

**Sygn. akt: KIO/UZP 1135/10**

**KIO/UZP 1136/10**

**WYROK**

**z dnia 24 czerwca 2010 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Paweł Trojan**

**Członkowie: Agnieszka Trojanowska  
Bogdan Artymowicz**

**Protokolant: Przemysław Śpiewak**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **21 czerwca 2010 r.** w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia **15.06.2010 r.** do łącznego rozpoznania,

wniesionych przez:

**A. Konsorcjum: MP-Mosty Sp. z o.o., ul. Stoczniovców 3, 30-709 Kraków (lider konsorcjum) oraz RPS Consulting Engineers Limited, Cookstown Court, Tallaght, Dublin 24, Irlandia (członek konsorcjum) - adres do korespondencji lidera konsorcjum: ul. Stoczniovców 3, 30-709 Kraków (sygn. akt. KIO/UZP 1135/10);**

**B. Konsorcjum: Lafrentz - Polska Sp. z o.o., ul. Zbąszyńska 29, 60-359 Poznań (lider konsorcjum) oraz Inwestycje, Budownictwo, Handel „Inwest - Complex” Sp. z o.o., ul. Góry Chełmskiej 15, 44-100 Gliwice (członek konsorcjum) – adres do korespondencji lidera konsorcjum: ul. Zbąszyńska 29, 60-359 Poznań (sygn. akt KIO/UZP 1136/10)**

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, 00-848 Warszawa, ul. Żelazna 59** reprezentowana przez **Generalną**

**Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Katowicach, ul. Myśliwska 5, 40-017 Katowice** protestów:

**A. Konsorcjum: MP-Mosty Sp. z o.o., RPS Consulting Engineers Limited, 30-709 Kraków, ul. Stoczniovców 3 z dnia 20 maja 2010 r.**

**B. Konsorcjum: Lafrentz - Polska Sp. z o.o., Inwestycje, Budownictwo, Handel „Inwest - Complex” Sp. z o.o., 60-359 Poznań, ul. Zbąszyńska 29 z dnia 20 maja 2010 r.**

przy udziale wykonawcy **Menedżer Budownictwa inż. Józef Kołosowski Spółka jawna, 43-200 Pszczyna, ul. Musioła 8** zgłaszającego swoje przystąpienie po stronie Zamawiającego.

**orzeka:**

**1. oddala odwołanie w sprawie KIO/UZP 1135/10 wniesione przez wykonawcę Konsorcjum: MP-Mosty Sp. z o.o., RPS Consulting Engineers Limited, 30-709 Kraków, ul. Stoczniovców 3;**

**2. uwzględnia odwołanie w sprawie KIO/UZP 1136/10 wniesione przez wykonawcę Konsorcjum: Lafrentz - Polska Sp. z o.o., Inwestycje, Budownictwo, Handel „Inwest - Complex” Sp. z o.o., 60-359 Poznań, ul. Zbąszyńska 29 i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego, jak również nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego, nakazuje powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazuje odrzucenie oferty wykonawcy Konsorcjum: MP-Mosty Sp. z o.o., RPS Consulting Engineers Limited, 30-709 Kraków, ul. Stoczniovców 3 jako niezgodnej z treścią SIWZ.**

2. Kosztami postępowania obciąża

**A. Konsorcjum: MP-Mosty Sp. z o.o., RPS Consulting Engineers Limited, 30-709 Kraków, ul. Stoczniovców 3;**

**B. Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Katowicach, ul. Myśliwska 5, 40-017 Katowice**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 444 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisów uiszczonych przez odwołujących się, w tym:
  - A** koszty w wysokości 2 222 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące dwieście dwadzieścia dwa złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum: MP-Mosty Sp. z o.o., RPS Consulting Engineers Limited, 30-709 Kraków, ul. Stoczniovców 3,**
  - B** koszty w wysokości 2 222 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące dwieście dwadzieścia dwa złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum: Lafrentz - Polska Sp. z o.o., Inwestycje, Budownictwo, Handel „Inwest - Complex” Sp. z o.o., 60-359 Poznań, ul. Zbąszyńska 29,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 2 222 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące dwieście dwadzieścia dwa złote i zero groszy) przez **Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Katowicach, ul. Myśliwska 5, 40-017 Katowice,** na rzecz **Konsorcjum: Lafrentz - Polska Sp. z o.o., Inwestycje, Budownictwo, Handel „Inwest - Complex” Sp. z o.o., 60-359 Poznań, ul. Zbąszyńska 29** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu od odwołania,
- 3) dokonać zwrotu kwoty 25 556 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia pięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołujących się, w tym:
  - A** kwoty 12 778 zł 00 gr (słownie: dwanaście tysięcy siedemset siedemdziesiąt osiem złotych zero groszy) na rzecz **Konsorcjum: MP-Mosty Sp. z o.o., RPS Consulting Engineers Limited, 30-709 Kraków, ul. Stoczniovców 3,**
  - B** kwoty 12 778 zł 00 gr (słownie: dwanaście tysięcy siedemset siedemdziesiąt osiem złotych zero groszy) na rzecz **Konsorcjum: Lafrentz - Polska Sp. z o.o., Inwestycje, Budownictwo, Handel „Inwest - Complex” Sp. z o.o., 60-359 Poznań, ul. Zbąszyńska 29.**

### **U z a s a d n i e**

Zamawiający – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział Katowice, ul. Myśliwska 5, 40-017 Katowice prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. "Zarządzanie projektem w zakresie

budowy drogi ekspresowej S-69 Bielsko-Biała – Żywiec – Zwadroń, odcinek węzeł „Mikuszowice” („Żywiecka/Bystrzańska”) – Żywiec, w tym pełnienie nadzoru nad realizacją robót”.

Szacunkowa wartość zamówienia jest większa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11. ust 8 ustawy Pzp.

Przedmiotowe postępowanie zostało wszczęte przez Zamawiającego w dniu 21.12.2009 r. przekazaniem do publikacji ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich. Ogłoszenia zostało opublikowane w suplemencie Dz. U. UE z dnia 26.12.2009 r. pod numerem ogłoszenia 2009/S 249-358603.

W przedmiotowym postępowaniu zostało złożonych 12 ofert. Zgodnie z pkt 13.1. Instrukcji dla Wykonawców jedynym kryterium oceny ofert w przedmiotowym postępowaniu jest cena. Jako najkorzystniejsza została uznana przez Zamawiającego oferta złożona przez wykonawcę Menedżer Budownictwa inż. Józef Kołosowski Spółka jawna, 43-200 Pszczyna, ul. Musioła 8 z ceną ofertową wynoszącą 8.132.002,72 zł brutto. Ofertę z najniższą ceną w przedmiotowym postępowaniu złożył wykonawca Konsorcjum PxM-Projekt-Południe Spółka z o.o. (lider konsorcjum); WBP Zabrze Spółka z o.o.; Apia XXI I.A.K. Spółka z o.o.; Apia XXI S.A. z adresem korespondencyjnym dla lidera konsorcjum: ul. Mazowiecka 25, 30-019 Kraków, który zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia za kwotę 6.682.698,47 zł brutto. Oferta ww. wykonawca została przez Zamawiającego odrzucona, zaś decyzja ta stała się ostateczna wraz z upływem terminu na wniesienie odwołania. Kolejne oferty pod względem kryterium ceny zostały złożone przez Odwołujących się wykonawców, tj. Konsorcjum: MP-Mosty Sp. z o.o., RPS Consulting Engineers Limited, 30-709 Kraków, ul. Stoczniovców 3, który zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia za kwotę 6.932.714,48 zł brutto, zaś wykonawca Konsorcjum: Lafrentz - Polska Sp. z o.o., Inwestycje, Budownictwo, Handel „Inwest – Complex” Sp. z o.o., 60-359 Poznań, ul. Zbąszyńska 29 za kwotę 6.979.260,21 zł brutto.

#### **KIO/UZP 1135/10**

Zamawiający pismem z dnia 20.04.2010 r. wezwał Odwołującego - Konsorcjum: MP-Mosty Sp. z o.o., RPS Consulting Engineers Limited, 30-709 Kraków, ul. Stoczniovców

3 do złożenia w oparciu o art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wyjaśnień w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Przedmiotowe pismo zostało przesłane Odwołującemu na numer faksu: (012) 259 70 90 w dniu 20 kwietnia 2010 r. o godzinie 13:46. Na potwierdzenie powyższej transmisji w aktach sprawy znajduje się raport z transmisji faksu. Wskazany numer faksu jest przedstawiony na pierwszej stronie oferty, złożonej przez konsorcjum w przedmiotowym postępowaniu. Zamawiający w punkcie 17.1 SIWZ p.t. "Opis sposobu porozumiewania się oraz udzielania wyjaśnień treści SIWZ", dopuścił również możliwość porozumiewania się stron drogą faksową. Jednakże Zamawiający postawił wymóg niezwłocznego potwierdzenia przez Wykonawcę pisemnie lub faksem faktu otrzymania każdej informacji przekazanej w innej formie niż pisemna, a na żądanie Wykonawcy potwierdzi fakt otrzymania od niego informacji. Odwołujący podnosi, że faksu nie otrzymał. Zamawiający potwierdził w toku rozprawy, iż nie otrzymał potwierdzenia dostarczenia pisma z dnia 20.04.2010 r., jak również potwierdził, iż powyższe pismo nie zostało przekazane Odwołującemu w innej formie. Izba uznała za bezsporne, iż Odwołujący nie złożył w odpowiedzi na pismo z dnia 20.04.2010 r. wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

W dniu **10.05.2010 r.** Zamawiający zawiadomił wykonawców biorących udział w postępowaniu o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz o odrzuceniu m.in. oferty Odwołującego. W uzasadnieniu prawnym Zamawiający wskazał, iż odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp jako zawierającą rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, gdyż wykonawca ten nie złożył w wyznaczonym terminie wyjaśnień dotyczących składników oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Pismem z dnia **20.05.2010 r.** Odwołujący wniósł protest dotyczący czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Konsorcjum firm MP- Mosty Sp. z o.o. ul Stoczniovców 3 30-709 Kraków oraz RPS Consulting Engineers Limited Block C, Cookstown Court, Tallaght, Dublin 24, Irlandia.

Protestujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 i art. 7 oraz pkt 17 rozdziału 1 tom I SIWZ. W związku z powyższym Protestujący wniósł o:

1. unieważnienie czynności wykluczenia Protestującego z postępowania i odrzucenia jego oferty;
2. unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
3. nakazanie powtórzenia czynności badania i oceny ofert.

W uzasadnieniu wskazał, że 10 maja 2010 roku o godzinie 8.43 otrzymał od Zamawiającego drogą faksową pismo informujące o fakcie odrzucenia jego oferty z powodu nie udzielenia odpowiedzi w terminie na pismo o nr GDDKiA-O/KA-R2/418/360/2010 z dnia 20 kwietnia 2010 roku w sprawie udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty z dnia 18 marca 2010 roku mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę.

Zdaniem Protestującego czynność Zamawiającego polegająca na odrzuceniu jego oferty jest sprzeczna z przepisami ustawy oraz z regulacją SIWZ. Protestujący wskazał, że zapis pkt 17 rozdziału 1 tomu I SIWZ, w którym to Zamawiający opisał sposób porozumiewania się z wykonawcami w następujący sposób: wszelkie oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz inne informacje Zamawiający oraz Wykonawcy będą przekazywać pisemnie lub faksem. Dodatkowo zastrzeżono, że Zamawiający wymaga niezwłocznego potwierdzenia przez Wykonawcę pisemnie lub faksem faktu otrzymania każdej informacji przekazanej w innej formie niż pisemna.

Zamawiający w faksie z dnia 10 maja 2010 roku powołuje się na pismo z dnia 20 kwietnia 2010 roku, w którym wzywał Protestującego do udzielenia wyjaśnień, a które podobno zostało przekazane drogą faksową w tym dniu do Protestującego. Protestujący stwierdził, iż nie otrzymał takiego pisma faksem, ponieważ potwierdziłby fakt jego otrzymania oraz zapewne udzieliłby informacji wymaganej przez Zamawiającego. Dodatkowo w celu ustalenia, czy przedmiotowe pismo zostało wysłane przez Zamawiającego, Protestujący zwrócił się ze stosownym wnioskiem do Telekomunikacji Polskiej S.A. o udostępnienie bilingu. W odpowiedzi Protestujący został poinformowany, że biling jest udostępniany tylko na wniosek odpowiednich organów ścigania w związku z prowadzeniem postępowania karnego.

W związku z powyższym, nie dysponując potwierdzeniem odbioru pisma z dnia 20 kwietnia 2010 roku (znak pisma: GDDKiA-O/KA-R2/418/360/2010) Zamawiający odrzucił ofertę Protestującego łamiąc tym samym regulację SIWZ pkt 17 rozdział 1 tom I. Jednocześnie dopuścił się naruszenia przepisów ustawy art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3, ponieważ Protestujący nie mógł zająć stanowiska wobec przedmiotowego pisma z uwagi na brak jego doręczenia.

Biorąc pod uwagę wyżej przedstawione okoliczności wskazał na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 marca 2009 roku, który został wydany w sprawie KIO/UZP 82/09 (Legalis). W uzasadnieniu wzmiankowanego orzeczenia Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę na to, że jeżeli w SIWZ Zamawiający ustalił, że fakt otrzymania korespondencji przez uczestników postępowania wymaga niezwłocznego jej potwierdzenia przez stronę otrzymującą, to w związku z tym dowodem doręczenia korespondencji drugiej stronie będzie potwierdzenie jej otrzymania. Protestujący podniósł, że w identycznym tonie

Krajowa Izba Odwoławcza wypowiedziała się również w wyroku z dnia 3 marca 2009 roku w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 85/09 (Legalis). Ponadto należy nadmienić, że wyżej wymienione orzeczenia zostały podtrzymane i w pełni podzielone w wyroku z dnia 10 sierpnia 2009 roku wydanego przez Krajową Izbę Odwoławczą w sprawie KIO/UZP 958/09 (Legalis).

Ponadto Protestujący wskazał, że 20 kwietnia 2010 roku otrzymał od Zamawiającego pismo (znak pisma: GDDKiA- O/KA-R2/418/347/2010) o godzinie 13.32 wzywające w trybie art. 26 ust. 3 ustawy do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów. Stosownie do pkt 17 rozdziału 1 tom I SIWZ Protestujący niezwłocznie potwierdził otrzymanie przedmiotowego pisma, wysyłając faks o godzinie 14.29 dnia 20.04.2010 roku. Protestujący wskazał, iż na skutek prawidłowego doręczenia wzmiankowanego pisma, przygotował odpowiedź i przesłał ją Zamawiającemu. Biorąc pod uwagę wyżej przedstawione okoliczności należy podkreślić, że Protestujący jako podmiot, który chce uzyskać przedmiotowe zamówienie, w przypadku skutecznego mu doręczenia pisma z dnia 20 kwietnia 2010 roku o nr GDDKiA-O/KA-R2/418/360/2010 również potwierdziłby Zamawiającemu jego odbiór i ustosunkowałby się do niego merytorycznie. Jednakże Zamawiający 20 kwietnia 2010 roku skutecznie doręczył tylko jedno pismo, dlatego też odrzucenie oferty Protestującego wobec nie ustosunkowania się co do pisma o nr GDDKJA-O/KA-R2/418/360/2010 stanowi, jego zdaniem, naruszenie przepisów ustawy Pzp oraz regulacji SIWZ.

W związku z powyższym należy uznać również za całkowicie bezzasadne przyjęcie przez Zamawiającego twierdzenia, że oferta Protestującego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, ponieważ takiej oceny Zamawiający może dokonać ewentualnie po uzyskaniu wyjaśnień w tym zakresie. W tym przypadku Protestujący w ogóle został pozbawiony możliwości składania jakichkolwiek wyjaśnień.

Zdaniem Protestującego cena jej oferty w wysokości 6.932.714,48 zł nie stanowi rażąco niskiej ceny, ponieważ nie różni się znacząco od innych ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu oraz w pełni odpowiada cenom rynkowym. Zwrócić należy uwagę przede wszystkim na cenę oferty konsorcjum firm PXM Projekt Południe Sp. z o.o., WBP Zabrze Sp. z o.o., Apia XXI I.A.K. Sp. z o.o., Apia XXI S.A., która wynosi 6.682.698,47 zł. oraz cenę oferty konsorcjum firm Lafrentz- Polska sp. z o.o., Inwestycje Budownictwo Inwest- Complex sp. z o.o., która wynosi 6.979.260,21 zł. Pierwsza z wyżej wymienionych cen jest niższa od ceny zaoferowanej przez Protestującego zaledwie o 250.022,00 zł., a druga wyższa o około 46.545 zł. Uwzględniając oferty złożone w przedmiotowym postępowaniu, a w szczególności wyżej wymienione, należy jednoznacznie stwierdzić, że cena wskazana w ofercie przez Protestującego nie może być uznana przez Zamawiającego za cenę rażąco niską. Cena jest ceną rażąco niską wtedy

gdy jest „ceną nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, tzn. nie występującą na rynku, na którym ceny wyznaczone są poprzez postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów na nim działających (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 stycznia 2010 roku KIO/UZP 1882/09, Legalis)". Ponadto Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 6 lutego 2009 roku (KIO/UZP 109/09, Legalis) wskazała, że „ceną rażąco niską jest cena nierealistyczna, cena, za którą nie jest możliwe wykonanie zamówienia w należyty sposób i która wskazuje na zamiar realizacji zamówienia poniżej kosztów własnych wykonawcy, nie pozwalająca na wygenerowanie przez niego zysku". Z kolei w wyroku z dnia 29 maja 2008 roku KIO/UZP 466/08, Legalis) zaznaczyła, że „o rażąco niskiej cenie można mówić w przypadku, gdy całkowita cena oferty, a nie poszczególnych pozycji kosztorysowych, odbiega od cen obowiązujących na danym rynku w taki sposób, że nie ma możliwości realizacji zamówienia przy założeniu osiągnięcia zysku".

Ponadto, zdaniem Protestującego, wzmiankowana i zaproponowana przez niego cena nie jest w żadnym razie rażąco niska i odpowiada w pełni realiom rynkowym. Ponadto wskazał, że jeżeli Zamawiający powziął wątpliwość, co do zaproponowanej przez Protestującego ceny oferty, która jego zdaniem stanowi ok. 54 % szacunkowej wartości przedmiotu zamówienia wynikającej z kosztorysu inwestorskiego, to powinien wszcząć, co do tej oferty postępowanie zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. W niniejszej sprawie postępowanie nie zostało wszczęte, ponieważ Zamawiający nie doręczył Protestującemu stosownego pisma, a oferta została odrzucona w trybie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Zdaniem Protestującego wzmiankowane działanie jest niezgodne nie tylko z przepisami ustawy oraz regulacją SIWZ, ale również stoi w sprzeczności z ugruntowaną linią orzecniczą Krajowej Izby Odwoławczej. W wyroku z dnia 31 lipca 2009 roku (KIO/UZP 906/09, Legalis) Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że „cena niższa niż wartość szacunkowa zamówienia może wyłącznie skutkować wszczęciem przez zamawiającego postępowania w trybie art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych, nie stanowi natomiast przesłanki do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy". W podobnym tonie Krajowa Izba Odwoławcza wypowiedziała się również w wyroku z dnia 17 listopada 2008 roku (KIO/UZP 1068/08, Legalis).

Biorąc pod uwagę powyższe, cena oferty w wysokości 6.932.714,48 zł nie stanowi rażąco niskiej ceny, tym samym odrzucenie oferty Protestującego przez Zamawiającego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 jest niezgodne z ustawą Pzp.

W dniu **24.05.2010 r.** wykonawca Menedżer Budownictwa Józef Kołosowski Spółka jawna zgłosił przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia protestu po stronie Zamawiającego.

Przystępujący wskazał, że nieotrzymanie przez Zamawiającego potwierdzenia otrzymania faksu nie jest jednoznaczne z nieotrzymaniem przez Protestującego przedmiotowego pisma. Wskazał na orzeczenie KIO z dnia 25 kwietnia 2008 r. sygn. akt KIO/UZP 340/08, w którym zostało wskazane, że: „Z brzmienia art. 27 ust. 2 ustawy Pzp wynika, że warunkiem konieczności potwierdzenia otrzymania faksu jest żądanie strony wysyłającej ten faks. (...) w myśl art. 27 ust. 2 ustawy Pzp nadawcy faksu służy prawo żądania potwierdzenia otrzymania faksu, a nie obowiązek żądania potwierdzenia faksu. Po stronie odbiorcy leży obowiązek potwierdzenia otrzymania faksu, w myśl zasady, że jeżeli jednej stronie służy prawo, to druga strona ma obowiązek”. Jednocześnie przystępujący wskazał, że brak potwierdzenia przez Protestującego otrzymania faksu nie jest dowodem, że tego faksu nie otrzymał i nie mógł zapoznać się z jego treścią.

Zamawiający rozstrzygnął protest pismem z dnia **25.05.2010 r.** poprzez jego oddalenie w całości. Zamawiający wskazał, iż Protestujący nie złożył wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp w odpowiedzi na wezwanie z dnia 20.04.2010 r. pomimo tego, iż wezwanie to zostało skutecznie przekazane faksem.

W dniu **02.06.2010 r.** wykonawca Konsorcjum: MP-Mosty Sp. z o.o. ul Stoczniowców 3 30-709 Kraków wniósł odwołanie od ww. rozstrzygnięcia protestu. W odwołaniu zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy: art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 i art. 7 oraz SIWZ pkt 17 rozdziału 1 tom I.

Ponowił żądania zawarte w proteście. Dodatkowo wniósł o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego od Zamawiającego na rzecz Odwołującego się.

W uzasadnieniu ponowił argumentację zawartą w proteście. Powtórnie podniósł, że istotną rolę w przedmiotowym stanie faktycznym pełni zapis pkt 17 rozdziału 1 tomu I SIWZ.

Wskazał, że Zamawiający w fakcie z dnia 10 maja 2010 roku powołuje się na pismo z dnia 20 kwietnia 2010 roku, w którym wzywał Odwołującego do udzielenia wyjaśnień, a które podobno zostało przekazane drogą faksową w tym dniu do Odwołującego. Odwołujący wskazał, że nie otrzymał takiego pisma faksem, ponieważ potwierdziłby fakt jego otrzymania oraz zapewne udzieliłby informacji wymaganej przez Zamawiającego.

W związku z powyższym, nie dysponując potwierdzeniem odbioru pisma z dnia 20 kwietnia 2010 roku (znak pisma: GDDKiA-O/KA-R2/418/360/2010) Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego łamiąc tym samym postanowienia pkt 17 rozdział 1 tom I SIWZ. Jednocześnie dopuścił się naruszenia przepisów ustawy art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3, ponieważ Odwołujący nie mógł zająć stanowiska wobec przedmiotowego pisma z uwagi na brak jego doręczenia.

Wskazał, że przysługuje mu, stosownie do art. 179 ustawy Pzp, prawo do wniesienia odwołania, ponieważ jego interes prawny w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy poprzez niezgodne z prawem odrzucenie jego oferty i tym samym brak możliwości uzyskania zamówienia.

W związku z powyższym zdaniem Odwołującego się zostały naruszone również zasady uczciwej konkurencji (art. 7 ustawy), ponieważ w jego przekonaniu Zamawiający dopuścił się w przedmiotowym postępowaniu naruszenia przepisów ustawy oraz przy wyborze oferty nie obowiązywała zasada równego traktowania wszystkich uczestników.

W dniu **11.06.2010 r.** (wpływ do UZP faxem) i w dniu 14.06.2010 r. (wpływ bezpośredni) wykonawca Menedżer Budownictwa inż. Józef Kołosowski Spółka jawna zgłosił przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania po stronie Zamawiającego. Wniósł o oddalenie odwołania, zaś w uzasadnieniu wskazał, że odnosząc się do treści odwołania należy ponownie podnieść, że nieotrzymanie przez Zamawiającego potwierdzenia otrzymania faksu, zawierającego wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie składników ceny nie jest jednoznaczne z nieotrzymaniem przez Odwołującego przedmiotowego pisma.

Dodatkowo podniósł, że brak potwierdzenia przez Odwołującego otrzymania faksu nie jest dowodem, że faksu tego nie otrzymał i nie mógł zapoznać się z jego treścią. Wydruk kontrolny wysłania przez Zamawiającego faksu potwierdza jego skuteczne doręczenie, a przynajmniej rodzi domniemanie doręczenia. Stąd Odwołujący winien był domniemanie to obalić, przedstawiając stosowny dowód. W niniejszym postępowaniu Odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu, który potwierdzałby nieotrzymanie pisma Zamawiającego. Odwołujący podnosi ponadto, że wystąpił do Telekomunikacji Polskiej S.A. o udostępnienie bilingu Zamawiającego celem ustalenia czy przedmiotowe faksy Zamawiający w rzeczywistości wysłał. Nie przedstawia jednak żadnego dowodu, potwierdzającego takie jego działanie.

Na marginesie zaznaczył, że przedmiotowy zarzut zupełnie wypacza istotę zasady doręczenia oświadczeń woli, która stosownie do woli Ustawodawcy sprowadza się do sytuacji, w której adresat oświadczenia mógł zapoznać się z jego treścią. Natomiast

Odwołujący nie wie, w oparciu o jaką podstawę prawną uzależnia możliwość zapoznania się z treścią oświadczenia od dodatkowego wymogu potwierdzenia tej okoliczności przez jego adresata, co w żaden sposób nie można wyartykułować z art. 61 ustawy Kodeks cywilny.

Zdaniem Przystępującego o bezpodstawności twierdzeń odwołania dotyczących braku możliwości zapoznania się z treścią wezwania do złożenia wyjaśnień przemawia okoliczność, że przedmiotowe wezwanie zostało jednocześnie przesłane do Konsorcjum, reprezentowanego przez spółkę Lafrentz Polska (godz. 13.41), Konsorcjum, reprezentowanego przez spółkę PxM Projekt Południe (godz. 13.44) i Odwołującego (godz. 13.45). Stąd nie można przypuszczać, że niedoręczenie wezwania Odwołującemu i Konsorcjum Lafrentz Polska nastąpiło wskutek nieprawidłowego działania urządzeń faksujących w siedzibie Zamawiającego, skoro w tym samym czasie faks skierowany do Konsorcjum PxM Projekt Południe został doręczony.

Nawet gdyby przyjąć, wbrew jednak wszelkim zasadom, że wezwanie do wyjaśnienia składników ofert, mających wpływ na wysokość ceny nie zostało doręczone Odwołującemu nie ma to dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy żadnego znaczenia. Z oferty Odwołującego i pisma Zamawiającego z dnia 20 kwietnia 2010 r. wynika bowiem, że formularz ofertowy określa wynagrodzenia pracownicze osób przy udziale, których przedmiotowe zamówienie zostanie wykonane w wysokości niższej od najniższego wynagrodzenia, wynikającego z ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę. Stąd należy uznać, że oferta jest niezgodna z art. 6 ust. 1 wyżej wymienionej ustawy. Przewiduje cenę, która z uwagi na powołany przepis jest nierealna, co przesądza o konieczności jej odrzucenia w oparciu o przepis art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

#### **KIO/UZP 1136/10**

Zamawiający pismem z dnia **20.04.2010** r. wezwał Odwołującego - Konsorcjum: Lafrentz - Polska Sp. z o.o., Inwestycje, Budownictwo, Handel „Inwest – Complex” Sp. z o.o., 60-359 Poznań, ul. Zbąszyńska 29 do złożenia w oparciu o art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wyjaśnień w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Przedmiotowe pismo zostało przesłane Odwołującemu na numer faksu: (061) 867 40 79 w dniu 20 kwietnia 2010 r. o godzinie 13:23. Na potwierdzenie powyższej transmisji w aktach sprawy znajduje się raport z transmisji faksu. Wskazany numer faksu jest przedstawiony na pierwszej stronie oferty, złożonej przez Odwołującego w przedmiotowym

postępowaniu. Zamawiający w punkcie 17.1 SIWZ p.t. "Opis sposobu porozumiewania się oraz udzielania wyjaśnień treści SIWZ", dopuścił również możliwość porozumiewania się stron drogą faksową. Jednakże Zamawiający postawił wymóg niezwłocznego potwierdzenia przez Wykonawcę pisemnie lub faksem faktu otrzymania każdej informacji przekazanej w innej formie niż pisemna, a na żądanie Wykonawcy potwierdzi fakt otrzymania od niego informacji. Odwołujący podnosi, że faksu nie otrzymał. Zamawiający potwierdził w toku rozprawy, iż nie otrzymał potwierdzenia dostarczenia pisma z dnia 20.04.2010 r., jak również potwierdził, iż powyższe pismo nie zostało przekazane Odwołującemu w innej formie. Izba uznała za bezsporne, iż Odwołujący nie złożył w odpowiedzi na pismo z dnia 20.04.2010 r. wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

W dniu **10.05.2010 r.** Zamawiający zawiadomił wykonawców biorących udział w postępowaniu o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz o odrzuceniu m.in. oferty Odwołującego. W uzasadnieniu prawnym Zamawiający wskazał, iż odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp jako zawierającą rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, gdyż wykonawca ten nie złożył w wyznaczonym terminie wyjaśnień dotyczących składników oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Pismem z dnia **20.05.2010 r.** Odwołujący wniósł protest dotyczący czynności Zamawiającego polegającej na:

1. odrzuceniu oferty Konsorcjum: Lafrentz Polska Sp. z o.o. i Inwestycje, Budownictwo, Handel „Inwest - Complex” Sp. z o.o.;
2. wyborze oferty Menedżer Budownictwa inż. Jerzy Kołosowski Spółka jawna jako najkorzystniejszej;
3. nie odrzuceniu oferty Konsorcjum: MP Mosty SP. z o.o. i RPS Consulting Engineers Limited w związku z niezgodnością oferty z pkt. 9.3.1. IDW (SIWZ) oraz brakiem posiadania prawidłowej gwarancji wadialnej;
4. nie odrzuceniu oferty Konsorcjum: PxM-Projekt-Południe Sp. z o.o., WBP Zabrze Sp. z o.o., Apia XXI I.A.K. Sp. z o.o., Apia XXI S.A jako zawierającej ofertę niezgodną z SIWZ;

Postępowanie Zamawiającego, zdaniem Protestującego, naruszyło:

- a) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez nie przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe

traktowanie wykonawców i udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy;

b) art. 90 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez brak skierowania do Protestującego zapytania o wyjaśnienie dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny i odrzucenie jego oferty;

c) art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Protestującego jako rzekomo zawierającą rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;

d) art. 27 ust. 1 w zw. z ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 61 k.c. poprzez przesłanie zapytania o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty złożonej przez Protestującego faksem bez otrzymania potwierdzenia jego otrzymania;

e) art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp poprzez nieodrzućenie oferty Konsorcjum: MP-Mosty Sp. z o.o. i RPS Consulting Engineers Limited jako zawierającą ofertę nie odpowiadającą SIWZ;

f) art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 24 ust. 4 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez nie wykluczenie i następnie nie odrzucenie oferty Konsorcjum: MP Mosty SP. z o.o. i RPS Consulting Engineers Limited w związku z przedłożeniem wadliwej gwarancji wadialnej;

g) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez nieodrzućenie oferty Konsorcjum: PxM-Projekt-Południe Sp. z o.o., WBP Zabrze Sp. z o.o., Apia XXI I.A.K. Sp. z o.o., Apia XXI S.A. w związku z faktem, iż jej treść nie spełnia warunku wskazanego w pkt 6.2.2 ust. 5) i 6) IDW;

W związku z tym, iż interes prawny Protestującego doznał uszczerbku w wyniku podjęcia przez Zamawiającego zaskarżonych czynności i naruszenia powyższej wskazanych przepisów ustawy, przy czym w przypadku uwzględnienia zarzutów niniejszego protestu oferta Protestującego będzie najtańszą, co przy jedynym kryterium wyboru ofert w postaci ceny czyni ofertę Protestującego najkorzystniejszą. W związku z powyższym Protestujący zażądał:

A. Unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

B. Skierowanie do Protestującego zapytania o złożenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny;

C. Ponownego dokonania czynności oceny ofert;

D. Odrzucenia oferty Konsorcjum: MP Mosty SP. z o.o. i RPS Consulting Engineers Limited również z powodu nieodpowiadania treści oferty zapisom SIWZ jak i niezłożenia wyjaśnień w zakresie elementów ceny mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny oraz zawierającej wadliwą gwarancję wadialną

E. Odrzucenia ponownego oferty Konsorcjum: PXM-Projekt-Południe Sp. z o.o., WBP Zabrze Sp.z o.o., Apia XXI I.A.K. Sp. z o.o., Apia XXI S.A. jako oferty zawierającej rażąco niską cenę oraz ofertę nie odpowiadającą treści SIWZ;

F. Wyboru oferty Protestującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu Protestujący wskazał, że Zgodnie z Tomem I - Instrukcji dla Wykonawców (zwaną dalej „IDW”) Zamawiający określił szczegółowo poszczególne elementy i wymogi, jakie muszą spełnić wykonawcy biorący udział w postępowaniu oraz określił zasady tego postępowania, wskazując m.in.:

a) w pkt 17.1 IDW, iż wszelkie oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz inne informacje Zamawiający oraz inni wykonawcy będą sobie przekazywać pisemnie lub faksem zaś Zamawiający wymaga niezwłocznego potwierdzenia przez wykonawcę pisemnie lub faksem faktu otrzymania każdej informacji przekazanej w innej formie niż pisemna;

b) w 8.8 IDW, iż oferta oraz pozostałe dokumenty, dla których Zamawiający określił wzory w formie formularzy zamieszczonych w tomie I, powinny być sporządzone zgodnie z tymi wzorami, co do treści oraz opisu kolumn i wierszy;

c) w pkt 9.3.1 IDW, iż w cenie oferty wykonawca powinien uwzględnić koszt weryfikacji dokumentacji projektowej (nie więcej niż 2% ceny oferty);

d) w pkt 11DW wskazano, iż Zamawiającym jest Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie, a prowadzącym postępowanie jest Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Katowicach, a nadto w odpowiedzi na zapytanie do SIWZ, Zamawiający pismem z dnia 08.01.2010 r. (nr GDDKiA-0/KA-R2/418/22/2010), działając w trybie art. 38 ust. 2 pzp wyjaśnił, iż beneficjentem gwarancji wadialnej wystawionej w formie gwarancji winien być: „Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad reprezentowany przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Katowicach”;

e) w pkt 8.4 IDW wskazano, iż oferta musi być zabezpieczona wadium;

f) w pkt 6.2.2. ust. 5 IDW wskazano, iż osoba proponowana do pełnienia funkcji Głównego Inspektora nadzoru robót drogowych musi wykazać się: co najmniej 4 letnim doświadczeniem zawodowym w kierowaniu/nadzorowaniu robotami drogowymi na drogach kat. min GP lub realizacją nawierzchni lotnisk; nadzorem nad min. 1 kontraktem o wartości netto robót co najmniej 40 mln PLN który został pomyślnie zakończony i rozliczony; co najmniej 2 letnim doświadczeniem na stanowisku inspektora nadzoru inwestorskiego kontraktów drogowo - mostowych;

g) w pkt 6.2.2. ust. 6 IDW oraz w wyjaśnieniach pismem z dnia 15.02.2010 r. (nr GDDKiA-O/KA-R2/418/129/2010 wskazano, iż osoba proponowana do pełnienia funkcji Inżyniera ds.

materiałowych - głównego technologa musi wykazać się: co najmniej 3 – letnim doświadczeniem w badaniach polowych lub badaniach materiałów budowlanych dla drogownictwa; minimum rocznym doświadczeniem w pracy w laboratorium drogowym; udziałem w realizacji lub nadzorze, co najmniej jednego kontraktu drogowego lub mostowego o wartości minimum 100 mln PLN netto;

W odniesieniu do zarzutów naruszenia przepisów wskazał, iż zgodnie z art. 90 ust. 1 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt. 4 ustawy Pzp w sytuacji, w której Zamawiający podjął wątpliwości, co do elementów ceny mających wpływ na wysokość oferty Protestującego, zobowiązany był zwrócić się do niego o ich wyjaśnienie. Dopiero w przypadku uznania ich za niewystarczające i uznania ceny oferty za rażąco niską lub wobec braku ich złożenia Zamawiającemu służy prawo odrzucenia oferty danego wykonawcy.

Zapisy SIWZ, w tym w szczególności pkt 17.1 IDW rozstrzygał, iż zarówno Zamawiający jak i wykonawcy mogą porozumiewać się i przekazywać sobie wszelkie pisma za pomocą faksu lub pisemnie, pod warunkiem, iż w przypadku wysłania wiadomości drogą faksową uzyska bezzwłoczne potwierdzenie drugiej strony o otrzymaniu wiadomości. Zapis ten jest tym samym realizacją przepisu art. 27 ustawy Pzp, zgodnie z którym dopuszcza się taką formę komunikacji stron w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jednakże wyłączenie pod warunkiem niezwłocznego potwierdzenia przez drugą stronę faktu otrzymania pisma faksem. Ponadto jak stanowi art. 61 k.c. oświadczenie woli, które ma być złożone drugiej osobie, jest złożone z chwilą gdy doszło do niej w taki sposób, że mogła ona zapoznać się z jego treścią. Z kolei art. 7 ustawy Pzp ustanawia zasadę, iż postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego powinno zostać przeprowadzone w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Jednakże Zamawiający pismo z dnia 20.04.2010 r. (nr GDDKiA-O.KA-R2/418/361/2010), w którym zwrócił się o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty Protestującego, nadał wyłącznie faksem o godz. 13:41 nie uzyskując ani bezzwłocznego, ani żadnego potwierdzenia ze strony Protestującego, iż takie pismo otrzymał. Przy czym nadmienić należy, iż chwilę wcześniej, tj. od godz. 13:23 Zamawiający pismem nr GDDKiA-O.KA-R2/418/349/2010 zwrócił się o uzupełnienie wskazanych dokumentów i oświadczeń, nadając to pismo faksem i otrzymując w chwilę później potwierdzenie jego otrzymania (o godz. 15:22).

Protestujący wskazał, że pisma GDDKiA-O.KA-R2/418/361/2010 nie otrzymał, skąd wynika brak przekazania przez niego potwierdzenia jego otrzymania, a w następstwie

również brak złożenia wyjaśnień dotyczących elementów składających się podstawę wyliczenia ceny oferty. Zamawiający wysyłając do Protestującego pismo GDDKiA-O.KA-R2/418/361/2010 dnia 20.04.2010 r. naruszył wszystkie ww. przepisy ustawy oraz SIWZ, stąd podjęta przez niego decyzja, będąca przedmiotem i podstawą niniejszego protestu, została podjęta bezprawnie. Zamawiający powinien skutecznie doręczyć pismo Protestującemu i dopiero po uzyskaniu od niego potwierdzenia, że je otrzymał, w przypadku niezłożenia wówczas wyjaśnień, mógłby uznać, że ich nie dokonano i odrzucić z tego tytułu ofertę Protestującego. Protestujący wskazał, iż w sytuacji, w której otrzymałby pismo od Zamawiającego z prośbą o wyjaśnienie elementów oferty składających się na jej cenę, z całą pewnością spełniłby ją i przekazał wyjaśnienia, aby uniknąć sytuacji odrzucenia jego oferty z powodu rażąco niskiej ceny.

III. Odnosząc się do zarzutów naruszenia przepisów art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp wskazał, iż zgodnie z jego treścią w sytuacji, w której Zamawiający zauważa, iż treść oferty nie odpowiada treści SIWZ, powinien daną ofertę odrzucić.

Protestujący podniósł, iż pkt 9.3.1 SIWZ wskazywał, aby w pozycji Formularza Cenowego koszt weryfikacji dokumentacji projektowej stanowił nie więcej niż 2% ceny. Zaś Formularz cenowy wykonawcy - konsorcjum: MP Mosty SP. z o.o. i RPS Consulting Engineers Limited zawiera cenę 6.932.714,48 zł brutto, zaś pozycja „weryfikacji dokumentacji projektowej” ustalona została na cenę 114.000,00 netto tj. 139.080,00 zł brutto, co stanowi 2,006% ceny ofertowej. Inaczej rzecz ujmując, w związku z podaną ceną ofertową maksymalna wartość pozycji weryfikacji dokumentacji projektowej w Formularzu cenowym nie powinna być większa niż kwota 113.651,05 zł netto, tj. 138.654,28 zł brutto. Powoduje to tym samym, iż wskazana powyżej wartość, zarówno procentowa jak i odpowiadająca jej wartość kwotowa, ustalona przez Zamawiającego (limit 2%), została przekroczona, a w związku z tym, Zamawiający winien na mocy art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp odrzucić ofertę wykonawcy - Konsorcjum: MP Mosty SP. z o.o. i RPS Consulting Engineers Limited w związku z niezgodnością jego oferty ze SIWZ.

IV. Protestujący podniósł, iż Zamawiający naruszył przepis art. 24 ust. 2 pkt. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jak i zapis SIWZ oraz wyjaśnień udzielonych przez niego w trybie art. 38 ust. 2 ustawy Pzp, nie odrzucając oferty Konsorcjum: MP Mosty SP. z o.o. i RPS Consulting Engineers Limited również na podstawie, że przedłożony wraz z ofertą dokument Gwarancji wadialnej nr 3019221/8401 z dnia 18.03.2010 r. jest błędny i nie odpowiada zapisom SIWZ. W omawianym dokumencie, jako beneficjenta gwarancji wskazano Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Katowicach, podczas gdy

zarówno SIWZ w pkt I IDW jak i Zamawiający w piśmie z dnia 08.01.2010 r. (nr GDDKiA-O/KA-R2/418/22/2010) wyraźnie wskazywał, iż zamawiającym i beneficjentem gwarancji winien być „Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad reprezentowany przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Katowicach”. Biorąc więc pod uwagę fakt, iż dokument gwarancji wadialnej jest dokumentem, którego wykonawca nie może uzupełniać w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, czego potwierdzenie można znaleźć m.in. w wyrok KIO z dnia 22.12.2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 1569/09), w którym stwierdzono wyraźnie, iż „weryfikacja czy oferta została zabezpieczona prawidłowym wadium opierać się może wyłącznie na dokumentach złożonych nie później niż przed terminem składania ofert. Jakiegokolwiek uzupełnianie dokumentu gwarancji w świetle zapisów pzp jest niedopuszczalne”. Również wcześniejszy wyrok Zespołu Arbitrów z 05.01.2007 r. rozstrzygał w identyczny sposób, wyraźnie stanowiąc, iż „brak w ofercie wybranej, prawidłowego i zgodnego z wymogami SIWZ wadium nie rodzi po stronie zamawiającego obowiązku wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentu w trybie art. 26 ust. 3 pzp, ponieważ nie mamy tu do czynienia z dokumentem potwierdzającym spełnianie przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu”. Podobnie orzekła w swoim wyroku z dnia 17.12.2009 r. Krajowa Izba Odwoławcza (sygn. akt KIO/UZP 1526/09), zgodnie z którym „w związku z tym, iż wadium nie jest dokumentem ani oświadczeniem, o których stanowi art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, lecz de facto finansowym zabezpieczeniem oferty, przepis art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp nie będzie miał zastosowania wobec wadium, w tym również wadium wnoszonego w formie dokumentu gwarancyjnego”. W sytuacji złożenia wadliwej gwarancji wadialnej Zamawiający powinien więc uznać ją za nie błędną oraz biorąc pod uwagę fakt, iż zgodnie z pkt 8.4 IDW oferta powinna być zabezpieczona wadium, w trybie art. 24 ust. 4 pkt 4 ustawy Pzp wykluczyć Konsorcjum: MP Mosty SP. z o.o. i RPS Consulting Engineers Limited z przedmiotowego postępowania.

V. Odnosząc się do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez nieodrzućenie oferty Konsorcjum: PxM-Projekt-Południe Sp. z o.o., WBP Zabrze Sp. z o.o., Apia XXII.A.K. Sp. z o.o., Apia XXI S.A. w związku z faktem, iż jej treść nie spełnia warunku wskazanego w pkt 6.2.2 ust. 5) IDW, Protestujący wskazał, iż osoba wskazana na stanowisko Głównego Inspektora nadzoru robót drogowych, tj. pan Andrzej Stolarczyk, nie posiada wymaganego pkt. 6.2.2. ust. 5 IDW doświadczenia.

Wymagano bowiem aby osoba kierowana do pełnienia omawianej funkcji mogła się wykazać się co najmniej 4 letnim doświadczeniem zawodowym w kierowaniu/nadzorowaniu robotami drogowymi na drogach kat. min GP lub realizacją nawierzchni lotnisk, nadzorem nad min. 1 kontraktem o wartości netto robót co najmniej 40 mln PLN, który został pomyślnie

zakończony i rozliczony oraz co najmniej 2 letnim doświadczeniem na stanowisku inspektora nadzoru inwestorskiego kontraktów drogowo -mostowych. Z przedstawionego w ofercie doświadczenia Pana Andrzeja Stolarczyka wynika, iż brakuje mu 2-letniego doświadczenia na stanowisku inspektora nadzoru inwestorskiego, bowiem pełnił tą funkcję wyłącznie w okresie od VI.2001 do I.2003 r.

Również osoba wskazana przez oferty Konsorcjum: PxM-Projekt-Południe Sp. z o.o., WBP Zabrze Sp. z o.o., Apia XXI I.A.K. Sp. z o.o., Apia XXI S.A. na stanowisko Inżyniera ds. materiałowych – głównego technologa nie spełnia warunków wskazanych w pkt 6.2.2. ust. 6 IDW oraz zawartych w wyjaśnieniach z dnia 15.02.2010 r. (nr GDDKiA-0/KA-R2/418/129/2010), bowiem wymagano aby osoba ta wykazała się co najmniej 3 - letnim doświadczeniem w badaniach polowych lub badaniach materiałów budowlanych dla drogownictwa, minimum rocznym doświadczeniem w pracy w laboratorium drogowym oraz udziałem w realizacji lub nadzorze co najmniej jednego kontraktu drogowego lub mostowego o wartości minimum 100 mln PLN netto.

Natomiast Pan Jarosław Szmitka, wskazany na omawiane stanowisko, nie spełnia ww. warunku SIWZ w zakresie posiadania kontraktu drogowego, w którym by uczestniczył przy realizacji lub nadzorze, o wartości 100 mln PLN.

Naruszenie wskazanego na wstępie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jest więc niewątpliwe, stąd oferta Wykonawcy - Konsorcjum firm PxM-Projekt-Południe Sp. z o.o., WBP Zabrze Sp. z o.o., Apia XXI I.A.K. Sp. z o.o., Apia XXI S.A. powinna zostać odrzucona.

VI. Zdaniem Protestującego podniesione powyżej argumenty natury faktycznej i prawnej jednoznacznie dowodzą naruszenia przez Zamawiającego wskazanych przepisów ustawy pzp. Nie ulega bowiem żadnej wątpliwości, iż doręczenie faksem, bez otrzymania jego bezzwłocznego potwierdzenia, pisma wzywającego Protestującego do złożenia wyjaśnień w zakresie elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, uznać należy za nieskuteczne. Protestujący wykazał, iż nie otrzymał przedmiotowego pisma, a Zamawiający nie jest w stanie wykazać, iż skutecznie je doręczył, bowiem nie posiada poza wydrukiem raportu z urzędzenia faksu żadnego potwierdzenie od Protestującego, iż otrzymał on jego wezwanie, co stanowiło tym samym naruszenie nie tylko zapisu pkt. 17.1 IDW ale również przepisu art. 27 ust. 1 w zw. z ust. 2 pzp w zw. z art. 61 k.c.

Również nie odrzucenie oferty Konsorcjum: MP Mosty SP. z o.o. i RPS Consulting Engineers Limited z powodu błędu w formularzu cenowym stanowiło naruszenie przepisów ustawy i zapisów SIWZ, w tym w szczególności art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz pkt 9.3.1 IDW, bowiem wartość pozycji cenowej "weryfikacji dokumentacji projektowej" przekroczyła

wskazany limit 2% wartości ceny ofertowej. Kolejną nieuwzględnioną podstawą odrzucenia oferty omawianego Konsorcjum było przedłożenie wadliwego dokumentu gwarancji wadialnej, w związku z czym na mocy art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 24 ust. 4 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp Zamawiający powinien wykluczyć Konsorcjum MP Mosty SP. z o.o. i RPS Consulting Engineers Limited a ich ofertę uznać za odrzuconą.

Z kolei z tytułu naruszenia przepisów art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp odrzuceniu powinna ulec oferta Konsorcjum: PxM-Projekt-Południe Sp. z o.o., WBP Zabrze Sp. z o.o., Apia XXI I.A.K. Sp. z o.o., Apia XXI S.A. w związku z faktem, iż jej treść nie spełnia warunku wskazanego w pkt. 6.2.2 ust. 5) i 6) IDW, bowiem przedstawione osoby na wskazane stanowiska nie spełniają minimalnych wymogów określonych przez Zamawiającego w SIWZ.

Z kolei pozostałe czynności dokonane przez Zamawiającego, a polegające na odrzuceniu oferty konsorcjum: MP Mosty SP. z o.o. i RPS Consulting Engineers Limited oraz Konsorcjum: PxM-Projekt-Południe Sp. z o.o., WBP Zabrze Sp. z o.o., Apia XXI I.A.K. Sp. z o.o., Apia XXI S.A. powinny zostać podtrzymane, jako uzasadnione i zgodne z przepisami ustawy Pzp.

W dniu **25.05.2010 r.** wykonawca Menedżer Budownictwa Józef Kołowski Spółka jawna zgłosił przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia protestu. W odniesieniu do zarzutów dotyczących czynności odrzucenia oferty Protestującego i wyboru oferty najkorzystniejszej zgłosił przystąpienie po stronie Zamawiającego. W zakresie zarzutów dotyczących zaniechania odrzucenia ofert wykonawców Konsorcjum: MP Mosty SP. z o.o. i RPS Consulting Engineers Limited oraz Konsorcjum: PxM-Projekt-Południe Sp. z o.o., WBP Zabrze Sp. z o.o., Apia XXI I.A.K. Sp. z o.o., Apia XXI S.A. zgłosił przystąpienie po stronie Protestującego.

Przystępujący wskazał, że nieotrzymanie przez Zamawiającego potwierdzenia otrzymania faksu nie jest jednoznaczne z nieotrzymaniem przez Protestującego przedmiotowego pisma. Wskazał na orzeczenie KIO z dnia 25 kwietnia 2008 r. sygn. akt KIO/UZP 340/08, w którym zostało wskazane, że: „Z brzmienia art. 27 ust. 2 ustawy Pzp wynika, że warunkiem konieczności potwierdzenia otrzymania faksu jest żądanie strony wysyłającej ten faks. (...) w myśl art. 27 ust. 2 ustawy Pzp nadawcy faksu służy prawo żądania potwierdzenia otrzymania faksu, a nie obowiązek żądania potwierdzenia faksu. Po stronie odbiorcy leże obowiązek potwierdzenia otrzymania faksu, w myśl zasady, że jeżeli jednej stronie służy prawo, to druga strona ma obowiązek”. Jednocześnie przystępujący

wskazał, że brak potwierdzenia przez Protestującego otrzymania faksu nie jest dowodem, że tego faksu nie otrzymał i nie mógł zapoznać się z jego treścią.

Zamawiający rozstrzygnął protest pismem z dnia **25.05.2010 r.** poprzez jego oddalenie w całości. Zamawiający wskazał, iż Protestujący nie złożył wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp w odpowiedzi na wezwanie z dnia 20.04.2010 r. pomimo tego, iż wezwanie to zostało skutecznie przekazane faksem.

W dniu **02.06.2010 r.** wykonawca Konsorcjum Lafrentz wniósł do Prezesa UZP odwołanie ponawiając wszystkie zarzuty i żądania zawarte w treści protestu. W treści uzasadnienia ponowił całą argumentację zawartą w proteście.

W dniu **11.06.2010 r.** (wpływ do UZP faksem) i w dniu 14.06.2010 r. (wpływ bezpośredni) wykonawca Menedżer Budownictwa inż. Józef Kołosowski Spółka jawna zgłosił przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania. W odniesieniu do zarzutów dotyczących czynności odrzucenia oferty Odwołującego i wyboru oferty najkorzystniejszej zgłosił przystąpienie po stronie Zamawiającego. W zakresie zarzutów dotyczących zaniechania odrzucenia ofert wykonawców Konsorcjum: MP Mosty SP. z o.o. i RPS Consulting Engineers Limited oraz Konsorcjum: PxM-Projekt-Południe Sp. z o.o., WBP Zabrze Sp. z o.o., Apia XXI I.A.K. Sp. z o.o., Apia XXI S.A. zgłosił przystąpienie po stronie Odwołującego. Wniósł o oddalenie odwołania w pierwszej z powołanych części i jego uwzględnienie w pozostałym zakresie, zaś w uzasadnieniu wskazał, że odnosząc się do treści odwołania należy ponownie podnieść, że nieotrzymanie przez Zamawiającego potwierdzenia otrzymania faksu, zawierającego wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie składników ceny nie jest jednoznaczne z nieotrzymaniem przez Odwołującego przedmiotowego pisma.

Powołał się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, z którego jego zdaniem wynika, że z brzmienia art. 27 ust. 2 ustawy Pzp można wyprowadzić wniosek, że warunkiem konieczności potwierdzenia otrzymania faksu jest żądanie strony wysyłającej ten faks ( postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25.04.2008 r. sygn. akt: KIO/UZP 340/08, LEX nr 409715), w myśl art. 27 ust. 2 p.z.p. nadawcy faksu służy prawo żądania potwierdzenia otrzymania faksu, a nie obowiązek żądania potwierdzenia faksu. Po stronie

odbiorcy leży obowiązek potwierdzenia otrzymania faksu, w myśl zasady prawnej, że jeżeli jednej stronie służy prawo, to druga strona ma obowiązek (tak: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17.04.2009 r. LEX nr 497500). Skoro żądanie potwierdzenia otrzymania pisma faksem jest uprawnieniem, a nie obowiązkiem Zamawiającego, należy przyjąć, że nieskorzystanie z tegoż uprawnienia nie może stanowić podstawy do formułowania zarzutu naruszenia art. 27 ust. 2 ustawy Pzp.

Ponadto wskazał, że brak potwierdzenia przez Odwołującego otrzymania faksu nie jest dowodem, że faksu tego nie otrzymał i nie mógł zapoznać się z jego treścią. Wydruk kontrolny wysłania przez Zamawiającego faksu potwierdza jego skuteczne doręczenie, a przynajmniej rodzi domniemanie doręczenia. Stąd Odwołujący winien był domniemanie to obalić, przedstawiając stosowny dowód. W niniejszym postępowaniu Odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu, który potwierdzałby nieotrzymanie pisma Zamawiającego. Odwołujący w celu skutecznego dochodzenia swych roszczeń mógł uzyskać biling otrzymanych faksów, lub przedstawić zestawienie tychże faksów generowane przez urządzenie faksujące. Przytoczonego dowodu Odwołujący nie zaoferował, ani nie przeprowadził, co dyskwalifikuje odwołanie w tym względzie. Na marginesie zaznaczył, że przedmiotowy zarzut zupełnie wypacza istotę zasady doręczenia oświadczeń woli, która stosownie do woli Ustawodawcy sprowadza się do sytuacji, w której adresat oświadczenia mógł zapoznać się z jego treścią. Natomiast Odwołujący nie wie, w oparciu, o jaką podstawę prawną, uzależnia możliwość zapoznania się z treścią oświadczenia od dodatkowego wymogu potwierdzenia tej okoliczności przez jego adresata, co w żaden sposób nie można wyartykułować z art. 61 K.c.

Następnie o bezpodstawności twierdzeń odwołania dotyczących braku możliwości zapoznania się z treścią wezwania do złożenia wyjaśnień przemawia, zdaniem Przystępującego, okoliczność, że przedmiotowe wezwanie zostało wysłane w pierwszej kolejności do Odwołującego (godz. 13.41), a następnie do Konsorcjum, reprezentowanego przez spółkę PxM Projekt Południe (godz. 13.44) i w końcu do Konsorcjum, w imieniu którego występuje spółka MP Mosty (godz. 13.45). Stąd nie można przypuszczać, że nedoręczenie wezwania Odwołującemu i Konsorcjum MP Mosty nastąpiło wskutek nieprawidłowego działania urzędów faksujących w siedzibie Zamawiającego, skoro w tym samym czasie faks skierowany do Konsorcjum PxM Projekt Południe został doręczony.

Rozszerzył argumentację zawartą w przystąpieniu do postępowania wszczętego wskutek wniesienia protestu i wskazał, że nie sposób nie zgodzić się z zarzutem odwołania, że Beneficjentem gwarancji, stanowiącej wadium wniesione przez Konsorcjum: MP Mosty sp. z o.o., RPS Consulting Engineers Limited nie jest Zamawiający - Skarb Państwa, działający, zgodnie z art. 18 ustawy o drogach publicznych i art. 34 K.c, przez swój organ: Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad, a oddział jednostki

pomocniczej, wspierającej działanie tegoż organu - Generalną Dyрекcyję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Katowicach. Powyższe prowadzi do dwóch wniosków. Po pierwsze, oferta wspomnianego Konsorcjum nie została zabezpieczona wadium, stąd podlega ono wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. Po drugie, gwarancja, która jako uprawnionego wskazuje podmiot, któremu żaden przepis rangi ustawowej nie przyznaje zdolności prawnej, a zatem nie może występować w obrocie prawnym jest bezwzględnie nieważna.

Zdaniem Przystępującego nawet gdyby przyjąć, wbrew jednak wszelkim zasadom, że wezwanie do wyjaśnienia składników ofert, mających wpływ na wysokość ceny nie zostało doręczone Odwołującemu nie ma to dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy żadnego znaczenia. Z oferty Odwołującego i pisma Zamawiającego z dnia 20 kwietnia 2010 r. wynika bowiem, że formularz ofertowy określa wynagrodzenia pracownicze osób przy udziale, których przedmiotowe zamówienie zostanie wykonane w wysokości niższej od najniższego wynagrodzenia, wynikającego z ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę. Stąd należy uznać, że oferta jest niezgodna z art. 6 ust. 1 wyżej wymienionej ustawy. Przewiduje cenę, która z uwagi na powołany przepis jest nierealna, co przesądza o konieczności jej odrzucenia w oparciu o przepis art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp.

Izba ustaliła, że podstawą wniesienia odwołania była czynność Zamawiającego polegająca na odrzuceniu oferty wykonawcy Konsorcjum MP-Mosty Sp. z o.o., RPS Consulting Engineers Limited, 30-709 Kraków, ul. Stoczniovców 3 (odwołanie o sygn. akt KIO/UZP 1135/10) oraz czynności odrzucenia oferty wykonawcy Konsorcjum Lafrentz - Polska Sp. z o.o., Inwestycje, Budownictwo, Handel „Inwest – Complex” Sp. z o.o., 60-359 Poznań, ul. Zbąszyńska 29 oraz zaniechanie odrzucenia przez Zamawiającego ofert wykonawców Konsorcjum MP-Mosty Sp. z o.o., RPS Consulting Engineers Limited, 30-709 Kraków, ul. Stoczniovców 3 oraz wykonawcy Konsorcjum: PxM-Projekt-Południe Spółka z o.o., WBP Zabrze Spółka z o.o.; Apia XXI I.A.K. Spółka z o.o. oraz Apia XXI S.A. (odwołanie o sygn. akt KIO/UZP 1136/10).

**Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, w tym po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treścią SIWZ, odpowiedziami Zamawiającego na pytania wykonawców udzielonymi na etapie postępowania, ofertą wykonawcy Konsorcjum MP-Mosty Sp. z o.o., RPS Consulting Engineers Limited, 30-709 Kraków,**

**ul. Stoczniovców 3, jak również po zapoznaniu się z odwołaniem, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustalił i zważył, co następuje.**

Izba rozpoznała łącznie oba odwołania w związku z treścią zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15.06.2010 r., wydanego w tym przedmiocie.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie, przed dniem 29 stycznia 2010 r., tj. przed dniem wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy ustawy Pzp w brzmieniu dotychczasowym - sprzed wejścia w życie wskazanych przepisów.

W drugiej kolejności Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 187 ust. 4 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania. Tym samym skład orzekający Izby nie znalazł podstaw do odrzucenia żadnego z rozpoznawanych odwołań. Jednocześnie Izba stwierdziła, że wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zdaniem Izby w przypadku uwzględnienia każdego z odwołań, oraz uwzględnienie zarzutów i żądań zawartych w rozpoznawanych odwołaniach, jak również w przypadku nakazania Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia ofert Odwołujących się wykonawców oraz nakazania powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej Odwołujący mają szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Powyższe wynika z faktu, iż w niniejszym postępowaniu jedynym kryterium oceny ofert jest cena.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności z treści SIWZ, korespondencji pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami prowadzonej w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, treści oferty złożonej w postępowaniu przez wykonawcę Konsorcjum MP-Mosty Sp. z o.o., RPS Consulting Engineers Limited, 30-709 Kraków, ul. Stoczniovców 3 oraz ze stanowisk stron złożonych na piśmie w ramach środków ochrony prawnej oraz ustnie do protokołu.

W odniesieniu do stanu faktycznego będącego przedmiotem niniejszego rozstrzygnięcia Izba jako zasadniczy dowód uznała dokumentację postępowania, tj. SIWZ,

korespondencję pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami prowadzoną w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, treści oferty złożonej w postępowaniu przez wykonawcę Konsorcjum MP-Mosty Sp. z o.o., RPS Consulting Engineers Limited, 30-709 Kraków, ul. Stoczniovców 3 oraz wyjaśnienia i oświadczenia stron złożone na rozprawie.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w rozpatrywanych łącznie odwołaniach skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie wniesione przez Konsorcjum MP-Mosty Sp. z o.o., RPS Consulting Engineers Limited, 30-709 Kraków, ul. Stoczniovców 3 (sygn. akt KIO/UZP 1135/10) nie zasługuje na uwzględnienie, zaś odwołanie wniesione przez Konsorcjum Lafrentz - Polska Sp. z o.o., Inwestycje, Budownictwo, Handel „Inwest - Complex” Sp. z o.o., 60-359 Poznań, ul. Zbąszyńska 29 (sygn. akt KIO/UZP 1136/10) zasługuje na uwzględnienie.

#### **KIO/UZP 1135/10**

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 i art. 7 ustawy Pzp Izba uznała za zasadny.

Skład orzekający Izby dokonał następujących ustaleń odnośnie ww. zarzutu:

Po pierwsze Izba ustaliła, iż Zamawiający w piśmie z dnia 10.05.2010 r. poinformował wykonawców m. in. o odrzuceniu oferty Konsorcjum MP-Mosty Sp. z o.o., RPS Consulting Engineers Limited, 30-709 Kraków, ul. Stoczniovców 3 na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. W uzasadnieniu powyższej decyzji Zamawiający wskazał, iż odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp nastąpiło wskutek nie złożenia wyjaśnień, w związku z wezwaniem z dnia 20.04.2010 r. dotyczącym elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę. Powyższe zostało potwierdzone przez Zamawiającego w toku rozprawy, tj. Zamawiający oświadczył, iż odrzucenie ofert nastąpiło nie ze względu na rażąco niską cenę, ale ze względu na brak złożenia wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp dotyczących składników oferty mających wpływ na wysokość wynagrodzenia.

Po drugie Izba w odniesieniu do powyższego zarzutu wskazuje, iż art. 90 ust. 3 ustawy Pzp rozszerza przesłanki odrzucenia oferty wykonawcy o przesłankę spowodowaną nie złożeniem wyjaśnień w związku z wezwaniem wykonawcy na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Jednakże wskazaną przez Zamawiającego prawną przesłanką odrzucenia

oferty Odwołującego jest art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Biorąc pod uwagę treść art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp na Zamawiającym ciąży obowiązek podanie wraz z informacją o odrzuceniu oferty wykonawcy uzasadnienia prawnego i faktycznego. Powyższa koniunkcja nakłada na Zamawiającego obowiązek wykazania prawnych i faktycznych podstaw dokonanej czynności, w celu kontroli powyższej czynności przez wykonawców, jak również Krajową Izbę Odwoławczą oraz sądy powszechne w przypadku wniesienia skargi na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej. Ważność i skuteczność czynności odrzucenia oferty wykonawcy w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest uzależniona od istnienia podstaw faktycznych dokonanej czynności, jak również od trafności i poprawności subsumcji istniejącego stanu faktycznego pod określona normę prawną. Tym samym, zdaniem Izby, dla skuteczności odrzucenia oferty wykonawcy istotne są zarówno podstawy prawne, jak i podstawy faktyczne czynności dokonanej przez Zamawiającego.

Po trzecie wykładnia literalna normy prawnej wyrażonej w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wskazuje, iż Zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się **w formie pisemnej** do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Tym samym w przypadku wezwania na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp to ustawodawca określił formę przekazywania oświadczeń i określił sposób porozumiewania się Zamawiającego z wykonawcami. Trudno jest wszakże, biorąc pod uwagę racjonalność ustawodawcy, wyprowadzić wniosek, iż treść ww. przepisu w części dotyczącej formy wezwania ma charakter przypadkowy. Zgodnie z art. 78 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. z 1964 r., Nr 16, poz. 93 z późn. zm.) w związku z art. 14 ustawy Pzp do zachowania pisemnej formy czynności prawnej wystarcza złożenie własnoręcznego podpisu na dokumencie obejmującym treść oświadczenia woli. Przekazanie oświadczenia woli faksem nie spełnia tego warunku.

Raport z transmisji faksu sam w sobie nie stanowi bezwzględneho dowodu skutecznego doręczenia oświadczenia woli. Ponadto w przypadku, gdy Zamawiający w pkt 17.1. SIWZ określił, że wymaga niezwłocznego potwierdzenia przez wykonawcę faktu otrzymania każdej informacji dowodem skutecznego przekazania oświadczenia woli jest właśnie takie potwierdzenie. W tym przypadku Zamawiający nie dochował należytej staranności i nie ustalił w sposób przez siebie określony, czy wezwanie na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp zawarte w piśmie z dnia 20.04.2010 r. zostało skutecznie doręczone Odwołującemu. Ponadto Izba ustaliła, iż jeden z trzech wezwanych wykonawców (Konsorcjum: PxM-Projekt-Południe Spółka z o.o.; WBP Zabrze Spółka z o.o.; Apia XXI I.A.K. Spółka z o.o.; Apia XXI S.A.) potwierdził fakt otrzymania wezwania z dnia 20.04.2010 r. Pozostali wezwani wykonawcy nie przekazali potwierdzenia skutecznego doręczenia ww. pisma. W powyższych okolicznościach Zamawiający winien podjąć skuteczne działania

w celu ustalenia, czy przedmiotowe pismo zostało doręczone wszystkim wykonawcom. Tym samym w oparciu o treść art. 90 ust. 1 ustawy Pzp oraz treść pkt 17.1. SIWZ Izba uznała, iż Zamawiający nie udowodnił skuteczności doręczenia pisma z dnia 20.04.2010 r. zawierającego wezwania do złożenia wyjaśnień w oparciu o art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Zdaniem Izby Zamawiający nie miał również podstaw faktycznych do zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp i tym samym odrzucenia oferty Odwołującego w oparciu o ww. przesłankę. Podejmując decyzję o odrzuceniu oferty wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp należy odnieść oferowaną cenę do realnej możliwości wykonania przedmiotu zamówienia za kwotę, którą wskazał wykonawca. Istotne jest przeprowadzenia przez Zamawiającego porównania i analizy poszczególnych elementów cenotwórczych w ramach wynagrodzenia za wykonanie przedmiotu zamówienia oraz dostępnych danemu wykonawcy technik i metod, które wpłynęły na dokonana przez wykonawcę wycenę. Zamawiający uznając cenę zaoferowaną przez Odwołującego za rażąco niską nie kwestionuje w zasadzie samej wyceny przez tego ostatniego przedstawionych etapów i elementów składających się na przedmiot zamówienia. Zamawiający zarówno w piśmie z dnia 10.05.2010 r. zawierającym informację o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz informację o odrzuceniu oferty Odwołującego, jak również w rozstrzygnięciu protestu zawartym w piśmie z dnia 25.05.2010 r. nie odnosi się do kwestii wysokości wynagrodzenia, lecz wskazuje na brak złożenia wyjaśnień w tym aspekcie i rozbieżność zaoferowanej przez Odwołującego ceny w odniesieniu do wartości szacunkowej. W odniesieniu do powyższego Izba pragnie wskazać, iż szacunki Zamawiającego w zakresie wartości zamówienia lub kwoty, jaką zamierza on przeznaczyć na jego sfinansowanie nie mogą stanowić jedyne i wiarygodnego dowodu, że zaoferowana w postępowaniu przez wykonawcę cena jest ceną rażąco niską, tylko i wyłącznie dlatego, że odbiega od dokonanego przez Zamawiającego szacunku. Powyższa rozbieżność powinna skutkować wszczęciem przez Zamawiającego procedury uregulowanej w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, nie zaś odrzuceniem oferty wykonawcy w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Zamawiający w przedmiotowym stanie faktycznym nie miał podstaw do uznania, że oferta wykonawcy zawiera rażąco niską cenę. Ustawa Prawo zamówień publicznych nie zawiera definicji ceny rażąco niskiej. W doktrynie i orzecznictwie utarł się pogląd, iż cena rażąco niska jest to cena nierealistyczna, która uniemożliwia w sposób całkowicie bezsprzeczny wykonanie przedmiotu zamówienia przez konkretnego wykonawcę w konkretnych warunkach gospodarczych, technologicznych i organizacyjnych. Za cenę rażąco niską należy zatem uznać cenę nierealną i nieadekwatną do przedmiotu zamówienia w obiektywnym tego słowa znaczeniu. Biorąc pod uwagę doniosłość czynności odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp Zamawiający winien wykazać przy użyciu dostępnych środków dowodowych w sposób bezsprzeczny, że w konkretnym stanie

faktycznym każdy podmiot uznałby taką cenę za rażąco niską. Zdaniem Izby w przedstawionych powyższej okolicznościach nie sposób dojść w sposób bezspreczny do takiej konkluzji. Wobec powyższego Zamawiający nie miał podstaw do zastosowania normy prawnej uregulowanej w art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, gdyż nie wykazał istnienia okoliczności faktycznych uprawniających do jej zastosowania.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba nie znalazła podstaw do uznania, iż zasadne było odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

W odniesieniu do wskazanego w treści odwołania naruszenia art. 7 ustawy Pzp Izba stoi na stanowisku, że każde naruszenie przepisów ustawy Pzp stanowi jednocześnie naruszenie podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych, w tym zasady równego traktowania wykonawców. Ponadto Zamawiający winien dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej, i w konsekwencji udzielić zamówienia tylko i wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy Pzp. Tym samym Izba wskazuje, iż w przedmiotowym postępowaniu doszło również do naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 191 ust. 1a ustawy Pzp Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Biorąc pod uwagę, iż Izba uwzględniła odwołanie o sygn. akt KIO/UZP 1136/10 oraz stwierdziła naruszenie przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp na skutek zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Konsorcjum: MP-Mosty Sp. z o.o., RPS Consulting Engineers Limited, 30-709 Kraków, ul. Stoczniovców 3, której treść nie odpowiada treści SIWZ, uwzględnienie odwołania o sygn. akt KIO/UZP 1135/10, pomimo stwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 i art. 7 ustawy Pzp w odniesieniu do ww. wykonawcy, nie ma wpływu na wynik postępowania.

Powyższe wskazuje, zdaniem Izby, iż w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego doszło do naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 i art. 7 ustawy Pzp, jednakże ze względu na treść art. 191 ust. 1a ustawy Pzp przedmiotowe odwołanie podlegało oddaleniu.

W związku z powyższym, na podstawie art. 191 ust. 1 i ust. 1a ustawy Pzp, w zakresie odwołania o sygn. akt KIO/UZP 1135/10, orzeczono jak w sentencji.

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

I. Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 27 ust. 2 oraz art. 90 ust. 1 i 3 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp Izba uznała za zasadny.

Po pierwsze Izba ustaliła, iż Zamawiający w piśmie z dnia 10.05.2010 r. poinformował wykonawców m. in. o odrzuceniu oferty wykonawcy Konsorcjum: Lafrentz - Polska Sp. z o.o., Inwestycje, Budownictwo, Handel „Inwest - Complex” Sp. z o.o., 60-359 Poznań, ul. Zbąszyńska 29 na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. W uzasadnieniu powyższej decyzji Zamawiający wskazał, iż odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp nastąpiło wskutek nie złożenia wyjaśnień, w związku z wezwaniem z dnia 20.04.2010 r. dotyczącym elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę. Powyższe zostało potwierdzone przez Zamawiającego w toku rozprawy, tj. Zamawiający oświadczył, iż odrzucenie ofert nastąpiło nie ze względu na rażąco niską cenę, ale ze względu na brak złożenia wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp dotyczących składników oferty mających wpływ na wysokość wynagrodzenia.

Po drugie Izba w odniesieniu do powyższego zarzutu ustaliła, iż art. 90 ust. 3 ustawy Pzp rozszerza przesłanki odrzucenia oferty wykonawcy o przesłankę spowodowaną nie złożeniem wyjaśnień w związku z wezwaniem wykonawcy na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Jednakże wskazaną przez Zamawiającego prawną przesłanką odrzucenia oferty Odwołującego jest art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Biorąc pod uwagę treść art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp na Zamawiającym ciąży obowiązek podania wraz z informacją o odrzuceniu oferty wykonawcy uzasadnienia prawnego i faktycznego. Powyższa koniunkcja nakłada na Zamawiającego obowiązek wykazania prawnych i faktycznych podstaw dokonanej czynności, w celu kontroli powyższej czynności przez wykonawców, jak również Krajową Izbę Odwoławczą oraz sądy powszechne w przypadku wniesienia skargi na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej. Ważność i skuteczność czynności odrzucenia oferty wykonawcy w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest uzależniona od istnienia podstaw faktycznych dokonanej czynności, jak również od trafności i poprawności subsumcji istniejącego stanu faktycznego pod określoną normę prawną. Tym samym, zdaniem Izby, dla skuteczności odrzucenia oferty wykonawcy istotne są zarówno podstawy prawne, jak i podstawy faktyczne czynności dokonanej przez Zamawiającego.

Po trzecie wykładnia literalna normy prawnej wyrażonej w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wskazuje, iż Zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się **w formie pisemnej** do wykonawcy o udzielenie

w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Tym samym w przypadku wezwania na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp to ustawodawca określił formę przekazywania oświadczeń i określił sposób porozumiewania się Zamawiającego z wykonawcami. Trudno jest wszakże, biorąc pod uwagę racjonalność ustawodawcy, wyprowadzić wniosek, iż treść ww. przepisu w części dotyczącej formy wezwania ma charakter przypadkowy. Zgodnie z art. 78 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. z 1964 r., Nr 16, poz. 93 z późn. zm.) w związku z art. 14 ustawy Pzp do zachowania pisemnej formy czynności prawnej wystarcza złożenie własnoręcznego podpisu na dokumencie obejmującym treść oświadczenia woli. Przekazanie oświadczenia woli faksem nie spełnia tego warunku.

Raport z transmisji faksu sam w sobie nie stanowi bezwzględneho dowodu skutecznego doręczenia oświadczenia woli. Ponadto w przypadku, gdy Zamawiający w pkt 17.1. SIWZ określił, że wymaga niezwłocznego potwierdzenia przez wykonawcę faktu otrzymania każdej informacji dowodem skutecznego przekazania oświadczenia woli jest właśnie takie potwierdzenie. W tym przypadku Zamawiający nie dochował należytej staranności i nie ustalił w sposób przez siebie określony, czy wezwanie na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp zawarte w piśmie z dnia 20.04.2010 r. zostało skutecznie doręczone Odwołującemu. Ponadto Izba ustaliła, iż jeden z trzech wezwanych wykonawców (Konsorcjum PxM-Projekt-Południe Spółka z o.o. (lider konsorcjum); WBP Zabrze Spółka z o.o.; Apia XXI I.A.K. Spółka z o.o.; Apia XXI S.A.) potwierdził fakt otrzymania wezwania z dnia 20.04.2010 r. Pozostali wezwani wykonawcy nie przekazali potwierdzenia skutecznego doręczenia ww. pisma. W powyższych okolicznościach Zamawiający winien podjąć skuteczne działania w celu ustalenia, czy przedmiotowe pismo zostało doręczone wszystkim wykonawcom. Tym samym w oparciu o treść art. 90 ust. 1 ustawy Pzp oraz treść pkt 17.1. SIWZ Izba uznała, iż Zamawiający nie udowodnił skuteczności doręczenia pisma z dnia 20.04.2010 r. zawierającego wezwania do złożenia wyjaśnień w oparciu o art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Zdaniem Izby Zamawiający nie miał również podstaw faktycznych do zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp i tym samym odrzucenia oferty Odwołującego w oparciu o ww. przesłankę. Podejmując decyzję o odrzuceniu oferty wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp należy odnieść oferowaną cenę do realnej możliwości wykonania przedmiotu zamówienia za kwotę, którą wskazał wykonawca. Istotne jest przeprowadzenia przez Zamawiającego porównania i analizy poszczególnych elementów cenotwórczych w ramach wynagrodzenia za wykonanie przedmiotu zamówienia oraz dostępnych danemu wykonawcy technik i metod, które wpłynęły na dokonana przez wykonawcę wycenę. Zamawiający uznając cenę zaoferowaną przez Odwołującego za rażąco niską nie kwestionuje w zasadzie samej wyceny przez tego ostatniego przedstawionych etapów

i elementów składających się na przedmiot zamówienia. Zamawiający zarówno w piśmie z dnia 10.05.2010 r. zawierającym informację o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz informację o odrzuceniu oferty Odwołującego, jak również w rozstrzygnięciu protestu zawartym w piśmie z dnia 25.05.2010 r. nie odnosi się do kwestii wysokości wynagrodzenia, lecz wskazuje na brak złożenia wyjaśnień w tym aspekcie i rozbieżność zaoferowanej przez Odwołującego ceny w odniesieniu do wartości szacunkowej. W odniesieniu do powyższego Izba pragnie wskazać, iż szacunki Zamawiającego w zakresie wartości zamówienia lub kwoty, jaką zamierza on przeznaczyć na jego sfinansowanie nie mogą stanowić jedyne i wiarygodnego dowodu, że zaoferowana w postępowaniu przez wykonawcę cena jest ceną rażąco niską, tylko i wyłącznie dlatego, że odbiega od dokonanego przez Zamawiającego szacunku. Powyższa rozbieżność powinna skutkować wszczęciem przez Zamawiającego procedury uregulowanej w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, nie zaś odrzuceniem oferty wykonawcy w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Zamawiający w przedmiotowym stanie faktycznym nie miał podstaw do uznania, że oferta wykonawcy zawiera rażąco niską cenę. Ustawa Prawo zamówień publicznych nie zawiera definicji ceny rażąco niskiej. W doktrynie i orzecznictwie utarł się pogląd, iż cena rażąco niska jest to cena nierealistyczna, która uniemożliwia w sposób całkowicie bezsprzeczny wykonanie przedmiotu zamówienia przez konkretnego wykonawcę w konkretnych warunkach gospodarczych, technologicznych i organizacyjnych. Za cenę rażąco niską należy zatem uznać cenę nierealną i nieadekwatną do przedmiotu zamówienia w obiektywnym tego słowa znaczeniu. Biorąc pod uwagę doniosłość czynności odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp Zamawiający winien wykazać przy użyciu dostępnych środków dowodowych w sposób bezsprzeczny, że w konkretnym stanie faktycznym każdy podmiot uznałby taką cenę za rażąco niską. Zdaniem Izby w przedstawionych powyższej okolicznościach nie sposób dojść w sposób bezsprzeczny do takiej konkluzji. Wobec powyższego Zamawiający nie miał podstaw do zastosowania normy prawnej uregulowanej w art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, gdyż nie wykazał istnienia okoliczności faktycznych uprawniających do jej zastosowania.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba nie znalazła podstaw do uznania, iż zasadne było odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

**II. Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp wskutek zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Konsorcjum: MP-Mosty Sp. z o.o., RPS Consulting Engineers Limited, 30-709 Kraków, ul. Stoczniovców 3 ze względu na złożenie**

przez tego ostatniego oferty, której treść była niezgodna z treścią SIWZ Izba uznała za zasadny.

Skład orzekający Izby dokonał następujących ustaleń odnośnie ww. zarzutu:

Po pierwsze Izba ustaliła, iż Zamawiający w pkt 9 SIWZ (sposób obliczenia ceny oferty) w ppkt 9.3.1. wskazał, że w pozycji „Weryfikacja dokumentacji projektowej” wartość dla tej pozycji nie może przekroczyć 2% ceny oferty. Tożsamy zapis został zawarty w Formularzu cenowym (załącznik 2.1.) w ppkt 1.1.

Izba ustaliła, że wykonawca Konsorcjum: MP-Mosty Sp. z o.o., RPS Consulting Engineers Limited, 30-709 Kraków, ul. Stoczniovców 3 złożył ofertę z ceną ofertową wynoszącą brutto 6.932.714,48 zł (wartość netto 5.682.552,85 zł). W ppkt 1.1. Formularza cenowego (strona nr 4 oferty) wskazana została wartość weryfikacji dokumentacji projektowej w wysokości netto 114.000,00 zł. Z wyliczeń arytmetycznych wynika, iż wyliczona przez wykonawcę Konsorcjum: MP-Mosty Sp. z o.o., RPS Consulting Engineers Limited, 30-709 Kraków, ul. Stoczniovców 3 kwota netto stanowi 2,0061% ceny ofertowej. Również z wyliczeń arytmetycznych wynika, iż przy założeniu, że wartość pozycji weryfikacji dokumentacji projektowej nie może przekroczyć 2% ceny oferty, przy wartości 5.682.552,85 zł netto wartość netto dla ww. pozycji nie powinna przekroczyć 113.651,05 zł.

Powyższe wskazuje, iż treść oferty wykonawcy w zakresie wartości dla pozycji 1.1. Formularza ofertowego - „weryfikacja dokumentacji projektowej” jest niezgodna z postanowieniami SIWZ zawartymi w pkt 9 SIWZ (sposób obliczenia ceny oferty) w ppkt 9.3.1. „Weryfikacja dokumentacji projektowej” w zakresie sposobu obliczenia ceny.

Tym samym Izba uznała, iż zarzut zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Konsorcjum: MP-Mosty Sp. z o.o., RPS Consulting Engineers Limited, 30-709 Kraków, ul. Stoczniovców 3 ze względu na złożenie przez tego ostatniego oferty, której treść była niezgodna z treścią SIWZ potwierdził się. Wobec powyższego doszło do naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

**III.** Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 24 ust. 4 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp wskutek zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Konsorcjum: MP-Mosty Sp. z o.o., RPS Consulting Engineers Limited, 30-709 Kraków, ul. Stoczniovców 3 ze względu na przedłożenie przez tego ostatniego wadliwej gwarancji wadialnej Izba uznała za niezasadny.

Skład orzekający Izby dokonał następujących ustaleń odnośnie ww. zarzutu:

Po pierwsze Izba ustaliła, iż Zamawiający w pkt 1 SIWZ określił, iż podmiotem zamawiającym w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie, ul. Żelazna 59, zaś prowadzącym postępowanie jest Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Katowicach z siedzibą w Katowicach, ul. Myśliwska 5.

Po drugie Izba ustaliła, iż Zamawiający w odpowiedzi na pytanie jednego z wykonawców wyjaśnił w piśmie z dnia 08.01.2010 r., że beneficjentem gwarancji wadialnej wystawionej w formie gwarancji bankowej (...) jest: Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad reprezentowany przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Katowicach z siedzibą przy ul. Myśliwska 5, 40-017 Katowice.

Po trzecie Izba ustalił, że złożonej przez wykonawcę Konsorcjum: MP-Mosty Sp. z o.o., RPS Consulting Engineers Limited, 30-709 Kraków, ul. Stoczniovców 3 ofercie na str.12 znajduje się gwarancja wadialna z dnia 18.03.2010 r. nr 3019221/8401, w treści której jako beneficjent gwarancji została wskazana Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Katowicach, ul. Myśliwska 5, 40-017 Katowice.

Z powyższego wynika, iż Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad w toku przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego reprezentowany jest przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Katowicach z siedzibą przy ul. Myśliwska 5, 40-017 Katowice. Zgodnie z art. 95 § 2 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. z 1964 r, Nr 14, poz. 93 z późn. zm.) czynność prawna dokonana przez przedstawiciela w granicach umocowania pociąga za sobą skutki bezpośrednio dla reprezentowanego. Biorąc pod uwagę fakt, iż realizacja świadczenia z ubezpieczeniowej gwarancji wadialnej następuje na pisemne wezwanie beneficjenta reprezentowanego przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Katowicach z siedzibą przy ul. Myśliwska 5, 40-017 Katowice to zgodnie ze wskazanym powyżej art. 95 § 2 ustawy Kodeks cywilny pociąga za sobą skutki bezpośrednio dla reprezentowanego, którym w tym wypadku jest Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad. Powyższe obejmuje również spełnienie świadczenia pieniężnego, które jest formą realizacji wadialnej gwarancji ubezpieczeniowej. Tym samym spełnienie świadczenia wobec reprezentującego pociąga za sobą bezpośrednio skutki wobec reprezentowanego i w tym wypadku bez znaczenia jest, który podmiot jest beneficjentem gwarancji, gdyż Oddział w Katowicach działa we własnym imieniu, lecz na rzecz Skarbu Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad. Powyższe

potwierdza także treść art. 18a ust. 1 ustawy z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2007 r. Nr 19, poz. 115 z późn. zm.), który stanowi, że Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad realizuje swoje zadania przy pomocy Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad, zaś zgodnie z ust. 2 ww. przepisu w skład Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad wchodzi, z zastrzeżeniem ust. 3a, oddziały w województwach.

Tym samym Izba nie podziela poglądu Odwołującego, że złożony wraz z ofertą wykonawcy Konsorcjum: MP-Mosty Sp. z o.o., RPS Consulting Engineers Limited, 30-709 Kraków, ul. Stoczniovców 3 dokument gwarancji wadialnej z dnia 18.03.2010 r. nr 3019221/8401 na skutek wskazania jako beneficjenta Generalną Dyrekcją Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Katowicach, ul. Myśliwska 5, 40-017 Katowice powoduje, iż jest on dokumentem błędnym i nie odpowiadającym zapisom SIWZ.

Wobec powyższego Izba uznała, iż zarzut zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Konsorcjum: MP-Mosty Sp. z o.o., RPS Consulting Engineers Limited, 30-709 Kraków, ul. Stoczniovców 3 na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 24 ust. 4 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp ze względu na złożenie przez tego ostatniego wraz ofertą błędnej gwarancji wadialnej nie potwierdził się.

**IV.** Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp wskutek zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Konsorcjum: PxM-Projekt-Południe Spółka z o.o., WBP Zabrze Spółka z o.o.; Apia XXI I.A.K. Spółka z o.o. oraz Apia XXI S.A. ze względu na niezgodność treści ww. oferty z treścią SIWZ poprzez nie wykazanie dla osoby na stanowisko Głównego Inspektora robót mostowych wymaganego doświadczenia pod względem terminowym (wskazany w ofercie pan Andrzej S.), zaś dla osoby na stanowisko Inżyniera ds. materiałowych – głównego technologa (wskazany w ofercie pan Jarosław S.) pod względem wartościowym Izba uznała za niezasadny.

Skład orzekający Izby dokonał następujących ustaleń odnośnie ww. zarzutu:

Po pierwsze Izba ustaliła, iż Zamawiający w dniu 10.05.2010 r. odrzucił ofertę wykonawcy Konsorcjum: PxM-Projekt-Południe Spółka z o.o., WBP Zabrze Spółka z o.o.; Apia XXI I.A.K. Spółka z o.o. oraz Apia XXI S.A. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Na powyższą czynność ww. wykonawca wniósł w dniu

19.05.2010 r. pisemny protest, który został przez Zamawiającego oddalony pismem z dnia 25.05.2010 r.

Zarówno z wyjaśnień Zamawiającego złożonych w toku rozprawy, jak również z ustaleń Izby wynika, iż wykonawca Konsorcjum: PxM-Projekt-Południe Spółka z o.o., WBP Zabrze Spółka z o.o.; Apia XXI I.A.K. Spółka z o.o. oraz Apia XXI S.A. nie złożył odwołania na czynność rozstrzygnięcia przez Zamawiającego protestu. Tym samym w związku z art. 184 ust. 2 ustawy Pzp upłynął w dniu 4 maja 2010 r. i decyzja o odrzuceniu oferty wykonawcy Konsorcjum: PxM-Projekt-Południe Spółka z o.o., WBP Zabrze Spółka z o.o.; Apia XXI I.A.K. Spółka z o.o. oraz Apia XXI S.A. stała się prawomocna.

Odwołujący w toku rozprawy podtrzymał zarzuty dotyczące oferty wykonawcy Konsorcjum: PxM-Projekt-Południe Spółka z o.o., WBP Zabrze Spółka z o.o.; Apia XXI I.A.K. Spółka z o.o. oraz Apia XXI S.A.

Jednakże Izba stanęła na stanowisku, iż uznanie przez Izbę naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w odniesieniu do ofert złożonych przez wykonawców Konsorcjum: MP-Mosty Sp. z o.o., RPS Consulting Engineers Limited, 30-709 Kraków, ul. Stoczniovców 3 oraz Konsorcjum: Lafrentz - Polska Sp. z o.o., Inwestycje, Budownictwo, Handel „Inwest - Complex” Sp. z o.o., 60-359 Poznań, ul. Zbąszyńska 29 może doprowadzić do unieważnienia przez Zamawiającego czynności odrzucenia ofert złożonych przez dwóch powyższych wykonawców, jak również wykonawcy Konsorcjum: PxM-Projekt-Południe Spółka z o.o., WBP Zabrze Spółka z o.o.; Apia XXI I.A.K. Spółka z o.o. oraz Apia XXI S.A. Na powyższe nie ma wpływu fakt, iż Zamawiający, w przeciwieństwie do ofert pozostałych wykonawców dokonał odrzucenia oferty wykonawcy Konsorcjum: PxM-Projekt-Południe Spółka z o.o., WBP Zabrze Spółka z o.o.; Apia XXI I.A.K. Spółka z o.o. oraz Apia XXI S.A. po analizie złożonych wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Tym samym Izba uznała, iż Odwołujący - Konsorcjum: Lafrentz - Polska Sp. z o.o., Inwestycje, Budownictwo, Handel „Inwest - Complex” Sp. z o.o., 60-359 Poznań, ul. Zbąszyńska 29 posiada interes prawny w kwestionowaniu oferty wykonawcy Konsorcjum: PxM-Projekt-Południe Spółka z o.o., WBP Zabrze Spółka z o.o.; Apia XXI I.A.K. Spółka z o.o. oraz Apia XXI S.A., która jest korzystniejsza ekonomicznie w oparciu o kryteria oceny ofert i tym samym posiada interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia odwołania w tym zakresie.

Powyższe wynika także z faktu, iż Zamawiający na każdym etapie postępowania ma prawo unieważnić dokonane przez siebie czynności i przywrócić wykonawcę wykluczonego z postępowania, lub wykonawcę którego oferta została odrzucona w postępowaniu.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba postanowiła rozpatrzyć pod względem merytorycznym odwołanie w zakresie zarzutów dotyczących oferty złożonej przez wykonawcę Konsorcjum: PxM-Projekt-Południe Spółka z o.o., WBP Zabrze Spółka z o.o.; Apia XXI I.A.K. Spółka z o.o. oraz Apia XXI S.A. pomimo uprawomocnienia się decyzji o odrzuceniu oferty ww. wykonawcy.

Izba ustaliła, że Zamawiający w pkt 6 SIWZ określił warunki, jakie muszą spełniać wykonawcy, zaś w pkt 6.1. doprecyzował, że w postępowaniu mogą brać udział wykonawcy niepodlegający wykluczeniu na podstawie art. 24 ustawy Pzp oraz spełniający określone warunki udziału w postępowaniu, następnie w pkt 6.2. wskazał, że warunki udziału w postępowaniu określone są w oparciu o art. 22 ust. 1 pkt 1 – 3 ustawy Pzp i podstawą oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu będą w szczególności wymagane dokumenty i oświadczenia, o których mowa w punkcie 7 IDW, na zasadzie „spełnia – nie spełnia”. Na potwierdzenie spełnienia powyższego warunku Zamawiający żądał w ppkt 7.2.3 pkt 7 (Dokumenty i oświadczenia wymagane dla potwierdzenia spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu) wykazu osób, którymi dysponuje lub będzie dysponował Wykonawca i które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, na formularzu zgodnym z treścią Formularza 3.2. („Potencjał kadrowy”). Wykaz musi zawierać dane na temat kwalifikacji wskazanych osób, potwierdzające spełnienie warunku, o którym mowa w pkt 6.2.2. IDW.

W tym wypadku, Izba wskazuje, iż należy odróżnić dokumenty składane przez wykonawców na potwierdzenie warunków udziału w postępowaniu od merytorycznej treści oferty. Wskazanie przez Odwołującego zapisu SIWZ – IDW (Instrukcji dla Wykonawców) w postaci pkt 6.2.2. ust. 5 i 6 jako podstawy owej niezgodności jest nietrafne, gdyż zapisy te stanowią opis warunków udziału w postępowaniu w zakresie określonym w art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Powyższych zapisów SIWZ – IDW nie sposób zakwalifikować jako treści SWIZ, której winna odpowiadać treść oferty wykonawcy. Na potwierdzenie spełnienia przez wykonawców opisanych przez Zamawiającego warunków ten ostatni żądał w pkt 7 SIWZ – IDW złożenia określonych oświadczeń i dokumentów. Istotą tego rodzaju dokumentów i oświadczeń składanych przez wykonawców wraz z ofertą w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na potwierdzenie opisanych przez Zamawiającego warunków jest to, że Zamawiający dla tego rodzaju dokumentów i oświadczeń nie określa i nie precyzuje ich treści, lecz wskazuje jedynie, jakie informacje mają z ich treści wynikać. W tym wypadku treść i forma tychże dokumentów jest, co do zasady dowolna, o ile spełniony zostanie minimalny wymóg, aby z zawartych w nich informacji wynikało tylko, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Podstawą odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy jest niezgodność treści oferty z treścią SIWZ. Na treść merytoryczną oferty mogą składać się, w zależności od postanowień SIWZ, formularz oferty wraz z zawartymi w jego treści oświadczeniami, harmonogramy, kosztorysy, zaakceptowany wzór umowy, formularz cenowy itp. Natomiast dokumenty i oświadczenia potwierdzające, że wykonawca spełnia warunki dookreślone przez Zamawiającego w SIWZ w oparciu o art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp nie mogą stanowić o niezgodności oferty z treścią SIWZ i tym samym nie mogą stanowić podstawy faktycznej zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 191 ust. 1a ustawy Pzp Izba uwzględniła odwołania, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ na lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Wskutek stwierdzenia przez Izbę naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w odniesieniu do oferty Odwołującego, oraz wskutek stwierdzenia naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Konsorcjum: MP-Mosty Sp. z o.o., RPS Consulting Engineers Limited, 30-709 Kraków, ul. Stoczniovców 3, który złożył ofertę o treści niezgodnej z treścią SIWZ odwołanie o sygn. akt KIO/UZP 1136/10 zostało uwzględnione. Odwołujący skutecznie zakwestionował ofertę korzystniejszą ekonomicznie w oparciu o kryteria oceny oferty, oraz wykazał, iż Zamawiający odrzucił jego własną ofertę z naruszeniem przepisów ustawy Pzp i tym samym dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem ww. przepisów. Pomimo faktu, iż Izba nie uwzględniła zarzutu dotyczącego naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Konsorcjum: PxM-Projekt-Południe Spółka z o.o., WBP Zabrze Spółka z o.o.; Apia XXI I.A.K. Spółka z o.o. oraz Apia XXI S.A. (oferty najkorzystniejszej w oparciu o kryteria oceny ofert) nie ma to wpływu na treść rozstrzygnięcia, gdyż w dniu wydania orzeczenia Izby oferta ww. wykonawcy ma status oferty prawomocnie odrzuconej.

W związku z powyższym, na podstawie art. 191 ust. 1 i ust. 1a ustawy Pzp, w zakresie odwołania o sygn. akt KIO/UZP 1136/10 orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp, tj. 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 **Katowicach**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....