

Sygn. akt: KIO 67/13
Sygn. akt: KIO 70/13
Sygn. akt: KIO 72/13

WYROK

z dnia 30 stycznia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Barbara Bettman

członkowie: Justyna Tomkowska

Renata Tubisz

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **29 stycznia 2013 r.** w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej dnia **11 stycznia 2013 r.** przez wykonawców:

- A. **Ove Arup & Partners International Limited 13 Fitzroy Street, London W1T 4BQ, Wielka Brytania działająca w formie oddziału pod nazwą Ove Arup & Partners International Ltd Sp. z o. o. Oddział w Polsce ul. Królewska 16, 00-103 Warszawa, sygn. akt KIO 67/12,**
- B. **konsorcjum: 1) KV Projekty Inżynieryjne i Architektoniczne Sp. z o.o. ul. Piękna nr 43/11, 00-672 Warszawa, 2) KV Consultores de ingeniera, proyectos y obras S.L. c/Claudio Coello 52-1 28001 Madryt, Hiszpania, reprezentowane przez Marię Łaniecką - pełnomocnika, sygn. akt KIO 70/13,**
- C. **BBF Sp. z o.o. Dąbrowskiego 461, 60-451 Poznań sygn. akt KIO 72/13,**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Centrum Realizacji Inwestycji ul. Targowa 74, 2-734 Warszawa adres korespondencyjny: Centrum Realizacji Inwestycji Oddział Południowy Pl. Matejki 12, 31-157 Kraków, przy udziale wykonawców:**

- 1. **BBF Sp. z o.o. Dąbrowskiego 461, 60-451 Poznań w sprawie sygn. akt KIO 67/13,**
- 2. **Konsorcjum: 1) Ernst & Young Corporate Finance Sp. z o.o. Rondo ONZ**

- 1, 00-124 Warszawa (lider), WS-Atkins Polska Sp. z o.o., 3) W.....
Evershets Sp. k. w sprawie sygn. akt KIO 67/13,
3. **BBF Sp. z o.o.** z siedzibą w Poznaniu, w sprawie sygn. akt KIO 70/13,
4. konsorcjum: 1) **Ernst & Young Corporate Finance Sp. z o.o.** Rondo ONZ 1, 00-124 Warszawa (lider), WS-Atkins Polska Sp. z o.o., 3) W.....
Evershets Sp. k. w sprawie sygn. akt KIO 70/13,
5. **Ove Arup & Partners International Limited** Wielka Brytania działający w formie oddziału pod nazwą **Ove Arup & Partners International Ltd Sp. z o. o.** Oddział w Polsce, w sprawie sygn. akt KIO 70/13,
6. **Ove Arup & Partners International Limited** Wielka Brytania działający w formie oddziału pod nazwą **Ove Arup & Partners International Ltd Sp. z o. o.** Oddział w Polsce, w sprawie sygn. akt KIO 72/13,
7. Konsorcjum: 1) **Ernst & Young Corporate Finance Sp. z o.o.** Rondo ONZ 1, 00-124 Warszawa (lider), WS-Atkins Polska Sp. z o.o., 3) W.....
Evershets Sp. k. w sprawie sygn. akt KIO 72/13,

- zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. **Oddala odwołanie: A. Ove Arup & Partners International Limited 13 Fitzroy Street, London W1T 4BQ, Wielka Brytania działająca w formie oddziału pod nazwą Ove Arup & Partners International Ltd Sp. z o. o. Oddział w Polsce ul. Królewska 16, 00-103 Warszawa, sygn. akt KIO 67/13,**
2. **Kosztami postępowania obciąża odwołującego: Ove Arup & Partners International Limited 13 Fitzroy Street, London W1T 4BQ, Wielka Brytania działającą w formie oddziału pod nazwą Ove Arup & Partners International Ltd Sp. z o. o. Oddział w Polsce ul. Królewska 16, 00-103 Warszawa, sygn. akt KIO 67/13,**
 - 2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000,00 zł** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczonego przez wykonawcę: **Ove Arup & Partners International Limited 13 Fitzroy Street, London W1T 4BQ, Wielka Brytania działającą w formie oddziału pod nazwą Ove Arup & Partners International Ltd Sp. z o. o. Oddział w Polsce ul. Królewska 16, 00-103 Warszawa, sygn. akt KIO 67/12, wpisu od odwołania,**
1. **Uwzględnia odwołanie: B. Konsorcjum: 1) KV Projekty Inżynieryjne i Architektoniczne Sp. z o.o. ul. Piękna nr 43/11, 00-672 Warszawa, 2) KV**

Consultores de ingeniera, proyectos y obras S.L. c/Claudio Coello 52-1 28001 Madryt, Hiszpania, reprezentowane przez M..... Ł..... - pełnomocnika, sygn. akt KIO 70/13, i nakazuje zamawiającemu:

- 1.1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej wykonawcy:
Konsorcjum: 1) Ernst & Young Corporate Finance Sp. z o.o. Rondo ONZ 1, 00-124 Warszawa (lider), WS-Atkins Polska Sp. z o.o., 3) W..... Evershets Sp. k.
 - 1.2. unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego z postępowania i czynności uznania jego oferty za odrzuconą,
 - 1.3. dokonanie czynności ponownego badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty odwołującego,
2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego: **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Centrum Realizacji Inwestycji ul. Targowa 74, 2-734 Warszawa adres korespondencyjny: Centrum Realizacji Inwestycji Oddział Południowy Pl. Matejki 12, 31-157 Kraków,**
- 2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000,00 zł** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczonego przez wykonawcę: **Konsorcjum: 1) KV Projekty Inżynieryjne i Architektoniczne Sp. z o.o. ul. Piękna nr 43/11, 00-672 Warszawa, 2) KV Consultores de ingeniera, proyectos y obras S.L. c/Claudio Coello 52-1 28001 Madryt, Hiszpania, reprezentowane przez M..... Ł..... - pełnomocnika, sygn. akt KIO 70/13, wpisu od odwołania,**
 - 2.2. Zasądza od zamawiającego: **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Centrum Realizacji Inwestycji ul. Targowa 74, 2-734 Warszawa adres korespondencyjny: Centrum Realizacji Inwestycji Oddział Południowy Pl. Matejki 12, 31-157 Kraków, na rzecz odwołującego: Konsorcjum: 1) KV Projekty Inżynieryjne i Architektoniczne Sp. z o.o. ul. Piękna nr 43/11, 00-672 Warszawa, 2) KV Consultores de ingeniera, proyectos y obras S.L. c/Claudio Coello 52-1 28001 Madryt, Hiszpania, reprezentowane przez M..... Ł..... - pełnomocnika, kwotę 18 600,00 zł (słownie osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika, sygn. akt KIO 70/13,**
1. Oddała odwołanie: **C. BBF Sp. z o.o. Dąbrowskiego 461 60-451 Poznań sygn. akt KIO 72/13,**
 2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego: **BBF Sp. z o.o. Dąbrowskiego 461**

60-451 Poznań, sygn. akt KIO 72/13,

2.1.zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000,00 zł** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczonego przez wykonawcę: **BBF Sp. z o.o. Dąbrowskiego 461 60-451 Poznań** tytułem wpisu od odwołania **sygn. akt KIO 72/13.**

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie.**

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Sygn. akt: KIO 67/13

Sygn. akt: KIO 70/13

Sygn. akt: KIO 72/13

Uzasadnienie:

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., Centrum Realizacji Inwestycji, którego przedmiotem jest aktualizacja studium wykonalności dla zadania: Budowa nowej linii kolejowej Podłęże-Szczyrzyc-Tymbark/Mszana Dolna oraz modernizacja istniejącej linii kolejowej nr 104 Chabówka-Nowy Sącz w ramach projektu „Budowa nowej linii kolejowej Podłęże- Szczyrzyc-Tymbark/Mszana Dolna oraz modernizacja odcinka linii kolejowej Nowy Sącz-Muszynagranica państwa i Chabówka-Nowy Sącz” (ogłoszonym w DzUrzUE Nr S/ 149, poz. 249382 w dniu 4 sierpnia 2012r.), wobec powiadomienia w dniu 3 stycznia 2013 r. o czynności odrzucenia ofert - w dniu 11 stycznia 2013 r. zostały złożone odwołania, w kopii przekazane zamawiającemu w terminie ustawowym - przez następujących wykonawców:

- A. Ove Arup & Partners International Limited Wielka Brytania działający w formie oddziału pod nazwą Ove Arup & Partners International Ltd Sp. z o. o. Oddział w Polsce z siedzibą w Warszawie,
- B. konsorcjum: 1) KV Projekty Inżynieryjne i Architektoniczne Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 2) KV Consultores de ingeniera, proyectos y obras S.L. Madryt, Hiszpania,
- C. BBF sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu.

Kopie odwołań zostały przekazane zamawiającemu w terminie określonym w art. 180 ust. 5 ustawy Pzp.

Odwołujący zarzucili zamawiającemu: PKP Polskim Liniom Kolejowym S.A. Centrum Realizacji Inwestycji Warszawa adres korespondencyjny: Centrum Realizacji Inwestycji Oddział Południowy Pl. Matejki 12, 31-157 Kraków, naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), dalej zwaną ustawą Pzp.

Sygn. akt KIO 67/13

A. Odwołujący Ove Arup & Partners International Limited Wielka Brytania działający w formie oddziału pod nazwą Ove Arup & Partners International Ltd Sp. z o. o. Oddział w

Polsce (dalej zwany Ove Arup) zarzucił zamawiającemu naruszenie: art. 7 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, poprzez niezasadne odrzucenie oferty odwołującego jako niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w wyniku zaniechania wykonania obowiązku poprawienia w ofercie odwołującego innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty.

Powołując się na naruszenie swego interesu w uzyskaniu zamówienia, odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2) unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego;
- 3) dokonanie ponownej czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego.

W uzasadnieniu zarzutów i żądań odwołujący podał, że w powiadomieniu z dnia 3 stycznia 2013 r. zamawiający niezasadnie przyjął, iż zachodzą podstawy określone art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp do odrzucenia złożonej oferty jako niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia - w Załączniku A do Formularza Ofertowego występuje przekroczenie wartości 60% w grupie pierwszej dla Etapów I-VIII.

W ocenie odwołującego powyższa czynność, jak również poprzedzające ją badanie i ocena oferty, zostały dokonane z naruszeniem przepisów ustawy Pzp z następujących powodów. Zamawiający w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w pkt 13.2 wskazał, że cena oferty oraz szczegółowy sposób jej obliczenia i przedstawienia w ofercie określony jest w Formularzu Ofertowym oraz w załączniku A do Formularza Ofertowego (które stanowią załącznik nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia). Z dokumentów, do których odwołał się zamawiający wynika, że wykonawca winien obliczyć cenę uwzględniającą wszystkie wymagania określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, obejmującą wszelkie koszty bezpośrednie i pośrednie, jakie poniesie wykonawca z tytułu prawidłowego i terminowego wykonania całości przedmiotu zamówienia, zysk oraz wszelkie wymagane przepisami podatki i opłaty, a w szczególności podatek od towarów i usług oraz podatek akcyzowy. Wykonawca winien podać w ofercie cenę całkowitą określoną w wartości netto i brutto.

Odwołujący podnosił, że przepisy ustawy Pzp nie definiują pojęcia wynagrodzenia ryczałtowego. Jednak bogate orzecznictwo sądowe pozwala na zdefiniowanie tego pojęcia. Przykładowo, zdaniem Sądu Najwyższego ryczałt polega na umówieniu z góry wysokości wynagrodzenia w kwocie absolutnej, przy wyraźnej lub dorozumianej zgodzie stron na to, że wykonawca nie będzie się domagać wynagrodzenia wyższego (wyrok z dnia 20 listopada

1998 r. sygn. akt II CKN 913/97).

Cechą ceny ryczałtowej jest jej stałość. Zatem nawet w sytuacji wewnętrznych sprzeczności pomiędzy sposobem obliczenia ceny całkowitej i jej prezentacji w ofercie, wynagrodzenie takie nie ulega zmianie.

Sposób prezentacji zaoferowanej przez wykonawcę ceny całkowitej wynika z załącznika A do Formularza Ofertowego. Zgodnie z tym dokumentem, wykonawca miał określić kwoty za wykonanie poszczególnych Etapów składających się na przedmiot zamówienia. Przy tym suma kwot poszczególnych Etapów: I - VIII oraz XI - XIII nie powinna przekraczać podanego przez Zamawiającego udziału procentowego w wartości wynagrodzenia całkowitego (netto) - odpowiednio dla Etapów I - VIII 60%, dla Etapów XI - XIII 15%.

Przyporządkowanie wartości kwotowych poszczególnym Etapom miało służyć za podstawę do rozliczania wykonania przedmiotu zamówienia częściowo i odrębnie dla poszczególnych Etapów (zgodnie z postanowieniem § 5 ust. 6 projektu umowy).

Odwołujący stwierdził, iż wykonał powyższe instrukcje zamawiającego, ustalił i zaoferował cenę całkowitą za wykonanie przedmiotu zamówienia w wysokości 3.789.950,00 zł netto (4.661.638,50 zł brutto), podając tę cenę w Formularzu Ofertowym. Prezentując zaoferowaną cenę całkowitą w załączniku A do Formularza Ofertowego przyporządkował określone wartości kwotowe poszczególnym Etapom (od I do XIII). Popenił przy tym omyłkę polegającą na przyporządkowaniu dla Etapu VIII kwotę 265.296,50 zł netto - zamiast kwoty 75.799 zł netto (odpowiadającej wynagrodzeniu za Etapy II, III i IV dotyczące opracowania analiz technicznych), która po zsumowaniu z wynagrodzeniem za wykonanie pozostałych Etapów I - VII spowodowała przekroczenie 60% udziału tej części wynagrodzenia w całkowitym wynagrodzeniu netto za wykonanie przedmiotu zamówienia.

Wartości kwotowe za wykonanie poszczególnych Etapów podane przez odwołującego, wskazane w kolumnie nr 3 Załącznika A do Formularza Ofertowego sumują się do podanej w Formularzu Ofertowym wartości ceny całkowitej netto za realizację zamówienia. Procentowy udział wartości kwotowych za wykonanie poszczególnych Etapów, tj. I - VIII, IX-X, XI-XIII, sumuje się do wartości 100%. Omyłka odwołującego polega na przyporządkowaniu kwot za wykonanie Etapów I - VIII przekraczających łącznie 60% udział tej części wynagrodzenia w całkowitej kwocie wynagrodzenia (o kwotę 189.497,50 zł netto). Jednocześnie suma kwot przyporządkowanych za wykonanie Etapów XI-XIII jest istotnie niższa od dopuszczonego 15% udziału tej części wynagrodzenia w całkowitej kwocie wynagrodzenia - właśnie o kwotę 189.497,50 zł netto.

Zamawiający uznał, iż omyłka ta skutkuje niezgodnością oferty odwołującego z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Ocenę taką odwołujący zakwestionował jako niezasadną w świetle przepisów prawa i okoliczności faktycznych sprawy, albowiem jak

utrzymywał - zamawiający zaniechał dostatecznego i koniecznego badania złożonej oferty, w tym zaniechał czynności poprawienia omyłki polegającej na niezgodności oferty odwołującego ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w jej treści. Odwołujący wskazywał, że poprawienie takie winno nastąpić poprzez zmniejszenie kwoty przyporządkowanej dla Etapu VIII o wartość 189.497,50 zł netto - tj. do kwoty 75.799,00 zł netto odpowiadającej wynagrodzeniu za Etapy dotyczące opracowania analiz technicznych, a dalej konsekwentnie dodanie kwoty o wartości 189.497,50 zł netto do wartości przyporządkowanej dla Etapu XI - tj. łącznie do kwoty 378.995,00 zł netto. W odniesieniu bowiem do tej części przedmiotu zamówienia suma kwot przyporządkowanych za wykonanie Etapów XI-XIII jest znacząco niższa od dopuszczonego maksymalnie 15% udziału tej części wynagrodzenia w całkowitej kwocie wynagrodzenia netto - właśnie o kwotę 189.497,50 zł netto.

Działanie takie, odwołujący uznał za uzasadnione w okolicznościach sprawy.

W pierwszej kolejności podnosił, iż w sposób prawidłowy określił i podał w Formularzu Ofertowym cenę całkowitą za realizację przedmiotu zamówienia w wartości netto oraz brutto. Kwestia ta nie budzi wątpliwości i nie jest sporna.

Wyłącznie w zakresie prezentacji ceny całkowitej - określonej w sposób prawidłowy w Formularzu Ofertowym - odwołujący omyłkowo zsumował i przyporządkował poszczególne kwoty netto za wykonanie Etapów I - VIII oraz XI - XIII w sposób powodujący - w pierwszej części przekroczenie podanego przez zamawiającego limitu udziału procentowego tych kwot w cenie całkowitej netto oferty, zaś w drugiej części znaczące zaniżenie podanego limitu. Przy czym odwołujący podkreślał, że suma kwot netto za poszczególne Etapy odpowiada podanej przez odwołującego w Formularzu Ofertowym cenie całkowitej netto - 3.789.950,00 zł, z czego wywodził brak zamiaru zmodyfikowania ceny i sposobu rozliczania za wykonanie zamówienia, przewidzianego przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Cena za wykonanie zamówienia zaoferowana przez odwołującego nie ulegnie zmianie.

Odwołujący przytoczył tezę wyroku z dnia 6 lipca 2010 r. sygn. KIO 1255/10, gdzie Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, iż cyt.: „*dopuszczalne wydaje się dokonanie zmian w sytuacji, jeśli z okoliczności wynika zamiar złożenia przez wykonawcę oferty zgodnie z wymaganiami zamawiającego*”.

Bezspornie wolą i zamiarem odwołującego w przedmiotowym postępowaniu było złożenie oferty odpowiadającej wszystkim wymaganiom określonym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w tym również do co maksymalnego udziału procentowego wynagrodzenia przypisanego za realizację poszczególnych Etapów, uzyskanie zamówienia i jego wykonanie zgodnie z oczekiwaniami i wymaganiami zamawiającego. Za potwierdzenie czego, odwołujący uznał oświadczenia złożone w treści Formularza

Ofertowego:

„2. Akceptuję(my), w pełni i bez zastrzeżeń, postanowienia: SIWZ dla niniejszego zamówienia, wyjaśnień do tej SIWZ oraz modyfikacji tej SIWZ.

(...)

8. Akceptuję(my) bez zastrzeżeń projekt umowy przedstawiony w Części II niniejszej SIWZ.”

Odwołujący powoływał się na unormowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp wskazujące na sytuację, w której konieczne jest poprawienie oferty wykonawcy, jeśli jej treść merytoryczna jest sprzeczna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Nie chodzi więc w tym przypadku o niezgodność formalną, która nie stanowi podstawy odrzucenia oferty, a wyłącznie o niezgodność dotyczącą treści oferty. Ta merytoryczna sprzeczność oferty z wymogami specyfikacji podlega obowiązkowemu poprawieniu przez zamawiającego, jeśli ma ona charakter omyłki, której poprawienie nie doprowadzi do istotnej zmiany treści oferty.

Takie okoliczności, w przeświadczeniu odwołującego miały miejsce w przedmiotowym postępowaniu, gdyż niezgodność oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia była skutkiem popełnionej omyłki. Odwołujący zaznaczał, że przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie stanowi o oczywistości tej omyłki - jak w przypadku regulacji art. 87 ust. 2 pkt 1 i 2 ustawy Pzp ale o samej omyłce, czyli pewnym błędnym działaniu wykonawcy przy sporządzeniu merytorycznej części oferty.

Omyłka odwołującego w tym przypadku - oznacza więc niecelowe ze strony odwołującego działanie, które powstało na skutek okoliczności mających miejsce w przedmiotowej sprawie, które to okoliczności miały wpływ na wprowadzenie określonej niezgodności ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia do treści złożonej oferty. Omyłka taka, jak utrzymywał odwołujący, winna zatem zostać poprawiona przez zamawiającego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Sama dyspozycja tego przepisu zakłada bowiem, że w wyniku poprawienia oferty wykonawcy we wskazanym trybie dojdzie do zmiany treści oferty tego wykonawcy, ważne jest jednak, aby ta zmiana nie miała charakteru istotnego.

Istotność zmian - skutku poprawienia oferty danego wykonawcy - należy bowiem rozważać w okolicznościach konkretnej sprawy - warunków danego postępowania, konkretnych postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia i treści oferty.

Zdaniem odwołującego, nieuprawnione jest twierdzenie, że o istotności zmian treści oferty można mówić zawsze w odniesieniu do każdej zmiany wynagrodzenie ofertowego, gdyż takiego obostrzenia przepisy ustawy Pzp nie zawierają. Wielkość i sposób obliczenia wynagrodzenia ofertowego może podlegać poprawieniu samoistnie, ale też jako skutek innego rodzaju błędów popełnionych przy obliczeniu poszczególnych elementów ceny

ofertowej. Za zasadne przyjął twierdzenie, iż analizowana omyłka ma charakter innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty. Poprawienie tej omyłki nie ma bowiem wpływu ani na zakres zobowiązań odwołującego, ani tym bardziej na wysokość ceny całkowitej zaoferowanej przez odwołującego. Tak też uznała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 20 stycznia 2012 r. sygn. KIO 42/12, w odniesieniu do poprawek dokonywanych na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, to jest dotyczących niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty wskazuje się, że taka poprawa nie może prowadzić do istotnej zmiany treści oferty. Niewątpliwie w wyniku poprawy tego rodzaju niezgodności, na gruncie wymienionego przepisu, każdorazowo nastąpi zmiana treści oferty. Granicą zmiany dokonanej w następstwie poprawienia niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia jest, by taka zmiana nie miała charakteru istotnej. O istotności zmiany treści oferty każdorazowo będą decydowały okoliczności konkretnej sprawy: na ile zmiana oddaje pierwotny sens i znaczenie treści oferty, a na ile stanowi wytworzenie całkowicie nowego oświadczenia, odmiennego od złożonego przez wykonawcę w stopniu nakazującym uznać, że wykonawca nie złożyłby takiego oświadczenia, bowiem nie odzwierciedla ono jego intencji wyrażonych w poddawanej poprawie ofercie. O istotności takiej zmiany może zatem decydować zmiana wielkości ceny, gdy będzie ona na tyle znacząca, że nie sposób jej będzie uznać za nieistotną, albo zmiana zakresu oferowanego asortymentu w taki sposób, że będzie on obejmował całkowicie inne przedmioty aniżeli wyspecyfikowane w ofercie. Jak odwołujący zaznaczał, te ostatnie okoliczności nie dotyczą niniejszej sprawy.

Dodatkowo wskazał na prezentowane w orzecznictwie stanowisko o możliwości poprzedzenia czynności poprawienia w ofercie wykonawcy omyłek przez wyjaśnienie treści oferty. W wyroku z dnia 10 listopada 2011 r. sygn. akt KIO 2345/11 Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że w określonych okolicznościach faktycznych wyjaśnienie treści oferty może poprzedzać dokonanie jej poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Tym samym czynność poprawienia jest następstwem uzyskanych wyjaśnień potwierdzających zaistnienie przesłanek ustawowych. Jednocześnie nie można racjonalnie przyjąć, że zamawiający najpierw dokonuje poprawienia, a następnie uzyskuje wyjaśnienia dotyczące treści oferty przed dokonanej poprawy.

W celu dokonania merytorycznej oceny oferty wykonawcy - zamawiający winien dążyć do wyjaśnienia ewentualnej niezgodności oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wzywając wykonawcę do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, a następnie gdyby było to potrzebne, winien poprawić stwierdzone na podstawie art. 87 ust. 2 ustawy Pzp omyłki (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 stycznia 2012r., sygn. KIO 22/12).

Odwołujący argumentował, że z uwagi na zachowanie przez zamawiającego zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, czynność odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp winno poprzedzić wezwanie do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 tej ustawy. Zamawiający może dokonać odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych jedynie w sytuacji ustalenia w sposób nie budzący wątpliwości, że oferta wykonawcy nie zapewni realizacji zamierzonego i opisanego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia celu, a oferowane świadczenie nie odpowiada wyrażonym w treści specyfikacji wymaganiom.

Odwołujący jeszcze raz podkreślał, iż złożona przez niego oferta - w świetle wymagań opisanych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia - zapewnia realizacji zamierzonego przez zamawiającego celu, a oferowane świadczenie odpowiada wyrażonym w treści specyfikacji wymaganiom.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 14 stycznia 2013 r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zgłosili przystąpienie następujący wykonawcy:

1. Pismem z dnia 16 stycznia 2013 r., w kopii przesłanym stronom, wykonawca BBF sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, który powoływał się na interes w rozstrzygnięciu sprawy na korzyść zamawiającego, mimo, że oferta przystępującego również została odrzucona, jednakże na czynność tę złożył własne odwołanie i w razie uzyskania korzystnego rozstrzygnięcia w tym zakresie, przystępujący uzyskałby zamówienie. W tej sytuacji ewentualne uwzględnienie odwołania w niniejszym postępowaniu mogłoby doprowadzić do wyboru oferty odwołującego i zniweczyć szansę na wybór złożonej oferty.
2. Pismem z dnia 17 stycznia 2013 r., w kopii przesłanym stronom, Konsorcjum: 1) Ernst & Young Corporate Finance Sp. z o.o. w Warszawie (lider), WS-Atkins Polska Sp. z o.o., 3) W..... Evershets Sp. k. z siedzibą w Warszawie, który powoływał się na interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść zamawiającego, bowiem ten wybrał ofertę przystępującego jako najkorzystniejszą, a uwzględnienie odwołania skutkowałoby unieważnieniem czynności odrzucenia oferty odwołującego i wybrania jej jako najkorzystniejszej. Zdaniem przystępującego, zamawiający słusznie odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp. Wbrew twierdzeniu odwołującego, stwierdzony przez zamawiającego błąd w jego ofercie nie jest możliwy do poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp. Należy przede wszystkim zauważyć, że zamawiający może dokonać poprawy innej omyłki, o której mowa w tym przepisie jedynie wówczas, gdy czynność taka nie spowoduje istotnej zmiany

treści oferty. Tymczasem, zaproponowana przez odwołującego zmiana istotnie modyfikuje zaproponowany pierwotnie przez odwołującego harmonogram płatności. Wysokości płatności we wskazanych przez zamawiającego terminach z pewnością stanowią essentialia negotii umowy będącej przedmiotem zamówienia, a ich istotny charakter wynika chociażby z wagi jaką przypisał im zamawiający. W istocie więc złożona przez odwołującego oferta nie zawierała jakiegokolwiek omyłki, ale celową i przemyślaną propozycję wykonania przedmiotu zamówienia. Obecnie zaś, gdy zamawiający zauważył niezgodność treści tej oferty z SIWZ i ją odrzucił, odwołujący stara się wprowadzić istotną modyfikację treści swojej oferty. Nadto przystępujący zauważył, iż wbrew twierdzeniom odwołującego, ryczałtowy charakter wynagrodzenia nie ma znaczenia dla oceny zaistniałej niezgodności oferty z SIWZ. Zarzutem zamawiającego nie jest bowiem błąd w obliczeniu ceny, który przy ryczałtowym charakterze wynagrodzenia mógłby być nieistotny, ale niezgodność treści oferty z SIWZ w zakresie wysokości płatności poszczególnych części wynagrodzenia. Taka niezgodność treści oferty z SIWZ skutkuje jej odrzuceniem niezależnie od tego, czy wynagrodzenie ma charakter ryczałtowy, czy kosztorysowy. W konsekwencji, zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp uznać za chybiony. Tak samo chybiony jest zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 87 ust. 2 pkt. 3 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, a tym samym wnosił o oddalenie odwołania.

Izba postanowiła dopuścić przystępujących do udziału w postępowaniu odwoławczym.

Zamawiający nie uwzględnił odwołania, podtrzymał stanowisko zawarte w powiadomieniu o wynikach przetargu z dnia 3 stycznia 2013 r. W odpowiedzi na odwołanie z dnia 28 stycznia 2013 r. przedstawił następującą argumentację: *„W odwołaniu datowanym na dzień 10 stycznia 2013 r. Arup zarzuca Zamawiającemu niezgodne z przepisami Ustawy odrzucenie oferty (art. 89 ust. 1 pkt 2) w związku z niezastosowaniem przez PKP PLK art. 87 ust. 2. pkt 3) ustawy PZP. W zakresie w/w zarzutu Zamawiający całkowicie popiera argumentację przedstawioną w przystąpieniu do odwołania po stronie PKP PLK (konsorcjum reprezentowane przez Ernst & Young Corporate Finance Sp. z o.o). Dodatkowo Zamawiający pragnie zwrócić uwagę, że dochowanie należytej staranności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego dotyczy także Wykonawcy składającego ofertę. W przypadku braku takiej staranności ze strony Zamawiającego, Wykonawcy przysługują środki ochrony prawnej. Złożenie oferty przez Wykonawcę jest równoznaczne ze złożeniem oświadczenia woli do realizacji zamówienia, zarówno w wymiarze rzeczowym jak i finansowym. Nieuprawnionym są twierdzenia Arup, iż Zamawiający badając oferty winien*

„domyślać się” na jakie kwoty wycenił Wykonawca poszczególne części zamówienia. Brak precyzji w oświadczeniu woli przez Wykonawcę czyni to oświadczenie (w zakresie, w którym nie zostało ono doprecyzowane) nieważnym z mocy prawa. Jednocześnie na uwagę zasługuje fakt, iż Odwołujący się celowo pominął w swoim odwołaniu fakt, iż „przemieszczenie” kwot pomiędzy pozycjami determinuje później wysokość płatności dla Wykonawcy za wykonanie poszczególnych etapów zamówienia oraz pominął fakt, iż popełniony przez niego błąd dotyczy pozycji, które zgodnie z pkt. 4.10 OPZ o treści „Na podstawie wyników analizy sporządzonej w etapie IX Zamawiający oraz jego organ właścicielski podejmie dalsze decyzje co do realizacji Projektu. W przypadku akceptacji jednego z zaproponowanych przez Wykonawcę modeli finansowania Projekt będzie kontynuowany. W takim przypadku Wykonawca świadczył będzie na rzecz Zamawiającego wsparcie eksperckie w fazie przygotowania i przeprowadzenia postępowania przetargowego na wybór partnera prywatnego dla finansowania oraz realizacji przedmiotowego Projektu,” - mogą być wyłączone z realizacji. W taki bowiem przypadku trudno uznać błąd popełniony przez Arup za „inną omyłkę niepowodującą zmian w treści oferty”. Konkludując Zamawiający stoi na stanowisku, iż błąd popełniony przez Odwołującego się w formularzu ofertowym, jest błędem istotnym, którego to błędu nie da się w żaden sposób naprawić bez istotnej zmiany oferty Wykonawcy. W związku z powyższym odwołanie należy odrzucić.” I

Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania w oparciu o art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody: z protokołu postępowania, z ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty odwołującego, korespondencji stron. Nadto, Izba rozważyła stanowiska stron i uczestników postępowania przedstawione w pismach oraz do protokołu rozprawy.

Rozpatrując odwołanie w granicach podnoszonych zarzutów podtrzymanych na rozprawie - stosownie do art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba ustaliła, co następuje.

Rozdział III SIWZ, część I Instrukcja dla wykonawców.

Pkt 2. Opis przedmiotu zamówienia. Przedmiotem zamówienia jest aktualizacja studium wykonalności dla zadania: Budowa nowej linii kolejowej Podłęże- Szczyrzyc-Tymbark/Mszana Dolna oraz modernizacja istniejącej linii kolejowej nr 104 Chabówka-Nowy Sącz w ramach projektu „Budowa nowej linii kolejowej Podłęże- Szczyrzyc-Tymbark/Mszana Dolna oraz modernizacja odcinka linii kolejowej Nowy Sącz-Muszyna-granica państwa i Chabówka-Nowy Sącz” (ogłoszonym w DzUrzUE Nr S/ 149, poz. 249382 w dniu 4 sierpnia

2012 r.), zamawiający postanowił, że praca zostanie wykonana w XIV Etapach, opisanych co zakresu opracowania i terminów wykonania oznaczonych w miesiącach od daty zawarcia umowy, skorygowanych następnie do XIII etapów.

Pkt 13.1. Opis sposobu obliczenia ceny, pkt 5 formularza ofertowego stanowi - Podana w ofercie cena ofertowa brutto musi uwzględniać wszystkie wymagania określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, obejmować wszelkie koszty bezpośrednio i pośrednio, jakie poniesie wykonawca z tytułu prawidłowego i terminowego wykonania całości przedmiotu zamówienia, zysk oraz wszelkie wymagane przepisami podatki i opłaty, a w szczególności podatek od towarów i usług i podatek akcyzowy. Wykonawca winien podać w ofercie cenę całkowitą określoną w wartości netto i brutto.

Pkt 13.2 SIWZ. Opis sposobu obliczenia ceny. Cena oferty oraz szczegółowy sposób jej obliczenia i przedstawienia w ofercie określony jest w Formularzu Ofertowym oraz w załączniku A do Formularza Ofertowego (które stanowią załącznik nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia).

Załącznik nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia stanowi Formularz Ofertowy. Załącznik A do Formularza Ofertowego stanowi podział zamówienia na XIV etapów (skorygowanych do XIII) z opisem poszczególnych etapów, zawartym w kolumnie 2, wyszczególnieniem wartości netto poszczególnych etapów w kolumnie 3 i określeniem procentowego udziału etapu w wartości zamówienia, odpowiednio dla etapów:

od I do IX – nie więcej niż 50%, skorygowane do etapów I-VIII

od X do XI, skorygowane do etapów IX-X

od XII do XIV - nie więcej niż 15%, skorygowane do etapów XI-XIII.

Wzór umowy. Definicje § 1 pkt 6 „Wynagrodzenie- zryczałtowana kwota określona w ofercie.”

Punkt 10. Harmonogram rzeczowo-finansowy. Zestawienie stanowiące załącznik nr 4 do umowy zawierające terminy wykonania poszczególnych części i rodzaju prac wraz z ceną za te części i prace.

Wzór umowy § 4 pkt 1) Termin wykonania umowy 30 miesięcy od daty wykonania umowy.

Wzór umowy § 5 pkt 9) Podstawą wystawienia faktur częściowych i końcowej będą protokoły odbioru dokumentacji, sporządzone dla etapów wyszczególnionych w harmonogramie rzeczowo-finansowym.

Przyporządkowanie wartości kwotowych poszczególnym Etapom miało służyć za podstawę do rozliczania wykonania przedmiotu zamówienia częściowo i odrębnie dla poszczególnych Etapów (zgodnie z postanowieniem § 5 ust. 6 projektu umowy).

Za nieterminowe płatności należności wykonawcy, zamawiający będzie zobowiązany płacić odsetki ustawowe.

Załącznik nr 4 Wzoru umowy, stanowi Harmonogram rzeczowo-finansowy. W owym wzorze zamawiający podał konkretne ilości miesięcy przypadające na realizację prac w

poszczególnych etapach.

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia w poszczególnych etapach zawiera Część III SIWZ.

Zgodnie z zapisami pkt 4 OPZ studium należy opracować wg zasad dla projektów przygotowywanych do sfinansowania z funduszy UE, na podstawie których będzie można wypełnić wnioski na dofinansowanie projektu. Za projekt w tym przypadku uważana jest projektowana inwestycja przygotowanie dokumentacji projektowej i przetargowej w formule zaprojektuj i zbuduj.

W wyniku udzielonych wyjaśnień do SIWZ, zamawiający pismem z dnia 1 października 2012r. zlikwidował etap XIV prac i wyznaczył nowy harmonogram rzeczowo finansowy, który miał zastąpić poprzedni we wszystkich dokumentach przetargowych.

W wyniku zapytania z dnia 9 października 2012 r. przez Ernst & Young o usunięcie procentowego podziału zamówienia, zamawiający udzielił odpowiedzi na pytanie 91, iż wprowadza zmianę dotyczącą procentowego udziału poszczególnych grup etapów w całości zamówienia. Nowy podział zamówienia zostaje ogłoszony odrębnym dokumentem.

Etapy I - VIII 60% udziału tej części wynagrodzenia w całkowitym wynagrodzeniu netto za wykonanie przedmiotu zamówienia.

Na Etapy IX –X przypadał pozostały udział procentowy w cenie całkowitej oferty, w granicach do maksymalnej wielkości dopuszczonej dla etapów I-VII oraz XI –XIII.

Etapów XI-XIII 15% udziału tej części wynagrodzenia w całkowitym wynagrodzeniu netto za wykonanie przedmiotu zamówienia.

Odwołujący w załączniku A, ustalił i zaoferował cenę całkowitą za wykonanie przedmiotu zamówienia w wysokości 3.789.950,00 zł netto (4.661.638,50 zł brutto), podając tę cenę w Formularzu Ofertowym. Prezentując zaoferowaną cenę całkowitą w załączniku A do Formularza Ofertowego przyporządkował określone wartości kwotowe poszczególnym Etapom (od I do XIII).

Podana kwota wynagrodzenia Etapów I - VIII spowodowała przekroczenie 60% udziału tej części wynagrodzenia w całkowitym wynagrodzeniu netto za wykonanie przedmiotu zamówienia, co zostało przez odwołującego wprost przyznane, zatem nie wymagające dowodu.

Jedynym kryterium oceny ofert została ustanowiona cena.

Oferty złożyło 7 wykonawców:

- 1) konsorcjum: Ernst & Young Corporate Finance Sp. z o.o., cena – 4 835 130 zł, czwarta cena,
- 2) BBF sp. z o.o. cena – 4 231 200 zł, druga cena,
- 3) Ove Arup & Partners International Limited Wielka Brytania działający w formie

oddziału pod nazwą Ove Arup & Partners International Ltd Sp. z o. o. Oddział w Polsce, cena – 4 661 638,50 zł, trzecia cena,

- 4) KV Projekty Inżynieryjne i Architektoniczne Sp. z o.o. Warszawa, 2) TKV Consultores de ingeniera, proyectos y obras S.L. w Madrycie, cena -3 330 300 zł, najniższa cena
- 5) Konsorcjum ARCADIS sp. z o.o., cena – 9 163 500 zł
- 6) Konsorcjum MottMacDonald Polska Sp. z o.o., cena - 6 129 090 zł,
- 7) Konsorcjum Sener, sp. z o.o., cena – 9 324 505,77 zł.

W zawiadomieniu o wynikach przetargu z dnia 3 stycznia 2013 r. zamawiający podał, że odwołujący przedstawił ofertę niezgodną z postanowieniami SIWZ (w załączniku A do Formularza Oferty – występuje przekroczenie wartości w grupie I-ej dla etapów I-VIII. Na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oferta zostaje odrzucona jako niezgodna z treścią SIWZ.

Izba zważyła, co następuje.

Odwołujący jako wykonawca wykazał legitymację do korzystania ze środków ochrony prawnej, gdyż posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz może ponieść szkodę o ile znalazłby potwierdzenie zarzuty, że na skutek niezgodnej z ustawą czynności zamawiający w sposób bezzasadny odrzucił ofertę odwołującego. Tym samym odwołujący mógłby ponieść szkodę w wyniku nie uzyskania przedmiotowego zamówienia. Oferta odwołującego mogłaby zostać uznana za najkorzystniejszą, w przypadku, gdyby zostały utrzymane w mocy czynności zamawiającego odrzucenia ofert wykonawców z niższą ceną. Wobec powyższego, należało uznać, że odwołujący jest podmiotem uprawnionym do skorzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Przechodząc do rozpatrzenia zarzutów odwołania, Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego. Okoliczność, że cena oferty w tym postępowaniu ma charakter ryczałtowy jest bezsporna, gdyż tak zostało zapisane w przytoczanych wyżej postanowieniach wzoru umowy. Przy czym sam charakter wynagrodzenia ryczałtowego nie usprawiedliwia wszelkich niezgodności w zakresie podanej ceny oferty. Problem z odrzuceniem oferty odwołującego w ogólności nie ma związku z ryczałtową formą wynagrodzenia.

W ocenie Izby, niewątpliwie cena całkowita oferty należy do istotnych postanowień, i podlega badaniu pod względem zgodności z istotnymi postanowieniami umowy, jednakże nie jest jedynym elementem przedmiotowym stanowiącym essentialia negotii umowy o realizację zamówienia. Zamawiający w tym postępowaniu podniósł do rągi istotnych

postanowień SIWZ, a co za tym idzie oferty, ustalony sposób rozliczenia z wykonawcą w oparciu o harmonogram rzeczowo-finansowy i podany parytet wysokości wynagrodzenia za poszczególne etapy w stosunku do całości wynagrodzenia. Postanowienie SIWZ wynikało ze sposobu i terminów uzyskania finansowania przedmiotowego zamówienia ze współudziałem środków własnych i zewnętrznych oraz miało związek z ustaloną koncepcją realizacji tegoż zamówienia - „*Na podstawie wyników analizy sporządzonej w etapie IX Zamawiający oraz jego organ właścicielski podejmie dalsze decyzje co do realizacji Projektu. W przypadku akceptacji jednego z zaproponowanych przez Wykonawcę modeli finansowania Projekt będzie kontynuowany. W takim przypadku Wykonawca świadczył będzie na rzecz Zamawiającego wsparcie eksperckie w fazie przygotowania i przeprowadzenia postępowania przetargowego na wybór partnera prywatnego dla finansowania oraz realizacji przedmiotowego Projektu*”. Z tych względów postanowienia SIWZ były istotne i zasadne - nie zostały zakwestionowane odwołaniem w odpowiednim terminie.

Niezgodność z treścią SIWZ została przyznana wprost przez odwołującego. Różnica poglądów dotyczyła jedynie tego, czy tego rodzaju odstępstwo od SIWZ, powinno zostać sprostowane przez zamawiającego jako omyłka w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, który stanowi, że zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Obowiązkiem wykonawcy zarzucającego zamawiającemu naruszenie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, jest wykazanie ziszczenia się łącznego wszystkich przesłanek, potwierdzających obowiązek zamawiającego zastosowanie tego przepisu względem badanej oferty wykonawcy.

Zdaniem Izby, odwołujący takiego dowodu nie przeprowadził. Nie wykazał w żaden sposób, iż stwierdzone odstępstwo o charakterze istotnym od postanowień SIWZ w ogóle jest omyłką. Dla powoływania się na regulację art. 87 ust.2 pkt 3 Pzp nie jest wystarczające samo stwierdzenie, że odwołujący popełnił omyłkę prezentując w ofercie treści niezgodne z SIWZ. Należy jeszcze wykazać okoliczności popełnienia omyłki, z czego one wynikały. Przykładowo, może to być niejasność instrukcji zamawiającego, różnorodności interpretacyjne przy ustalaniu stawki podatku VAT, rozbieżne informacje dotyczące tego samego elementu w samym tekście i dokumentach oferty, itp. Jeżeli niezgodność wynika z celowego działania wykonawcy nie może być kwalifikowana jako omyłka. W niniejszym przypadku, odwołujący przekroczył ustalony parytet 60% wartość netto ceny całkowitej oferty, w cenie za elementy zamówienia od etapu I do etapu VIII. Postulowane przez odwołującego zmniejszenie kwoty przyporządkowanej dla Etapu I-VIII o wartość 189.497,50 zł i przyporządkowanie jej do etapu XI-XIII prac nie znajduje żadnych podstaw. Działanie

odwołującego mogło równie bowiem polegać na zamierzonym zawyżeniu wynagrodzenia na początkowych etapach realizacji umowy, kosztem jego zmniejszenia na etapach końcowych podsumowujących całość przydatności zastosowania wykonanego opracowania do umówionego użytku. Czy nawet, jak w tym przypadku końcowy etap danego opracowania mógłby według założonych koncepcji w ogóle nie być realizowany. Izba podzieliła poglądy zamawiającego oraz przystępującego konsorcjum Ernst & Young Corporate Finance Sp. z o.o. że zamawiający słusznie odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp. Wbrew poglądom odwołującego, stwierdzony przez zamawiającego błąd w jego ofercie nie jest możliwy do poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp. Zamawiający może dokonać poprawy innej omyłki, o której mowa w tym przepisie jedynie wówczas, gdy czynność taka nie spowoduje istotnej zmiany treści oferty. Tymczasem, zaproponowana przez odwołującego zmiana istotnie modyfikuje zaproponowany pierwotnie przez odwołującego harmonogram płatności. Zamawiający dysponuje środkami na zabezpieczenie płatności faktur wykonawcy za poszczególne etapy do ustalonych limitów. Przekroczenie tych limitów mogłoby narażać zamawiającego na zapłatę odsetek za zwłokę. Ponadto, gdyby nawet rozważać zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, w żaden sposób zamawiający nie byłby samodzielnie zdolny dokonać poprawy oferty odwołującego, albowiem, wykonawca był jedynie związany górnym limitem rozbicia kwoty wynagrodzenia - dolny limit nie został wyznaczony. Żadne zaś wzywanie wykonawcy do wyjaśnień w tej kwestii nie miałoby uzasadnienia.

Z wymienionych wyżej względów, ustalony w SIWZ sposób płatności wynagrodzenia we wskazanych przez zamawiającego terminach, Izba uznała za essentialia negotii umowy będącej przedmiotem zamówienia, a ich istotny charakter wynika chociażby z wagi jaką przypisał im zamawiający. Nic nie wskazuje na to, że złożona przez odwołującego oferta zawiera jakiegokolwiek omyłki, ale równie dobrze może być celową i przemyślaną propozycją wykonania przedmiotu zamówienia, zakładającą rozłożenie płatności w sposób bardziej dogodny dla wykonawcy. W przypadku np. konieczności odstąpienia od umowy z wykonawcą w trakcie wykonywania umowy, czy nierealizowania dalszych etapów zamówienia, mogłoby dojść do sytuacji, że wynagrodzenie byłoby niewspółmiernie wyższe od faktycznej wartości zrealizowanych prac. Obecnie zaś, gdy zamawiający zauważył niezgodność treści oferty odwołującego z SIWZ i ją odrzucił, odwołujący stara się wprowadzić istotną modyfikację treści swojej oferty. Przy czym wbrew twierdzeniom odwołującego, ryczałtowy charakter wynagrodzenia nie ma znaczenia dla oceny zaistniałej niezgodności oferty z SIWZ. Zarzutem zamawiającego nie jest bowiem błąd w obliczeniu ceny, który przy ryczałtowym charakterze wynagrodzenia mógłby być nieistotny, ale niezgodność treści oferty z SIWZ w zakresie wysokości płatności poszczególnych części

wynagrodzenia. Taka niezgodność treści oferty z SIWZ skutkuje jej odrzuceniem niezależnie od tego, czy wynagrodzenie ma charakter ryczałtowy, czy kosztorysowy. W konsekwencji, zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp Izba uznała za chybiony. Tak samo nietrafny jest zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 87 ust. 2 pkt. 3 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, a tym samym odwołanie podlegało oddaleniu.

W tym stanie rzeczy Izba oddaliła odwołanie o czym orzekła na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz stosownie do postanowień § 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Sygn. akt: KIO 70/13

Odwołujący – wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie: 1) KV Projekty Inżynieryjne i Architektoniczne Sp. z o.o. Warszawa, 2) KV Consultores de ingeniera, proyectos y obras S.L. w Madrycie (zwani dalej konsorcjum KV Projekty Inżynieryjne), zarzucili zamawiającemu naruszenie:

- art. 7 Pzp poprzez dokonanie rozstrzygnięcia przetargu naruszającego uczciwą konkurencję oraz zasadę równego traktowania wykonawców;
- art. 26 ust. 3 w zw. z art. 24 ust. 4 Pzp, poprzez niewłaściwe zastosowanie i przyjęcie, że zachodzą przesłanki do odrzucenia oferty i wykluczenia odwołującego,
- art. 27 ust. 3 Pzp poprzez przyjęcie interpretacji ustawy Pzp i SIWZ w sposób ograniczający konkurencję.

Podstawą zaskarżenia stały się czynności zamawiającego - wykluczenia odwołującego z postępowania i odrzucenia oferty, o których został powiadomiony w dniu 3 stycznia 2013 r. za pośrednictwem faksu.

Powołując się na naruszenie swego interesu w uzyskaniu zamówienia, odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienia czynności odrzucenia złożonej oferty odwołującego i wykluczenia odwołującego z postępowania
- powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

Ponadto odwołujący wnosił o obciążenie zamawiającego całością kosztów postępowania odwoławczego, w tym zasądzenie kosztów, o których mowa w § 3 pkt 2)

rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania.

Interes odwołującego we wniesieniu niniejszego odwołania jest związany z faktem, iż jego oferta zawiera najniższą cenę i w przypadku braku odrzucenia i wykluczenia zostałaaby uznana za najkorzystniejszą. Zaskarżone w niniejszym odwołaniu czynności zamawiającego narażają odwołującego na szkodę z tytułu nieuzyskania zamówienia publicznego, a tym samym nie zawarcia umowy na wykonanie zadania i nie uzyskanie stosownego zysku.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań odwołujący podnosił, że pismem z dnia 6 grudnia 2012 r. (IR03ZAAd-216-05/12) zamawiający, działający na podstawie art. 26 ust 3 i 4 Pzp, wezwał odwołującego do uzupełnienia brakujących elementów oferty oraz do złożenia wyjaśnień, co odwołujący uczynił drogą e-mailową na adres e-mail wskazany przez zamawiającego w piśmie, a następnie dostarczając stosowne dokumenty w oryginale do zamawiającego.

Pismem z dnia 3 stycznia 2013 r. zamawiający poinformował o wykluczeniu z postępowania Konsorcjum w składzie: KV Projekty Inżynieryjne i Architektoniczne Sp. z o.o., oraz KV Consultores de ingeniera, proyectos y obras S.L. z powodu rzekomego nie dostarczenia w wyznaczonym terminie oryginałów dokumentów stanowiących uzupełnienie oferty oraz w konsekwencji o odrzuceniu oferty. Rozstrzygnięcie takie, odwołujący uznał za niezasadne i podlegające unieważnieniu. Z informacji uzyskanych przez odwołującego u zamawiającego wynika, iż uznał on, że stosowne dokumenty objęte wezwaniem z dnia 6 grudnia 2012 r. zostały dostarczone w dniu 14 grudnia 2012 r., podczas gdy faktyczne doręczenie nastąpiło w dniu 13 grudnia 2012 r.

Odwołujący wyjaśniał, że nadał przesyłkę w dniu 12 grudnia 2012 r. pocztą kurierską (firma TNT) na adres zamawiającego, który jest spółką prawa handlowego. Przesyłka została doręczona do sekretariatu PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. (oddział w Krakowie) w dniu 13 grudnia 2012 r. o godz. 10.58, co zostało potwierdzone stosownym podpisem pracownika Zamawiającego. Dowód :

- wezwanie zamawiającego z dnia 6 grudnia 2012 r.
- potwierdzenie nadania przesyłki z dnia 12 grudnia 2012 r.
- wydruk - «śledzenie przesyłki » z systemu komputerowego firmy TNT
- list przewozowy,
- potwierdzenie wysłania e-mail w dniu 13.12.2012 r.

Mając na względzie powyższe dokumenty, odwołujący stwierdził, że nie może być wątpliwości, że w dniu 13 grudnia 2012 r. o godz. 7.54 wykonawca dostarczył dokumenty drogą e-mailową dopuszczoną przez zamawiającego, a 13 grudnia 2012 roku o godz. 10:58 pracownik zamawiającego potwierdził otrzymanie przesyłki z oryginałem dokumentu i taka

też data widnieje przy jego podpisie. W tej sytuacji, przekonywał, że przesyłka została dostarczona do zamawiającego 13 grudnia 2012 r. o godz. 10.58.

Z informacji uzyskanych u zamawiającego wynika, że za datę doręczenia oryginałów uważa on przyniesienie przesyłki przez swojego pracownika do konkretnego pokoju w budynku przy pl. Matejki 12 w Krakowie. Pogląd taki, odwołujący poczytał za błędny i dalej wyjaśniał, że sposób oznaczenia (zaadresowania) przesyłki jednoznacznie wskazywał, iż jej adresatem jest zamawiający, a z treści wynikało, czego ona dotyczy i który konkretnie dział zamawiającego powinien ją otrzymać. Pracownik zamawiającego w dniu 4 stycznia 2013 r. w rozmowie telefonicznej podnosił fakt, iż w PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. występuje złożona struktura organizacyjna, a przedmiotowym postępowaniem zajmuje się konkretnie Centrum Realizacji Inwestycji. Nie negując tej okoliczności, gdyż kwestia organizacji firmy należy wyłącznie do właściwości władz PKP odwołujący stwierdził, iż nie ma to wpływu na prawidłowość doręczenia dokonanego w dniu 13 grudnia 2012 r. Skoro bowiem zamawiającym jest spółka prawa handlowego - PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. (KRS nr 0000037568), to doręczenia należy kierować na jej adres (biuro podawcze) a nie na konkretny pokój czy konkretnego pracownika. Z oczywistych względów trudno sobie wyobrazić, aby kurier lub listonosz szukał po kilkupiętrowym, dużym budynku danego pokoju lub konkretnej osoby. Pod pojęciem « adres », które jest z kolei kluczowe dla definiowania pojęcia «doręczenie» można rozumieć tylko numer budynku i ew. numer lokalu, jeśli został on wydzielony i jest zajmowany przez inny podmiot. Natomiast w sytuacji, gdy adresatem jest spółka prawa handlowego, korespondencja pozostawiana jest na biurze podawczym lub w sekretariacie, które są właściwe do jej odbioru, a co za tym idzie za datę dostarczenia uznaje się moment przyjęcia przez to biuro.

Odwołujący zaznaczał, że nie ma wpływu na strukturę organizacyjną PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. i sposób wewnętrznego rozdzielania korespondencji. Jednak pod pojęciem «zamawiającego» należy rozumieć spółkę jako osobę prawną, a nie konkretny pokój lub nawet Dział Realizacji Inwestycji. Wszak to spółka PKP Polskie Linie Kolejowe będzie podmiotem praw i obowiązków umowy zawartej po przeprowadzeniu zamówienia publicznego, a nie Dział Realizacji Inwestycji.

Jak przekonywał odwołujący, przedmiotowy stan faktyczny rozważyć również należy w kontekście zasad wyrażonych w art. 7 i art. 27 ust. 3 ustawy Pzp, które podkreślają dążenie do zachowania maksymalnej konkurencyjności wśród wykonawców. Przyjęcie, że złożenie pisma na dzienniku podawczym spółki PKP Polskie Linie Kolejowe nie stanowi doręczenia w rozumieniu Pzp, w sposób ewidentny dyskryminuje wykonawców z innych miast niż Kraków, utrudniając korzystanie z tak oczywistych form, jak poczta i firmy kurierskie. Z istoty postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wynika, że ma ono służyć wyłonieniu jak najkorzystniejszej oferty i interpretacja przepisów oraz zapisów SIWZ

winna ten fakt uwzględnić. W przedmiotowej sprawie przyczyną wykluczenia odwołującego z przetargu o wartości kilku milionów złotych, stało się złożenie pisma w innym niż požądany przez zamawiającego pokoju, w tym samym budynku - na dzienniku podawczym zamawiającego, który przecież służy właśnie do przyjmowania pism. Trudno również abstrahować od faktu, że zamawiający treść przedmiotowych dokumentów poznał już wcześniej, gdyż otrzymał je e-mailem.

Odwołujący nie negował potrzeby i obowiązku wypełnienia wymogów formalnych narzuconych przez przepisy i zamawiającego, tym nie mniej, po pierwsze, nie są one celem samym w sobie i służą jedynie zapewnieniu prawidłowości postępowania, a nie eliminacji wykonawców. Po drugie, w przedmiotowej sprawie nie zostały one naruszone, gdyż pismo zostało złożone na dzienniku podawczym w budynku zamawiającego. Od godziny 10.58 dnia 13 grudnia 2012 r. PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. była w posiadaniu oryginałów stosownych dokumentów i nie sposób twierdzić, że doręczenie nastąpiło w innym terminie niż 13 grudnia 2012 r.

Działanie zamawiającego w postaci odrzucenia oferty i wykluczenia odwołującego nie znajduje uzasadnienia w powołanych w piśmie z dnia 3 stycznia 2013 r. przepisach. Wymóg art. 27 ust. 3 Pzp ma bowiem niezwykle istotny wymiar praktyczny, gdyż stanowi również wskazówkę przy wykładni i stosowaniu art. 24 ust. 2 pkt 4, oraz art. 26 ust. 3 Pzp, które nie mogą być interpretowane w sposób ograniczający konkurencję. W przedmiotowej sprawie nie można pominąć ewidentnych uwarunkowań wynikających z korzystania z przesyłki dokumentów za pomocą poczty lub firmy kurierskiej. Nie można również przerzucać opieszałości pracowników zamawiającego w przekazywaniu przesyłki pomiędzy poszczególnymi pokojami w budynku przy pl. Matejki 12 w Krakowie. W sytuacji dostarczenia dokumentów na biuro podawcze we wskazanym w SIWZ budynku mieszczącym się przy pl. Matejki w Krakowie nie sposób uznać, według odwołującego, że nie został spełniony warunek i termin nałożony przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A.

Odwołujący zaznaczał, iż w trybie art. 181 ust. 1 Pzp powiadomił zamawiającego o naruszeniu przez niego przepisów (pismo L. Dz. KV/MŁ/90/2013 z dnia 8.01.2013r. - w aktach sprawy). W dniu 10.01.2013 r. uzyskał odpowiedź zamawiającego, w której zamawiający podtrzymał swoje stanowisko w przedmiotowej sprawie (pismo IR03Zad - 216 - 05/12 z dnia 10.01.2013r. - w aktach sprawy).

Na wezwanie zamawiającego z dnia 14 stycznia 2013 r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zgłosili przystąpienie następujący wykonawcy:

1. Pismem z dnia 16 stycznia 2013 r., w kopii przesłanym stronom, wykonawca BBF sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, który powoływał się na interes w rozstrzygnięciu sprawy na korzyść zamawiającego, mimo, że oferta

przystępującego również została odrzucona, jednakże na czynność tę złożył własne odwołanie i w razie uzyskania korzystnego rozstrzygnięcia w tym zakresie, przystępujący uzyskałby zamówienie. W tej sytuacji ewentualne uwzględnienie odwołania w niniejszym postępowaniu mogłoby doprowadzić do wyboru oferty odwołującego i zniweczyć szansę na wybór złożonej oferty.

2. Pismem z dnia 17 stycznia 2013 r., w kopii przesłanym stronom, Konsorcjum: 1) Ernst & Young Corporate Finance Sp. z o.o. Rondo ONZ 1, 00-124 Warszawa (lider), WS-Atkins Polska Sp. z o.o., 3) W..... Evershets Sp. k. z siedzibą w Warszawie, który powoływał się na interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść zamawiającego, bowiem ten wybrał ofertę przystępującego jako najkorzystniejszą, a uwzględnienie odwołania skutkowałoby unieważnieniem czynności odrzucenia oferty odwołującego i wyborem jej jako najkorzystniejszej.
3. Pismem z dnia 17 stycznia 2013 r., w kopii przesłanym stronom, Ove Arup & Partners International Limited Wielka Brytania działający w formie oddziału pod nazwą Ove Arup & Partners International Ltd Sp. z o. o. Oddział w Polsce, który powoływał się na interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść zamawiającego, w zakresie zarzutów dotyczących wykluczenia odwołującego z postępowania, bowiem oferta przystępującego nie została jeszcze skutecznie odrzucona i w przypadku uwzględnienia odwołania przystępującego, oddalenia odwołania konsorcjum KV Projekty Inżynieryjne, i utrzymania w mocy czynności wykluczenia odwołującego i odrzucenia jego oferty, przystępujący uzyskałby zamówienie. W uzasadnieniu przystępujący podał, że zgodnie z art. 9 ust. 1 Pzp postępowanie prowadzi się w formie pisemnej. Art. 27 Pzp stanowi wyjątek, dopuszcza inne formy porozumiewania się zamawiającego i wykonawcy. Nie dotyczy to jednak ofert oraz umów w sprawie zamówienia publicznego. O formie składania dokumentów decyduje zamawiający, określając to w postanowieniach SIWZ. Ciężar dowodu dostarczenia informacji w określonym terminie leży po stronie wezwanego wykonawcy. Przystępujący przekonywał, że uwzględniając powyższe, zasadne jest stanowisko zamawiającego, że odwołujący nie uzupełnił dokumentów i oświadczeń na wezwanie dokonane w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, w sposób żądany w tym wezwaniu. Jak wynika z treści wezwania, dla uzupełnienia zamawiający zastrzegł formę pisemną. Nadto wskazał nieprzekraczalny termin uzupełnienia dokumentów oraz adres i miejsce ich dostarczenia. Odwołujący nie dokonał czynności uzupełnienia w sposób określony przez zamawiającego. W szczególności nie złożył dokumentów i oświadczeń w formie pisemnej w terminie podanym przez zamawiającego. Nie zasługuje na uwzględnienie, jak utrzymywał przystępujący, powołanie się na okoliczność przesłania przez odwołującego

uzupełnionych dokumentów i oświadczeń za pośrednictwem drogi elektronicznej (w dniu 13 grudnia 2012 r. godz. 7:54). Zamawiający w sposób wyraźny nie dopuścił tej formy dla uzupełniania dokumentów i oświadczeń. Co więcej, jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dn. 14 listopada 2008 r., sygn. KIO/UZP 1236/08, cyt: *„Żaden z przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych nie wskazuje na to, że wezwanie do uzupełnienia dokumentów lub oświadczeń w trybie art. 26 ust. 3 ustawy można zakwalifikować do udzielania informacji lub wyjaśnień przez wykonawcę. Tym samym nie można przyjąć, iż dopuszczona przez zamawiającego możliwość udzielania wyjaśnień drogą faksową odnosi się także do uzupełniania dokumentów lub oświadczeń.”* Zgodnie z treścią art. 78 § 1 Kodeksu cywilnego, jeżeli ustawa zastrzega dla czynności prawnej formę pisemną, czynność dokonana bez zachowania zastrzeżonej formy jest nieważna tylko wtedy, gdy ustawa przewiduje rygor nieważności. Na gruncie przepisów Pzp nieważna jest czynność prawna bez zachowania formy pisemnej (z zastrzeżeniem wyjątków ustawowych). Odnosi się to przede wszystkim do czynności złożenia oferty oraz zawarcia umowy (art. 82 ust. 2 i art. 139 ust. 2 Pzp), ale również innych czynności wykonywanych przez wykonawcę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W szczególności dotyczy to czynności uzupełnienia złożonej przez wykonawcę oferty. Oferta niespełniająca warunków ustawowych co do formy jest nieważna na podstawie art. 82 ust. 2 Pzp w zw. z art. 58 § 1 Kodeksu cywilnego. Ergo, uzupełnienie tej oferty dokonane z naruszeniem wymagań co do formy, należy uznać za nieskuteczne.

Izba postanowiła dopuścić przystępujących do udziału w postępowaniu odwoławczym.

Zamawiający nie uwzględnił odwołania, podtrzymał stanowisko zawarte w powiadomieniu o wynikach przetargu z dnia 3 stycznia 2013 r. w odpowiedzi na odwołanie przytoczył następującą argumentację: *„Na wstępie należy podkreślić, iż pismem nr L. Dz. KN//MŁ/90/2013 z dnia 08.01.2013r. Odwołujący poinformował Zamawiającego o podjęciu przez PKP PLK czynności niezgodnej z prawem, która obecnie jest przedmiotem odwołania. W odpowiedzi przesłanej do KV za pismem nr IRO3Zad-216-05/12 z dn. 10.01.2013r. (w załączeniu) PKP PLK szeroko argumentowała dlaczego nie uznaje żądania Odwołującego się i podtrzymuje swoje stanowisko dot. rozstrzygnięcia. Dodatkowo podnieść należy, że ustawodawca nie zdefiniował w ustawie Prawo zamówień publicznych zwrotu z art. 26 ust. 3. „...w wyznaczonym terminie...”. W związku z powyższym, pojęcie to należy rozumieć per analogiam jako termin składania ofert, którego to interpretacja i orzecznictwo nie pozostawia żadnych wątpliwości. W obu przypadkach zachowanie terminu polega na złożeniu odpowiednich dokumentów we wskazanym przez Zamawiającego czasie i miejscu. Brak*

spełnienia którejkolwiek z przesłanek jednocześnie, skutkuje niedochowaniem terminu. Jednocześnie Zamawiający w żadnym razie nigdy nie komplikował swoich postępowań o udzielenie zamówienia publicznego poprzez obowiązek złożenia uzupełnionych dokumentów (czy nawet ofert w postępowaniach) w konkretnym pokoju. Zawsze wystarczyło, aby zgłosić się do sekretariatu PKP PLK S.A. Centrum Realizacji Inwestycji Oddział Południowy (tj. II piętro budynku przy pl. Matejki 12) i pracownicy Zamawiającego kierowali kontrahentów do określonej osoby prowadzącej postępowanie lub też wzywali ją do sekretariatu w celu odbioru dokumentacji. Konkludując dalej, poprzez niewłaściwe opisanie przesyłki tj. PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. pl. Matejki 12 Kraków, trafiła ona do PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Zakład Linii Kolejowych w Krakowie (I piętro), a więc innej jednostki organizacyjnej, niż ta która prowadziła postępowanie (pokreślenia wymaga fakt, iż każde piętro jest podpisane przy wejściu nazwą jednostki organizacyjnej). Konsekwencją niedochowania przez Odwołującego się terminu (godziny i miejsca na złożenie i dokumentów było odrzucenie oferty KV. Zasada równego traktowania wykonawców (zachowanie uczciwej konkurencji) wymaga, aby żaden wykonawca - tutaj KV - nie był traktowany w sposób odmienny. Skoro inni wykonawcy zdolali złożyć uzupełnienia w zakreślonym terminie (czasie i miejscu), to także KV winno było to zrobić.”

Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania w oparciu o art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody: z protokołu postępowania, z ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty odwołującego, korespondencji stron. Nadto, Izba rozważyła stanowiska stron i uczestników postępowania przedstawione w pismach oraz do protokołu rozprawy.

Rozpatrując odwołanie w granicach podnoszonych zarzutów podtrzymanych na rozprawie - stosownie do art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba ustaliła, co następuje.

W ogłoszeniu o zamówieniu oraz w SIWZ zostały podane następujące informacje: nazwa zamawiającego: PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. ul. Targowa 7, Warszawa. Punkt kontaktowy: 31-157 Kraków, Pl. Matejki 12, pokój 213. W SIWZ podano PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. ul. Targowa 7, 03-734 Warszawa Oddział Południowy, Plac Matejki 12, 31-157 Kraków. W części I Instrukcji dla wykonawców pkt 23.1 sposób porozumiewania się zamawiającego z wykonawcami. Zamawiający będzie porozumiewał się z wykonawcą w sprawach dotyczących niniejszego postępowania w formie pisemnej, faksem lub drogą elektroniczną, za wyjątkiem złożenia oferty. Pisma należy kierować na poniższy adres: PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Centrum Realizacji Inwestycji Oddział Południowy Plac Matejki

12, 31-157 Kraków.

Pismem z dnia 6 grudnia 2012 r. (IR03ZAAAd-216-05/12) zamawiający, działający na podstawie art. 26 ust 3 i 4 Pzp, wezwał odwołującego do uzupełnienia brakujących elementów oferty oraz do złożenia wyjaśnień. Pismo miało następującą treść: „PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Centrum Realizacji Inwestycji występujące w przedmiotowym postępowaniu jako Zamawiający, zgodnie z art. 26 ust. 3 i 4 ustawy z 29 stycznia 2004r, Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010r. Nr 113, póź. 759 z późn. zmianami) wzywa do uzupełnienia brakujących elementów oraz złożenia wyjaśnień:

- str. 52 oferty - Zamawiający wzywa do złożenia wyjaśnień dotyczących firmy (...) - w ofercie brak jakichkolwiek informacji na temat tej firmy,

- * str. 54 i 55 oferty w kolumnie 3 brakuje kwot w PLN oraz, brakuje wymaganej do spełnienia warunku ilości zrealizowanych projektów. Wymóg do spełnienia zgodnie z postanowieniami IDW pkt 8.4,1.: „wykonanie w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie), co najmniej 2 usług polegających na opracowaniu studium wykonalności lub dokumentacji przedprojektowej o wartości nie mniejszej niż 2 000 000,- PLN w zakresie budowy zelektryfikowanej linii kolejowej obejmującej co najmniej szlak i dwie stacje kolejowe oraz co najmniej 2 usług polegających na analizie możliwości finansowania zadania inwestycyjnego realizowanego w ramach partnerstwa publiczno-prywatnego obejmującej analizę minimum dwóch modeli finansowania inwestycji i rekomendację wybranego modelu z udziałem partnera prywatnego oraz analizę minimum dwóch modeli realizacji inwestycji i rekomendację wybranego modelu z udziałem partnera prywatnego o wartości inwestycji przekraczającej 300 000 000, - PLN netto, z padaniem wartości, przedmiotu, daty wykonania i odbiorcy oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że usługi te zostały wykonane należycie;” Ponadto Zamawiający ma wątpliwości czy w ramach przedstawionego doświadczenia oraz potwierdzających je referencji były wykonywane usługi związane z: analizą minimum dwóch modeli finansowania inwestycji i rekomendacją wybranego modelu z udziałem partnera prywatnego oraz analiza minimum dwóch modeli realizacji inwestycji i rekomendacją wybranego modelu z udziałem partnera prywatnego.

Zamawiający wyznacza nieprzekraczalny termin na złożenie wyjaśnień i uzupełnień do dnia 13.12.2012 r, do godziny 12:00, Uzupełnienia należy złożyć w formie pisemnej w siedzibie Zamawiającego w Krakowie Pl. Matejki 12 pokój 213.

Wyjaśnienia należy przesłać faksem w wyżej podanym terminie na numer faksu 12 393 34 55 lub drogą elektroniczną na adres m.jaworski@nlk-sa.pl, a następnie przekazać oryginał drogą pocztową na adres Zamawiającego w Krakowie Pl. Matejki 12.

Jednocześnie, na podstawie art. 87 ust. 2, pkt 1) Zamawiający zawiadamia, że poprawił

oczywistą omyłkę pisarską w formularzu oferty polegającą na rozbieżności ceny brutto oferty podanej liczbowo i słownie. Zamawiający, na podstawie załącznika A do formularza ofertowego przyjął jako poprawną wartość 3 333 300,00 zł (słownie: trzy miliony trzysta trzydzieści trzy tysiące trzysta zł) i w taki sposób poprawił omyłkę pisarską.”

Odwołujący pismem z dnia 12 grudnia 2012r. zaadresowanym PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Centrum Realizacji Inwestycji Oddział Południowy, Plac Matejki 12, 31-157 Kraków udzielił następującej odpowiedzi na wezwanie: *„Dot. postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. Aktualizacja studium wykonalności dla zadania: „Budowa nowej linii kolejowej Podłęże - Szczyrzyc - Tymbark/Mszana Dolna oraz modernizacja istniejącej linii kolejowej nr 104 Chabówka - Nowy Sącz” w ramach projektu „Budowa nowej linii kolejowej Podłęże - Szczyrzyc - Tymbark/Mszana Dolna oraz modernizacja odcinka linii kolejowej Nowy Sącz - Muszyna - granica państwa i Chabówka - Nowy Sącz” Nr postępowania: IRO3ZAd-216-05/12. W odpowiedzi na pismo z dnia 6.12.2012r. - Wezwanie do uzupełnienia brakujących elementów oraz złożenia wyjaśnień - jako Pełnomocnik Wykonawcy - Konsorcjum w składzie: KV Projekty Inżynieryjne i Architektoniczne Sp. z o.o., ul. Piękna 43/11 00-672 Warszawa i KV Consultores de ingenieria proyectos y obras S.L., c/Claudio Coeio 52 - 1 planta, 28001 Madrid (Hiszpania) i zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010r., Nr 113, póź. 759 ze zm.) niniejszym składamy następujące materiały uzupełniające i wyjaśniające do oferty.*

Ad. 1. Zamawiający wezwał Wykonawcę do złożenia wyjaśnień dotyczących firmy (...) zarzucając Wykonawcy, że w ofercie brak jest jakichkolwiek informacji na temat tej firmy. W odpowiedzi Wykonawca wyjaśnia, iż firma (...) pojawia się w formularzu doświadczenia kandydata na stanowisko Koordynatora Projektu Pana (...) i jest to firma, na rzecz której Pan (...) pełnił funkcję Koordynatora Projektu we wskazanych projektach. Wykonawca załącza formularz uzupełniony o informacje w zakresie adresu firmy (...) z wyraźnym zaznaczeniem, że nie jest to firma, która w jakimkolwiek stopniu będzie zaangażowana w realizację przedmiotowego zamówienia. Wykonawca nie jest zobowiązany do umieszczania w ofercie dodatkowych informacji na temat firm, na rzecz których osoby z personelu wskazanego w ofercie wykonywały w ciągu ostatnich 3 lat projekty potwierdzające warunek udziału w postępowaniu.

Ad. 2. Zamawiający wezwał Wykonawcę do uzupełnienia formularza pn. „Załącznik Nr 4 do siwz -wzór wykonanych przez Wykonawcę w okresie ostatnich 5 lat zamówień” w zakresie: kwot w PLN oraz wymaganej do spełnienia warunku ilości zrealizowanych projektów. W odpowiedzi Wykonawca w załączeniu przekazuje uzupełniony formularz pn. „Załącznik Nr 4 do siwz -wzór wykonanych przez Wykonawcę w okresie ostatnich 5 lat zamówień”. Ponadto

Zamawiający wyraził wątpliwość, czy w ramach przedstawionego doświadczenia oraz potwierdzających je referencji były wykonywane usługi związane z: analizą minimum dwóch modeli finansowania inwestycji i rekomendacją wybranego modelu z udziałem partnera prywatnego oraz analizą minimum dwóch modeli realizacji inwestycji i rekomendacją wybranego modelu z udziałem partnera prywatnego. W odpowiedzi Wykonawca w załączeniu przekazuje uzupełniony formularz pn. „Załącznik Nr 4 do siwz - wzór wykonanych przez Wykonawcę w okresie ostatnich 5 lat zamówień” wraz z referencjami potwierdzającymi należyte wykonanie prac.

Wykonawca oświadcza, iż w ramach przedstawionego doświadczenia zawodowego były wykonywane wszystkie usługi opisane przez Wykonawcę w formularzu ofertowym na str. 54 i 55 oferty.

Nie mniej, chcąc w jak najbardziej pełny sposób udowodnić Zamawiającemu potwierdzenie warunków udziału w postępowaniu, Wykonawca uzupełnia formularz pn. „Załącznik Nr 4 do siwz - wzór wykonanych przez Wykonawcę w okresie ostatnich 5 lat zamówień” o dodatkowe prace. W związku z faktem, iż uzupełnione prace zostały udostępnione Wykonawcy przez inne podmioty - Wykonawca do wykazu dołącza również pisemne zobowiązanie innych podmiotów do udostępnienia zasobów.

Jako załączniki, odwołujący przedstawił :

- 1. poprawiony formularz Wykaz osób w zakresie stanowiska: Koordynator Projektu.*
- 2. uzupełniony formularz Wykaz wykonanych usług,*
- 3. referencje należytego wykonania usług*
- 4. pisemne zobowiązanie innego podmiotu do udostępnienia zasobów.*

Powyższe pismo zostało przesłane drogą e-mailową na adres e-mail wskazany przez zamawiającego w piśmie, a następnie dostarczone w oryginale do zamawiającego, przesyłką kurierską za pośrednictwem firmy TNT Przesyłka (koperta) została zaadresowana PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Plac Matejki 12, 31-157 Kraków, kontakt sekretariat. Przesyłkę za adresata odebrała Paulina Kijowska o godzinie 10:50 w dniu 13 grudnia 2012 r.

Pismem z dnia 3 stycznia 2013 r. zamawiający poinformował o wykluczeniu z postępowania konsorcjum w składzie: KV Projekty Inżynieryjne i Architektoniczne Sp. z o.o., oraz KV Consultores de ingeniera, proyectos y obras S.L. gdyż: „Oryginały dokumentów stanowiących uzupełnienie oferty zostały dostarczone do Zamawiającego w dniu 14.12.2012 r. czyli po wyznaczonym terminie (13.12.2012 r.) W związku z powyższym na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4) w powiązaniu z art. 26 ust. 3 wykonawca podlega wykluczeniu, a jego oferta na podstawie art. 24 ust. 4 zostaje uznana za odrzuconą.”

Odwołujący ponownie pismem z dnia 8 stycznia 2013 r. zwrócił się o zrewidowanie czynności uznając ją za niezgodną z prawem. W odpowiedzi z dnia 10 stycznia 2013 r. zamawiający podtrzymał swoje stanowisko - wyjaśniając jednocześnie, że: „Zamawiający pismem nr IRO3ZAd-216-05/12 z dnia 06.12.2012 roku, wezwał Konsorcjum, które Państwo reprezentujecie zarówno do uzupełnienia dokumentów, jak i do złożenia wyjaśnień w związku ze złożoną przez Państwa ofertą. W wyznaczonym przez Zamawiającego terminie zostały dostarczone jedynie kopie dokumentów (za pomocą fax-u), natomiast oryginały zostały dostarczone z opóźnieniem jednodniowym (14.12.2012r.). Twierdzenie Wykonawcy, że dostarczył oryginały uzupełnionych dokumentów terminowo różni się z rzeczywistością, która została potwierdzona faktami.

Zarówno w punkcie 1.1 (Informacje wprowadzające) jak i 23,2 (dane kontaktowe dla kierowania korespondencji) Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, a także w pierwszym zdaniu w/w pisma Zamawiającego, jasno został określony Zamawiający oraz miejsce kierowania korespondencji. Niestety, Państwa korespondencja (koperta firmy kurierskiej TNT, list przewozowy i druk potwierdzający przyjęcie przesyłki) były zaadresowane nieprawidłowo, tj. PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Plac Matejki 12, Kraków 31-157. Ze względu na fakt, iż pod adresem Kraków, Pl. Matejki 12 mieszczą się dwa odrębne podmioty (z innym numerem REGON), posiadające odrębną osobowość prawną, przesyłka została dostarczona do PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Zakład Linii Kolejowych w Krakowie zamiast do PKP Polskie Linie Kolejowe S.A, Centrum Realizacji Inwestycji Oddział Południowy. Wprawdzie adres jest taki sam, ale są to dwie niezależne jednostki organizacyjne i brak takiego wskazania na liście przewozowym powoduje nieterminowe dostarczenie przesyłki do adresata. Dodatkowo należy zauważyć, iż w środku koperty kurierskiej znajdowała się nieopisana biała koperta bez żadnych oznaczeń, co dodatkowo utrudniało identyfikację odbiorcy, a dopiero w białej kopercie znajdowały się oryginały uzupełnionych dokumentów. Zdziwienie Zamawiającego budzi fakt, iż wszystkie w/w koperty i dokumenty zostały zaadresowane nieprawidłowo za wyjątkiem właściwego pisma przewodniego w przedmiotowej sprawie (L.Dz. KV/MŁ/262/12 z dn. 12.12.2012r.). Zgodnie z w/w postanowieniami SIWZ korespondencja do Zamawiającego powinna być adresowana zgodnie z podanym wzorcem. Niestety Wykonawca nie dopełnił tego obowiązku na liście przewozowym i przesyłka nie została dostarczona do właściwego odbiorcy w wymaganym terminie. Nadmienić tutaj należy, że przesyłka została dostarczona do kancelarii PKP PLK S.A. (Pani P..... K..... jest pracownikiem PKP PLK S.A. Zakład Linii Kolejowych w Krakowie) i została potraktowana standardowo, tak jak inne przesyłki nie wymagające szczególnego traktowania (czyli zgodnie z obowiązującymi w naszej Spółce procedurami). Zamawiający stwierdza także, iż rzeczywiście struktura organizacyjna Spółki PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. jest dosyć rozbudowana i dlatego tak ważne jest prawidłowe

zaadresowanie przesyłki, Trudno bowiem oczekiwać od Zamawiającego, nawet przy zachowaniu należytej staranności, żeby on poszukiwał korespondencji przetargowej po wszystkich swoich jednostkach organizacyjnych, gdyż doprowadziłoby to do paraliżu prowadzonych postępowań przetargowych. Dodatkowo zauważyć należy, iż Państwa Konsorcjum startuje regularnie w ogłaszanych przez Oddział Południowy postępowaniach i w przypadku uzupełnienia dokumentów wysyłali Państwo oryginały na tyle wcześnie by dotarły do Zamawiającego w wyznaczonym terminie (przesyłki w innych postępowaniach również były błędnie adresowane). Równocześnie mogliście się Państwo zwrócić do Zamawiającego o przesunięcie wyznaczonego terminu ze względu na ważne okoliczności, Mając na uwadze powyższe, Zamawiający musi dbać o zachowanie uczciwej konkurencji pomiędzy Wykonawcami i podtrzymuje swoje dotychczasowe rozstrzygnięcie.

Zamawiający przeprowadzał czynności badania i oceny ofert poczynawszy od upływu daty ich składania, aż do ustalenia wyników przetargu w dniu 3 stycznia 2013 r.

Izba zważyła, co następuje.

Izba uznała, że odwołujący jest podmiotem legitymowanym do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Interes odwołującego we wniesieniu niniejszego odwołania jest związany z faktem, iż jego oferta zawiera najniższą cenę i w przypadku, gdyby zamawiający nie wykluczył wykonawcy i nie odrzucił oferty, zostałaby ona uznana za najkorzystniejszą. Skoro odwołujący zarzuca, że zaskarżone czynności zostały podjęte z naruszeniem ustawy, to tym samym - narażają odwołującego na szkodę z tytułu nieuzyskania zamówienia publicznego.

Mając na względzie powyżej przytoczony materiał dowodowy sprawy, Izba uznała, że odwołujący spełnił wymogi uzupełnienia dokumentów i złożenia wyjaśnień żądanych wezwaniem z dnia 6 grudnia 2012 r. Nie zostało poddane w wątpliwość, że w dniu 13 grudnia 2012 r. o godz. 7.54 wykonawca dostarczył dokumenty drogą e-mailową zgodnie z treścią wezwania, a przesyłka kurierska nadana 12 grudnia 2012 r. została dostarczona pod wskazany adres w dniu 13 grudnia 2012 roku o godz. 10:58, co zostało potwierdzone przez osobę urzędującą w lokalu wyznaczonym do pobierania przesyłek, która w imieniu zamawiającego wymienioną przesyłkę przyjęła. Izba miała na uwadze okoliczność pominiętą przez zamawiającego, że w treści ogłoszenia o zamówieniu, wskazał on adres „PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. ul. Targowa 74, Punkt kontaktowy: 31-157 Kraków, Pl. Matejki 12, pokój 213.” Dla wykonawców składających oferty nie ma żadnego znaczenia podnoszona przez zamawiającego okoliczność, że system ogłoszeń nie przyjmuje pełnego oznaczenia adresu zamawiającego. Dopiero w SIWZ doprecyzowano, że pisma należy kierować na adres „PKP

Polskie Linie Kolejowe S.A. Centrum Realizacji Inwestycji Oddział Południowy (...).” Izba uznaje dokumenty ogłoszenia o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia za równoważne co do obowiązywania ich treści. Zamawiający winien wykazać dbałość o to aby wykonawcy nie ponieśli negatywnych konsekwencji w wyniku niejednoznacznych i niespójnych instrukcji zamawiającego. Odwołujący w samej treści pisma z dnia 12 grudnia 2012 r. wskazał pełne określenie jednostki zamawiającego, oznaczając ją jako „PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Centrum Realizacji Inwestycji Oddział Południowy (...),” niezależnie od tego, że list przewozowy i koperta zewnętrzna została zaadresowana skrótowo na adres taki jaki widnieje w ogłoszeniu o zamówieniu. Poza sporem jest, że zamawiający wskazał zarówno w ogłoszeniu oraz w SIWZ i w wezwaniu pokój 213 do składania przesyłek. Przewidując uzupełnianie dokumentów przez wykonawców przesyłką pocztową, czy też poprzez firmę kurierską - zamawiający nie mógł jednocześnie wymagać aby została ona doręczona do określonego pokoju w danej instytucji. Zgodnie z regulaminami świadczenia tego rodzaju usług (pocztowych) przesyłki są doręczane w jedno miejsce, przeważnie jest to kancelaria główna, sekretariat. Taka instrukcja widnieje również na omawianym liście przewozowym. Z dokumentów zawartych w aktach sprawy wynika, że kierując wezwania do wykonawców o wyjaśnienia i uzupełnienia dokumentów - zamawiający w różnym stopniu szczegółowości oznaczał adres swojej siedziby. Izba nie uwzględniła wyjaśnień zamawiającego, że było to uzależnione od tego czy wezwanie dotyczyło jedynie wyjaśnień, czy też złożenia dokumentów. Takie szczegóły byłyby bowiem dla wykonawców nieczytelne.

Przesyłka nie została odesłana do adresata – jako skierowana pod niewłaściwy adres, zatem za datę jej odbioru winien być uznany dzień 13 grudnia 2012 r., zgodnie z pokwitowaniem. Wykonawca, w szczególności taki, którego siedziba znajduje się w innym mieście, zdany jest na usługi pocztowe świadczone przez operatora publicznego, czy też przez inne podmioty działające w tej branży i nie może ponosić konsekwencji, że przesyłka nie została dostarczona do oznaczonego pokoju 213, znajdującego się pod wskazanym adresem.

Nie można również było pominąć, że wynik przetargu został ustalony dopiero dnia 3 stycznia 2013 r. Przesyłka odwołującego, zawierająca prawidłowe i niekwestionowane przez zamawiającego dokumenty, nie została zwrócona, pozostawała w posiadaniu zamawiającego od dnia 13 grudnia 2012 r. Z tych względów przekazanie przesyłki między jednostkami organizacyjnymi zamawiającego, niezależnie od ich przywoływanego przez zamawiającego statusu odrębnych osób prawnych, w ocenie Izby nie ma znaczenia dla przyjęcia, że odwołujący dokonał czynności uzupełnienia dokumentów oferty w terminie wyznaczonym przez zamawiającego.

W oparciu o przytoczone powyżej ustalenia, Izba podzieliła stanowisko odwołującego, że zarzuty naruszenia przepisów ustawy Pzp przez zamawiającego, tj.: art. 26 ust. 3 w zw. z art. 24 ust. 4 Pzp, poprzez niewłaściwe zastosowanie i przyjęcie, że zachodzą przesłanki do odrzucenia oferty i wykluczenia odwołującego z postępowania oraz art. 27 ust. 3 Pzp poprzez przyjęcie interpretacji ustawy Pzp i SIWZ w sposób ograniczający konkurencję - znalazły potwierdzenie. Skutkiem naruszenia wskazanych wyżej przepisów ustawy Pzp, jest również naruszenie postanowień art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, uchybiające zasadom równego traktowania wykonawców i prowadzenia postępowania z zachowaniem reguł uczciwej konkurencji.

Stwierdzone naruszenia miały istotny wpływ na wynik postępowania, poprzez bezprawne wykluczenie odwołującego z postępowania i odrzucenie jego oferty.

W tym stanie rzeczy Izba uwzględniła odwołanie o czym orzekła na podstawie art. 192 ust. 1, ust. 2 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp. Izba zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrot kosztów uiszczanego wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika stosownie do postanowień § 3 i 5 ust 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Sygn. akt: KIO 72/13

C. Odwołujący wykonawca BBF Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu (zwany dalej „BBF”), wobec czynności podjętych w toku postępowania w postaci:

1. wyboru oferty złożonej przez wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Ernst & Young Corporate Finance Sp. z o.o., WS-Atkins Sp. z o.o. i W..... Eversheds sp. k, jako oferty najkorzystniejszej,
 2. oceny ofert, w tym oferty złożonej przez BBF,
 3. wykluczenia odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty jako złożonej przez podmiot wykluczony,
 4. zaniechania wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej,
- zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp i art. 24 ust. 4 Pzp poprzez błędne ich zastosowanie wobec BBF pomimo tego, że odwołujący nie podlegał wykluczeniu z postępowania, a jego oferta nie podlegała odrzuceniu,

2. art. 25 ust. 1 i 2 Pzp oraz przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2009, Nr 226, poz. 1817) poprzez żądanie od BBF dokumentów, które nie są niezbędne dla przeprowadzenia postępowania, nie są wymienione w ww. rozporządzeniu i nie zostały przewidziane, ani w ogłoszeniu o zamówieniu, ani specyfikacji Istotnych warunków zamówienia (SIWZ),
3. art. 7 ust. 3 Pzp poprzez udzielenie zamówienia podmiotowi wybranemu wbrew przepisom Pzp.

Powołując się na naruszenie swego interesu w uzyskaniu zamówienia, odwołujący wnosił o nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru oferty złożonej przez wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Ernst & Young Corporate Finance Sp, z o.o., WS-Atkins Sp. z o.o., W..... Eversheds sp. k, jako oferty najkorzystniejszej,
- 2. unieważnienia czynności oceny ofert, w tym oceny oferty BBF,
- 3. unieważnienia czynności wykluczenia z postępowania odwołującego i odrzucenia jego oferty,
- 4. dokonania powtórnej oceny ofert i dokonania wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez BBF,
- 5. ponadto wnosił zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrotu kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa prawnego wg norm przepisanych i złożonego na rozprawie rachunku.

W uzasadnieniu zarzutów i żądań odwołujący podał, że w piśmie z dnia 3 stycznia 2013 r. zamawiający powiadomił, że wykonawca został wykluczony z postępowania, a jego oferta zostaje uznana za odrzuconą. Jako uzasadnienie faktyczne wskazał, że odwołujący, pomimo jego wezwania w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do „uzupełnienia brakujących dokumentów dotyczących prawomocności podpisu na dokumencie udostępniającym doświadczenie (strona 62 oferty), - wada ta nie została usunięta”.

Dowód: zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej ofert z dnia 03.01.2012 roku (wydruk faksu w załączeniu).

Odwołujący argumentował, że jego interes we wnoszeniu środków ochrony prawnej przewidziany w Pzp przejawia się w tym, że zamawiający wykluczając BBF z postępowania i dokonując wyboru oferty złożonej przez wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Ernst & Young Corporate Finance Sp. z o.o., WS-Atkins Sp. z o.o. i W..... Eversheds sp. k. jako oferty najkorzystniejsze naruszył bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa i naraził

odwołującego na szkodę. Gdyby zamawiający postąpił zgodnie z żądaniem odwołującego wówczas to jego oferta (jako najkorzystniejsza z wszystkich nieodrzuconych ofert) zostałaby wybrana do realizacji, co umożliwiłoby osiągnięcie spółce określonego przychodu i zysku. Zatem niedokonanie tej czynności powoduje uszczerbek majątkowy dla odwołującego.

Odwołujący przyznał fakt, że zamawiający pismem z dnia 06.12.2012 roku wezwał wykonawcę między innymi do pisemnego uzupełnienia na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp „brakujących dokumentów” potwierdzających „prawomocność” podpisu osoby, która w imieniu podmiotu trzeciego używającego swych zasobów złożyła oświadczenie o udostępnieniu.

Dowód: wezwanie z dnia 06.12.2012 r. (w aktach postępowania u zamawiającego). Zamawiający oczekiwał od odwołującego złożenia, w terminie do dnia 13.12.2012 r. do godz. 12:00, dokumentów rejestracyjnych spółki składającej to oświadczenie oraz pełnomocnictw dla osoby podpisującej to oświadczenie.

Odwołujący wyjaśniał, że w odpowiedzi na wezwanie pismem z dnia 12.12.2012 r. przekazał zamawiającemu wyjaśnienia, w których wskazał, że „osoba podpisująca oświadczenie o udostępnieniu potencjału wiedzy i doświadczenia posiada umocowanie do dokonania takiej czynności prawnej” i załączył do tego wyjaśnienia komplet dokumentów rejestracyjnych spółki udostępniającej swój potencjał i pełnomocnictwo dla osoby, która złożyła swój podpis na tym oświadczeniu na dowód przedstawił: pismo BBF sp. z o.o. z dnia 12.12.2012 r. (w aktach postępowania u zamawiającego).

Ww. pismo zostało przesłane zamawiającemu za pośrednictwem poczty elektronicznej w dniu 12.12.2012 r., a następnie oryginał przesłany pocztą. Za okoliczność bezsporną odwołujący przyjął, że e-mail, o którym wyżej mowa dotarł do zamawiającego w dniu 12.12.2012 r. przed godziną 12-tą, a oryginał tego pisma wraz z załącznikami dotarł po dniu 12.12.2012 r.

Za istotne dla sprawy odwołujący poczytał treść ogłoszenia o zamówienia oraz SIWZ. Ogłoszenie, ani SIWZ nie wymieniały w katalogu dokumentów jakie mają złożyć wykonawcy, dokumentów potwierdzających, że osoby składające oświadczenie w imieniu podmiotów trzecich udostępniających swój potencjał na zasadzie art. 26 ust. 2b Pzp, są uprawnione do reprezentowania tych podmiotów (jak to nazwał zamawiający, że ich podpis jest „prawomocny”). Na dowód przedstawił ogłoszenie o zamówieniu (wydruk internetowy), specyfikację istotnych warunków zamówienia (SIWZ) (wydruk internetowy).

Jedynie zapisy jakie dotyczyły kwestii udostępniania zasobów wskazywały, że jeżeli wykonawca będzie polegał na doświadczeniu innych podmiotów, to zobowiązany jest przedstawić pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów (wiedzy i doświadczenia) na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia (pkt III.2.3) ogłoszenia; podobnie pkt 9.1.3.b) i 9.1.4.a) SIWZ).

Tego rodzaju oświadczenie zostało przez odwołującego złożone w oryginale wraz z ofertą. Na dowód podał: oferta BBF Sp. z o. o. s. 62 (w aktach postępowania u zamawiającego).

W ocenie odwołującego, zamawiający wykluczając go z postępowania i uznając jego ofertę za odrzuconą naruszył szereg przepisów Pzp. Odwołujący wskazał na treść art. 26 ust. 2b Pzp, zgodnie z którym wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia. Kluczowe jest tu stwierdzenie „w szczególności”, co oznacza, że owo pisemne zobowiązanie jest jedynie przykładowym sposobem wykazania zamawiającemu możliwością dysponowania potencjałem podmiotów trzecich.

W niniejszej sprawie, za istotne uznał odwołujący także postanowienia art. 25 Pzp, który wskazuje w ustępie pierwszym, że zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do prowadzenia postępowania, a nadto, że oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert.

Ponadto, zgodnie z treścią art. 25 ust. 2 Pzp i postanowieniami rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2009, Nr 226, poz. 1817) katalog dokumentów jaki może żądać zamawiający ma charakter zamknięty i nie może wykraczać poza te, które wynikają z ww. przepisów. Jednocześnie odwołujący argumentował, że żaden z ww. przepisów nie pozwala zamawiającemu na żądanie od wykonawców przedłożenia dokumentów potwierdzających uprawnienia konkretnych osób do reprezentacji podmiotu udostępniającego swe zasoby. W konsekwencji skoro żądanie zamawiającego nie miało podstawy prawnej, ani w przepisach prawa powszechnie obowiązujące, ani nawet w postanowieniach ogłoszenia czy SIWZ, niewykonanie bezprawnego żądania zamawiającego nie może skutkować dla wykonawcy negatywnymi konsekwencjami. Odwołujący przekonywał, że takie stanowisko prezentowane jest w licznych orzeczeniach KIO. Szczególnie trafnym i szczegółowo rozprawiającym się z tą tematyką wyrokiem jest wyrok KIO z dnia 18.03.2012 r. (KIO 447/11, KIO 449/11 i KIO 452/11). W związku z tym, że odwołujący w pełni podziela argumentację zawartą w uzasadnieniu tego wyroku, powołując się na nią, wyrok ten został w odwołaniu obszernie

przytoczony. KIO w wyroku tym stwierdza co następuje: „Zgodnie z art. 26 ust. 2b Pzp wykonawca, wykazując spełnianie warunków udziału w postępowaniu, może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. Zgodnie z zacytowanym wyżej przepisem, zobowiązanie podmiotu do udostępnienia zasobów jest dokumentem wskazanym przez ustawodawcę jedynie przykładowo, o czym świadczy użycie zwrotu „w szczególności”. Wskazany dokument należy uznać jednocześnie za dokument, który spełnia wymóg przepisu co do obowiązku udowodnienia zamawiającemu przez wykonawcę, iż będzie on dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia. Zwrot „w szczególności” wskazuje także, że ustawodawca pozostawił wykonawcy swobodę w zakresie decyzji co do rodzaju dokumentów, które składa zamawiającemu w celu udowodnienia wymaganych w tym przepisie okoliczności. Jest to uprawnienie wykonawcy nadane mu mocą przepisu ustawy, a wobec powyższego, wykonawcy nie można pozbawić tego uprawnienia ani go ograniczyć w wyniku zawarcia w ogłoszeniu o zamówieniu (lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia) odmiennych postanowień. Zamawiający nie może zatem ograniczyć prawa wykonawcy do samodzielnego wyboru dokumentów, jakie złoży w celu wykazania, że będzie dysponował wymaganymi zasobami, udostępnionymi mu przez podmiot trzeci. W świetle powyższego należy także uznać, że zamawiający nie może mocą swojego postanowienia, zawartego w ogłoszeniu, wymagać wyłącznie złożenia - zobowiązania podmiotu trzeciego do udostępnienia wykonawcy zasobów w celu wykazania określonych w art. 26 ust. 2b okoliczności, a nawet pomimo zawarcia takiego postanowienia w ogłoszeniu, wykonawca może korzystać z przysługującego mu prawa z mocy przepisu ustawy Pzp. Na mocy tego przepisu zamawiający musi respektować to prawo wykonawcy. Przepis art. 26 ust. 2b Pzp, wymieniając „zobowiązanie” jako dokument, który „w szczególności” może być złożony w celu udowodnienia zamawiającemu, że wykonawca będzie dysponował niezbędnymi zasobami, nie określa obowiązku załączenia przez wykonawcę do tego zobowiązania jakichkolwiek dodatkowych oświadczeń bądź dokumentów, w tym potwierdzających umocowanie osoby podpisującej ww. dokument do reprezentowania danego podmiotu, jak np. pełnomocnictwa, upoważnienia lub odpisu z KRS. Zauważyć należy, że ustawa Pzp ze szczególną uwagą traktuje kwestie dotyczące uprawnienia zamawiającego do żądania od wykonawców oświadczeń i dokumentów. Zgodnie z art. 25 ust. 1 Pzp zamawiający może żądać jedynie niezbędnych dokumentów, a wymagane dokumenty musi wskazać w

ogłoszeniu o zamówieniu, siwz lub zaproszeniu do składania ofert. Katalog dokumentów, których może żądać zamawiający jest ściśle określony w przepisach ustawy Pzp i przepisach rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817). Przepisy ustawy i ww. rozporządzenia wykonawczego, wydanego na podstawie art. 25 ust. 2 Pzp, nie pozostawiają zatem zamawiającemu swobody w powyższym zakresie, co w szczególności ma na celu zapewnienie zachowania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznej zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Jedynie w przypadkach określonych w § 1 ust. 2 i 3 ww. rozporządzenia zamawiający może żądać od wykonawców złożenia dokumentów dotyczących podmiotów udostępniających zasoby, w zakresie określonym w tych przepisach. W ocenie Izby, w świetle przedstawionych powyżej regulacji, zamawiający nie może żądać ani wprost w ogłoszeniu lub siwz, ani też w sposób dorozumiany, pełnomocnictw, upoważnień lub odpisów z KRS podmiotów składających zobowiązanie, gdyż do żądania tych dokumentów nie uprawnia zamawiającego żaden przepis ustawy Pzp ani rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów. Podkreślić należy także, że z treści przepisu art. 26 ust. 2b Pzp, określającej obowiązek wykonawcy udowodnienia zamawiającemu, że będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, nie wynika obowiązek złożenia pełnomocnictw, upoważnień lub KRS, potwierdzających umocowanie, osób podpisujących dane zobowiązanie, do reprezentacji danego podmiotu. Trzeba zauważyć przy tym, że „zobowiązanie” dotyczy stosunku prawnego łączącego wykonawcę z podmiotem trzecim, a zatem zamawiający nie jest stroną tego stosunku. Ponadto, nawet w przypadku działania osoby podpisującej zobowiązanie bez umocowania lub z przekroczeniem umocowania taka czynność prawna dotknięta jest jedynie sankcją tzw. bezskuteczności zawieszonej i może być konwalidowana na podstawie art. 103 i 104 k.c. Zwrócić trzeba uwagę także na fakt, że ustawa Pzp (art. 26 ust. 3) wyodrębnia dokument pełnomocnictwa od dokumentów i oświadczeń wymienionych w art. 25 ust. 1 Pzp. Dokumenty stwierdzające umocowanie osoby do dokonania czynności prawnej nie mogą być uznane za dokumenty składane w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu. W ocenie Izby, przepis art. 26 ust. 2b należy interpretować ściśle, a zatem należy przyjąć, że gdyby takie dokumenty były wymagane na mocy tego przepisu, to niewątpliwie zostałyby w tym przepisie wskazane. Jak wskazano w „Omówieniu najważniejszych zmian w przepisach ustawy Prawo zamówień publicznych wprowadzonych ustawami z 2009 r. (Prawo zamówień publicznych po zmianach z 2009 r. pod redakcją Jacka Sadowego, publikacja UZP, Warszawa 2010) „W przypadku wykazywania spełniania warunków udziału w postępowaniu poprzez odwoływanie się do potencjału podmiotów trzecich w zakresie sytuacji finansowej, potencjału technicznego (np. sprzętu) czy też osób

zdolnych do realizacji zamówienia za wystarczające może być uznane zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia odpowiednich zasobów na rzecz wykonawcy." W ocenie Izby nie budzi wątpliwości, że zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia wykonawcy zasobów lub inne dokumenty (np. umowa, potwierdzenie zawarcia umowy itp.), które wykonawca może złożyć, zgodnie z art. 26 ust. 2b, w celu udowodnienia zamawiającemu okoliczności dysponowania zasobami, jest dokumentem składanym w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 Pzp. Podstawa złożenia ww. dokumentów wynika wprost z ustawy Pzp, a nie z przepisów rozporządzenia w sprawie dokumentów. Są to zatem dokumenty, które podlegają uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 Pzp oraz mogą podlegać wyjaśnieniu w trybie art. 26 ust. 4 Pzp. Reasumując, w ocenie Izby, wszelkie wątpliwości co do prawidłowości reprezentacji podmiotu trzeciego w złożonym przez wykonawcę zobowiązaniu tego podmiotu do udostępnienia zasobów lub też w jakimkolwiek innym dokumencie złożonym przez wykonawcę na potwierdzenie okoliczności, o których mowa w art. 26 ust. 2b, podlegają wyjaśnieniu w trybie art. 26 ust. 4 Pzp."

Odwołujący zwrócił uwagę, na ostatnie zdanie ww. cytatu. Izba wskazała bowiem, że wszelkie wątpliwości w zakresie reprezentacji powinny być wyjaśniane w trybie art. 26 ust. 4 Pzp. Zresztą nawet samo wezwanie do złożenia wyjaśnień nie powinny być kierowane niejako automatycznie, a tylko wtedy gdy zamawiający ma uzasadnione wątpliwości w tym zakresie. W tej sprawie takich wątpliwości być nie powinno, albowiem spółka udostępniająca swój potencjał działa wiele lat na tym rynku współpracując z tym konkretnym zamawiającym. Także osoba podpisująca te wyjaśnienia znana jest zamawiającemu jako uprawniona do reprezentacji tego podmiotu. Zresztą ten konkretny zamawiający znajduje się w posiadaniu pełnomocnictw dla tej osoby, albowiem były one mu złożone w innym postępowaniu w 2012 roku. Niezależnie od powyższego odwołujący w tej sprawie, co jest bezsporne, takie wyjaśnienia złożył w terminie określonym przez zamawiającego. Zatem wyjaśnienia powinny zostać uznane za wystarczające, jak utrzymywał odwołujący i w konsekwencji nie było żadnych podstaw do tego, aby wykluczyć BBF Sp. z o.o. z postępowania. Podobne stanowisko jak powyższe prezentowane jest także w wielu innych orzeczeniach KIO, z których to wspominał wyrok KIO z dnia 29.07.2011 r. (KIO 1530/11), postanowienie KIO z 25.08.2011 r. (KIO 1781/11), wyrok KIO z dnia 27.06.2012 r. (KIO 1259/12).

Na wezwanie zamawiającego z dnia 14 stycznia 2013 r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zgłosili przystąpienie następujący wykonawcy:

1. Pismem z dnia 17 stycznia 2013 r., w kopii przesłanym stronom, Ove Arup & Partners International Limited Wielka Brytania działający w formie oddziału pod nazwą Ove Arup & Partners International Ltd Sp. z o. o. Oddział w Polsce, który

powoływał się na interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść zamawiającego, w zakresie zarzutów dotyczących wykluczenia odwołującego z postępowania, bowiem oferta przystępującego nie została jeszcze skutecznie odrzucona i w przypadku uwzględnienia odwołania przystępującego, oddalenia odwołania BBF Sp. z o.o. i utrzymania w mocy czynności wykluczenia odwołującego i odrzucenia jego oferty, przystępujący uzyskałby zamówienie. W uzasadnieniu przystępujący podał, że Interpretacja Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości dotycząca powoływania się wykonawców na zasoby podmiotu trzeciego jednoznacznie wskazuje na obowiązek wykonawcy rzeczywistego wykazania dysponowania potencjałem, którym się posiłkuje przy realizacji zamówienia (m.in. wyrok z dn. 18 listopada 2004 r. C-126/03; orzeczenie z dn. 2 grudnia 1999r. C-176/98; orzeczenie z dnia 14 kwietnia 1994 r. C-389/92). Udowodnieniu podlega okoliczność, że zasoby podmiotu trzeciego będą faktycznie dostępne przez cały czas realizacji zamówienia. A zatem, uprawnione jest stwierdzenie, że dla celów wykazania dysponowania zasobami podmiotu trzeciego nie jest wystarczające przedstawienie jakiegokolwiek dokumentu podmiotu trzeciego odwołującego się do woli udostępnienia jego zasobów, ale niezbędne jest przedstawienie (dokumentu, dokumentów), których treść będzie wykazywać faktyczną dostępność tych zasobów na użytek wykonawcy w celu realizacji zamówienia. Faktyczna dostępność przekazywanych zasobów potwierdzana jest m.in, przez wykazanie, że osoba podpisująca oświadczenie o zobowiązaniu do udostępnienia zasobów jest uprawniona do złożenia takiego oświadczenia. Okoliczność, iż przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, nie przewidują w katalogu tego rodzaju dokumentów, według przystępującego nie ma znaczenia. Pisemne zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia wykonawcy zasobów na okres realizacji zamówienia, jako jeden ze sposobów wykazania dysponowania takim potencjałem, przewidziane zostało wprost w ustawie - art. 26 ust. 2b Pzp. Jak przyjmuje się w doktrynie, wymagania stawiane przez art. 26 ust. 2b Pzp treści zobowiązania podmiotu trzeciego obejmują:

- wiążący charakter oświadczenia woli (tylko wtedy można mówić, że stanowi źródło uprawnienia do korzystania,
- wskazanie terminu korzystania z udostępnianych zasobów - okresu wykonywania zamówienia.
- przedmiot zobowiązania stanowić ma oddanie do dyspozycji niezbędnych zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia, potencjału technicznego, osób

zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolności finansowych.

- zatem obowiązkiem wykonawcy w przypadku, gdy korzysta z potencjału podmiotów trzecich, jest rzeczywiste wykazanie, że tym potencjałem będzie dysponował. Treść zobowiązania podmiotu trzeciego powinna określać: kto jest podmiotem przyjmującym zasoby, zakres zobowiązania podmiotu trzeciego, czego konkretnie dotyczy zobowiązanie oraz w jaki sposób będzie ono wykonane, w tym jakiego okresu dotyczy. Zobowiązanie takie stanowi oświadczenie woli podmiotu w rozumieniu przepisów ustawy Kodeks cywilny. Tym samym do powyższego zobowiązania, w związku z treścią art. 14 Pzp, należy stosować wprost przepisy Tytułu IV Księgi pierwszej Kodeksu cywilnego dotyczące czynności prawnych (tak m.in. w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dn. 10 listopada 2010r. sygn. KIO/UZP 2316/10, KIO/UZP 2368/10). Czynność prawna jest oparta na konstrukcji czynności konwencjonalnej. Jej ważność zależy od dokonania tej czynności zgodnie z normatywnie określonymi regułami konstytucyjnymi. W szczególności ważność takiej czynności zależy od posiadania zdolności prawnej i zdolności do czynności prawnych. Wedle poglądów wyrażanych w piśmiennictwie, posiadanie zdolności prawnej przez podmiot dokonujący czynności należy traktować jako regułę konstytucyjną. Od niej bowiem zależy, czy możliwe jest nabycie na podstawie tej czynności prawnej praw i obowiązków. Gdy ta podstawowa reguła konstrukcji czynności nie jest spełniona, czynność prawna jest nieważna z tej tylko przyczyny, co czyni dalsze badanie jej pozostałych elementów bezprzedmiotowym. (...) Nie ulega wątpliwości, że zdolność do czynności prawnych jest elementem należącym do reguł konstytucyjnych czynności prawnej, a całkowity brak tego elementu powoduje nieważność bezwzględną czynności prawnej. (dr hab. Maciej Gutowski: Nieważność czynności prawnej. Wyd. CH BECK 2006). Zaniechanie wykazania przez odwołującego faktycznym dysponowaniem zasobami podmiotu trzeciego, w tym wykazanie ważności czynności prawnej złożenia przez podmiot trzeci oświadczenia o zobowiązaniu do udostępnienia tych zasobów, jest naruszeniem reguł dowodowych wskazanych w art. 26 ust. 2b Pzp. Zasoby takie nie mogą zostać uznane za faktycznie udostępnione. Tym samym odwołujący - z uwagi na niewykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu - podlega wykluczeniu z udziału w tym postępowaniu – jak twierdził przystępujący.

2. Pismem z dnia 17 stycznia 2013 r., w kopii przesłanym stronom, konsorcjum: 1) Ernst & Young Corporate Finance Sp. z o.o. Warszawa (lider), WS-Atkins Polska Sp. z o.o., 3) W..... Evershets Sp. k., który powoływał się na interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść zamawiającego, bowiem ten wybrał ofertę przystępującego jako najkorzystniejszą, a uwzględnienie odwołania skutkowałoby

unieważnieniem czynności odrzucenia oferty odwołującego i wyborem jej jako najkorzystniejszej. W ocenie przystępującego, zamawiający słusznie wykluczył odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy Pzp. Należy bowiem zauważyć, iż wbrew twierdzeniu odwołującego, nie dostarczył on w terminie dokumentów potwierdzających należyte umocowanie osób, które udostępniły mu swoje zasoby na potrzeby wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Jeżeli odwołujący uważał, iż wezwanie zamawiającego dotyczące uzupełniania wskazanych w piśmie PKP PLK S.A. dokumentów narusza przepisy ustawy Pzp oraz w konsekwencji jego interes w uzyskaniu zamówienia może doznać uszczerbku, winien był stosownie do przepisów ustawy Pzp wnieść odwołanie na czynność wezwania przez zamawiającego do uzupełnienia dokumentów. Obecnie, zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 25 ust. 1 i 2 ustawy Pzp oraz Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, jest spóźniony i winien zostać oddalony jako podniesiony po upływie terminu na wniesienie odwołania. Jeżeli zaś odwołujący nie zakwestionował tej czynności zamawiającego tym samym uznając ją za uprawnioną - nie może teraz zarzucać naruszenia art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy Pzp w związku z wykluczeniem go z postępowania na skutek braku uzupełnienia wymaganych przez zamawiającego dokumentów. W konsekwencji, uznał zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt. 4, art. 24 ust. 4, art. 25 ust. 1 i 2 i art. 7 ust. 3 ustawy Pzp za chybiony, a tym samym wniósł o oddalenie odwołania.

Izba postanowiła dopuścić przystępujących do udziału w postępowaniu odwoławczym

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów odwołania. Podtrzymał swoje stanowisko jak w rozstrzygnięciu przetargu. W odpowiedzi na odwołanie z dnia 28 stycznia 2012 r. podał: *„W odwołaniu datowanym na dzień 11 stycznia 2013 r. BBF przede wszystkim zarzuca Zamawiającemu niezgodne z przepisami Ustawy wezwanie do uzupełnienia dokumentów, których według Odwołującego się nie mógł żądać m.in. nie ma ich wymienionych w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 roku. Zdaniem PKP PLK, po pierwsze Odwołujący się (zgodnie z tezą podniesioną w przystąpieniu do odwołania po stronie Zamawiającego konsorcjum reprezentowane przez Ernst & Young Corporate Finance Sp. z o.o) zarzucając Zamawiającemu niezgodność z prawem żądania uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 nie dochował terminu na wniesienie odwołania, który to termin zaczął biec od momentu możliwości zapoznania się Odwołującego z treścią wezwania, tj. od dnia 06.12.2012r. W związku z powyższym odwołanie jako złożone po*

terminie, zasługuje na oddalenie w całości bez rozpoznawania. Jeżeli KIO, zadecyduje jednak inaczej Zamawiający wykaże poniżej, iż zarzuty Odwołującego się są całkowicie niezasadne. Wykonawca, który na potwierdzenie wykazania się niezbędnym do realizacji zamówienia doświadczeniem posługuje się przepisem art. 26 ust. 2 b) PZP, jest zobligowany do wykazania, że osoby podpisujące zobowiązanie podmiotu do udostępnienia wiedzy, doświadczenia lub potencjału ludzkiego są upoważnione do składania takich oświadczeń. W przeciwnym bowiem razie, Zamawiający nie ma możliwości ocenić skuteczności prawnej takiegoż oświadczenia, a co za tym idzie spełnienia przez Odwołującego się warunku udziału w postępowaniu, Dodatkowo stwierdzić należy, iż w przypadku dokumentów składanych na wezwanie zgodnie z art. 26 ust. 3), mając na uwadze zapisy art. 78 § 1 ustawy Kodeks cywilny, dokumenty te winny być złożone w formie pisemnej. Podkreślić także należy, iż powoływanie się przez Odwołującego się na wyroki KIO z początku 2011 roku, tj. niedługo po nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych, które mają uprawdopodobnić tezy BBF jest całkowicie błędne. Już 24 marca 2011r. roku Sąd Okręgowy w Katowicach (sygn. akt XIX Ga 92/11) potwierdził zasadność i celowość żądań Zamawiającego w niniejszym postępowaniu. Podobne stanowisko zajmowała KIO w dalszych orzeczeniach związanych z dokumentami przedstawianymi przez wykonawców korzystających z art. 26 ust. 2b) PZP, tj. KIO 84/12 (sprawę którą przegrała PKP PLK i stąd stosujemy w Spółce wykładnię w nim zastosowaną), a także KIO 2332/12 oraz KIO 2213/12.

Bezspornym między stronami jest fakt, iż dokumenty złożone na wezwanie zgodnie z art. 26 ust. 3 zostały przesłane do Zamawiającego w formie fax-u i drogą elektroniczną (e-mail), a więc nie była to forma pisemna w myśl art. 78 § 1 ustawy Kodeks cywilny (forma pisemna dokumentów trafiła do PKP PLK z jednodniowym opóźnieniem). W związku z powyższym, ze względu na fakt, iż BBF nie dostarczył w terminie wyznaczonym przez PKP PLK pisemnego potwierdzenia, że osoba podpisująca udostępnienie zasobów z ramienia firmy Systra jest do składania takich oświadczeń uprawniona, Zamawiający uznał, że Wykonawca nie złożył dokumentów potwierdzających spełnienie warunków w postępowaniu i był zmuszony wykluczyć Odwołującego się.

Karygodnym ze strony BBF jest także powoływanie się w odwołaniu na znajomość firmy Systra (i osób ją reprezentujących) przez PKP PLK z innych postępowań przeprowadzonych w 2012 roku. Takie postulowane przez Odwołującego się postępowanie Zamawiającego złamałoby zasady uczciwej konkurencji pomiędzy Wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia.”

Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania w oparciu o art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody: z protokołu postępowania, z ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty odwołującego, korespondencji stron. Nadto, Izba rozważyła stanowiska stron i uczestników postępowania przedstawione w pismach oraz do protokołu rozprawy.

Rozpatrując odwołanie w granicach podnoszonych zarzutów podtrzymanych na rozprawie - stosownie do art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba ustaliła, co następuje.

Ogłoszenie, ani SIWZ nie wymieniały w katalogu dokumentów jakie mają złożyć wykonawcy, dokumentów potwierdzających, że osoby składające oświadczenie w imieniu podmiotów trzecich udostępniających swój potencjał na zasadzie art. 26 ust. 2b Pzp, są uprawnione do reprezentowania tych podmiotów (jak to nazwał zamawiający, że ich podpis jest „prawomocny”).

Zapisy jakie dotyczyły kwestii udostępniania zasobów wskazywały, że jeżeli wykonawca będzie polegał na doświadczeniu innych podmiotów, to zobowiązany jest przedstawić pisemne zobowiązanie innych podmiotów do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów (wiedzy i doświadczenia) na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia (pkt III.2.3) ogłoszenia; podobnie pkt 9.1.3.b) i 9.1.4.a) SIWZ).

Tego rodzaju oświadczenie o „udostępnieniu potencjału wiedzy i doświadczenia” zostało przez odwołującego złożone w oryginale wraz z ofertą, strona 62.

Zamawiający pismem z dnia 06.12.2012 roku wezwał odwołującego, między innymi do pisemnego uzupełnienia na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp do „brakujących dokumentów” potwierdzających „prawomocność” podpisu osoby, który w imieniu podmiotu trzeciego użyczającego swych zasobów złożyła oświadczenie o udostępnieniu. Dosłownie: *„Ponadto zamawiający na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy wzywa do uzupełnienia brakujących dokumentów strona 62 (zastrzeżona)- brak dokumentów potwierdzających prawomocność podpisu Pani (...). Zamawiający wyznacza nieprzekraczalny termin na złożenie uzupełnień i wyjaśnień do dnia 13.12.2012 r. do godziny 12:00. Uzupełnienia należy złożyć w formie pisemnej w siedzibie zamawiającego w Krakowie Pl. Matejki 12 pokój 213. Wyjaśnienia należy przesłać faksem lub drogą elektroniczną (...) a następnie przekazać oryginał drogą pocztową na adres zamawiającego w Krakowie Pl. Matejki 12.”*

Zamawiający oczekiwał od odwołującego złożenia, w terminie do dnia 13.12.2012 r. do godz. 12:00, dokumentów rejestracyjnych spółki składającej to oświadczenie oraz pełnomocnictw dla osoby podpisującej to oświadczenie.

W odpowiedzi na to wezwanie, odwołujący pismem z dnia 12.12.2012 r. przekazał

zamawiającemu wyjaśnienia, do których załączył dokumenty, „*że osoba podpisująca oświadczenie o udostępnieniu potencjału wiedzy i doświadczenia posiada umocowanie do dokonania takiej czynności prawnej*” i załączył do tego wyjaśnienia dokumenty rejestracyjne spółki zagranicznej udostępniającej swój potencjał i pełnomocnictwo dla osoby, która złożyła swój podpis na tym oświadczeniu.

Ww. pismo zostało przesłane zamawiającemu za pośrednictwem poczty elektronicznej w dniu 12.12.2012 r., a następnie oryginał przesłany pocztą w dniu 13.12.2012 r. Za okoliczność bezsporną odwołujący przyjął, że e-mail, o którym wyżej mowa dotarł do zamawiającego w dniu 13.12.2012 r. przed godziną 12-tą, a oryginał tego pisma wraz z załącznikami został wysłany przesyłką pocztową i dotarł po dniu 13.12.2012 r., tj. 14.12.2012r.

Izba zważyła, co następuje.

Odwołujący złożył ofertę z ceną niższą niż wykonawca wybrany, zatem potwierdzenie się zarzutów odwołania, że zamawiający z naruszeniem przepisów ustawy dokonał czynności wykluczenia odwołującego i odrzucenia jego oferty potwierdza interes odwołującego i stanowi legitymację do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż zachodziłaby możliwość poniesienia szkody przez odwołującego wskutek pozbawienie możliwości uzyskania zamówienia.

Art. 26 ust. 2b Pzp, stanowi, że wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia. Pisemne zobowiązanie podmiotu trzeciego - jest jedynie przykładowym sposobem, wykazania zamawiającemu możliwości dysponowania potencjałem podmiotów trzecich.

Z kolei art. 25 Pzp, wskazuje w ustępie pierwszym, że zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do prowadzenia postępowania, a nadto stanowi, że oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert. Zgodnie z treścią art. 25 ust. 2 Pzp i postanowieniami rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia

30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2009, Nr 226, poz. 1817) katalog dokumentów jaki może żądać zamawiający istotnie ma charakter zamknięty i nie może wykraczać poza te, które wynikają z ww. przepisów.

Izba jednak nie podzieliła argumentacji odwołującego, przemawiającej w jego przekonaniu za uwzględnieniem odwołania, skoro odwołujący nie dotrzymał terminu uzupełnienia dokumentów w formie pisemnej na wezwanie zamawiającego. Wykonawca w takiej sytuacji nie jest uprawniony, aby na etapie po ustaleniu wyniku przetargu, podnosić zarzuty, że wezwanie do uzupełnienia dokumentów było bezprawne i z tego wywodzić skutki, zmierzające do uznania bezpodstawności wezwania odwołującego do złożenia dokumentu – z odpisów aktów rejestrowych podmiotu udostępniającego wiedzę i doświadczenie, lub pełnomocnictw dla osoby nie będącej reprezentantem podmiotu udostępniającego zasoby. Zarzuty w odniesieniu do bezprawności wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających umocowanie dla osoby, której oświadczenie o udostępnieniu potencjału zostało przedłożone w dokumentach oferty, Izba uznała za spóźnione i nie podlegające rozpatrzeniu w oparciu o postanowienia art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w związku z art. 182 ust. 1 pkt 1 tej ustawy.

Jednocześnie Izba przychyliła się do stanowiska zamawiającego oraz przystępującego Ove Arup & Partners International Limited Wielka Brytania działający w formie oddziału pod nazwą Ove Arup & Partners International Ltd Sp. z o. o. Oddział w Polsce, że faktyczna dostępność przekazywanych zasobów potwierdzana jest m.in. przez wykazanie, że osoba podpisująca oświadczenie o zobowiązaniu do ich udostępnienia jest uprawniona do złożenia takiego oświadczenia. Okoliczność, iż przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, nie przewidują w katalogu tego rodzaju dokumentów, o tyle nie ma znaczenia, że zastosowanie znajdują unormowania przepisów Kodeksu cywilnego – art. 78 § 1 w związku z art. 14 ustawy Pzp, że do zachowania formy pisemnej czynności prawnej wystarcza złożenie własnoręcznego podpisu na dokumencie obejmującym treść oświadczenia woli. Przy czym równoległe znajdują zastosowanie przepisy regulujące funkcjonowanie i sposób reprezentacji podmiotów występujących w obrocie prawnym. Pisemne zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia wykonawcy zasobów na okres realizacji zamówienia, jako jeden ze sposobów wykazania dysponowania takim potencjałem, przewidziane zostało wprost w ustawie - art. 26 ust. 2b Pzp. Jak przyjmuje się w doktrynie, wymagania stawiane przez art. 26 ust. 2b Pzp treści zobowiązania podmiotu trzeciego obejmują:

- wiążący charakter oświadczenia woli (tylko wtedy można mówić, że stanowi źródło uprawnienia do korzystania,
- wskazanie terminu korzystania z udostępnianych zasobów, okresu wykonywania zamówienia.
- przedmiot zobowiązania stanowić ma oddanie do dyspozycji niezbędnych zasobów w postaci między innymi wiedzy i doświadczenia,

Obowiązkiem zatem wykonawcy w przypadku, gdy korzysta z potencjału podmiotów trzecich, jest rzeczywiste wykazanie, że tym potencjałem będzie dysponował. Treść zobowiązania podmiotu trzeciego powinna określać: kto jest podmiotem przyjmującym zasoby, zakres zobowiązania podmiotu trzeciego, czego konkretnie dotyczy zobowiązanie oraz w jaki sposób będzie ono wykonane, w tym jakiego okresu dotyczy. Zobowiązanie takie stanowi oświadczenie woli podmiotu w rozumieniu przepisów ustawy Kodeks cywilny. Tym samym do powyższego zobowiązania, w związku z treścią art. 14 Pzp, należy stosować wprost przepisy Tytułu IV Księgi pierwszej Kodeksu cywilnego dotyczące czynności prawnych (tak m.in. w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 listopada 2010r. sygn. KIO/UZP 2316/10, KIO/UZP 2368/10). Ważność czynności prawnej zależy od dokonania tej czynności zgodnie z normatywnie określonymi regułami konstytutywnymi podmiotu decydującego się na udostępnienie zasobów. W szczególności ważność takiej czynności zależy od posiadania zdolności prawnej i zdolności do czynności prawnych i właściwego umocowania osoby składającej tego rodzaju oświadczenie woli. Zaniechanie wykazania przez odwołującego faktycznego dysponowania zasobami podmiotu trzeciego, w tym wykazanie ważności czynności prawnej - złożenia przez podmiot trzeci oświadczenia o zobowiązaniu do udostępnienia tych zasobów, poświadcza, że zasoby takie nie mogą zostać uznane za faktycznie udostępnione. Tym samym, Izba nie podzieliła poglądów odwołującego, że pomimo nieuzupełnienia dokumentów na wezwanie, wystarczające były dokumenty zawarte w ofercie, a w szczególności samo zobowiązanie do udostępnienia zasobów wiedzy i doświadczenia, strona 62 oferty, podpisane przez osobę o nieustalonym statusie co do pełnionej funkcji z wymienieniem jedynie nazwy podmiotu udostępniającego zasoby, pod adnotacją „podpisy osób upoważnionych do reprezentowania firmy.” Z uwagi na niewykazanie spełnienia warunków udziału, odwołujący podlegał wykluczeniu z udziału w tym postępowaniu, zatem zamawiający nie naruszył wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp oraz przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009r. w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2009, Nr 226, poz. 1817).

Izba w ogólności podziela poglądy, że zamawiający może wymagać jedynie dokumentów podanych w ogłoszeniu o zamówieniu oraz SIWZ.

W przypadku udostępniania zasobów, przepis wymienia jedynie przykładowy dokument „zobowiązania podmiotu udostępniającego” co świadczy, że mogą być przedłożone inne dokumenty na dowiedzenie realnego udostępnienia zasobów. Przedstawienie zaś dokumentu rejestrowego danego podmiotu, ewentualnie wraz z pełnomocnictwem jest czynnością immanentnie związaną z wykazaniem ważności i skuteczności zaciągniętego zobowiązania, a więc w komplecie to zobowiązanie stanowi.

W tym stanie rzeczy Izba uznała, że podnoszone zarzuty nie mają usprawiedliwionych podstaw i oddaliła odwołanie o czym orzekła na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz stosownie do postanowień § 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

Członkowie:

.....