

**Sygn. akt KIO/UZP 1864/09**

**Sygn. akt KIO/UZP 1868/09**

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

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak**

**Członkowie: Andrzej Niwicki**

**Marzena Teresa Ordysińska**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 04.02.2010 r. w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia **13 stycznia 2010 roku** do łącznego rozpoznania, wniesionych przez:

**A. konsorcjum firm: Intop Szczecin Sp. z o.o., 72-002 Dołuje, Skarbimierzyce, ul. Wiosenna 6, Przedsiębiorstwo „Hydrogeobudowa” Sp. z o.o., 76-100 Sławno, ul. Koszalińska 60, „Intop Tarnobrzeg” Sp. z o.o., 39-400 Tarnobrzeg, ul. Sienkiewicza 145 (sygnatura akt KIO/UZP 1864/09);**

**B. Hydrobudowa Gdańska S.A., 80-264 Gdańsk, ul. Grunwaldzka 135 (sygnatura akt KIO/UZP 1868/09)**

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Województwo Zachodniopomorskie – Zachodniopomorski Zarząd Melioracji i Urządzeń Wodnych w Szczecinie, 70-415 Szczecin, Al. Papieża Jana Pawła II nr 42** protestów:

**A. konsorcjum firm: Intop Szczecin Sp. z o.o., 72-002 Dołuje, Skarbimierzyce, ul. Wiosenna 6, Przedsiębiorstwo „Hydrogeobudowa” Sp. z o.o., 76-100 Sławno, ul. Koszalińska 60, „Intop Tarnobrzeg” Sp. z o.o., 39-400 Tarnobrzeg, ul. Sienkiewicza 145 z dnia 20 listopada 2009 r.;**

**B. Hydrobudowa Gdańska S.A., 80-264 Gdańsk, ul. Grunwaldzka 135 z dnia 23 listopada 2009 r..**

przy udziale konsorcjum firm: „PBI KORNAS” Sp. z o.o., 78-100 Kołobrzeg, ul. Św. Wojciecha 10, Bogdan Kornas Przedsiębiorstwo Budowlano Inżynieryjne „KORNAS”, 78-100 Kołobrzeg, ul. Św. Wojciecha 10 zgłaszających przystąpienie do postępowań odwoławczych o sygnaturze KIO/UZP 1864/09 i KIO/UZP 1868/09 po stronie zamawiającego

przy udziale konsorcjum firm: Intop Szczecin Sp. z o.o., 72-002 Dołuje, Skarbimierzyce, ul. Wiosenna 6, Przedsiębiorstwo „Hydrogeobudowa” Sp. z o.o., 76-100 Sławno, ul. Koszalińska 60, „Intop Tarnobrzeg” Sp. z o.o., 39-400 Tarnobrzeg, ul. Sienkiewicza 145 zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygnaturze KIO/UZP 1868/09 po stronie zamawiającego

**orzeka:**

**1 Uwzględnia oba odwołania, nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 2 grudnia 2009 r. oraz nakazuje odtajnienie dokumentów zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa przez „PBI KORNAS” Sp. z o.o., Bogdan Kornas Przedsiębiorstwo Budowlano Inżynieryjne „KORNAS”, potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu.**

**2. Kosztami postępowania obciąża Województwo Zachodniopomorskie – Zachodniopomorski Zarząd Melioracji i Urządzeń Wodnych w Szczecinie, 70-415 Szczecin, Al. Papieża Jana Pawła II nr 42 i nakazuje:**

1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **2 962 zł 66 gr** (słownie: dwa tysiące dziewięćset sześćdziesiąt dwa złote sześćdziesiąt sześć groszy) z kwoty wpisów uiszczonych przez odwołujących się, w tym:

**A.** koszty w wysokości **1 481 zł 33 gr** (słownie: jeden tysiąc czterysta osiemdziesiąt jeden złotych trzydzieści trzy grosze) z kwoty wpisu uiszczanego przez konsorcjum firm: **Intop Szczecin Sp. z o.o., 72-002 Dołuje, Skarbimierzyce, ul. Wiosenna 6, Przedsiębiorstwo „Hydrogeobudowa” Sp. z o.o., 76-100 Sławno, ul. Koszalińska 60, „Intop**

**Tarnobrzeg” Sp. z o.o., 39-400 Tarnobrzeg, ul. Sienkiewicza 145 z dnia 20 listopada 2009 r.,**

**B.** koszty w wysokości **1 481 zł 33 gr** (słownie: jeden tysiąc czterysta osiemdziesiąt jeden złotych trzydzieści trzy grosze) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Hydrobudowa Gdańska S.A., 80-264 Gdańsk, ul. Grunwaldzka 135,**

2) dokonać wpłaty kwoty **7 434 zł 66 gr** (słownie: siedem tysięcy czterysta trzydzieści cztery złotych sześćdziesiąt sześć groszy) przez **Województwo Zachodniopomorskie – Zachodniopomorski Zarząd Melioracji i Urządzeń Wodnych w Szczecinie, 70-415 Szczecin, Al. Papieża Jana Pawła II nr 42** na rzecz odwołujących się w tym:

**A.** **5 953 zł 33 gr** (słownie: pięć tysięcy dziewięćset pięćdziesiąt trzy złote trzydzieści trzy grosze) na rzecz **Intop Szczecin Sp. z o.o., 72-002 Dołuje, Skarbimierzyce, ul. Wiosenna 6, Przedsiębiorstwo „Hydrogeobudowa” Sp. z o.o., 76-100 Sławno, ul. Koszalińska 60, „Intop Tarnobrzeg” Sp. z o.o., 39-400 Tarnobrzeg, ul. Sienkiewicza 145** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów postępowania odwoławczego, kosztów dojazdu, noclegu oraz wynagrodzenia pełnomocników,

**B.** **1 481 zł 33 gr** (słownie: jeden tysiąc czterysta osiemdziesiąt jeden złotych trzydzieści trzy grosze) na rzecz **Hydrobudowa Gdańska S.A., 80-264 Gdańsk, ul. Grunwaldzka 135,** stanowiącej uzasadnione koszty stron poniesione z tytułu kosztów postępowania odwoławczego;

3) dokonać zwrotu kwoty **37 037 zł 34 gr** (słownie: trzydzieści siedem tysięcy trzydzieści siedem złotych trzydzieści cztery grosze) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołujących się, w tym:

**A.** kwoty **18 518 zł 67 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy pięćset osiemnaście złotych sześćdziesiąt siedem groszy) na rzecz konsorcjum firm: **Intop Szczecin Sp. z o.o., 72-002 Dołuje, Skarbimierzyce, ul. Wiosenna 6, Przedsiębiorstwo „Hydrogeobudowa” Sp. z o.o., 76-100 Sławno, ul. Koszalińska 60, „Intop Tarnobrzeg” Sp. z o.o., 39-400 Tarnobrzeg, ul. Sienkiewicza 145,**

- B. kwoty **18 518 zł 67 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy pięćset osiemnaście złotych sześćdziesiąt siedem groszy) na rzecz **Hydrobudowa Gdańska S.A., 80-264 Gdańsk, ul. Grunwaldzka 135**

### **Uzasadnienie**

W postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – Zachodniopomorski Zarząd Melioracji i Urządzeń Wodnych w Szczecinie, w przedmiocie „Zabezpieczenie przeciwpowodziowe doliny rzeki Parsęty poniżej m. Osówko w tym m. Kołobrzeg, Karlina, Białogard” (nr postępowania PO IiŚ 3.1-16), wobec czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez konsorcjum firm: PBI KORNAS Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Budowlano-Inżynieryjne Kornas (czynność z dnia 12.11.2009 r.), protesty, a następnie odwołania wnieśli wykonawcy:

1. Konsorcjum Intop Szczecin Sp. z o.o., Hydrogeobudowa Sp. z o.o., Intop Tarnobrzeg Sp. z o.o. (dalej konsorcjum Intop) – w dniu 14.12.2009 r. (sygn. KIO/UZP 1864/09);
2. HYDROBUDOWA Gdańsk S.A. – 14.12.2009 r. (sygn. KIO/UZP 1868/09);
3. Korporacja Budowlana DORACO Sp. z o.o. – 14.12.2009 r. (KIO/UZP 1875/09).  
Odwołujący cofnął odwołanie przed otwarciem posiedzenia – wydano postanowienie z dnia 4 lutego 2010 r. w sprawie umorzenia postępowania odwoławczego (sygnatura akt KIO/UZP 1875/09).

Protesty konsorcjum Intop oraz Hydrobudowy zamawiający w części uznał, postanawiając jednocześnie o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzeniu czynności badania i oceny ofert, powtórzeniu wyboru oferty najkorzystniejszej oraz uchyleniu zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa formularza danych ogólnych wykonawcy (załącznik nr 3), dokumentów finansowych za lata 2006-2008, opinii biegłego rewidenta, dokumentów potwierdzających dysponowanie osobami posiadającymi właściwe uprawnienia techniczne, z wyłączeniem możliwości ujawnienia danych osobowych, z uwagi na zastrzeżenie oferenta – PBI KORNAS (rozstrzygnięcie z dnia 02.12.2009 r.). Zamawiający w dniu 2 grudnia 2009 r. ponownie dokonał wyboru oferty PBI KORNAS jednocześnie informując o odrzuceniu oferty konsorcjum INTOP Ltd Sp. z o.o., HYDROPROJEKT Sp. z o.o., POLEKO Sp. z o.o. oraz Korporacja Budowlana DORACO Sp. z o.o.

Odwołujący - konsorcjum Intop wskazywał na naruszenie przez zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 90 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4, art. 8 ust. 1 i 3, art. 89 ust. 1 pkt 1 art.

96 ust. 3 oraz art. 7 ust. 1 i 3 ustawy PrZamPubl, wskazując na okoliczności, których wystąpienie winno prowadzić do wykluczenia wybranego wykonawcy i odrzucenia jego oferty, a także na uchybienia zamawiającego polegające na odmowie udostępnienia protokołu postępowania na żądanie protestującego.

Konsorcjum Intop w proteście zakwestionowało treść gwarancji ubezpieczeniowej, wskazującej na jej sprzeczność z art. 46 ust. 5 ustawy PrZamPubl i która powinna prowadzić do wykluczenia PBI KORNAS z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy PrZamPubl. Wykonawca zakwestionował zapis zastrzegający skuteczność żądania zapłaty kwoty wadium od przekazania takiego żądania za pośrednictwem banku prowadzącego rachunek, na który ma być dokonana zapłata gwarancji i jego potwierdzenia, że podpisy złożone na żądaniu wypłaty należą do osób uprawnionych do zaciągania zobowiązań majątkowych w imieniu zamawiającego. Zapis ten może w praktyce uniemożliwić dochodzenie ewentualnych roszczeń od gwaranta, ponieważ uzależnione jest od złożenia oświadczenia woli od podmiotu trzeciego, co czynić ma zabezpieczenie wniesionego wadium iluzorycznym.

Kolejna okoliczność, jaką podnosił odwołujący w proteście dotyczy zaoferowania ceny z rażąco niską ceną w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia, która to różnica wynosi 36 %. Zamawiający zaniechał przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego w trybie art. 90 ust. 1 i 2 PrZamPubl. Zamawiający jedynie w stosunku do oferty Korporacja Budowlana DORACO wszczął procedurę wyjaśnienia wysokości zaproponowanej ceny i którą odrzucił, jako zawierającą rażąco niską cenę.

Konsorcjum Intop wskazało na zaniechanie odtajnienia informacji utajnionych przez wybranego wykonawcę. Zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa zostały dokumenty wymagane w treści siwz, które zawierają w większości informacje jawne i publicznie dostępne (np. dotyczące zrealizowanych zamówień, wartościach sprzedaży) lub nie stanowią wartości gospodarczych (np. polisa OC, informacje zawarte w załączniku nr 3, informacja z banku). Zastrzeżenie jawności tych dokumentów prowadzi wyłącznie do uniemożliwienia weryfikacji przez konkurencję spełniania warunków udziału w postępowaniu podmiotu, który nie posiada wymaganego doświadczenia, na co wskazywać ma zamiar powierzenia wykonania całości przedmiotu zamówienia podwykonawcy. Okoliczność ta może być również podstawą odrzucenia oferty jako złożonej niezgodnie z ustawą (art. 89 ust. 1 pkt 1 PrZamPubl). Zamawiający odmówił w dniu 19 listopada 2009 r. odwołującemu wgląd do oferty wybranej jako najkorzystniejsza, wyznaczając termin na dzień 20 listopada 2009 r., na dzień kiedy protestującemu upływał termin do zaskarżenia czynności zamawiającego.

W proteście HYDROBUDOWA wniesionym w dniu 23 listopada 2009 r. wykonawca wskazywał na uchybienia formalne w jawnej części oferty wybranej – kosztorys ofertowy, które winny skutkować jej odrzuceniem na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 PrZamPubl. Ponadto, wykonawca zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 8 PrZamPubl na skutek braku możliwości weryfikacji dokumentów mających potwierdzać spełnienia warunków udziału w postępowaniu wykonawcy wybranego przez pozostałych oferentów, które to dokumenty pozostały niejawne.

Odwołujący w proteście zakwestionował również ważność oferty sklasyfikowanej na drugiej pozycji – konsorcjum Intop, wskazując na nieprawidłowości, których wystąpienie winno prowadzić do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 PrZamPubl lub wykluczenia tego wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 PrZamPubl.

Odwołujący wskazał na naruszenie przez zamawiającego zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców na skutek zaniechania przeprowadzenia badania zasadności zastrzeżenia przez konsorcjum PBI Kornas jako tajemnicy przedsiębiorstwa załącznika nr 3 do oferty wraz z dokumentami potwierdzającymi dane zawarte w załączniku. Dane zawarte w załączniku nr 3 nie wypełniają przesłanek, określonych w art. 11 pkt 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, dla uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa. Załącznik ten zawiera ogólne informacje o wykonawcy, a informacje w nim zawarte stanowią dane powszechnie dostępne, takie jak – nazwa, siedziba rodzaj przedsiębiorstwa, liczba lat działalności, szczegóły dotyczące rejestracji, dane finansowe oraz informacje i dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu, np. dotyczące doświadczenia zawodowego. Odwołujący wniósł o ich odtajnienie.

Na podstawie informacji dostępnych w Internecie, odwołujący zakwestionował doświadczenie posiadane przez konsorcjum PBI Kornas, które deklaruje się jako firma developerska posiadająca doświadczenie w zakresie budowy budynków mieszkalnych i mieszkalno-użytkowych, co nie wypełnia warunku określonego przez zamawiającego, który dotyczy robót budowlanych o podobnym charakterze (do przedmiotu zamówienia) z zakresu prac konstrukcyjno-budowlanych dotyczących budowli lub obiektów hydrotechnicznych lub obiektów budowlanych melioracji wodnych. Okoliczności te odwołujący wskazał dla uzasadnienia wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 PrZamPubl lub odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 i 2 PrZamPubl. Ponadto, odwołujący stwierdził brak wartości stawek R, Kp, Z oraz zestawień R, M, S z wyszczególnionymi ilościami, cenami jednostkowymi i wartością, co stanowić ma o niezgodności tej oferty z siwz, prowadzącej do obowiązku jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 PrZamPubl. – zamawiający żądał skalkulowania ceny oferty metodą szczegółową z podaniem cen jednostkowych, co oznacza iż żądał załączenia kosztorysu szczegółowego obejmującego czynniki R,M,S. Brak wskazania nakładów stanowi o błędzie

w ofercie, który nie może być uznany za nieistotną omyłkę. Wykonawca PBI KORNAS dokonał zmiany technologii i materiałów w kosztorysie „Przeciwpowodziowy suchy zbiornik zalewowy na rzece Parsęcie w km 78+550, budowa regulująca przepływ w korycie rzeki jako element zabezpieczenia przeciwpowodziowego ...”, gdyż zamiast geowłókniny zastosowano folię, co jest niedopuszczalne pod narzut kamienny, czy materace gabionowe (poz. 58, 63, 68, 74, 88, 90).

W odniesieniu do oferty konsorcjum Intop, odwołujący zakwestionował możliwość potwierdzenia na podstawie oświadczenia tego wykonawcy oraz załączonych dokumentów, iż spełnia on warunek udziału w postępowaniu dotyczący doświadczenia. Odwołujący swoje stanowisko oparł o własną interpretację warunku w kontekście odpowiedzi zamawiającego z dnia 5 października 2009 r., w której zamawiający dopuścił jako spełniające warunek udziału w postępowaniu roboty mostowe, w ramach obiektów hydrotechnicznych. Zdaniem odwołującego zamawiający dopuścił wyłącznie roboty mostowe w zakresie w jakim faktycznie pokrywają się one z realizacją obiektów hydrotechnicznych. Stąd roboty budowlane obejmujące wyłącznie roboty mostowe nie mogą stanowić podstawy do potwierdzenia wymaganego doświadczenia – dotyczy to przebudowy mostu stałego przez rzekę Wisła oraz budowy mostu przez rzekę Łęg. Bez uwzględnienia tych robót konsorcjum Intop nie wykazało się wymaganym doświadczeniem w zakresie wartości robót wymaganej przez zamawiającego, co winno skutkować odrzuceniem oferty konsorcjum Intop na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 PrZamPubl. Odwołujący wskazywał również na niezgodność oferty konsorcjum Intop z siwz wynikającą z powtarzających się błędów w oznaczeniu poszczególnych stawek narzutów, z których domniemywa błędu w cenie skutkującego odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 PrZamPubl, wobec braku możliwości ustalenia sposobu obliczenia ceny ofertowej w oparciu o kosztorys ofertowy. Różnice występują w wartościach podanych na stronach tytułowych kosztorysów oraz w pozycjach kosztorysowych i cennikach robocizn. Załączone tabele są cennikami R, M i S a nie zestawieniami R, M i S z wyszczególnionymi ilościami, cenami jednostkowymi i wartością – kosztorys szczegółowy nie jest wykonany zgodnie z przepisami kosztorysowania, w którym wymaga się aby było: kosztorys szczegółowy, tabela elementów scalonych, zestawienia R, M i S.

Odwołujący wskazał również na uchybienie w oznaczeniu terminu realizacji zamówienia w załączniku nr 7 do oferty – harmonogram robót, w którym określony został termin rozpoczęcia robót dla 4 etapu na dzień 1 marca 2009 r., zaś zamawiający wymagał, aby roboty zostały wykonane w terminie od 01.09.2010 – 30.09.2011. Wskazuje to na realne zagrożenie nie wykonania zamówienia w oznaczonym terminie i przesunięcie realizacji całego zamówienia o okres 6 miesięcy.

Odwołujący zakwestionował również pełnomocnictwa załączone do oferty, które nie wskazują w swojej treści wszystkich członków konsorcjum oraz nie obejmują solidarnej odpowiedzialności trzech partnerów tworzących konsorcjum. Pełnomocnictwa podpisane przez partnerów konsorcjum na rzecz lidera konsorcjum obejmują umocowanie do realizacji zamówienia przez odpowiednio INTOP Szczecin Sp. z o.o. i INTOP Tarnobrzeg Sp. z o.o. oraz INTOP Szczecin Sp. z o.o. i Przedsiębiorstwo HYDROGEOBUDOWA Sp. z o.o. Zdaniem odwołującego treść pełnomocnictwa utrudnia ocenę umocowania poszczególnych członków konsorcjum i oceny kto w przypadku wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wskazanych wykonawców byłby faktycznie odpowiedzialny za realizację zamówienia w charakterze wykonawcy.

Do postępowań odwoławczych po stronie zamawiającego przystąpili wykonawcy: „PBI KORNAS” Sp. z o.o. i Przedsiębiorstwo Budowlano Inżynieryjne „KORNAS” (dalej konsorcjum PBI KORNAS) - do obu odwołań oraz konsorcjum Intop – do odwołania KIO/UZP 1868/09.

**Krajowa Izba Odwoławcza** uznała, iż oba odwołania zasługują w części na uwzględnienie kierując się okolicznościami faktycznymi i prawnymi ustalonymi na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnieniami stron oraz przeprowadzonymi na rozprawie dowodami.

Obaj odwołujący podnosili wspólnie zarzuty względem oferty wybranej przez zamawiającego – konsorcjum PBI KORNAS. Izba uznała, iż jeden z zarzutów zasługuje na uwzględnienie.

Izba uwzględniła zarzut podnoszony wspólnie w obu odwołaniach i dotyczący zaniechania odtajnienia dokumentów zastrzeżonych w ofercie konsorcjum PBI KORNAS. Jak wynika z rozstrzygnięcia protestów wykonawców w zakresie dotyczącym zastrzeżenia, jako tajemnicy przedsiębiorstwa niektórych dokumentów, zamawiający uwzględniając protesty obu odwołujących postanowił ujawnić informacje w zakresie dotyczącym formularza danych ogólnych wykonawcy załącznik nr 3 do oferty, dokumentów finansowych za lata 2006, 2007, 2008, opinii biegłego rewidenta, jak tych, które nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa. Jednocześnie utrzymał klauzulę dotyczącą danych osobowych osób, które posiadają właściwe uprawnienia, a będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia. Jedynym dokumentem, jakiego zamawiający nie odtajnił, jest referencja mająca potwierdzać spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wymaganego doświadczenia sprecyzowanego modyfikacją siwz z dnia 30.09.2009 r. oraz odpowiedzią na pytanie XI z dnia 05.10.2009 r. Izba uznała, iż co do zasady treść referencji mających potwierdzać



spełnianie warunku udziału w postępowaniu, nie może być chroniona tajemnicą przedsiębiorstwa przed jej udostępnieniem pozostałym wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia. Zebrany materiał dowodowy nie pozwala również stwierdzić, iż konsorcjum PBI KORNAS podjęło jakieś dodatkowe kroki, poza zastrzeżeniem tego dokumentu jako poufnego w ofercie, w celu ochrony informacji przed dostępem osób trzecich. Nie wskazuje na to w szczególności treść referencji, z której nie wynika, jakoby strony kontraktu zastrzegały możliwość posługiwania się dokumentem w obiegu gospodarczym. Samo zastrzeżenie, jako tajemnicy przedsiębiorstwa treści referencji nie dowodzi, iż również druga strona kontraktu informacje dotyczące realizowanej inwestycji objęła ochroną przed jej rozpowszechnianiem. Mając na uwadze, iż referencja dotyczy roboty budowlanej w stosunku do której przepisy Prawa budowlanego wymagają zachowania procedury dotyczącej procesu inwestycyjnego, w tym również uzyskania pozwolenia na budowę, jak również oznaczenia inwestora, czy też wykonawcy na placu budowy, Izba uznała, iż zamawiający nie miał podstaw do zachowania informacji zawartych w treści referencji, jako tajemnicy przedsiębiorcy. Ponadto, wątpliwość może budzić rodzaj obiektu budowlanego, na którym miały być wykonywane prace konstrukcyjno-budowlane, jako odpowiadającego opisanym w warunku udziału w postępowaniu - budowli lub obiektu hydrotechnicznego lub obiektu budowlanego melioracji wodnych, czy też mieszczącego się w robotach mostowych. Ponieważ pozostali wykonawcy nie mieli możliwości zweryfikowania adekwatności wykonanej inwestycji do opisanego warunku udziału w postępowaniu, Izba uznała, iż w okolicznościach niniejszej sprawy rażącym naruszeniem zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, byłoby utrzymanie decyzji zamawiającego o wyborze oferty konsorcjum PBI KORNAS, bez możliwości zweryfikowania doświadczenia, jakim legitymuje się wybrany wykonawca, przez pozostałych wykonawców ubiegających się o przedmiotowe zamówienie.

W tym zakresie oba odwołania zasługiwały na uwzględnienie. Jednocześnie Izba uznała, iż dane osobowe dotyczące osób mających wykonywać prace przy realizacji inwestycji mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Ponieważ zamawiający udostępnił dokumenty mające potwierdzać, iż osoby posiadają stosowane kwalifikacje, pozostali wykonawcy mogą pośrednio ustalić, czy konsorcjum PBI KORNAS spełnia warunek udziału w postępowaniu.

W pozostałym zakresie Izba oddaliła zarzuty względem oferty wybranej – konsorcjum PBI KORNAS.

Kwestionowany zapis gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium – polisy PTU S.A. w Warszawie O/Szczecin o numerze F 09080500 z dnia 22.10.2009 r., Izba uznała za nieistotny dla oceny skuteczności gwarancji, gdyż nie narusza postanowień art. 46 ust. 5 ustawy PrZamPubl. Zobowiązanie gwaranta jest bezwarunkowe na co wskazuje zapis:

„...zobowiązujemy się nieodwołalnie, bezwarunkowo i gwarantujemy zapłatę (...) na pierwsze Wasze żądanie...”. Dodatkowe zastrzeżenie: „W celu identyfikacji Wasze żądanie musi być przedstawione nam za pośrednictwem Banku prowadzącego rachunek, na który ma być dokonana zapłata z gwarancji. Bank ten potwierdzi, że podpisy złożone na żądaniu zapłaty należą do osób, które mogą zaciągać zobowiązania w Waszym imieniu”, nie wpływa na bezwarunkowy charakter zobowiązania banku. W ocenie składu orzekającego, gwarant zabezpiecza w pełni interes zamawiającego, na wypadek wystąpienia okoliczności, z którymi ustawa wiąże skutek w postaci zatrzymania wadium i nie wprowadza, żadnych warunków dodatkowych, mających wpływ na zakres zobowiązania gwaranta. Odwołujący nie kwestionował treści gwarancji w zakresie wskazanych okoliczności faktycznych uprawniających do żądania zapłaty kwoty przez gwaranta, jako naruszających art. 46 ust. 4a i 5 ustawy PrZamPubl. Naruszenie art. 46 ust 5 ustawy PrZamPubl uzasadniał utrudnieniem w dochodzeniu roszczeń przez zamawiającego, poprzez wprowadzenie pośrednictwa banku prowadzącego rachunek, na który ma być dokonana zapłata gwarancji. Informacja o formalności, tj. sposobie identyfikacji występującego z żądaniem przez uzyskanie potwierdzenia wiarygodności osób występujących w imieniu zamawiającego z żądaniem zapłaty, nie może być oceniana, jako okoliczność prowadząca do niewypłacalności gwarancji ubezpieczeniowej (podobnie w wyroku KIO z dnia 21.07.2009r., sygn. akt KIO/UZP 859/09). Ma ona na celu jedynie identyfikację występującego z żądaniem zapłaty kwoty wadium. Należy zauważyć, iż powód ewentualnego opóźnienia wypłaty świadczenia pieniężnego przez ubezpieczyciela leżeć może wyłącznie po stronie zamawiającego, a zatem jest od niego zależny. Zdaniem Izby, formalny element wypłaty kwoty wadium nie może być podstawą do uznania, iż wadium nie zostało wniesione. Stąd, za nieuprawnione Izba uznała stawianie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy PrZamPubl, który to przepis przewiduje możliwość wykluczenia wykonawcy w sytuacji, gdy wadium nie zostało skutecznie wniesione. Wykluczeniu podlega wyłącznie wykonawca, który wadium nie wniósł, lub wniósł je w niewłaściwej formie. Stanowisko to znajduje potwierdzenie w orzecznictwie sądów powszechnych, m.in. w wyroku SO we Wrocławiu z dnia 29 września 2008 r., X Ga 260/08.

Oddalając zarzut dotyczący zaoferowania rażąco niskiej ceny w ofercie konsorcjum PBI KORNAS, Izba uznała, iż odwołujący – konsorcjum Intop nie wykazało za pomocą środków dowodowych, okoliczności faktycznych mogących mieć znaczenie dla stwierdzenia przesłanki do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy PrZamPubl i odrzucenia wybranej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 PrZamPubl. Odwołujący ograniczył się wyłącznie do porównania ceny konsorcjum PBI KORNAS z wartością zamówienia szacowaną przez zamawiającego. Jak wynika z porównania cen wszystkich złożonych w przedmiotowym postępowaniu ofert, wszystkie były poniżej wartości

przedmiotu zamówienia szacowanej przez zamawiającego. Okoliczność ta nie mogła zatem stanowić podstawy dla uznania zasadności odwołania. Procedura określona art. 90 PrZamPubl ma charakter wyjaśniający a nie dowody na co wskazał w wyroku z dnia 12 czerwca 2008 r. Sąd Okręgowy w Poznaniu (X Ga 140/08). Zatem brak wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień nie może stanowić dowodu dla potwierdzenia zarzutu rażąco niskiej ceny. Brak udowodnienia zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy, jako dalej idącego od zarzutu naruszenia art. 90 ustawy, skutkowało oddaleniem w tym zakresie odwołania.

Izba nie znalazła uzasadnienia dla stwierdzenia naruszenia przez zamawiającego zasad prowadzenia postępowania, na skutek udzielenia odmowy odwołującemu – konsorcjum Intop, udostępnienia w dniu 19 listopada 2009 r. oferty wybranej jako najkorzystniejsza. Nie jest prawdą, iż przesunięcie terminu o jeden dzień, miało stanowić o utrudnieniu wykonawcy skorzystania z środka ochrony prawnej – protestu. Z jednej strony odwołujący mógł wystąpić do zamawiającego wcześniej o udostępnienie oferty najkorzystniejszej lub wcześniej ustalić swój przyjazd w dniu 19.11.2009 r., a z drugiej strony zamawiający był uprawniony wyznaczyć termin wykonawcy niezwłocznie, mając na uwadze konieczność wyłączenia części oferty, objętej tajemnicą przedsiębiorstwa. Odwołujący, któremu udostępnioną jawną część oferty w dniu 20 listopad 2009 r., miał jeszcze 3 dni na przygotowanie i złożenie protestu.

Izba oddaliła również zarzut podniesiony przez odwołującego – Hydrobudowa i dotyczący niezgodności oferty konsorcjum PBI KORNAS z siwz, mającej wynikać ze złożonego kosztorysu. Izba uznała, iż wskazywane braki dotyczące braku podania wartości stawek R, Kp, Z oraz zestawień R, M, S, w odrębnych zestawieniach, nie dotyczą treści merytorycznej oferty, a jedynie formy prezentacji elementów kalkulacyjnych ceny. Konsorcjum PBI KORNAS złożyło kosztorys szczegółowy, natomiast nie dołączyło dodatkowych zestawień, których brak nie może stanowić o niezgodności zakresu świadczenia wykonawcy z wymaganiami zamawiającego. Odwołujący nie kwestionował braku jakiejś pozycji w kosztorysie sporządzonym metodą szczegółową. Izba uznała, iż podanie w sześciu pozycjach kosztorysu materiału – folia polietylenowa, w miejsce geowłókniny (poz. 58, 63, 68, 74, 88, 90 kosztorysu, strony 109, 111, 113, 115, 119 i 120 oferty), stanowi omyłkę podlegającą poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy PrZamPubl. Skład orzekający wskazuje, iż zmiana w odniesieniu do materiałów użytych do realizacji zamówienia, a co za tym idzie również sposobu wykonania przy uwzględnieniu okoliczności, iż zmiana takiej podlegałyby 6 pozycji wobec ponad 560, nie powoduje, iż w sposób istotny, a więc zasadniczy, zmienia się treść oferty. Istotny jest również fakt, że poprawienie omyłek nie będzie powodowało, ani zmiany ilości robót, ani też ich ceny, a zatem będzie możliwe do samodzielnego dokonania przez zamawiającego. O istotnej

zmianie treści oferty można byłoby mówić w okolicznościach, gdy poprawienie omyłki w istocie powodowałoby tak wiele zmian w odniesieniu do podstawowych kwestii przedmiotu zamówienia, że moglibyśmy mówić o nowej ofercie, a nie o pewnej korekcie pierwotnego oświadczenia woli wykonawcy. (podobne KIO w wyroku z 07.10.2009 r., sygn. akt KIO/UZP 1266/09, czy też KIO/UZP 1906/09).

W odniesieniu do oferty konsorcjum Intop, Izba oddaliła odwołanie Hydrobudowy Gdańsk S.A.

Izba uznała, iż odwołujący dokonał nadinterpretacji odpowiedzi zamawiającego z dnia 5 października 2009 r. na pytanie XI, uznając, iż zamawiający dopuścił jako spełniające warunek udziału w postępowaniu roboty mostowe wykonywane wyłącznie w ramach obiektów hydrotechnicznych. Treść odpowiedzi zamawiającego wskazywała, iż zamawiający zaliczył roboty mostowe do obiektów hydrotechnicznych w celu udokumentowania warunku opisanego w pkt V.5 siwz. Odpowiedź ta oznaczał, iż zamawiający rozszerzył zakres robót o roboty mostowe, które dotyczą odrębnej kategorii obiektów. Obiekty hydrotechniczne służą gospodarce wodnej oraz kształtowaniu zasobów wodnych i korzystaniu z nich, tj. umożliwiają magazynowanie wody dla celów komunalnych, przemysłowych lub rolniczych, wyrównują przepływy niskie w rzece, redukują fale powodziowe piętrzą dla potrzeb energetycznych i żeglugowych, a także służą zaspokajaniu potrzeb rekreacyjnych. Przyjęcie interpretacji odwołującego prowadziłoby do uznania, iż zamawiający nie dokonał żadnej zmiany w treści warunku, gdyż sprowadzałoby zakres prac wyłącznie do obiektów hydrotechnicznych. Literalne brzmienie udzielonej odpowiedzi zaprzecza tezom odwołującemu. Na tej podstawie Izba uznała, iż wykonawca mógł wykazać się robotami mostowymi nie tylko prowadzonymi na obiektach hydrotechnicznych.

Izba nie znalazł uzasadnienia dla przyjęcia twierdzenia odwołującego o błędzie w obliczeniu ceny oferty konsorcjum Intop, mającego wynikać z różnic występujących w wartościach robocizny podanych na stronach tytułowych kosztorysów oraz w pozycjach kosztorysowych i cennikach robocizn. Izba przyjęła wyjaśnienia konsorcjum Intop złożone na rozprawie za wystarczające dla stwierdzenia prawidłowości przygotowanego kosztorysu.

Twierdzenie o niezgodności harmonogramu przedstawionego przez konsorcjum Intop w zakresie dotyczącym rozpoczęcia 4 etapu robót, Izba uznała za nieuzasadnione w kontekście odpowiedzi zamawiającego z dnia 23 września 2009 r., w której wskazano na znaczenie rozliczenia całości wykonanych prac, niezależnie od terminu rozpoczęcia każdego z zadań. Założenie odwołującego o możliwości wydłużenia terminu realizacji inwestycji Izba oceniła jako gołosłowne.

Izba nie stwierdziła braku skuteczności złożonych w ofercie konsorcjum Intop pełnomocnictw udzielonych liderowi konsorcjum – INTOP Szczecin Sp. z o.o. przez

pozostałych dwóch członków konsorcjum. Nie budzi wątpliwości zakres umocowania lidera konsorcjum do reprezentowania konsorcjum przed zamawiającym, w tym również złożenia i podpisania oferty wspólnej. Okoliczność, iż w treści pełnomocnictw nie ma wymienionych wszystkich członków konsorcjum nie oznacza, iż na ich podstawie nie można stwierdzić woli złożenia oferty wspólnej w przedmiotowym postępowaniu przez podmioty związane umową konsorcjum z dnia 19.10.2009 r. Kwestia wykonania umowy, w tym również zasady solidarnej odpowiedzialności konsorcjum składającego ofertę wybraną jako najkorzystniejsza, jest niezależna od ważności oferty złożonej wspólnie przez konsorcjantów. Odpowiedzialności solidarnej konsorcjantów nie można wyłączyć postanowieniem umownym, a ponadto sami konsorcjanci potwierdzili w pełnomocnictwach solidarną odpowiedzialność za realizację przedmiotu zamówienia p.n. „Zabezpieczenie przeciwpowodziowe doliny rzeki Parsęty poniżej m. Osówko w tym m. Kołobrzeg, Karlina, Białogardu”.

Z uwagi na uwzględnienie zarzutu dotyczącego utajnienia dokumentu złożonego w celu potwierdzenia doświadczenie konsorcjum PBI KORNAS, Izba zobowiązała zamawiającego do odtajnienia tego dokumentu wraz z treścią wyjaśnień złożonych w odpowiedzi na zapytanie zamawiającego w dniu 5.11.2009 r. Ponieważ pozostali wykonawcy byli pozbawieni możliwości ochrony swoich interesów z uwagi na brak dostępu do dokumentu mającego znaczenie dla wyboru oferty najkorzystniejszej, Izba nakazała zamawiającemu unieważnienie wyboru oferty konsorcjum PBI KORNAS z dnia 2 grudnia 2009 r. i powtórzenie czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu.

Na tej podstawie orzeczono jak w sentencji. O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp. Do kosztów postępowania odwoławczego, obejmującego łączne rozpoznanie trzech odwołań, zaliczono 2/3 całości kosztów poniesionych w postępowaniu odwoławczym przypadających proporcjonalnie na dwa odwołania rozpoznawane na rozprawie (§ 4 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania Dz. U. z 2007 r. Nr 128, poz. 886 z późn. zm.). Na podstawie § 4 ust. 1 pkt 2 lit a i b rozporządzenia, kosztami odwołującego – konsorcjum Intop, obejmującymi koszty wynagrodzenia pełnomocników oraz koszty związane z dojazdem oraz noclegiem (na podstawie przedłożonego na rozprawie rachunku), Izba obciążyła zamawiającego.

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 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Szczecinie**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....