

Sygn. akt: KIO/UZP 887/10

KIO/UZP 905/10

WYROK

z dnia 31 maja 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

**Członkowie: Marek Koleśnikow
Sylwester Kuchnio**

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **26 maja 2010 r.** w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia **18 maja 2010 r.** do łącznego rozpoznania, wniesionych przez:

A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) SYSTRA S.A., 5, Avenue du Coq, 75009 Paryż, Francja (lider konsorcjum), 2) SAFEGE S.A., Parc de l'Île, 15-27 rue du Port, 92000 Nanterre, Francja, 3) EC HARRIS INTERNATIONAL LTD, ECHQ, 34 York Way, Londyn N1 9AB, Wielka Brytania (sygn. akt KIO/UZP 887/10),

B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) Ingenieurbüro Dipl.-Ing. H. Vössing GmbH, Brunnenstrasse 29-31, 40223 Düsseldorf, Niemcy (lider konsorcjum), 2) Dornier Consulting GmbH, Graf-von-Soden-Strasse, Bürogebäude 10, 88090 Immenstaad nad Jeziorem Bodeńskim, Niemcy (sygn. akt KIO/UZP 905/10),

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego: **PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna, 03-734 Warszawa, ul. Targowa 74** protestów:

A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) SYSTRA S.A., 5, Avenue du Coq, 75009 Paryż, Francja (lider konsorcjum), 2) SAFEGE S.A., Parc de l'Île, 15-27 rue du Port, 92000 Nanterre, Francja, 3) EC HARRIS INTERNATIONAL LTD, ECHQ, 34 York Way, Londyn N1 9AB, Wielka Brytania – z dnia 23 kwietnia 2010 r.,

B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) Ingenieurbüro Dipl.-Ing. H. Vössing GmbH, Brunnenstrasse 29-31, 40223 Düsseldorf, Niemcy (lider konsorcjum), 2) Dornier Consulting GmbH, Graf-von-Soden-Strasse, Bürogebäude 10, 88090 Immenstaad nad Jeziorem Bodeńskim, Niemcy – z dnia 23 kwietnia 2010 r.,

Sygn. akt: KIO/UZP 887/10

KIO/UZP 905/10

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) Ingeniería IDOM Internacional S.A., c/José Abascal 4, 28003 Madryt, Hiszpania (lider konsorcjum), 2) Biuro Projektów Komunikacyjnych w Poznaniu spółka z o.o., ul. Kościuszki 68, 61-891 Poznań** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w sprawach o **sygn. akt: KIO/UZP 887/10 i KIO/UZP 905/10**

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie wniesione przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) SYSTRA S.A., 5, Avenue du Coq, 75009 Paryż, Francja (lider konsorcjum), 2) SAFEGE S.A., Parc de l'Île, 15-27 rue du Port, 92000 Nanterre, Francja, 3) EC HARRIS INTERNATIONAL LTD, ECHQ, 34 York Way, Londyn N1 9AB, Wielka Brytania (sygn. akt KIO/UZP 887/10).**
- 2. Uwzględnia odwołanie wniesione przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) Ingenieurbüro Dipl.-Ing. H. Vössing GmbH, Brunnenstrasse 29-31, 40223 Düsseldorf, Niemcy (lider konsorcjum), 2) Dornier Consulting GmbH, Graf-von-Soden-Strasse, Bürogebäude 10, 88090 Immenstaad nad Jeziorem Bodeńskim, Niemcy i nakazuje Zamawiającemu: unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz ponowne dokonanie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego (sygn. akt KIO/UZP 905/10).**
- 3. Kosztami postępowania obciąża:**
 - A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) SYSTRA S.A., 5, Avenue du Coq, 75009 Paryż, Francja (lider konsorcjum), 2) SAFEGE S.A., Parc de l'Île, 15-27 rue du Port, 92000 Nanterre, Francja, 3) EC HARRIS INTERNATIONAL LTD, ECHQ, 34 York Way, Londyn N1 9AB, Wielka Brytania w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 887/10,**
 - B. PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna, 03-734 Warszawa, ul. Targowa 74 w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 905/10,**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisów uiszczonych przez odwołujących się, w tym:

Sygn. akt: KIO/UZP 887/10

KIO/UZP 905/10

- A. koszty w wysokości **2222 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące dwieście dwadzieścia dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) SYSTRA S.A., 5, Avenue du Coq, 75009 Paryż, Francja (lider konsorcjum), 2) SAFEGE S.A., Parc de l'Île, 15-27 rue du Port, 92000 Nanterre, Francja, 3) EC HARRIS INTERNATIONAL LTD, ECHQ, 34 York Way, Londyn N1 9AB, Wielka Brytania,**
- B. koszty w wysokości **2222 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące dwieście dwadzieścia dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) Ingenieurbüro Dipl.-Ing. H. Vössing GmbH, Brunnenstrasse 29-31, 40223 Düsseldorf, Niemcy (lider konsorcjum), 2) Dornier Consulting GmbH, Graf-von-Soden-Strasse, Bürogebäude 10, 88090 Immenstaad nad Jeziorem Bodeńskim, Niemcy;**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **5822 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy osiemset dwadzieścia dwa złote zero groszy) stanowiącej uzasadnione koszty stron, w tym:
- A. kwoty **3600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) SYSTRA S.A., 5, Avenue du Coq, 75009 Paryż, Francja (lider konsorcjum), 2) SAFEGE S.A., Parc de l'Île, 15-27 rue du Port, 92000 Nanterre, Francja, 3) EC HARRIS INTERNATIONAL LTD, ECHQ, 34 York Way, Londyn N1 9AB, Wielka Brytania** na rzecz **PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna, 03-734 Warszawa, ul. Targowa 74** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
- B. kwoty **2222 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące dwieście dwadzieścia dwa złote zero groszy) przez **PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna, 03-734 Warszawa, ul. Targowa 74** na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) Ingenieurbüro Dipl.-Ing. H. Vössing GmbH, Brunnenstrasse 29-31, 40223 Düsseldorf, Niemcy (lider konsorcjum), 2) Dornier Consulting GmbH, Graf-von-Soden-Strasse, Bürogebäude 10, 88090 Immenstaad nad Jeziorem Bodeńskim, Niemcy** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu od odwołania;
- 3) dokonać zwrotu kwoty **25.556 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia pięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołujących się, w tym:
- A. kwoty **12778 zł 00 gr** (słownie: dwanaście tysięcy siedemset siedemdziesiąt osiem złotych zero groszy) na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie**

Sygn. akt: KIO/UZP 887/10

KIO/UZP 905/10

zamówienia: 1) SYSTRA S.A., 5, Avenue du Coq, 75009 Paryż, Francja (lider konsorcjum), 2) SAFEGE S.A., Parc de l'Île, 15-27 rue du Port, 92000 Nanterre, Francja, 3) EC HARRIS INTERNATIONAL LTD, ECHQ, 34 York Way, Londyn N1 9AB, Wielka Brytania,

- B. kwoty **12778 zł 00 gr** (słownie: dwanaście tysięcy siedemset siedemdziesiąt osiem złotych zero groszy) na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) Ingenieurbüro Dipl.-Ing. H. Vössing GmbH, Brunnenstrasse 29-31, 40223 Düsseldorf, Niemcy (lider konsorcjum), 2) Dornier Consulting GmbH, Graf-von-Soden-Strasse, Bürogebäude 10, 88090 Immenstaad nad Jeziorem Bodeńskim, Niemcy**

Uzasadnienie

Zamawiający – PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie – prowadzi w trybie dialogu konkurencyjnego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z późn. zm.; zwanej dalej również „ustawą pzp” lub „ppz”), postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest usługa pn. *opracowanie Studium Wykonalności dla budowy linii kolejowej dużych prędkości Wrocław/Poznań – Łódź – Warszawa*.

14 kwietnia 2010 r. Zamawiający poinformował o wynikach postępowania – wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez konsorcjum w składzie: 1) Inżynieria IDOM Internacional S.A., c/José Abascal 4, 28003 Madryt, Hiszpania (lider konsorcjum), 2) Biuro Projektów Komunikacyjnych w Poznaniu spółka z o.o., ul. Kościuszki 68, 61-891 Poznań (zwanego dalej „Konsorcjum IDOM”, „Przystępującym IDOM”) oraz odrzuceniu między innymi oferty konsorcjum w składzie: 1) Ingenieurbüro Dipl.-Ing. H. Vössing GmbH, Brunnenstrasse 29-31, 40223 Düsseldorf, Niemcy (lider konsorcjum), 2) Dornier Consulting GmbH, Graf-von-Soden-Strasse, Bürogebäude 10, 88090 Immenstaad nad Jeziorem Bodeńskim, Niemcy (zwanego dalej „Konsorcjum Vössing”, lub „Odwołującym Vössing”).

A. (KIO/UZP 887/10)

Wobec dokonanej czynności wyboru najkorzystniejszej oferty konsorcjum w składzie: 1) SYSTRA S.A., 5, Avenue du Coq, 75009 Paryż, Francja (lider konsorcjum), 2) SAFEGE S.A., Parc de l'Île, 15-27 rue du Port, 92000 Nanterre, Francja, 3) EC HARRIS INTERNATIONAL LTD, ECHQ, 34 York Way, Londyn N1 9AB, Wielka Brytania (zwane dalej „Konsorcjum SYSTRA” lub „Odwołującym SYSTRA”) złożyło odwołanie poprzedzone protestem.

Środki ochrony prawnej zostały wniesione przez Odwołującego SYSTRA w terminach ustawowych, odpowiednio: protest 23 kwietnia 2010 r. (pismem z 20 kwietnia 2010 r.), odwołanie wniesiono 13 maja 2010 r. bezpośrednio do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (pismem z 10 maja 2010 r.), w tym samym dniu Zamawiający otrzymał kopię odwołania – z zachowaniem terminu ustawowego wynikającego z art. 184 ust. 2 zd. 1 *in fine* pzp.

Odwołujący SYSTRA zarówno w proteście jak i w odwołaniu zarzucił Zamawiającemu, iż przez dokonane w postępowaniu następujące czynności:

1. wybór oferty Konsorcjum IDOM jako oferty najkorzystniejszej,
2. zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum IDOM,
3. ocenę oferty Konsorcjum IDOM w kryterium Koncepcja realizacji zamówienia – Harmonogram działań Części I w zakresie zależności pomiędzy poszczególnymi analizami, wskazania, które produkty jednych analiz będą danymi wyjściowymi dla innej analiz, wskazania uzgodnień z Zamawiającym i z interesariuszami projektu poprzez zawyżenie punktacji,
4. ocenę oferty Odwołującego SYSTRA w kryterium Koncepcja realizacji zamówienia w zakresie:
a) harmonogramu działań Części I (zależności pomiędzy poszczególnymi analizami, wskazania, które produkty jednych analiz będą danymi wyjściowymi dla innej analiz, wskazanie wymaganych uzgodnień z Zamawiającym oraz wymaganych uzgodnień z interesariuszami projektu), b) metodyki (plan działań minimalizacji ryzyk) poprzez zaniżenie punktacji,

naruszył przepisy: art.7 ust.1 pzp, art. 89 ust.1 pkt 2 pzp, art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp, art. 90 ust. 2 i 3 pzp, art. 89 ust.1 pkt 8 w zw. z art. 23 ust. 2 pzp i art. 104 kc, art. 89 ust. 1 pkt 6 pzp w zw. z ustawą o podatku od towarów i usług – w szczególności z art. 28e, art. 24 ust. 2 pkt 2 pzp, art. 91 ust. 1 pzp oraz art. 26 ust. 3 pzp (na rozprawie Odwołujący SYSTRA odstąpił od podnoszenia zarzutu naruszenia innych przepisów wskazanych w treści uzasadnienia odwołania).

W związku z postawionymi zarzutami Odwołujący wniósł w odwołaniu o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Konsorcjum IDOM,
2. dokonania ponownego badania i oceny ofert,
3. odrzucenia oferty Konsorcjum IDOM, a w przypadku nieuwzględnienia tego żądania, dokonania zmiany punktacji oferty Konsorcjum poprzez odjęcie punktów przyznanych w kryterium Koncepcja realizacji zamówienia – Harmonogram działań Części I w zakresie zależności pomiędzy poszczególnymi analizami, wskazania, które produkty jednych analiz będą danymi wyjściowymi dla innej analiz, wskazania uzgodnień z Zamawiającym i z interesariuszami projektu,
4. przyznanie Konsorcjum SYSTRA maksymalnej ilości punktów w kryterium Koncepcja realizacji

zamówienia – Harmonogram działań Części I oraz w kryterium Koncepcja realizacji zamówienia
– Metodyka,

5. dokonanie wyboru Konsorcjum SYSTRA jako oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów, Odwołujący SYSTRA podniósł między innymi następujące okoliczności.

„(...)
I.

W ocenie Odwołującego, Konsorcjum złożyło ofertę, która nie wywołuje skutków prawnych ze względu na brak należytego umocowania Pana Oscara R. G.

(...)

W niniejszym postępowaniu oferta została podpisana przez Pana Oscara R. G., działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 25 maja 2009 r. udzielonego przez INICIATIVAS EMPRESARIALES IDOM S.L.U., a więc inny podmiot niż członek konsorcjum tj. Ingenieria Idom International S.A. Z załączonego do wniosku odpisu z hiszpańskiego rejestru nie wynika, aby spółka INICIATIVAS EMPRESARIALES IDOM S.L.U. była uprawniona do reprezentacji spółki Ingenieria Idom International S.A.

Ponadto nawet jeżeli kontryfaktycznie przyjąć uprawnienie tego podmiotu do reprezentacji Ingenieria Idom International S.A., to pełnomocnictwo i tak obciążone jest nieusuwalną wadą. Z treści ww. pełnomocnictwa nie wynika, aby mocodawca działał jako lider Konsorcjum Ingenieria Idom International S.A.- Biuro Projektów Komunikacyjnych w Poznaniu Sp. z o.o. Pan Oscar Rico Garcia podpisał bowiem ofertę jako reprezentant Ingenieria Idom International S.A, a nie w imieniu Wykonawcy, którym jest Konsorcjum Ingenieria Idom International S.A.- Biuro Projektów Komunikacyjnych w Poznaniu Sp. z o.o.

Biuro Projektów Komunikacyjnych w Poznaniu Sp. z o.o. udzieliła pełnomocnictwa dla Ingenieria Idom International S.A. jako lidera Konsorcjum dopiero 9 lutego 2010 r. Zatem, pełnomocnictwo dla Pana Oscara R. G. zostało udzielone zanim Biuro Projektów Komunikacyjnych w Poznaniu Sp. z o.o. ustanowiło Ingenieria Idom International S.A. liderem Konsorcjum. Pełnomocnictwo wcześniej udzielone nie może obejmować umocowania do czynności, co do których Ingenieria Idom International SA została umocowana później. Dlatego też, nie można uznać, iż oferta Ingenieria Idom International S.A.- Biuro Projektów Komunikacyjnych w Poznaniu Sp. z o.o. została podpisana przez osobę umocowaną w imieniu Konsorcjum.

Oferta Konsorcjum podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust.1 pkt 1 i 8 ustawy Pzp jako nieważna na podstawie art. 104 k.c. mającego zastosowanie poprzez art. 14 ustawy Pzp, ponieważ została podpisana bez należytego umocowania.

Należy ponadto zaznaczyć, iż zgodnie z pkt 7.2.4 SIWZ pełnomocnictwo do reprezentowania Wykonawców w postępowaniu albo reprezentowania Wykonawców

w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, w przypadku gdy wykonawcy wspólnie ubiegają się o udzielenie zamówienia powinno wyraźnie wskazywać jakiego postępowania dotyczy, jakie podmioty występują wspólnie, kto w imieniu tych podmiotów ma pełnić funkcję pełnomocnika, jakie konkretne czynności w postępowaniu ma prawo wykonywać pełnomocnik, na jaki okres jest udzielane. Pełnomocnictwo udzielone przez Ingenieria Idom International S.A. dla Pana Oscara R. G. w swej treści oprócz braku informacji o działaniu w imieniu Konsorcjum (jak wyżej wskazano), nie zawiera zarówno danych dotyczących postępowania jakiego dotyczy oraz konkretnych czynności w postępowaniu, jakie ma prawo wykonywać pełnomocnik, które to okoliczności dodatkowo wskazują na niezgodność z SIWZ.

Zamawiający odrzucił protest w zakresie tego zarzutu twierdząc, że został podniesiony po terminie. (...) W ocenie Odwołującego, zarzut został zgłoszony w terminie. Powyższe twierdzenie uzasadnia przede wszystkim fakt, iż do wniosku zostało dołączone odmienne pełnomocnictwo niż do oferty. Odmienności dotyczą zarówno daty jak i zakresu pełnomocnictwa. Pełnomocnictwo załączone do wniosku opatrzone jest datą 16 grudnia 2003 r. i nie zawiera, jak twierdzi Zamawiający, uprawnień do tworzenia konsorcjum, rzekomo znajdującego się w pkt 6 na str. 32 wniosku. Przytoczone pełnomocnictwo nie zawiera umocowania do złożenia oferty w imieniu konsorcjum. (...) Natomiast pełnomocnictwo załączone do oferty zostało udzielone w dniu 25 maja 2009 r., a więc po ogłoszeniu wyników oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, które to zdarzenie miało miejsce 9 kwietnia 2009 r., tym samym nie można uznać, iż zarzut nieprawidłowego umocowania formułowany na podstawie pełnomocnictwa załączonego do oferty jako spóźniony podlega odrzuceniu.

Nie można także domniemywać, iż Pan Oscar R. G. działał w imieniu konsorcjum, ponieważ pełnomocnictwo dla Pana Oscara obejmuje prawo do tworzenia konsorcjów, zaś pełnomocnictwo udzielone przez BPK w Poznaniu Sp. z o.o. dla Ingenieria Idom Internacionales, to tym samym zostało udzielone Panu G.. Pełnomocnictwo dla Pana G. zostało udzielone zanim BPK Poznań upoważnił Ingenieria Idom Internacionales do działania w imieniu konsorcjum, zatem błędne jest twierdzenie Zamawiającego, że Pan G. działał w imieniu obu podmiotów. (...)

II.

Konsorcjum Ingenieria Idom International S.A - Biuro Projektów Komunikacyjnych w Poznaniu Sp. z o.o. popełniło błąd w obliczeniu ceny oferty poprzez niedoliczenie do ceny netto podatku VAT.

Zgodnie z kwalifikacją ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług przedmiotem umowy jest wykonywanie usług związanych z nieruchomością. (...)

Przedmiotem zamówienia są opracowania studiów wykonalności dla projektów inwestycyjnych – powstania kolei dużych prędkości umożliwiającą komunikację pomiędzy konkretnymi punktami. W ramach przedmiotu zamówienia Wykonawca zobowiązany jest

do przedstawienia wariantów przebiegu linii dużych prędkości Wrocław/Poznań-Łódź-Warszawa, w tym uszczegółowienia wybranego wariantu przebiegu linii przez co najmniej cztery aglomeracje Warszawa, Łódź, Poznań, Wrocław, zatem rezultat opracowania zawsze będzie dotyczył nieruchomości położonych w Polsce, a w konsekwencji będzie w sposób trwały związany z gruntem, skoro jego cechą jest trwałe umiejscowienie w przestrzeni. W takim przypadku zarówno polskie przepisy o podatku od towarów i usług art. 28 e (...), jak i przepisy wspólnotowe przewidują odstępstwo od ogólnych zasad opodatkowania usług wskazując, że miejscem świadczenia takich usług jest miejsce położenia nieruchomości. W związku z tak ustalonym miejscem opodatkowania usług umowa podlegać będzie opodatkowaniu w Polsce, a obowiązek podatkowy ciążył będzie na wykonawcy usług, nie zaś na zamawiającym.

Konsorcjum było zobligowane wskazać w ofercie podatek VAT ze względu na fakt, iż usługa opracowania studium wykonalności dla budowy linii kolejowej dużych prędkości Wrocław/Poznań-Łódź - Warszawa jest usługą związaną z nieruchomościami zlokalizowanymi w konkretnym miejscu w Polsce. Tym samym znajdzie zastosowanie przepis szczególny ustawy o podatku od towarów i usług, zgodnie z którym miejscem świadczenia tak zdefiniowanych usług, a zatem miejscem, w którym te usługi należy opodatkować jest miejsce położenia nieruchomości czyli Polska. Zastosowanie znajdzie zatem pkt.17.1 SIWZ, zgodnie z którym cena oferty powinna zostać określona poprzez wskazanie w formularzu oferty zarówno ceny netto, ceny brutto jak i podatku VAT.

Konsorcjum zastosowało do obliczenia ceny oferty niewłaściwą stawkę VAT. Usługi wykonywane w ramach umowy podlegają bowiem opodatkowaniu 22% stawką VAT, natomiast Konsorcjum zastosowało stawkę 0%. Dlatego też, oferta Konsorcjum jako zawierająca błąd w obliczeniu ceny podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Z ostrożności procesowej należy też podnieść, że nawet w przypadku zakwalifikowania usług, które są przedmiotem zamówienia do usług niezwiązanych z nieruchomością to nadal stawka zastosowana przez Konsorcjum Inżynieria Idom jest błędna. Dla rozliczenia bowiem usług zgodnie z ogólną zasadą opodatkowania (nie zaś wyjątkiem związanym z usługami zw. z nieruchomością) właściwe byłoby podanie, że dla usługi takiej wykonawca nie nalicza VAT. Nie jest to jednak stawka 0%. Skutki zastosowania takiej stawki oraz nienaliczania VAT przez wykonawcę są bowiem zupełnie inne w zakresie rozliczenia VAT. W przypadku błędnej stawki VAT uznać należy, że oferty są nieporównywalne. Proste doliczenie wartości podatku przy zastosowaniu stawki 22% nie będzie bowiem dawało tych samych efektów na etapie rozliczenia umowy. Zamawiający w każdym przypadku bowiem będzie zobowiązany do odprowadzenia VAT, natomiast w przypadku błędnej stawki nie będzie mógł go rozliczyć - tym samym podatek obrotowy, który nie powinien obciążać przedsiębiorcy (zamawiającego), stanie się faktycznie kosztem.

(...)

III.

Oferta Konsorcjum Inżynieria Idom podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6) ze względu na rażąco niską cenę.

(...)

Na wstępie należy wskazać, że tryb wyjaśnień z art. 90 ust. 1 i 2 Pzp służy weryfikacji zasadności wskazanej w ofercie ceny i wymaga oceny wyjaśnień Zamawiającego, pod kątem obiektywnych czynników umożliwiających zaproponowanie ocenianej ceny, w szczególności: oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, oraz wpływu pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

Skoro już Zamawiający powziął wątpliwości, co do wysokości ceny oferty, i uznał ją za niewiarygodną żądając wyjaśnień, to nie może poprzestać na fakcie ich złożenia bez ich merytorycznej oceny.

Po dokonaniu takiego wezwania nie mają też znaczenia ewentualne dywagacje na temat kiedy zachodzi rażąco niska cena, a kiedy nie (o ile cena badanej oferty odbiega od wartości szacunkowej, ceny innych ofert, czy średniej ceny wszystkich złożonych ofert). O ile bowiem wzywany wykonawca nie oprotestował wezwania jako niezasadnego, zobowiązany jest zaproponowaną cenę szczegółowo wyjaśnić. Zgodnie bowiem ze stanowiskiem Sądu Okręgowego w Warszawie wyrażonym w wyroku z dnia 05.01.2007 r., sygn. akt: V Ca 2214/06 *wszczęcie przez zamawiającego procedury wyjaśniającej (niezakwestionowane w terminie przez odwołującego) ustanawia domniemanie prawne zaoferowania przez wzywanego do złożenia wyjaśnień wykonawcę ceny rażąco niskiej*. Wyjaśnienia wezwanego wykonawcy muszą zatem w nawiązaniu do treści przepisu art. 90 ust. 2 PZP domniemanie takie obalić, by nie prowadzić do konieczności odrzucenia oferty (art. 90 ust. 3 Pzp).

Tymczasem Wykonawca w wyjaśnieniach nie odniósł się do żadnych z wymienionych powyżej kategorii czynników, poprzestając na sformułowaniach ogólnikowych, a do tego nie powiązanych ze złożoną ofertą.

W pierwszej kolejności wykonawca oświadczył, iż przygotował i wycenił ofertę z uwzględnieniem całkowitych kosztów pracochłonności w oparciu o wycenę prac zleconych podwykonawcom i przy uwzględnieniu pracy koordynatorów firmy Idom nadzorujących wykonanie określonych części zamówienia, na poparcie czego przedłożył wykaz udziału procentowego oraz koszt wykonania poszczególnych raportów Studium z podziałem na prace wykonywane bezpośrednio przez wykonawcę i zlecone podwykonawcom. Zabieg taki stanowi jedynie dokonanie podziału kwestionowanej kwoty na kwoty dla poszczególnych rodzajów prac bez wyjaśnienia

dlaczego owe pozycje mają wskazaną wartość.

Dalej określił średnią stawkę godzinową uśrednioną, którą przyjął dla personelu wszystkich szczebli w wysokości 185 zł, która ma obejmować swoim zakresem podróże, wynajem biura, edycję i kopie dokumentacji. Przy założeniu 22 dni roboczych w skali miesiąca, koszt jednego pracownika został wyliczony na 32 560 zł.

Wykonawca nie podaje przy tym, jaka jest wartość tych podróży, czy dokumentów co jest nie bez znaczenia dla wartości oferty i jej zniżenia zważywszy na zakres prac ujawnionych w harmonogramie.

W dalszej kolejności wykonawca wskazał, że jest to wartość uśredniona i dotyczy liczby pracowników zaangażowanych i w związku z tym opłacanych w przedziale między 20 a 60 - co także jest nieadekwatne do zakresu prac ujawnionych w harmonogramie.

Nadto wykonawca oświadczył, że wyceny złożonej oferty dokonał w oparciu o: koszt wykonania poszczególnych zadań i analiz (z uwzględnieniem ryzyka), koszt zaplecza biurowego, koszty pośrednie takie jak koszty podróży, zakwaterowania, tłumaczeń, umiarkowaną marżę.

Tak przedstawione informacje nie są wyjaśnieniami co do wysokości ceny oferty. Nie są to też w żadnym wypadku wyjątkowo sprzyjające warunki wykonania zamówienia dostępne tylko Konsorcjum, oszczędność metody wykonania zamówienia, czy oryginalność projektu, pozwalająca na kwalifikowanie jako obiektywne czynniki umożliwiające tak znaczne obniżenie ceny. Każdy wykonawca biorący udział w postępowaniu musiał swoją cenę skalkulować, każdy też zatrudnia personel do wykonania usług. Przedstawienie rozbicia cen nie tłumaczy w żaden sposób ich wysokości. Co więcej przywołane przez Skarżącego okoliczności stanowią warunki udziału w postępowaniu, które były wymagane do złożenia oferty.

W ostatniej części wyjaśnień Konsorcjum wskazuje na bogate doświadczenie w realizowaniu podobnych kontraktów zarówno poszczególnych członków konsorcjum jak i firm, z którymi zamierza współpracować (podwykonawcami) przy realizacji tego zamówienia oraz posiadane narzędzia programowe dzięki którym realizował podobne zamówienia. I tu także przywoływana przez wykonawcę nie jest niczym niezwykłym, a wykonawca nawet nie próbował wykazać, jak miałyby to wpłynąć na obniżenie ceny oferty.

(...) zaś ich ocena narusza przepis art. 90 ust. 2 Pzp. Zgodnie bowiem z treścią art. 90 ust. 3 Pzp oraz utrwalonym orzecznictwem KIO (wyrok KIO z dnia 13.08.2008r. (KIO/UZP 752/08; KIO/UZP 788/08; KIO/UZP 789/08), jeśli wykonawca w wyjaśnieniach przedstawia jedynie ogólnikowe stwierdzenia, nie należy ich uznawać za wystarczające, a ofertę należy odrzucić, czego Zamawiający w niniejszym przypadku zaniechał. (...)

(...) cena raportu nr 1 przedstawiona przez Konsorcjum stanowi zaledwie 47% oferty drugiej wg ceny dla raportu nr 1, oraz zaledwie 27% średniej ceny przedstawianej przez wszystkich oferentów za powyższy etap projektu;

(...)

IV.

Konsorcjum Ingenieria Idom International S.A - Biuro Projektów Komunikacyjnych w Poznaniu Sp. z o.o. złożyło ofertę niezgodną ze SIWZ.

(...)

Zgodnie z postanowieniami pkt 3.4 - Wymagania Zamawiającego, jakie należy uwzględnić przy realizacji przedmiotu zamówienia Opisu Przedmiotu Zamówienia Zamawiający wyraźnie zaznaczył, iż treść wszystkich dokumentów dostarczonych przez Wykonawcę musi być zgodna z wymaganiami Zamawiającego i uwzględniać obowiązujące w dniu ich przekazania Zamawiającemu Prawo Rzeczypospolitej i Unii Europejskiej (3.4.1.1.).

(...)

Głównymi aktami prawnymi regulującymi kwestie środowiskowe są: ustawa z dnia 27 kwietnia 2001 r. Prawo ochrony środowiska (Dz.U. z 2008r. Nr 25, poz. 150 ze zm); ustawa z dnia 03 października 2008 r. o udostępnianiu informacji o środowisku i jego ochronie, udziale społeczeństwa w ochronie środowiska oraz o ocenach oddziaływania przedsięwzięcia na środowisko (Dz. U. z 2008 r. Nr 199 poz. 1227 ze zm.).

(...)

Podkreślić należy, iż w sytuacji nieuregulowania przez Zamawiającego w Opisie Przedmiotu Zamówienia pewnych kwestii środowiskowych zgodnie z wymogami powyższych ustaw lub uregulowanie ich w sposób sprzeczny z ich przepisami, zastosowanie znajdą przepisy prawa powyższych ustaw ponieważ mają one charakter przepisów *Iris cogentis* czyli przepisów bezwzględnie obowiązujących, których zastosowanie nie może być wyłączone lub ograniczone wolą Stron.

(...)

Zarzuty niezgodności z SIWZ, jednocześnie niezgodności z obowiązującym prawem polskim dotyczą następujących kwestii:

A. INWENTARYZACJA

(...)

W wyniku pytań z dnia 08 lutego 2010 r. - zestaw pytań nr 2 (pytania 3,4,5) zadanych przez Wykonawców Zamawiający zmienił pkt 4.3.1.2. *Zakres inwentaryzacji* Opisu Przedmiotu Zamówienia i nadał mu następujące brzmienie:

Inwentaryzację środowiskową należy przeprowadzić w 3 fazach - inwentaryzację wstępną, szczegółową i ostateczną.

1. Wstępna inwentaryzacja (przebiegu korytarzy).

Wykonawca dokona wyboru wszystkich możliwych do realizacji wariantów w pasie korytarza nie

mniej niż 20km, analizując następujące elementy:

- 1) położenie poszczególnych odcinków na tle obszarowych form ochrony przyrody (przede wszystkim obszarów Natura 2000, parków narodowych, parków krajobrazowych i rezerwatów przyrody), korytarzy ekologicznych o znaczeniu międzynarodowym i krajowym, oraz innych obszarów przyrodniczo wrażliwych, takich jak np. zabagnione doliny,*
- 2) kumulację / synergję oddziaływań z innymi liniami komunikacyjnymi oraz sieciami przesyłowymi energii - efekt barierowy,*
- 3) kolizję z obszarami zabudowy oraz przyszłego rozwoju miast - długość linii wymagająca ochrony akustycznej i potencjalne źródło konfliktów społecznych,*
- 4) położenie na tle Głównych Zbiorników Wód Podziemnych,*
- 5) położenie na tle zabytków kultury, w tym przede wszystkim należy przeanalizować dostępną dokumentację o stanowiskach archeologicznych.*

Inwentaryzację wstępną należy wykonać na mapach topograficznych w skali nie mniejszej niż 1:50000.

2. Inwentaryzacja szczegółowa (warianty i podwarianty w korytarzach).

- 1) Zakres inwentaryzacji szczegółowej powinien obejmować pas maksymalnego oddziaływania wariantów i podwariantów na środowisko i powinien odpowiadać zakresowi analizy środowiskowej określonego w punkcie 4.3.2.2.*
- 2) Inwentaryzację szczegółową należy wykonać na mapach topograficznych i możliwie najnowszych ortofotomapach w skali odpowiadającej przedmiotowi i szczegółowości inwentaryzowanych zagadnień, lecz nie mniejszej niż 1:25000 na arkuszach A3 z zaznaczonymi elementami środowiskowymi usytuowanymi na tle wariantów i podwariantów określone za pomocą współrzędnych geograficznych i odległości od osi wariantów i podwariantów lub ich przecięcia. Ponadto dla każdego wariantu / podwariantu osobno należy sporządzić mapę poglądową na tle obszarów Natura 2000.*

3. Inwentaryzacja ostateczna.

Na potrzebę sporządzenia raportu o oddziaływaniu przedsięwzięcia na środowisko Wykonawca zobowiązany jest do przeprowadzenia szczegółowej inwentaryzacji elementów przyrodniczych i infrastrukturalnych na które wybrane warianty linii kolejowej mogą wywierać negatywny wpływ. Zakres inwentaryzacji ostatecznej powinien obejmować pas maksymalnego oddziaływania wariantów na środowisko.

Inwentaryzacja ostateczna obejmuje:

- 1) Prace przygotowawcze*

Analiza materiałów archiwalnych, wizja terenowa. Zebranie danych imisyjnych z oficjalnych źródeł Państwowego Monitoringu Środowiska oraz z zasobów inwentaryzacji przyrodniczej,
- 2) Waloryzacja gleb w oparciu o dokumentację (mapy bonitacyjne, mapy glebowo-rolnicze)*

i istniejące opracowania,

- 3) *Obszary zabudowane oraz przeznaczone do zabudowy na podstawie uchwalonych miejscowych planów przestrzennego zagospodarowania, obszary infrastrukturalne związane z zabudową zagrożone rozcięciem na podstawie stanu faktycznego (ortofotomapa) miejscowych planów zagospodarowania przestrzennego oraz na podstawie studiów uwarunkowań i kierunków zagospodarowania gmin, a także planów przestrzennego zagospodarowania województw,*
- 4) *Obiekty infrastruktury technicznej*
Sieć transportowa drogowa oraz magistralne sieci przesyłowe energii, rurociągi i kolektory,
- 5) *Inwentaryzacja obszarów przyrodniczych*
Wykonawca przeprowadzi badania terenowe, inwentaryzując obszary przyrodnicze prawnie chronione na podstawie ustawy z dnia 16.04.2004 r. o ochronie przyrody (Dz.U. z 2004 r. Nr 92, poz. 880) oraz miejsca występowania siedlisk roślin i zwierząt określonych w załączniku nr IV Dyrektywy Rady nr 92/43/EWG z dnia 21 maja 1992 r. w sprawie ochrony siedlisk naturalnych oraz dzikiej fauny i flory, zarówno na terenach obszarów chronionych jak i poza tymi obszarami oraz zinwentaryzuje gatunki chronione na podstawie Dyrektywy EWG 79/409/EWG z 2 kwietnia 1979 r. o ochronie dziko żyjących ptaków uwzględniając wytyczne UE oraz MŚ w sprawie zasad ochrony obszarów sieci NATURA 2000.
- 6) *Inwentaryzacja terenów prawnie chronionych przed hałasem zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Środowiska z dnia 14 czerwca 2007 r. w sprawie dopuszczalnych poziomów hałasu w środowisku (Dz.U. z 2007 r. Nr 120, poz. 826)*
Wykonawca dokona inwentaryzacji terenów przyległych do rozpatrywanych korytarzy, objętych zakresem opracowania, prawnie chronionych przed hałasem na podstawie planów zagospodarowania przestrzennego i obowiązujących decyzji o warunkach zabudowy i zagospodarowania terenu, a w przypadku braku planów według rzeczywistej zabudowy - zwane dalej umownie terenami.
- 7) *Inwentaryzacja zabytków wpisanych do rejestru i ewidencji zabytków chronionych i stanowisk archeologicznych* *Wykonawca opisze istniejące w sąsiedztwie lub w bezpośrednim zasięgu oddziaływania planowanej linii kolejowej zabytki chronione na podstawie przepisów o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami oraz stanowiska archeologiczne.*
- 8) *Inwentaryzacja środowiska wodnego*
Wykonawca opisze istniejące w sąsiedztwie lub w bezpośrednim zasięgu oddziaływania planowanej linii kolejowej GZWP (GZWP - Główne Zbiorniki Wód Podziemnych) oraz funkcjonujące strefy ujęć wody, przecinane cieki wodne i zbiorniki powierzchniowe, strefy podmokłe, torfowiska.
- 9) *Elementy ukształtowania terenu umożliwiające identyfikację stref, w których*

budowa i eksploatacja KDP jest niemożliwa, lub utrudniona z przyczyn technicznych lub ekonomicznych przy uwzględnieniu ochrony środowiska na obszarach rozpatrywanych wariantów.

Wykonawca przeprowadzi analizę obszarów o wysokich walorach krajobrazowych oraz rzeźby terenu pod kątem trudności budowlanych.

10) Inwentaryzacja pozostałych elementów środowiska

W przypadku gdyby w wyniku prowadzonych prac wykonawca uznał, że istnieją nieopisane elementy (np. ekosystemy nie objęte ochroną prawną, dobra materialne, tereny związane z obronnością, złoża surowców itp.), które mogą mieć wpływ na późniejszy wybór wariantu powinien je opisać i ująć w dokumentacji tego zadania.

Inwentaryzację ostateczną należy przedstawić w formie kartograficznej w skali odpowiadającej przedmiotowi i szczegółowości analizowanych w raporcie zagadnień oraz umożliwiającej kompleksowe przedstawienie prowadzonych analiz oddziaływania przedsięwzięcia na środowisko.

Jednocześnie zgodnie z treścią pkt. 4.4.1.2. ppkt. 4) Rozdziału II SIWZ (OPZ), Wykonawca po zakończeniu wstępnego trasowania, ma obowiązek uzgodnić z Zamawiającym 3 korytarze do dalszych analiz, a po zakończeniu szczegółowego trasowania, uzgodnić 3 warianty przebiegu trasy (po jednym wariantcie w każdym korytarzu).

Tak przedstawione w SIWZ zapisy narzucają następujące zależności działań: Inwentaryzacja Wstępna-> Inwentaryzacja Szczegółowa-> Analiza Środowiskowa-> Inwentaryzacja Ostateczna. Tymczasem Konsorcjum IDOM w swojej ofercie deklaruje odwrotną kolejność dwóch ostatnich zdarzeń: Inwentaryzacja Wstępna-> Inwentaryzacja Szczegółowa-> Inwentaryzacja Ostateczna-> Analiza Środowiskowa.

Taka kolejność działań stoi w wyraźnej sprzeczności z cytowanymi powyżej wymogami SIWZ gdyż Inwentaryzacja ostateczna (pkt 427 harmonogramu) i w szczególności Inwentaryzacja na potrzeby Raportu Oddziaływania na Środowisko - przyrodnicza (pkt 470 harmonogramu) prowadzona byłaby PRZED dokonaniem wyboru wariantów przez Zamawiającego.

B. ANALIZA ŚRODOWISKOWA (poz 444 harmonogramu str 74 oferty)

W konsekwencji niewłaściwej kolejności planowanych działań, Wykonawca błędnie wskazał w harmonogramie oferty następujące zależności: •(p. 427) Inwentaryzacja Ostateczna wynika z Inwentaryzacji Szczegółowej i jest jej sukcesorem •(p.437) Analiza Środowiskowa wynika z Inwentaryzacji Ostatecznej i jest jej sukcesorem.

Czyli zależności wskazane przez Wykonawcę to: Inwentaryzacja Wstępna-> Inwentaryzacja Szczegółowa-> Inwentaryzacja Ostateczna-> Analiza Środowiskowa. Zgodnie z przytoczonym powyżej zapisem SIWZ odnośnie zakresu i rodzajów inwentaryzacji, zakres Inwentaryzacji Szczegółowej powinien odpowiadać zakresowi Analizy Środowiskowej czyli powinien obejmować warianty i podwarianty w korytarzach.

Tymczasem w ofercie Wykonawcy, z Inwentaryzacji Szczegółowej wynika nie Analiza środowiskowa lecz Inwentaryzacja Ostateczna .1 to Inwentaryzacja Ostateczna jest materiałem wejściowym do Analizy Środowiskowej. Ma ona jednak zakres prac inwentaryzacyjnych przewidziany tylko dla wariantów (p. 438 harmonogramu) co daje następujący niezgodny z SIWZ wynik: Inwentaryzacja Szczegółowa (dla wariantów i podwariantów w korytarzach - p. 434 harmonogramu)-> Inwentaryzacja Ostateczna (dla wariantów - p.438 harmonogramu)-> Analiza Środowiskowa.

W związku z powyższym stwierdzić należy, iż ograniczenie na tym etapie liczby wariantów do 3 i nieuwzględnienie podwariantów w inwentaryzacji ostatecznej, niezależnie od niezgodności takiej oferty z treścią SIWZ, prowadzi do następujących skutków: •Zamawiający zostaje pozbawiony możliwości wyboru wariantów spośród zaprezentowanych wariantów i podwariantów bowiem Wykonawca narzucił je odgórnie w ofercie. •Przy zaproponowanej metodologii tylko ograniczenie prac inwentaryzacyjnych do trzech wariantów umożliwia wykonanie usługi w czasie i w cenie.

Czytając SIWZ Odwołujący rozumie że celem analizy środowiskowej jest pomoc dla ostatecznego określenia wariantów do inwentaryzacji ostatecznej (4.3.2.1. SIWZ- Cele Analizy). Nie może więc być ona sukcesorem inwentaryzacji ostatecznej jak wskazuje Wykonawca, gdyż nie będzie służyć celowi określonym w SIWZ. Wskazanie które produkty jednych analiz będą danymi wejściowymi dla innych (zgodnie z IDW str. 10, pkt. 13.3.4, Ad 1 ppkt c)) było kryterium oceny. Wykonawca starał się więc przedstawić, jak największą ilość zależności między produktami w celu uzyskania maksymalnej ilości punktów.

Jest to przypadek nie tylko niezgodności oferty z SIWZ ale także niespójności wewnętrznej oferty i oceny Zamawiającego niezgodnej z ujawnionymi w SIWZ kryteriami oceny ofert.

C.UZGODNIENIA (poz 447 harmonogramu str 74 oferty)

W wyniku odpowiedzi na pytania nr 3, 4 i 5 z zestawu nr 2 Zamawiający wprowadził do treści SIWZ niżej opisane zmiany. Zmiana treści SIWZ:

4.3.1.3. Produkty:

Część I Etap II:

Inwentaryzacja środowiskowa zawierająca:

- 1) Część ogólną (...)
- 2) Opracowania tabelaryczne (...)
- 3) Opracowania graficzne (...)
- 4) mapy przedstawiające przebieg wszystkich analizowanych wariantów i podwariantów na tle analizowanych elementów przyrodniczych i infrastrukturalnych w skali zapewniającej czytelność prezentowanej treści.

5) Uzgodnienia, opinie administracji ochrony środowiska oraz innych jednostek w tym także administracji samorządowej.

Odnosząc powyższe wymagania do oferty Wykonawcy, należy stwierdzić że Wykonawca świadomie wprowadził w błąd Zamawiającego oferując przeprowadzenie uzgodnień z organami ochrony środowiska (p. 447 harmonogramu)nie tylko przed zakończeniem Analizy Środowiskowej oraz przed Zatwierdzeniem przez Zamawiającego Raportu nr 7 ale przede wszystkim przed złożeniem wniosku o wydanie decyzji planowanym na 18.10.2011.

Wykonawca musi stosować się do reguł wynikających z prawa polskiego oraz jest zobowiązany do przeprowadzenia procedury zgodnie z wymogami *Ustawy z dnia 3 października 2008 r. o udostępnianiu informacji o środowisku i jego ochronie, udziale społeczeństwa w ochronie środowiska oraz o ocenach oddziaływania na środowisko*.

Zgodnie z art. 3 ust 1, pkt.8 tejże ustawy w następującym brzmieniu: *ocenie oddziaływania przedsięwzięcia na środowisko - rozumie się przez to postępowanie w sprawie oceny oddziaływania na środowisko planowanego przedsięwzięcia, obejmujące w szczególności:*

- a) weryfikację raportu o oddziaływaniu przedsięwzięcia na środowisko,*
- b) uzyskanie wymaganych ustawą opinii i uzgodnień,*
- c) zapewnienie możliwości udziału społeczeństwa w postępowaniu.*

Biorąc powyższe pod uwagę stwierdzić należy, iż uzgodnienia następują w postępowaniu w sprawie oceny oddziaływania na środowisko, a więc nie wcześniej niż po wszczęciu postępowania w sprawie oceny oddziaływania na środowisko.

Uzgodnienie nie następują więc przed wszczęciem postępowania w sprawie decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach, ponieważ postępowanie administracyjne rozpoczyna się po złożeniu wniosku.

Ponadto zgodnie z ww Ustawą, podstawowym organem uzgadniającym decyzje o środowiskowych uwarunkowaniach jest Regionalny Dyrektor Ochrony Środowiska (art. 77 ust. 1 pkt 1), ale ponieważ dla budowy linii kolejowej dużych prędkości, organem właściwym do wydania decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach jest właśnie Regionalny Dyrektor Ochrony Środowiska (art. 75, ust. 1, pkt 1a), w tej sytuacji zgodnie z art. 6 wymogu uzgodnienia lub opiniowania nie stosuje się, jeżeli organ prowadzący postępowanie jest jednocześnie organem uzgadniającym lub opiniującym. Wykonując usługę, której efektem ma być uzyskanie określonych w ustawie postanowień należy stosować terminologię zgodną z definicjami zawartymi w ustawie oraz przyjętymi branżowo.

Stosowane pojęcia są ściśle usankcjonowane prawnie i nie może zachodzić dowolność w ich stosowaniu. Wykonawca składając ofertę i przedstawiając tym samym swoje możliwości techniczne realizacji zamówienia musi również znać i stosować się do wymagań prawnych obowiązujących w Polsce i oferować usługi zgodne z obowiązującym porządkiem prawnym.

Działając zgodnie z w/w kompetentny Wykonawca ma świadomość powyższych zasad. Wskazanie uzgodnień z interesariuszami projektu (zgodnie z IDW str. 10, pkt. 13.3.4, Ad 1 ppkt e) było kryterium oceny. Odwołujący podkreśla tutaj że oceniane było wskazanie uzgodnień a nie opinii czy konsultacji. Wykonawca starał się więc przedstawić jak największą ilość Uzgodnień w celu uzyskania maksymalnej ilości punktów.

Wykonawca niezgodnie ze stanem faktycznym i z obowiązującymi w prawie procedurami zadeklarował w punkcie 447 harmonogramu oferty przeprowadzenie uzgodnień, co więcej w nierealnym terminie. W związku z powyższym Wykonawca złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania i jego oferta powinna zostać odrzucona. Natomiast Zamawiający wyłonił ofertę Wykonawcy, jako ofertę najkorzystniejszą i niesłusznie przyznał Wykonawcy punkty.

Poza naruszeniem art. 24 ust.2 p.2. Ustawy Pzp, przyznanie punktów Wykonawcy było zdaniem Odwołującego niesłuszne, a ocena Zamawiającego niezgodna z ujawnionymi w SWIZ kryteriami oceny ofert.

D.DECYZJA ŚRODOWISKOWA

Zgodnie z zapisami SIWZ pkt 4.3.4 *Wniosek o decyzję o środowiskowych uwarunkowaniach* SIWZ opisu Przedmiotu zamówienia Zamawiający precyzyjnie określił, iż Celem jaki ma osiągnąć Wykonawca jest Przygotowanie i złożenie do właściwego RDOS wniosku o wydanie decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach wraz z niezbędnymi załącznikami.

Zakres wniosku został określony w pkt 4.3.4.2. SIWZ w następujący sposób:

Wniosek powinien zawierać komplet załączników określonych w przepisach prawnych, obowiązujących na dzień jego złożenia do właściwego organu. Po złożeniu wniosku wykonawca zobowiązany jest do monitorowania przebiegu procedury oceny oddziaływania na środowisko i składania zamawiającemu miesięcznych informacji z przebiegu postępowania, aż do zakończenia postępowania w sprawie wzięcia decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach.

W pkt. 4.3.4.3. Produkty Część II Zamawiający określił, iż koniecznymi elementami dokumentacji jakie mają zostać wykonane są:

- 1) *wniosek o wydanie decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach,*
- 2) *załączniki do wniosku o wydanie decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach.*

Zatem do Wniosku o wydanie decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach zgody na realizację przedsięwzięcia zgodnie z art. 71 ustawy z dnia 3 października 2008 r. o udostępnianiu informacji o środowisku i jego ochronie, udziale społeczeństwa w ochronie środowiska oraz o ocenach oddziaływania na środowisko (Dz. U. z 2008r. Nr 199, poz. 1227) powinny zostać załączone następujące dokumenty: 1. wniosek 2. Załączniki, na które składają się:

- raport o oddziaływaniu przedsięwzięcia na środowisko, spełniający wymogi art. 66 ustawy

o udostępnianiu informacji o środowisku i jego ochronie, udziale społeczeństwa w ochronie środowiska oraz o ocenach oddziaływania na środowisko dla przedsięwzięć, o których mowa w art. 71 ust. 2 pkt 1 ustawy;

- karta informacyjna przedsięwzięcia zawierająca dane, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 5 ustawy o udostępnianiu informacji o środowisku i jego ochronie, udziale społeczeństwa w ochronie środowiska oraz o ocenach oddziaływania na środowisko dla przedsięwzięć, o których mowa w art. 71 ust. 2 pkt 2) (...)

Raport oddziaływania przedsięwzięcia na środowisko musi być sporządzony obligatoryjnie dla przedsięwzięcia mogącego zawsze znacząco oddziaływać na środowisko, a właśnie z takim przedsięwzięciem będziemy mieli do czynienia w przedmiotowym zamówieniu.

W sytuacji gdy przedsięwzięcie zostało zakwalifikowane jako mogące zawsze znacząco oddziaływać na środowisko, za „komplet załączników” możemy traktować dokumenty załączone do wniosku o wydanie decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach i prowadzące do zgody na realizację przedsięwzięcia. Niezałączenie do wniosku raportu, a jedynie karty informacyjnej nie będzie stanowiło kompletu załączników

W niektórych przypadkach zakres Raportu bywa ustalany przez organ ochrony środowiska. Następuje to np. w postanowieniu stwierdzającym konieczność przeprowadzenia oceny oddziaływania na środowisko, gdy wnioskodawca składając wniosek o wydanie Decyzji o Środowiskowych Uwarunkowaniach zwróci się do organu o wyznaczenie zakresu Raportu. W takim przypadku zamiast Raportu we wniosku wszczynającym postępowanie w sprawie wydania Decyzji o Środowiskowych Uwarunkowaniach załącza się Kartę Informacyjną jednak nadal nie stanowi to kompletu załączników.

Należy podkreślić, iż Kartę Informacyjną przedkłada się w przypadkach kiedy nie jest wymagane sporządzenie Raportu.(...)

Zgodnie z ofertą Wykonawcy wniosek taki wraz z kompletem załączników będzie przygotowany do dnia 18.10.2011 r. Jednocześnie Wykonawca deklaruje przygotowanie jednego z załączników - raportu o oddziaływaniu na środowisko w terminie do 24.07.2012r. a zatem 9 miesięcy po dacie w której Wykonawca oświadcza, iż będzie posiadał komplet załączników.

Jedynie co może posiadać wykonawca w terminie do dnia 18.10.2011r.. to wniosek o wydanie decyzji oraz „karta informacyjna przedsięwzięcia wraz z wnioskiem o ustalenie zakresu raportu”, co w żadnym wypadku nie stanowi kompletu załączników. Tym samym do chwili ustalenia zakresu raportu aż do momentu jego opracowania postępowanie środowiskowe zostanie zawieszona.

E. KONSULTACJE SPOŁECZNE

W ofercie założono, zakończenie konsultacji społecznych do dnia 12.06.2012 roku, natomiast złożenie ostatecznego raportu oddziaływania na środowisko przewidziano

na 24.07.2012 r. Zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa, konsultacjom społecznym powinien podlegać raport ostateczny złożony wraz z wnioskiem o wydanie decyzji. Natomiast z oferty Wykonawcy wynika, iż udział społeczeństwa mógłby dotyczyć raportu który w ogóle może nie zostać przyjęty przez Organ Ochrony Środowiska (RDOŚ) lub może być przedmiotem dalszych prac w procesie oceny oddziaływania na środowisko (zgodnie z art. 68 ust.2 pkt. 2 *Ustawy z dnia 3 października 2008r. o udostępnianiu informacji o środowisku i jego ochronie, udziale społeczeństwa w ochronie środowiska oraz o ocenach oddziaływania na środowisko* (Dz. U. z 2008 r. Nr 199, poz. 1227).(...)

Brak udziału społeczeństwa w opiniowaniu właściwego i kompletnego raportu na tym etapie jest niezgodny z wymaganiami SIWZ oraz wymaganiami prawnymi, gdyż zgodnie z art. 80 ww Ustawy Decyzja o środowiskowych uwarunkowaniach jest wydawana zarówno w oparciu o ustalenia zawarte w raporcie o oddziaływaniu przedsięwzięcia na środowisko jak i w oparciu o wyniki postępowania z udziałem społeczeństwa. Tak więc postępowanie z udziałem społeczeństwa musi mieć możliwość odniesienia się do ostatecznego raportu oddziaływania na środowisko.

F. INWENTARYZACJA PRZYRODNICZA NA POTRZEBY RAPORTU OOS (pkt. 427/470 harmonogramu oferty).

Odwołujący dowodzi że brak zgodności oferty Wykonawcy z SIWZ w części dotyczącej Inwentaryzacji na potrzeby ROŚ (pkt 470 harmonogramu oferty).

Zgodne z wymogami Zamawiającego ujętymi w pkt . 4.3.3.2 SIWZ Wykonawca wykona wszystkie pomiary i badania środowiskowe w czasie nie krótszym niż jeden pełny rok (całoroczny cykl biologiczny). Intencją Zamawiającego było przeprowadzenie tych badań dla wybranych wariantów w pasie maksymalnego oddziaływania na środowisko (nie w pasie korytarza szerokości 20km).

Tymczasem Wykonawca w złożonej ofercie zaplanował wykonanie letniej części inwentaryzacji na potrzeby raportu OOS (inwentaryzacja ostateczna zgodnie z SIWZ) w okresie 06.2010 do 08.2010, że wiedząc że jest to okres w którym nie ma żadnej wiedzy dotyczącej wariantów lokalizacyjnych.

Letnia i jesienna część inwentaryzacji zostały przewidziane na ten sam okres kiedy będzie wykonywana inwentaryzacja wstępna i szczegółowa na potrzeby oceny korytarzy w których będą zlokalizowane poszczególne warianty. Przy tym założeniu metodologicznym obszar inwentaryzacji na potrzeby Raportu prowadzonej w pełnym cyklu biologicznym powinien uwzględniać wszystkie 3 korytarze, warianty i podwarianty, których łączna powierzchnia wynosi ok..34 700km² - czyli aż 3 468 857 ha. Powierzchnia ta jeżeli miałaby zostać zinwentaryzowana na potrzeby raportu oddziaływania na środowisko, wymagałaby dziennej inwentaryzacji ponad 13 tys hektarów. Możliwe byłoby to przy zatrudnianiu tylko przy pracach terenowych od 1700 do 3500 przyrodników Tak więc deklaracje wykonawcy są całkowicie niemożliwe do spełnienia.

Inwentaryzacja ostateczna (poz 437) czyli inwentaryzacja na potrzeby raportu OOS planowana jest tylko na okres półroczny od 12.2010 do 05.2011 co jest niezgodne z wymogami SIWZ bowiem zgodne z wymogami Zamawiającego ujętymi w pkt. 4.3.3.2 SIWZ Wykonawca wykona wszystkie pomiary i badania środowiskowe w czasie nie krótszym niż jeden pełny rok (całoroczny cykl biologiczny), czego jak wykazano wybrana oferta nie realizuje

Wykonawca sam dostrzegł ten problem i zidentyfikował to ryzyko na 99 stronie swojej oferty pisząc:

Konieczność wykonania inwentaryzacji przyrodniczej w całym okresie wegetacyjnym, podczas gdy przebieg wariantu 3 nie będzie w pełni znany wiosną 2010. Elementy składowe ryzyka

- *Zakładane etapy prac mogą nie odpowiadać wymogom przeprowadzenia inwentaryzacji przyrodniczej w terminach uwzględniających zmienność związaną z sezonem wegetacyjnym*

- *Obszar badań jest bardzo duży (rzędu 20tys km²) z czym wiąże się olbrzymi nakład pracy wobec czego wymagany czas badań mogą nie mieścić się w ramach przewidzianych harmonogramem"*

Wykonawca nie znalazł prawidłowych metod minimalizacji tego ryzyka, gdyż błędnie określona kolejność działań oraz zależności wykluczają prawidłowe postępowanie, czego uzasadnienie poniżej: „Metody minimalizacji ryzyka

- (...)

- *Wykonawca zastosuje reasumpcję analizy wielokryterialnej po uzyskaniu bardziej kompletnej informacji przyrodniczych.*

Założenie iż zastosowanie reasumpcji analizy wielokryterialnej (czyli wniosków z Analizy Środowiskowej) zostało przewidziane dopiero na etap inwentaryzacji ostatecznej. Jak już wspomniano wcześniej, Analiza Środowiskowa nie będzie miała wpływu na Inwentaryzację ostateczną na potrzeby ROŚ, gdyż jest realizowana na tyle późno że wnioski z Analizy nie zostaną wykorzystane przy wykonywaniu pełnej inwentaryzacji przyrodniczej w całym okresie wegetacyjnym.

(...)

V.

(...) Ponadto jednak niezbędne jest wskazanie, że Zamawiający dokonał oceny oferty Konsorcjum oraz oferty Protestującego niezgodnie z założonymi kryteriami oceny ofert.

Zamawiający dokonał błędnej oceny oferty Protestującego w kryterium Koncepcja realizacji zamówienia przyznając łącznie 470,12 pkt. Odwołujący kieruje swoje zastrzeżenia do oceny harmonogramu działań Części I w zakresie wskazania: zależności pomiędzy poszczególnymi analizami, wskazania, które produkty jednych analiz będą danymi wyjściowymi dla innej analizy, wskazanie wymaganych uzgodnień z Zamawiającym oraz wymaganych uzgodnień z interesariuszami projektu, a także oceny metodyki w zakresie ryzyk.

Odwołujący opisał w ofercie wszystkie zależności pomiędzy poszczególnymi analizami

wraz ze wskazaniem, które produkty jednych analiz będą danymi wyjściowymi dla innych analiz. Powyższe dane znajdują się w szczególności na str. 19-26 oferty.

Odwołujący wskazał w ofercie wymagane uzgodnienia z Zamawiającym oraz z interesariuszami projektu, w szczególności na str. 24 i 25 oferty. Ponadto procesy uzgodnień są de facto działaniami ciągłymi, których niezasadne jest przyporządkowywanie do pojedynczych zadań wykonywanych w ramach studium.

Odwołujący opracował plan działania w celu minimalizacji ryzyk w sposób pełny (w szczególności str. 38-44 oferty), uwzględniając modyfikację SIWZ z dnia 8 lutego 2010 r. poprzez wprowadzenie udzielenia zamówienia uzupełniającego w przypadku konieczności dokonania zmiany lub przygotowania innych analiz niż wyspecyfikowane w Roz. II SIWZ, w szczególności w wyniku konsultacji społecznych lub wymagań innych instytucji oraz w przypadku konieczności uszczegółowienia innego niż rekomendowany wariantu, w przypadku gdy organ wydający decyzję środowiskową wskaże w uzgodnieniu z Zamawiającym inny niż rekomendowany wariant.

Dlatego też, Odwołujący powinien otrzymać maksymalną ilość punktów w kryterium Koncepcja realizacji zamówienia- Harmonogram działań Części I od każdego członka komisji tj. po 60 pkt oraz maksymalną ilość punktów w kryterium Koncepcja realizacji zamówienia - Metodyka tj. po 20 pkt. Odwołujący powinien uzyskać w kryterium Koncepcja realizacji zamówienia łącznie 640 pkt.

Zamawiający dokonał również błędnej oceny oferty Konsorcjum Inżynieria Idom w kryterium Koncepcja realizacji zamówienia przyznając jej łącznie 640 pkt.

Odwołujący kieruje swoje zastrzeżenia do oceny harmonogramu działań Części I, który ponadto jak wyżej wskazano jest wewnętrznie sprzeczny i niezgodny z SIWZ . Konsorcjum Inżynieria Idom nie opisało w ofercie wszystkich zależności pomiędzy poszczególnymi analizami wraz ze wskazaniem, które produkty jednych analiz będą danymi wyjściowymi dla innych analiz. Ponadto, Konsorcjum nie wskazało w ofercie wymaganych uzgodnień z Zamawiającym oraz z interesariuszami projektu, bądź wymienił je jedynie w sposób ogólny niepozwalający na poddanie ich ocenie zgodnie z pkt 13.3.4 ad.I pkt d) i e) SIWZ Tytułem przykładu, należy wskazać, iż Konsorcjum zamieściło w pozycji 447 harmonogramu punkt „Konsultacje, uzgodnienia i opinie administracji ochrony środowiska i innych jednostek” . Okres realizacji tych działań przewidziano na 17.12.2010-14.04.2011. Opis ten został oceniony i mylnie uznany przez członków komisji za zgodny z wymaganiami SIWZ a nadto w oparciu o zaproponowane konsultacje, opinie, UZGODNIENIA, przyznano maksymalne punkty w kryteriach poza cenowych na co wskazują karty ocen. Przypominamy zatem, że Analiza środowiskowa zostanie zakończona zgodnie z harmonogramem z datą 19.05.2011. We wskazanym w harmonogramie okresie nie ma możliwości wykonania jakichkolwiek UZGODNIENÍ z organami administracji ochrony środowiska.

Tak więc działanie wykonawcy powinno zostać uznane dodatkowo za złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania, gdyż oferta zawiera wskazanie w harmonogramie dat uzyskania uzgodnień awykonalnych na gruncie stanu faktycznego i prawnego sprawy, a znalazło to odzwierciedlenie w ocenie oferty poprzez przyznanie większej ilości punktów, niż w ofercie Protestującego, i wpłynęło na wynik postępowania.

Reasumując, ww. Konsorcjum powinno otrzymać mniejszą liczbę punktów, w tym w kryterium Koncepcja realizacji zamówienia- Harmonogram działań Części I tj. poniżej 24 pkt. (...)"

Zamawiający 4 maja 2010 r. odrzucił protest w zakresie zarzutu dotyczącego wadliwości pełnomocnictw, w pozostałym zakresie oddalił protest, w uzasadnieniu podając następujące okoliczności.

„(...)

Protestujący w złożonym przez siebie proteście (oznaczenie zarzutu jako I) twierdzi, że oferta złożona przez konsorcjum IDOM nie wywołuje skutków prawnych na skutek faktu, że została podpisana przez nienależycie umocowanego pełnomocnika, co Zamawiający po pierwsze uznaje za podniesienie zarzutu po upływie terminu przewidzianego na wniesienie protestu, a ponadto stanowczo dementuje z uwagi na to, że pełnomocnik podpisujący ofertę był należycie umocowany do tej czynności.

Oдноśnie podniesienia zarzutu po terminie należy stwierdzić, że pełnomocnictwo do złożenia w imieniu konsorcjum zarówno wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, jak również oferty zostało załączone do składanego wniosku w dniu 02 lutego 2009 r. Po dokonaniu kwalifikacji podmiotów uczestniczących w postępowaniu, Zamawiający w dniu 09 kwietnia 2009 r. udostępnił do wiadomości uczestników postępowania wszystkie złożone przez Wykonawców wnioski. Protestujący mógł zatem poznać wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia protestu одноśnie tego zarzutu od momentu, gdy przedmiotowe wnioski stały się jawne dla uczestników postępowania, czego nie uczynił, stąd podnoszenie obecnie zarzutu niewłaściwego umocowania jest działaniem nie korzystającym z ochrony prawnej bowiem wniesionym po terminie.

Tym niemniej należy zauważyć, że Zamawiający oceniając wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu przeanalizował m.in. złożone przez konsorcjum IDOM załączone do wniosku pełnomocnictwo uznając, że jest ono jak najbardziej prawidłowe. Z załączonego do wniosku odpisu z rejestru handlowego firmy Ingenieria Idom Internacional S.A. wynika, że jej jedynym administratorem jest firma Iniciativas Empresariales Idom S.L.U. (...) Zatem udzielone przez administratora firmy Ingenieria Idom Internacional S.A. panu Oscarowi Rico Garcia pełnomocnictwo do reprezentowania Ingenieria Idom Internacionales S.A. obejmujące bardzo

Sygn. akt: KIO/UZP 887/10

KIO/UZP 905/10

szerokie uprawnienia, w tym do tworzenia konsorcjów (str. 32 pkt 6 wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu), jest prawidłowe. (...)

(...) pełnomocnictwo dla pana Oscarowi Rico Garcia obejmuje prawo tworzenia konsorcjów, zaś pełnomocnictwo udzielone przez Biuro Projektów Komunikacyjnych w Poznaniu sp. z o.o. dla Ingenieria Idom Internacionales tym samym zostało udzielone panu Oscarowi R. G. działającemu jako należycie umocowany pełnomocnik. Identyczny stan faktyczny był przedmiotem rozstrzygnięcia przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku z dnia 10 lipca 2009 r. (Sygn. akt. KIO/UZP 703/09 - dostępny na stronie internetowej UZP), jaki zapadł w sprawie Metra Warszawskiego sp. z o.o. (...)

Dodać należy, że IDOM załączył również do składanej przez siebie oferty pełnomocnictwo identyczne w zakresie treści będącej przedmiotem niniejszego sporu, uzupełnione o upoważnienie do zawarcie umowy, którego treść została zmodyfikowana tylko poprzez usunięcie upoważnienia do złożenia wniosku, która to czynność została już dawno wykonana. Podkreślenia wymaga, że w istocie nie było koniecznym złożenie do oferty kolejnego pełnomocnictwa upoważniającego do podpisania oferty bowiem już pełnomocnictwo złożone wraz z wnioskiem takie upoważnienie zawierało. (...)

(...)

W uzasadnieniu zarzutu oznaczonego przez Protestującego jako II, Protestujący wysuwa śmiałą tezę jakoby wykonanie usługi polegającej na opracowaniu Studium Wykonalności było usługą związaną z nieruchomością. Idąc tym tokiem rozumowania można przyjąć, że w ogóle nie istnieje żadna usługa niezwiązana z nieruchomością, ponieważ każdą trzeba gdzieś wykonać, czy to w nieruchomości zabudowanej czy gruntowej. Nie taka jednak jest intencja ustawodawcy, a co ciekawe, nawet gdyby była taka, to i tak nie zmienia to kwalifikacji prawnej, jaką trzeba wziąć pod uwagę w przedmiotowej kwestii. W przepisie art. 28e wskazano, że: *miejsce świadczenia usług związanych z nieruchomościami, w tym usług świadczonych przez rzeczoznawców, pośredników w obrocie nieruchomościami, usług zakwaterowania w hotelach lub obiektach o podobnej funkcji, takich jak ośrodki wczasowe lub miejsca przeznaczone do użytku jako kempingi, użytkowania i używania nieruchomości oraz usług przygotowywania i koordynowania prac budowlanych, takich jak usługi architektów i nadzoru budowlanego jest miejsce położenia nieruchomości.* Otóż istotą sporu nie jest miejsce położenia jakiejkolwiek nieruchomości, lecz to czy konsorcjum złożone z podmiotu zagranicznego, nie posiadającego na terenie Polski stałej siedziby ani miejsca wykonywania działalności, nie będące zarejestrowane w Polsce jako czynny podatnik podatku VAT (za to zarejestrowany jako podatnik podatku VAT poza granicami w Polski), pełniącego tzw. funkcje lidera, a które składa ofertę wspólną z podmiotem prawa polskiego, w sytuacji gdy przedmiotem świadczenia jest wykonywanie usług, ma obowiązek doliczyć do ceny oferty podatek VAT, czy też w świetle obowiązujących przepisów ustawy

o podatku od towarów i usług, to na usługobiorcy ciążyć będzie obowiązek uregulowania podatku VAT. Z brzmienia obowiązujących przepisów wynika, że w omawianym przypadku, to Zamawiający (wg ustawy usługobiorca będący osobą prawną prowadzącą działalność gospodarczą i mającą stałą siedzibę w Polsce) uiszcza należny podatek VAT. Tym samym IDOM postąpił prawidłowo wpisując w ofercie w miejscu przeznaczonym na podanie stawki i kwoty podatku VAT - odpowiednio „0%” i „0 zł”. Taka instrukcję otrzymali bowiem Wykonawcy od Zamawiającego, w przypadku gdy z obowiązujących przepisów wynika, że płatnikiem podatku VAT jest Zamawiający. Zawarta w formularzu oferty instrukcja nie była przedmiotem żadnych wniosków o wyjaśnienie, ani tym bardziej protestów.

(...)

Kolejny zarzut podniesiony w proteście dotyczy rzekomego zaniechania Zamawiającego polegającego na nie odrzuceniu oferty złożonej przez IDOM ze względu na rażąco niską cenę zaproponowaną w ofercie.

I tak, to właśnie IDOM wskazał, w odpowiedzi na wniosek Zamawiającego o wyjaśnienie dotyczące zaproponowanej w ofercie ceny że:

- 1) cena zawarta w ofercie Wykonawcy obliczona została zgodnie z najlepszą wiedzą oraz doświadczeniem Wykonawcy w sposób staranny oraz uwzględnia wszystkie elementy przedmiotu zamówienia określone w SIWZ i zapewnia ich realizację w sposób należyty, zgodny z wymaganiami określonymi w SIWZ oraz w terminach wskazanych w ofercie;
- 2) cena została obliczona przy założeniu określonej przez Wykonawcę prędkości, oraz stosowane stawki godzinowe pracy ekspertów, uwzględniając także koszty „obsługi technicznej” projektu;
- 3) cena uwzględnia koszty generowane przez przyszłych podwykonawców, nad których pracami nadzór pełnić będą wskazani we wniosku koordynatorzy, w związku z czym przedstawione przez Wykonawcę stawki są realne, rynkowe, stosowane przez Wykonawcę również w innych kontraktach;
- 4) Wykonawca dokonał podziału kosztów między Wykonawcę i firmy współpracujące przedstawiając dane w tabeli zawierającej podział kosztów ponoszonych w związku z wykonaniem kolejnych raportów na koszty samego konsorcjum oraz koszty podwykonawców;
- 5) Wykonawca wskazał przyjętą przez siebie stawkę godzinową o wartości 185 PLN, która jest uśrednioną wartością kosztu pracy powiększoną o odpowiedni zysk. Obejmuje ona personel wszystkich szczebli biorący udział w pracach nad studium, jak również szereg kosztów związanych z wykonaniem zamówienia (podróże, wynajem biura, edycję i kopie dokumentacji itp.). Przy założeniu 22 dni roboczych w skali miesiąca koszt jednego pracownika konsorcjum IDOM-BPK wynosi około 32.560 PLN;
- 6) Wykonawca wskazał na nierównomierne obciążenie pracą podczas trwania kontraktu i płynące

z tego konsekwencje;

7) poczynił wiarygodne założenia co do przyjętej stawki godzinowej i liczby roboczogodzin wyprowadzając z powyższych faktów średnią liczbę członków zespołu wykonującego usługę;

8) W wycenie ceny ofertowej Wykonawca, jako dysponujący bogatym doświadczeniem, wziął pod uwagę następujące elementy: • koszt wykonania poszczególnych zadań i analiz (z uwzględnieniem ryzyka), • koszt zaplecza biurowego i edycji materiałów, •koszty pośrednie takie jak: koszty podróży, zakwaterowania, tłumaczeń, • umiarkowana marża Wykonawcy.

Nadto Wykonawca wskazał, że koszt każdego elementu składającego się na cenę zaoferowaną przez Wykonawcę oparty jest na realnej cenie rynkowej. Wykonawca oraz współpracujące z nim firmy przy tym zamówieniu aktualnie biorą udział lub niedawno zakończyły realizację projektów związanych z budową kolei dużych prędkości lub innych projektów infrastrukturalnych, posiadają zatem dokładne i aktualne informacje dotyczące cen i kosztów, w związku z czym przedstawione w ofercie kalkulacje są jak najbardziej realne i opierają się na aktualnych cenach rynkowych.

Wszystkie te wyjaśnienia Zamawiający uznał za jak najbardziej wiarygodne i, co godne podkreślenia, wskazujące na doskonałe przygotowanie Wykonawcy IDOM do realizacji przedmiotowego zamówienia.

Protestujący zarzuca, że wskazany w wyjaśnieniu IDOM katalog przyczyn nie pokrywa się ze wskazanym w przepisie art. 90 ust. 2 Pzp. Zamawiający wskazuje, że stanowisko Protestującego jest bezzasadne bowiem wskazany w proteście katalog przyczyn, jakie potencjalnie mogą stanowić uzasadnienie zaproponowanej w ofercie niskiej ceny, zgodnie z utrwalonym w tej materii orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, nie jest katalogiem zamkniętym. (...)

W doktrynie i orzecznictwie podnosi się, że cena rażąco niska to cena nierealna, nie pozwalająca na realizację zamówienia z należytą starannością, wskazująca na zamiar realizacji zamówienia poniżej kosztów własnych wykonawcy, nie pozwalająca na wygenerowanie przez niego zysku. W omawianym przypadku taka sytuacja nie ma miejsca, tym samym nie ma podstaw do odrzucenia oferty ze względu na zaoferowanie w niej rażąco niskiej ceny.

(...)

Protestujący niesłusznie wskazuje na uchybienia oferty złożonej przez IDOM w przedmiocie jej rzekomej niezgodności z treścią SIWZ. Zauważyć należy, że zarzuty powyższe są całkowicie pozbawione jakichkolwiek podstaw z uwagi na następujące fakty:

Nieprawdą jest jakoby inwentaryzacja szczegółowa kończyła się 28.04.2011 r. Jak wynika ze złożonego w ofercie harmonogramu (pozycja 427) kończy się ona w dniu 16.12.2010 r. , zaś analiza środowiskowa ma być wykonywana od 17.12.2010 r. i trwać do 19.05.2011 r. Stąd wymóg aby analiza środowiskowa odnosiła się do inwentaryzacji szczegółowej jest spełniony, bowiem jej

rozpoczęcie następuje następnego dnia po zakończeniu inwentaryzacji szczegółowej. Wykonywanie inwentaryzacji ostatecznej może być natomiast przeprowadzane równolegle do analizy środowiskowej, a nawet musi bo ta inwentaryzacja ma za zadanie uwzględnić wszystkie ostateczne wyniki.

Ze względu na wskazane w ofercie i powtórzone w rozstrzygnięciu niniejszego protestu następstwo czasowe Zamawiający potwierdza, że: Analiza środowiskowa nie wynika bowiem z inwentaryzacji ostatecznej, lecz z inwentaryzacji szczegółowej. Wnioski z Analizy środowiskowej powinny być wzięte pod uwagę przy określaniu zakresu inwentaryzacji ostatecznej" (str. 8 protestu). Tyle że nieprawdą jest jakoby w ofercie IDOM wystąpiły w tym zakresie jakiegokolwiek nieprawidłowości, co Zamawiający udowodnił w rozstrzygnięciu tej kwestii.

(...)

Kolejna część zarzutów merytorycznych odnosi się do rzekomej niezgodności treści oferty złożonej przez IDOM w przedmiocie złożenia niewłaściwej deklaracji odnośnie załączników, jakie muszą być złożone do wniosku o wydanie decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach. IDOM zadeklarował złożenie w dacie wraz z wnioskiem tzw. karty informacyjnej projektu wraz z wnioskiem o ustalenie zakresu raportu, co należy uznać za działanie absolutnie prawidłowe zarówno w świetle wymagań pkt 4.3.4.2. Rozdziału II SIWZ stanowiącego opis przedmiotu zamówienia, jak i w świetle obowiązujących przepisów. Ze złożonego przez IDOM harmonogramu wynika, że nie uchyla się on od sporządzenia wymaganego przepisami ustawy z dnia 3 października 2008 r. o udostępnianiu informacji o środowisku i jego ochronie, udziale społeczeństwa w ochronie środowiska oraz o ocenach oddziaływania na środowisko (Dz.U. z 2008 r. Nr 199, poz. 1227 ze zm.) raportu, a jedynie wnosić będzie do organu o ustalenie jego zakresu, co jest zalecane przez Komisję Europejską. Należy wręcz docenić taką procedurę, która z jednej strony powodować będzie konieczność rozpoczęcia rozpatrywania sprawy przez organ, jaki ma wydać decyzje o środowiskowych uwarunkowaniach, a z drugiej uzyskanie od organu szczegółowych wytycznych co do zakresu raportu. Ponadto wskazać należy, że rozpoczęcie prac nad wnioskiem przez organ administracji ma ten skutek, że termin wskazany w przepisie, jaki organ ma na załatwienie sprawy zaczyna swój bieg wraz ze złożeniem wniosku i jedynie zawiesza się na okres dokonania ustaleń w przedmiocie zakresu raportu. Zarzut Protestującego byłby zasadny, gdyby IDOM w złożonej przez siebie ofercie nie zadeklarował sporządzenia raportu, bądź zadeklarował sporządzenie go w terminie przekraczającym wymagane 27 miesięcy realizacji zamówienia. Tymczasem IDOM i w tym zakresie spełnił wymóg Zamawiającego zawarty w SIWZ. IDOM planuje zakończenie raportu w dniu 24.07.2012, co wynika z poz. 95 skróconego harmonogramu zawartego na str. 80 oferty, zaś zakończenie realizacji całego zamówienia 17 sierpnia 2012 r.

Nieprawdą jest jakoby wyniki inwentaryzacji szczegółowej przeprowadzanej w okresie

obejmującej miesiące letnie nie mogły zostać wykorzystywane w inwentaryzacji ostatecznej. Tym samym zarzut podniesiony w proteście również w tym zakresie jest absolutnie chybiony.

Wykonawca co najwyżej nie może zakończyć inwentaryzacji ostatecznej przed sporządzeniem raportu.

Także zarzut polegający na opracowywaniu raportu oddziaływania na środowisko w ciągu 44 tygodnie, zamiast wymaganych pełnych 12 miesięcy należy uznać za niezasadny, bowiem IDOM zadeklarował wykonywania pomiarów i badań środowiskowych na potrzeby raportu w terminie począwszy od 28 maja 2010 r. do 19 maja 2011 r., czyli przez 51 tygodni oraz uszczegółowienie inwentaryzacji szczegółowej w terminie od 28 września 2011 r. do 26 czerwca 2012 r., czyli przez następne 39 tygodni. Tym samym wymóg SIWZ jest spełniony.

Tym samym w odniesieniu do wszystkich elementów składających się na zarzut nr 4 protest zostaje oddalony.

(...)

Ostatnią grupę zarzutów skierowanych pod adresem Zamawiającego stanowią zarzuty dotyczące nieprawidłowej oceny ofert. Protestujący wskazuje na działanie Zamawiającego niezgodne z założeniami kryteriów oceny ofert. Przeciwko takiemu podejściu Zamawiający stanowczo Protestuje wskazując, że dokonał oceny ofert zgodnie ze wskazanymi w ogłoszeniu i opisanymi w SIWZ kryteriami i zasadni oceny ofert. Oferta Protestującego otrzymała w kryterium koncepcja realizacji zamówienia mniejszą liczbę punktów bowiem w zgodnej opinii członków komisji była po prostu dużo słabsza merytorycznie. W dużej części stanowiła przepisane opisu przedmiotu zamówienia sporządzonego przez Zamawiającego. (...) wybrane konsorcjum sporządziło do oferty bardzo szczegółowy harmonogram działań obrazujący znacznie więcej niż wymagał Zamawiający zależności pomiędzy poszczególnymi analizami, produktami i częściami produktów. Zamawiający jednakże poddał ocenie wyłącznie te zależności, które wprost wynikały z postanowień SIWZ, nie zmieniając przyjętych wcześniej w SIWZ kryteriów oceny.

Protestujący zarówno w zakresie wymaganych zależności, jak i w zakresie planu działań w celu minimalizacji ryzyk przedstawił propozycję mniej szczegółową. Plan minimalizacji ryzyk Protestującego sprowadza się do zapewnienia dysponowania doświadczonym personelem, zaś sformułowanie elementów składowych ryzyk jest najczęściej opisem samego ryzyka tyle, że dokonanych z użyciem innych wyrazów.

W zakresie wymaganych przez Zamawiającego uzgodnień Protestujący wskazuje, że nie jest możliwe ich zaznaczenie na wykresie Gantta, co jest oczywistą nieprawdą, szczególnie w obliczu wskazania tych uzgodnień w ofercie IDOM. Należy zaznaczyć, że Zamawiający dokonując oceny każdej z ofert, w sytuacji gdy wymagana informacja znalazła się w ofercie, uznawał wymóg za spełniony niezależnie od sposobu i miejsca zamieszczenia informacji. Także w ofercie Protestującego, mimo nie wskazania wielu wymaganych elementów w samym

Sygn. akt: KIO/UZP 887/10

KIO/UZP 905/10

harmonogramie załączonym do oferty, Zamawiający uznawał, że oferta została sporządzona zgodnie z wymaganiami, o ile tylko brakująca w harmonogramie informacja znalazła się w innej części oferty (np. w części opisowej do harmonogramu).

Twierdzenie jakoby IDOM nie opisał zależności pomiędzy analizami i produktami jest oczywistą nieprawdą. Zawarte w ofercie IDOM harmonogramy sporządzone z różnym stopniem szczegółowości (harmonogram zbiorczy, harmonogramy obrazujące poszczególne zależności sporządzane wg różnych kryteriów podziału) w sposób pełny i profesjonalny obrazują przygotowanie IDOM do realizacji zamówienia. Podany w proteście przykład, że analiza środowiskowa zostanie zakończona w terminie 19 maja 2011 r., zaś uzgodnienia, opinie i konsultacje z organami m.in. środowiskowymi zostaną zakończone do dnia 14 kwietnia 2011 r. jest nieuzasadniony i w żaden sposób nie może stanowić zarzutu jakiegokolwiek nieprawidłowości. (...)"

14 maja 2010 r. do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosiło przystąpienie Konsorcjum IDOM, które uprzednio 29 kwietnia 2010 r. zgłosiło przystąpienie do postępowania toczącego się w wyniku wniesionego protestu, wnosząc o jego oddalenie.

Izba dopuściła zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, uznając, iż Konsorcjum IDOM, które złożyło ofertę wybraną przez Zamawiającego jako najkorzystniejsza, ma w tym zakresie interes prawny. Zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego, poparł w pełni argumentację Zamawiającego. Izba nie uwzględniła wniosku Odwołującego SYSTRA o niedopuszczenie do udziału w postępowaniu odwoławczym Konsorcjum IDOM z uwagi na podpisanie zgłoszenia przystąpienia przez Pana Oscara Rico Gracia, który nie jest umocowany do występowania w imieniu konsorcjum. Izba ustaliła i zważyła w tym zakresie analogicznie, jak to opisano poniżej w niniejszym uzasadnieniu przy rozważaniu kwestii pełnomocnictw załączonych do oferty Konsorcjum IDOM.

Po ustaleniu z urzędu, że odwołanie nie podlega odrzuceniu, Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Strony i Uczestnik postępowania podtrzymali swoje dotychczasowe stanowiska.

B. (KIO/UZP 905/10)

Wobec dokonanych czynności – wyboru najkorzystniejszej oferty i odrzucenia swojej oferty Konsorcjum Vössing złożyło odwołanie poprzedzone protestem.

Środki ochrony prawnej zostały wniesione przez Odwołującego Vössing w terminach ustawowych, odpowiednio: protest 23 kwietnia 2010 r. (pismem z 20 kwietnia 2010 r.), odwołanie wniesiono 14

maja 2010 r. bezpośrednio do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (pismem z 13 maja 2010 r.), w tym samym dniu Zamawiający otrzymał kopię odwołania – z zachowaniem terminu ustawowego wynikającego z art. 184 ust. 2 zd. 1 *in fine* pzp.

Odwołujący Vössing, zarówno w proteście, jak i w odwołaniu, zarzucił Zamawiającemu:

1. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt. 8 pzp w związku z art. 104 kc poprzez nieodrzućenie oferty Konsorcjum, pomimo iż oferta ta, jako czynność jednostronna dokonana przez osobę nieupoważnioną do jej dokonania – jest nieważna,
2. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt. 2 pzp poprzez nieodrzućenie oferty Konsorcjum IDOM, pomimo iż złożone przez nie pełnomocnictwo jest sprzeczne z treścią s.i.w.z. w punkcie 7.2.2 i 7.2.4,
3. naruszenie art. 91 ust. 1 pzp poprzez wybór najkorzystniejszej oferty z pośród ofert, które podlegały odrzućeniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 8 pzp,
4. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp poprzez odrzućenie oferty Konsorcjum Vössing w sytuacji gdy jest ona zgodna z s.i.w.z., nie podlegała odrzućeniu i w konsekwencji powinna być brana pod uwagę przy wyborze oferty najkorzystniejszej,
5. naruszenie art. 87 ust. 1a pzp poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum Vössing w toku badania i oceny ofert do sprecyzowania i dopracowania treści oferty,
6. naruszenie art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp poprzez uznanie, iż treść oferty zawiera omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, których poprawienie powoduje istotne zmiany w treści oferty oraz uzasadnia jej odrzućenie, w sytuacji gdy oferta Konsorcjum Vössing takich omyłek nie zawiera,
7. naruszenie art. 8 ust. 1 i 3 pzp w związku z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z dnia 16 kwietnia 1993 r. (tekst jednolity 2003 r. Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503, z późn. zm.) polegające na zaniechaniu zweryfikowania czy informacje zawarte w części oferty zastrzeżonej przez Konsorcjum SYSTRA jako tajemnica przedsiębiorstwa spełniają ustawowe przesłanki do zakwalifikowania ich jako tajemnicy przedsiębiorstwa a w konsekwencji czy ich utajnienie było zasadne,

W związku z podniesionymi zarzutami Odwołujący Vössing wniósł w odwołaniu o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności polegającej na oddaleniu i częściowym odrzućeniu protestu złożonego przez Konsorcjum Vössing 23 kwietnia 2010 r. i nakazanie Zamawiającemu dokonania żądanych w proteście czynności,
2. dokonania czynności uwzględnienia protestu Konsorcjum Vössing,
3. unieważnienia czynności polegającej na wyborze oferty Konsorcjum IDOM jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu,
4. odrzućenia oferty Konsorcjum IDOM,

5. unieważnienia czynności odrzucenia oferty złożonej Konsorcjum Vössing,
6. ponownej oceny oferty złożonej przez Konsorcjum SYSTRA w zakresie zweryfikowania czy informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa stanowią w rzeczywistości tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a w sytuacji gdy okaże się iż zastrzeżone informacje nie są tajemnicą przedsiębiorstwa, odtajnienia tychże informacji,
7. ponownego badania i oceny złożonych w niniejszym postępowaniu ofert z punktu widzenia ich zgodności z prawem oraz treścią s.i.w.z., z uwzględnieniem oferty Konsorcjum Vössing i z poszanowaniem przepisów ustawy pzp,
8. nakazanie dokonania wyboru oferty Konsorcjum Vössing jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów Odwołujący Vössing podniósł następujące okoliczności.

„(...)

I. Zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum IDOM.

(...)

(...) Zamawiający mylnie uznał, że zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez konsorcjum IDOM w sytuacji, gdy oferta ta winna zostać odrzucona z uwagi na fakt, iż jako czynność jednostronna dokonana przez osobę nieupoważnioną do jej dokonania - jest nieważna, podniesiony został przez Odwołującego się po upływie terminu przewidzianego do wniesienia protestu.

(...)

W dniu 23 kwietnia 2010 r. Odwołujący się wniósł protest m.in. na zaniechanie Zamawiającego polegające na nie odrzuceniu oferty IDOM, która winna zostać odrzucona, albowiem oferta jako czynność jednostronna dokonana przez osobę nieupoważnioną do jej dokonania jest nieważna. Odwołujący się zachował termin do wniesienia protestu na w/w zaniechanie Zamawiającego, albowiem informację o powyższym zaniechaniu powziął w dniu 14 kwietnia 2010 r. otrzymując pismo, w którym Zamawiający wskazał, iż jako najkorzystniejszą wybrał ofertę IDOM (którą w ocenie Odwołującego się winien odrzucić). W świetle powyższego bez znaczenia pozostaje fakt, iż Zamawiający w dniu 09 kwietnia 2009 r. udostępnił do wiadomości uczestników postępowania wszystkie złożone przez wykonawców wnioski. Nie przystaje także do rzeczywistości twierdzenie Zamawiającego, jakoby Odwołujący się mógł powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę opisanego wyżej zarzutu zaniechania odrzucenia oferty z uwagi na jej nieważność od momentu gdy wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu stały się jawne dla uczestników postępowania. Zarzut podniesiony w proteście przez

Odwołującego się dotyczy bowiem kwestii nieważności oferty IDOM jako dokonanej przez osobę nieupoważnioną a nie wadliwego sformułowania pełnomocnictwa upoważniającego do złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Konsorcjum IDOM złożyło do Zamawiającego w toku niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego dwa pełnomocnictwa: a) pierwsze wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu - w formie aktu notarialnego sporządzonego dnia 16 grudnia 2003 r. przed notariuszem w Bilbao Panem Norberto G. S., b) drugie wraz z ofertą - w formie aktu notarialnego, sporządzonego dnia 25 maja 2009 r., za Repertorium numer: 1005, przed notariuszem w Bilbao Panem Alfonso B..

Odwołujący się podtrzymuje stanowisko wyrażone w proteście, zgodnie z którym z żadnego z w/w pełnomocnictw nie wynika jakoby osoba, która podpisała i złożyła ofertę konsorcjum IDOM tj. Pan Oscar R. G., była upoważniona do dokonania w imieniu konsorcjum IDOM w/w jednostronnej czynności prawnej jaką zgodnie z art. 104 Kodeksu cywilnego jest oferta. (...)

Nadto zważyć należy, iż zgodnie pkt. 7.2.2. SIWZ oferta złożona przez wykonawcę winna zawierać między innymi „Pełnomocnictwo do podpisania oferty względnie do podpisania innych dokumentów składanych wraz z ofertą, o ile prawo do ich podpisania nie wynika z innych dokumentów złożonych Zamawiającemu w trakcie niniejszego postępowania. Treść pełnomocnictwa musi jednoznacznie wskazywać czynności, do wykonania których pełnomocnik jest upoważniony". W postępowaniu o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego oferta konsorcjum IDOM podpisana została przez Pana Oscar R. G. w sytuacji, gdy z treści dołączonego pełnomocnictwa nie wynika jednoznacznie jakoby Pan Oscar Rico Garcia był upoważniony do reprezentowania konsorcjum IDOM. W związku z tym, iż konsorcjum IDOM nie złożyło wraz z ofertą ani też uprzednio wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu innych dodatkowych dokumentów, z których mogłoby wynikać umocowanie Pana Oscar R. G. do podpisania oferty i innych dokumentów, konsorcjum IDOM winno przedstawić i załączyć do oferty pełnomocnictwo do podpisania oferty i innych dokumentów. Treść pełnomocnictwa powinna jednoznacznie wskazywać czynności, do których wykonania upoważniony jest pełnomocnik. Mając na uwadze pkt. 7.2.2. SIWZ pełnomocnictwo powinno jednoznacznie wskazywać, iż pełnomocnik upoważniony jest do złożenia i podpisania oferty w ramach niniejszego postępowania i złożonych wraz z nią dokumentów. Niezależnie od powyższego w celu dokładnego ustalenia zakresu umocowania pana Oscar R. G. Odwołujący się wskazuje na następujące szczegółowe zapisy (...) pełnomocnictwa złożonego wraz z ofertą konsorcjum IDOM: (...)

(...) na wstępie wskazać należy, iż niniejsze pełnomocnictwo (...) jest niezgodne z wymaganiami określonymi w SIWZ, w szczególności w punktach 7.2.2. i 7.2.4. albowiem: treść tego pełnomocnictwa nie wskazuje jednoznacznie czynności, do wykonywania których

pełnomocnik jest upoważniony. Ponadto wbrew wymaganiom opisanym punkcie 7.2.4 SIWZ Pełnomocnictwo to, nie wskazuje jakiego postępowania dotyczy, jakie podmioty występują wspólnie, czy też jakie konkretnie czynności w postępowaniu ma prawo wykonać pełnomocnik.

(...) w punkcie 1. pełnomocnictwa wskazane jest upoważnienie do reprezentowania przedsiębiorstwa INGENIERIA IDOM INTERNACIONAL S.A. w przetargach publicznych na świadczenie usług oraz podpisywanie kontraktów przyznanych przedsiębiorstwu w przypadkach, gdy między innymi przedsiębiorstwo to będzie występowało jako członek konsorcjum przedsiębiorstw. W zakresie powyższego punktu można domniemywać, iż pełnomocnik upoważniony jest jedynie do reprezentowania mocodawcy, gdy ten bierze udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i do podpisania umowy przyznanej jego mocodawcy wskutek rozstrzygnięcia takiego przetargu. W każdym razie punkt ten nie obejmuje swoim zakresem umocowania do podpisania oferty wraz z innymi dokumentami w niniejszym postępowaniu.

(...) w punkcie 2. pełnomocnictwa umocowanie pana Oscar R. G. obejmuje udzielanie pełnomocnictw w imieniu spółki na rzecz podmiotów trzecich.

(...) w punkcie 3. natomiast pełnomocnik umocowany został do *wszczyniania oraz prowadzenia postępowań i odwołań wszelkiej natury w sprawach rządowych, administracyjnych, gospodarczych, gospodarczo - administracyjnych, karno-administracyjnych, wobec ministerstw, sądów gospodarczo - administracyjnych i karno-administracyjnych, centralnych i powiatowych, władz wojewódzkich, urzędów skarbowych, urzędów ds. robót publicznych, przemysłu i górnictwa itp. oraz wszelkich innych urzędów państwowych regionalnych, powiatowych i gminnych, korporacji publicznych i spółek z uprawnieniami do składania dokumentów tam gdzie wymaga tego interes przedsiębiorstwa, przyjmowania powiadomień, składania i prowadzenia odwołań, aż do wyczerpania postępowania administracyjnego oraz do kontynuowania odwołań przed sądem karno-administracyjnym, uczestniczenia w wizjach oraz do podejmowania wszelkich działań w zależności od postępowania.* (...)

Podsumowując analizę treści pełnomocnictwa dołączonego przez konsorcjum IDOM wraz z ofertą, zakresu umocowania zawartego w treści tegoż pełnomocnictwa nie można utożsamiać ze składaniem oferty w trybie przewidzianym przez Prawo zamówień publicznych. Dlatego też treść w/w pełnomocnictwa nie spełnia istoty wymaganego umocowania. Powyżej analizowane zapisy a w konsekwencji zakres umocowania pozostaje w zupełnej sprzeczności z celem postępowania o zamówienie publiczne i nie może być traktowany jako upoważnienie do złożenia oferty w trybie zamówień publicznych. (...) W ocenie Odwołującego się złożone przez konsorcjum IDOM pełnomocnictwo nie tylko nie wskazuje jednoznacznie na umocowanie pana Oscar R. G. do podpisania oferty w niniejszym postępowaniu i załączonych do niej dokumentów, ale w ogóle nie obejmuje swoim zakresem takiego umocowania.

W tym stanie rzeczy podnieść należy, iż brak umocowania pana Oscar R. G., do podpisania i złożenia oferty w niniejszym postępowaniu prowadzi do konieczności uznania, iż oferta konsorcjum IDOM złożona została przez osobę nie upoważnioną do dokonania takiej czynności i tym samym nie wywołuje skutków prawnych. Stosownie bowiem do treści art. 104 k.c. Jednostronna czynność prawna dokonana w cudzym imieniu bez umocowania lub z przekroczeniem jego zakresu jest nieważna." Tym samym Zamawiający powinien odrzucić ofertę konsorcjum IDOM jako sprzeczną z Ustawą, kodeksem cywilnym i z SIWZ.

Uwzględniając powyższe, tym bardziej można stwierdzić, iż pełnomocnictwo złożone przez konsorcjum IDOM jest sprzeczne z treścią SIWZ, albowiem nie spełnia wymogu jednoznaczności, o którym mowa pkt. 7.2.2. oraz nie zawiera elementów wskazanych w punkcie 7.2.4 SIWZ. Sformułowania zawarte w całym pełnomocnictwie są wieloznaczne, nasuwające wiele wątpliwości co do zakresu umocowania. W konsekwencji Zamawiający przy interpretacji jego treści musi w całości zdać się na sposób jego rozumienia przez konsorcjum IDOM, który wobec dowolności zawartych w nim sformułowań może równie dowolnie określać zakres pełnomocnictwa w zależności od aktualnego nastawienia do niniejszego postępowania o zamówienie publiczne. Innymi słowy treść pełnomocnictwa nie gwarantuje Zamawiającemu, iż złożona oferta zostanie potwierdzona podpisaniem umowy. Dlatego też wskazać należy, iż również sama niejasność i niejednoznaczność pełnomocnictwa stanowi niezależną przesłankę uzasadniającą odrzucenie oferty konsorcjum IDOM w trybie art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp.

(...)

II. Naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp - odrzucenie oferty Odwołującego się w sytuacji, gdy jest ona zgodna z SIWZ.

(...)

W uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego się Zamawiający wskazał, iż odrzucił w/w ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, albowiem jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia a Zamawiający nie mógł, na mocy art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, poprawić występujących w tej Ofercie niezgodności z SIWZ i uznać, że są to inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia niepowodujące istotnych zmian w treści oferty, bowiem ich poprawienie prowadziłyby do istotnych zmian w ofercie.

W dalszej kolejności Zamawiający wskazał, iż oferta złożona przez Odwołującego się nie spełnia postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, albowiem ani w harmonogramie ani w opisie stanowiącym integralną część oferty Odwołujący się nie zadeklarował wykonania zadań wynikających z punktu 4.3.4.2. ppkt 1) oraz zadań wynikających z punktu 4.3.5.3. Części II. Powyższe, w ocenie Zamawiającego jest jednoznaczne z niespełnieniem warunku określonego w w/w punktach Opisu Przedmiotu Zamówienia. W ocenie Odwołującego się w/w stanowisko

Zamawiającego jest mylne a oferta złożona przez Odwołującego się, w powyższym zakresie jest w pełni zgodna z postanowieniami SIWZ. Okoliczność, iż Odwołujący się nie poczynił odrębnych deklaracji, co do tego, iż *będzie monitorował przebieg procedury oceny oddziaływania na środowisko i składania Zamawiającemu miesięcznych informacji z przebiegu postępowania, aż do zakończenia postępowania w sprawie wydania decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach oraz wykonania dokumentacji z przebiegu postępowania oceny oddziaływania na środowisko prowadzonej przez organ administracyjny* nie może stanowić podstawy do stwierdzenia, iż powyższe nakazuje oceniać ofertę Odwołującego się jako niezgodną z postanowieniami SIWZ.

W pierwszej kolejności wskazać należy, iż składając ofertę Odwołujący się przyjął na siebie zobowiązanie do wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ oraz zgodnie ze złożoną Ofertą (...).

Ponadto w treści oferty nie dokonano jakichkolwiek ograniczeń zakresu realizacji przedmiotu zamówienia. Tym samym Odwołujący się potwierdził, iż zamówienie wykona na warunkach określonych w SIWZ. Powyższe zobowiązane Odwołującego się obejmuje także w sposób oczywisty zobowiązanie do wykonania zadania wynikającego z punktu 4.3.4.2. ppkt 1) Rozdziału II SIWZ zatytułowanego *Opis przedmiotu zamówienia* oraz zobowiązanie do wykonania zadania wynikającego z punktu 4.3.5.3. Części II Rozdziału II SIWZ zatytułowanego *Opis przedmiotu zamówienia (wykonanie dokumentacji z przebiegu postępowania oceny oddziaływania na środowisko prowadzonej przez organ administracyjny)*.

W Specyfikacji w punkcie 4.3.4.2 *Zakres* Zamawiający zapisał, iż oczekuje od Wykonawcy miesięcznych informacji z przebiegu postępowania. W formularzu oferty Wykonawca potwierdził zakres i wymagania określone w SIWZ i oświadczył, iż *wynagrodzenie (...) obejmuje wykonanie wszelkich czynności i analiz oraz powstałych w ich następstwie Raportów, zgodnie z postanowieniami SIWZ, w tym istotnych postanowień umowy oraz zgodnie ze złożoną ofertą*. W poszczególnych punktach Specyfikacji 4.3.2, 4.3.3, 4.3.4, 4.3.5 Zamawiający opisał jakich "produktów" oczekuje od Wykonawcy. W treści oferty Odwołujący się w odpowiednich punktach, w krótkim opisie ujął wszystkie produkty, których żądał Zamawiający.

Również w udzielonych odpowiedziach na zadane przez Wykonawców pytania, Zamawiający sprecyzował zakres przedmiotu zamówienia. Udzielone wyjaśnienia stały się integralną częścią SIWZ. W związku z tym, Odwołujący się potwierdzając zapisy specyfikacji, zobowiązał się wykonać kompletny, wskazany przez Zamawiającego zakres usług.

(...)

Należy również zwrócić uwagę na fakt, iż odwołujący się w opisie złożonej oferty (strona 35) zawarł informację: *Dane wyjściowe: sprawozdania/raporty z przeprowadzonych konsultacji, dokumentacja przebiegu oceny oddziaływania na środowisko (Rozdział Raport OOS o konfliktach społecznych)*.

Mając powyższe na uwadze, należy z całą stanowczością stwierdzić, iż treść oferty Odwołującego się odpowiada treści SIWZ, zaś stwierdzenie Zamawiającego, iż treść oferty jest niezgodna z postanowieniami SIWZ nie przystaje do rzeczywistości. Powyższe jest rezultatem mylnej interpretacji treści oferty Odwołującego się dokonanej bez wezwania w trybie art. 87 ust. 1a do sprecyzowania i przedstawienia wyjaśnień dodatkowych co do treści oferty.

Wskazać ponadto należy, iż zgodnie z punktem 7.1 Rozdziału I SIWZ zawartość oferty stanowi zarówno (1) wypełniony formularz pod nazwą „Oferta” zamieszczony w Rozdziale III SIWZ a także (2) Opis koncepcji realizacji przedmiotu zamówienia i (3) Harmonogram rzeczowo-finansowy wykonania Części II zamówienia. Powyższe trzy elementy stanowią integralną całość określaną mianem „Oferty”. Zgodnie natomiast z art. 14 Pzp do czynności podejmowanych przez Zamawiającego i Wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16, poz. 93, z późn. zm.), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Opierając się na powyższym odesłaniu sięgnąć należy do art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy stanowi ofertę, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. Jeżeli zatem oferta jest w niniejszej sprawie oświadczeniem woli Odwołującego się skierowanym do Zamawiającego, na które składają się trzy w/w elementy, w tym wypełniony formularz pod nazwą *Oferta*, to treść tego oświadczenia woli determinowana będzie przez zawartość wszystkich w/w dokumentów. Jeżeli zatem w formularzu pod nazwą *Oferta* Odwołujący się zobowiązał się do wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ oraz zgodnie ze złożoną *Ofertą* to przyjmując należy, iż wykona zadania wynikające z punktu 4.3.4.2. ppkt 1) Rozdziału II SIWZ zatytułowanego „Opis przedmiotu zamówienia” oraz zadania wynikającego z punktu 4.3.5.3. Części II Rozdziału II SIWZ. (...)

Mając na uwadze powyższe stwierdzić należy z pełnym przekonaniem, iż brak dodatkowej deklaracji realizacji przez Odwołującego się zadań określonych w punkcie 4.3.4.2. ppkt 1) Rozdziału II SIWZ - *Opis przedmiotu zamówienia* oraz w punkcie 4.3.5.3. Części II Rozdziału II SIWZ w harmonogramie czy też w opisie stanowiącym integralną część oferty przy uwzględnieniu zobowiązania Odwołującego się do wykonania zamówienia w sposób określony w punktach 1., 2. i 3. Formularza ofertowego, nie upoważnia do przyjęcia, iż złożona przez Odwołującego się oferta nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia i w konsekwencji nie może skutkować odrzuceniem tejże oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) Pzp.

Niezależnie od powyższego jako mylne ocenić należy stwierdzenie Zamawiającego zawarte w Piśmie z dnia 14 kwietnia 2010 r. informującym Odwołującego się o odrzuceniu jego oferty oraz powtórzone w rozstrzygnięciu protestu, jakoby oferta złożona przez Odwołującego się nie odpowiadała treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia z uwagi na to, że w harmonogramie stanowiącym integralną część oferty Odwołujący się zaoferował przedstawienie

Sygn. akt: KIO/UZP 887/10

KIO/UZP 905/10

Raportu nr 6 w terminie 21.03.2011 r. a przystąpienie do wykonania analiz ekonomicznych i finansowych w terminie 31.01.2011 r.

W przedstawionym terminarzu prac (wykresie Gantfa) ze strony Odwołującego się nastąpiła celowo zamierzona propozycja wcześniejszego podjęcia pewnych czynności wstępnych przed właściwym przystąpieniem do rozpoczęcia czynności w zakresie analiz ekonomicznych i finansowych, jeszcze przed złożeniem Raportu Nr 6, tj. 21.03.2011 r. Powyższe założenia wynikają z wieloletniego doświadczenia i wiedzy Wykonawcy w dziedzinie opracowywania studium wykonalności co w konsekwencji miało zagwarantować pełne spełnienie oczekiwań Zamawiającego oraz wymogów SIWZ a zatem dostarczenie najwyższej jakości produktu w wyznaczonym czasie. W ocenie Odwołującego się wcześniejsze rozpoczęcie prac wstępnych (w sytuacji, gdyby były to prace wewnętrzne realizowane w celu umożliwienia profesjonalnego przystąpienia do sporządzenia analiz finansowych i ekonomicznych) nie może być oceniane w kategorii niezgodności oferty Odwołującego się z zapisami SIWZ. Podjęcie prac wstępnych w ocenie Odwołującego się odpowiada też konieczności wykonania prac zgodnie z obecnym stanem wiedzy i techniki, jaki posiada Wykonawca oraz koniecznością jak najbardziej gruntownego i rzetelnego dokonania poszczególnych analiz. W ramach wstępnych - przygotowawczych prac (których nie należy utożsamiać z właściwym przystąpieniem do analiz finansowych i ekonomicznych), które odbędą się tylko częściowo przed oddaniem Raportu Nr 6 (tj. 21.03.2011r.) dokonane zostaną następujące działania: (a) wstępna analiza i ocena szans i zagrożeń związanych z różnymi opcjami i modelami montażu finansowego, przy tym pozyskanie danych i ocena różnych opcji finansowania, wraz z oceną ryzyka; (b) przygotowanie strategii i procesu pozyskania finansowania dla projektu; (c) przygotowanie wstępnych parametrów struktury finansowania; (d) przygotowanie analizy podziału ryzyk pomiędzy sektor publiczny i sektor prywatny; (e) określenie warunków i kosztów pozyskania kapitału.

Jednocześnie Odwołujący się potwierdził, iż właściwe i szczegółowe prace analityczne, zostaną wykonane zgodnie z wymogami Zamawiającego, po oddaniu Raportu Nr 6, tj. po dniu 21.03.2011 r. Okres przewidziany przez Wykonawcę na realizację właściwych i szczegółowych prac analitycznych to: 22.03.2011 r. - 07.06.2011 r. Zgodnie z punktem 5.1.2.4. Rozdziału II SIWZ - *Opis przedmiotu zamówienia* przed przystąpieniem do analiz finansowych i ekonomicznych Wykonawca przedstawi Raport nr 6.

(...) Odwołujący się określił na okres od 31.01.2011 r. do 07.06.2011 r. całość procesu związanego z przygotowaniem analiz finansowych i ekonomicznych, w tym także podjęcie czynności wstępnych przed właściwym przystąpieniem do sporządzenia analiz finansowych i ekonomicznych.

Odwołujący się nie wskazał, iż data 31.01.2011 r. będzie datą właściwego przystąpienia do sporządzenia analiz finansowych i ekonomicznych lecz jedynie datą, w której zamierza podjąć

pierwsze czynności wstępne mające poprzedzać właściwe przystąpienie do sporządzenia w/w analiz. Jak zatem wynika z analizy zapisów harmonogramu stanowiącego integralną część oferty faktyczne przystąpienie przez Odwołującego się do analizy finansowej i ekonomicznej zgodnie z harmonogramem ma mieć miejsce po przekazaniu Zamawiającemu Raportu nr 6.

Ponadto podkreślić należy, iż z treści opisu do harmonogramu, który stanowi integralną część Oferty wynika wprost, iż wynikiem przeprowadzonej analizy technicznej (Raport nr 6) jest między innymi „oszacowanie kosztów” (np. Pkt 4.4.3 lub 4.4.4 oferty). Powyższe wartości i dane mają bowiem służyć wykonaniu w dalszej kolejności analiz finansowych i ekonomicznych.

Z całą stanowczością podkreślić zatem należy, iż okres wskazany w harmonogramie w punkcie *Analizy finansowe i ekonomiczne* (31.01.2011 r. - 07.06.2011 r.) począwszy od dnia 31.01.2011 r. do daty przekazania Zamawiającemu Raportu nr 6 dotyczył podejmowania przez Odwołującego się jedynie wstępnych czynności mających poprzedzać właściwe przystąpienie do sporządzenia analiz finansowych i ekonomicznych. Odczytując zatem treść harmonogramu w połączeniu z częścią opisową oferty stwierdzić należy, iż Odwołujący się zamierza przystąpić do sporządzania właściwych analiz finansowych i ekonomicznych nie wcześniej niż po przekazaniu Zamawiającemu Raportu nr 6.

(...)

Zaproponowane przez Wykonawcę wcześniejsze rozpoczęcie prac wstępnych w żaden sposób nie wpływa negatywnie na realizację zadania. Prace przygotowawcze mają służyć optymalizacji terminowego wykonania przedmiotu zamówienia i zagwarantować spełnienie wymagań zgodnie z założonymi celami.

(...)

Jak wyżej już wskazano art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp odnosi się do merytorycznej niezgodności przedmiotu zamówienia z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, czyli na przykład do zaoferowania jakiejś usługi, która nie spełnia minimalnych wymogów Zamawiającego, nie zaś do sposobu jej przygotowania, czy też formy, w jakiej została sporządzona oferta. Niezgodność oferty z treścią SIWZ zachodzi, gdy zaoferowany przedmiot usług nie odpowiada opisanemu w SIWZ, co do zakresu, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu zaspokajającym interesy i oczekiwania Zamawiającego. Oferta przygotowana przez Odwołującego się zawierała usługi (produkty) dokładnie odzwierciedlające parametry, jakie Zamawiający zawarł w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. (...)

W ocenie Odwołującego się w/w wątpliwości Zamawiającego, co do treści oferty w świetle jej zgodności z postanowieniami SIWZ nie są uchybieniami o charakterze merytorycznym oraz istotnym (nie są w ogóle uchybieniami). Mogą co najwyżej powodować pewne niejasności, co do ich interpretacji, która jednak winna zostać dokonana w świetle treści całości oferty złożonej przez Odwołującego się.(...)

III. Naruszenie przez Zamawiającego art. 87 ust, 1a Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp

Kolejnym zarzutem, który podnosi Odwołujący się jest zaniechanie Zamawiającego polegające na tym, iż mimo dyspozycji art. 87 ust. 1a Pzp nie wezwał Odwołującego się w toku badania i oceny ofert do sprecyzowania i dopracowania treści oferty w sytuacji, gdy Zamawiający powziął jakiegokolwiek wątpliwości, co do treści złożonej oferty i w ocenie Zamawiającego pojawiły się trudności w zakresie wykładni treści oświadczenia woli Odwołującego się (oferty złożonej przez Odwołującego się).

(...)

Ponadto w ocenie Odwołującego się wykładnia celowościowa i systemowa art. 87 ust. 1a Pzp nakazuje upatrywać w tejże normie nie tylko uprawnienia Zamawiającego do podjęcia wskazanych tam czynności mających na celu wyjaśnienie treści złożonej oferty. Za słuszne uznać należy zapatrywanie składów zespołu arbitrów, uznających, iż pomimo gramatycznego brzmienia wskazującego na dyspozycyjności art. 87 ust. 1a Pzp, Zamawiający jest zobowiązany żądać od wykonawców sprecyzowania lub przedstawienia dodatkowych informacji dotyczących treści złożonych ofert, jeżeli zaistnieją ku temu przesłanki. (...)

W ocenie Odwołującego się w sytuacji, gdy Zamawiający powziął pewne wątpliwości, co do treści oferty - zwłaszcza w sytuacji, gdy oferta ta zawiera najkorzystniejszą cenę, zaś cena stanowiła kryterium wyboru oferty najkorzystniejszej o wadze 60 % - winien zwrócić się do Odwołującego się z zapytaniem, jak rozumieć określoną treść oferty oraz z prośbą o udzielenie odpowiedzi. Zamawiający jednakże tego nie uczynił i odrzucił ofertę Odwołującego się bez powzięcia jakichkolwiek czynności w celu wyjaśnienia zaistniałych po stronie Zamawiającego wątpliwości, co do treści oferty. Oceniając powyższe zaniechanie Zamawiającego na tle rzekomych niezgodności oferty Odwołującego się z SIWZ wskazać należy, iż twierdzenie Zamawiającego zawarte w rozstrzygnięciu protestu jakoby dokonał on rzetelnej oceny i badania ofert nie przystają do rzeczywistości w szczególności dlatego, że nie można było dokonać rzetelnej oceny oferty nie wzywając Odwołującego się do sprecyzowania oferty bądź udzielenia informacji dodatkowych w trybie art. 87 ust. 1a Pzp.

Wedle Odwołującego się Zamawiający nie wziął pod uwagę faktu, iż ze względu na charakter przedmiotu zamówienia niniejsze postępowanie prowadzone jest w trybie dialogu konkurencyjnego zaś art. 87 ust. 1a Pzp wprowadził wyjątek w zakresie możliwości dokonywania zmian w złożonych ofertach. Jak już wyżej wskazano wyjątek ten dotyczy tylko trybu dialogu konkurencyjnego. Przepis ten umożliwia spowodowanie przez Zamawiającego dopracowania i sprecyzowania złożonych przez wykonawców ofert, a także uzupełnienia ich o dodatkowe informacje. Z w/w przepisu wynika wprost, iż żądanie powyższe ze strony Zamawiającego może zostać skierowane do wykonawców w czasie badania i oceny ofert.

Również zdaniem wielu przedstawicieli doktryny, *zgodnie z art. 87 ust. 1a Pzp, w toku*

*badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu prowadzonym w trybie dialogu konkurencyjnego Zamawiający może żądać od wykonawców sprecyzowania i doprecyzowania treści złożonych ofert. Jest to wyłom od zasady, zgodnie z którą nie jest możliwa zmiana treści oferty. Wyjątek ten motywowany jest specyfiką trybu dialogu konkurencyjnego, który to tryb stosowany jest w zamówieniach o szczególnie złożonym charakterze (art. 60b Pzp). Zamawiający oprócz żądania doprecyzowania oferty (co zawsze wiąże się ze zmianą jej treści) uprawniony jest także do żądania przedstawienia informacji dodatkowych związanych ze złożoną ofertą. Wszystkie te uprawnienia Zamawiającego są jednak ograniczone w ten sposób, że nie jest możliwe dokonywanie istotnych zmian w treści oferty. Istotność jest to pojęcie nieostre i trudne do zdefiniowania. Wydaje się, że zmianą istotną będzie zmodyfikowanie oferty w ten sposób, iż po jej dokonaniu okaże się, że wykonawca zaoferował produkt zupełnie inny niż poprzednio (Paweł Grarnecki *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, rok wydania: 2009 Wydawnictwo: C.H. Beck, Wydanie 2). Wskazać należy, iż istota rozważanego zastrzeżenia (wyjątku określonego w art. 87 ust. 1a Pzp - przypis mój) wyraża się, po pierwsze, w dopuszczeniu w toku badania i oceny ofert składanych w postępowaniu prowadzonym w tym trybie możliwości żądania przez Zamawiającego od wykonawców sprecyzowania i dopracowania treści ofert oraz przedstawienia informacji dodatkowych (także co do treści ofert), po drugie zaś w niedopuszczalności dokonywania istotnych zmian w treści ofert, przy czym aspekt „istotności” tych zmian ma tu zasadnicze znaczenie, a także zmian wymagań określonych w SIWZ. Pojęcie „sprecyzowanie” to uściślenie, czyli bardziej dokładne (staranne, przejrzyste) przedstawienie (sformułowanie) treści oferty w stosunku do stanu dotychczasowego. „Dopracowanie” oznacza w tym przypadku ponowne opracowanie treści oferty, uczynienie tego w sposób bardziej dokładny (precyzyjny), z uzupełnieniem braków w ujęciu szczegółów proponowanych w ofercie rozwiązań. Z kolei żądanie „informacji dodatkowych” powinno się traktować jako dopuszczalne żądanie uzupełnienia treści oferty - dopuszczalne w tym znaczeniu, że nie przekracza granic określonych w rozważanym przepisie *In fine*, tj. nie zmienia istotnych treści oferty oraz wymagań zawartych w SIWZ. Reasumując, pojęcia określone w art. 87 ust. 1a Pzp odnoszą się do sytuacji, gdy oferta złożona w postępowaniu prowadzonym w trybie dialogu konkurencyjnego nie jest sprzeczna z SIWZ, a jedynie brak precyzji (należytej staranności) w sformułowaniu jej treści powodują, że zamawiający zmierza tą drogą do ustalenia, iż jego wymagania zostały co do treści oferty optymalnie, a więc także w kwestii drobnych (nieistotnych) zmian, spełnione (Jerzy Baehr, Tomasz Czajkowski, Włodzimierz Dzierżanowski, Tomasz Kwieciński, Waldemar Łysakowski *Prawo zamówień publicznych. Komentarz pod redakcją Tomasza Czajkowskiego*, Wydanie trzecie. Stan prawny na 1 stycznia 2008 r. Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2007, s.298-299). Zdaniem Odwołującego się, nieścisłości, które w ocenie Zamawiającego wystąpiły w ofercie Odwołującego się stanowią idealny przykład, do którego zastosowanie winien znaleźć właśnie art. 87 ust. 1a Pzp.*

(...)

Dodatkowo wskazać należy, iż w zdaniem Odwołującego się przywołanie przez Zamawiającego w uzasadnieniu rozstrzygnięcia protestu fragmentu wyroku Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości (dalej „ETS”) z dnia 19 czerwca 2008 r. w sprawie C 454/06, w okolicznościach niniejszej sprawy budzić powinno co najmniej wątpliwości. Zamawiający wskazał, iż z powołanego wyroku płynie wniosek, że *nie wolno dokonywać (a także umożliwić dokonywania) takich zmian w treści oferty (także umowy), które gdyby zostały poczynione wpłynęłyby mogły na krąg podmiotów mogących otrzymać zamówienie. Zatem w ocenie Zamawiającego granicą dopuszczalności dokonywania zmian w ofercie wyznacza fakt czy dokonanie zmiany wpływa na uznanie że oferta podlega odrzuceniu ze względu na istotną niezgodność jej treści z treścią SIWZ, bądź czy wykonawca otrzyma w danym kryterium większą czy mniejszą liczbę punktów.*

(...)

Przedmiot rozstrzygnięcia w/w wyroku oscyluje wokół zagadnienia dotyczących możliwości modyfikowania treści umów zawartych pomiędzy Zamawiającym a wykonawcą w sprawie zamówienia publicznego w stosunku do treści oferty, na podstawie której umowa została zawarta. Ponadto zmierza do ustalenia, na jakich warunkach zmiany w istniejącej umowie pomiędzy instytucją zamawiającą a usługodawcą mogą być uznane za nowe udzielenie zamówienia publicznego na usługi w rozumieniu dyrektywy 92/50, a także dokonuje oceny danych elementów umowy, które miałyby zostać zmienione w kontekście tego czy zmiana tychże elementów stanowi *istotną zmianę.*

(...)

(...)w uzasadnieniu informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego się Zamawiający wskazał, iż odrzucił w/w ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, albowiem oferta ta nie spełnia postanowień SIWZ, gdyż ani w harmonogramie ani w opisie stanowiącym integralną część oferty Odwołujący się nie zadeklarował wykonania zadań wynikających z punktu 4.3.4.2. ppkt 1) oraz zadań wynikających z punktu 4.3.5.3. Części II. Powyższe, w ocenie Zamawiającego jest jednoznaczne z niespełnieniem warunku określonego w w/w punktach Opisu Przedmiotu Zamówienia. Niezamieszczenie przez Odwołującego się w ofercie odrębnego oświadczenia o w/w treści nie wynikało z faktu, iż Odwołujący się nie zamierzał wykonać w/w czynności w zakresie realizacji przedmiotu zamówienia. Gdyby zatem Zamawiający zwrócił się na zasadzie art. 87 ust. 1a Pzp do Odwołującego się o dopracowanie i sprecyzowanie złożonej oferty, ewentualnie o uzupełnienie oferty o dodatkowe informacje w w/w zakresie taka modyfikacja treści oferty z pewnością nie wychodziła by poza granice dopuszczalnych zmian z uwagi na brak cechy istotności. (...) Zatem w sytuacji, gdy Zamawiający powziął wątpliwości co do treści oferty Odwołującego się w powyższym zakresie powinien był zastosować art. 87 ust. 1a Pzp, czego

jednak mylnie nie uczynił.

(...) ponadto jako mylne ocenić należy odrzucenie oferty Odwołującego się z uwagi na fakt, jakoby oferta złożona przez Odwołującego się nie odpowiadała treści SIWZ, albowiem w harmonogramie stanowiącym integralną część oferty Odwołujący się zaoferował przedstawienie Raportu nr 6 w terminie 21.03.2011 r. a przystąpienie do wykonania analiz ekonomicznych i finansowych w terminie 31.01.2011 r. Odwołujący się ponadto wskazał, iż w przedstawionym terminarzu prac (wykresie Gantt'a) ze strony Odwołującego się nastąpiła celowo zamierzona propozycja wcześniejszego podjęcia pewnych czynności wstępnych przed właściwym przystąpieniem do rozpoczęcia czynności w zakresie analiz ekonomicznych i finansowych, jeszcze przed złożeniem Raportu Nr 6, tj. 21.03.2011 r. (...)

W ocenie Odwołującego się w/w wątpliwości Zamawiającego, co do treści oferty w świetle jej zgodności z postanowieniami SIWZ nie są uchybieniami o charakterze merytorycznym oraz istotnym (nie są w ogóle uchybieniami) i nie mogły stanowić podstawy do odrzucenia w/w oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Tak jak w przypadku rzekomych niezgodności oferty z SIWZ opisanych w lit. a powyżej w ocenie Odwołującego się Zamawiający winien na zasadzie art. 87 ust. 1a Pzp zwrócić się do Odwołującego się o sprecyzowanie i dopracowanie treści oferty w zakresie, w jakim w jego ocenie nie jest ona jasna, ewentualnie o przedstawienie Zamawiającemu informacji dodatkowych.

W ocenie Odwołującego się, poprawienie rzekomych niezgodności oferty Odwołującego się z SIWZ (jeśli nawet uznać za pewnego rodzaju uchybienia) z pewnością nie pozwalałoby na stwierdzenie, iż doszło do wprowadzenia w treści oferty Odwołującego się zmian istotnych w wyżej wskazanym znaczeniu. Powyższe nie prowadziłyby bowiem do modyfikacji oferty Odwołującego się w sposób wpływający na przedmiot zamówienia.

W konsekwencji przyjąć należy, iż zaniechanie podjęcia przez Zamawiającego czynności określonych w art. 87 ust. 1a Pzp a w konsekwencji niezasadne odrzucenie przez oferty Odwołującego się w sytuacji, gdy jest ona zgodna z SIWZ i nie podlegała odrzuceniu jest błędem. Uchybienie to powoduje, że czynność oceny oferty złożonej przez Odwołującego się winna zostać unieważniona a następnie przeprowadzona ponownie, a oferta ta jako zgodna z postanowieniami SIWZ powinna być brana pod uwagę przy wyborze oferty najkorzystniejszej, ewentualnie po uprzednim zwróceniu się do Odwołującego się przez Zamawiającego o sprecyzowanie, dopracowania treści oferty lub przedstawienie informacji dodatkowych.

IV. Naruszenie art. 91 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego się jako najkorzystniejszej oraz wybór najkorzystniejszej oferty z pośród ofert, które podlegały odrzuceniu.

(...) mylne działanie Zamawiającego w ocenie Odwołującego się przejawia się w dwóch aspektach. Po pierwsze Zamawiający wbrew dyspozycji w/w przepisu zaniechał wyboru oferty Odwołującego się jako najkorzystniejszej. Po drugie zaś Zamawiający dokonał wyboru

najkorzystniejszej oferty z pośród ofert, które podlegały odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 8 Pzp. W związku z powyższym w ocenie Odwołującego się złożona przez niego oferta stanowi ofertę najkorzystniejszą i gdyby Zamawiający nie dopuścił się naruszenia w/w przepisów ustawy to właśnie oferta Odwołującego się powinna zostać uznana za najkorzystniejszą.

V. Naruszenie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp poprzez uznanie, iż treść oferty zawiera omyłki polegające na niezgodności oferty z SIWZ, których poprawienie powoduje istotne zmiany w treści oferty oraz uzasadnia jej odrzucenie.

W ocenie Odwołującego się, Zamawiający dopuścił się także naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Zgodnie z tym przepisem Zamawiający oprócz oczywistych omyłek pisarskich oraz oczywistych omyłek rachunkowych poprawia także inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty - niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona. Dodatkowo wskazać należy iż Przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp de facto wpływa na stosowanie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez ograniczenie konieczności odrzucenia oferty ze względu na niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia do niezgodności, której nie można poprawić na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Zatem przesłanką zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez Zamawiającego jest ustalenie, iż w treści oferty zachodzą takie omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, których poprawienie powoduje istotne zmiany w treści oferty.

W pierwszej kolejności wskazać należy, iż w ocenie Odwołującego się zastrzeżenia Zamawiającego, co do zgodności oferty z treścią SIWZ, nie mają charakteru omyłek lecz wynikają z mylnej interpretacji postanowień oferty Odwołującego się, której dokonał Zamawiający. W związku z powyższym odrzucenie przez Zamawiającego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp było bezpodstawne i nieuzasadnione.

(...)

Z daleko posuniętej ostrożności wskazuję (mając na uwadze (...) orzecznictwo interpretujące zakres przedmiotowy omyłek jakie mogą być poprawione przez Zamawiającego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp), iż poprawienie przez Zamawiającego oferty Odwołującego się w zakresie w jakim miał on wątpliwości, co do jej treści z pewnością nie doprowadziłoby do istotnych zmian w treści oferty. Powyższe rozważania prowadzą więc do wniosku, iż Zamawiający naruszył art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp poprzez: 1) po pierwsze mylne uznanie, iż w ofercie złożonej przez Odwołującego się zachodzą omyłki, uzasadniające odrzucenie oferty, 2) po drugie nieprawidłową ocenę charakteru uchybień uznanych uprzednio za omyłki i zakwalifikowanie tych uchybień jako nie mieszczących się w zakresie *innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących eh istotnych zmian w treści oferty*.

Zdaniem Odwołującego się nie można mieć najmniejszych wątpliwości, iż zaniechanie

powyższej czynności, w stanie faktycznym niniejszego postępowania jest przede wszystkim sprzeczne z istotą postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego celem jest przecież wybór oferty najkorzystniejszej i zawarcie umowy, a nie dążenie do zmaksymalizowania formalizmu tego postępowania.

VI. Tajemnica przedsiębiorstwa zastrzeżona przez konsorcjum SYSTRA.

Kolejny zarzut uznany w rozstrzygnięciu protestu przez Zamawiającego za bezzasadny dotyczył naruszenia przez Zamawiającego art. 8 ust. 1 i 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z dnia 16 kwietnia 1993 r. (tekst jednolity z dnia 26 czerwca 2003 r. Dz. U. Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.), które polegało na zaniechaniu czynności weryfikacji zasadności zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa części oferty konsorcjum SYSTRA i również miało istotny wpływ na wynik postępowania.

W ocenie Odwołującego się w toku badania i oceny ofert Zamawiający w sposób bezprawny zaniechał czynności polegającej na zweryfikowaniu czy informacje zawarte w części oferty zastrzeżonej przez konsorcjum SYSTRA jako tajemnica przedsiębiorstwa spełniają ustawowe przesłanki do zakwalifikowania ich jako tajemnicę przedsiębiorstwa. W konsekwencji zatem nie zostało wyjaśnione czy ich utajnienie przez SYSTRA było zasadne. Powyższe zaniechanie Zamawiającego uniemożliwiło pozostałym uczestnikom postępowania zapoznanie się z ofertą złożoną przez konsorcjum SYSTRA oraz wskazanie ewentualnych błędów oraz niezgodności w/w oferty z treścią SIWZ. Nie dość, że takie działanie Zamawiającego pozbawia pozostałych uczestników postępowania możliwości weryfikacji oferty złożonej przez innego wykonawcę, to także w sposób rażący narusza zasadę uczciwej konkurencji zastrzeżoną w art. 7 ust. 1 Pzp.

(...)

W sytuacji bowiem, gdyby skutek weryfikacji informacji zastrzeżonych przez konsorcjum SYSTRA okazało się, iż swoim charakterem nie odpowiadają one ustawowej definicji tajemnicy przedsiębiorstwa, w ocenie Odwołującego się sytuacja taka powinna skutkować odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1. Oferta z takimi zastrzeżeniami jest bowiem wprost niezgodna z ustawą, która zakazuje przecież zastrzegania niektórych informacji. (...) Niezależnie od powyższego z ostrożności wskazać pragnę, iż gdyby nawet przyjąć, iż niezasadne zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa w ofercie nie mogło być uznane jako przyczyna jej odrzucenia to z pewnością skutkować winno jej odtajnieniem a w konsekwencji udostępnieniem jej treści pozostałym uczestnikom postępowania.

W ocenie Odwołującego się, niezasadnym jest zatem stanowisko Zamawiającego, który twierdzi, że podjął czynności badania skuteczności poczynionego przez konsorcjum zastrzeżenia w sytuacji, gdy do podjęcia takich czynności nigdy nie doszło. Zamawiający nie wyjaśnił, w uzasadnieniu rozstrzygnięcia protestu czy wystąpił do konsorcjum SYSTRA z prośbą

o wyjaśnienia czy informacje zwarte na objętych tajemnicą stronach oferty były kiedykolwiek ujawnione do wiadomości publicznej lub w jakikolwiek sposób zostały ujawnione innym podmiotom. Co więcej, z akt postępowania o udzielenia zamówienia publicznego wynika, że Zamawiający nie podjął żadnej czynności mającej na celu odtajnienie informacji zastrzeżonych, w szczególności nie zwrócił się do konsorcjum SYSTRA o udzielenie w tym zakresie wyjaśnień. W ocenie Odwołującego się Zamawiający zatem niezasadnie zdecydował, że brak jest podstaw do odtajnienia zastrzeżonych przez konsorcjum SYSTRA dokumentów.

Niezależnie od powyższego podkreślenia wymaga fakt, iż SYSTRA zataiła część oferty, która była podstawą do przyznania Wykonawcy przez Zamawiającego punktów. W ocenie Odwołującego się zastrzeżenie tej części oferty jako tajemnicy przedsiębiorstwa wyłączyło możliwość zweryfikowania przez innych Wykonawców zasadności i reguł przyznawania przez Zamawiającego ilości punktów za poszczególne elementy oferty. Powyższa okoliczność również przemawia za stwierdzeniem, iż w niniejszym postępowaniu zasada przejrzystości oraz zasada uczciwej konkurencji doznały uszczerbku.

(...)"

Zamawiający 4 maja 2010 r. odrzucił protest w zakresie zarzutu dotyczącego wadliwości pełnomocnictw Konsorcjum IDOM i oddalił protest w pozostałym zakresie, w uzasadnieniu podając następujące okoliczności.

„(...)

Pkt I - naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez niezasadne odrzucenie oferty Protestującego

(...)

Ani w harmonogramie, ani w opisie stanowiącym integralną część oferty Wykonawca nie zadeklarował wykonania zadań z zakresu zadań z punktu 4.3.4.2. ppkt 1) tj. *monitorowania przebiegu procedury oceny oddziaływania na środowisko i składania Zamawiającemu miesięcznych informacji z przebiegu postępowania, aż do zakończenia postępowania w sprawie wydania decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach* oraz zadań wynikających z punktu 4.3.5.3. Część II tj. *wykonania dokumentacji z przebiegu postępowania oceny oddziaływania na środowisko prowadzonej przez organ administracyjny (...)*. Tym samym warunek określony w OPZ w przytoczonych wyżej punktach nie jest spełniony. W złożonym proteście Wykonawca twierdzi że spełnił powyższy warunek przytaczając następujące sformułowanie zawarte na stronie 35 oferty: *Dane wyjściowe: sprawozdania/raporty z przeprowadzonych konsultacji, dokumentacji przebiegu oceny oddziaływania na środowisko (Rozdział Raportu OOS o konfliktach społecznych)*. Wskazać należy, że w pkt SIWZ cytowanym wyżej nie chodzi o tę dokumentację, do której odniósł się Protestujący w składanym przez siebie proteście, lecz o dokumentację z przebiegu postępowania oceny oddziaływania na środowisko prowadzonego przez organ administracyjny.

Taka dokumentacja nie stanowi żadnego z rozdziałów Raportu o OOS. Dokumentacja ta sporządzana w postaci miesięcznych sprawozdań ma na celu dokumentować prace organu środowiskowego związane z wcześniejszym złożeniem wniosku zawierającego raport o wydanie decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach. Zamawiający wymagał bowiem aby Wykonawca oprócz sporządzenia wymaganej przepisami dokumentacji koniecznej do złożenia wniosku podjął się także monitorowania losów tego wniosku. Udokumentowaniem prowadzonych prac monitorujących ma być dokumentacja z przebiegu postępowania oceny oddziaływania na środowisko prowadzanego przez organ administracyjny, na którą składają się miesięczne sprawozdania, do których sporządzania zobowiązał Zamawiający Wykonawców postanowieniami Rozdziału II SIWZ stanowiącego Opis przedmiotu zamówienia.

Ponadto zgodnie z pkt 5.1.2.4. Rozdziału II SIWZ - Opis przedmiotu zamówienia, odnoszącym się do Raportu nr 6 - Analizy techniczne: *Przed przystąpieniem do analiz finansowych i ekonomicznych Wykonawca winien przedstawić Raport Nr 6 zawierający, zgodnie z pkt 4.4. oraz pkt 4.2.4.3. Części I ppkt 1) lit. e) niniejszego Rozdziału SIWZ, analizy techniczne, określenie przebiegu trasy linii w poszczególnych fazach trasowania, sposobu jej wprowadzenia do węzłów kolejowych oraz połączeń z linią CMK, zbiorcze zestawienie kosztów z podziałem na poszczególne branże oraz harmonogram rzeczowo -finansowy realizacji budowy LDP dla wszystkich 3 wariantów przebiegu trasy.*

W harmonogramie stanowiącym integralną część oferty Protestujący zaoferował przedstawienie Raportu nr 6 w terminie 21.03.2011 r., a przystąpienie do wykonania analiz ekonomicznych i finansowych w terminie 31.01.2011 r. Tym samym warunek określony w OPZ w przytoczonym wyżej punkcie nie jest spełniony.

Protestujący kwestionuje zasadność powyższych zarzutów twierdząc, że dokonał celowego zabiegu proponując wcześniejsze podjęcie czynności wstępnych przed właściwym przystąpieniem do rozpoczęcia czynności w zakresie analiz ekonomicznych i finansowych, jeszcze przed złożeniem Raportu nr 6. Protestujący stwierdził, że w terminie 31.01.2011 r. - 21.03.2011 r. planuje wykonywać prace określone jako *wstępno-przygotowawcze*, a prace określone jako *właściwe analizy finansowe i ekonomiczne* będą wykonywane w terminie po 21.03.2011 r. (...)

Oznacza to, że przed przystąpieniem do analiz finansowych i ekonomicznych należy dysponować harmonogramem rzeczowo-finansowym wymaganym w ppkt 4.4.15. Rozdziału II SIWZ - OPZ, co z kolei oznacza, że przed przystąpieniem do analiz finansowych i ekonomicznych Wykonawca winien opracować i przedstawić Raport nr 6 (Analizy techniczne).

Należy także zaznaczyć, że w harmonogramie Protestujący określił terminy rozpoczęcia analiz finansowych: z punktu widzenia zarządcy infrastruktury, z punktu widzenia przewoźnika i analizy finansowej skonsolidowanej na dzień 14.03.2011 r., a więc przed dniem 21.03.2011 r. przewidzianym przez Protestującego jako termin przekazania Raportu nr 6.

(...)

Pkt II - naruszenie art. 87 ust. 1a Pzp - zaniechanie żądania sprecyzowania i doprecyzowania treści oferty oraz przedstawienia informacji dodatkowych.

Pkt III - naruszenie art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp - uznanie iż treść oferty zawiera omyłki polegające na niezgodności oferty z SIWZ, których poprawienie powoduje istotne zmiany w treści oferty.

Pkt IV - naruszenie art. 91 ust. 1 Pzp - zaniechanie wyboru oferty Protestującego jako najkorzystniejszej oraz wybór najkorzystniejszej oferty spośród ofert, które podlegały odrzuceniu.

Protestujący w złożonym przez siebie proteście zarzuca Zamawiającemu niezgodne z przepisami Pzp i postanowieniami SIWZ odrzucenie oferty Protestującego, wskazując, że zawarte w piśmie informującym o wynikach postępowania przesłanki odrzucenia oferty są niezgodne z przepisami i orzecznictwem. Na wstępie Zamawiający pragnie zauważyć, że dokonał rzetelnej oceny i badania ofert pod kątem zgodności z postanowieniami SIWZ, rozważając w przypadku zauważonych niezgodności, czy można je usunąć, czy to poprzez wezwanie do złożenia wyjaśnień, czy to poprawienie omyłki zawartej o ofercie. Granicą nieprzekraczalną, jaka wg Zamawiającego wyznacza próg stosowania przepisów umożliwiających dokonanie odpowiednich poprawek w ofercie jest orzeczenie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości (C-454/06 z dnia 19 czerwca 2008 r.), z którego płynie następujący wniosek: nie wolno dokonywać (także umożliwiać dokonywania) takich zmian w treści oferty (także umowy), które gdyby zostały poczynione wpłynąć by mogły na krąg podmiotów mogących otrzymać zamówienie. Zatem granicę dopuszczalności dokonywania zmian w ofercie wyznacza fakt czy dokonanie zmiany wpływa na uznanie że oferta podlega odrzuceniu ze względu na istotną niezgodność jej treści z treścią SIWZ, bądź czy wykonawca otrzyma w danym kryterium większą czy mniejszą liczbę punktów. Nie można dopuścić zatem do dokonania przez wykonawcę takiej interpretacji oferty, która gdyby nie została poczyniona, to musiałaby to spowodować odrzucenie oferty ze względu na niezgodność jej treści z treścią SIWZ. Nie można przychylić się do twierdzenia Protestującego jakoby uchybienia wykazane przez Zamawiającego, a dotyczące jego oferty nie były istotne. Jak wskazał Zamawiający w rozstrzygnięciu postępowania oferta złożona przez Protestującego została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp, ponieważ jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a Zamawiający nie mógł, na mocy art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp, poprawić występujących w tej ofercie niezgodności z SIWZ i uznać, że są to inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia niepowodujące istotnych zmian w treści oferty, bowiem ich poprawienie prowadziłyby do istotnych zmian w treści oferty.

(...) wiele spośród opisanych przez Zamawiającego czynności stanowiących przedmiot zamówienia nie zostało w ogóle uwzględnionych w ofercie Wykonawcy. Wbrew twierdzeniom

Sygn. akt: KIO/UZP 887/10

KIO/UZP 905/10

Protestującego nie można przyjąć, że Wykonawca podjął się wszystkich czynności wskazanych w SIWZ tylko na podstawie tego, że wypełnił formularz oferty i zadeklarował wykonanie przedmiotu zamówienia. Kapitalnym tego dowodem jest choćby treść samego protestu, w którym Wykonawca niejako potwierdza, że nie wie o sporządzenie jakiej dokumentacji z przebiegu postępowania oceny oddziaływania na środowisko prowadzonej przez organ administracyjny chodziło Zamawiającemu. W razie sporu co do treści oferty Wykonawca z całym przekonaniem twierdziłby, że czynności te nie były objęte przedmiotem oferty. Takie sformułowania zawarte w ofercie bądź ich brak, które jednoznacznie wskazują, że Wykonawca nie objął przedmiotem oferty całości przedmiotu zamówienia nie mogą stanowić przedmiotu żadnego doprecyzowania, bowiem w istocie prowadzą do istotnej, a zatem niedozwolonej zmiany treści oferty. Także orzecznictwo, a szczególności wyroki KIO/UZP 1142/08, KIO/UZP 840/08, KIO/UZP 1144/08, KIO/UZP 767/08, KIO/UZP 777/08, KIO/UZP 1093/08, KIO/UZP 524/08 jako zasadę formułują tezę, że ogólne stwierdzenie zawarte w ofercie nie wystarczy do uznania, że Wykonawca objął ofertą całość prac, gdy z innych części oferty takie zapewnienie nie wynika oraz tezę, że informacje stanowiące treść oferty nie podlegają uzupełnieniu. W omawianym przypadku kwestionowane braki dotyczą zakresu zamówienia a więc kwestii przedmiotowo istotnych.

(...)

Argumentem bez znaczenia dla analizowanego stanu faktycznego i prawnego jest przedstawienie przez Protestującego oferty z najniższą ceną tym bardziej, że oferta ta nie obejmuje całego zakresu zamówienia.

(...)

V. - naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp - zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum IDOM jako sprzecznej z ustawa i postanowieniami SIWZ

/w zakresie tego zarzutu zamawiający przedstawił identyczną argumentację jak przy rozpatrzeniu zarzutu Odwołującego SYTRA oznaczonego w proteście i odwołaniu jako I – przypis składu orzekającego/

(...)

Zarzut przedstawiony w pkt nr VI - naruszenie art. 8 ust. 1 i ust. 3 Pzp - zaniechanie czynności weryfikacji zasadności zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa części oferty konsorcjum Systra

Protestujący zarzucił Zamawiającemu, iż nie zbadał czy zawarte w ofercie informacje mogą stanowić, zgodnie z przepisami tajemnicę przedsiębiorstwa. Zamawiający stanowczo zaprzecza jakoby nie poddał przedmiotowej kwestii dogłębnej analizie prawnej i faktycznej, której wyniki niniejszym przedstawia.

Ustawa Prawo zamówień publicznych (Pzp) obowiązująca od 2 marca 2004 r. wprowadza przepis, według którego: *Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa*

Sygn. akt: KIO/UZP 887/10

KIO/UZP 905/10

*w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert, zastrzegł, że nie mogą one być udostępniane. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4 Pzp (art. 8 ust. 3 Pzp). Przywoływana w cytowanym przepisie ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (uznk) zawiera legalną definicję tajemnicy przedsiębiorstwa, stanowiąc, że są to: *nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.**

(...)

W analizowanej sytuacji Zamawiający uznał, że element oferty taki jak koncepcja realizacji zamówienia, będącego absolutnie jednostkowym i niepowtarzalnym może być uznana za tajemnicę przedsiębiorstwa i jako taka została zastrzeżona w sposób uprawniony. Do czasu udzielenia przedmiotowego zamówienia koncepcja realizacji zamówienia rozumiana jako indywidualne podejście do sposobu organizacji prac, przewidywani podwykonawcy, cechy narzędzi, jakimi posługiwać będzie się Wykonawca przy wykonywaniu prac są informacjami posiadającymi bardzo istotną wartość gospodarczą. Ich ujawnienie do wiadomości choćby pozostałych uczestników postępowania z pewnością powoduje możliwość zdobycia przez pozostałych wiedzy, jaka może wpłynąć w sposób istotny na ich pozycje konkurencyjną np. w przypadku gdyby postępowanie zostało unieważnione, a następnie zaistniałaby konieczność jego powtórzenia.

(...)"

21 maja 2010 r. do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosiło przystąpienie Konsorcjum IDOM, które uprzednio 29 kwietnia 2010 r. zgłosiło przystąpienie do postępowania toczącego się w wyniku wniesionego protestu, wnosząc o jego oddalenie.

Izba dopuściła zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, uznając, iż Konsorcjum IDOM, które złożyło ofertę wybraną przez Zamawiającego jako najkorzystniejsza, ma w tym zakresie interes prawny. Zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego, poparł w pełni stanowisko i argumentację Zamawiającego.

A i B.

Uwzględniając powyższe oraz dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia, a także oświadczenia Stron i Uczestnika postępowania oraz pisma procesowe złożone w trakcie rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 9

Sygn. akt: KIO/UZP 887/10

KIO/UZP 905/10

grudnia 2008 r. pod numerem 2008/S 239-318298 (ogłoszenie wysłano 5 grudnia 2009 r.), w tym samym dniu Zamawiający zamieścił ogłoszenie w swojej siedzibie na tablicy informacyjnej oraz na swojej stronie internetowej (www.plk-sa.pl).

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie przepisu art. 11 ust. 8 ustawy pzp i wynosi 70 168 800,00 zł, co stanowi równowartość 18 098 269,36 euro.

Izba rozpoznała odwołanie w oparciu o stan prawny obowiązujący na dzień wszczęcia postępowania, to jest w szczególności sprzed wejścia w życie ustaw: z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 206, poz.1591) oraz z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), zgodnie odpowiednio: z art. 3 ust. 1 oraz z art. 4 przywołanych ustaw nowelizujących.

Zarówno Odwołujący SYSTRA jak i Odwołujący Vössing posiadają interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy pzp, gdyż potwierdzenie się zarzutów odwołania stwarza im możliwość uzyskania zamówienia.

A.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, skład orzekający Izby uznał, iż odwołanie Konsorcjum SYSTRA nie zasługuje na uwzględnienie.

A i B.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, iż zarzuty obu Odwołujących dotyczące braku umocowania Pana Oscara Rico Garcia do podpisania oferty Konsorcjum IDOM, wbrew stanowisku Zamawiającego, podlegają rozparzeniu jako wniesione w terminie. Zgodnie z przepisem art. 180 ust. 2 pzp protest wnosi się w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia. Ponieważ o zaniechaniu przez Zamawiającego odrzucenia oferty Konsorcjum IDOM na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 8 pzp w zw. z art. 104 kc Odwołujący mogli dowiedzieć się dopiero z chwilą otrzymania zawiadomienia o wyborze oferty, zarzut ten należy uznać za podniesiony w terminie w obu protestach. Tym samym spóźniony jest jednak zarzut obu Odwołujących dotyczący pełnomocnictwa załączonego do wniosku Konsorcjum IDOM o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Zdaniem Izby nieprawidłowe podpisanie wniosku i zaproszenie na jego podstawie do składania ofert jest okolicznością stanowiącą odrębną podstawę wniesienia protestu od nieprawidłowego podpisania oferty i zaniechania jej odrzucenia –

nawet jeżeli zostało dokonane przez te same osoby, w ten sam sposób umocowane do reprezentowania wykonawcy, i których umocowanie było jawne od chwili złożenia wniosku. W okolicznościach przedmiotowej sprawy bezsporna jest jednak również okoliczność, iż do oferty zostało załączone nowe pełnomocnictwo – w ocenie Izby nie może zostać ono uznane za zbędne czy prawnie irrelevantne, niezależnie od zakresu i treści pełnomocnictwa załączonego na etapie składania wniosku. Podsumowując – Odwołujący nie mogą już skutecznie kwestionować pełnomocnictwa Pana Oscara R. G. do podpisania wniosku, natomiast Zamawiający nie miał podstaw do odrzucenia zarzutów protestów w zakresie prawidłowości pełnomocnictwa Pana Oscara Rico Garcia do podpisania oferty.

Spóźniony jest natomiast zarzut Odwołującego SYSTRA, iż z załączonego do wniosku odpisu z hiszpańskiego rejestru handlowego nie wynika by Iniciativas Empresariales IDOM S.L.U. (IDOM sp. z o.o.), która udzieliła obu pełnomocnictw Panu Oscarowi Rico Garcia, była uprawniona do reprezentacji Ingeniería IDOM Internacional S.A. (IDOM S.A.). Zarzut ten jest również niezasadny – w pkt. 55 odpisu z rejestru IDOM S.A. znajduje się wpis, iż IDOM sp. z o.o. jest jej jedynym administratorem, a zatem podmiotem uprawnionym do jej reprezentacji (strona 11 wniosku). Izba ustaliła również, iż w rejestrze tym ujawniono, iż Pan Oscar R. G. jest jednym ze stałych pełnomocników IDOM S.A. (strona 12 wniosku). Z kolei w akcie notarialnym obejmującym pełnomocnictwo załączone do oferty znajduje się urzędowe oświadczenie hiszpańskiego notariusza potwierdzające upoważnienie IDOM sp. z o.o. do reprezentacji IDOM S.A. jako jej wyłączny administrator.

Izba uznała za niezasadny zarzut Odwołującego SYSTRA, iż Pan Oscar R.G. był umocowany co najwyżej do reprezentowania samej Ingeniería IDOM Internacional S.A., a nie do reprezentowania konsorcjum w składzie: IDOM S.A. jako lider i Biuro Projektów Komunikacyjnych w Poznaniu sp. z o. o. jako konsorcjant, gdyż polska spółka udzieliła IDOM S.A. pełnomocnictwa do reprezentowania siebie i konsorcjum dopiero 9 lutego 2010 r., a pełnomocnictwo dla Pana Oscara Garcia zostało udzielone wcześniej – 25 maja 2009 r. Bezsporne jest, iż w treści pełnomocnictwa udzielonego IDOM S.A. przez Biuro Projektów Komunikacyjnych w Poznaniu sp. z o. o. – ta pierwsza spółka jako lider konsorcjum została upoważniona również do udzielania dalszych pełnomocnictw. Jednocześnie z pkt. 1 pełnomocnictwa z 25 maja 2009 r. wynika, iż Pan Oscar R. G. jest upoważniony do reprezentowania zarówno IDOM S.A. indywidualnie, jak i jako członek związanych konsorcjów. Wobec tego, w ocenie Izby z treści obydwu pełnomocnictw rozpatrywanych łącznie wynika, iż obydwaj członkowie konsorcjum wyrazili zgodę na występowanie Pana Oscara R. G. w imieniu Konsorcjum IDOM. W przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ustanawiających jednego z nich pełnomocnikiem do reprezentowania ich w postępowaniu (liderem) po stronie tego pełnomocnika może występować albo podmiot uprawniony do jego reprezentacji (w okolicznościach sprawy IDOM sp. z o.o.), albo dalszy pełnomocnik ustanowiony przez lidera (w okolicznościach sprawy Pan Oscar R. G.). Izba w pełni podziela w tym zakresie stanowisko wyrażone przez Sąd Okręgowy we Wrocławiu w uzasadnieniu

Sygn. akt: KIO/UZP 887/10

KIO/UZP 905/10

wyroku z 29 marca 2007 r. (sygn. akt X Ga 65/06) oraz przez Krajową Izbę Odwoławczą w uzasadnieniu wyroku z 10 lipca 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 703/09), które dotyczyły analogicznych stanów faktycznych w zakresie pełnomocnictw.

Izba uznała również za niezasadny zarzut Odwołującego Vössing, iż z treści pełnomocnictwa udzielonego Panu Oscarowi R. G. nie wynika, iż był on umocowany do złożenia i podpisania oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w imieniu Konsorcjum IDOM. Uznając Pana Oscara R. G. za upoważnionego do reprezentowania tego konsorcjum, Izba zważyła również, iż pkt. 1 pełnomocnictwa z 25 maja 2009 r. literalnie mówiący o upoważnieniu do reprezentowania w przetargach publicznych na świadczenie usług obejmuje również tym samym czynności podpisania i złożenia oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Zamawiającego. Pełnomocnictwo udzielone Panu Oscarowi G. spełnia wymagania pełnomocnictwa rodzajowego, określającego rodzaj czynności, do dokonywania których upoważniony jest pełnomocnik, a w katalogu tych czynności mieści się również reprezentowanie konsorcjum w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych czyli dokonywanie czynności prawnych w jego imieniu. W ocenie Izby oczywistym jest, iż podstawową konkretną czynnością prawną związaną z udziałem w takich postępowaniach jest podpisanie i złożenie oferty w imieniu reprezentowanego konsorcjum. Skoro pełnomocnictwo z 25 maja 2009 r. zostało udzielone między innymi dla celów związanych z uczestnictwem w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych, w tym w ramach konsorcjum, nie ma obowiązku każdorazowego uszczegółowienia pełnomocnictwa, gdyż ustawa pzp nie wymaga pełnomocnictwa do poszczególnych czynności, czyli do udziału w konsorcjum zawiązanym w związku z udziałem w konkretnym postępowaniu i do składania w tym konkretnym postępowaniu oferty, lecz uznaje za wystarczające pełnomocnictwo rodzajowe, takie jak pełnomocnictwo Pana Oscara Rico G. załączone do oferty Konsorcjum IDOM. Również w tym zakresie Izba w pełni podziela stanowisko wyrażone przez Sąd Okręgowy we Wrocławiu w uzasadnieniu wyroku z 29 marca 2007 r. (sygn. akt X Ga 65/06).

Obydwaj Odwołujący postawili również zarzut niezgodności treści pełnomocnictwa udzielonego Panu Oscarowi Rico G. z postanowieniami pkt. 7.2.2 i 7.2.4 s.i.w.z., co powinno skutkować odrzuceniem oferty Konsorcjum IDOM na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp Izba ustaliła, iż zgodnie z postanowieniem pkt. 7.2.2 s.i.w.z. Zamawiający wymaga załączenia do oferty pełnomocnictwa do podpisania oferty, względnie do podpisywania innych dokumentów składanych wraz z ofertą, o ile prawo to nie wynika z innych dokumentów złożonych wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo wraz z ofertą. Treść pełnomocnictwa musi jednoznacznie wskazywać czynności, do wykonywania których pełnomocnik jest upoważniony. Natomiast według pkt 7.2.4 s.i.w.z. do oferty należy załączyć pełnomocnictwo do reprezentowania wykonawców w postępowaniu albo reprezentowania wykonawców w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, w przypadku gdy Wykonawcy wspólnie ubiegają się o udzielenie zamówienia. Pełnomocnictwo to powinno wyraźnie wskazywać: jakiego postępowania dotyczy,

jakie podmioty występują wspólnie, kto w imieniu tych podmiotów ma pełnić funkcję pełnomocnika, jakie konkretne czynności w postępowaniu ma prawo wykonywać pełnomocnik i na jaki okres jest udzielone.

Przede wszystkim Izba stwierdza, iż treść pełnomocnictwa nie stanowi elementu treści oferty rozumianej w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia jako zaoferowanie wykonania usługi wykonania studium wykonalności kolei dużych prędkości zgodnie z treścią wymagań merytorycznych s.i.w.z. zawartych głównie w opisie przedmiotu zamówienia. Natomiast postanowienia s.i.w.z. dotyczące treści pełnomocnictw mają znaczenie wyłącznie informacyjne i instrukcyjne, gdyż to wyłącznie obowiązujące przepisy, w szczególności ustawy pzp i Kodeksu cywilnego, decydują o ważności i skuteczności udzielonego pełnomocnictwa o określonej treści. Zamawiający wykazał w tym zakresie daleko idącą zapobiegliwość i chcąc zapewne uniknąć jakichkolwiek wątpliwości interpretacyjnych na tle treści pełnomocnictw opisał w przytoczonych powyżej postanowieniach s.i.w.z. pewien idealny wzorzec, którego przestrzeganie miało gwarantować wykonawcy pewność, iż udzielone pełnomocnictwo będzie ocenione jako prawidłowe z punktu widzenia obowiązujących przepisów. Niezachowanie tych wymagań przez pełnomocnictwa załączone do oferty nie oznacza zatem ani sprzeczności treści oferty z treścią s.i.w.z, ani nie przesądza o nieskuteczności czy nieważności tych pełnomocnictw w świetle obowiązujących przepisów. Izba zauważa zresztą, iż wymagania pkt. 7.2.4 dotyczą w istocie pełnomocnictwa konsorcjalnego i zostały w pełni odzwierciedlone w pełnomocnictwie z 9 lutego 2010 r. ustanawiającym IDOM S.A. liderem Konsorcjum IDOM – treść tego pełnomocnictwa nie budziła zastrzeżeń Odwołujących. Natomiast sporna między stronami kwestia czy pełnomocnictwo Pana Oscara R. G. z 25 maja 2009 r. spełnia wymagania pkt 7.2.2 s.i.w.z. została już *de facto* przesądzona pozytywnie przez Izbę we wcześniejszych rozważaniach.

A.

Izba uznała za niezasadny zarzut Odwołującego SYSTRA naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 pzp z uwagi na nieodrzućenie oferty Konsorcjum IDOM, które nie obaliło domniemania rażąco niskiej ceny złożonej oferty. W ocenie Izby Zamawiający miał podstawy do uznania złożonych przez Konsorcjum IDOM wyjaśnień za wystarczające do uznania, iż zaoferowana za wykonanie przedmiotu zamówienia cena jest realna.

Na wstępie skład orzekający Izby zważył, iż w przepisie art. 90 ust. 2 pzp przykładowo wymieniono obiektywne kryteria oceny wyjaśnień stosowanych przez zamawiających, nie jest to natomiast enumeratywny katalog okoliczności, które muszą wpisać do wyjaśnień wykonawcy wezwani do ich złożenia na podstawie przepisu art. 90 ust. 1 pzp. Przepisy nie wskazują również wymaganego stopnia szczegółowości, natomiast z przepisu art. 90 ust. 3 wynika, iż wyłącznie w przypadku gdy dokonana ocena wyjaśnień potwierdzi złożenie oferty z rażąco niską ceną,

zamawiający ma obowiązek jej odrzucenia. Wobec zawarcia w wyjaśnieniach Konsorcjum IDOM z 25 marca 2010 r. szeregu konkretnych okoliczności, takich jak: wysokość średniej stawki godzinowej oraz miesięczny koszt jednego pracownika, średnią, minimalną i maksymalną liczebność personelu przewidzianego do realizacji zamówienia, dysponowanie wieloletnim doświadczeniem, zatrudnianie wysoko wykwalifikowanych pracowników, posiadanie unikalnego na rynku oprogramowania wspomagającego prace projektowe, uwzględniając również treść oferty Konsorcjum IDOM, Zamawiający nie miał podstaw do przyjęcia, iż złożona oferta zawiera rażąco niską cenę. Nie zmienia tego również okoliczność, iż większość szczegółowych danych liczbowych dotyczy personelu własnego konsorcjum, a nie pracowników podwykonawców, których udział w cenie oferty został określony w wyjaśnieniach na 35%. Wskazano w nich bowiem również, iż podwykonawcy otrzymali szczegółowy zakres prac, a także, iż do zaoferowanych przez nich cen doliczono koszt pracy koordynatorów z ramienia Konsorcjum IDOM. Z kolei podnoszona w odwołaniu okoliczność, iż cena Raportu 1 odbiega od cen zaoferowanych przez pozostałych wykonawców jest bez znaczenia, gdyż nie jest to odrębna część zamówienia, lecz jedynie element kalkulacyjny ceny całej oferty, która w wyniku przeprowadzonej procedury wyjaśnień globalnie nie okazała się być rażąco niska. W ocenie Izby Odwołujący nie udowodnił również, iż metoda wykonania zamówienia przyjęta przez Konsorcjum IDOM wymaga poniesienia wyższych nakładów finansowych niż w przypadku ofert konkurencyjnych.

Izba zważyła również, iż Zamawiający w zakresie oceny wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum IDOM i Konsorcjum SYSTRA zachował zasadę równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 pzp), gdyż w ocenie Izby oba wyjaśnienia prezentują podobny poziom szczegółowości. Podstawowa różnica polega na tym, iż Konsorcjum SYSTRA rozpisało swoje wyjaśnienia na punkty zatytułowane od poszczególnych czynników wymienionych w ust. 2 art. 90 pzp, np. w pkt. zatytułowanym wybrane rozwiązania techniczne ujmując takie okoliczności, jak wieloletnie doświadczenie w realizacji studiów związanych z liniami dużych prędkości, dysponowanie przez lidera konsorcjum unikalnym zespołem fachowców, dobrą znajomość prawa i zasad obowiązujących w Polsce. Druga różnica przejawia się w tym, że Konsorcjum SYSTRA nie odwołuje się w wyjaśnieniach do żadnych danych liczbowych. Ponadto, Izba zważyła, iż zarówno Zamawiający, Odwołujący SYSTRA, jaki i Przystępujący IDOM zgodnie podnosili, iż od czasu ustalania wartości szacunkowej zamówienia w 2008 r. ceny tego typu usług jak objęte przedmiotem zamówienia spadły w związku z kryzysem gospodarczym i zaostrażającą się konkurencją na rynku, co przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia potwierdza.

Izba nie uznała również za zasadny zarzut Odwołującego SYSTRA, iż oferta Konsorcjum IDOM podlega odrzuceniu na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 6 pzp, z uwagi na popełnienie błędu w obliczeniu ceny polegającym na niedoliczeniu do ceny netto podatku VAT lub

zastosowaniu niewłaściwej jego stawki w wysokości 0%. W pierwszej kolejności Izba zbadała kwestię zastosowania przez Konsorcjum IDOM zerowej stawki podatku VAT. Biorąc pod uwagę treść formularza ofertowego Konsorcjum IDOM (strona 33 i 34 oferty) oraz treść s.i.w.z. Izba stwierdziła, iż niezasadne jest stanowisko Odwołującego SYSTRA, iż Konsorcjum IDOM zastosowało w ofercie stawkę 0% podatku VAT. Uwzględniając treść postanowienia pkt 17.2 s.i.w.z., przytoczonego również w uwagach zamieszczonych na druku formularza oferty (rozdział III s.i.w.z.), oraz fakt, iż w formularzu tym zamieszczono gotowe sformułowania w następującym brzmieniu: „w tym podatek VAT wg stawki %, w wysokości zł”, Izba stwierdziła, iż Konsorcjum IDOM przez wpisanie „0” w tak przygotowanych polach do wypełnienia zastosowało drugi spośród czterech przewidzianych przez Zamawiającego sposobów złożenia oświadczenia woli przez wykonawców, iż składają ofertę z ceną netto (bez podatku VAT), której wybór prowadzi do powstania obowiązku podatkowego Zamawiającego zgodnie z przepisami o podatku od towarów i usług. W ocenie Izby wynika to wprost zarówno z literalnych zapisów s.i.w.z. jak i z treści wypełnionego formularza oferty Konsorcjum IDOM i nie wymaga żadnych specjalnych zabiegów interpretacyjnych. Izba ustaliła zatem, iż pomiędzy Stronami i Uczestnikiem nie ma rozbieżności co do tego, iż właściwa jest stawka VAT w wysokości 22%. Natomiast istota sporu między stronami sprowadza się do tego kto – Konsorcjum IDOM czy Zamawiający na gruncie przepisów podatkowych obowiązujących na dzień składania ofert będzie obowiązany uregulować kwotę podatku VAT według tej stawki.

Skład orzekający Izby zważył, iż Krajowa Izba Odwoławcza nie jest organem uprawnionym do orzekania ani o prawidłowej stawce podatku od towarów i usług (VAT), ani do wydawania wiążących interpretacji w zakresie szczególnych przypadków opodatkowania tym podatkiem. Zdaniem składu orzekającego Izby hipoteza przepisu art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy pzp nie obejmuje okoliczności przyjęcia i zastosowania przez wykonawcę stawki VAT w wysokości niezgodnej z przepisami ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. z 2004 r. Nr 54, poz. 535, z późn. zm.). Wprawdzie zarówno w doktrynie jak i orzecznictwie sądowym i arbitrażowym dotyczącym zamówień publicznych dominuje stanowisko przeciwne, jednak opiera się ono na odmiennej, co nie znaczy bardziej uprawnionej, wykładni przywołanego przepisu, polegającej przeważnie na utożsamianiu w sposób dorozumiany pojęcia błędu w obliczeniu ceny z niezgodnym z przepisami podatkowymi naliczeniem VAT przez płatnika tego podatku. W ocenie składu orzekającego Izby błąd w obliczeniu ceny może odnosić się do omyłek rachunkowych lub rzeczowych związanych ze sposobem wyceny przedmiotu świadczenia, a nie do wynikającej z przepisów prawa podatkowego stawki VAT. Decyzję o zastosowaniu danej stawki, naliczeniu i odprowadzeniu podatku podejmują przedsiębiorcy prowadzący profesjonalną działalność gospodarczą, czyniąc to pod rygorem odpowiedzialności za nieprawidłowości w tym zakresie, z odpowiedzialnością karnoskarbową włącznie. W ocenie składu orzekającego Izby nie ma zatem

dostatecznych argumentów, aby przez interpretację przepisu art. 89 ust. 1 pkt 6 nakładać *de facto* na zamawiającego, niejednokrotnie przekraczające jego możliwości, obowiązki i kompetencje przypisane organom skarbowym państwa. Zamawiający nie jest i nie powinien być traktowany jako organ podatkowy weryfikujący wysokość zobowiązań podatkowych wykonawców. Przyporządkowanie nieprawidłowej stawki podatku VAT do błędu w obliczeniu ceny stanowi swoiste przenoszenie regulacji administracyjnoprawnych w sferę stosunków prawa cywilnego, którego zamówienia publiczne jako umowy pomiędzy zamawiającymi a wykonawcami są częścią (art. 2 ust. 13 i art. 14 pzp). Natomiast przepisy kodeksu cywilnego nie przewidują sankcji nieważności wobec czynności cywilnoprawnych, które niewłaściwie opodatkowano, a strony czynności nie są zobowiązane aby kontrolować prawidłowość wywiązywania się przez ich kontrahentów z obowiązków podatkowych. Ponadto, niezależnie od zastosowanej przez wykonawcę w ofercie stawki VAT w trakcie oceny ofert porównywana jest cena brutto, lub cena „ubruttowiona” przez zamawiającego na mocy przepisu art. 91 ust. 3a pzp. Skład orzekający Izby nie czuje się uprawniony do zakwestionowania sposobu postępowania Konsorcjum IDOM, przyjmując, iż znajduje ono oparcie w obowiązujących przepisach podatkowych, co nie przeczy temu, że w przypadku innych wykonawców prawidłowe mogło być uwzględnienie w oferowanej cenie brutto kwoty podatku VAT. W ocenie Izby istotne jest, iż nie doprowadziło to do nieporównywalności ofert, gdyż Zamawiający w przypadku zaoferowania ceny netto na potrzeby porównania ofert doliczył do nich kwotę podatku VAT według niespornej między Stronami i Uczestnikiem 22% stawki VAT, a także nie odrzucił żadnej oferty z powodu uwzględnienia w jej cenie podatku VAT lub nie. Wobec powyższego Izba uznała, iż zbędne jest uznawanie przedstawionej przez Zamawiającego interpretacji indywidualnej Dyrektora Izby Skarbowej w Warszawie z 25 marca 2010 r. dotyczącej rozliczenia podatku VAT w przypadku usługi budowlanej świadczonej przez wykonawcę z Wielkiej Brytanii jako mającej w drodze analogii zastosowanie w przedmiotowej sprawie.

Izba uznała za niezasadny zarzut Odwołującego SYSTRA naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego IDOM z uwagi na to, iż jej treść nie odpowiada treści s.i.w.z.

Odwołujący SYSTRA wywodzi, iż z zawartego w rozdziale II s.i.w.z. pkt 3.4 *Wymagania Zamawiającego, jakie należy uwzględnić przy realizacji przedmiotu zamówienia* wynika, iż w razie nieuregulowania przez Zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia pewnych kwestii środowiskowych zgodnie z wymaganiami ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. Prawo ochrony środowiska (tekst jednolity Dz.U. z 2008r. Nr 25, poz. 150, z późn. zm.) oraz ustawy z dnia 3 października 2008 r. o udostępnianiu informacji o środowisku i jego ochronie, udziale społeczeństwa w ochronie środowiska oraz o ocenach oddziaływania przedsięwzięcia

na środowisko (Dz. U. z 2008 r. Nr 199, poz. 1227, z późn. zm.), lub uregulowania ich w sposób sprzeczny z ich przepisami, zastosowanie znajdują przepisy powyższych ustaw gdyż mają charakter przepisów bezwzględnie obowiązujących. W ocenie Izby taka konstatacja jest o tyle nieuzasadniona, że: po pierwsze – wykonawca składający ofertę ma prawo działać w dobrej wierze w zaufaniu do postanowień s.i.w.z. i ma prawo uznać je za kompletne i wiążące na potrzeby sporządzenia oferty, po drugie – w istocie w rozwinięciu tego pkt. mowa jest o etapie realizacji umowy i wymaganiu by treść wszystkich dokumentów dostarczonych przez wykonawcę w trakcie jej wykonywania uwzględniała ewentualne zmiany w przepisach obowiązujących zasądzone pomiędzy dniem zawarcia umowy a dniem przekazania tych dokumentów Zamawiającemu.

W pierwszej kolejności Odwołujący SYSTRA wskazał, iż jego zdaniem postanowienia rozdziału II s.i.w.z. zawarte: w pkt 4.3.1.2, określającym zakres inwentaryzacji środowiskowej przeprowadzanej w 3 fazach jako inwentaryzacja wstępna (przebiegu korytarzy), inwentaryzacja szczegółowa (warianty i podwarianty w korytarzach), inwentaryzacja ostateczna (na potrzeby raportu oddziaływania na środowisko) oraz w pkt. 4.4.1.2. ppkt 4, wskazującym, iż po zakończeniu wstępnego trasowania, wykonawca uzgodni z Zamawiającym 3 korytarze do dalszych analiz, a po zakończeniu szczegółowego trasowania, na podstawie analizy wariantów i podwariantów w każdym z korytarzy nastąpi uzgodnienie 3 wariantów przebiegu trasy do dalszych analiz, które po uszczegółowieniu w fazie trasowania ostatecznego poddane zostaną analizie wielokryterialnej dla wyboru i rekomendacji wariantu przebiegu trasy linii – narzucają następującą kolejność działań i zależności pomiędzy nimi: inwentaryzacja wstępna prowadzi do inwentaryzacji szczegółowej, ta z kolei prowadzi do analizy środowiskowej, która finalnie prowadzi do inwentaryzacji ostatecznej. Zdaniem Odwołującego SYSTRA w treści swojej oferty Konsorcjum IDOM odwróciło kolejność dwóch ostatnich działań, w wyniku czego inwentaryzacja szczegółowa prowadzi do inwentaryzacji ostatecznej, a ta prowadzi do analizy środowiskowej – co powoduje sprzeczność z wymienionymi postanowieniami s.i.w.z., gdyż inwentaryzacja ostateczna, a w szczególności inwentaryzacja przyrodnicza na potrzeby raportu o oddziaływaniu na środowisko prowadzona byłaby przed dokonaniem wyboru wariantów przez Zamawiającego.

Izba ustaliła, iż z treści oferty Konsorcjum IDOM wynika, iż wybór wariantów ma nastąpić 18 listopada 2010 r. (poz. 244 harmonogramu części I, strona 62 oferty), natomiast inwentaryzacja ostateczna rozpoczyna się 17 grudnia 2010 r. i kończy się 12 maja 2011 r. (poz. 437 harmonogramu, strona 73 oferty), wreszcie analiza środowiskowa rozpoczyna się również 17 grudnia 2010 r. a kończy 19 maja 2011 r. (poz. 444 harmonogramu, strona 74 oferty). Z kolei inwentaryzacja przyrodnicza na potrzeby raportu o oddziaływaniu na środowisko ma trwać od 28 maja 2010 r. do 17 czerwca 2011 r. (poz. 470 harmonogramu, strona 74 oferty). Izba ustaliła również, iż zgodnie z s.i.w.z. inwentaryzacja ostateczna obejmuje również inwentaryzację obszarów przyrodniczych (ppkt 5 pkt. 4.3.1.2.3 rozdziału II s.i.w.z.). Wobec powyższych ustaleń

nie znajduje potwierdzenia teza Odwołującego SYSTRA, iż w ofercie Konsorcjum IDOM przewidziano prowadzenie inwentaryzacji ostatecznej przed wyborem wariantów, gdyż z porównania wskazanych dat wynika, iż inwentaryzacja ta rozpocznie się już po wyborze wariantów.

W drugiej kolejności Odwołujący SYSTRA podniósł, iż ponieważ według s.i.w.z. zakres inwentaryzacji szczegółowej powinien odpowiadać zakresowi analizy środowiskowej, to znaczy obejmować warianty i podwarianty w korytarzach, a w ofercie Konsorcjum IDOM, inwentaryzacja ostateczna, z zakresem ograniczonym zgodnie z s.i.w.z. tylko do wariantów, jest materiałem wyjściowym do analizy środowiskowej, oznacza to, iż ta ostatnia, niezgodnie z s.i.w.z., również będzie ograniczona tylko do tych wariantów.

W ocenie Izby z postanowień ppkt. 1 pkt 4.3.1.2.2 rozdziału II s.i.w.z. wynikają jednak odmienne wnioski: po pierwsze – zakres inwentaryzacji szczegółowej obejmuje pas maksymalnego oddziaływania wariantów i podwariantów na środowisko, po drugie – to zakres inwentaryzacji szczegółowej ma odpowiadać zakresowi analizy środowiskowej (określonemu w pkt. 4.3.2.2), a nie odwrotnie. Natomiast z ppkt. 1 pkt. 4.3.2.2 wynika, iż zakres analizy środowiskowej dotyczy rozpoznania wariantów, przy czym dla każdego z korytarzy ma być rozpatrywany co najmniej jeden racjonalny wariant – brak jest zatem w s.i.w.z. wymagania przeprowadzenia analizy środowiskowej dla wariantów i podwariantów w korytarzach.

W powiązaniu z powyżej rozpatrzonymi zarzutami Odwołujący SYSTRA zarzucił również, iż choć zgodnie z ppkt. 4 pkt. 4.3.3.2 rozdziału II s.i.w.z. wszystkie pomiary i badania środowiskowe na potrzeby raportu o oddziaływaniu na środowisko należy wykonać w czasie nie krótszym niż jeden pełny rok (całoroczny cykl biologiczny), to Konsorcjum IDOM przewidziało prowadzenie tej inwentaryzacji od 28 maja 2010 r. do 17 czerwca 2011 r., co nie stanowi pełnego roku.

Izba ustaliła, iż w odpowiedziach na pytania z 8 lutego 2010 r. (pozycja 7 na stronie 6) Zamawiający doprecyzował, iż należy przygotować taki harmonogram badań środowiskowych, aby możliwe było zidentyfikowanie wszystkich elementów ochrony przyrody występujących w całorocznym cyklu biologicznym. W ocenie Izby decydujące dla spełnienia tego wymagania jest objęcie prowadzonymi badaniami wszystkich pór roku (całorocznego cyklu biologicznego), a nie to, czy badania te były prowadzone dokładnie przez 365 dni.

Ponadto, zdaniem Odwołującego SYSTRA, ponieważ Konsorcjum IDOM w treści oferty zaplanowało przeprowadzenie letniej i jesiennej części inwentaryzacji przyrodniczej jeszcze w 2010 r., w tym samym okresie kiedy będzie wykonywana inwentaryzacja wstępna i szczegółowa na potrzeby oceny korytarzy i zanim będzie dostępna wiedza o wariantach lokalizacyjnych, spowoduje to, iż obszar prowadzonej inwentaryzacji przyrodniczej będzie musiał uwzględniać wszystkie 3 korytarze (warianty i podwarianty), których łączna powierzchnia wyniesie około 34 700

km², co wymagałoby zatrudniania od 1700 do 3500 przyrodników do prac terenowych i jest nierealne. Wreszcie, zdaniem Odwołującego SYSTRA, zaplanowanie inwentaryzacji ostatecznej tylko na okres półroczny od grudnia 2010 r. do maja 2011 r. jest również niezgodne z s.i.w.z., gdyż jest to inwentaryzacja prowadzona na potrzeby raportu oddziaływania na środowisko, dla której wymagane jest przeprowadzenie wszystkich pomiarów i badań środowiskowych w całorocznym cyklu biologicznym.

W ocenie Izby w ppkt. 4 pkt. 4.3.3.2 rozdziału II s.i.w.z. mowa jest o prowadzeniu nie krócej niż przez całoroczny cykl biologiczny pomiarów i badań środowiskowych na potrzeby raportu o oddziaływaniu na środowisku, co nie jest równoznaczne z wymaganiami prowadzenia inwentaryzacji ostatecznej przez ten okres. Konsorcjum IDOM planuje przeprowadzić inwentaryzację ostateczną we wskazanym powyżej okresie półrocznym, jednak jednocześnie przewiduje prowadzenie inwentaryzacji przyrodniczej na potrzeby raportu przez okres od 28 maja 2010 r. do 17 czerwca 2011 r., zatem może dysponować wynikami pomiarów i badań przeprowadzonych dla całorocznego cyklu biologicznego. Jednocześnie prawdą jest, iż Konsorcjum IDOM zidentyfikowało w swojej ofercie (na stronie 99) ryzyko związane z prowadzeniem inwentaryzacji wiosennej i letniej już w 2010 r. jako ryzyko nr 11 *Konieczność wykonania inwentaryzacji przyrodniczej w całym okresie wegetacyjnym, podczas gdy przebieg wariantu 3 nie będzie w pełni znany wiosną 2010 r.* i wskazało sposoby jego minimalizacji, na które składa się nie tylko, kwestionowana przez Odwołującego SYSTRA, reasumpcja analizy wielokryterialnej, ale także: dokonanie wczesnego wyznaczenia wstępnego przebiegu korytarza dla wariantu 3, tam gdzie wykracza on poza korytarze 20 km dla wariantów 1 i 2, wytypowanie szczególnie cennych i podatnych obszarów w obrębie wstępnego przebiegu korytarza nr 3 i objęcie ich badaniami już wiosną 2010 r., prowadzenie inwentaryzacji przyrodniczych w układzie sezonowym równoległe do innych prac, ale w terminach określonych wymaganiami sezonu wegetacyjnego, tak by przed opracowaniem raportu oddziaływania na środowisko dysponować pełną inwentaryzacją oraz dysponowanie bardzo dużym zasobem wiedzy uzyskanej na podstawie materiału mapowego i wstępnych inwentaryzacji przyrodniczych wykonywanych w czasie nalotów dla celów mapowania co pozwoli na wydzielenie priorytetów i prowadzenie badań w kolejności zgodnej z nimi. Izba nie dopatrzyła się by przyjęta metoda, zidentyfikowane ryzyko i sposoby jego minimalizacji stały w sprzeczności z przywołanymi przez Odwołującego SYSTRA postanowieniami s.i.w.z.

Odwołujący SYSTRA zarzucił również, iż Konsorcjum IDOM wprowadziło w błąd Zamawiającego oferując przeprowadzenie uzgodnień z organami ochrony środowiska (poz. 447 harmonogramu, strona 74 oferty) nie tylko przed zakończeniem analizy środowiskowej i sprzed zatwierdzeniem przez Zamawiającego Raportu nr 7 (Dokumentacja środowiskowa), ale przede wszystkim przed złożeniem wniosku o wydanie decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach,

co ma być niezgodne z pkt 4.3.1.3 rozdziału II s.i.w.z., wymagającym przedstawienia inwentaryzacji środowiskowej, zawierającej między innymi (w ppkt. 4): uzgodnienia, opinie administracji ochrony środowiska oraz innych jednostek, w tym administracji samorządowej.

Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego, iż w przywołanym postanowieniu s.i.w.z. nie chodzi wyłącznie o uzgodnienia formalnoprawne, lecz także o wszelkie możliwe do uzyskania na tym etapie uzgodnienia, opinie i konsultacje. Wobec braku stwierdzenia sprzeczności treści oferty Konsorcjum IDOM z treścią s.i.w.z., Izba nie dopatrzyła się również w tym zakresie złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania, nie stwierdzając naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 24 ust. 2 pkt 2 pzp.

Kolejny zarzut merytoryczny stawiany przez Odwołującego SYSTRA ofercie Konsorcjum IDOM polega na tym, iż przewiduje ona przygotowanie wniosku o wydanie decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach wraz z załącznikami do 18 października 2011 r., natomiast przygotowanie raportu o oddziaływanie na środowisko do 24 lipca 2012 r. Tymczasem z postanowień s.i.w.z.: w pkt 4.3.4.2. wynika, iż wniosek powinien zawierać komplet załączników określonych w przepisach prawnych, obowiązujących na dzień jego złożenia do właściwego organu, natomiast z pkt. 4.3.4.3. Produkty Część II ma wynikać, iż wraz z wnioskiem o wydanie decyzji ma być dostarczony jednocześnie raport jako obligatoryjny na gruncie obowiązujących przepisów.

W ocenie Izby Odwołujący SYSTRA nie dowiódł, iż niesporny między Stronami i Uczestnikiem sposób postępowania Konsorcjum IDOM polegający na złożeniu wraz wnioskiem o wydanie decyzji jako załącznika karty informacyjnej wraz z wnioskiem o ustalenie zakresu raportu, jest sprzeczny z przywołanymi postanowieniami s.i.w.z. i uniemożliwi złożenie wniosku w terminie przewidzianym w harmonogramie, a następnie uzyskanie decyzji.

Wreszcie Odwołujący SYSTRA zarzucił, iż w ofercie Konsorcjum IDOM przewidziano zakończenie konsultacji społecznych do 12 czerwca 2012 r., co przy jednoczesnym przewidzeniu złożenia ostatecznego raportu oddziaływania na środowisko na 27 lipca 2012 r. prowadzić ma do niebezpieczeństwa braku udziału społeczeństwa w opiniowaniu ostatecznej wersji tego raportu.

Izba zważyła, iż w w opisie poz. 81 harmonogramu części II (strona 80 oferty) mowa jest o przygotowaniu i opracowaniu materiałów informacyjnych do kampanii informacyjnej na etapie raportu o oddziaływaniu na środowisko, organizacji nieformalnych konsultacjach społecznych wraz z dokumentacją oraz o sprawozdaniach z przeprowadzonych konsultacji, co ma trwać od 28 września 2011 r. do 12 czerwca 2012 r. W ocenie Izby, nie ogranicza to w żaden sposób możliwości udziału społeczeństwa w ocenie oddziaływania na środowisko w ramach obligatoryjnego postępowania prowadzonego przez organ administracyjny w sprawie wydania decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach.

Izba uznała również za niezasadny zarzut Odwołującego SYSTRA naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 91 ust. 1 pzp przez zaniżenie oceny punktowej oferty Konsorcjum SYSTRA w kryterium koncepcja realizacji zamówienia i jednocześnie zawyżenie oceny punktowej oferty Konsorcjum IDOM w tym kryterium.

W ocenie Izby Odwołujący SYSTRA nie wykazał, iż otrzymane przez niego 470,12 pkt. wynika z dokonania przez Zamawiającego oceny niezgodnie z opisanymi w s.i.w.z. kryteriami, w szczególności nie wskazał, jakich konkretnie zależności pomiędzy analizami, jakich konkretnie wymaganych uzgodnień i jakich konkretnie ryzyk zamieszczonych w ofercie nie uwzględnił Zamawiający, nie przyznając Konsorcjum SYSTRA maksymalnej liczby punktów.

Z kolej zaledwie jeden przykład na ewentualną ogólnikowość jednego z uzgodnień zawartych w ofercie Konsorcjum IDOM nie podważa prawidłowości przyznania mu przez Zamawiającego maksymalnej liczby punktów wobec przewidzianego w s.i.w.z. i niezaskarżonego przez wykonawców, sposobu oceny przewidującemu przyznanie najwyższej ocenionej spośród ocenianych ofert w kryteriach pozacecnowych maksymalnej liczby punktów w zakresie tych kryteriów.

Wobec braku jakiegokolwiek skonkretyzowania w odwołaniu i na rozprawie przez Odwołującego SYSTRA na czym miałyby polegać naruszenie przez Zamawiającego przepisu art. 26 ust. 3 pzp, Izba nie mogła rozpatrzyć *in abstracto* postawionego zarzutu.

Wobec niepotwierdzenia się zarzutów podniesionych w odwołaniu Konsorcjum SYSTRA, Izba, działając na podstawie art. 191 ust. 1 ustawy pzp – orzekła jak w sentencji.

B.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, skład orzekający Izby uznał, iż odwołanie Konsorcjum **Vössing** zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie, Izba stwierdza, iż zarzut Odwołującego Vössing naruszenia przez Zamawiającego art. 8 ust. 1 i 3 pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez brak zweryfikowania prawidłowości zastrzeżenia części oferty przez Konsorcjum SYSTRA jako tajemnicę przedsiębiorstwa, jest spóźniony. Zarzut ten został podniesiony dopiero 23 kwietnia 2010 r. w proteście, tymczasem o fakcie respektowania przez Zamawiającego zastrzeżenia przez Konsorcjum SYSTRA tajemnicy przedsiębiorstwa Odwołujący Vössing mógł powziąć wiadomość już 15 lutego 2010 r., kiedy w czasie publicznego otwarcia ofert Zamawiający nie otworzył koperty zawierającej część oferty dotyczącej koncepcji realizacji zamówienia. Od tego dnia Konsorcjum Vössing mogło wystąpić o udostępnienie do wglądu oferty Konsorcjum SYSTRA, a w razie odmowy Zamawiającego złożyć protest. Respektowanie przez Zamawiającego tajemnicy

przedsiębiorstwa Konsorcjum SYSTRA nie narusza przy tym zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, gdyż nie ma podstaw do antycypowania, że Zamawiający potraktowałby odmiennie innych wykonawców gdyby objęli koncepcję realizacji zamówienia tajemnicą przedsiębiorstwa.

Izba uznała natomiast za zasadny zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp przez nieuzasadnione odrzucenie oferty Odwołującego Vössing, z uwagi na to, iż jej treść nie odpowiada treści s.i.w.z., bez skorzystania z instytucji przewidzianych w przepisach art. 87 ust. 1a pzp i art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp umożliwiających usunięcie stwierdzonych niezgodności.

Zamawiający wskazał jako pierwszą podstawę faktyczną odrzucenia oferty Konsorcjum Vössing okoliczność, iż w treści tej oferty – ani w harmonogramie, ani w jego opisie nie zadeklarowano wykonania zadań: z pkt. 4.3.4.2 ppkt 1 rozdziału II s.i.w.z., tj. monitorowania przebiegu procedury oceny oddziaływania na środowisko i składania Zamawiającemu miesięcznych informacji z przebiegu postępowania, aż do zakończenia postępowania w sprawie wydania decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach oraz z pkt. 4.3.5.3 część II, tj. wykonania dokumentacji z przebiegu postępowania oceny oddziaływania na środowisko prowadzonej przez organ administracyjny zgodnie z *Wytycznymi w zakresie postępowania w sprawie oceny oddziaływania na środowisko dla przedsięwzięć współfinansowanych z krajowych lub regionalnych programów operacyjnych* (Ministerstwo Rozwoju Regionalnego, 5 maja 2009 r., (dokumenty dostępne w trakcie obowiązywania umowy).

W ofercie Konsorcjum Vössing (strona 34) w opisie harmonogramu znajduje się pkt 4.3.4 zatytułowany *Wniosek o wydanie decyzji o uwarunkowaniach środowiskowych*, w którym zadeklarowano sporządzenie na podstawie danych wejściowych materiału do wniosku o wydanie decyzji o uwarunkowaniach środowiskowych zgodnie z ustawą o udostępnianiu informacji o środowisku i jego ochronie z dnia 3 października 2008 r. i złożenie wniosku we właściwej regionalnej dyrekcji ochrony środowiska, przy czym jako dane wyjściowe określono wniosek wraz z załącznikami. Odpowiada to w pełni treści następujących postanowień pkt. 4.3.4 rozdziału II s.i.w.z *Wniosek o decyzję o środowiskowych uwarunkowaniach*: pkt. 4.3.4.1, dotyczącego celów, pkt. 4.3.4.3 część II ppkt 1 i 2, dotyczącego produktów oraz ppkt. 1 zdania 1 pkt. 4.3.4.2 dotyczącego zakresu. Nieuwzględniona w ofercie czynność wskazana jako podstawa odrzucenia jest drugim zdaniem ppkt. 1 pkt. 4.3.4.2. Przekonujące dla składu orzekającego Izby jest stanowisko Odwołującego Vössing, iż oczywistym jest, że jako wnioskodawca zobowiązany jest śledzić losy wniosku w toku procedury administracyjnej, aż do osiągnięcia celu w jakim go składa, to jest aż do uzyskania decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach. Z kolej brak wpisania w treści opisu harmonogramu zobowiązania się do składania Zamawiającemu miesięcznych informacji z przebiegu tego postępowania stanowi w ocenie Izby zbyt wątplą podstawę dla odrzucenia oferty. Przy takim rygorystycznym stanowisku możnaby równie dobrze jako podstawę odrzucenia podać

brak zadeklarowania w ofercie opracowania materiałów wymaganych do wniosku w formie papierowej i elektronicznej w formacie *.doc i *.pdf dla raportu i *.dwg lub *.dgn oraz *.pdf dla map, co stanowi treść ppkt. 2 pkt. 4.3.4.2 rozdziału II s.i.w.z. również dotyczącego zakresu. Z kolei w pkt. 4.3.5 opisu harmonogramu zatytułowanym *Udział społeczeństwa* (strona 34 i 35 oferty) Konsorcjum Vössing określiło jako dane wyjściowe sprawozdania i raporty z przeprowadzonych konsultacji oraz dokumentację przebiegu oceny oddziaływania na środowisko (rozdział raport „OOŚ” o konfliktach społecznych). Zdaniem Zamawiającego oznacza to, iż Konsorcjum odmówiło wykonania dokumentacji z przebiegu oceny oddziaływania na środowisko prowadzonej przez organ administracyjny. W ocenie Izby, oferta w tym szczegółach jest nieprecyzyjna lub można mówić o omyłce podlegającej poprawieniu.

Drugą podstawą faktyczną odrzucenia oferty Konsorcjum Vössing była okoliczność, iż pomimo wynikającego z treści pkt. 5.1.2.4 rozdziału II s.i.w.z. wymagania przedstawienia Raportu nr 6 przed przystąpieniem do analiz finansowych i ekonomicznych, w treści harmonogramu zaferowano przedstawienie tego raportu 21 marca 2011 r., natomiast przystąpienie do wykonania analiz ekonomicznych i finansowych określono na 31 stycznia 2011 r. W ocenie Izby, pomimo stanowczego brzmienia zdania 1 pkt. 5.1.2.4 rozdziału II s.i.w.z. przystąpienie do wykonywania analiz finansowych i ekonomicznych przed oddaniem Raportu nr 6 mogłoby być uznane za sprzeczne z treścią s.i.w.z. tylko w przypadku gdyby z treści oferty wynikałoby, iż spowoduje to jeden z następujących skutków: Raport nr 6 dotyczący analiz technicznych lub Raport nr 8 dotyczący analiz finansowych nie zostaną oddane w terminie wymaganym w s.i.w.z. albo Raport nr 8 nie będzie zawierał wymaganej przez s.i.w.z. treści. Jednak ani w uzasadnieniu odrzucenia oferty, ani w rozstrzygnięciu protestu Zamawiający nie wskazał w jaki sposób wcześniejsze przystąpienie do analiz uniemożliwia prawidłową i terminową realizację przedmiotu zamówienia w zakresie analiz finansowych i ekonomicznych, w szczególności nie zakwestionował prawidłowości terminu ich zakończenia określonego w ofercie na 7 czerwca 2011 r. Również na rozprawie Zamawiający nie był w stanie tego wyjaśnić, wskazując jedynie na obawę wystąpienia błędów w analizach rozpoczętych przed uzyskaniem informacji zawartych w Raporcie nr 6. W ocenie Izby obawa ta jest nieuzasadniona, gdyż wcześniejsze rozpoczęcie analiz może w najgorszym razie być bezprzedmiotowe, natomiast nie oznacza niemożliwości uwzględnienia danych z Raportu nr 6, skoro ich prowadzenie będzie nadal trwało przez ponad dwa miesiące po oddaniu tego raportu. Zamawiający będzie miał zatem czas i możliwość analizy, oceny i korekty danych, proponowanych rozwiązań, wyników, obliczeń, szacunków i wniosków tak by ewentualne błędy nie zostały powielone w Raporcie nr 8 finalizującym wyniki prowadzonych analiz finansowych i ekonomicznych. Powołany przez Zamawiającego jako podstawa odrzucenia oferty pkt 5.1.2.4 dotyczy zresztą Raportu nr 6 – Analiz technicznych, a sens wymogu zawartego w zdaniu 1 trudno inaczej racjonalnie tłumaczyć jako

wskazanie zalecanej kolejności działań. Wskazuje na to odmienna redakcja podobnej kwestii np. w pkt. 5.1.2.3 dotyczącym Raportu nr 5 – Analizy popytu i podaży, którego złożenie przed przystąpieniem do analiz finansowych i ekonomicznych zostało wprost uwarunkowane tym, że dane w nim zawarte stanowią dane wyjściowe dla ich prowadzenia. W ocenie Izby Odwoływający Vössing w proteście, odwołaniu i na rozprawie w wystarczającym stopniu już wyjaśnił i doprecyzował, iż wszelkie analizy finansowe i ekonomiczne prowadzone przed datą przedstawienia Raportu nr 6 mają związek z przyjętą przez Konsorcjum metodą wykonania zamówienia związaną również ze zobowiązaniem się do skrócenia terminu realizacji części I przedmiotu zamówienia do 13 miesięcy oraz będą miały charakter czynności wstępnych i przygotowawczych, które nie wpłyną negatywnie na właściwe analizy finansowe i ekonomiczne, które zostaną przeprowadzone po przekazaniu tego raportu.

W ocenie Izby Zamawiający błędnie zakwalifikował stwierdzone w ofercie Konsorcjum Vössing nieścisłości i uchybienia jako niepodlegające doprecyzowaniu na podstawie przepisu art. 87 ust. 1 a pzp lub poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp. Izba podziela stanowisko Odwoływającego, iż przed odrzuceniem oferty z najniższą ceną, która może potencjalnie okazać się najkorzystniejsza, Zamawiający miał nie tylko prawo, ale i obowiązek skorzystać w toku badania i oceny ofert z przepisu art. 87 ust. 1a pzp również w stosunku do Konsorcjum Vössing, tak jak uczynił to w stosunku do Konsorcjum IDOM i Konsorcjum SYSTRA od których 18 marca 2010 r. zażądał sprecyzowania i dopracowania treści złożonych ofert oraz przedstawienia informacji dodatkowych. Również w rozstrzygnięciu protestu, ani na rozprawie Zamawiający nie uzasadnił należycie dlaczego uznał za niedopuszczalne skorzystanie z przepisu art. 87 ust. 1a pzp w stosunku do oferty Konsorcjum Vössing. Zamawiający, po pierwsze, zdaje się postrzegać przesłanki dopuszczalności zastosowania przepisu art. 87 ust. 1a pzp na równi z przepisem art. 87 ust. 1 pzp czy przepisem art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp, dla których interpretacji granic zastosowania doszukuje się przez analogię w wyroku ETS z dnia 19 czerwca 2008 r. w sprawie C 454/06 dotyczącym możliwości zmian treści zawartych już umów w sprawie zamówienia publicznego. Po drugie, obszerne wywody Zamawiającego z przywołaniem orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej poświęcone są w istocie jedynie interpretacji możliwości zastosowania przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp. Tymczasem przepis art. 87 ust. 1a pzp wprowadza wyłącznie dla trybu dialogu konkurencyjnego instytucję sprecyzowania i dopracowania treści złożonych ofert oraz przedstawienia informacji dodatkowych, która wprowadza dalej idącą możliwość zmiany treści oferty, niż instytucja poprawiania tzw. innych omyłek przewidziana w przepisie art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp. Po pierwsze, w przeciwieństwie do poprawiania innych omyłek, które zamawiający jest obowiązany poprawić we własnym zakresie, wyłącznie na podstawie dotychczasowej treści oferty – w dialogu konkurencyjnym wyjątkowo dopuszczono w ograniczonym zakresie dokonanie zmiany oferty przez samego wykonawcę, który może sprecyzować złożoną ofertę, dopracować jej treść

oraz przedstawić nowe informacje. Po drugie, uchybienia oferty możliwe do sanowania w trybie art. 87 ust. 1a nie muszą mieć charakteru omyłki, lecz mogą wynikać z braku precyzji przy uwzględnianiu wymagań s.i.w.z. Po trzecie, zwłaszcza dopracowanie treści oferty w nieunikniony sposób musi oznaczać dopuszczalność wytworzenia w ograniczonym zakresie nowej treści oświadczenia woli. Po czwarte, granicą dokonywania zmian w złożonej ofercie jest tu zakaz dokonywania istotnych zmian treści oferty, a więc dopuszczalna możliwość zmian jest nieco większa niż w przypadku poprawiania innych omyłek, niepowodujących istotnych zmian oferty. Skoro Zamawiający zdecydował się na zastosowanie trybu dialogu konkurencyjnego, to powinien skorzystać z unikalnych możliwości jakie on daje na etapie badania i oceny złożonych ofert, we własnym dobrze pojętym interesie zapewnienia sobie jak największej konkurencji i wyboru najkorzystniejszej oferty spośród jak największej liczby ofert, które zostały złożone w postępowaniu.

Niezależnie od powyższego Zamawiający nie powinien również co do zasady odrzucać możliwości zastosowania przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp W doktrynie i orzecznictwie utrwalony jest pogląd, iż niezgodność treści oferty z treścią s.i.w.z., a także możliwość usunięcia takiej niezgodności w drodze poprawienia omyłek innych niż pisarskie i rachunkowe, powinna być odrębnie badana w każdym konkretnym przypadku, z uwzględnieniem całokształtu związanych z nim okoliczności. W szczególności przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp nie określa enumeratywnego katalogu możliwych do poprawienia niezgodności i posługuje się nieostrą kategorią „istotności” jako granicy dopuszczalnych zmian treści oferty. Jest to o tyle istotne, iż poprawienie omyłek w treści oferty jest obligatoryjne dla zamawiającego w razie łącznego spełnienia następujących przesłanek: po pierwsze – ustalenia, że stwierdzona niezgodność treści oferty z treścią s.i.w.z. ma charakter omyłki, po drugie – ustalenia, iż poprawienie tej omyłki nie spowoduje istotnej zmiany treści złożonej oferty.

Wobec zajęcia powyżej przedstawionego stanowiska, Izba uznała również za zasadny zarzut Odwołującego Vössing naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 91 ust. 1 pzp przez nieuwzględnienie przy wyborze najkorzystniejszej oferty na podstawie określonych w s.i.w.z. kryteriów oferty Konsorcjum Vössing.

Wobec potwierdzenia się części zarzutów podniesionych w odwołaniu Konsorcjum Vössing, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego przepisów Prawa zamówień publicznych: art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 87 ust. 1a i art. 87 ust. 2 pkt 3 oraz art. 91 ust. 1 miało wpływ na wynik postępowania i działając na podstawie art. 191 ust. 1 i 1 a ustawy pzp – orzekła jak w sentencji.

A i B.

O kosztach postępowań orzeczono stosownie do wyniku spraw, na podstawie przepisu art. 191 ust. 6 i 7 ustawy pzp w zw. z § 4 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca

Sygn. akt: KIO/UZP 887/10

KIO/UZP 905/10

2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886, z późn. zm.), przy czym uwzględniono koszty zastępstwa prawnego pełnomocnika Zamawiającego w wysokości 3 600,00 zł na podstawie faktury złożonej do akt sprawy KIO/UZP 887/10, natomiast wobec nieprzedłożenia do akt sprawy KIO/UZP 905/10 rachunków nie uwzględniono kosztów zastępstwa prawnego oraz innych wnioskowanych kosztów Odwołującego Vössing – zgodnie z przepisem § 4 ust. 1 pkt 2 lit. a i b przywołanego rozporządzenia.

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

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....