzić, że zrealizowane usługi są właśnie takimi usługami jakich wymagał Zamawiający. Biorąc pod uwagę, że wszystkie właściwości usług zostały precyzyjnie określone w SIWZ, informacje podane przez wykonawcę na ich temat nie mogły i nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa. Podkreślić przy tym należy, że Zamawiający nie wymagał od wykonawców, szczegółowego opisu sposobu realizacji przedmiotowych wdrożeń. Ponadto, można domniemywać, że zdecydowana większość realizacji usług spełniających wymagania postawione w SIWZ dotyczy umów realizowanych na rzecz podmiotów publicznych, stąd ze zdecydowanym i większościowym udziałem informacji jawnych w stosunku do informacji nie mogących być jawnymi (przynajmniej, jeśli chodzi o zakres rozpatrywania odnoszący się do wymogów informacyjnych koniecznych do zweryfikowania spełnienia przez wykonawcę wymogów postawionych w SIWZ). Analogicznie sytuacja przedstawia się w odniesieniu do Wykazu osób - wykaz ten poza informacją o imieniu i nazwisku konkretnej osoby z pewnością nie może być uznany jako chroniony na podstawie zakwalifikowania go jako informacji stanowiącej tajemnicę przedsiębiorstwa. W odniesieniu do powyższych okoliczności Odwołujący przywołał poglądy przedstawione w wyrokach KIO z dnia 5 września 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 874/08; z dnia 13 kwietnia 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 371/10; KIO sygn. akt 322/11.

Odwołujący wskazał następnie, że analogicznie należy ocenić bezzasadność zastrzeżenia informacji – zobowiązania do udostępnienia potencjału i współpracy z podmiotem trzecim, albowiem jest to fakt ujawniony przez samego wykonawcę w ofercie. Dodatkowo sam fakt powoływania się na współpracę z danym podmiotem nie może uzasadniać bezgranicznej możliwości utajniania wszelkich dokumentów i wszelkich informacji dotyczących takiego podmiotu. Zwrócić uwagę, należy, że tego typu relacje i zobowiązania składane w celach wymaganych przepisami Ustawy, mają treść określoną przepisami Ustawy i nie zawierają

żadnej innej treści. Tak też orzekła Izba w wyroku KIO 776/12: *„Treść tego zobowiązania nie zawiera żadnych szczególnych informacji, które stanowiłyby wypełnienie przesłanek świadczących o zachowaniu tajemnicy przedsiębiorstwa”*.

Odnośnie, zaś informacji zawartych w publicznie dostępnych i jawnych odpisach z rejestrów, zaświadczeniach urzędowych oraz przede wszystkich z uwagi na fakt nieprawidłowego utajniania informacji dotyczącej należytej realizacji określonych usług, należy powołać się na orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia 5.09.2001 r. - I CKN 1159/00 oraz Wyrok KIO 2260/11: *„tajemnicą przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy pzp nie są też co do zasady dokumenty potwierdzające należyte wykonanie czy wykonywanie usług, które ze swej istoty stanowią jedynie potwierdzenie, że usługa została wykonana w sposób należyty. Podobnie zdaniem Izby tajemnicą przedsiębiorstwa nie mogą być objęte dokumenty podmiotów trzecich, które udostępniły zasoby w zakresie wiedzy i doświadczenia”*.

Odwołujący wskazał także, że informacje dotyczące wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na cenę i sposób jej kalkulacji, w tym, informacje o tym jaki (jak duży) wpływ przedstawione okoliczności miały na wysokość ceny, nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa. Na brak zasadności utajniania przedmiotowych kalkulacji oraz zasad polityki cenowej, która legła u podstaw kalkulacji, zwrócono uwagę, w wyroku Izby KIO 1072/11, w którym stwierdzono: *„Nie można również uznać za uzasadnione zastrzeżenie formularza cenowego przez (...). Wykonawcy Ci nie wykazali, jaką wartość handlową przedstawia zestawienie jednostkowych cen urządzeń i usług składających się na przedmiot zamienia, a stwierdzenie przez (...), że ich ujawnienie może prowadzić do poznania polityki cenowej wykonawcy przez konkurencyjne podmioty, nie stanowi wystarczającego uzasadnienia. Wskazać w tym miejscu należy, że przedsiębiorcy decydujący się działać na rynku zamówień publicznych powinni mieć świadomość konsekwencji, jakie wiążą się z poddaniem się procedurom określonym przepisami o zamówieniach publicznych. Jawność takich postępowań pociąga za sobą konieczność ujawnienia pewnych informacji o swojej działalności. Fakt, że mogą to być informacje, których wykonawca ze względu na określoną politykę gospodarczą wolałby nie upubliczniać, nie daje jeszcze podstaw do twierdzenia, że każda z takich informacji stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa”*.

Odwołujący wskazał następnie, że w świetle powyższych wywodów szczególnego znaczenia nabiera wymowa zawarta w Wyroku z dnia 26.01.2012 r., sygn. akt KIO 100/12, w którym to zauważono, iż *„Nie można akceptować coraz częstszych praktyk, że wykonawcy zajmujący drugą pozycję na listach rankingowych oceny i wyboru ofert, nie są w stanie w żaden sposób sprawdzić, czy inna złożona oferta jest zgodna z wymaganiami zamawiającego opisanymi w SIWZ, gdyż wykonawcy coraz częściej zastrzegają informacje, które przy dokładnej analizie nie spełniają wymogów z art. 11 ust. 4 u.z.n.k. (...) Ochronie w myśl art. 11 ust. 4 u.z.n.k. podlegają wyłącznie informacje, których ujawnienie godzi w interesy*

przedsiębiorcy przekraczające możliwość uzyskania zamówienia w danym postępowaniu”, a także w orzeczeniu KIO o sygn. akt KIO 447/11, KIO 449/11, KIO 452/11: „Izba wskazuje na marginesie, że powszechna praktyka zastrzegania przez wykonawców niejednokrotnie całych tomów dokumentów informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, nie może być uznana za prawidłową. Zauważyć należy, że zastrzeżeniu podlegają informacje, a tym samym elementy treści dokumentów składanych przez wykonawców we wnioskach (lub ofertach). Nie jest uzasadnione w związku z powyższym zastrzeżenie ujawnienia całości dokumentów wówczas gdy tylko w części tego dokumentu znajduje się informacja stanowiąca tajemnicę przedsiębiorstwa. Przykładowo, w przypadku uzasadnionego zastrzeżenia wartości zamówienia, nie zawsze zasadne będzie nieujawnienie nazw podmiotu lub terminu wykonania zamówienia lub też innych okoliczności”.

Podkreślono następnie, że Zamawiający naruszył przepisy Ustawy i zasadę jawności postępowania, jak i wyrażone w art. 7 ust. 1 Ustawy zasady równości wykonawców i uczciwej konkurencji, albowiem każdorazowo należy brać pod uwagę możliwość, że „działanie (...) polegające na utajeniu wykazu usług jak i referencji wskazanych usług zmierzało nie do ochrony faktycznie tajemnicy przedsiębiorstwa a do uniemożliwienia innym wykonawcom ewentualnej weryfikacji oświadczeń przystępującego” (wyrok KIO 2040/10).

W zakresie zarzutu poprawienia omyłki rachunkowej/błędu w obliczeniu ceny, względnie zarzutu zaniechania kwalifikacji zaistniałej sytuacji, jako innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, której poprawienie prowadzi do istotnej zmiany treści oferty, Odwołujący wskazał, że w świetle postanowień pkt 13.2 SIWZ, sposób obliczenia ceny i przedstawienia jej w ofercie określony był w Formularzu Ofertowym, w Załączniku A do Formularza Ofertowego, w tym w szczególności w pkt 6.2 OPZ stanowiącego załącznik do SIWZ. W załączniku A do Formularza Ofertowego obliczając cenę, należało dokonać jej rozbicia procentowego zgodnie z pkt 6.2 OPZ. Wykonawca kolejno w błędnych pozycjach - obniżył oraz przekroczył wartość wymaganą przez Zamawiającego, natomiast w pozycji 8 nie uwzględnił i nie obliczył jakiegokolwiek wynagrodzenia. Z kolei Zamawiający pismem z dnia 13.01.2015 r., nie mając do tego podstaw prawnych jak i przesłanek, arbitralnie dokonał poprawienia błędów w cenie z pozycji 2 oraz dokonał scalenia pozycji 7 i 8 uznając, że wartość wskazana dla pozycji 7, obejmuje również pozycję nr 8. Ww. okoliczności z pewnością nie mogły być poprawione w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Ustawy, albowiem nie można ich kwalifikować jako innej omyłki - dotyczą bowiem obliczenia ceny. Poza tym zmiana w obrębie ceny, w szczególności w ramach odrębnych/samoistnych etapów, zawsze prowadzi do istotnej zmiany treści oferty, która nie może być poprawiona w trybie określonym dla innych omyłek. Zarówno dotychczasowa praktyka wielu Zamawiających jak i

poglądy orzecznicze wskazują, że ww. błędy stanowią podstawę do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6) względnie pkt 2) Ustawy.

Mając na uwadze przyjęty sposób rozliczeń oraz opcjonalność etapu 7 i 8 niezbędne było wykazanie przez wykonawców cen za poszczególne działania realizowane w ramach etapów. W szczególności nie może być więc spornym, iż kwoty wskazane przez wykonawców dla poszczególnych etapów stanowią cenę w rozumieniu przepisów art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach. Z tego punktu widzenia dużą wątpliwość budzi fakt czy etap 8 był jakkolwiek wyceniony przez wykonawcę (wykonawca wyraźnie, bowiem w treści formularza dla tej pozycji postawił co oznacza brak wyceny tej pozycji). Zamawiający z nieuzasadnionych względów i nieznanym Odwołującemu przyczyn, jak wynika z podjętej decyzji, uznał, że poz. 7 zawiera w sobie cenę za poz. 8, natomiast poz. 2 jest jako suma prawidłowa, więc dokona zmiany wartości poszczególnych podetapów A i B. Tym niemniej ww. działania Zamawiającego nie były dopuszczalne w świetle obowiązujących przepisów. Zamawiający nadinterpretował uprawnienie wynikające z treści art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, co doprowadziło do błędnych skutków i decyzji o wyborze GETINSA INGENIERIA, jako oferty najkorzystniejszej.

W dniu 30 stycznia 2015 r. zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wniósł wykonawca GETINSA INGENIERIA S.L. Przystąpienie zostało złożone w terminie wynikającym z art. 185 ust. 2 Pzp. Izba uznała przedmiotowe przystąpienie za skuteczne.

Pismem z dnia 6 lutego 2015 r., Zamawiający wskazał, że uwzględnia w całości zarzuty Odwołującego przedstawione w odwołaniu. Poinformowano, że w szczególności Zamawiający stwierdził, iż w świetle treści odwołania i złożonych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny uznać należy, że oferta ta zawiera rażąco niską cenę i ceny wskazane w wyjaśnieniach nie mają pokrycia w cenie oferty.

Przystępujący, wezwany – w trybie wynikającym z § 13 ust. 2 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz.U.2014.964) – do złożenia oświadczenia w przedmiocie sprzeciwu, co do uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, pismem z dnia 9 lutego 2015 r., oświadczył, iż wnosi sprzeciw.

Następnie, pismem z dnia 11 lutego 2015 r., Przystępujący oświadczył, iż wycofuje wniesiony sprzeciw.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba stwierdziła, że ziszczyły się przesłanki do umorzenia postępowania, na podstawie przepisu art. 186 ust. 3 ustawy Pzp. Wycofanie wniesionego sprzeciwu stworzyło stan rzeczy tożsamy z sytuacją, gdy uczestnik postępowania nie wnosi sprzeciwu. W konsekwencji postępowanie podlegało umorzeniu stosownie do art. 186 ust. 3 Pzp, zgodnie z którym jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniesie sprzeciwu co do uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu przez zamawiającego, Izba umarza postępowanie, a zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

W związku z umorzeniem postępowania na podstawie art. 186 ust. 3 Pzp, Zamawiający obowiązany jest wypełnić żądania zawarte w odwołaniu.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do przepisu art. 186 ust. 6 pkt 2 lit. b ustawy Pzp w zw. z § 5 ust. 1 pkt 2 lit. a 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), nakazując zwrot Odwołującemu kwoty 15.000,00 zł, uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Przewodniczący: