

Sygn. akt KIO 2348/10

**WYROK**  
**z dnia 9 listopada 2010 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodnicząca: Agata Mikołajczyk**

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 listopada 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 29 października 2010 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. DGT Sp. z o.o. (pełnomocnik) i 2. INTEGOO s.r.o., adres dla pełnomocnika: ul. Młyńska 7, 93-010 Straszyn** w postępowaniu pn. „Projekt i instalacja elektronicznego systemu ochrony ogrodzenia i systemu telewizji dozorowej na ogrodzeniu lotniska” prowadzonym przez zamawiającego **Port Lotniczy Wrocław S.A., ul. Skarżyńskiego 36, 54-530 Wrocław,**

przy udziale wykonawcy **Elektrotim S.A., ul. Stargardzka 8, 54-156 Wrocław,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

**1. oddala odwołanie;**

2. kosztami postępowania obciąża **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. DGT Sp. z o.o. (pełnomocnik) i 2. INTEGOO s.r.o., adres dla pełnomocnika: ul. Młyńska 7, 93-010 Straszyn** i nakazuje:

1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. DGT sp. z o.o. (pełnomocnik) i**

**INTEGOO s.r.o., adres dla pełnomocnika: ul. Młyńska 7, 93-010 Straszyn**, stanowiący koszty postępowania odwoławczego,

- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 294 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące dwieście dziewięćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. DGT Sp. z o.o. (pełnomocnik) i 2. INTEGOO s.r.o., adres dla pełnomocnika: ul. Młyńska 7, 93-010 Straszyn** na rzecz **Portu Lotniczego Wrocław S.A., ul. Skarżyńskiego 36, 54-530 Wrocław**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

**Pouczenie:**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (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 we **Wrocławiu**.

**Przewodnicząca**

.....

**Sygn. akt: KIO/2348/10**

## Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione [data wpływu: 29.10. 2010r.] w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą „Projekt i instalacja elektronicznego systemu ochrony ogrodzenia i systemu telewizji dozorowej na ogrodzeniu lotniska" przez odwołującego się wykonawcę - Konsorcjum - Lidera Konsorcjum „DGT - Integoo". Odwołujący zarzucił Zamawiającemu - Port Lotniczy Wrocław S.A. podjęcie czynności niezgodnych z przepisami prawa zamówień publicznych, to jest (1) anulowanie informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu i bezzasadne dokonanie przez Zamawiającego ponownej analizy i oceny ofert złożonych w postępowaniu; (2) bezzasadne wykluczenie odwołującego się wykonawcy z postępowania; (3) bezzasadne odrzucenie oferty odwołującego się wykonawcy, jako niespełniającej zdaniem Zamawiającego warunków SIWZ; (4) nie podjęcie decyzji o unieważnieniu postępowania w przypadku uznania postępowania za obarczone wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz (5) niezgodny z prawem wybór oferty firmy Elektrotim SA, z siedzibą we Wrocławiu. W wyniku podjęcia wskazanych czynności, zdaniem wykonawcy, Zamawiający naruszył art. 7 ust.1 oraz ust.3, art.14 w związku z art. 84 k.c. art. 24 ust.2 pkt 4, art. 26 ust.3, art. 89 ust.1 pkt 5 oraz art.93 ust.1 pkt. 7 ustawy Prawo Zamówień Publicznych, przez co uniemożliwił odwołującemu się wykonawcy (Konsorcjum DGT-Integoo) uzyskanie zamówienia publicznego, i tym samym pozbawił Odwołującego prawa do zawarcia umowy w sprawie przyznanego zamówienia publicznego. Konsorcjum DGT - Integoo ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż w ramach swojej działalności m.in. świadczy usługi, produkuje i oferuje systemy objęte przedmiotem ww. postępowania i cieszy się uznaniem nabywców i ugruntowaną pozycją na rynku krajowym i zagranicznym. Zamawiający, w wyniku swoich niezgodnych z prawem działań, naraził, więc wykonawcę na wymierną szkodę. W związku z powyższym, odwołujący się wykonawca wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienie decyzji, o wykluczeniu odwołującego się wykonawcy z postępowania i o odrzuceniu oferty wykonawcy, oraz pozostawienie w obiegu prawnym decyzji Zamawiającego z dnia 8 października 2010 r., dotyczącej wyboru w postępowaniu oferty Odwołującego, a także nakazanie Zamawiającemu unieważnienie decyzji o wyborze oferty firmy Elektrotim SA, albo: nakazanie, aby przy dokonaniu powtórnej czynności w zakresie wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej w postępowaniu, została uwzględniona przez Zamawiającego także oferta Odwołującego oraz nakazanie dokonania wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej i spełniającej wszystkie wymagania Zamawiającego stawiane przez niego w przedmiotowym postępowaniu. Wniósł także alternatywnie o ewentualnie unieważnienie postępowania przetargowego zgodnie z art.

93.ust.1 pkt.7 ustawy Prawo Zamówień Publicznych w przypadku uznania przez Zamawiającego, iż postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, a także o zwrot uiszczonych kosztów postępowania w całości. W uzasadnieniu podał, że w dniu 10 września 2010 r. wykonawca złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu. Zamawiający, w trakcie oceny i badania ofert złożonych w ww. postępowaniu, zwrócił się do Odwołującego o przedstawienie wyjaśnień dotyczących dokumentów złożonych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Jego zdaniem, Zamawiający, badając treść oferty m.in. stwierdził, że w ofercie Odwołującego, w zakresie doświadczenia „c” tj.: c) wykonali minimum jedno ogrodzenie panelowe zbliżone parametrami do proponowanego rozwiązania. Wartość robót na potwierdzenie doświadczenia w tym zakresie powinna przekraczać 500 tysięcy złotych, na potwierdzenie wymogu postępowania przedstawiono cztery zadania, z których każde (w załączniku 4, tabela 3-a, str 28), zostało określone przez Odwołującego się Wykonawcę, jako „ogrodzenie panelowe zbliżone parametrami do proponowanego rozwiązania”, których wartość jak zauważył Zamawiający „łącznie przekracza wymaganą kwotę”. W ocenie wykonawcy, wątpliwości Zamawiającego wzbudziło jedynie to, że z treści przedstawionych Listów referencyjnych, „na potwierdzenie należytego wykonania zdań nr 2 i nr 3 w zakresie jw. (referencje od Zubek Investment sp. z o.o.) jednoznacznie wynika, że produkowane przez PZS Konstrukcje Sp. z o.o. panele są dobrej jakości, oraz że PZS Konstrukcje Sp. z o.o. wyprodukowała i dostarczyła panele na potrzeby budowy ekranów akustycznych a dostarczony materiał spełniał wymagania Inwestora. Dodatkowo z referencji na str.105 oferty wynika, że wykonawcą ekranów w Szczecinie jest udzielający referencji - Zubek Investment, nie zaś odbiorca referencji PZS Konstrukcje Sp. z o.o. Dla zadania nr 4 (referencje od Konsorcjum Kircher/Mostyf) referencja potwierdza jedynie, że panel akustyczny produkowany przez PZS Konstrukcje Sp. z o.o. został zatwierdzony do stosowania w ramach przytoczonej w referencji inwestycji."W związku z powyższym, zdaniem Zamawiającego „referencje te nie potwierdzają swoją treścią doświadczenia w zakresie wykonania ogrodzenia panelowego - zgodnie z wymogiem przetargu ppkt „c”. Potwierdzają, że PZS Konstrukcje Sp. z o.o. jest producentem i dostawcą paneli dobrej jakości - nie stanowi to natomiast przedmiotu wymogu (c)". Przytoczone wyżej wątpliwości i zastrzeżenia, co do treści Listów referencyjnych były jedynymi uwagami zgłoszonymi przez Zamawiającego wobec zaprezentowanych przez Odwołującego się Wykonawcę referencji. W pozostałym zakresie Zamawiający uznał, iż treść referencji w tym m.in. kwoty w nich wskazane potwierdzające doświadczenie w zakresie wykonania robót, są zgodne z SIWZ i wymaganiami postępowania przetargowego. W odpowiedzi na wskazane żądanie, Odwołujący się Wykonawca przekazał żądane wyjaśnienia (pismo z 22 września, L.dz. DGT/9/2010, w załączeniu), odnosząc się do wszystkich zastrzeżeń opisanych przez

Zamawiającego. Wyjaśnienia te zostały zaakceptowane, o czym świadczy fakt, iż 8 października 2010 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty złożonej przez Odwołującego. W swojej decyzji o wyborze oferty Odwołującego, Zamawiający stwierdził, iż złożona przez tego wykonawcę oferta jest najkorzystniejsza i zgodna z warunkami postępowania. Wybrana oferta odwołującego się wykonawcy była najkorzystniejsza cenowo i spełniała wszystkie wymagania techniczne jak i formalne Zamawiającego. O dokonaniu wyboru oferty Zamawiający poinformował wykonawcę faksem 11 października 2010 r. (kopia w załączeniu). Od dokonanego przez Zamawiającego wyboru oferty żaden z uczestników postępowania przetargowego nie skierował przewidzianego prawem odwołania. W dniu 19 października 2010 r. Zamawiający umieścił na swojej stronie internetowej informację o „anulowaniu informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej”, podając jako podstawę prawną art.92 ust.1 i 2 ustawy Prawo Zamówień Publicznych, a w dniu 20 października 2010 r. - poinformował o wykluczeniu odwołującego się wykonawcy z postępowania przetargowego i w konsekwencji odrzuceniu jego oferty. W opinii Zamawiającego, wykonawca w swojej ofercie złożonej w przetargu nie potwierdził spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający stwierdził przy tym, że dokonując wyboru oferty Odwołującego, popełnił błąd „w ocenie oferty przyjmując w wypadku oferty DGT za właściwą, zsumowaną wartość wszystkich zadań przedstawionych jako „doświadczenie c)”, czego robić nie powinien gdyż nie o tym mówią zastosowane przez Zamawiającego zapisy i konsekwencja ich interpretacji w postępowaniu”. Zdaniem wykonawcy, stanowisko Zamawiającego zaprezentowane w przedmiotowym postępowaniu jako sprzeczne z prawem nie może ostać się skutecznie w obiegu prawnym, brak jest podstawy prawnej do takiego rodzaju postępowania Zamawiającego. Działanie Zamawiającego dotyczące anulowania pierwotnej informacji o wyborze oferty, ponownej oceny złożonych ofert, wykluczenie wykonawcy i odrzucenie jego oferty i w konsekwencji wybór innej oferty niż pierwotnie, jest niezgodne z prawem oraz bezskuteczne. W pierwszej kolejności podane uzasadnienie działania Zamawiającego – zdaniem wykonawcy - może sugerować, że Zamawiający nie zna lub nie rozumie treści własnej Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Ponadto, z tej informacji wywieść można, że Zamawiający w okresie 16 dni, w którym dokonywał oceny i badania złożonych w postępowaniu wyjaśnień Odwołującego, nie zauważył błędu w ofercie jak i dokonanego błędu własnego, na który Zamawiający powołuje się obecnie przy dokonaniu interpretacji treści SIWZ. Takie decyzje i działania Zamawiającego należy bezsprzecznie uznać za niezgodne z bezwzględnie obowiązującymi przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych i całkowicie chybione merytorycznie. Wskazał na przepis art. 14 ustawy Prawo Zamówień Publicznych, który do spraw nieuregulowanych przepisami ww. ustawy nakazuje stosować odpowiednio przepisy kodeksu cywilnego. Stosownie do przepisu art. 84 k.c: „w razie błędu co do treści czynności prawnej można uchylić się od skutków prawnych swego oświadczenia

woli. Jeżeli jednak oświadczenie woli było złożone innej osobie, uchylenie się od jego skutków prawnych dopuszczalne jest tylko wtedy, gdy błąd został wywołany przez tę osobę, chociażby bez jej winy, albo gdy wiedziała ona o błędzie lub mogła z łatwością błąd zauważyć; ograniczenie to nie dotyczy jednak czynności prawnej nieodpłatnej". Z treści przytoczonego przepisu art. 84 k.c. wynika, że nie każdy błąd może stanowić podstawę dla uchylenia się od skutków złożonego oświadczenia woli. Błąd taki musi być bowiem istotny a nadto odnosić się do treści oświadczenia woli. W zaistniałym stanie prawnym i faktycznym w żaden sposób nie można uznać, iż zaszły w sprawie przewidziane prawem okoliczności dające Zamawiającemu prawo do uchylenia się od skutków prawnych swojego oświadczenia o wyborze oferty Odwołującego oraz uchylenia się od skutków prawnych czynności prawnej, której następstwem był wybór tej oferty. Możliwość uchylenia się od skutków prawnych oświadczenia woli, złożonego pod wpływem błędu istotnego oraz dotyczącego treści czynności prawnej, zachodzi nie tylko wtedy, gdy błąd dotyczy okoliczności faktycznych, ale także wówczas, gdy dotyczy okoliczności prawnych. W odniesieniu do oświadczeń woli adresowanych do innego podmiotu (a więc w sytuacji jaka miała miejsce w niniejszym stanie faktycznym - oświadczenie woli złożone wobec Odwołującego) błąd, aby można było się na niego powołać, musiał być wywołany przez ten podmiot (tutaj Odwołującego). Podkreślić jednak trzeba, że ze zdania 2 § 1 przepisu art. 84 k.c. wynika, iż tylko w przypadku czynności nieodpłatnej (np. darowizny), nie ma potrzeby dowodzić, iż osoba, której oświadczenie woli zostało złożone, wywołała błąd. Z treści przytoczonego wyżej przepisu art. 84 k.c. wynika wreszcie, że oświadczenie woli złożone pod wpływem błędu nie jest nieważne samo przez się. Osoba, która złożyła takie oświadczenie, może uchylić się od jego skutków ale wymaga to podjęcia przez nią konkretnych, oznaczonych przepisami prawa działań. Dopiero bowiem skuteczne uchylenie się od skutków prawnych oświadczenia woli złożonego pod wpływem błędu czyni określoną czynność prawną (dotkniętą błędem) nieważną, za to ze skutkiem wstecznym od daty jej zawarcia. Zdaniem wykonawcy, oczywistym w sprawie jest więc to, iż to nie Odwołujący z całą pewnością wywołał błąd na jaki powołuje się obecnie Zamawiający, (niezależnie od tego, czy w zaistniałym stanie faktycznym i prawnym można mówić o błędzie sensu stricto czy o pomyłce). Tym samym błąd jaki wskazuje Zamawiający i na jaki się powołuje w treści swojego pisma z dnia 20 października 2010 r. nie może być uznany jako błąd istotny i zgodnie z przepisami nie daje Zamawiającemu żadnego skutecznego prawa do uchylenia się od skutków prawnych czynności prawnej dotkniętej takim błędem - czego zdaje się nie dostrzegać Zamawiający. Jako oczywiście nieskuteczne i nieznajdujące oparcia w przepisach prawa jest stwierdzenie Zamawiającego, iż „na skutek pomyłki w dniu 11.10.2010 r. r. Zamawiający przekazał Wykonawcom, którzy złożyli oferty oraz upublicznił informację o wyborze oferty najkorzystniejszej, wskazując jako najkorzystniejszą ofertę DGT, naruszając tym samym podstawową zasadę Pzp wyrażoną w art. 7 ust.1 Ustawy". W pierwszej

kolejności wykonawca wskazał, że zgodnie z przepisami prawa pomyłka nie może samodzielnie występować wbrew temu co podaje w swoim piśmie z dnia 20 października 2010 roku Zamawiający, jako wada oświadczenia woli i prowadzić tym samym do skutecznego uchylenia się od skutków czynności prawnej dokonanej pod wpływem tej pomyłki. Katalog wad oświadczeń woli określony w polskim prawie cywilnym jest katalogiem zamkniętym. Tym samym Zamawiający nie może skutecznie powoływać się na pomyłkę w treści swojego oświadczenia woli z dnia 11 października 2010 roku i z tego tytułu skutecznie uchylić się od skutków prawnych złożonego oświadczenia woli i dokonanej czynności prawnej w postaci wyboru oferty odwołującego się wykonawcy. W odniesieniu do oświadczeń woli składanych innej osobie (w szczególności dokonanych czynności prawnych) i będących zarazem odpłatnymi czynnościami prawnymi, na błąd dotyczący treści czynności prawnej i to błąd istotny, można powoływać się tylko wtedy, gdy adresat oświadczenia woli: albo błąd wywołał chociażby bez swej winy, albo wiedział o błędzie, albo **z łatwością ów błąd mógł zauważyć**. W niniejszej sprawie okoliczności takie nie wystąpiły. W żadnym przypadku odwołującemu się wykonawcy nie można zarzucić, iż wywołał on błąd w działaniu Zamawiającego albo wiedział, iż ocena oferty dokonana przez Zamawiającego dotknięta jest wadą oświadczenia woli. Wykonawca zwraca uwagę, że jako uzasadnienie swojej decyzji o wykluczeniu Odwołującego się Wykonawcy z postępowania z dnia 20 października 2010 roku, Zamawiający dokonując wykładni treści SIWZ oraz przeprowadzając ponowne badanie ofert złożonych w postępowaniu, tym razem uznał, że wymagania postawione w SIWZ dotyczące posiadania „doświadczenia c” i wartość robót na potwierdzenie doświadczenia w tym zakresie (wykonania ogrodzenia panelowego) powinny być liczone oddzielnie do każdego zadania rozumianego jako posiadanego i przedstawionego „doświadczenia c”, i winny przekraczać 500.000 PLN i nie powinny być zsumowaną wartością wszystkich zadań przedstawionych jako „doświadczenie c”, jak uczynił i podał w treści swojej oferty odwołujący się wykonawca. Takie działanie Zamawiającego i dokonana autowykładnia treści SIWZ jest dziwna i stoi w sprzeczności z logiką, gdyż takiej interpretacji części IV SIWZ Zamawiający nie dokonał i takich wątpliwości Zamawiający nie miał, ani w trakcie żądania wyjaśnień od składających oferty w postępowaniu, ani w trakcie oceny treści złożonych do tych ofert brakujących dokumentów i dokonanych wyjaśnień. Wskazać należy, co nie jest bez znaczenia dla oceny prawnej zachowania Zamawiającego w postępowaniu, iż czynności badania ofert oraz dokumentów złożonych jako uzupełnienie ofert trwało 16 dni. Zamawiający w piśmie z dnia 16 września 2010 roku skierowanym m.in. do wykonawcy zwrócił się z żądaniem „uzupełnienia oferty o dokumenty na potwierdzenie warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia wykonawcy w przedmiocie „c”. W treści przedmiotowego wystąpienia Zamawiający nie wspomniał o ewentualnych wątpliwościach interpretacyjnych tego fragmentu SIWZ oraz dokonanej autowykładni tego zapisu.

Zamawiający nie wskazał Odwołującemu ani żadnemu podmiotowi z ubiegających się o zamówienie, iż Zamawiający oczekuje potwierdzenia doświadczenia wykonawcy w przedmiocie „c” o wartości robót każdego doświadczenia w kwocie przekraczającej 500.000 PLN. Ponadto Zamawiający nie poinformował nawet w sposób dorozumiany ubiegających się o zamówienie, iż nie jest przez Zamawiającego dozwolone i dopuszczalne sumowanie w ofercie wartości doświadczeń wykonawcy w przedmiocie „c” jako potwierdzające spełnienie wymagań cz. IV SIWZ. Zdaniem wykonawcy, w sytuacji gdy Zamawiający ocenił, iż Odwołujący się Wykonawca wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia w zakresie dotyczącym wiedzy i doświadczenia wadliwie i wbrew intencji Zamawiającego, wynikającego z treści SIWZ, Zamawiający powinien wezwać Odwołującego się Wykonawcę do uzupełnienia tych dokumentów precyzując na czym polega wadliwość złożonych dokumentów, ewentualnie czego dotyczył błąd w dokumentach złożonych wraz z ofertą. Oznacza to, że Zamawiający naruszył art. 26 ust 3 ustawy Prawa Zamówień Publicznych. Wykonawca wskazał także, że Zamawiający poinformował wykonawcę (str 2 pisma), iż doświadczenie nr 1 nie spełnia samodzielnie postawionego w przetargu wymogu, nawet gdyby do zadania należało doliczyć należny podatek VAT. Tę informację Zamawiającego należy interpretować w taki sposób, iż gdyby Odwołujący się Wykonawca „nie poprawił” listów referencyjnych oznaczonych nr 2, 3 i 4 to sama referencja nr 1 i oferta nie spełniała wartościowych kryteriów Zamawiającego ustalonych w postępowaniu. Sformułowanie „samodzielnie” jednoznacznie przemawia za tym, że dopuszczano w postępowaniu łączną wartości poszczególnych zadań. Tym samym wnioskując *a contrario* z tak wyraźnego oświadczenia woli Zamawiającego uznać należy, że Zamawiający wprost dopuszczał możliwość sumowania wartości robót przy potwierdzaniu referencji i „doświadczeń c” w postępowaniu. Zdaniem wykonawcy, wbrew temu co twierdzi Zamawiający, sporny zapis SIWZ należy interpretować w taki sposób, iż dozwolone było przedłożenie wraz z ofertą jednego doświadczenia o wartości robót przekraczającej 500.000 PLN albo przedłożenie więcej niż jednego doświadczenia, z tym jednak zastrzeżeniem, że wartość robót na potwierdzenie doświadczenia w tym zakresie, przy większej ilości referencji powinna przekraczać łącznie sumę 500.000 PLN. W konkluzji stwierdził, że nie sposób uznać za poprawne i wiarygodne twierdzenie Zamawiającego (str.5 pisma z dnia 20.10.2010 roku), iż usprawiedliwieniem prawnym podjętych przez Zamawiającego działań po pierwotnym wyborze oferty w postępowaniu jest to, że Zamawiający w żadnym z dokumentów postępowania tj. SIWZ, ogłoszenia czy treści wezwań z art. 26 Pzp nie wskazał, że kwoty do jakich odnoszą się wymogi w zakresie zadania a i c stanowić mogą łączną wartość zadań przedstawionych w tych kategoriach, gdyż nie dopuszczał takiej możliwości”. Stwierdził także, iż w żadnym z dokumentów postępowania które wskazuje Zamawiający, nie zabronił, aby uczestnicy postępowania sumowali kwoty do jakich odnoszą



się wymogi w zakresie zadania „a i c” w łączną wartość. Zaprezentowanemu obecnie stanowisko Zamawiającego, co do interpretacji cz. IV SIWZ przeczą sformułowaniom specyfikacji jak i brak jakichkolwiek wątpliwości Zamawiającego dotyczących prawa uczestników postępowania do sumowania wartości i kwot zadań wyrażonych w treści pisma skierowanego z żądaniem wyjaśnień w trybie art. 26 ust.3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zdaniem wykonawcy, Zamawiający w żądaniu wyjaśnień skierowanym w ww. trybie ustawy, wskazał wszystkie błędy i nieścisłości wymagające wyjaśnienia bądź uzupełnienia od uczestników postępowania przetargowego ujawnione w złożonych ofertach. Nie podzielił także poglądu Zamawiającego, iż interpretacji spornej części IV SIWZ oraz sprawy sumowania wartości zadań przedstawionych w kategoriach a i c w ofertach, Zamawiający nie mógł wytłumaczyć ani wyjaśnić uczestnikom postępowania, gdyż nie pozwala na to przepis art. 26 ust.3 ustawy Prawo Zamówień Publicznych, albowiem zgodnie z tym przepisem Zamawiający może zażądać wyjaśnienia danej kwestii związanej z ofertą tylko raz. Jego zdaniem, podana przez Odwołującego wartość robót w listach referencyjnych nie była przedmiotem ani zarzutów ani podważania przez Zamawiającego. Powyższe – zdaniem wykonawcy - oznacza, że kwestia ta nie była w ogóle umieszczona w przedmiocie żądania Zamawiającego w zakresie złożenia stosownych wyjaśnień bądź uzupełnienia dokumentów załączonych do oferty przez wykonawcę. A zatem, jeżeli zdaniem Zamawiającego podane w listach referencyjnych kwoty były wskazane niezgodnie z zapisami SIWZ i interpretacją Zamawiającego tej części dokumentów przetargowych, to miał on obowiązek zażądać od Odwołującego wyjaśnień tych kwot wartości robót objętych listami referencyjnymi i sposobu ich kalkulacji, jak też wyraźnie winien on poinformować o własnej interpretacji tej części SIWZ. Skoro Zamawiający tego nie uczynił, to nie tylko naruszył prawo ale też uznał, iż sumowanie wartości kwot w zakresie „doświadczeń c” dokonane przez Odwołującego i podanie łącznej wartości referencji nr od 1 do 4 jest poprawne i zasługuje na uwzględnienie. W konkluzji stwierdził, że mając na uwadze wskazane naruszenie prawa przez Zamawiającego dokonane w toku postępowania przetargowego oraz obowiązujące przepisy ustawy Prawo Zamówień Publicznych, nie ma prawnej możliwości przyjęcia argumentacji Zamawiającego i jego decyzji, o anulowaniu czynności dokonania wyboru oferty Odwołującego się Wykonawcy z powodu popełnionego przez Zamawiającego błędu, w szczególności, co do interpretacji własnych zapisów treści SIWZ. Ponadto, uzasadnieniem prawnym aktualnego stanowiska Zamawiającego co do zasadności wykluczenia Odwołującego oraz odrzucenia jego oferty nie może być też pomyłka Zamawiającego. Tym samym, czynność Zamawiającego polegającą na dokonaniu wyboru następnej oferty, należy bezwzględnie uznać za niezgodną z prawem, której konsekwencją będzie obarczenie postępowania niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego niepodlegającej unieważnieniu. Wykonawca zaznaczył także, że

właściwy opis sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przez jego uczestników, jest jednym z najistotniejszych obowiązków Zamawiającego i nie może być źródłem nieporozumień interpretacyjnych i niejednoznacznej oceny i wykładni treści dokumentów przetargowych. Tymczasem w zaistniałej sytuacji faktycznej w niniejszej sprawie, sam Zamawiający dokonał reinterpretacji własnego zapisu SIWZ, po otrzymanych wyjaśnieniach Odwołującego w trybie art. 26 ust.3 ustawy Prawo zamówień publicznych i po zakończeniu badania ofert złożonych w postępowaniu, oraz po dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej i ogłoszeniu wyniku postępowania. W żaden sposób czynności prawnych dokonanych przez Zamawiającego w postępowaniu po dniu 11 października 2010 r., w tym czynności uchylenia się Zamawiającego od skutków prawnych dokonania wyboru oferty, nie można uznać za zgodne z prawem, skuteczne i wywołujące wskazane oraz oczekiwane przez Zamawiającego skutki prawne. Zamawiający nie miał prawa wykluczyć odwołującego się wykonawcy z postępowania i w konsekwencji odrzucić jego oferty w ramach pozbawionego podstaw prawnych powtórnego procesu analizy i badania ofert, ponieważ w jego arbitralnej opinii sam źle interpretował własne zapisy SIWZ. Zwłaszcza, że „Wątpliwości powstałe na tle SIWZ nie mogą rodzić negatywnych skutków dla wykonawców i powinny być rozpatrzone na jego korzyść”. Nie można też uznać za skuteczne i ważne powoływanie się Zamawiającego na błąd jako wadę oświadczenia woli. Bez znaczenia prawnego dla rozpoznawania niniejszego odwołania i twierdzeń Odwołującego się Wykonawcy są pozostałe podnoszone przez Zamawiającego zarzuty i argumenty. Stwierdził także, że Prawo Zamówień Publicznych nie nakłada na wykonawcę obowiązku zwracania się do zamawiającego o wykładnię poszczególnych wymagań SIWZ, czy domagania się doprecyzowania wszelkich zapisów z SIWZ. Jeśli wykonawca nie ma wątpliwości co do znaczenia danego zapisu SIWZ albo innego dokumentu przetargowego, w tym np. co do opisu sposobu oceny przez Zamawiającego spełniania jego warunków udziału w postępowaniu, nie ma on obowiązku zadawania pytań ani upewniania się poprzez kontakt z Zamawiającym, że jako uczestnik postępowania przetargowego rozumie zapisy SIWZ tak samo jak Zamawiający. Zwłaszcza obowiązku takiego wykonawca nie ma w sytuacji, gdy zamawiający nie sygnalizuje w sposób bezpośredni czy nawet dorozumiany żadnych wątpliwości, co do prawidłowości dokumentów załączonych przez wykonawcę do oferty. Brak kontaktu uczestnika postępowania z zamawiającym, np. co do żądania wyjaśnienia treści SIWZ nie może być traktowany jako brak należytej staranności tego uczestnika i wywoływać negatywnych skutków prawnych dla niego. Opisane wyżej działania Zamawiającego należy bezsprzecznie uznać za niezgodne z przepisami prawa w tym przede wszystkim ustawy Prawa Zamówień Publicznych. Skutkiem tych czynności jest próba pozbawienia wykonawcy możliwości uzyskania zamówienia publicznego i to po wyborze jego oferty jako najkorzystniejszej i ogłoszeniu wyniku postępowania, podczas gdy żaden przepis

ustawy - Prawo Zamówień Publicznych nie dawał prawa Zamawiającemu do ponownej analizy ofert w rozstrzygniętym już postępowaniu przetargowym, także przepis art.7 ust.1 ustawy Prawo Zamówień Publicznych. W takiej sytuacji Zamawiający zgodnie z treścią art. 93 ust.1 pkt 7 ustawy zobowiązany był do unieważnienia postępowania przetargowego jeżeli postępowanie obarczone było niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zamawiający zaniechał spełnienia tego obowiązku, czym z przyczyn oczywistych naruszył prawo.

**Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając stan faktyczny, ustalony na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia oraz stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego, przedstawione na rozprawie, stwierdziła, co następuje:**

Odwołanie podlega oddaleniu.

Rozpatrując odwołanie Izba ustaliła, że zarzuty dotyczą czynności polegających na anulowaniu informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu i dokonaniu ponownej analizy i oceny ofert złożonych w postępowaniu, wykluczeniu odwołującego się wykonawcy z postępowania; oraz odrzuceniu jego oferty i niezgodny z prawem wybór oferty firmy Elektrotim SA, z siedzibą we Wrocławiu. Odwołanie dotyczy także zaniechania czynności unieważnienia postępowania, w przypadku uznania postępowania za obarczone wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. W wyniku podjęcia wskazanych czynności, zdaniem wykonawcy, Zamawiający naruszył art. 7 ust.1 i ust.3, art.14 w związku z art. 84 k.c., oraz art. 24 ust.2 pkt 4, art. 26 ust.3, art. 89 ust.1 pkt 5 oraz art.93 ust.1 pkt. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Rozpatrując zarzut naruszenia art. 24 ust.2 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 nr 113, poz. 759 ze zm.) Izba ustaliła, że Zamawiający w pkt IV. 1.1 lit. c specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymagał wykonania minimum jednego ogrodzenia panelowego zbliżonego parametrami do proponowanego rozwiązania, zaznaczając, że wartość robót na potwierdzenie doświadczenia w tym zakresie powinna przekraczać 500.000 zł. Niewątpliwie – tak jak wynika to z brzmienia warunku – kwota przekraczająca 500.000 zł odnosi się do wartości robót dla jednego wymaganego zadania. Powyższe potwierdza wymaganie odnoszące się w spornym warunku do parametrów zbliżonych do przedmiotu przetargu. Także nie przeczy temu wartość szacunkowa całego zadania ustalona na kwotę netto 6.595.500 zł [brutto – 8.046.510zł], oraz wartość modernizacji ogrodzenia wchodząca w zakres przedmiotu zamówienia, stanowiąca blisko 30 % tej kwoty [według szacunku Zamawiającego - kwota netto – 2mln zł a brutto – 2,4 mln zł].

Tym samym zadania ujęte w załączniku nr 4 tabela 3-c, str 28 do oferty wykonawcy nie potwierdzają warunku specyfikacji, albowiem żadne z zadań samodzielnie nie spełnia wskazanego warunku. Izba zgodziła się także z twierdzeniami Zamawiającego, że ocena referencji dotyczyła zakresu rzeczowego i podmiotu, którego referencje dotyczą, a nie warunku związanego z wartością zadania.

Izba ustaliła także, że Zamawiający w piśmie z dnia 16.09.2010r. skierował do Odwołującego wezwanie do uzupełnienia oferty, w zakresie posiadanego doświadczenia, wymagając – jak wynika z treści pisma – uzupełnienia oferty o dokumenty na potwierdzenie warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia wykonawcy [IV.1.1. lit.c siwz] wraz z dokumentami na potwierdzenie, że doświadczenie to zostało wykonane należycie. W odpowiedzi na wezwanie wykonawca przekazał wyjaśnienia i referencje (także dodatkowe) wraz z tabelą doświadczenia zawodowego, stwierdzając jednocześnie, że łączna wartość robót wykazanych stanowi kwotę brutto 514.840 zł. Tak jak wynika z treści tej tabeli podane w ofercie wartości dla zadań (wartości netto) wykonawca uzupełnił tylko o podatek VAT, mimo że stanowiło to jedną z uwag Zamawiającego. Zamawiający bowiem w wezwaniu [pkt I.1.2 - akapit ostatni], stwierdził także, że doświadczenie nr 1, co do którego referencje nie były kwestionowane, nie spełnia samodzielnie ustalonego warunku. Oznacza to, że także przedstawione w uzupełnieniu dokumenty, zgodnie ze stwierdzeniem Odwołującego, przekraczają jedynie łącznie określoną w specyfikacji kwotę progową 500.000 zł. Tym samym Wykonawca w uzupełnieniu dokumentów nie potwierdził wymaganego w specyfikacji minimum jednego zadania polegającego na wykonaniu ogrodzenia panelowego zbliżonego parametrami do proponowanego rozwiązania, o wartości robót przekraczającej 500.000 zł.

Tak ustalony stan faktyczny nie potwierdza także, iż Zamawiający nieprecyzyjnie wskazał zakres uzupełnienia, gdyż żądanie uzupełnienia dotyczyło nie tylko referencji ale i wymaganej w tym warunku wartości. Zamawiający bowiem na str 1 (akapit ostatni) jak i na str 2 (akapit 1 i ostatni) wskazał, że tylko łączna wartość 4 wykazanych zadań przekracza wymaganą kwotę 500.000zł, oraz podał, że doświadczenie w załączniku 4, str 28 nie spełnia samodzielnie postawionego w przetargu warunku. Także w pkt 1.3 pisma [Przedmiot wezwania] dotyczącego uzupełnienia oferty nie wyłączono warunku, w zakresie wartości robót. Izba stwierdza również, że zarówno w odwołaniu, jak i w toku rozprawy wykonawca nie wnosił o – ewentualne - nakazanie Zamawiającemu wezwania Odwołującego w trybie art. 26 ust.3 ustawy Pzp do przedłożenia dokumentów potwierdzających wykonanie jednego ogrodzenia panelowego zbliżonego parametrami do proponowanego rozwiązania, o wartości

robót przekraczającej 500.000 zł. Tym samym wykonawca nie wykazywał, że gdyby takie wezwanie zostało skierowane do wykonawcy, to udowodniłby, że spełnia sporny warunek.

Wobec powyższych ustaleń zarzut naruszenia art. 24 ust.2 pkt 4 ustawy Pzp nie jest zasadny. Nie jest także zasadny zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust.1 pkt 5 ustawy Pzp, albowiem w uzasadnieniu prawnym jako podstawa odrzucenia oferty został wskazany przepis art. 24 ust.4 ustawy Pzp. Ponadto Izba stwierdza, że w niniejszej sprawie powołany przez wykonawcę art. 89 ust.1 pkt 5 ustawy Pzp nie ma zastosowania. Postępowanie bowiem prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego (jednoetapowego), do którego może przystąpić każdy wykonawca i przed złożeniem oferty - na tym etapie - nie podlega wykluczeniu z postępowania.

Również zarzut naruszenia art. 93 ust.1 pkt 7 ustawy Pzp nie zasługuje na uwzględnienie. W pierwszej kolejności Izba stwierdza, że jeżeli po wyborze oferty najkorzystniejszej ujawnią się okoliczności świadczące, iż wybór ten dokonany został z naruszeniem przepisów ustawy – Prawo zamówień publicznych, w szczególności art. 24, art. 82 ust.3 w zw. z art. 89 ust.1 oraz art. 91 ust.1 ustawy Pzp, to zamawiający, mając na uwadze treść art. 93 ust.1 pkt 7 ustawy Pzp - jest zobowiązany unieważnić postępowanie tylko wówczas, gdy jest one obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Nie każda zatem wada będzie stanowiła samoistną przesłankę unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Izba stoi także na stanowisku, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, zarówno uczestniczący w postępowaniu wykonawcy są uprawnieni, a zamawiający jest zobowiązany – do kontrolowania poprawności podjętych czynności, zmierzających do wyboru najkorzystniejszej oferty, a zatem oferty której treść odpowiada specyfikacji istotnych warunków zamówienia - zarówno w zakresie warunków udziału jak i przedmiotu zamówienia. Naruszenie przepisów ustawy i wymagań specyfikacji prowadzi w konsekwencji do naruszenia zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, o których stanowi art. 7 ust.1. Konsekwencją tego jest naruszenie także zasady, o której stanowi przepis art. 7 ust. 3 ustawy Pzp, w myśl którego zamówienie może być udzielone wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z ustawą Pzp. Tym samym w przypadku wadliwego wyboru najkorzystniejszej oferty, Zamawiający nie może wobec treści art. 93 ust.1 pkt 7 ustawy Pzp unieważnić postępowania i jednocześnie mając na uwadze przepisy ustawy Pzp, w tym art. 7 ust. 3 tej ustawy - udzielić zamówienia wykonawcy, którego oferta została uznana niezgodnie z ustawą za najkorzystniejszą m.in. wskutek wadliwej oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu przez tego wykonawcę. Zatem w przypadku, gdy Zamawiający uzna, że czynność wyboru

najkorzystniejszej oferty została dokonana błędnie może ją skorygować, dokonując ponownej oceny ofert, zarówno w zakresie podmiotowym jak i przedmiotowym.

W świetle powyższego na gruncie przepisów ustawy – Prawo zamówień publicznych, mając na względzie art. 7 ust.3 ustawy Pzp oraz wskazywany przez Odwołującego art. 93 ust.1 pkt 7 ustawy Pzp, powtórzenie czynności oceny ofert przez Zamawiającego i wykluczenie wykonawcy z postępowania oraz dokonanie ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty – wykonawcy Elektrotim SA, nie stanowi naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba dodatkowo zwraca także uwagę, iż w tym konkretnym stanie faktycznym, wykonawca - zdaniem Izby - mógł zauważyć błąd Zamawiającego, polegający na przyjęciu przez komisję przetargową, że zadania ujęte w załączniku 4 (lit. c), str 28 potwierdzają spełnianie warunku określonego w pkt IV. 1.1 lit. c specyfikacji. Treść tego wymagania – zdaniem Izby – uwzględniając także specyfikę i parametry przedmiotu zamówienia, a także jego wartość, oraz treść wezwania do uzupełnienia oferty przez wykonawcę – wskazuje, że wartość robót dla min. jednego zadania polegającego na wykonaniu ogrodzenia panelowego zbliżonego parametrami do proponowanego rozwiązania, musi przekraczać kwotę 500.000 zł. Takie wymaganie – zdaniem Izby - dodatkowo zostało podkreślone przez Zamawiającego także w uwadze do wskazanego punktu specyfikacji, opisującego warunek. Izba stwierdza także, że błąd mający wpływ na wynik postępowania, w tym przypadku na wybór najkorzystniejszej oferty, jest błędem istotnym i tym samym taki błąd – również zgodnie z twierdzeniami Odwołującego - daje Zamawiającemu skuteczne prawo do uchylenia się od skutków prawnych czynności prawnej dotkniętej takim błędem.

Mając powyższe na względzie orzeczono jak w sentencji. O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając także koszty zastępstwa prawnego Zamawiającego, zgodnie z § 3 pkt 2 lit. b 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).

.....