

Sygn. akt: KIO/UZP 959/09

WYROK
z dnia 5 sierpnia 2009r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Sylwester Kuchnio

Członkowie: Emil Kuriata
Luiza Łamejko

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 sierpnia 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Energa Oświetlenie Sopot Sp. z o.o., 81-809 Sopot, ul. Grottgera 7** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Zarząd Dróg i Zieleni w Gdańsku, 80-254 Gdańsk, ul. Partyzantów 36** protestu z dnia 18 czerwca 2009 r.

przy udziale wykonawcy **Konsorcjum: Zakład Usług Inżynierskich " ELDRO-FL " Sp. z o.o., 80-536 Gdańsk, ul. Letnicka 1, Zakład Usług Inżynierii Ruchu, Krystyna Hinca, 81-061 Gdynia, ul. Handlowa 27** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża Energa Oświetlenie Sopot Sp. z o.o., 81-809 Sopot, ul. Grottgera 7

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 574 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Energa Oświetlenie Sopot Sp. z o.o., 81-809 Sopot, ul. Grottgera 7,**
- 2) dokonać zwrotu kwoty 10 426 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Energa Oświetlenie Sopot Sp. z o.o., 81-809 Sopot, ul. Grottgera 7.**

Uzasadnienie

STAN FAKTYCZNY

Zamawiający, Zarząd Dróg i Zieleni w Gdańsku, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia na utrzymanie urządzeń oświetlenia ulic Miasta Gdańska .

W dniu 09.06.2009 r. zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu o wyborze oferty najkorzystniejszej, za którą została uznana oferta złożona przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Zakład Usług Inżynierskich „ELDRO – fl”Sp. z o.o. i Krystyna Hinca prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą „Zakład Usług Inżynierii Ruchu Krystyna Hinca” (zwanych dalej „Konsorcjum Eldro-fl”).

Protest

W dniu 18.06.2009 r. ENERGA Oświetlenie Sopot Sp. z o.o. z siedzibą w Sopocie wniosła protest wobec powyższej czynności, zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust 1 pkt 10 ustawy w związku z art 22 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 23 ust. 1 i 2 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wybranego wykonawcy podlegającego wykluczeniu z postępowania, z powodu nie spełnienia warunku określonego w punkcie III.2 SIWZ,

2. naruszenie art. 89 ust 1 pkt 1 i 2 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wybranego wykonawcy z powodu niezgodności w „kosztorysie ofertowym” /szczegółowym/(załącznik 1C), który jest integralną częścią SIWZ,
3. art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy i art. 90 ust. 3 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty zawierającej rażąco niską cenę.

W uzasadnieniu protestu podniesiono:

„(...)

Decyzja Zamawiającego o wyborze oferty spółki zakład Usług Inżynierskich „ELDRO – fl” Sp. z o.o. w Gdańsku jest wadliwa z uwagi na następujące okoliczności:

naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy w związku z art. 22 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 23 ust 1 i 2 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy podlegającego wykluczeniu z postępowania, z powodu nie spełnienia warunku określonego punkcie III.2 SIWZ.

Zamawiający zarówno w SIWZ jak i w odpowiedzi na pytania oferentów zawarte w piśmie z dnia 25 maja 2009 (Wasz znak NZ/17225/2009/AK) stwierdził, że warunkiem udziału w postępowaniu jest wykonanie w okresie ostatnich trzech lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy to w tym okresie, prac związanych z utrzymaniem oświetlenia ulicznego w jednej aglomeracji miejskiej o łącznej wartości minimum 500.000,00 złotych (brutto).

Ze złożonej przez spółkę Zakład Usług Inżynierskich „ELDRO – fl” Sp. z o.o. w Gdańsku oferty wynika, że warunek ten nie został spełniony.

Protestujący wskazuje, iż w powyższym zakresie jako podmiot spełniający ten warunek wskazano panią Krystynę Hinca prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą „Zakład Usług Inżynierii Ruchu” Krystyna Hinca w Gdyni. Jednakże z dokumentacji ofertowej bezspornie wynika, iż firma ta nie może być uznana za podmiot wspólnie ubiegający się ze spółką Zakład Usług Inżynierskich „ELDRO – fl” Sp. z o.o. w Gdańsku o udzielenie zamówienia w rozumieniu treści art. 23 ust. 1 i 2 ustawy oraz treści SIWZ. Zgodnie bowiem z treścią przywołanego przepisu jak i pkt VII 1.1 SIWZ przedsiębiorcy będący grupą wykonawców ubiegających się o zamówienie – konsorcjum mogą złożyć wspólną ofertę pod warunkiem udzielenia jednemu z nich pełnomocnictwa upoważniającego do reprezentowania ich wobec Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Z treści oferty wynika, iż pani Krystyna Hinca prowadząca działalność pod firmą „Zakład Usług Inżynierii Ruchu”, Krystyna Hinca w Gdyni udzieliła pełnomocnictwa panu Karolowi K. jako osobie fizycznej nie

będącej ani przedsiębiorcą ani uczestnikiem niniejszego postępowania. Z treści oferty bezsprzecznie bowiem wynika, iż wykonawcą ubiegającym się o udzielenie zamówienia jest spółka Zakład Usług Inżynierskich „ELDRO – fl” Sp. z o.o. w Gdańsku, a nie pan Karol K. – jako osoba fizyczna.

Wywodząc z powyższego stwierdzić należy, iż pani Krystyna Hinca prowadząca działalność gospodarczą pod firmą „Zakład Usług Inżynierii Ruchu”, Krystyna Hinca w Gdyni jako wspólnie ubiegający się wykonawca nie jest należycie reprezentowana w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z treścią art. 23 ustawy oraz treścią pkt VII.1.1 SIWZ.

Z uwagi na powyższe istotne uchybienie formalnoprawne nie można uznać pani Krystyny Hincę prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą „Zakład Usług Inżynierii Ruchu”, Krystyna Hinca w Gdyni za wykonawcę wspólnie ubiegającego się o udzielenie zamówienia w rozumieniu pkt III in fine SIWZ.

W tej sytuacji nie mogą być brane pod uwagę przy rozpatrywaniu oferty jej oświadczenia oraz historia wykonywanych prac, będąca warunkiem sine qua non udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Po analizie treści oferty złożonej przez spółkę Zakład Usług Inżynierskich „ELDRO – fl” Sp. z o.o. w Gdańsku stwierdzić zatem należy, iż wykonawca ten nie spełnia warunków określonych w pkt III.2. SIWZ, co winno skutkować bezwzględnym odrzuceniem jego oferty.

Zgodnie z obowiązującym orzecznictwem oferta złożona bez należytego upoważnienia lub z jego przekroczeniem jest nieważna. Tym samym dokumenty z nią złożone nie stanowią treści oferty i nie może dojść do ich oceny pod kątem zgodności z treścią SIWZ. Wywodząc z powyższego wskazać należy zatem, iż dokumenty złożone do oferty przez panią Krystynę Hincę prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą „Zakład Usług Inżynierii Ruchu”, Krystyna Hinca nie mogą stanowić treści oferty i nie powinny podlegać ocenie pod względem zgodności z SIWZ.

Biorąc pod uwagę powyższe okoliczności pragniemy również zaznaczyć, że sam zamawiający zarówno podczas otwarcia ofert w dniu 03 czerwca 2009, jak i w piśmie z dnia 08 czerwca 2009 informującym o wyborze oferty, wskazał jako wykonawcę firmę Zakład Usług Inżynierskich „ELDRO – fl” Sp. z o.o. w Gdańsku, a nie wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia.

2) naruszenie art 89 ust 1 pkt 1 i 2 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy z powodu niezgodności w kosztorysie ofertowym, który jest integralną częścią SIWZ.

Jak wynika z treści SIWZ należało, złożyć ofertę w postaci "Formularza ofertowego" sporządzonego zgodnie z załącznikiem 1C, do którego był wymagany "kosztorys szczegółowy". Kosztorys ten winien być sporządzony zgodnie z wymaganiami SIWZ i w oparciu o odpowiedzi Zamawiającego na pytania oferentów.

W piśmie z dnia 25 maja 2009r. (Wasz znak nr NZ/17225/2009/AK) w odpowiedzi na pytanie 6, Zamawiający wyraźnie zaznacza, że nie dopuszcza się zmian ilości nakładów RMS w poszczególnych pozycjach opracowanych na podstawie KNR.

Jednakże spółka Zakład Usług Inżynierskich "ELDRO – fl" Sp. z o.o. w Gdańsku nie zastosowała się do powyższego wymogu i dokonała zmian nakładów w "kosztorysie szczegółowym" polegających na:

usunięciu niektórych pozycji materiałów i sprzętu w wyszczególnionych pozycjach "kosztorysu szczegółowego" (pozycje: 1.19.6, 1.29.2, 1.29.3, 1.31.2, 1.33.3, 1.33.8, 1.33.10, 1.34.2 w kosztorysie ofertowym "ELDRO – fl"),

zmiany nakładów w 'kosztorysie szczegółowym' (poz. 1.28.1 w kosztorysie ofertowym „ELDRO - fl") poprzez zastosowanie mnożnika $M=2$ dla materiałów,

zmiany nakładów w 'kosztorysie szczegółowym' (poz. 1.15.18 w kosztorysie ofertowym "ELDRO -fl") – nakład wynikający z KNR w ww. pozycji dla sprzętu: samochód samowładowczy do 5t wynosi 1m-g/km, zaś w kosztorysie szczegółowym spółki Zakład Usług Inżynierskich "ELDRO – fl" Sp. z o.o. w Gdańsku został zmniejszony do wielkości 0,04 m-g/km.

Dokonanie ww. zmian powoduje, że dołączony do oferty przez spółkę zakład Usług Inżynierskich "ELDRO – fl" Sp. z o.o. w Gdańsku "kosztorys szczegółowy" nie jest sporządzony zgodnie z wymaganiami SIWZ, a tym samym cała oferta (której integralnym elementem jest "kosztorys szczegółowy") jest niezgodna ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, Gdańsk, kwiecień 2009, i ustawą Prawo zamówień publicznych.

Oferta, która jest niezgodna z ustawą Prawo zamówień publicznych, a także której treść nie odpowiada treści SIWZ, podlega odrzuceniu przez zamawiającego zgodnie z Art. 89 ust. 1 pkt 1 i pkt2 ww. ustawy.

3) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy i art. 90 ust 3 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty zawierającej rażąco niską cenę.

Jak wynika z treści oferty spółki Zakład Usług Inżynierskich „ELDRO – fl” Sp. z o.o. w Gdańsku, przedstawione ceny głównych materiałów, mających znaczny wpływ na wartość zamówienia, tj. szafki oświetleniowej z redukcją mocy, oprawy stylowej „Dawid” 100W kl. II z redukcją mocy, oprawy oświetleniowej typu K-Lux kl. II z redukcją mocy, oprawy oświetleniowej SINTRA 1150W kl. II z redukcją mocy oraz oprawy oświetleniowej SGS 306 250W kl. II z redukcją mocy w sposób znaczący odbiegają (są znacznie niższe) zarówno od cen rynkowych, jak i zaproponowanych u pozostałych oferentów.

Z tego powodu Zamawiający zobowiązany był, w ocenie Protestującego, wszcząć obligatoryjne postępowanie wyjaśniające – w trybie określonym w art. 90 ustawy – czy złożona oferta zawiera rażąco niską cenę, w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zdaniem Protestującego Zamawiający bezpodstawnie zaniechał badania składników cenotwórczych (cen materiałów) w tej ofercie, ponieważ zmuszony byłby ją uznać za podlegającą odrzuceniu. Wykonanie zamówienia nie jest możliwe dla potencjalnego wykonawcy bez poniesienia straty. Oznacza to równocześnie naruszenie ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Protestujący zwraca uwagę Zamawiającego na jednolitą linię orzecznictwa – wcześniej Zespołów Arbitrów i aktualnie Krajowej Izby Odwoławczej działających przy Prezesie UZP - dotyczącego tej kwestii, co potwierdza słuszność podniesionych zarzutów.

Dodatkowo pragniemy zauważyć, że zgodnie z pkt VII.1 SIWZ, zamawiający nakazał aby oferty wykonawców były ostemplowane i podpisane, jednakże spółka Zakład Usług Inżynierskich „ELDRO – fl” Sp. z o.o. w Gdańsku nie spełniła tego warunku (brak stempli i podpisów na stronach kosztorysów szczegółowych).”

Rozstrzygnięcie protestu

W dniu 29.06.2009r. zamawiający rozstrzygnął protest poprzez jego oddalenie w zakresie zarzutu nr 1 oraz nr 3 oraz uznanie częściowe w zakresie zarzutu nr 2.

W uzasadnieniu rozstrzygnięcia protestu podniesiono:

„Odnośnie zarzutu 1

Jak wynika z treści pełnomocnictwa omawianego w przedmiotowej sprawie zostało ono wystawione przez Panią Krystynę Hincę dla Pana Karola K.. W pełnomocnictwie wskazano zakres umocowania dla osoby fizycznej do działania w imieniu w/w przedsiębiorcy w postępowaniu, w którym ofertę składa wspólnie konsorcjum firm Eldro FL Sp. z o.o. oraz Zakład Usług Inżynierii Ruchu Krystyna Hince. Firmy te zostały wpisano w nagłówku formularza ofertowego jako występujące wspólnie. Wykonawcy występujący wspólnie w przetargu mają obowiązek zgodnie z dyspozycją art. 23 ustawy Pzp ustanowić pełnomocnika. Pełnomocnikiem może być zarówno osoba prawna jak i osoba fizyczna (co miało miejsce w omawianym przypadku). Zauważyć należy, iż jednocześnie Pan Karol K. jest upoważniony zgodnie ze stosownym zapisem w KRS do reprezentowania firmy Zakład Usług Inżynierskich "ELDRO – fl" Sp. z o.o.

Wynika z tego, iż Pan K. miał pełnię praw do reprezentowania dwóch firm wspólnie występujących w przetargu i podpisując formularz ofertowy oraz wszystkie dokumenty złożone w ofercie działa w imieniu dwóch podmiotów/wykonawców.

Jak wskazuje orzecznictwo w analogicznych sprawach rozstrzyganych zarówno przez ZA jak i KIO w wyroku z 17.04.2008r. KIO/UZP/300/2008 Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, iż udzielenie pełnomocnictwa jest czynnością jednostronną. Nie można na gruncie prawa cywilnego dokonywać czynności ze samym sobą. Udzielenie pełnomocnictwa przez obu członków konsorcjum byłoby uzasadnione gdyby wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia chcieli upoważnić do działania w ich imieniu osobę trzecią. Trudno byłoby wymagać, aby pełnomocnik sam sobie udzielał pełnomocnictwa do reprezentowania siebie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Do oceny treści pełnomocnictwa zastosowanie znajduje również art. 65 k.c. w związku z art. 14 Pzp. Przywołany przepis stanowi, że oświadczenie woli należy tak tłumaczyć jak tego wymagają z uwzględnieniem okoliczności, w których zostało złożone, zasady współzycia społecznego oraz ustalone zwyczaje.

Wobec powyższego rozstrzygnięto jak na wstępie.

Oдноśnie zarzutu 2

Zamawiający uznaje po części argumentację wykonawcy protestującego za zasadną w zakresie stwierdzenia niezgodności treści oferty firmy Eldro FL Sp. z o.o. z treścią Siwz. Natomiast Zamawiający nie znajduje uzasadnienia do automatycznego odrzucenia wskazanej oferty bez wykonania czynności przewidzianych w art. 87 ustawy Pzp.

W związku z powyższym zgodnie z art. 183 ust. 5 ustawy, Zamawiający unieważnia czynność wyboru najkorzystniejszej oferty firmy Eldro FL Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku, powtórzy czynność badania i oceny ofert oraz dokona ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.

W trakcie oceny zarzutów podniesionych w proteście Zamawiający stwierdził, iż rzeczywiście istnieją rozbieżności pomiędzy treścią złożonej oferty a opisem zamówienia przedstawionym w Siwz. W związku z powyższym zachodzi konieczność, zastosowania się do dyspozycji wynikającej z art. 87 ustawy dotyczącej poprawienia oferty.

Jednocześnie zauważyć należy, iż większość wskazanych w proteście pozycji kosztorysu wykonawcy uznanych za niewłaściwe zawierała poprawnie podane podstawy KNR, opisy słowne jak również zakładane do wykonania ilości prac. Dodatkowo rozpatrując powyższe w kontekście przyjętego rozliczenia w systemie ryczałtowym zarzuty wykonawcy dotyczące odrzucenia oferty uznane zostały za bezpodstawne.

Na brak podstaw do odrzucenia oferty wskazuje również orzecznictwo Zespołu Arbitrów (UZP/ZO/02407/06) gdzie w uzasadnieniu czytamy "cena ryczałtowa to cena ustalona za całość zamówienia. Z tego powodu nawet gdy w kosztorysie szczegółowym nie ma niektórych robót, to nie można uznać, że wykonawca złożył ofertę niezgodną ze specyfikacją. Zespół arbitrów nie podziela stanowiska odwołującego, że podana w ofercie cena ryczałtowa powinna stanowić cenę wynikającą z zsumowania kosztorysów szczegółowych".

Zamawiający zgodnie z zapisami wzoru umowy zaznaczył, iż rozliczenie niniejszego zamówienia ma charakter ryczałtowy. Wobec powyższego ustalona w wyniku przetargu cena podana przez wykonawców w ofercie jest ryczałtem i powinna uwzględniać i obejmować wszystkie koszty wykonania poszczególnych rodzajów robót: robocizny, sprzętu i transportu wraz z narzutami i zyskiem, jak również koszty materiałów z kosztami zakupu.

Oznacza to, że co do zasady kosztorys ofertowy ma przy cenie ryczałtowej znaczenie pomocnicze, a nieistotne rozbieżności między jego treścią a treścią otrzymanych przedmiarów nie oznaczają niezgodności treści oferty z treścią SIWZ skutkującej odrzuceniem oferty na podstawie art, 89 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP. Stanowisko takie prezentuje również Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 31.03.2009r. (KIO/UZP 233/08), w którym czytamy, iż kluczowe jest określenie charakteru wynagrodzenia za wykonanie

przedmiotu zamówienia. O szczególnym charakterze ceny ryczałtowej decyduje jej niezmiennosc nawet w przypadku dodatkowych prac nieobjętych przedmiotem robót. Wobec powyższego rozstrzygnięto jak powyżej.

Odnosnie zarzutu 3

Z treści protestu można domniemać, iż zarzut złożenia oferty przez firmę Zakład Usług Inżynierskich "ELDRO – fl" Sp. z o.o. z rażąco niską ceną wynika wyłącznie z arytmetycznego porównania jej cen jednostkowych z innymi złożonymi w niniejszym postępowaniu ofertami.

Natomiast z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej wynikającego z uzasadnienia do wyroku z dnia 28.02.2008r (KIO/UZP 123/08) stwierdzić należy, iż w formularzu cenowym w zestawieniu cen według pozycji i zakresu robót występujące różnice cenowe w ofertach różnych wykonawców nie uprawniają do stwierdzenia, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Chodzi bowiem o odniesienie ceny do całego przedmiotu zamówienia nie zaś do niektórych tylko pozycji.

Z tego też powodu jakiegokolwiek sztywne porównywanie wysokości składników zaoferowanych cen za poszczególne pozycje kosztorysowe zamówienia należy uznać za zbyt precyzyjne. Jak wskazano w kryterium wyboru oferty najkorzystniejszej jedynym kryterium jakim zamawiający mógł się sugerować dokonując wyboru oferty najkorzystniejszej była cena całego przedmiotu zamówienia, a nie wartość cen jednostkowych (elementów składowych) dla poszczególnych, materiałów lub robót.

Zgodnie również z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9.01.2008r, KIO/UZP 1441/07 za ofertę rażąco niską należy uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień, tj. cenę wskazującą na fakt wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia przedmiotu zamówienia. Podobne stanowisko znajdujemy w kolejnym wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6.02.2009r KIO/UZP 109/09 w którym czytamy, iż ustawodawca nie zdefiniował pojęcia "rażąco niska cena" oraz brak również jednoznacznego wskazania kryteriów, jakie należy brać pod uwagę przy ocenie czy zachodzi okoliczność zaoferowania rażąco niskiej ceny. Każdy przypadek należy rozpatrywać indywidualnie, biorąc pod uwagę wszystkie okoliczności sprawy oraz specyfikę przedmiotu zamówienia. Uznać należy, iż ceną rażąco niską jest cena za którą nie jest możliwe wykonanie zamówienia w należyty sposób i która wskazuje na zamiar

realizacji zamówienia poniżej kosztów własnych wykonawcy, nie pozwalającą na wygenerowanie przez niego zysku.

Jednocześnie Izba w sposób szczególny zwróciła uwagę iż ciężar udowodnienia faktu zaoferowania rażąco niskiej ceny w ofercie spoczywa na Protestującym, zaś w złożonym proteście nie wykazano w sposób nie budzący wątpliwości, że zaoferowana cena nie obejmuje całości przedmiotu zamówienia i przez to nosi znamiona rażąco niskiej ceny. Stwierdzić należy dodatkowo, iż z treści protestu wniesionego przez Państwa firmę nie ma żadnego elementu wskazującego na fakt jakoby oferta wykonawcy wybranego do realizacji zamówienia wskazywała na zaoferowanie wykonania przedmiotu zamówienia w cenie niemożliwej lub nierealnej.

W piśmie o przyłączeniu do protestu Zakład Usług Inżynierskich "ELDRO – fl" Sp. z o.o. zwrócił uwagę, iż na rynku osprzętu elektrycznego cenniki producentów są rzeczą umowną, a upusty na poszczególne materiały mogą sięgać nawet do 70% w zależności od wielkości dostawy i warunków płatności. Występują też bardzo duże różnice płatności pomiędzy osprzętem różnych producentów przy zachowaniu równoważnych parametrów technicznych.

Wobec powyższego Zamawiający nie uznaje zarzutów dotyczących nie odrzucenia oferty konsorcjum na podst. art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. oraz zaniechania wyjaśnienia oferty z rażąco niską ceną zgodnie z dyspozycją art. 90 ust. 1 za zasadne co podniesiono w proteście.

Dokonany w ten sposób przez Zamawiającego wybór jest jak najbardziej właściwy z punktu widzenia przepisów ustawy Pzp, równego traktowania wszystkich wykonawców i zachowania zasad uczciwej konkurencji. Jak wskazuje orzecznictwo i wskazane wyroki KIO w tym temacie oraz wprost treść art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp Zamawiający może odrzucić ofertę tylko w przypadku rażąco niskiej ceny oferty a nie jej poszczególnych składników. Oferta podlega bowiem odrzuceniu, jeżeli zawiera cenę wyraźnie i w sposób oczywisty zaniżoną a cenę tę należy odnosić do przedmiotu zamówienia i ustalonej dla niego wartości.

Odwołanie

W dniu 06.07.2009 r. protestujący wniósł odwołanie od ww. rozstrzygnięcia protestu.

W odwołaniu zarzucono zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust.1 pkt. 1 ustawy w związku z art. 23 ust. 1 i 2 poprzez zaniechanie odrzucenia oferty z powodu nieustanowienia pełnomocnika do reprezentowania wspólnie ubiegających się Wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego,
2. art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy w związku z punktem VII.1.1 treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez zaniechanie odrzucenia oferty z powodu nieudzielenia jednemu z wspólnie ubiegających się Wykonawców pełnomocnictwa do reprezentowania ich wobec Zamawiającego w postępowaniu o udzieleniu zamówienia albo reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego,
3. art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty na tej podstawie, iż jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie formularza ofertowego stanowiącego załącznik 1C tej specyfikacji oraz załącznika nr 3 do formularza ofertowego - "kosztorysu szczegółowego".

W związku z powyższymi naruszeniami odwołujący wniósł o:

unieważnienie wyboru jako najkorzystniejszej wspólnej oferty Zakładu Usług Inżynierskich Eldro – fl sp.z o.o. w Gdańsku oraz Krystyny Hince prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą zakład Usług Inżynierii Ruchu Krystyna Hince z siedzibą w Gdyni;

nakazanie odrzucenia wspólnej oferty Zakładu Usług Inżynierskich Eldro – fl sp. z o.o. w Gdańsku oraz Krystyny Hince prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą zakład Usług Inżynierii Ruchu Krystyna Hince z siedzibą w Gdyni;

powtórzenie oceny złożonych w postępowaniu ofert.

W uzasadnieniu odwołania podniesiono:

„(...)

II. Decyzja Zamawiającego, o wyborze wspólnej oferty spółki Zakład Usług Inżynierskich Eldro – fl sp.z o.o. w Gdańsku oraz Krystyny Hince prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą zakład Usług Inżynierii Ruchu Krystyna Hince z siedzibą w Gdyni jest wadliwa z uwagi na następujące okoliczności:

- 1) Naruszenie art. 89 ust. 1 pkt. 1 ustawy w związku z art. 23 ust. 1 i 2 poprzez zaniechanie odrzucenia oferty z powodu nieustanowienia pełnomocnika do reprezentowania wspólnie ubiegających się Wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Stan faktyczny:

Zakład Usług Inżynierskich Eldro – fl sp.z o.o. w Gdańsku oraz Krystyna Hinca prowadząca działalność gospodarczą pod firmą zakład Usług Inżynierii Ruchu Krystyna Hinca z siedzibą w Gdyni wspólnie ubiegają się o zamówienie w postępowaniu,

Krystyna Hinca prowadząca działalność gospodarczą pod firmą zakład Usług Inżynierii Ruchu Krystyna Hinca z siedzibą w Gdyni w dniu 25.05.2009r. udzieliła pełnomocnictwa Panu Karolowi K. do reprezentowania jej w postępowaniu,

Zakład Usług Inżynierskich Eldro – fl sp.z o.o. w Gdańsku nie udzielił pełnomocnictwa żadnej osobie do reprezentowania spółki w postępowaniu.

Dowód: oferta Zakładu Usług Inżynierskich Eldro - fl Sp. z o.o. w Gdańsku oraz Krystyny Hinca prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą zakład Usług Inżynierii Ruchu Krystyna Hinca z siedzibą w Gdyni znajdująca się u Zamawiającego w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Stan prawny:

Zgodnie z treścią art. 23 ust. 1 i 2 ustawy w przypadku gdy wykonawcy wspólnie ubiegają się o udzielenie zamówienia, ustanawiają pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Powyższa norma ma charakter bezwzględnie obowiązujący.

Wnioski:

Z uwagi na bezwzględnie obowiązujący charakter przepisu art. 23 ustawy Pełnomocnictwo udzielone przez uczestników konsorcjum pełni szczególnie ważną rolę. Treści takiego pełnomocnictwa nie można zatem domniemywać (KIO/UZP 1023/08). Na gruncie obowiązujących norm prawnych nie ma wątpliwości, iż ten sam pełnomocnik musi zostać ustanowiony przez wszystkich uczestników konsorcjum. W przedmiotowym postępowaniu jeden uczestnik konsorcjum udzielił pełnomocnictwa na rzecz określonej osoby fizycznej, drugi uczestnik tego konsorcjum nie udzielił natomiast żadnego pełnomocnictwa.

Nie ma przy tym znaczenia okoliczność, iż umocowana w drodze pełnomocnictwa osoba fizyczna jest jednocześnie członkiem zarządu uprawnionym do samodzielnej reprezentacji drugiego uczestnika konsorcjum będącego spółką z o.o. Osoba ta bowiem działając w imieniu spółki nie pełni funkcji pełnomocnika w rozumieniu art. 96 KC lecz członka organu tej spółki zgodnie z treścią 201 KSH.

Powyższe wyraźnie wskazuje na okoliczność, iż uczestnicy konsorcjum nie zastosowali się do treści bezwzględnie obowiązującego przepisu art. 23 ust. 1 i 2 ustawy, tj. nie ustanowili w postępowaniu "wspólnego" pełnomocnika.

Podkreślić należy, iż ustanowienie wspólnego pełnomocnika jest obowiązkiem wykonawców gdyż przepis art. 23 ust. 2 ustawy zaś ma charakter bezwzględnie obowiązujący. Jeżeli Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia podjęli decyzję o wspólnym działaniu, to muszą uwzględnić konsekwencje takiej decyzji i swoją wolę wyraźnie wyartykułować w pełnomocnictwie składanym wraz z ofertą (KIO/UZP 14/08).

Wywodząc z powyższego stwierdzić należy, iż oferta złożona przez Zakładu Usług Inżynierskich Eldro – fl sp. z o.o. w Gdańsku oraz Krystynę Hincę prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą zakład Usług Inżynierii Ruchu Krystyna Hince z siedzibą w Gdyni jest niezgodna z ustawą (art. 23. ust 1, 2 ustawy) i na zasadzie art. 89 ust. 1 pkt. 1 podlega odrzuceniu.

Naruszenie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy w związku z punktem VII.1.1 treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez zaniechanie odrzucenia oferty z powodu nieudzielenia jednemu z wspólnie ubiegających się Wykonawców pełnomocnictwa do reprezentowania ich wobec Zamawiającego w postępowaniu o udzieleniu zamówienia albo reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Stan faktyczny:

Zakład Usług Inżynierskich Eldro – fl sp. z o.o. w Gdańsku oraz Krystyna Hince prowadząca działalność gospodarczą pod firmą zakład Usług Inżynierii Ruchu Krystyna Hince z siedzibą w Gdyni wspólnie ubiegają się o zamówienie w postępowaniu,

Krystyna Hince prowadząca działalność gospodarczą pod firmą zakład Usług Inżynierii Ruchu Krystyna Hince z siedzibą w Gdyni w dniu 25.05.2009r. udzieliła pełnomocnictwa Panu Karolowi K. do reprezentowania jej w postępowaniu,

Zakład Usług Inżynierskich Eldro – fl sp. z o.o. w Gdańsku nie ustanowił pełnomocnictwa na rzecz Krystyny Hince prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą zakład Usług Inżynierii Ruchu Krystyna Hince z siedzibą w Gdyni w postępowaniu.

Dowód:

wspólna oferta Zakładu Usług Inżynierskich Eldro – fl sp. z o.o. w Gdańsku oraz Krystyny Hince prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą zakład Usług Inżynierii Ruchu Krystyna Hince z siedzibą w Gdyni;

Specyfikacja istotnych warunków zamówienia – znajdujące się u Zamawiającego w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Stan prawny:

Zgodnie z treścią punktu VII.1.1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia przedsiębiorcy będący wspólnikami spółki cywilnej lub grupą wykonawców ubiegających się o zamówienie - konsorcjum, mogą złożyć wspólną ofertę pod warunkiem udzielenia jednemu z nich pełnomocnictwa upoważniającego do reprezentowania ich wobec Zamawiającego w postępowaniu o udzieleniu zamówienia albo reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Wnioski:

Treść art. 23 ust. 1 i 2 nie wykluczają sytuacji, kiedy pełnomocnikiem zostaje ustanowiony jeden z uczestników. W tej sytuacji oczywistym jest, iż wybrany na pełnomocnika uczestnik postępowania nie udziela sam sobie pełnomocnictwa. Zamawiający w treści punktu VII.1.1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia wyraźnie zastrzegł, iż przedsiębiorcy będący grupą wykonawców ubiegających się o zamówienie, mogą złożyć wspólną ofertę pod warunkiem udzielenia jednemu z nich pełnomocnictwa upoważniającego do reprezentowania ich wobec Zamawiającego w postępowaniu.

W postępowaniu natomiast jeden przedsiębiorca (osoba fizyczna prowadząca działalność gospodarczą) udzielił pełnomocnictwa osobie fizycznej nie będącej przedsiębiorcą wspólnie ubiegającym się o zamówienie, w sytuacji gdy drugim przedsiębiorcą ubiegającym się wspólnie o zamówienie w tym postępowaniu jest spółka z ograniczoną odpowiedzialnością.

Aby uczynić zatem zadość bezwzględnemu warunkowi określonym w punkcie VII.1.1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, pełnomocnictwo winno być udzielone spółce z o.o. będącej osobą prawną. Nie budzi także wątpliwości okoliczność, iż pełnomocnictwo z materialno-prawnego punktu widzenia może zostać udzielone również osobie prawnej.

Nie ma przy tym żadnego znaczenia fakt, że umocowana w drodze pełnomocnictwa osoba fizyczna jest jednocześnie członkiem zarządu drugiego uczestnika konsorcjum będącego spółką z o.o. Umocowana osoba nie jest bowiem przedsiębiorcą wspólnie ubiegającym się o zamówienie w postępowaniu lecz jedynie członkiem organu tego przedsiębiorcy.

W postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego zasadą jest, iż Zamawiający prowadzi to postępowanie na podstawie specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w której określa swoje potrzeby i wymagania. Dlatego też niezgodność oferty z treścią tej

specyfikacji oznacza, iż wykonawca nie spełnia wymogów zamawiającego, a jego oferta powinna zostać odrzucona.

Wywodząc z powyższego stwierdzić należy, iż oferta złożona przez Zakład Usług Inżynierskich Eldro – fl sp. z o.o. w Gdańsku oraz Krystynę Hinca prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą zakład Usług Inżynierii Ruchu Krystyna Hinca z siedzibą w Gdyni jest niezgodna z treścią punktu VII.1.1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia i na zasadzie art. 89 ust. 1 pkt. 2 podlega odrzuceniu.

Naruszenie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty na tej podstawie, iż jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie formularza ofertowego stanowiącego załącznik do tej specyfikacji oraz załącznika nr 3 do formularza ofertowego - "kosztorysu szczegółowego".

Stan faktyczny:

spółka Zakład Usług Inżynierskich "ELDRO - fl" Sp. z o.o. w Gdańsku oraz Krystyna Hinca prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą zakład Usług Inżynierii Ruchu Krystyna Hinca z siedzibą w Gdyni złożyli wspólną ofertę, która w swej treści nie odpowiada wymaganiom "kosztorysu szczegółowego" będącego załącznikiem do formularza ofertowego do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ze względu na:

usunięcie niektórych pozycji materiałów i sprzętu w wyszczególnionych pozycjach „kosztorysu szczegółowego” co znalazło odzwierciedlenie w następujących pozycjach kosztorysu ofertowego wykonawcy: 1.19.6, 1.29.2, 1.29.3, 1.31.2, 1.33.3, 1.33.8, 1.33.10, 1.34.2.

zmianę określonych nakładów w "kosztorysie szczegółowym" co znalazło odzwierciedlenie w pozycji 1.28.1 kosztorysu ofertowego wykonawcy, poprzez zastosowanie mnożnika $M=2$ dla materiałów,

zmianę określonych nakładów w "kosztorysie szczegółowym" co znalazło odzwierciedlenie w pozycji 1.15.18 w kosztorysie ofertowym wykonawcy poprzez zmniejszenie nakładu wynikającego z KNR dla samochodu samowyładowczego do wielkości 0,04 m-g/km, w sytuacji gdy nakład wynikający z KNR w "kosztorysie szczegółowym" dla samochodu wyładowczego do 5t wynosi 1 m-g/km.

Dowód:

wspólna oferta Zakładu Usług Inżynierskich Eldro - fl sp.z o.o. w Gdańsku oraz Krystyny Hinca prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą zakład Usług Inżynierii Ruchu Krystyna Hinca z siedzibą w Gdyni;

Specyfikacja istotnych warunków zamówienia – znajdujące się u Zamawiającego w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Stan prawny:

Zgodnie z treścią art. 7 ust. 1 ustawy Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Zasada równego traktowania odnosi się również do sytuacji dbania przez Zamawiającego o to aby strony były jednakowo traktowane w zakresie obowiązku złożenia oferty zgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zgodnie treścią art. 98 ust. 1 pkt. 2 ustawy Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Wnioski:

Jak wynika z treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia ofertę należało złożyć na formularzu ofertowym według wzoru będącego załącznikiem 1C do tej specyfikacji. Załącznikiem do formularza ofertowego jest z kolei "kosztorys szczegółowy" określający stałe wartości i wytyczne, na podstawie których wykonawcy mieli obowiązek konstruować swoje kosztorysy ofertowe.

W piśmie z dnia 25 maja 2009r. (znak nr NZ/17225/2009/AK) w odpowiedzi na pytanie nr 6 Odwołującego się, Zamawiający wyraźnie zaznaczył, że nie dopuszcza się zmian ilości nakładów RMS w poszczególnych pozycjach opracowanych na podstawie KNR określonych w "kosztorysie szczegółowym". Oferty wykonawców w zakresie ich kosztorysów winny być zatem sporządzone zgodnie ze stałymi wytycznymi określonymi w "kosztorysie szczegółowym" będącym integralną częścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz w oparciu o odpowiedzi Zamawiającego na pytania oferentów.

Z zebranej w sprawie dokumentacji, jednoznacznie wynika, iż Spółka Zakład Usług Inżynierskich "ELDRO - fl" Sp.z o.o. w Gdańsku oraz Krystyna Hinca prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą zakład Usług Inżynierii Ruchu Krystyna Hinca z siedzibą w Gdyni we wspólnej ofercie nie uwzględnili wiążących wytycznych określonych w "kosztorysie szczegółowym" w zakresie szczegółowo wskazanym powyżej. Powyższe prowadzi do jednoznacznego wniosku, iż wspólna oferta tych wykonawców co do kosztorysu jest

niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie "kosztorysu szczegółowego".

Podkreślenia wymaga okoliczność, iż wyżej wymienione zmiany (odstępstwa od wytycznych z "kosztorysu szczegółowego") dokonane w treści oferty wykonawcy mają charakter zmian istotnych, gdyż znacząco wpływają na pozytywną dla wykonawcy kalkulację ceny. Działanie wykonawcy w tym zakresie należy ponadto określić jako działanie świadome, a nie omyłkowe, co wprost wynika z wyjaśnień wykonawcy zawartych w piśmie z dnia 22.06.2009r. Wprowadzone zmiany zatem nie mogą być uznane za dające się usunąć omyłki w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy.

Dowód: pismo Zakład Usług Inżynierskich "ELDRO - fl" Sp. z o.o. w Gdańsku.

Zamawiający prowadzi postępowanie na podstawie specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w której określa swoje potrzeby i wymagania. Dlatego też istotna niezgodność oferty z treścią tej specyfikacji oznacza, iż wykonawca nie spełnia wymogów zamawiającego, a jego oferta powinna zostać odrzucona.

Złożenie oferty ze zmianą w kosztorysie ofertowym przez oferenta niektórych pozycji cenotwórczych uwzględnionych przez zamawiającego bez zgłoszenia do zamawiającego i uzyskania jego wyjaśnień w trybie art. 38 ustawy Prawo zamówień publicznych powoduje, że treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a to uzasadnia jej odrzucenie (KIO/UZP 1045/08).

Wywodząc z powyższego stwierdzić należy, iż oferta złożona przez Zakład Usług Inżynierskich Eldro – fl sp. z o.o. w Gdańsku oraz Krystynę Hincę prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą zakład Usług Inżynierii Ruchu Krystyna Hince z siedzibą w Gdyni jest niezgodna z załącznikiem IC specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie "kosztorysu szczegółowego" i na tej podstawie w oparciu o art. 98 ust. 1 pkt. 2 podlega odrzuceniu. "

Uwzględniając powyższe oraz dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia, a także oświadczenia stron i przystępującego złożone w trakcie rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że odwołujący legitymuje się interesem prawnym w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o których stanowi art. 179 ust. 1 Pzp.

Następnie Izba wskazuje, iż zgodnie z art. 191 ust. 3 ustawy, nie może orzekać co do zarzutów nie zawartych w proteście.

Według dyspozycji art. 180 ust. 8 protest powinien zawierać oprotestowaną czynność lub zaniechanie zamawiającego, a także zawierać żądanie, związę przytoczenie zarzutów oraz okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie protestu.

W pierwszej kolejności protestujący wykonawca przyjął i udowodniał, że wybraną ofertę złożył jeden wykonawca i z tych okoliczności wywodził skutki prawne związane z koniecznością uznania składającego ofertę za niespełniającego warunków udziału w postępowaniu. Na etapie odwołania, wnoszący odwołanie przyjął już, iż ofertę złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie i z tym faktem powiązał zarzuty i postulowane w odwołaniu skutki prawne.

Jak wynika z treści przedmiotowego protestu, jego zarzuty dotyczyły bezprawnego wyboru oferty wykonawcy podlegającego wykluczeniu (zaniechania wykluczenia wykonawcy niespełniającego warunków udziału w postępowaniu) oraz były popierane okolicznościami i argumentacją, według których niemożliwe było, że względu na wskazane uchybienia reprezentacji, zaliczenie części wykazanego doświadczenia jako potwierdzającego spełnienie warunków udziału w postępowaniu określonych w siwz.

Natomiast zarzuty odwołania (w pkt 1 i 2) dotyczyły zaniechania odrzucenia czy też wyboru oferty podlegającej odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy z uwagi na wskazywane błędy w reprezentacji i braki w umocowaniach w odniesieniu do wymagań ustawy i siwz w tym przedmiocie.

Izba stwierdza, iż tego typu zarzutów brak było w treści protestu. Zarzut naruszenia art. 24 ust 1 pkt 10 ustawy w związku z art 22 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 23 ust. 1 i 2 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wybranego wykonawcy podlegającego wykluczeniu z postępowania, z powodu nie spełnienia warunku określonego w punkcie III.2 SIWZ (warunek

dotyczący doświadczenia wykonawcy – *przyp. KIO*) z pewnością nie jest tożsamy z zarzutami naruszenia:

1. art. 89 ust. 1 pkt. 1 ustawy w związku z art. 23 ust. 1 i 2 poprzez zaniechanie odrzucenia oferty z powodu nieustanowienia pełnomocnika do reprezentowania wspólnie ubiegających się Wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego,
2. art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy w związku z punktem VII.1.1 treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez zaniechanie odrzucenia oferty z powodu nieudzielenia jednemu z wspólnie ubiegających się Wykonawców pełnomocnictwa do reprezentowania ich wobec Zamawiającego w postępowaniu o udzieleniu zamówienia albo reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W żadnym razie odmienności ww. zarzutów nie przekreśla fakt, iż okoliczności i argumenty potwierdzające powstanie podnoszonych w proteście oraz odwołaniu naruszeń (zarzutów naruszeń wskazywanych przepisów), są częściowo tożsame.

Krajowa Izba Odwoławcza wyjaśnia, iż zarzut w rozumieniu art. 180 ust. 8 nie jest konglomeratem tez i rozważań protestującego, z którego dopiero należy wyprowadzać wszystkie, nawet pośrednio związane a nie wyrażone, naruszenia przepisów i powiązane z nimi skutki prawne, ale winien zwięźle i jasno wskazywać naruszenia określonych przepisów i wynikające z nich bezpośrednio konsekwencje dla postępowania o udzielenie zamówienia.

W związku z powyższym, na podstawie art. 191 ust. 3 ustawy opisane w stanie faktycznym niniejszego uzasadnienia zarzuty odwołania oznaczone numerami 1 i 2, pozostawiono bez rozpoznania.

W odniesieniu do zarzutu protestu dotyczącego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wybranej pomimo niezgodności przedstawionego wraz z ofertą kosztorysu ofertowego z treścią specyfikacji istotnych warunków udziału w postępowaniu, Izba wskazuje, iż zamawiający w rozstrzygnięciu protestu częściowo uwzględnił protest w tym zakresie, tj. przyznał istnienie rozbieżności pomiędzy kosztorysem a siwz oraz anulował wybór najkorzystniejszej oferty oraz zobowiązał się do powtórzenia czynności oceny ofert. Odmówił natomiast odrzucenia oferty bez uprzedniego zastosowania art. 87 ustawy czyli wyjaśnienia i ewentualnego dokonania poprawek.

Krajowa Izba Odwoławcza potwierdza prawidłowość postępowania zamawiającego w tym przedmiocie.

Żadne ze wskazanych w proteście i odwołaniu rozbieżności pomiędzy kosztorysem ofertowym przedstawionym przez Konsorcjum Eldro-fl a „kosztorysem ślepy” stanowiącym część siwz, nie są różnicami na tyle „istotnymi” aby ich poprawienie nie mieściło się w dyspozycji art. 87 ust. 2 pkt 3 dopuszczającego poprawianie oferty przy zastrzeżeniu nie dokonywania istotnych zmian w jej treści.

Izba wskazuje, iż ocena istotności ewentualnych zmian w poprawianej ofercie powinna odnosić się do ich zakresu oraz następstw ich przeprowadzenia. W pierwszej kolejności należy tu rozważyć i brać pod uwagę „ilość” i „jakość” zmian i różnic pomiędzy zamawianym przedmiotem, którego wykonania winien zobowiązać się wykonawca składając ofertę, a zobowiązaniem, które rzeczywiście wyraził w jej treści. W żadnym razie o „istotności” zmian, a w konsekwencji o niemożliwości zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy do poprawienia oferty, nie przesądzają zapewnienia i nakazy zamawiającego podkreślające konieczność takiego czy innego przygotowania i sporządzenia oferty. Inaczej: nie przesądza o powyższym stopień podkreślenia czy moc deklaracji zamawiającego w przedmiocie określonego przygotowania oferty i znaczenia poszczególnych wymagań siwz. Całość postanowień siwz określająca przedmiot zamówienia oraz formułująca wymagania w stosunku do sposobu wyrażenia i zakresu zobowiązania wykonawcy jest istotna i jako taka powinna być przestrzegana przez wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu. Jednakże, jak wskazano powyżej, o kwalifikacji danych odstępstw ofert od treści siwz w kontekście zastosowania art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy decyduje treść swiz i oferty, zakres i rodzaj rozbieżności oraz ewentualnie konsekwencje ich poprawienia dla całości treści oferty, czyli o zastosowaniu bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa decyduje obiektywne wystąpienie przesłanek wypełniających ich dyspozycję. Z tego względu argument odwołujących jakoby jakiegokolwiek odstępstwo od przedmiaru robót przedstawionego przez zamawiającego było istotne, a tym samym niemożliwe do poprawienia z powodu, iż zamawiający w piśmie z dnia 25.05.2009 r wyraźnie zadeklarował, że zmian nie dopuszcza, uznać należy za chybiony. Nieistotne różnice i odstępstwa od określonego w siwz sposobu przygotowania i sporządzenia kosztorysu ofertowego są możliwe do poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, pomimo deklaracji zamawiającego, iż żadnych zmian do kosztorysu wprowadzać nie zezwala.

Ponadto nie bez znaczenia dla oceny znaczenia ewentualnych poprawek w ofercie jest okoliczność, iż zakres zobowiązania zamawiającego określany jest przez cenę ryczałtową pokrywającą całość zobowiązań wykonawcy niezależnie od kształtu kosztorysu ofertowego, który według deklaracji zamawiającego miał jedynie służyć wykonawcom pomocniczo do skalkulowania i przygotowania oferty. Jakkolwiek nie mający znaczenia jako podstawa dla ostatecznego określenia i wypłacenia ceny umowy przez zamawiającego, kosztorys ofertowy, wymagany przez zamawiającego w siwz, odnosi się i wyraża zakres prac a także

sposób ich wykonania, do których przeprowadzenia zobowiązano się w ofercie. W związku z powyższym powinien zostać w tym zakresie poprawiony i uzgodniony z treścią siwz, w sposób gwarantujący wykonanie przez podpisującego umowę wykonawcę zgodnie z wymaganiami zamawiającego przedstawionymi poprzez opisany w siwz przedmiot zamówienia.

Powyższemu celowi, jak się wydaje, ma służyć przedsięwzięta przez zamawiającego ponowna ocena ofert, tj. zadeklarowane zastosowanie art. 87 Pzp w stosunku do oferty Konsorcjum Eldro-fl.

Izba wskazuje, iż zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt 3 jak najbardziej może zostać poprzedzone wyjaśnieniami, o których stanowi ust. 1 powołanego przepisu, zmierzającymi do ustalenia rzeczywistej treści oferty oraz charakteru i rodzaju, czy samej potrzeby wprowadzenia ewentualnych zmian w jej treści.

Ponadto pomieszczone w art. 87 ust. 2 pkt 3 pojęcie „innej omyłki” nie powinno być interpretowane zawężająco, tj. jedynie jako technicznego błędu w sposobie sporządzenia oferty, pominięcia lub pomylenia określonych wyrażień czy wartości, czy wszelkich innych powstających bez świadomości ich wystąpienia przeoczeń i braków prowadzących do niezgodności oferty ze specyfikacją. Omyłka wykonawcy w przygotowaniu oferty może wynikać z jego błędnego przekonania, co do wymaganego sposobu wykonania zamówienia i wyrażenia powyższego w ofercie. Wykonawca sporządza więc ofertę z pełną świadomością, co do celowości i kształtu jej poszczególnych zapisów, jednakże mylnie nie zdaje sobie sprawy ze stanu jej niezgodności z treścią siwz. Tego typu błędy wykonawcy, pod warunkiem ich „nieistotności”, również winny być poprawiane w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3. Ostatecznym momentem weryfikacji omyłki, tj. zmiany przekonania wykonawcy, co do poprawności jego oferty, jest wywołujące określone skutki prawne zawiadomienie o dokonanej poprawie omyłki i wyrażenie zgody, o którym mowa w art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy, niezależnie od wcześniej składanych deklaracji w tym przedmiocie.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 191 ust. 1 i 3 ustawy, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp czyli stosownie do wyniku postępowania.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Gdańsku**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....