Sygn. akt: KIO 214/13

WYROK
z dnia 15 lutego 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kawa
Przemysław Dzierzędzki
Marek Koleśnikow

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 lutego 2013 r. w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 stycznia 2013 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) A…... B……., prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Firma Budowlana Anna-Bud (pełnomocnik wykonawców), (2) Maxto Sp. z o.o. SKA, adres dla pełnomocnika: Bilcza, ul. Marmurowa 60, 26-026 Morawnica** w postępowaniu prowadzonym przez **Uniwersytet Jana Kochanowskiego w Kielcach, ul. śeromskiego 5, 25-369 Kielce**

przy udziale:
A. wykonawcy **ERBUD S.A., ul. Puławska 300A,02-819 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,
B. wykonawcy **EIFFAGE Budownictwo Mitex S.A., ul. Postępu 5A, 02-676 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty, odrzucenia oferty odwołującego oraz ponowne badanie i ocenę ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego wraz z wezwaniem go do złożenia wyjaśnień w przedmiocie zaoferowania odpowiedniej ilości zasilaczy awaryjnych UPS.

2. kosztami postępowania obciąża **EIFFAGE Budownictwo Mitex S.A., ul. Postępu 5A, 02-676 Warszawa** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) A…... B……., prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Firma Budowlana Anna-Bud (pełnomocnik wykonawców), (2) Maxto Sp. z o.o. SKA, adres dla pełnomocnika: Bilcza, ul. Marmurowa 60, 26-026 Morawnica** tytułem wpisu od odwołania,
2.2. zasądza od **EIFFAGE Budownictwo Mitex S.A., ul. Postępu 5A, 02-676 Warszawa** na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) Anna Bartela, prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Firma Budowlana Anna-Bud (pełnomocnik wykonawców), (2) Maxto Sp. z o.o. SKA, adres dla pełnomocnika: Bilcza, ul. Marmurowa 60, 26-026 Morawnica** kwotę **23 600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący: ……..

……..

……..

Sygn. akt KIO 214/13

UZASADNIENIE

Zamawiający Uniwersytet Jana Kochanowskiego w Kielcach, dalej zwany „zamawiającym", prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na zamówienie pn. „Wykonanie w systemie „ZAPROJEKTUJ i WYBUDUJ": dokumentacji projektowej wraz z nadzorem autorskim oraz budową obiektu naukowo- dydaktycznego UJK przy Al. IX Wieków Kielc 19, w Kielcach" - Nr referencyjny postępowania: DP/2310/62/12.

Postępowanie jest prowadzone według zasad wymaganych przy procedurze, kiedy szacunkowa wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W dniu 24 października 2012 roku zamawiający opublikował w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej ogłoszenie o zamówieniu dotyczące przedmiotowego postępowania pod nr (2012/S 205-337045).

W dniu 21 stycznia 2013 zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej, tj. oferty złożonej przez CONDITE sp. z o.o. SKA, w tym także o

o udzielenie zamówienia: (1) odrzuceniu oferty wykonawców wspólnie ubiegających się

Firma Budowlana Anna-Bud (pełnomocnik wykonawców), (2) Maxto Sp. z o.o. SKA, adres dla pełnomocnika: Bilcza, ul. Marmurowa 60, 26-026 Morawnica – dalej zwany - konsorcjum „Anna-Bud"

Wobec powyższego wykonawca ten w dniu 31 stycznia 2013 roku wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej(KIO). We wniesionym odwołaniu zarzucił zamawiającemu podjęcie niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności - polegających na:

1. Odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp, jako niezgodnej z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia
2. Zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy CONDITE Sp. z o.o. S.K.A i wyboru oferty CONDITE jako oferty najkorzystniejszej.

Powyższym czynnościom zamawiającego zarzucił naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo iż treść jego oferty odpowiada treści SIWZ;

2. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty CONDITE, pomimo iż oferta Condite nie odpowiada treści SIWZ;

3. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców ubiegających się o

udzielenie zamówienia, oraz z ostrożności:

4. art. 87 ust. **1** ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty;

5. art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie poprawienia w ofercie innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty.;

6. art. 92 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy Pzp poprzez niewskazanie wszystkich podstaw faktycznych i prawnych skutkujących odrzuceniem ofert UNIMAX Sp. z o.o. oraz Przedsiębiorstwa Dorbud SA („DORBUD");

7. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez nie odrzucenie ofert: UNIMAX i DORBUD pomimo że treść tych ofert nie odpowiada treści SIWZ w zakresie wskazanym szczegółowo w uzasadnieniu odwołania;

8. art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. art. 82 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nieodrzucenie oferty DORBUD mimo, iż DORBUD złożył dwie oferty w Postępowaniu.

W związku z powyższym wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. uwzględnienie odwołania;
2. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
3. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego i nakazanie Zamawiającemu przeprowadzenia ponownego badania oraz oceny ofert Odwołującego i CONDITE, i w

konsekwencji:
- odrzucenia oferty CONDITE;
- dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego, w tym - ewentualnie nakazanie zamawiającemu wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty lub poprawienia oferty odwołującego.

Nadmienić należy, że przedmiotowe odwołanie jest jednym z trzech odwołań wniesionych do Prezesa KIO od czynności zamawiającego podjętych w tym postępowaniu. Zamawiający po zapoznaniu się z treścią odwołań, pismem z dnia 6 lutego wniósł odpowiedź na odwołania w którym oświadczył, że w całości uwzględnia zarzuty podniesione w tych odwołaniach i stwierdził, że dokonana unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty oraz dokona ponownego badania i oceny złożonych ofert.. Do postępowania odwoławczego zostały zgłoszone przystąpienia:

A. wykonawcy Przedsiębiorstwo Budowlane "UNIMAX" Sp. z o.o., ul. Okrzei 35, 25-526 Kielce zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,
B. wykonawcy Condite Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością S.K.A. w Kielcach, ul. Piotrkowska 12, 25-510 Kielce (dalej Condite), zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

C. wykonawcy ERBUD S.A., ul. Puławska 300A,02-819 Warszawa zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego
D. wykonawcy EIFFAGE Budownictwo Mitex S.A., ul. Postępu 5A, 02-676 Warszawa (dalej Eiffage) zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

Wykonawcy Condite oraz Eiffage przystępując po stronie zamawiającego zgłosili sprzeciw wobec uwzględnienia zarzutów odwołania przez zamawiającego.

Przystępujący - zgłaszający sprzeciw – wykonawca Eiffage w złożonym piśmie procesowym stwierdził, że Zamawiający sprzecznie z prawem uwzględnił odwołanie, bowiem oferta Konsorcjum podlegała odrzuceniu na podstawia art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, co najmniej w zakresie braku zasilacza(zasilaczy) awaryjnego zasilania urządzeń, spełniającego wymagania opisane w załączniku Nr 5 do SIWZ.

Zamawiający nie odnosił się do stanowisk prezentowanych przez odwołującego i przystępującego Eiffage, poprzestając na stwierdzeniu iż po analizie podniesionych w odwołaniu zarzutów uznał, że zasługują one na uwzględnienie. Tym samym swoje stanowisko o uwzględnieniu zarzutów odwołania uznał za zasadne.

Przystępujący po stronie zamawiającego wykonawca Erbud SA który nie zgłosił sprzeciwu co do uwzględnienia zarzutów odwołania poprzestał na poparciu ww. stanowiska zamawiającego w tym zakresie.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść SIWZ, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz przystępujących złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje:

Odwołanie jest zasadne i zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie stwierdzić należy, że Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania gdyż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, jak również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu odwołującego o których mowa w art. 179 ust.1 ustawy Pzp w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W zakresie zgłoszonych przystąpień Izba stwierdziła, że zgłoszenie przystąpienia wykonawcy UNIMAX , wpłynęło do Prezesa KIO w dniu 12 lutego 2013 roku. Pełnomocnik zgłaszającego przystąpienie uzasadniał ten fakt tym, iż wykonawca zapoznał się z informacją o wniesieniu odwołania dopiero w dniu 4 lutego 2013 roku i uznał, że od tej daty biegnie trzydniowy termin na wniesienie odwołania. W dniu 7 lutego 2013 roku wykonawca

przesłał przystąpienie do tej sprawy faksem do Prezesa KIO, wysyłając równocześnie listownie wersję pisemną.
Jednocześnie Izba stwierdziła, że zamawiający wykazał, iż w dniu 1 lutego 2013 roku w sposób skuteczny przesłał temu wykonawcy za pomocą faksu, informacje o wniesieniu odwołania wraz z jego kopią.

Natomiast przystąpienie wykonawcy Condite Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością S.K.A. w Kielcach zostało doręczone Prezesowi KIO w dniu 7 lutego 2013 roku. Wykonawca ten stwierdził, że jego zdaniem został zachowany termin na zgłoszenie przystąpienia jak również wniesienia sprzeciwu, gdyż zapoznał się z treścią informacji zamawiającego o wniesionym odwołaniu dopiero w dniu 4 lutego 2013 roku i tym samym jego zdaniem ta data jest terminem początkowym na zgłoszenie przystąpienia.

Zamawiający wyjaśniając kwestie związaną z doręczeniem temu wykonawcy informacji o wniesionym odwołaniu podał, iż w dniu 1 lutego 2013 roku sześciokrotnie podejmował próbę przesłania za pomocą faksu informacji o wniesionym odwołaniu do wykonawcy Condite. Jednakże próby te, po przesłaniu pewnej ilości stron, kończyły się informacją o wystąpieniu błędu w komunikacji faksowej. W następstwie braku możliwości przesłania informacji za pomocą faksu, zamawiający dokonał zeskanowania otrzymanej kopii odwołania i przesłał go droga elektroniczną na adres poczty e-mailowej wykonawcy, na dowód czego złożył skany zrzutów ze stron internetowych, wskazujących na przesłanie ww. informacji.

Odnosząc się do tych faktów pełnomocnik wykonawcy CONDITE stwierdził, że o tym iż ze strony zamawiającego podejmowane były próby przesłania mu informacji za pomocą faksu dowiedział się w dniu 4 lutego, po otwarciu biura w poniedziałek, gdyż biuro wykonawcy czynne jest tylko od poniedziałku do piątku. W tym też dniu w godzinach rannych odczytał informację z poczty elektronicznej z dnia 1 lutego 2013 roku, w której podana była informacja o wniesionych odwołaniach – w tym i o odwołaniu o sygn. KIO 214/13 wraz z jego treścią. Dodał, że również w dniu 4 lutego w godzinach porannych otrzymał przesyłkę listowną od Zamawiającego, z informacja o wniesieniu odwołań w przedmiotowym postępowaniu.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba postanowiła stwierdzić nieskuteczność przystąpień do postępowania odwoławczego wykonawcy Przedsiębiorstwa Budowlanego "UNIMAX" Sp. z o.o., oraz Condite Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością S.K.A. w Kielcach, uznając równocześnie zgłoszony przez tego wykonawcę sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania za nieskuteczne.

W uzasadnieniu stanowiska Izby wskazać należy iż zgodnie z treścią art. 185 ust. 2 zd. 2 ustawy Pzp, zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby w formie pisemnej albo elektronicznej, opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie. Z analizy powyższego przepisu wynika, że

zgłoszenie przystąpienia powinno wpłynąć do Izby w formie pisemnej w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania. Za niewystarczające w świetle obowiązujących przepisów ustawy Pzp należy uznać zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego wyłącznie za pośrednictwem faksu (w sytuacji, gdy zgłoszenie przystąpienia nie wpłynie w terminie w formie pisemnej), ponieważ spełnienie wymogu zachowania formy pisemnej polega na złożeniu własnoręcznego podpisu przez osobę dokonującą czynności na dokumencie zawierającym jej oświadczenie woli. Tym samym zgłoszone przystąpienie Przedsiębiorstwa Budowlanego "UNIMAX" Sp. z o.o. nie mogło zostać uznane za skuteczne.

Dodatkowo w zakresie nie uznania za skutecznego, przystąpienia wykonawcy CONDITE stwierdzić należy, że poza wszelkim sporem jest fakt, że w dniu 1 lutego 2013 roku do tego wykonawcy zostały przesłane: informacje za pośrednictwem faksu - z której można było co najmniej wywieść informację o wniesieniu odwołania, a ponadto pełna treść informacji o wniesionych odwołaniach została przesłana za pomocą poczty elektronicznej. Tych faktów wykonawca ten nie kwestionował, kwestionując tylko możliwość uznania za skuteczne powiadomienie wykonawcy, poprzez przesłanie mu tych informacji faksem lub na elektroniczną skrzynkę podawczą, gdyż jego zdaniem wg treści SIWZ winny być one przekazane wykonawcom tylko w formie pisemnej – listownej.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba stwierdza, że dla ważności przesłania informacji do wykonawcy nie ma żadnego znaczenia godzina nadania informacji, oraz to czy miało to miejsce w dniach wolnych od pracy. Rolą każdego uczestnika postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest takie zorganizowanie pracy odpowiednich jego służb, aby

przesyłane do niego informacje zostały niezwłocznie przekazane osobom uprawnionym do składania oświadczeń w imieniu tego podmiotu.

Nie jest również zasadne stanowisko tego wykonawcy iż o skuteczności przesłania informacji możemy mówić tylko wtedy, kiedy nastąpi potwierdzenie otrzymania przez adresata pisma. Rozumowanie, że skoro nie potwierdził, to nie otrzymał jest błędne. Brak potwierdzenia nie może stanowić o skuteczności doręczenia pisma. Odmienna interpretacja mogłaby sparaliżować pracę zamawiającego w sytuacji ignorowania przez wykonawców jego prośby o potwierdzanie otrzymania korespondencji.

Również stanowisko zgłaszającego przystąpienie co do możliwości skutecznego doręczenia informacji tylko poprzez zachowanie formy pisemnej nie może zostać uwzględnione. Działanie zasady pisemności w sytuacji wskazania przez zamawiającego formy pisemnej jako właściwej dla wymiany oświadczeń, wniosków i informacji oznacza tylko tyle, iż nie może on odmówić przyjęcia komunikatu przesłanego w formie pisemnej. Nie ma natomiast żadnego wpływu na sposób liczenia terminu do zgłoszenia przystąpienia zgodnie z art.185 ust.2 ustawy Pzp w przypadku zastosowania sposobu przesłania określonej informacji przez zmawiającego w formie faksowej czy elektronicznej.

Jednocześnie stwierdzić należy, że w przypadku przystąpienia do postępowania odwoławczego, ustawa nie przyjęła takiej samej zasady domniemania doręczenia, jak to ma miejsce w przypadku odwołania, o której mowa w przepisie art. 180 ust. 5 ustawy Pzp. Jednakże w takiej sytuacji braku uregulowania tej kwestii w ustawie Pzp należy dokonać jej oceny poprzez zastosowanie art. 14 ustawy Pzp., za pomocą przepisów ustawy kodeks cywilny,

Zgodnie z przepisem art.61§2 k.c. oświadczenie woli wyrażone w postaci elektronicznej jest złożone innej osobie z chwilą, gdy wprowadzono je do środka komunikacji elektronicznej w taki sposób, żeby osoba ta mogła zapoznać się z jego treścią.

Sąd Najwyższy w postanowieniu z 10 grudnia 2003r., V CZ 127/2003 (OSNC Nr 1 z 2005r„ poz. 12) stwierdził, że oświadczenie woli w postaci elektronicznej dokonywane ***on line*** zostaje złożone z chwilą jego przejścia do systemu informatycznego prowadzonego i kontrolowanego przez odbiorcę, to jest w momencie przyjęcia oświadczenia przez serwer odbiorcy i zarejestrowania na nim odpowiednich danych. Analogiczną zasadę należy stosować do przesłania informacji za pomocą faksu. Ponadto stwierdzić należy, że zamawiający nie może ponosić skutków braku prawidłowego funkcjonowania urządzeń transmisyjnych w siedzibie odwołującego, czy innego wykonawcy.

Tym samym Izba uznaje za zasadne uznanie zgłoszonych przystąpień ww. wykonawców oraz zgłoszonego przez wykonawcę Condite sprzeciwu, w tych okolicznościach faktycznych, za nieskuteczne.

Jednocześnie Izba uznała zgłoszone przez wykonawcę Eiffage sp. z o.o. w Kielcach przystąpienie oraz sprzeciw przeciwko uwzględnieniu zarzutów odwołania, za skuteczne i opierając się na treści przepisu art. 186 ust. 4 ustawy Pzp skierowała przedmiotowe odwołanie do rozpoznania na rozprawie.

Na wstępie wskazać należy, że pełnomocnik odwołującego cofnął zarzuty oznaczone w treści odwołania nr 6-8.

Odrzucenie oferty odwołującego nastąpiło – jak podał zamawiający w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty z powodu stwierdzenia dwóch niezgodności treści oferty z SIWZ: - po pierwsze, gdyż *„chłodnie do przechowywania ciał... - niezgodne z opisem brak informacji o możliwości zastosowania systemu wózkowego” i* po drugie z powodu *„brak zasilacza/zasilaczy awaryjnego spełniającego wymagania opisane w zał. Nr 5".*

Przystępujący – zgłaszający sprzeciw - wykonawca Eiffage w złożonym piśmie procesowym stwierdził, iż zamawiający sprzecznie z prawem uwzględnił odwołanie, bowiem oferta Konsorcjum podlegała odrzuceniu na podstawia art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych w zakresie co najmniej braku zaoferowania odpowiedniego zasilacza UPS. Przystępujący równocześnie do zakresu ograniczył dowodzenie niezgodności treści oferty z treścią SIWZ.

Ponadto stwierdził iż niezasadny jest zarzut odwołania iż przed podjęciem decyzji co do odrzucenia oferty odwołującego, zamawiający winien był najpierw wezwać odwołującego do

udzielenia zamawiającemu wyjaśnień co do treści oferty, w trybie przepisu art. 87 ust. 1 Pzp. Stwierdził iż wyjaśnienia w oparciu o art. 87 ust. 1 ustawy mogą jedynie dotyczyć treści oferty, a nie mogą prowadzić do jej zmiany. Natomiast w przedmiotowym stanie faktycznym, ewentualne wyjaśnienia musiałyby prowadzić do zmiany oświadczenia woli odwołującego w zakresie zaoferowania zasilaczy awaryjnych, niewskazanego w zestawieniu rzeczowo-ilościowym oferowanego sprzętu.
Ponadto stwierdził, że nie można czynić zamawiającemu zarzutu z powodu nieskorzystania z drogi wyjaśnień w sytuacji kiedy przepis art. 87 ust.1 Pzp nie ustanawia w tym zakresie obowiązku, ale daje tylko taką możliwość zamawiającemu.

Stwierdził również, że stanowisko Konsorcjum stwierdzające obowiązek zamawiającego poprawienia braku wskazania w zestawieniu rzeczowo - ilościowym rodzaju i ilości zasilaczy awaryjnych niezbędnych do zabezpieczenia pracy urządzeń aktywnych w oparciu o przepis art. 87 ust 2 pkt. 3 ustawy jest chybione. Dyspozycja tego przepisu stawowi bowiem wyjątek od reguły zakazu dokonywania zmian w treści oferty, jednakże wyjątek ten obwarowany jest ściśle określonymi w tym przepisie warunkami, których łączne spełnienie uprawnia do uznania, że omyłka mieści się w kategorii omyłek możliwych do poprawy. Istotna jest wiec możliwość poprawienia niezgodności treść oferty z treścią SIWZ przez samego zamawiającego na podstawie treści złożonej oferty.

Wskazał, że brak w ofercie oświadczenia o zaoferowaniu wymaganego zasilacza nie wskazanego w załączniku nr 3, nawet przy dołączeniu karty katalogowej do dokumentów oferty nie może być podstawą do zastosowania art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy, bowiem karta katalogowa nie jest dokumentem wykonawcy, ani jakimkolwiek oświadczeniem wskazującym na faktyczne zaoferowania wymaganych urządzeń. Tym bardziej, że wskazane na tej karcie katalogowej urządzenie nie spełnia obligatoryjnego wymogu posiadania funkcji zdalnego monitorowania **i** sterownia przez sieć IP. Dlatego też nie jest możliwe poprawienie przez zamawiającego oferty w zakresie ilości oferowanych urządzeń, bowiem dobór urządzenia i prawidłowe wyliczenia niezbędnych mocy musiałoby być dokonane przez samego zamawiającego, czego nie jest w stanie sam wykonać bez konsultacji z odwołującym.

Odwołujący stwierdził, że złożona oferta jest zgodna z treścią SIWZ, gdyż wobec treści dokumentów składających się na ofertę odwołującego, nie można mówić o niezgodności treści tej oferty z treścią SIWZ, a jedynie - co najwyżej - o wątpliwościach co do jej rzeczywistej treści w odniesieniu do ww. kwestii. Tym samym brak było podstaw do jej odrzucenia przez zamawiającego.

Odnosząc się do kwestii odrzucenia oferty z powodu nie zaoferowania w ofercie systemu wózkowego do transportu zwłok odwołujący stwierdził iż stanowisko zamawiającego w tym

zakresie było niezasadne, gdyż pod pojęciem *system wózkowy* należy rozumieć całość przyjętego rozwiązania transportu zwłok do komór chłodniczych, a więc chodzi tutaj zarówno o możliwość dowozu przy pomocy wózków zwłok pod komory chłodnicze, jak i system rolkowy, w który wyposażone są komory chłodnicze. Na potwierdzenie tego, jego zdaniem, wskazują załączone do specyfikacji technicznej karty katalogowe komór chłodniczych z których wynika, że oferowane komory chłodnicze pracują w wymaganym przez zamawiającego systemie wózkowym.

Wobec powyższego podniósł, że jeśli zamawiający miał w tym przypadku wątpliwości, winien wyjaśnić - potwierdzić zgodność oferowanego przedmiotu zamówienia z opisem Tym samym winien był wystąpić do wykonawcy z wnioskiem o wskazanym w SIWZ. udzielenie wyjaśnień w trybie art. 87 ust 1 Pzp. Udzielone wyjaśnienia w sposób niewątpliwy rozwiałyby wątpliwości zamawiającego w tym zakresie. Dlatego też w takiej sytuacji odrzucenie oferty wykonawcy uznał za niedopuszczalne.

W tym zakresie Izba uznaje stanowisko odwołującego za zasadne. Po pierwsze wymieniona podstawa odrzucenia oferty z powodu nie zaoferowania systemu wózkowego do przewozu ciał do chłodni nie znalazła potwierdzenia w dokumentacji postępowania, a po drugie przystępujący wnoszący sprzeciw nie przedstawił żadnych argumentów czy dowodów negujących twierdzenia odwołującego w tym zakresie. Nadto w piśmie procesowym stwierdził iż uwzględniając treść kart katalogowych można by uznać za wiarygodna, argumentację Konsorcjum co do zastosowania systemu wózkowego dla chłodni do przechowywania ciał. Tym samym zgodnie z treścią art. 190 ust.5 ustawy Pzp biorąc pod uwagę stanowisko zamawiającego o zasadności tego zarzutu jak nie zanegowaniu tego faktu przez przystępującego, Izba uznaje iż w zakresie opisanym w odwołaniu zarzut ten

znalazł potwierdzenie.

Odnosząc się do kwestii potrzeby zastosowania trybu wyjaśniania treści oferty przed jej ewentualnym odrzuceniem, zdaniem Izby wskazać należy, że zamawiający, u którego zrodziły się jakiekolwiek wątpliwości co do treści oferty jest wprost zobowiązany (ze względu na regułę należytej staranności), a nie tylko uprawniony, do żądania wyjaśnień od wykonawcy. Korzystając z tego prawa zamawiający nie może zaniechać pewnych czynności w wyniku których możliwe będzie ustalenie, że złożona oferta jest zgodna lub niezgodna z SIWZ, dlatego też nie może pozostawiać żadnych elementów treści oferty do końca niewyjaśnionych. Jedynie merytoryczna ocena oferty i stwierdzenie, że w tym merytorycznym zakresie treść oferty nie odpowiada treści SIWZ może doprowadzić do jej odrzucenia. Zamawiający nie może rezygnować z wyjaśnienia budzących jego wątpliwości części treści oferty z góry zakładając, iż nic nie wniosą do dokonanej przez niego oceny, bądź na pewno zmienią one jej treść. Zamawiający nie zwracając się o wyjaśnienia i

odrzucając ofertę wykonawcy winien, przeprowadzić dowód i wykazać że udzielenie wyjaśnień w danym stanie faktycznym było zbędne.

Z utrwalonej linii orzeczniczej KIO wynika, że zamawiający jest zobowiązany do wystąpienia z żądaniem o złożenie wyjaśnień przez wykonawcę w sytuacji, kiedy występujące u niego niejasności co do treści oferty mogą skutkować jej odrzuceniem z powodu niezgodności z SIWZ (podobnie wyroki KIO o sygn. akt KIO/UZP 1443/09; KIO/UZP 117/10; KIO/UZP 992/09; KIO 10/10; KIO 609/10; KIO 465/10; KIO 2145/10; KIO 2315/10; KIO 1013/11; KIO 254/12).

Odnosząc się do kwestii zaoferowania lub nie w ofercie wymaganej ilości zasilaczy UPS wskazać należy, że przystępujący swoją argumentacje oparł na fakcie, że brak wpisania zasilacza w zestawieniu ilościowo rzeczowym (załącznik nr 3 do SIWZ) przesądza o braku jego zaoferowania.

Jednakże stanowisku odwołującego w tym zakresie nie można przypisać konsekwencji, gdyż wskazuje ponadto, że gdyby opierać się na załączonych kartach katalogowych to należałoby stwierdzić, że odwołujące się Konsorcjum zaoferowało jeden zasilacz ARES 3000 RACK. Jednakże w takiej sytuacji podnosi zarzut iż zaoferowany zasilacza UPS nie posiada funkcji zdalnego monitorowania i sterownia przez sieć IP, a ponadto nie został wyposażony w akumulatory, które nie są jego częścią składową a odrębnymi urządzeniami, co do których nie załączono żadnych dokumentów mających świadczyć o ich zaoferowaniu. Ponadto zarzucił, że zaoferowany tylko jeden zasilacz nie jest. w stanie zabezpieczyć pracy wymaganych w pkt. IV załącznika nr 5 urządzeń /przełączników/, w razie zaniku zasilania z sieci energetycznej.

Na potwierdzenie zasadności prezentowanego stanowiska w tej sprawie przedłożył dowód z dokumentu prywatnego nazwanego Opinią techniczną sporządzoną przez Federacje Stowarzyszeń Naukowo- Technicznych w Kielcach.

Izba odnosząc się do stanowiska przystępującego w tym zakresie stwierdza, że brak jest możliwości uznania, że opinia ta została sporządzona przy pełnej znajomości treści oferty odwołującego, gdyż:

- po pierwsze: nie podaje jakiegokolwiek dowodu iż zaoferowany zasilacz nie posiada funkcji możliwości zdalnego monitorowania i sterowania poprzez sieć IP. W tym zakresie odwołujący wskazał iż takie możliwości istnieją.
- po drugie: nie jest prawda iż w ofercie nie zaoferowano akumulatorów do zaoferowanego zasilacza, tym samym pozbawiając go jakichkolwiek funkcji użytkowych. Z analizy treści oferty wynika, że odwołujący nie zaoferował jak to oczekuje przystępujący akumulatorów, ale zaoferował moduł bateryjny serii ARES RACK kompatybilny z zaoferowanym zasilaczem UPS.
- po trzecie: nie można przyjąć za udowodnione, że oferowane w ofercie przełączniki Juniper

EX 4200- 48PX potrzebują do zasilenia 930 W mocy, gdyż dla wielkości zapotrzebowania mocy został wykazany przełącznik o innym modelu tj. Juniper EX 4200- 48P, a nie „PX”.

Dlatego tez zarzut co do zaoferowania niewłaściwego zasilacza UPS nie został przez zgłaszającego sprzeciw udowodniony.

Niewątpliwie stwierdzić należy, iż brak wykazania oferowanego zasilacza w zestawie ilościowo – rzeczowym sprzętu nie jest rozwiązaniem prawidłowym, ale nie należy pomijać faktu, że w dokumentach oferty zostały załączone przez odwołującego karty katalogowe zarówno zasilacza jak i modułu bateryjnego. Tym samy złożenie tych dokumentów w ofercie, składanej w celu uzyskania zamówienia nie może być pominięte.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 87 ust.2 pkt 3 Pzp poprzez zaniechanie poprawienia w ofercie odwołującego omyłki polegającej na braku wpisania do załącznika nr 3 dot. zestawienia rzeczowo – ilościowego, zasilacza wskazanego w karcie katalogowej Izba nie stwierdza naruszenia tego przepisu przez zamawiającego, gdyż w sytuacji ustalenia ryczałtowego wynagrodzenia za przedmiot zamówienia, fakt wpisania tego zasilacza nie ma żadnego wpływu na zaoferowana cenę oferty. Tym samym samo dopisanie tego zasilacza do wykazu sprzętu w sytuacji kiedy nie ma on na obecnym etapie, żadnego wpływu na treść oferty należy uznać za nieuzasadnione.

Ponadto zwrócić należy uwagę na kwestię, że postępowanie dotyczy wykonania przedmiotu zamówienia w formule „Zaprojektuj i Wybuduj". Wskazać należy, że formuła „zaprojektuj i wybuduj" znajduje zastosowanie, gdy zamawiający nie dysponuje szczegółowymi opracowaniami koncepcyjnymi odnoszącymi się do planowanej inwestycji. W systemie „zaprojektuj i wybuduj" na zlecenie zamawiającego opracowany jest jedynie wstępny projekt inwestycji, na podstawie którego zamawiający opracowuje dokumentację o udzielenie zamówienia. Następnie w wyniku tego postępowania wyłaniany jest wykonawca zamówienia, który: sporządza projekt budowlany, uzyskuje pozwolenie na budowę a późnej realizuje roboty według wykonanego przez siebie projektu.
Skutkuje to po stronie wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia szczególnymi trudnościami związanymi z opracowaniem oferty na wykonanie zamówienia. Oferta ta bowiem nie jest sporządzana na podstawie kompletnej dokumentacji projektowej dostarczonej przez zamawiającego, ale wyłącznie na podstawie ogólnej koncepcji zawartej w programie funkcjonalno-użytkowym.

Dlatego też szczególnie istotną jest kwestia wykazania przez wykonawcę przyjęcia do realizacji rozwiązań zamawiającego wraz z użyciem odpowiednich urządzeń, oraz dokonania takiej wyceny zamówienia, aby w razie powstania konieczności dodatkowego sfinansowania wstępnie nie ujętych zadań, wykonawca był w stanie je sfinansować.

Analizując zarówno treść Ogłoszenia o zamówieniu, jak i SIWZ stwierdzić należy, że zamawiający zdawał sobie sprawę z możliwości nie ujęcia zarówno we wstępnym projekcie

inwestycji, a także w ofertach wykonawców wszystkich kosztów zamówienia, gdyż w opisie przedmiotu zamówienia w pkt II.1.5 treści Ogłoszenia stwierdził iż „Wykonawca *jest zobowiązany wykonać wszystkie także nieujęte w opisie przedmiotu zamówienia prace, które są niezbędne do prawidłowego i zgodnego z przeznaczeniem, funkcjonowania obiektu będącego przedmiotem zamówienia oraz wymagane obowiązującymi w tym zakresie prawa przepisami".*

Tym samym ryzyko, jakie wynika z braku pełnych danych do oszacowania ceny oferty, wykonawcy muszą uwzględnić w cenie ryczałtowej, która w konsekwencji musi zawierać niezbędną rezerwę finansową na wykonanie dodatkowych robót, których nie oszacowano na etapie procedury przetargowej. Stwierdzić należy obiektywnie, iż nie jest możliwe przed wykonaniem dokumentacji projektowej przedmiotu zamówienia, ujęcia w ofercie wszystkich rozwiązań technicznych i technologicznych których spełnienie pozwoli na prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia, gdyż te zostaną dopiero szczegółowo ustalone w projekcie wykonawczym.

Za zasadne Izba uznaje stanowisko odwołującego, że zamawiający nie wymagał, aby na etapie składania ofert wykonawca podał ilość i moc zasilaczy, natomiast niewątpliwe jest że odwołujący wskazał iż zasilacz wskazany w karcie katalogowej zaoferuje.

Biorąc pod uwagę powyższe stwierdzić należy, że na obecnym etapie brak jest obiektywnych przesłanek do uznania, że odwołujący złożył ofertę niezgodną z treścią SIWZ.

Odnosząc się do zarzutu oznaczonego nr 2 dotyczącego nieodrzucenia oferty Condite pomimo iż nie odpowiada treści SIWZ, to stwierdzić należy, że w przypadku wniesienia sprzeciwu od uwzględnienia zarzutów odwołania zgodnie z treścią art. 186 ust.4 ustawy Pzp Izba rozpatruje odwołanie. Biorąc to pod uwagę zakładać należy że wraz z wniesieniem sprzeciwu wykonawca wnoszący go, z zasady winien negować stanowisko zamawiającego w tym zakresie. Jednakże w przedmiotowej sytuacji przystępujący w zakresie tego zarzutu

wskazał do protokołu rozprawy, iż uwzględnienie przez zamawiającego zarzutu odwołania, co do zasadności odrzucenia oferty wykonawcy Condite jest zgodne z jego interesem i w tym zakresie nie oponuje przeciwko jego uwzględnieniu. Tym samym przyznanie zasadność uwzględnienia odwołania w tym zakresie przez przystępującego wnoszącego sprzeciw należy ocenić jako przyznanie racji odwołującemu i nie wymaga prowadzenia w tym zakresie dalszego postępowania dowodowego.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, co miało miejsce w przedmiotowym postępowaniu.

Izba postanowiła jak w sentencji, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust. 2 i 192 ust. 2 i 3 pkt.1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 186 ust. 6 pkt 3 lit. b ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. Nr 41 poz. 238).

Izba zasądziła od wnoszącego sprzeciw na rzecz odwołującego równowartość kwoty wpisu w wysokości 20.000,00 zł oraz uwzględniła koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w wysokości 3.600,00 zł, na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy, stosownie do brzmienia § 5 ust. 2 pkt 2 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b przywoływanego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r.

Przewodniczący: ……..…

Członkowie: ……..

……....