

Sygn. akt: KIO 2687/12

WYROK
z dnia 18 grudnia 2012r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kawa

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 grudnia 2012r. w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 grudnia 2012r. przez wykonawcę CONTROL PROCESS S.A., ul. Obrońców Modlina 16, 30-733 Kraków w postępowaniu prowadzonym przez Zakłady Zagospodarowania Odpadów Sp. z o.o., ul. Bohaterów Getta 9-11, 68-200 Żary

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia:
(1) Eggersmann Anlagenbau Kompoferm GmbH (pełnomocnik wykonawców),
(2) Eggersmann Anlagenbau GmbH&Co.KG, adres dla pełnomocnika: Max Planck Str. 15, 33428 Marienfeld, Niemcy zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża odwołującego CONTROL PROCESS S.A., ul. Obrońców Modlina 16, 30-733 Kraków

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000,00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych) uiszczoną przez CONTROL PROCESS S.A., ul. Obrońców Modlina 16, 30-733 Kraków, tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od CONTROL PROCESS S.A., ul. Obrońców Modlina 16, 30-733 Kraków, na rzecz Zakładów Zagospodarowania Odpadów Sp. z o.o., ul. Bohaterów Getta 9-11, 68-200 Żary, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu 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 **Zielonej Górze**.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zakład Zagospodarowania Odpadów Spółka z o.o. ul. Bohaterów Getta 9-11 68-200 Żary, zwany dalej „Zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. Projektowanie i budowa Zakładu Zagospodarowania Odpadów Marszów, Gmina Żary (rev.3)

W dniu 26 listopada 2012 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców występujących wspólnie Konsorcjum Eggersman tj. Eggersmann Anlagenbau Kompoferm GmbH, Max-Plank-Strasse 15, 33428 Marienfield Niemcy oraz oraz Eggersmann Anlagenbau GmbH Max-Plank-Strasse 15, 33428 Marienfield Niemcy. W tym samym dniu Zamawiający poinformował o odrzuceniu ofert 5 wykonawców, w tym wykonawcy Control Process S.A. ul. Obrońców Modlina 16 30-733 Kraków, zwany dlaej „Odwołującym” który to wykonawca w dniu 6 grudnia złożył odwołanie od takiej czynności Zamawiającego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

We wniesionym odwołaniu zarzucił Zamawiającemu podjęcie sprzecznych z prawem czynności polegających na:

- niezgodnym z obowiązującymi przepisami badaniu i ocenie ofert złożonych w postępowaniu a w konsekwencji uznaniu, iż treść oferty Odwołującego nie odpowiada treści SIWZ
- dokonaniu wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Konsorcjum Eggersmann podlegającego wykluczeniu z postępowania z powodu niepotwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz podania w ofercie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania
- bezpodstawnym odrzuceniem oferty Odwołującego
- zaniechaniu wykluczenia wykonawcy - Konsorcjum Eggersmann
- zaniechaniu poprawienia w ofercie Odwołującego omyłki niepowodującej istotnych zmian w treści oferty.

Podnosząc powyższe zarzuty wskazał na naruszenie przez Zamawiającego art. 7 , art. 24 ust. 2 pkt. 3 i 4, art. 89 ust. 1 pkt. 2 w zw. z art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych

W zakresie zarzutu dotyczącego odrzucenia jego oferty podniósł iż za podstawę prawną odrzucenia oferty Odwołującego, Zamawiający wskazał art. 89 ust. 1 pkt. 2 pzp zaś jako podstawę faktyczną swej decyzji niewypełnienie przez Odwołującego Załącznika nr. 1 A do formularza ofertowego w części dotyczącej Procentu Wartości Zatwierdzonej Kwoty Kontraktowej. W ocenie Zamawiającego załącznik nr 1a nie jest dokumentem podlegającym

uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Zamawiający uznał również, iż wezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art., 87 ust. 1 pzp nie było możliwe gdyż nie jest możliwe dokonywanie zmian w treści oferty, a uzupełnienie brakującej treści w załączniku nr. 1 A stanowiłoby taką niedopuszczalną zmianę treści oferty.

Podniósł, że zgodnie z dyspozycją art. 89 ust. 1 pkt. 2 Zamawiający odrzuca ofertę jeśli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3. W ocenie Odwołującego oświadczenie w przedmiocie Procentu Wartości Zatwierdzonej Kwoty Kontraktowej nie mieści się w kategorii oświadczenia o zaspokojeniu potrzeb i wymagań Zamawiającego oraz nie charakteryzuje świadczenia zaoferowanego przez Odwołującego. Nie odnosi się również do cech, właściwości i funkcjonalności oferowanego przedmiotu, które decydują o jego zgodności ze SIWZ. Zatem, w ocenie Odwołującego, nie stanowią treści oferty w rozumieniu przepisu art. 89. ust. 1 pkt. 2 Pzp. .

Podał, że nawet gdyby uznać, iż oświadczenie przedmiocie Procentu Wartości Zatwierdzonej Kwoty Kontraktowej stanowi treść oferty, to jego przypadkowe i całkowicie niezawinione opuszczenie w treści załącznika nr 1a wypełnia definicję omyłki, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty, którą zgodnie z dyspozycją art. 87 ust. 2 pkt. 3 Pzp Zamawiający zobowiązany był poprawić nawet bez konieczności wzywania Odwołującego do wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 Pzp.

Stwierdził, że niezrozumiałe i niezasadne jest twierdzenie Zamawiającego zawarte w uzasadnieniu faktycznym odrzucenia oferty odwołującego jakoby procent Kwoty Kontraktowej wskazany w Załączniku 1a był „niezbędny Zamawiającemu do oszacowania jaka suma w danym czasie podczas realizacji zamówienia będzie mu niezbędna aby zachować wypłacalność zadania”.

Wskazał, że Zamawiający w oparciu o rozbięcie Zatwierdzonej Kwoty Kontraktowej zawarte w Formularzu Ofertowym mógł i powinien był obliczyć Procent Wartości Zatwierdzonej Kwoty Kontraktowej oraz zamieścić go w Załączniku nr 1 a zgodnie z dyspozycją art. 87 ust.2 pkt. 3 ustawy pzp.

W zakresie zarzutu drugiego dotyczącego niezgodnego z obowiązującymi przepisami wyboru oferty najkorzystniejszej oraz zaniechania wykluczenia wykonawcy Konsorcjum Eggersman. Podniósł, że po zapoznaniu się z treścią oferty Konsorcjum Eggersmann stwierdził, iż wykonawca ten nie potwierdził spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia oraz złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania. Tym samym Zamawiający zobowiązany był wykluczyć tego wykonawcę z udziału w postępowaniu czego zaniechał. W tym zakresie Odwołujący powyższy zarzut podzielił na trzy części, odpowiadające stwierdzonym nieprawidłowościom w ofercie:

- w pierwszej kwestii dotyczącej braku doświadczenia w realizacji kompostowni wskazał, że zgodnie z treścią ogłoszenia o zamówieniu Sekcja III pkt. III.2.3 tiret i wykonawca powinien

posiadać wiedzę i doświadczenie w zakresie odpowiadającym przedmiotowi zamówienia, a w szczególności winien spełniać następujący warunek *„wykonał w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie co najmniej jedno zamówienie polegające na zaprojektowaniu i zbudowaniu instalacji intensywnej stabilizacji tlenowej biofrakcji wydzielonej z odpadów komunalnych zmieszanych i/lub zbieranych selektywnie i/lub odpadów poprocesowych po stabilizacji beztlenowej o przepustowości nie mniejszej niż 18.000 Mg/rok w technologii komorowej zamkniętej z automatycznym załadunkiem, systemem napowietrzania wsadu i oczyszczania powietrza odlotowego w biofiltrze”*

W celu spełnienia wyżej wymienionego warunku wykonawca Konsorcjum Eggersman w załączniku nr 4 pt. Oświadczenie wykonawcy o wykazie wykonanych robót budowlanych dla przetargu nieograniczonego przedstawił projekt rozbudowy kompostowni Gutersloh, podając w kolumnie przedmiot robót budowlanych wraz z jej krótkim opisem informację „(...) o przepustowości 30.000 Mg/rok (...)”.

Z ogólnie dostępnych informacji, m.in. znajdujących się na stronie internetowej Inwestora wynika, że kompostownia w Gutersloh powstała w roku 1992, następnie została rozbudowana w roku 1996 (do pojemności 22.500 Mg/rok). Kolejna rozbudowa nastąpiła w roku 1997, do pojemności 52.000 Mg/rok). Następnie w roku 2011 wykonawca Konsorcjum Eggersman dokonał rozbudowy kompostowni do pojemności 65.000 Mg/rok. Wykonawca Konsorcjum Eggersman wykonał więc w wymaganym przepisami prawa 5 letnim okresie, zamówienie polegające na rozbudowie kompostowni w Gutersloh o pojemność 13.000 Mg/rok co, w ocenie Odwołującego, nie potwierdza spełnienia warunku *„(...) o przepustowości nie mniejszej niż 18.000 Mg/rok (...)”* i w konsekwencji winien zostać wykluczony z przedmiotowego postępowania.

- w zakresie dotyczącym braku posiadania doświadczenia w realizacji linii sortowniczej podniósł, że w celu spełnienia wyżej wymienionego warunku wykonawca Eggersman przedstawił projekt wykonania zakładu mechaniczno-biologicznego przetwarzania odpadów w Varna / Bułgaria. Natomiast z informacji otrzymanych od firmy Ecoinvest Assets Inwestora powyższego projektu dotyczących zakresu robót wykonanych w ramach tej inwestycji przez firmę Eggersman wynika, że spółka ta nie była wykonawcą całego zakładu i nie wybudowała instalacji do segregacji manualno-mechanicznej odpadów komunalnych

- w zakresie zarzutu dotyczący doświadczenia w realizacji składowiska odpadów, podniósł, że z godnie z treścią ogłoszenia o zamówieniu Sekcja III pkt. III.2.3. wykonawca powinien posiadać wiedzę i doświadczenie w zakresie odpowiadającym przedmiotowi zamówienia a w szczególności musi spełniać następujący warunek „ wykonał co najmniej jedno zamówienie polegające na zaprojektowaniu i zbudowaniu kwatery składowej odpadów innych niż niebezpieczne i obojętne o powierzchni minimum 2 ha z systemem uszczelnienia

naturalnego i uzupełniającej izolacji syntetycznej oraz systemem drenażu odcieków"; Wykonawca Konsorcjum Eggersmann dla potwierdzenia spełnienia tego warunku skorzystał z wiedzy i doświadczenia przedsiębiorcy G..... O..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą ABG G..... O..... W ocenie Odwołującego oświadczenie Konsorcjum Eggersmann w zakresie doświadczenia G..... O..... jest nieprawdziwe. Podmiot ów nie wykonywał w całości zakresu zamówienia wskazanego w załączniku nr 4, był jedynie podwykonawcą konsorcjum, w skład którego wchodził podmiot wystawiający referencje tj. CTL Mecki-Bór S.A. i wykonał jedynie część prac wskazanych w załączniku nr 4.

Wykonawca, który złożył nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania winien zostać zeń wykluczony bez wzywania do uzupełnienia dokumentów, a tego obowiązku Zamawiający zaniechał.

Odwołujący na rozprawie złożył wniosek o powołanie biegłego specjalistę z inżynierii ochrony środowiska na okoliczność ustalenia czy zakład-kompostownia w Gutersloh posiada linię sortowniczą do sortowania odpadów.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie, oprócz przywołania dużej liczby orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej z których to wybrane przez Zamawiającego tezy mają uzasadniać prawidłowość jego postępowania w sprawie, wniósł o oddalenie odwołania uznając go w pełni niezasadnym. Wskazał między innymi, że w załączniku nr 1A zamieszczono następujące polecenie dla wykonawców: „Wykonawcy są proszeni o wypełnienie pustych rubryk w niniejszym Załączniku do Oferty”. W załączniku nr 1A znajduje się tabela w której w kolejnych kolumnach przedstawiono podział całego zamówienia na pięć odcinków tj. czasu realizacji (w dniach) przewidzianych na wykonanie poszczególnych odcinków, a także poziomu kar umownych (w procentach) za opóźnienie w wykonaniu każdego z odcinków. Ponadto z przypisu zamieszczonego przy opisie drugiej kolumny tabeli wynika, że dane zawarte w tabeli mają znaczenie przy wypłacaniu zabezpieczenia należytego wykonania robót. Zadaniem wykonawców było wypełnienie drugiej kolumny „Procent wartości Zatwierdzonej Kwoty Kontraktowej”.

Prawidłowe wypełnienie opisywanej tabeli zawartej w załączniku nr 1A miało umożliwić także określenie wartości poszczególnych odcinków (etapów) zamówienia. Określenie wartości następowaloby poprzez przemnożenie Zatwierdzonej Kwoty Kontraktowej (ceny ofertowej) ze stawką procentową podaną przez Wykonawcę w załączniku nr 1A. Tak ustalona wartość odcinka (etapu) pozwalałaby na ustalenie wysokości kar umownych za opóźnienie w realizacji danego odcinka zamówienia, a ponadto stawka procentowa określona przez wykonawcę w załączniku 1a pozwoli na ustaleniu, jaką część zabezpieczenia należytego wykonania umowy, powinien zwolnić Zamawiający dla wykonawcy po wykonaniu danego odcinka –etapu przedmiotu zamówienia.

Wobec powyższego stwierdził, że niewypełnienie części załącznika nr 1A powoduje, że załącznik ten (a zarazem cała oferta) jest niewątpliwie niekompletna. Ponadto stwierdził, że nawet gdyby przyjąć iż niewypełnienie części załącznika nr 1a jest wynikiem omyłki Odwołującego, to Zamawiający nie był w stanie poprawić tej omyłki bez czynnego udziału w tej czynności Odwołującego, co jest niedopuszczalne gdyż prowadziłoby to do negocjacji z wykonawcą.

W zakresie drugiego zarzutu podniósł iż wykonawca Konsorcjum Eggersmann potwierdziło spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia oraz złożyło informacje które pozwoliły na dokonanie wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej. Nadto podniósł, że po złożeniu odwołania w tej sprawie dokonał ponownej analizy spełniania przez ww. wykonawcę warunków udziału w postępowaniu i dokonane ustalenia w trakcie wizytacji zakładu w Gutersloh oraz otrzymaniu pism w przedmiotowej sprawie od władz powiatu Gutersloh Zamawiający jest pewny, że dokonał prawidłowej oceny oferty Przystępującego.

Przystępujący w złożonym piśmie procesowym poparł stanowisko prezentowane przez Zamawiającego i wniósł oddalenie odwołania. Ponadto podniósł za Zamawiającym zarzut braku występowania po stronie Odwołującego interesu w kwestionowaniu oferty Przystępującego. Stwierdził, że niewątpliwie jest, że oferta Odwołującego jest najkorzystniejsza wg przyjętego w SIWZ kryterium oceny ofert i gdyby nie zaistnienie przesłanek do jej odrzucenia, byłaby uznana za ofertę najkorzystniejszą w postępowaniu.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron i uczestnika postępowania zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy ustaliła i zaważyła co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie

Na wstępie Odwołujący podniósł zarzut braku właściwego pełnomocnictwa dla pełnomocnika Przystępującego. Wystawione w dniu 6 grudnia 2012 roku pełnomocnictwo opiewa na uprawnienie do złożenia przystąpienia do postępowania odwoławczego do Krajowej Izby Odwoławczej, a nie do Prezesa KIO, jak to wynika z ustawy Pzp.

Izba postanowiła oddalić wniosek pełnomocnika, treść pełnomocnictwa należy tłumaczyć zgodnie z ogólnymi regułami wykładni określonymi w dyspozycji art. 65 § 1 kodeksu cywilnego, mając na uwadze okoliczności i kontekst sytuacyjny w jakich pełnomocnictwo zostało udzielone. Biorąc powyższe pod uwagę, Izba stwierdziła, że pomimo iż z literalnej wykładni pełnomocnictwa wynika, że upoważnia ono m.in. do wnoszenia odwołań do Krajowej Izby Odwoławczej, to jednak, biorąc pod uwagę okoliczności udzielenia pełnomocnictwa, wolą mocodawcy było udzielenie pełnomocnictwa do podejmowania

wszelkich czynności związanych z uczestnictwem w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Podobne stanowisko dotyczące treści pełnomocnictwa zajęła Izba w wyroku z dnia 29 kwietnia 2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 590/10, a także w wyroku o sygn. KIO 2287/10.

Izba ponadto ustaliła, że Odwołujący wykazał posiadanie interesu odnośnie wniesienia odwołania w zakresie zarzutu dotyczącego odrzucenia jego oferty, gdyż uwzględnienie odwołania umożliwiłoby mu uznanie złożonej przez niego oferty jako najkorzystniejszej spośród ofert złożonym w tym postępowaniu.

Strony nie podniosły zarzutu co do braku występowania po stronie Przystępującego interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony do której zgłosił Przystąpienie.

Odnosząc się do zarzut zarówno Zamawiającego jak i Przystępującego podniesionego w pismach procesowych złożonych na rozprawie, a dotyczącego braku posiadania przez Odwołującego interesu w rozumieniu art. 179 ust.1 ustawy Pzp w kwestionowaniu wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej podnieśli, że gdyby oferta Odwołującego nie została odrzucona to zostałaby uznana za najkorzystniejszą w postępowania, wg. przyjętego w SIWZ kryterium oceny ofert – waga 100% cena. Tym samym oferta Przystępującego w żaden sposób nie zagraża ofercie Odwołującego. Oferta Przystępującego jest droższa od oferty Odwołującego o kwotę ponad pięciu milionów złotych .

Dokonując analizy tego zarzutu stwierdzić należy, że Krajowa Izba Odwoławcza z urzędu w każdym rozpatrywanym przypadku zobowiązana jest do badania przesłanek wskazanych w art. 179 ust. 1 PZP, tj. interesu w uzyskaniu danego zamówieni oraz poniesienia lub możliwości poniesienia szkody na skutek naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy PZP. Przesłanki z art. 179 ust.1 Pzp to przesłanki materialno -prawne, co oznacza, iż odwołanie w przypadku jej braku lub nieudowodnienia podlega oddaleniu z uwagi na brak legitymacji do jego wniesienia, niezależnie od zasadności podnoszonych w odwołaniu zarzutów.

Wskazać należy, że przepis art. 179 ustawy Pzp statuuje zasadę, iż środki ochrony prawnej przysługują tylko tym uczestnikom postępowania, którzy mają lub mieli interes w uzyskaniu zamówienia oraz ponieśli lub mogą ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy. /por. wyrok SO w Warszawie sygn. akt XXIII 666/11/.

Badanie przesłanek wskazanych w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp następuje na moment wniesienia odwołania, a zatem ustaleniu Izby podlega okoliczność, czy w dacie wniesienia odwołania Odwołujący ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz czy poniósł lub może ponieść szkodę wskutek naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Należy stwierdzić, że przesłanki wskazane w art. 179 ust. 1 Pzp umożliwiające rozpoznanie odwołania, co do istoty badane są w odniesieniu do zarzutów odwołania, a więc

zasadne jest badanie wystąpienia u Odwołującego spełnienia przesłanek z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp w odniesieniu do każdego z podniesionych zarzutów. Z przepisu art. 192 ust. 7 ustawy Pzp wynika, że Izba może orzekać tylko co do zarzutów podniesionych w odwołaniu, tak więc orzekanie nie może być utożsamiane tylko z merytorycznym rozpatrzeniem zarzutu, ale również konieczności zbadania czy dla jego podniesienia Odwołujący spełnia przesłanki z art. 179 ust. 1 Pzp.

Podobnie za wyrokiem KIO 1683/12 stwierdzić należy, że możliwość rozpatrzenia przez Izbę danego zarzutu należy odnosić do skutku jakiego oczekuje Odwołujący po jego uwzględnieniu, oraz wpływu uwzględnienia tego zarzutu na sytuację Odwołującego w uzyskaniu zamówienia.

Natomiast za wyrokiem KIO 947/12, stwierdzić należy że *„przepis art. 179 ust. 1 ustawy nie nawiązuje do interesu rozumianego jako dążenie do uzyskania stanu postępowania do ogólnej zgodności z prawem, ale do realizacji interesu konkretnego wykonawcy, w konkretnym postępowaniu polegającego na uzyskaniu stanu, w którym ten wykonawca będzie mógł uzyskać zamówienie”*. Tym samym Odwołujący wnosząc odwołanie winien dążyć do uzyskania zamówienia w tym postępowaniu i dlatego merytorycznemu rozstrzygnięciu przez Izbę winny podlegać tylko te zarzuty które naruszają w tym zakresie jego interes w uzyskaniu zamówienia. W przeciwnym razie ustawodawca nie posłużyłby się zwrotem „interes w uzyskaniu zamówienia” i nie warunkowałby możliwości wniesienia odwołania od szkody, jaką może wyrządzić działanie Zamawiającego naruszające przepisy ustawy.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt przedmiotowego postępowania stwierdzić należy, że dla możliwości wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej nie ma znaczenia, czy zarzuty dotyczące oferty Konsorcjum Eggersmann Anlagenbau są zasadne czy też nie. Oferta Odwołującego, że względu na ustalone w SIWZ kryteria ocen, gdyby nie została odrzucona, byłaby ofertą najkorzystniejszą w tym postępowaniu. Jest ofertą z najniższą ceną, przy ustalonym kryterium oceny ofert. Natomiast oferta Przystępującego byłaby zawsze w tym postępowaniu ofertą niżej sklasyfikowaną.

Ponadto Odwołujący nie wykazał, w jaki sposób pozostanie oferty Przystępującego w postępowaniu, może skutkować wyrządzeniem mu szkody, zagrażając jego pozycji, jako składającemu ofertę najkorzystniejszą. Za wyrokiem KIO o sygn. 2607/10 podnieść należy, że *„niezależnie bowiem od uznania bądź nieuznania zasadności podniesionego zarzutu, w okolicznościach sprawy, oferta (przyp. Odwołującego), jest najtańszą spośród złożonych w postępowaniu. Wszelkie zarzuty i wnioski kierowane w odniesieniu do ofert wykonawców, którzy złożyli oferty niżej ocenione -droższe, przy jedynym kryterium oceny ofert stanowiącym cenę, nie rzutują na sytuację wykonawcy wyżej ocenionego, w sposób który mógłby spowodować naruszenie lub zagrożenie jego interesu w uzyskaniu tego konkretnego*

zamówienia i skutkować poniesieniem lub możliwością poniesienia szkody. Odrzucenie bądź nie ofert innych wykonawców, których oferty okazały się droższe od oferty (...) pozostaje neutralne dla tego wykonawcy”.

Niezasadnym wydaje się również z zasady ekonomiki postępowania, aby Izba orzekała co do zarzutów które nie mają żadnego wpływu, na możliwość uzyskania danego zamówienia przez Odwołującego. Wyraz powyższej zasady dał ustawodawca w treści przepisu art. 192 ust.2 ustawy Pzp stwierdzając iż Izba może uwzględnić odwołanie jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy które miały lub mogły mieć istotny wpływ na wynik postępowania. W przedmiotowej sprawie rozstrzygnięcie co do zarzutu niewykluczenia Przystępującego z postępowania nie ma żadnego wpływu na wynik bytu jego oferty, a tym samym wpływu na wybór oferty najkorzystniejszej.

W zakresie zarzutu dotyczącego odrzucenia oferty Odwołującego Izba stwierdza, że po części należy uznać za zasadny zarzut co do braku wezwania Odwołującego co do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust.1 ustawy Pzp. Zgodnie z ugruntowaną linią orzecniczą Zamawiający, u którego zrodziły się jakiegokolwiek wątpliwości co do treści oferty jest wprost zobowiązany (ze względu na regułę należytej staranności), a nie tylko uprawniony, do żądania wyjaśnień. Ponadto należy podkreślić, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest postępowaniem wymagającym od każdego uczestnika postępowania profesjonalizmu. Profesjonalizm, którym winien się cechować Zamawiający to nie tylko znajomość przepisów prawa, ale również staranność na każdym etapie postępowania. Z profesjonalizmu oraz reguły staranności winna również wynikać umiejętność bezstronnej oceny każdej złożonej oferty. Ten obowiązek ma zastosowanie w szczególności kiedy zamawiający zamierza odrzucić ofertę wykonawcy, taki zamiar w sposób niewątpliwy wskazuje na wystąpienie wątpliwości, które nie mogą pozostać niewyjaśnione. Ponadto Zamawiający jako dysponent w postępowaniu środków publicznych winien wykazać szczególną dbałość o racjonalne i oszczędne ich wydatkowanie.

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 nie może pozostawić żadnych elementów treści oferty do końca niewyjaśnionych. Jedynie merytoryczna ocena oferty i stwierdzenie „że w tym merytorycznym zakresie nie odpowiada ona treści siwz może doprowadzić do jej odrzucenia. W tym celu Zamawiający winien dążyć do wyjaśnienia ewentualnej niezgodności oferty z treścią siwz wzywając wykonawcę do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust.1 ustawy.

Podkreślenia wymaga fakt, że złożenie przez wykonawcę wyjaśnień nie powoduje u Zamawiającego jakiegokolwiek bezpośredniego obowiązku poprawienia ewentualnych omyłek. W oparciu o te wyjaśnienia Zamawiający ocenia zarówno fakt wystąpienia omyłki oraz wpływ ewentualnej jej poprawy na treść oferty. Zgodnie z treścią przepisu art. 87 ust. 2

pkt 3 Pzp poprawy omyłek można dokonać tylko wtedy gdy zmiany w ofercie powstałe w wyniku jej poprawy nie spowodują istotnych zmian w treści oferty. a nie jak to stwierdził Zamawiający w informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej - iż nie wzywał wykonawców do złożenia wyjaśnień, „*ponieważ nie jest możliwe dokonywanie **jakichkolwiek** zmian w treści oferty*”. Takie stanowisko jest sprzeczne z treścią ww. przepisu ustawy Pzp.

Istotnym w kwestii wyjaśnień wykonawcy jest nie tylko wskazanie co do kierunku i sposobu poprawy omyłki, ale czy w wyniku tego wyjaśnienia ma miejsce negocjowanie oferty lub ukształtowanie oświadczenia wykonawcy w sposób na tyle odległy od treści poprawianej oferty, iż można rozważać powstanie nowego oświadczenia woli w zakresie złożonej oferty

Odnosząc się do meritum zarzutu odrzucenia oferty Odwołującego, stwierdzić należy, że poza sporem pomiędzy stronami jest fakt, że istniał obowiązek wykonawców wypełnienia w całości załącznika 1A formularza ofertowego, w tym również w zakresie procentu wartości zatwierdzonej kwoty kontraktowej.

Według ustaleń Izby zasadne jest stanowisko Zamawiającego, że wypełnienie tego załącznika w tym zakresie ma znaczenie dla możliwości podpisania i realizacji umowy o wykonanie zamówienia. Określenie tej kwoty przypisuje określoną wartość danemu odcinkowi realizacji przedmiotu zamówienia w zakresie możliwości procentowego naliczania kar umownych za opóźnienie w realizacji robót, jak również zwalniania dla wykonawcy w określonym procencie wniesionego zabezpieczenia prawidłowego wykonania zamówienia.

W zakresie podnoszonej przez Odwołującego kwestii, że Zamawiający niezależnie od braku wyjaśnień mógł samodzielnie dokonać uzupełnienia treści załącznika nr 1A w trybie poprawy omyłek o których mowa w przepisie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, Izba uznaje to stanowisko za niezasadne. Natomiast za zasadne uznano stanowisko Zamawiającego, że brak było możliwości aby sam Zamawiający w sposób prawidłowy dokonał zestawienia pozycji kosztorysowych w oparciu o które należało obliczyć procent wartości kontraktu danego odcinka. Nie jest prawdą jak twierdzi Odwołujący, że to uzupełnienie miało polegać na prostym przeniesieniu właściwych tematycznie i wartościowo danych z Załącznika nr 1 do formularza ofertowego – załącznika 1A.

Zamawiający zasadnie wykazał i wyjaśnił, że wyliczenia należało dokonywać w większości nie poprzez przyporządkowanie określonej wartości Załącznika nr 1 do Załącznika 1A, ale poprzez wydzielenie z niego określonych kwot- znanych tylko Odwołującemu, zsumowania ich i przeniesienia do podstawy wyliczenia Procentu Zatwierdzonej Kwoty Kontraktowej.

Jako przykład niezbędnych operacji dla dokonania poprawnych wyliczeń Zamawiający wskazał na np. odcinek 1 gdzie stwierdził, że do wliczenia kwot dla wyliczenia procentowego udziału tego odcinka robót w całości zamówienia „*nie jest tylko poz. 4.1.26. z załącznika 1 (jak twierdzi wykonawca) ponieważ nie wyczerpuje całości zadania tzn. zaprojektowania i uzyskania pozostałych wymaganych Kontraktem czynności tj. jak w pn. 1.2, 1.3, 1.4, 1.5, 2.*

Zamawiający nie jest w stanie w sposób jednoznaczny wyliczyć ile pieniędzy z pozycji zawartych w pn. 1. i 2. musi wydzielić żeby opłacić te wymienione czynności. Taka sama sytuacja jest w przypadku Odcinka nr II ,IV i V ”.

Tym samym zdaniem Izby stanowisko Odwołującego jakoby Zamawiający w oparciu o dane z formularza oferty stanowiącego załącznik nr 1 mógł i powinien wyliczyć Procent Wartości Zatwierdzonej kwoty Kontraktowej i zamieścić je w Załączniku nr 1 A są bezzasadne. Ponadto zdaniem Izby, aby dokonać wyliczeń kwot przypadających na dany odcinek realizacji przedmiotu zamówienia, niewątpliwie niezbędny byłby aktywny udział w tej czynności Odwołującego. To prowadziło do wprowadzenia formy negocjacji (np. jaką część kwoty z załącznika nr 1 zaliczyć do danego odcinka robót) pomiędzy Zamawiającym a Odwołującym, co z mocy przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp jest niedopuszczalne.

Na minus dla Zamawiającego, należy zaliczyć fakt iż nie zostały określone żadne ramy wielkości w których dana wyliczona kwota miałyby się zawierać. Tym samym wpisanie niemalże każdej wartości procentu kwoty kontraktowej nie powodowałoby negatywnej oceny oferty, co jednak nie niweluje w tym zakresie obowiązku wykonawców. Ponadto kwestia, że Az pięciu wykonawców nie dokonało wypełnienia tej części formularza 1A budzi wątpliwości Izby czy nie dokonanie wypełnienia ma charakter omyłki o której mowa w art. 87 ust.2 pkt 3 Pzp.

W zakresie drugiego zarzutu, dotyczącego zaniechania wykluczenia przez Zamawiającego z postępowania wykonawcy- konsorcjum Eggersmann Aniagenbau, Izba stwierdza, że wobec braku wykazania i udowodnienia legitymacji do jego wniesienia w zakresie, przesłanek z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, powyższy zarzut zostaje oddalony niezależnie od ewentualnej jego zasadności.

Ponadto dodatkowego wyjaśnienia wymaga postanowienie Izby, w kwestii nie dopuszczenia na etapie rozprawy wniosku Odwołującego o powołanie biegłego specjalisty z zakresu inżynierii ochrony środowiska na okoliczność, czy zakład-kompostownia Gutersloh posiada linię sortownicza do sortowania odpadów. Zgodnie z treścią przepisu art. 190 ust.4 Pzp *„Izba może powołać biegłego jeżeli ustalenie stanu faktycznego wymaga wiadomości specjalnych”*. Stwierdzić należy, że jednym ze środków dowodowych w postępowaniu o zamówienie publiczne, obok dowodu z zeznań świadków, dowodu z dokumentów, dowodu z przesłuchania stron jest dowód z opinii biegłego. Zasadniczą cechą wyróżniającą opinię biegłego spośród pozostałych środków dowodowych są zawarte w niej wiadomości specjalne, mające istotne znaczenie dla rozpoznawanej przez KIO sprawy. Opinia biegłego wyspecjalizowanego w konkretnej dziedzinie, rozstrzyga wątpliwości pojawiające się w toku postępowania celem prawidłowego ustalenia stanu faktycznego sprawy. Tak więc za powołaniem biegłego w postępowaniu powinny przemawiać racjonalne

argumenty. Nie ma podstawy do powołania biegłego w sytuacji kiedy dowód z opinii, może być z powodzeniem zastąpiony innym dowodem np. dowodem z dokumentu.

W przedmiotowej sprawie Odwołujący uzasadniając złożony wniosek podał, iż ustalony biegły winien udać się do Niemiec do zakładu kompostowni w miejscowości Gutersloh celem ustalenia czy w zakładzie znajduje się linia sortownicza do sortowania odpadów.

Zdaniem Izby brak było jakichkolwiek przeszkód, aby Odwołujący w tej sprawie wystąpił z zapytaniem do zakładu kompostowni w tej sprawie, bądź udał się na miejsce i jako profesjonalny wykonawca za zgodą kierownictwa kompostowni, samodzielnie dokonał ustaleń w tym zakresie.

Zdaniem Izby niedopuszczalne jest powoływanie biegłego w celu sanowania braku dowodu, który strona winna była przedstawić na rozprawie przed KIO celem udowodnienia zasadności stawianego zarzutu. Wnioskowanie o dowód z opinii biegłego w takiej sytuacji zostało ocenione przez Izbę jako próbę działania na zwłokę w zakończeniu postępowania odwoławczego. Zgodnie z wynikającą z art. 190 ust 1 ustawy Pzp zasadą kontradyktoryjności oraz zasady z art. 6 kc na strony został nałożony obowiązek dbania o swoje interesy. Jeśli Odwołujący, wskazanych w uzasadnieniu odrzucenia jego oferty faktów nie przyznaje, ma obowiązek udowodnienia okoliczności niweczących prawo Zamawiającego w tym zakresie. Ciężar udowodnienia zarzutów rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony postępowania obowiązkiem przekonania Izby dowodami o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami poniesienia realizacji tego obowiązku lub jego nieskuteczności.

Odnosząc się do motywów przedmiotowego orzeczenia Izby w tej sprawie, a w szczególności nieuwzględnienia zarzutu dotyczącego odrzucenia oferty Odwołującego oraz stwierdzonych uchybień Zamawiającego co do zaniechania wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 Pzp, stwierdzić należy, że 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 o udzielenie zamówienia, co – ze wskazanych wyżej względów – nie miało miejsce w analizowanej sprawie. Samo stwierdzenie naruszenia przepisów ustawy nie oznacza iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie. Konieczne jest również ustalenie wpływu tego naruszenia na wynik postępowania.

Tylko „istotność wpływu” naruszenia przepisów ustawy Pzp na postępowanie o udzielenie zamówienia, daje Izbie możliwość uwzględnienia odwołania, to oznacza, że istotność wpływu należy oceniać przez pryzmat doniosłości, ważności i skutków dokonanych naruszeń, po przekroczeniu których zachowania stron postępowania o zamówienie publiczne, nie dadzą się pogodzić z przepisami prawa oraz zasadami prawa zamówień publicznych.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1a i b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku 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).

Przewodniczący