Sygn. akt: KIO 699/15

WYROK
z dnia 22 kwietnia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Daniel Konicz
Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 kwietnia 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 kwietnia 2015 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – TOR-KAR-SSON sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Warszawie, JP Contracting.pl sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Miasto Stołeczne Warszawa reprezentowane przez Zarząd Transportu Miejskiego w imieniu i na rzecz którego działa Metro Warszawskie sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, przy udziale wykonawcy MAR-BUD Budownictwo sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu:
   1.1. unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej,
   1.2. unieważnienie badania i oceny ofert,
   1.3. wykluczenie wykonawcy MAR-BUD Budownictwo sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z uwagi na okoliczność, że nie wniósł on wadium do upływu terminu składania ofert,
   1.4. odrzucenie oferty wykonawcy MAR-BUD Budownictwo sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie z uwagi na okoliczność, że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w związku z:
      1.4.1. zaoferowaniem w zestawieniach materiałów kosztorysów ofertowych nr 2.2, 3.1 i 38 różnych cen za materiał „beton zwykły z kruszywa naturalnego”,
      1.4.2. zaoferowaniem w zestawieniach materiałów kosztorysów ofertowych nr 2.1, 2.2, 8, 13, 22, 25, 26 i 27 różnych cen za materiał „pianka poliuretanowa”,
      1.4.3. zaoferowaniem w zestawieniach materiałów kosztorysów ofertowych nr 2.1, 2.2, 3.1 i 3.2 różnych cen za materiał „zaprawa”,

---

      1.4.4. zaoferowaniem w kosztorysie ofertowym nr 8 szyn kolejowych typu 49E1 ze stali R260, w miejsce wymaganych przez Zamawiającego szyn kolejowych typu 49E1 ze stali R350HT.
   1.5. powtórną ocenę ofert i wybór oferty najkorzystniejszej.
2. oddala odwołanie w pozostałym zakresie.
3. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego – Miasto Stołeczne Warszawa reprezentowane przez Zarząd Transportu Miejskiego w imieniu i na rzecz którego działa Metro Warszawskie sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i:
   3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20.000,00 zł (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – TOR-KAR-SSON sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Warszawie, JP Contracting.pl sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,
   3.2. zasądza od Zamawiającego – Miasta Stołecznego Warszawy reprezentowanego przez Zarząd Transportu Miejskiego w imieniu i na rzecz którego działa Metro Warszawskie sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na rzecz Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – TOR-KAR-SSON sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Warszawie, JP Contracting.pl sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie kwotę 23.600,00 zł (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych 00/100) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Odwołującego z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.907 j.t. 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 Warszawie.

Przewodniczący:……

Sygn. akt: KIO 699/15

Uzasadnienie

Zamawiający – Miasto Stołeczne Warszawa reprezentowane przez Zarząd Transportu Miejskiego, w imieniu i na rzecz którego działa Metro Warszawskie sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie prowadzi, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.759 j.t. ze zm.), zwanej dalej „Pzp", postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Budowa hali postojowej taboru (obiekt nr 6) oraz budowa magazynu materiałów chemicznych (obiekt 13a) wraz z budową obiektu liniowego w zakresie układu torowego i dróg wewnętrznych zlokalizowanego na terenie Stacji Techniczno-Postojowej Kabaty w Warszawie." (znak sprawy: zwane dalej K/I/226/2014/00059/AGKU), „Postępowaniem". Wartość zamówienia przekracza kwotę określoną w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 16 października 2014 r., pod nr2014/S 199-350943.

W dniu 26 marca 2015 r. Zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w Postępowaniu o wyborze najkorzystniejszej oferty, za którą uznana została oferta złożona przez wykonawcę MAR-BUD Budownictwo sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Wykonawca M").

Powyższa czynność została zaskarżona odwołaniem, które wniesiono w dniu 7 kwietnia 2015 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – TOR-KAR-SSON sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Warszawie, JP Contracting.pl sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący". Zarzucono w nim Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy M, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ"), ponieważ:
   1.1. wbrew wyraźnemu obowiązkowi zastosowania takiej samej ceny dla materiałów identycznych zastosował dla nich różne ceny, co stoi w sprzeczności z wymogami Zamawiającego określonymi w punktach 12.9 i 12.10 SIWZ, uszczegółowionymi w odpowiedzi Zamawiającego na pytanie nr 49 lit. b), zawartej w piśmie nr 4 z dnia 19 listopada 2014 r., która stanowi integralną część SIWZ,
   1.2. wbrew wyraźnemu obowiązkowi, iż oferta winna zawierać kosztorys szczegółowy, a wykonawca zobowiązany był określić ceny jednostkowe netto

oraz wartości netto dla wszystkich pozycji w przedmiarach robót oferta Wykonawcy M nie zawiera kosztorysu szczegółowego oraz określenia ceny jednostkowej i wartości netto pozycji 6 d. 1 w kosztorysie nr 39 „Magazyn gazów", co stoi w sprzeczności z wymogami Zamawiającego określonymi w punktach 10.10 lit. d), 12.3, 12.5, 12.6, 12.8-12.10 SIWZ, uszczegółowionymi w odpowiedziach Zamawiającego, w szczególności na pytania nr 42, 43 i 46, zawartych w piśmie nr 4 z dnia 19 listopada 2014 r., które to odpowiedzi stanowią integralną część SIWZ,

   1.3. nie zawiera wyceny wszystkich pozycji wymienionych w przedmiarach, w tym z uwzględnieniem odpowiedzi udzielonych przez Zamawiającego na pytania do SIWZ,
2. art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp przez zaniechanie wykluczenia z Postępowania Wykonawcy M, którego oferta nie została zabezpieczona w sposób prawidłowy wymaganym wadium, gdyż zakres zobowiązania gwaranta nie odpowiada

zakresowi wymaganemu przez przepisy prawa obowiązujące dla Postępowania, co powoduje, że zakres odpowiedzialności gwaranta wskazany w dokumencie wadialnym jest węższy niż wymagany przez Zamawiającego w SIWZ zgodnie z pkt 8.6 SIWZ,

3. art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy M, jako złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z Postępowania,
4. art. 87 ust. 2 pkt 1 Pzp przez:
   4.1. poprawienie w ofercie Wykonawcy M (kosztorys nr 6.3 „Przebudowa sieci drenażu", poz. nr 12) oczywistej omyłki pisarskiej, podczas gdy zmiana materiału, tj. rur PCN/-U SN8 na rury osłonowe GRP SN 10000 o śr. 400 mm nie może być uznana za oczywistą omyłkę pisarską i prowadzi do oczywistej nieuprawnionej zmiany treści oferty tego wykonawcy po upływie terminu składania ofert,
   4.2. poprawienie w ofercie Wykonawcy M (kosztorys nr 8, poz. nr 30) oczywistej omyłki pisarskiej, podczas gdy zmiana opisu pozycji materiałowej z Torowa – szyny kolejowe 49E1 R260" na „Nawierzchnia „Nawierzchnia Torowa – szyny kolejowe 49E1 R350HT" nie może być uznana za oczywistą omyłkę pisarską i prowadzi do oczywistej nieuprawnionej zmiany treści oferty tego wykonawcy po upływie terminu składania ofert,
5. art. 91 ust. 1 Pzp przez ponowny wybór oferty Wykonawcy M jako najkorzystniejszej, pomimo iż oferta ta winna była być odrzucona, gdyż jej treść jest niezgodna z treścią SIWZ oraz została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z Postępowania i w konsekwencji zaniechanie wyboru oferty

Odwołującego jako najkorzystniejszej spośród ofert ważnych w świetle określonych przez Zamawiającego kryteriów oceny ofert,

6. art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania przejawiającej się w odmiennym (uprzywilejowanym) traktowaniu i ocenie oferty Wykonawcy M i w konsekwencji udzieleniu zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami Pzp,
7. art. 186 ust. 3 Pzp przez zaniechanie wykluczenia z Postępowania Wykonawcy M oraz zaniechanie odrzucenia jego oferty na podstawie przesłanek opisanych w pierwszym odwołaniu Odwołującego z dnia 5 marca 2015 r., w sytuacji gdy Zamawiający zgodził się z jego argumentacją uwzględniając odwołanie w całości, co zgodnie ze wskazaną normą nakładało na niego obowiązek wykonania wskazanych czynności zgodnie z żądaniem.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności badania i oceny ofert,
2. unieważnienia czynności wyboru oferty Wykonawcy M,
3. dokonania powtórnego badania i oceny ofert,
4. wykluczenia z Postępowania Wykonawcy M,
5. odrzucenia oferty Wykonawcy M,
6. wyboru, jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego,

oraz o nakazanie Zamawiającemu zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

Odwołujący podał, że w wyniku dokonania przez Zamawiającego niezgodnych z przepisami Pzp czynności i zaniechań utracił możliwość uzyskania zamówienia. Prawidłowa ocena oferty Wykonawcy M oraz załączonych do niej dokumentów winna prowadzić odpowiednio do jej odrzucenia oraz wykluczenia ww. wykonawcy z Postępowania, a w konsekwencji oferta Odwołującego uznana byłaby za ofertę najkorzystniejszą. Tym samym Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp. Dodał, że ww. naruszenia przepisów Pzp naraziły go na szkodę polegającą na nieuzyskaniu zamówienia i w konsekwencji nieuzyskaniu spodziewanych dochodów.

Na uzasadnienie zarzutów odwołania Odwołujący podał, że w dniu 23 lutego 2015 r. Zamawiający po raz pierwszy poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Wykonawcę M. W dniu 5 marca 2015 r. Odwołujący wniósł odwołanie, w którym sformułował zarzuty tożsame ze wskazanymi w pkt 1-3, 5-6 zarzutów odwołania i domagając się uwzględnienia odwołania i nakazania Zamawiającemu czynności jak w pkt 1-6 żądań odwołania.

Następnie Odwołujący wskazał, że w dniu 18 marca 2015 r. Zamawiający w całości uwzględnił zarzuty przedstawione w odwołaniu, a przystępujący po jego stronie Wykonawca M nie wniósł sprzeciwu wobec tej czynności. W tym stanie rzeczy Izba, w dniu 18 marca 2015 r., wydała postanowienie o umorzeniu postępowania odwoławczego wywołanego odwołaniem wniesionym 5 marca 2015 r. (sygn. akt: KIO 433/15). Wobec powyższego, w ocenie Odwołującego, Zamawiający zobligowany był postąpić zgodnie z przepisem art. 186 ust. 3 Pzp, czyli wykonać, powtórzyć lub unieważnić czynności w Postępowaniu zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Pomimo przyznania przez Zamawiającego racji Odwołującemu, czemu dał on wyraz w oświadczeniu o uwzględnieniu odwołania w całości, Zamawiający nie zachował się zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu z dnia 5 marca 2015 r,, a wręcz dopuścił się dodatkowych wskazanych na wstępie naruszeń przepisów Pzp, dokonując w ofercie Wykonawcy M poprawienia rzekomych omyłek pisarskich.

Odwołujący stwierdził, że wobec wyłącznie pozornego uwzględnienia odwołania z dnia 5 marca 2015 r., należy ponownie przytoczyć argumentację, która legła u podstaw jego wniesienia.

Zgodnie z postanowieniami pkt 25.1.2 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 9 do SIWZ Zamawiający określił, iż wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu umowy ma charakter kosztorysowy. W pkt 25.1.4. Zamawiający stwierdził, że ostateczne wynagrodzenie w zakresie złożonego kosztorysu ofertowego zostanie ustalone kosztorysem powykonawczym, zgodnie z przyjętymi cenami jednostkowymi i czynnikami cenotwórczymi wyszczególnionymi w kosztorysie ofertowym oraz rzeczywiście wykonanymi i odebranymi ilościami robót, udokumentowanych i potwierdzonych przez inspektora nadzoru w kosztorysie powykonawczym lub książce również potwierdzone obmiarów. Powyższe zostało w wymaganiach Specyfikacji i Robót Technicznej ogólnych Wykonania Odbioru (dalej: „STWiOR"), w której – zgodnie z pkt 9 – podstawą płatności jest cena jednostkowa skalkulowana przez wykonawcę za jednostkę obmiarową ustaloną dla danej pozycji kosztorysu, a nadto w postanowieniach dotyczących opisu sposobu obliczenia ceny oferty, w których zastrzeżono, że:

1. wykonawca musi określić ceny jednostkowe netto oraz wartość netto dla wszystkich pozycji wymienionych w przedmiarach robót, z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku (pkt 12.3 SIWZ),
2. Zamawiający wymaga sporządzenia kosztorysów ofertowych w wersji szczegółowej przy zachowaniu kolejności pozycji kosztorysu zgodnej z kolejnością pozycji w przedmiarach robót (pkt 12.5 SIWZ),
3. wykonawca obliczając cenę oferty musi uwzględnić w kosztorysach ofertowych

wszystkie pozycje przedmiarowe opisane w przedmiarach robót; wykonawca nie może samodzielnie wprowadzać żadnych zmian w udostępnionych przedmiarach (pkt 12.6 SIWZ),

Zamawiający wymagał ponadto opracowania kosztorysów ofertowych metodą szczegółową w oparciu o przedmiary robót stanowiące załącznik nr 4 do Warunków Technicznych Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych oraz bezwzględnego dołączenia ich do oferty (pkt 10.10 lit. b) oraz 12.8 SIWZ). Wymóg przedłożenia z ofertą kosztorysów sporządzonych metodą szczegółową został potwierdzony przez Zamawiającego m.in. w odpowiedzi na pytanie nr 42 zawartej w Piśmie nr 4 z dnia 19 listopada 2014 r., gdzie Zamawiający wskazał, iż „[...]wymaga złożenia do oferty kosztorysów w formie szczegółowej tj.: Lp.; Podstawa; Opis; J, m.; Przedmiar; Nakłady; Koszt jednostkowy; R, M, S, Cena jednostkowa z narzutami, Wartość[...]".

Odwołujący podkreślił, że zgodnie z postanowieniami pkt 12.9 SIWZ („Opis sposobu obliczenia ceny oferty"), Zamawiający zastrzegł, iż „[...]Do kosztorysów należy dołączyć zestawienie materiałów, przyjętych do sporządzania wyceny i późniejszego wbudowania, wraz z podaniem ich dokładnej, jednoznacznie identyfikującej cechy i parametru materiału/urządzenia, nazwy wraz z podaniem jego ceny jednostkowej, zawierającej koszty zakupu/uruchomienia.[...]". Ponadto, w pkt 12.10 SIWZ, Zamawiający określił, iż „[...]Ceny jednostkowe określone przez Wykonawcę w kosztorysach ofertowych winny być

ustalone jako kompletne i jednoznaczne. Ceny te nie będą zmieniane w toku realizacji Przedmiotu Zamówienia i nie będą podlegały waloryzacji, za wyjątkiem zmian stawek VAT.[...]".

Wymogi te zostały potwierdzone i doprecyzowane przez Zamawiającego w odpowiedzi na pytanie nr 49 lit. b), zawartej w Piśmie nr 4 z dnia 19 listopada 2014 r., gdzie na pytanie wykonawcy czy wyrażą on zgodę na to, że w zestawieniu/zestawieniach pojawią się identyczne materiały o różnych cenach jednostkowych, Zamawiający odpowiedział, iż „[...]Materiały identyczne winny mieć taką samą cenę[...]".

Uwzględniając powyższe wymogi Zamawiającego dotyczące treści ofert Odwołujący stwierdził, iż Zamawiający dokonał nieprawidłowej oceny oferty Wykonawcy M.

W pierwszej kolejności podkreślił, iż Wykonawca M. nie zastosował się do wymagań Zamawiającego aby materiały identyczne miały taką samą cenę, co stanowi o niezgodności treści jego oferty z przytoczonymi na wstępie postanowieniami SIWZ. Ww. zastosował różne ceny jednostkowe dla tych samych materiałów w następujących pozycjach:

1. w zestawieniach materiałów kosztorysu 2.2 – „Architektura obiektu Magazyn nr 13a" (str. 54 oferty) oraz kosztorysu 38 – „Projekt zieleni wraz z gospodarką istniejącą

zielenią" (str. 970 oferty) wskazano materiał „beton zwykły z kruszywa naturalnego" w cenie jednostkowej 160,00 zł/m ^{3}, podczas gdy w kosztorysie 3.1 – „Konstrukcje żelbetowe obiektu Hala postojowa taboru metra obiekt nr 6" (str. 77 oferty) Wykonawca M ten sam materiał wycenił na 186,00 zł/m ^{3},

2. w zestawieniach materiałów kosztorysu 2.1 – „Architektura obiektu Hala postojowa taboru metra obiekt nr 6" (str. 27 oferty), kosztorysu 2.2 – „Architektura obiektu Magazyn nr 13a" (str. 54 oferty), kosztorysu 8 – „Projekt nawierzchni torowej" (str. 279 oferty) wskazano materiał „pianka poliuretanowa" w cenie jednostkowej 23,90 zł/kg, podczas gdy w kosztorysie 13 – „Projekt sterowania ruchem pociągów" (str. 358 oferty), kosztorysie 22, 25, 26 i 27 – „Projekt instalacji sygnalizacji" etc. (str. 562 oferty) również wskazano materiał „pianka poliuretanowa", ale w cenie jednostkowej 24,05 zł/kg,
3. w zestawieniach materiałów kosztorysu 2.1 – „Architektura obiektu Hala postojowa taboru metra obiekt nr 6" (str. 2f oferty) i kosztorysu 2.2 – „Architektura obiektu Magazyn nr 13a" (str. 54 oferty) wskazano materiał „zaprawa" w cenie jednostkowej 171,88 zł/m ^{3}, podczas gdy w kosztorysie 3.1 – „Konstrukcje żelbetowe obiektu Hala postojowa taboru metra obiekt nr 6" (str. 77 oferty) i kosztorysie 3.2 – „Konstrukcje żelbetowe obiektu Magazyn nr 13a" (str. 94 oferty), również podano ww. materiał, ale w cenie jednostkowej 171,40 zł/m ^{3},
4. w kosztorysie 7 – „Projekt układu drogowego z konstrukcją dróg", w poz. 40 – „Wykonanie podbudowy z tłucznia z zagęszczeniem ręcznym w torowiskach z podkładami" (str. 243 oferty) wskazano materiał „tłuczeń, kam. łamany, sort" w cenie jednostkowej 98,27 zł/t, podczas gdy w kosztorysie 8 – „Projekt nawierzchni torowej" (str. 279 oferty) wskazano taki sam materiał w cenie jednostkowej 81,00 zł/t.

Zdaniem Odwołującego wskazane powyżej elementy treści oferty Wykonawcy M stoją wprost w sprzeczności z treścią SIWZ i wyjaśnień udzielonych na pytania wykonawców, stanowiących jej integralną część, iż takie same materiały muszą mieć taką samą cenę. Tym samym Zamawiający dokonując prawidłowej oceny oferty Wykonawcy M powinien był stwierdzić niezgodność jej treści z treścią SIWZ i w konsekwencji odrzucić ją. Podkreślił, że nie sposób uznać, aby na dokonaną przez niego ocenę wpływało w jakikolwiek sposób stanowisko Wykonawcy M zawarte w piśmie z 16 marca 2015 r. Po pierwsze zostało ono złożone Zamawiającemu przed uwzględnieniem przez niego odwołania i pomimo wiedzy w tym zakresie Zamawiający uwzględnił odwołanie, co oznacza, iż nie przyjął argumentów w nim zawartych. Po drugie – wzywając w dniu 19 marca 2015 r. Wykonawcę M do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 Pzp, nie zobowiązał go do wyjaśnienia rozbieżności w cenach takich samych materiałów, co należy uznać za potwierdzenie stanowiska Odwołującego.

Finalnie, na słuszność stanowiska Odwołującego wskazuje – jego zdaniem – także działanie Zamawiającego wyrażone przy ocenie ofert innych wykonawców

uczestniczących w Postępowaniu. Przekazując informacje o wyborze oferty najkorzystniejszej, zarówno za pierwszym jak i drugim razem, Zamawiający poinformował również m.in. o odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Inżynieria Rzeszów S.A. oraz Trakcja PRKiL S.A. W uzasadnieniu Zamawiający podniósł, iż analiza oferty tych wykonawców wykazała niezgodność z postanowieniami pkt 12.9 jak i 12.10 SIWZ, a także odpowiedzią na pytanie nr 49 lit. b), gdyż konsorcjum te w kosztorysie 8 – „Projekt nawierzchni torowej" zastosowało różne ceny jednostkowe dla tych samych materiałów. W tym przypadku Zamawiający nie miał wątpliwości, iż oferta nie odpowiada wymogom SIWZ i różne ceny jednostkowe przyjęto dla tych samych materiałów. Tym bardziej budzi zdziwienie bezkrytyczne przyjęcie przez Zamawiającego stanowiska Wykonawcy M złożonego samodzielnie (tzn. bez wezwania), gdzie próbuje on na nowo kształtować treść swojej oferty po upływie terminu składania ofert. Zamawiający – stosując zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców – przy zaistnieniu tożsamych przesłanek (a więc zastosowaniu różnych cen dla tych samych materiałów), analogicznie jak w przypadku oferty ww. wykonawców, zobowiązany był do odrzucenia oferty Wykonawcy M.

Następnie Odwołujący stwierdził, iż Wykonawca M nie zastosował się również do wymagań Zamawiającego dotyczących sporządzenia kosztorysu metodą szczegółową, nie określił cen jednostkowych dla wszystkich pozycji wymienionych w przedmiarach, gdyż jego oferta nie zawiera wyceny pozycji nr 6 d.1 – „Podbudowa z kruszywa łamanego – warstwa o grubości po zagęszczeniu 15 cm" w kosztorysie 39 – „Magazyn gazów". Dokonując ponownego badania i oceny oferty Wykonawcy M (po uwzględnieniu w całości pierwszego odwołania), Zamawiający sam uznał, że konieczne jest wezwanie tego wykonawcy do złożenia „[...]wyjaśnień w zakresie określenia pozycji, w której została ujęta cena jednostkowa oraz wartość netto omawianej pozycji 6 d 1 w kosztorysie nr 39 Magazyn gazów[...]". Stanowisko takie znalazło odzwierciedlenie w Protokole nr 9 Komisji Przetargowej (dalej: „KP") z dnia 19 marca 2015 r. W odpowiedzi Wykonawca M odwołał się jedynie do złożonego Zamawiającemu pisma z dnia 30 stycznia 2015 r. Tym samym nie sposób uznać, aby Zamawiający był w posiadaniu takich informacji, które pozwalałyby przyjąć, iż oferta ww. wykonawcy odpowiada treści SIWZ we wskazanym zakresie. Nie można przyjąć, iż Zamawiający, w sytuacji gdy żądał złożenia kosztorysów szczegółowych, mógł oprzeć się na samym oświadczeniu wykonawcy, iż uwzględnił on w swojej ofercie brakujący element. Ten nieusuwalny brak musi skutkować uznaniem oferty za niezgodną z treścią SIWZ.

Odwołujący zasygnalizował, że za potwierdzające prawidłowość jego argumentacji i wniosków można niewątpliwie uznać działanie Zamawiającego, który zarówno przy pierwszej, jak i drugiej ocenie w analogicznym stanie faktycznym odrzucił ofertę wykonawcy BUD!MEX S.A., stwierdzając m.in., iż kosztorys nr 32.1 -„Projekt instalacji c.o. i c.t." nie zawiera wyceny poz. nr 54. W jego ocenie takie same działania Zamawiający zobowiązany był podjąć co do oferty złożonej przez Wykonawcę M.

Odwołujący podał również, że Zamawiając na pytanie nr 96 o treści „[...]prosimy o potwierdzenie, że Zamawiający będzie wymagał zastosowania szyn ze stali R350HT w – jak to w łukach zapisano STWiORB[...]" udzielił odpowiedzi: „[...]Zamawiający potwierdza wymagania zawarte w STWiORB dotyczące zastosowania szyn ze stali R350HT na łukach[...]". Tymczasem analiza treści oferty Wykonawcy M winna prowadzić do stwierdzenia, że w kosztorysie 8 – „Projekt nawierzchni torowej" nie uwzględnił wyceny szyny kolejowej 49E1 R350HT zgodnie z wymogami Zamawiającego, co również stanowi o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ i w konsekwencji powinno skutkować jej odrzuceniem. Zaznaczył, że sam Zamawiający po uwzględnieniu pierwszego odwołania w całości, w Protokole KP nr 9 z 19 marca 2015 r, stwierdził, iż „[...]oferta firmy MAR-BUD w treści kosztorysu szczegółowego faktycznie nie zawiera wyceny szyny ze stali R350HT[...]". Co więcej, Zamawiającemu nie była i nie jest znana cena jednostkowa za szynę ze stali R350HT, a bezspornie wynagrodzenie w tym zamówieniu ma charakter kosztorysowy/obmiarowy. Tym samym nie będzie możliwe ustalenie ceny na etapie realizacji za faktyczną ilość ułożonych szyn ze stali R350HT, skoro Wykonawca M nie uwzględnił w ofercie, co jednoznacznie wskazuje na niezgodność treści oferty z treścią SIWZ. Jednocześnie nie sposób uznać, aby w tym stanie faktycznym można było mówić o omyłce pisarskiej i w konsekwencji o dopuszczalności jej poprawienia ze względu na istotę takiej

omyłki, którą Odwołujący omówił cytując orzecznictwo Izby.

Analogicznie w zestawieniu materiałowym kosztorysu 6.3 – „Przebudowa sieci drenażu" (str. 230 oferty) nie wyceniono poz. 12 – „Rury osłonowe GRP SN 10000 o śr. 400 mm", przy czym – zgodnie z odpowiedzią na pytanie nr 307 – Zamawiający nie dopuszczał zamiany na rury osłonowe stalowe. Odwołujący zwrócił uwagę na dwa odmienne stanowiska Wykonawcy M dotyczące przedmiotowej pozycji. Zgodnie z zapatrywaniem wyrażonym w piśmie z 16 marca 2015 r., tu cytat: ,,[...]w kosztorysie 6.3 Przebudowa sieci drenażu w poz. nr 12 „Rury osłonowe GRN SN 10000 o śr. 400 mm – analogia" należało uwzględnić zgodnie z SIWZ rury PCV i tak wyceniono[...]". Natomiast już w piśmie z dnia 23 marca 2015 r. wykonawca ten powoływał się na oczywistą omyłkę pisarską wskazując, iż omyłkowo wpisał rury PCV-U SN8, choć przy pierwszym stanowisku jasno stwierdził iż wycenił rury PCV. Już tylko ta rozbieżność wskazuje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym nie mieliśmy do

czynienia z żadną omyłką pisarską, która mogłaby być przez Zamawiającego poprawiona na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 1 Pzp. Faktycznie doszło do złożenia przez Wykonawcę M oferty nieodpowiadającej treści SIWZ, co powinno skutkować jej odrzuceniem.

Podobnie w zestawieniu materiałowym kosztorysu 6.3 – „Przebudowa sieci drenażu" (str. 230 oferty), w poz. nr 14 i 16 tego kosztorysu nie wyceniono ani nie uwzględniono betonu klasy B-45, albo prefabrykatu w którym znajdowałaby *się* kineta, podczas gdy w odpowiedzi na pytanie nr 68 Zabawiający wskazał, iż kinety należy wykonać z betonu klasy B-45 zgodnie z przedmiarem robót. Choć mamy do czynienia z sytuacją analogiczną jak opisane wyżej, to Zamawiający nie zdecydował się na poprawienie oferty Wykonawcy M co do braku wyceny poz. nr 14 i 16 kosztorysu 6.3.

W zakresie zaniechania wykluczenia z Postępowania Wykonawcy M na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp Odwołujący wskazał, że zostało ono wszczęte przez Zamawiającego w dniu 13 października 2014 r. Tym samym, uwzględniając dyspozycję art. 3 ustawy z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2014.1232), zgodnie z którym do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego i konkursów wszczętych przed dniem wejścia wżycie niniejszej ustawy (tj. przed dniem 19 października 2014 r.) oraz do odwołań i skarg dotyczących tych postępowań stosuje się przepisy dotychczasowe, z wyjątkiem art. 24 ust. 1 pkt 1 i 1a ustawy zmienianej, do Postępowania zastosowanie znajdują przepisy Pzp sprzed nowelizacji. W pkt 8.6 SIWZ Zamawiający wskazał, iż „ [...]w przypadku składania wadium w formie gwarancji powinna ona być co najmniej gwarancją nieodwołalną, bezwarunkową i płatną na pierwsze żądanie oraz powinna zostać sporządzona zgodnie z obowiązującym prawem, w tym zgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający zwraca, zatrzymuje oraz żąda ponownego wniesienia wadium na zasadach określonych w art. 46 ustawy Pzp[...]".

Bezspornie Wykonawca M złożył wraz z ofertą gwarancję bankową z dnia 29 grudnia 2014 r. wystawioną przez PKO BP S.A. Zgodnie z treścią gwarancji, gwarant zobowiązywał się nieodwołalnie i bezwarunkowo do dokonania na rzecz Zamawiającego płatności do kwoty 600.000,00 zł na pierwsze pisemne oryginalne żądanie wypłaty zawierające oświadczenie, że Wykonawca M, w odpowiedzi na wezwanie o którym mowa w art. 26 ust. 3 Pzp, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa wart. 25 ust. 1 Pzp, pełnomocnictw, listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5 Pzp lub informacji o tym, że nie należy do grupy kapitałowej lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa wart. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, co powodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej. Odwołujący wskazał, że zasadność jego stanowiska znalazła potwierdzenie u Zamawiającego, który uwzględnił odwołanie z 5 marca 2015 r. uznając

również zasadność zarzutu zaniechania wykluczenia Wykonawcy M wobec braku zabezpieczenia oferty wadium. Podkreślił, że w tym zakresie stan faktyczny nie uległ choćby najdrobniejszej zmianie, a zatem i ocena Zamawiającego winna być zgodna z jego wolą wyrażoną w uwzględnieniu odwołania w całości.

Mając na względzie powyższe Odwołujący oświadczył, iż oferta Wykonawcy M nie została w sposób prawidłowy zabezpieczona wymaganym wadium, co musi prowadzić do

wniosku, iż wykonawca ten nie wniósł wadium do upływu terminu składania ofert i podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp. Wyjaśnił, że zgodnie z dyspozycją art. 46 ust. 4a Pzp, w brzmieniu sprzed wzmiankowanej nowelizacji, Zamawiający uprawniony jest do zatrzymania wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie o którym mowa w art. 26 ust. 3 Pzp, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp, lub pełnomocnictw, chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie. Tymczasem z treści gwarancji bankowej przedłożonej przez Wykonawcę M wynika, iż uprawnienie Zamawiającego do zatrzymania wadium zostało w znacznym stopniu ograniczone i nie odpowiada dyspozycji art. 46 ust. 4a Pzp w brzmieniu obowiązującym dla Postępowania. Zgodnie ze zobowiązaniem wynikającym z gwarancji bankowej, gwarant zobowiązał się do zapłaty kwoty wadium jedynie w sytuacji wystąpienia określonych, wymienionych zdarzeń, które to zdarzenia muszą powodować brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej. Tym samym gwarancji złożonej przez Wykonawcę M nie sposób uznać za sporządzoną zgodnie z aktualnymi dla Postępowania przepisami, gdyż uprawnienie Zamawiającego do zatrzymania wadium wynikające z tej gwarancji zostało istotnie zawężone i nie odpowiada uprawnieniu wynikającemu z art. 46 ust. 4a Pzp w brzmieniu sprzed nowelizacji. Odwołujący podkreślił, że istotą zmian wprowadzonych w treści art. 46 ust. 4a Pzp było zmniejszenie formalizmu związanego z działaniami lub zaniechaniami wykonawcy, którego oferta nie miała szans na uzyskanie zamówienia, co mogło prowadzić do utraty wadium. Tym samym wniesione przez Wykonawcę M wadium odpowiada bardziej liberalnemu stanowi prawnemu, który obowiązuje dopiero od 19 października 2014 r.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie przytaczając niżej wskazaną argumentację.

Za niezasadny uznał naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy M, której treść nie odpowiada treści SIWZ, gdyż wbrew wyraźnemu obowiązkowi zastosowania takiej samej ceny dla materiałów identycznych wykonawca ten zastosował, zdaniem Odwołującego, różne ceny.

Podał, że beton zwykły z kruszywa naturalnego wskazany w kosztorysie 2.2, to beton użyty do wykonania drobno wymiarowych elementów betonowych nakryw kominów, natomiast

w kosztorysie 38 Projekt wyceniono beton bez określonej klasy do obetonowania słupków ogrodzeń zabezpieczających drzewa i krzewy na czas prowadzenia robót, z kolei w kosztorysie 3.1 – beton konstrukcyjny użyty do wykonania żelbetowych płyt stropowych.

Różna cena betonu zwykłego z kruszywa naturalnego jest uzasadniona. Wynika z faktu, iż w kosztorysie 2.2 i 38 występuje beton niższej klasy, użyty do wykonania mało odpowiedzialnych elementów, zaś beton w kosztorysie 3.1, to beton konstrukcyjny wyższej klasy. Dodatkowo Zamawiający wyjaśnił, iż zastosowana w kosztorysach 2.2 i 38 cena betonu zwykłego z kruszywa naturalnego (160 zł/m ^{3}), przy ilości materiału ww. kosztorysach równej 2,8978 m ^{3} powoduje, przy różnicy w cenie betonu w wysokości 26 zł/m ^{3}, różnicę w wartości tych kosztorysów równą – 75,34 zł, w porównaniu do zastosowania ceny 186,00 zł/m ^{3}.

Odnosząc się do pianki poliuretanowej Zamawiający stwierdził, że w kosztorysie 2.1, 2.2 i 8 wyceniono piankę stosowaną do montażu okien, drzwi i szalunków podpór, natomiast w kosztorysie 13, 22, 25, 26 i 27 – piankę stosowaną do uszczelniania końców rur osłonowych. Różna cena materiału wynika z konieczności użycia pianek o różnej prężności dla różnych zastosowań. Dodał, że w różnych kosztorysach Wykonawcy cena pianki jest bardzo zbliżona, a nadto, że przyjęta w kosztorysach 13 i 22, 25, 26, 27 cena pianki (24,05 zł/kg), przy ilości materiału 28,8 kg, powoduje, przy różnicy w cenie pianki w wysokości … zł/kg, różnicę w wartości tych kosztorysów równą 4,32 zł).

W kwestii zaprawy Zamawiający wyjaśnił, że w kosztorysie 2.1 cena 171,88 zł/m ^{3} dotyczy zaprawy murarskiej cementowej lub cementowo-wapiennej używanej do wykonywania murów z bloczków bet. i obsadzenia podokienników. W kosztorysie 2 na 171,88 zł/m ^{3} wyceniono zaprawę murarską cementową lub cementowo-wapienną użytą do wykonywania kanałów z bloczków betonowych i obsadzenia podokienników. Z kolei w kosztorysie 3.1 Wykonawca M wycenił zaprawę murarską do silikatów oraz posadzkową (171,40 zł/m ^{3}), zaś w kosztorysie 3.2 zaprawę klejową (171,40 zł/m ^{3}). Różnice w cenach zapraw są uzasadnione, ponieważ w zależności od zastosowania używane są zaprawy

o różnych parametrach. Dodatkowo Zamawiający wyliczył, że cena materiału pod nazwą „zaprawa" w różnych kosztorysach jest bardzo zbliżona. Zastosowana w kosztorysach 3.1 i 3.2 cena zaprawy 171,40 zł/kg, przy ilości materiału ww. kosztorysach równej około 4,5559 kg, powoduje, przy różnicy w cenie zaprawy w wysokości 0,48 zł/kg, różnicę w wartości kosztorysów równą 2,19 zł.

W odniesieniu do materiału „tłuczeń, kam. łamany, sort." Zamawiający podał, że w cenie 98,27 zł/t w kosztorysie 7 Wykonawca M zaoferował materiał określony mianem „KRUSZYWA tłuczeń, kam. łamany, sort. uziarn. 31,5-63 mm", natomiast w kosztorysie 8 – w cenie 81,00 zł/t – „tłuczeń, kam. łamany, sort." Różne ceny tłucznia wynikają z innego składu

13

---

frakcyjnego wymaganego przy zagęszczeniu ręcznym oraz z różnego sposobu dostawy materiału. Tłuczeń wskazany w poz. 40 kosztorysu 7 ma skład frakcyjny wymagany przy zagęszczaniu ręcznym, zaś tłuczeń wskazany w kosztorysie 8 ma inny skład frakcyjny wymagany przy zagęszczaniu mechanicznym. Poza tym, tłuczeń ten może być dostarczany wagonami. Zamawiający wyliczył, że zastosowana w kosztorysie 7 cena tłucznia 98,27 zł/kg, przy ilości materiału w ww. kosztorysie równej 28,84 t, powoduje, przy różnicy w cenie tłucznia w wysokości 17,27zł/t, różnicę w wartości kosztorysu równą 498,07zł.

Zamawiający oświadczył, że odrzucił ofertę wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Inżynieria Rzeszów S.A., Trakcja PRKiL S.A. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp m.in. z powodu zastosowania różnych cen jednostkowych dla tych samych materiałów w kosztorysie 8. W tym przypadku podane różne ceny dotyczyły identycznych materiałów opisanych w tym samym kosztorysie ofertowym.

Następnie Zamawiający stwierdził, że niezasadny jest także zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy M, której treść nie odpowiada treści SIWZ, gdyż wbrew wyraźnemu obowiązkowi, iż oferta powinna zawierać kosztorys szczegółowy, a wykonawca obowiązany był określić ceny jednostkowe netto oraz wartości netto dla wszystkich pozycji w przedmiarach robót, oferta ww. wykonawcy nie zawiera kosztorysu szczegółowego, jak i brak jest określenia ceny jednostkowej oraz wartości netto pozycji 6 d.1 w kosztorysie nr 39 „Magazyn gazów". W ww. pozycji, we wszystkich rubrykach, wpisana została wartość „0", przy czym brak jest powszechnie obowiązujących przepisów prawa, bądź postanowień SIWZ, które zabraniałyby wyceny jednostkowych pozycji kosztorysu w taki sposób. Wykonawca M miał prawo ująć wartość pozycji wycenionej na „0 zł" w innej pozycji danego przedmiotu zamówienia. Dodatkowo Zamawiający podał, że na jego wezwanie do złożenia wyjaśnień (pismo z dnia 26 stycznia 2015 r.), pismem z dnia 30 stycznia 2015 r., Wykonawca M odpowiedział: „[…]Potwierdzamy, że oferta Wykonawcy uwzględnia wykonanie prac zgodnie z SIWZ oraz dokumentacją projektową, również dla zakresu prac przewidzianych w poz. 6 w kosztorysie 39 „Koncepcja lokalizacji magazynu gazów". Dlatego potwierdzamy, że wszystkie prace przewidziane dokumentacją projektową do wykonania w tej pozycji kosztorysowej zostaną należycie wykonane w trakcie prowadzenia prac.[…]".

Zamawiający zaznaczył, że odrzucił ofertę wykonawcy BUDIMEX S.A. ze względu na szereg nieprawidłowości zawartych w ofercie, w szczególności z uwagi na wykonanie wielu kosztorysów stanowiących części oferty metodą uproszczoną a nie szczegółową, nie zaś z powodu wyceny jednostkowej pozycji w kosztorysie na „0 zł". Dodatkowo Zamawiający wyjaśnił, iż wartość pozycji wycenionej na „0 zł" pozycji wynosi 2.149,14 zł netto według kosztorysu inwestorskiego.

14

Jako niezasadny Zamawiający ocenił również zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy M, której treść nie odpowiada treści SIWZ, gdyż nie zawiera wyceny wszystkich pozycji wymienionych w przedmiarach z uwzględnieniem odpowiedzi udzielonych przez Zamawiającego na pytania do SIWZ. Jak wynika z wyjaśnień ww. wykonawcy udzielonych w dniu 23 marca 2015 r., w zestawieniu materiałowym kosztorysu 6.3, w poz. nr 14 i 16 zaoferowano i wyceniono kręgi betonowe zawierające w sobie właściwą kinetę betonową. Zamawiający przyjął takie wyjaśnienie, bowiem na rynku występują kręgi betonowe z wbudowaną kinetą. W związku z tym ww. pozycje kosztorysu odpowiadają wymaganiom określonym w SIWZ i w tym zakresie treść oferty jest zgodna z nią zgodna, a poprawianie oferty – zbędne.

W odpowiedzi na zarzut naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 1 Pzp przez poprawienie w ofercie Wykonawcy M, w kosztorysie 6.3, poz. 12 oczywistej omyłki pisarskiej podczas gdy, zdaniem Odwołującego, zmiana materiału, tj. rur PCV-U SN 8 na rury osłonowe GRN SN 10000 o śr.400 mm nie może być uznana za oczywistą omyłkę pisarską i prowadzi do oczywistej nieuprawnionej zmiany treści oferty tego wykonawcy po upływie terminu składania ofert Zamawiający stwierdził, że zgodnie z wyjaśnieniami udzielonymi przez Wykonawcę M w dniu 23 marca 2015 r., wycenione i zaoferowane zostały w ww. pozycji rury osłonowe GRN SN 10000 o śr.400 mm, a jedynie przez pomyłkę wpisano rury PCV-U SN 8.
Zamawiający oświadczył, że przyjął takie wyjaśnienia, w szczególności biorąc pod uwagę fakt, że treść opisu pozycji zawarta w kosztorysie ofertowym była zgodna z przedmiarami, a omyłka wystąpiła jedynie w nazwie materiału w szczegółowej treści pozycji kosztorysowej.
Zamawiający poprawił ww. omyłkę uznając ją za omyłkę pisarską, ze względu na fakt iż poprawienie ww. omyłki nie wymagało odwoływania się przez Zamawiającego do innych dokumentów poza wyjaśnieniem Wykonawcy M. Ponadto poprawienie ww. omyłki nie powoduje żadnych skutków finansowych, a o dokonaniu tej czynności Zamawiający niezwłocznie zawiadomił Wykonawcę M (pismo z dnia 25 marca 2015 r.).
Dodatkowo Zamawiający stwierdził, iż według kosztorysu inwestorskiego wartość rur osłonowych GRP SN 10000 o śr 400 mm wynosi 5.369,00 zł netto, co stanowi 0,0092 % wartości kosztorysu inwestorskiego przedmiotu zamówienia.

Z kolei w związku z poprawieniem oczywistej omyłki pisarskiej w kosztorysie 8, poz. 30 oferty Wykonawcy M, podczas gdy zmiana zapisu opisu pozycji materiałowej z „Nawierzchnia Torowa – szyny kolejowe 49E1 R260" na „Nawierzchnia Torowa – szyny kolejowe 49E1 R350HT" nie może być uznana za oczywistą omyłkę pisarską i prowadzi do oczywistej nieuprawnionej zmiany treści oferty tego wykonawcy po upływie terminu składania ofert, Zamawiający podał, że zgodnie z wyjaśnieniami udzielonymi przez Wykonawcę M w dniu 23 marca 2015 r. przyjął on na łukach szynę R350HT.

Zamawiający uznał takie wyjaśnienie, stwierdzając że Wykonawca M popełnił omyłkę w nazwie materiału i dokonał jej korekty powiadamiając o tym ww.

Z ostrożności Zamawiający podniósł, że w przypadku nie podzielenia przez Izbę stanowiska uznającego omyłki popełnione przez Wykonawcę M za oczywiste omyłki pisarskie, należy stwierdzić, iż nie może ulegać wątpliwości, że omyłki te mogłyby zostać poprawione jako inne omyłki polegające na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Podkreślił, że zamiarem ustawodawcy w odniesieniu do komentowanego przepisu było umożliwienie udzielenia zamówienia wykonawcom, którzy złożyli oferty obarczone nieistotnymi wadami, będącymi wynikiem różnego rodzaju omyłek, które nie prowadzą do istotnych zmian w treści oferty – nie zniekształcają w znaczącym stopniu oświadczenia woli wykonawcy ubiegającego się o zamówienie publiczne. Z przepisu tego zdaje się wynikać ogólny zamiar ustawodawcy dopuszczenia do oceny w postępowaniu wszystkich ofert, nawet tych, które zawierają różnego rodzaju niedoskonałości, byleby tylko nie prowadziło to do zniekształcenia woli wykonawcy w zakresie istotnej części jego oferty. Zamawiający dokonał szczegółowego omówienia przesłanek umożliwiających skorzystanie z komentowanego przepisu, odwołując się do poglądów doktryny i orzecznictwa, a nadto podał, że według kosztorysu inwestorskiego różnica wartości szyn kolejowych R260 i szyn kolejowych R350 HT wynosi 189.933,11 zł netto, co stanowi 0,326 % wartości kosztorysu inwestorskiego przedmiotu zamówienia.

W odpowiedzi na zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt. 2 Pzp przez zaniechanie wykluczenia z Postępowania Wykonawcy M, którego oferta nie została zabezpieczona w sposób prawidłowy wymaganym wadium, gdyż zakres zobowiązania gwaranta nie odpowiada zakresowi wymaganemu przez przepisy prawa obowiązujące dla przedmiotowego postępowania oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp przez zaniechanie odrzucenia jego oferty jako złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu Zamawiający stwierdził, że zgodnie z ustalonym orzecznictwem Izby, dla uznania wadium za wniesione prawidłowo nie jest niezbędne cytowanie w treści gwarancji wprost przepisów art. 46 ust. 4a oraz art. 46 ust 5 Pzp. Ważne jest, aby dochodzenie przez Zamawiającego roszczeń z tytułu zapłaty wadium nie było utrudnione. W przedmiotowej sprawie Wykonawca M wniósł wadium w formie gwarancji bankowej. W ocenie Zamawiającego złożona gwarancja spełnia wymogi SIWZ i została sporządzona zgodnie z obowiązującym prawem. Gwarancja ta jest nieodwołalna,

bezwarunkowa i płatna na pierwsze żądanie. Nie można uznać za zasadne twierdzeń Odwołującego, że przytoczenie w treści gwarancji przepisu art. 46 ust. 4a Pzp w brzmieniu po nowelizacji Pzp, która weszła w życie w dniu 19 października 2015 r. zawęża i ogranicza uprawnienia Zamawiającego, szczególnie w sytuacji, w której oferta Wykonawcy M została wybrana jako najkorzystniejsza. W ocenie Zamawiającego, porównanie treści art. 46 ust. 4a

Pzp przed nowelizacją i po nowelizacji prowadzi do wniosku, że rzeczywiste uprawnienia do zatrzymania wadium na gruncie znowelizowanego art 46 ust. 4a Pzp, w przedmiotowym stanie faktycznym zostały rozszerzone.

W odpowiedzi na zarzut naruszenia art. 186 ust. 3 Pzp przez zaniechanie wykluczenia z Postępowania Wykonawcy M oraz zaniechanie odrzucenia jego oferty na podstawie przesłanek opisanych w pierwszym odwołaniu, w sytuacji gdy Zamawiający zgodził się z argumentacją Odwołującego uwzględniając odwołanie w całości, co zgodnie ze wskazaną normą nakładało na niego obowiązek wykonania wskazanych czynności zgodnie z żądaniem, Zamawiający wyjaśnił, że unieważnił i powtórzył czynności, które uznał za niezgodne z Pzp. Zgodnie z ustalonym orzecznictwem Izby nowe i powtórzone czynności Zamawiającego w części odbiegającej od żądań odwołującego podlegają ponownej ocenie przez Izbą w ramach uprawnień wykonawcy do złożenia nowego środka ochrony prawnej w postaci odwołania.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpienie zgłosił Wykonawca M wnosząc o oddalenie odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron i uczestnika postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy omówiony w dalszej części uzasadnienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba, wobec spełnienia przez Wykonawcę M (dalej również „Przystępujący") przesłanek określonych przepisem art. 185 ust. 2 Pzp, dopuściła ww. do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze przystępującego po stronie Zamawiającego.

Izba stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp.

I. Zarzut naruszenia przepisu art. 186 ust. 3 Pzp przez niewykonanie wszystkich czynności wynikających z uwzględnionego uprzednio odwołania

Izba ustaliła, że w dniu 23 lutego 2015 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, za którą uznana została oferta Wykonawcy M. Powyższa czynność zaskarżona została odwołaniem wniesionym do Prezesa Izby w dniu 5 marca 2015 r., w którym Odwołujący sformułował zarzuty tożsame, jak w niniejszej sprawie, z wyjątkiem zarzutu związanego z nieuzasadnionym poprawieniem oczywistych omyłek pisarskich. Odwołujący sformułował również tożsame, jak w niniejszej sprawie, żądania co do rozstrzygnięcia odwołania. W dniu 18 marca 2015 r. Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty odwołania, wobec czego postępowanie odwoławcze zostało umorzone postanowieniem Izby

z dnia 18 marca 2015 r. Następnie Zamawiający – pismem z dnia 19 marca 2015 r. – poinformował wykonawców o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzeniu czynności badania i oceny ofert niepodlegających odrzuceniu. W ramach powtórzonej czynności Zamawiający – pismem z dnia 19 marca 2015 r. – zwrócił się do Wykonawcy M o wyjaśnienie treści oferty w zakresie załączonych do niej kosztorysów i – po uzyskaniu wyjaśnień (pismo Wykonawcy M z dnia 23 marca 2015 r.) – poinformował o poprawieniu oczywistych omyłek pisarskich (pismo Zamawiającego z dnia 25 marca 2015 r.) ponownie dokonał wyboru Wykonawcy M.

Izba uznała, że zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie, ponieważ – wbrew zapatrywaniom Odwołującego – przepis art. 186 ust. 3 Pzp nie stanowi samodzielnej materialnoprawnej podstawy uwzględnienia odwołania.

Za przedstawionym zapatrywaniem przemawiają dwa względy. Po pierwsze – komentowany przepis umiejscowiony został w Dziale VI Pzp zawierającym uregulowania dotyczące środków ochrony prawnej, po drugie zaś – nie sposób nie zauważyć, że treść

art. 186 ust. 3 Pzp skorelowana została z jedną z podstaw odrzucenia odwołania wynikającej z art. 189 ust. 2 pkt 5 *in fine* Pzp. Logiczny jest zatem wniosek, że kwestie związane z naruszeniem przez zamawiającego przepisu art. 186 ust. 3 Pzp rozstrzygane są na etapie formalnej kontroli odwołania, bowiem przesądzają o możliwości (bądź jej braku) merytorycznego rozpoznania go przez Izbę. W sytuacji, w której stwierdzone zostanie, że kolejne odwołanie dotyczy czynności wykonanych, powtórzonych, czy też unieważnionych zgodnie z żądaniami zawartymi w uprzednio uwzględnionym odwołaniu nie ma możliwości poddania ich merytorycznej kontroli w postępowaniu odwoławczym. W takim wypadku postępowanie odwoławcze kończy się na etapie posiedzenia niejawnego wydaniem stosownego postanowienia (argument z przepisu art. 189 ust. 3 Pzp). Z kolei jeżeli okoliczności sprawy wskazują, że zamawiający nie uczynił zadość żądaniom uwzględnionego przez niego odwołania, a tym samym naruszył przepis art. 186 ust. 3 Pzp, czynności podjęte przez niego po uznaniu zasadności poprzedniego środka ochrony prawnej, choćby były tożsame z czynnościami uprzednio zaskarżonymi, poczytywać należy za nowe czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, które stanowić mogą podstawę do poddania ich merytorycznej ocenie w postępowaniu odwoławczym.

Jedynie na marginesie można zauważyć, że – wbrew zapatrywaniom Odwołującego – Zamawiający nie był bezwzględnie związany wszystkimi żądaniami zawartymi w uwzględnionym uprzednio odwołaniu. *Ratio legis* instytucji uwzględnienia zarzutów odwołania należy bowiem upatrywać w przywróceniu czynnościom zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zgodności z przepisami Pzp, nie zaś w kreowaniu kolejnych jego naruszeń będących efektem uwzględnienia żądań nie

znajdujących w nich oparcia. Trzeba mieć również na względzie, że uwzględnienie odwołania musi być czynnością racjonalną i przemyślaną, co oznacza, że zamawiający decydując się na nią winien przeanalizować żądania zawarte w odwołaniu i poddać je ocenie przez pryzmat wymagań Pzp. Zamawiający, który pomimo formalnego uwzględnienia odwołania nie czyni zadość wyrażonym w nim oczekiwaniom wykonawcy naraża się zasadniczo na skutek w postaci przedłużenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, bowiem działanie sprzeczne ze złożonym wcześniej oświadczeniem w przedmiocie uwzględnienia odwołania otwiera – jak wspomniano – możliwość merytorycznego rozpoznania w postępowaniu odwoławczym.

II. Zarzut naruszenia przepisu art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp przez zaniechanie wykluczenia Przystępującego z uwagi na niewniesienie wadium do upływu terminu składania ofert

Zgodnie z pkt 8.1 SIWZ Zamawiający wymagał wniesienia wadium w kwocie 600.000,00 zł. W pkt 8.6 SIWZ wskazano, że w przypadku wnoszenia wadium w formie gwarancji powinna ona być co najmniej gwarancją nieodwołalną i płatną na pierwsze żądanie oraz powinna zostać sporządzona zgodnie z obowiązującym prawem, w tym zgodnie z przepisami Pzp.

Przystępujący złożył ofertę, do której załączył gwarancję bankową wystawioną w dniu 29 grudnia 2014 r., w której treści sformułowano jeden z warunków odpowiedzialności gwaranta w ten sposób, że nadano mu brzmienie odpowiadające treści przepisu art. 46 ust. 4a Pzp po nowelizacji, która weszła w życie z dniem 19 października 2014 r.

W powyższych okolicznościach Izba stwierdziła, że zarzut potwierdził się.

Nie była sporna między stronami okoliczność, że do Postępowania miał zastosowanie przepis art. 46 ust. 4a Pzp w brzmieniu sprzed nowelizacji. Postępowanie zostało wszczęte w dniu 16 października 2014 r. Zgodnie z przepisem art. 3 ustawy z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2014.1232) do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego i konkursów wszczętych przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy oraz do odwołań i skarg dotyczących tych postępowań stosuje się przepisy dotychczasowe, z wyjątkiem art. 24 ust. 1 pkt 1 i 1a Pzp.

W konsekwencji oceny wymagało, czy w sytuacji, w której oświadczenie gwaranta zawarte w dokumencie gwarancji referuje wprost do znowelizowanego brzmienia przepisu art. 46 ust. 4a Pzp oferta jest w sposób prawidłowy zabezpieczona wadium, tzn. zabezpieczenie odpowiada warunkom wynikającym z obowiązujących w Postępowaniu przepisów prawa. Izba uznała, że tak niej jest.

Zgodzić można się z Zamawiającym, że zmiana przepisu art. 46 ust. 4a Pzp rozszerzyła przedmiotowy zakres stosowania sankcji w postaci zatrzymania wadium,

przy jednoczesnym ograniczeniu kręgu podmiotów, w stosunku do których sankcja owa może mieć zastosowanie. Nie sposób jednak pominąć i tego skutku zmiany komentowanego przepisu, że odmiennie ukształtowany został ciężar dowodu w zakresie objętych nim przesłanek zatrzymania wadium. Aktualnie to na zamawiającym spoczywa ciężar wykazania, że przyczyny zaistnienia okoliczności ujętych w treści omawianej regulacji leżą po stronie wykonawcy, zatem przepis ten poprawił sytuację wykonawców. Natomiast w poprzednim stanie prawnym, mającym – jak wspomniano – zastosowanie do Postępowania, to na wykonawcy spoczywał obowiązek wykazania, że u podstaw okoliczności uprawniających zamawiającego do zatrzymania wadium nie legły przyczyny leżące po stronie wykonawcy. Wniosek taki nasuwa porównanie poprzedniej i aktualnej treści przepisu art. 46 ust. 4a Pzp.

Nie mógł się przy tym ostać argument Przystępującego, że realizacja gwarancji złożonej na zabezpieczenie jego oferty w Postępowaniu ograniczać będzie się do wezwania gwaranta do zapłaty. Nie można bowiem twierdzić o prawidłowości gwarancji wadialnej li tylko w oparciu o wyrwane z kontekstu fragmenty jej treści, odnoszące się *nota bene* do czysto technicznych aspektów realizacji uprawnień gwarantariusza. Przy dokonywaniu oceny skuteczności zabezpieczenia oferty wadium uwaga zamawiającego powinna być bowiem skoncentrowana na analizie podstaw odpowiedzialności gwaranta.

Reasumując, Izba uznała, że warunki odpowiedzialności gwaranta zostały ukształtowane w treści gwarancji w sposób mniej korzystny, niż to wynika z mającego zastosowanie do Postępowania przepisu art. 46 ust. 4a Pzp w brzmieniu sprzed nowelizacji, co zaktualizowało konieczność wykluczenia Przystępującego z Postępowania z uwagi na niewniesienie wadium.

III. Zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy M z uwagi na okoliczność, że **jej treść nie odpowiada treści SIWZ oraz zarzut naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 1 Pzp przez nieuzasadnione dokonanie poprawienia w ofercie Przystępującego oczywistych omyłek pisarskich**

III.1. Dokonanie różnej wyceny identycznych materiałów w zestawieniach materiałów kosztorysów nr 2.1, 2.1, 3.1, 3.2, 7, 8, 13, 22, 25, 26, 27

W zakresie tego zarzutu stan faktyczny przedstawiony w odwołaniu nie był między stronami sporny.

Zarzut opierał się na udzielonej przez Zamawiającego odpowiedzi na wniosek o wyjaśnienie treści SIWZ (odpowiedź nr 49 lit. b), w której wyraźnie wskazano, że identyczne materiały winny taką samą cenę i na założeniu, że w sytuacji, w której nazwy określonych materiałów są tożsame, to oznaczają identyczne wyroby.

Izba nie uwzględniła przy stanowiska Przystępującego, że nie dokonał pełnego opisu materiałów w załączonych do kosztorysach zestawieniach, gdyby bowiem tak było, to złożona przez niego oferta pozostawałaby w sprzeczności z pkt 12.9 SIWZ, zgodnie z którym Zamawiający wymagał, aby materiały w zestawieniach materiałów opisane były przez wskazanie dokładnej, jednoznacznie identyfikującej cechy/parametru. Poza tym – wbrew zapatrywaniom Wykonawcy M – o braku identyczności materiałów nie może świadczyć fakt ujęcia ich w kosztorysach dotyczących różnego rodzaju robót.

W powyższych okolicznościach Izba stwierdziła, że Przystępujący i Zamawiający nie udowodnili, aby materiały określane identycznymi nazwami oznaczały *de facto* wyroby o różnych właściwościach uzasadniających ich różną wycenę.

W zakresie materiału „beton zwykły z kruszywa naturalnego" argumentacja Zamawiającego i Przystępującego sprowadzała się do twierdzenia, że w ofercie rozróżniono dwa rodzaje betonu na podstawie zawartego w zestawieniach materiałów doprecyzowania „zgodnie z SIWZ". Izba zwróciła uwagę, że Wykonawca M w innych kosztorysach posługiwał się oznaczeniem betonu z konkretną klasą wytrzymałości, choć również mógłby twierdzić, że wystarczające jest dodanie powyższego oznaczenia w celu rozróżnienia dwóch identycznie nazwanych materiałów. Ponadto Przystępujący nie potrafił wskazać, które fragmenty dokumentacji projektowej zawierają dwa różne opisy właściwości betonu zwykłego z kruszywa naturalnego, uzasadniające przyjęcie, że nie ma tu mowy o identycznym materiale budowlanym.'

W odniesieniu do materiału „pianka poliuretanowa" Izba doszła do przekonania,

że Przystępujący – twierdząc o dokonaniu wyceny dwóch różnych rodzajów pianek (instalacyjnej i budowlanej) – usiłował uzupełnić treść oferty, która powinna była się w niej znaleźć w momencie jej złożenia, nie zaś w toku Postępowania, czy na etapie postępowania odwoławczego. Jeżeli rzeczywiście intencją Przystępującego było zaoferowanie wymienionych rodzajów tego wyrobu, to powinien był dać temu wyraz w ofercie. Zdaniem Izby Wykonawca M nie może powoływać się na okoliczność, że pewne wymagania Zamawiającego były dla niego tak oczywiste, że nie zachodziła konieczność uściślenia odnoszących się do nich fragmentów oferty. Jedynie na marginesie można wskazać, że argumentacja taka podważa profesjonalny charakter działalności prowadzonej przez Przystępującego.

Powyższe zapatrywania należy podzielić również w zakresie materiału „zaprawa". Izba stwierdziła dodatkowo, że Przystępujący nie potrafił podać charakterystyki każdego z materiałów budowlanych określonych w kosztorysach mianem „zaprawy" – jeżeli miały one jakieś cechy identyfikujące je (jak chociażby skład, na który powoływał się Zamawiający i Przystępujący), to należało je wskazać w ofercie. Zwrócono przy tym uwagę, że argumentację

Zamawiającego o rzekomym dokonaniu wyceny wielu różnych rodzajów zapraw określanych zbiorczym mianem „zaprawa" przeczy analiza zestawienia materiałów kosztorysie 2.2, gdzie pod poz. 81-87 Wykonawca M wyspecyfikował 7 różnych rodzajów zapraw (obok poz. 80, w której wskazał na materiał „zaprawa"), w tym powoływaną zaprawę cementowo-wapienną (poz. 83), która miała zawierać się w pojęciu „zaprawy".

Ze wskazanych przyczyn Izba uznała, że oferta Przystępującego sprzeczna jest ze sformułowanym przez Zamawiającego wymaganiem, aby identyczne materiały wyceniane były tak samo. Na marginesie zwrócono uwagę, że w taki sam sposób została oceniona oferta wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Inżynieria Rzeszów S.A. i Trakcja PRKiL S.A., której powodem odrzucenia było właśnie dokonanie różnej wyceny identycznie nazwanych materiałów.

Odmiennie należało natomiast ocenić kwestię identyczności materiału „tłuczeń". Porównanie fragmentów kosztorysu wskazanych w odwołaniu prowadzi do wniosku, że – po pierwsze – materiały nie nosiły tej samej nazwy, a po drugie – w odniesieniu do jednego z nich dokonano jego parametryzacji przez wskazanie uziarnienia, czego brakuje w opisie drugiego z materiałów. Można mieć ewentualnie wątpliwość, czy drugi z materiałów został wystarczająco szczegółowo opisany, ale zarzut taki nie został postawiony.

W konsekwencji Izba uznała zarzut w powyższym zakresie za nieuzasadniony.

III.2. Brak wyceny pozycji 6 d.1 w kosztorysie ofertowym nr 39

W zakresie tego zarzutu Izba stwierdziła, że stan faktyczny przedstawiony w odwołaniu nie był sporny.

Analiza poz. 6 d.1 w kosztorysie ofertowym nr 39 w ofercie Przystępującego prowadzi do wniosku, że w poz. „Nakłady", „Koszt jedn.", „R", „M", „S" nie wskazał żadnych wartości, a dopiero w podsumowaniu tej pozycji w trzech ostatnich kolumnach wpisał wartości „0.00".

Odwołujący opierał zarzut na postanowieniach pkt 12.3, 12.5 i 12.6 SIWZ, w treści których szczegółowo opisany został sposób przygotowania wyceny, jak i sporządzania kosztorysów ofertowych. Wynikało z nich m.in., że należało podać ceny jednostkowe netto oraz wartości netto wszystkich pozycji wymienionych w przedmiarach robót, z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku oraz przy zachowaniu kolejności wynikających z przedmiarów, zaś odstępstwo od tych zasad wymagało zgody Zamawiającego.

W konsekwencji Izba stwierdziła, że zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie, ponieważ opierał się wyłącznie na twierdzeniu o odmiennym od wymaganego sposobie prezentacji informacji w treści oferty. Zakwestionowany element kosztorysu ofertowego nie tyle został pominięty (niewyceniony), ile zaoferowany nieodpłatnie i w taki właśnie sposób Izba

oceniła argumentację Zamawiającego o braku przepisu zabraniającego wyceny pozycji kosztorysu na „0 zł" (choć można mieć wątpliwość, czy w takiej sytuacji rzeczywiście mamy do czynienia z ceną w rozumieniu przepisów odrębnych). Skład orzekający wyraża jednak zapatrywanie, że zaoferowanie niewielkiej części świadczenia nieodpłatnie, gdyż tak należy tłumaczyć sens posługiwania się „ceną" „0 zł" nie przeczy odpłatnemu charakterowi umowy w sprawie zamówienia publicznego, a odstępstwo co do formy oferty nie może uzasadniać jej

odrzucenia na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Jedynie na marginesie dodać można, że twierdzenie, jakoby jednym z powodów odrzucenia oferty wykonawcy BUDIMEX S.A. było pominięcie wyceny niektórych pozycji w kosztorysach ofertowych nie może przekładać się automatycznie na konieczność odrzucenia oferty Przystępującego; Izba nie rozpoznawała bowiem poprawności decyzji Zamawiającego względem oferty wykonawcy BUDIMEX S.A.

III.3. Brak wyceny pozycji 14 i 16 w kosztorysie nr 6.3

Izba stwierdziła, że strony nie toczyły sporu wokół wymagania Zamawiającego wynikającego z przedmiaru robót, różniła je natomiast ocena treści oferty Wykonawcy M w kontekście jej zgodności w tym zakresie z postanowieniami SIWZ (dokumentacji projektowej).

Odwołujący zarzucał w odwołaniu, że w ofercie Przystępującego „[…]nie wyceniono ani nie uwzględniono betonu klasy B-45, albo prefabrykatu w którym znajdowałaby się kineta[…]", a na rozprawie odniósł się do wyjaśnień Wykonawcy M z dnia 16 i 23 marca 2015 r. twierdząc, że na rynku funkcjonują wyroby o nazwie handlowej studnie betonowe z kinetą, ale nie ma wyrobów o nazwie kręgi betonowe z kinetą, na których zaoferowanie w złożonych wyjaśnieniach powoływał się Przystępujący.

Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się z uwagi na nieudowodnienie okoliczności, na których został on oparty. Trzeba mieć na względzie, że z przepisu art. 190 ust. 1 Pzp wynika kontradyktoryjny charakter postępowania odwoławczego, co niejako wymusza na jego stronach i uczestnikach przejawianie aktywnej postawy w toku postępowania dowodowego wyrażającej się naprowadzaniem dowodów na poparcie twierdzeń, z których wywodzą skutki prawne. Niezgodność treści oferty z postanowieniami SIWZ podniesiona została przez Odwołującego, zatem na nim spoczywał obowiązek dowodowy. Zarzut Odwołującego można w istocie sprowadzić do twierdzenia, że w omawianych pozycjach kosztorysu nr 6.3 nie pojawia się słowo „kineta", czego nie można utożsamiać z zaoferowaniem wyrobu niezgodnego z SIWZ.

III.3. Brak wyceny pozycji 30 w kosztorysie ofertowym nr 8

Tytułem wstępu Izba wskazuje, że zarzut ten należy rozpatrywać w kategoriach zaoferowania szyn kolejowych niespełniających wymogów SIWZ. Chociaż zarzut odwołania (pkt 3 *petitum)* dotyczył braku wyceny wzmiankowanego wyrobu, tym niemniej z jego uzasadnienia wynikało, że Odwołujący kwestionuje nie tyle pominięcie określonych pozycji kosztorysu ofertowego, ile zaoferowanie w nich niewłaściwego wyrobu.

Ustalono, że stan faktyczny przedstawiony w odwołaniu nie był sporny. Bezsprzecznie wymaganiem Zamawiającego, potwierdzonym odpowiedzią na wniosek o wyjaśnienie treści SIWZ nr 96, było zaoferowanie szyn kolejowych typu 49E1 ze stali R350HT, podczas gdy Przystępujący zaoferował szyny typu 49E1 ze stali R260. Wykonawca M nie mógł następnie twierdzić, że oczywiste wydało mu się, że tam gdzie konieczne jest zastosowanie szyny o podwyższonej wytrzymałości (stal R350HT) materiał taki zostanie zastosowany, ani też sanować tej niezgodności oferty ogólnym oświadczeniem, że zgodnie z dokumentacją projektową zaoferował wyrób zgodny z SIWZ, ponieważ nie wynika to z treści oferty. Wskazuje ona, że Przystępujący zaoferował wyłącznie jeden rodzaj szyn, tj. taki, który nie spełniał oczekiwań Zamawiającego.

Zarzut zasługiwał na uwzględnienie.

W ocenie Izby Zamawiający, uwzględniając złożone mu wyjaśnienia (pismo Przystępującego z dnia 23 marca 2015 r.), dokonał nieuprawnionej ingerencji w treść złożonego mu oświadczenia woli. Jakkolwiek Zamawiający był uprawniony do wezwania Przystępującego do wyjaśnienia treści oferty, to na ich podstawie nie powinien był wnioskować, że ma do czynienia z oczywistą omyłką pisarską; już samo wezwanie do wyjaśnienia treści oferty przeczy oczywistemu charakterowi omyłki – oczywista omyłka to taka, której popełnienie narzuca się *prima facie,* a jej poprawienie nie wymaga odwoływania się do wiedzy podmiotu, który ją popełnił. Ponadto zaoferowanie innego niż wymaganego wyrobu nie tylko nie spełnia wymogów oczywistości, ale również pisarskiego charakteru omyłki, czyli niezamierzonej niedokładności, z którą mielibyśmy do czynienia, przykładowo, w sytuacji, w której doszłoby do pominięcia w oznaczeniu wyrobu poszczególnych liter, cyfr, bądź do przestawienia ich kolejności (w sposób powodujący, że oznaczenie nie wskazywałoby na istniejący wyrób).

W następstwie powyższego rozważenia wymagała sygnalizowana przez Wykonawcę M możliwość poprawienia ww. omyłki w trybie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, bowiem – jak słusznie argumentował Zamawiający – ewentualna nieprawidłowa kwalifikacja omyłki nie mogłaby stanowić podstawy uwzględnienia odwołania z uwagi na brak wpływu takiego naruszenia Pzp na wynik Postępowania.

Trafnie wprawdzie argumentował Zamawiający odwołując się do *ratio legis* komentowanego przepisu, że jego celem było zapobieżenie konieczności odrzucania ofert z powodu nieistotnych niedociągnięć. Izba stwierdziła jednak, że ze względu na otwarty katalog innych omyłek podlegających poprawieniu w tym trybie oraz na okoliczność, że dokonywanie takich operacji na ofertach wykonawców jest wyjątkiem od zasady niezmienności ich treści po upływie terminu składania ofert, przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp nie należy interpretować liberalnie. Oznacza to, co do zasady, że poprawienie innej omyłki możliwe powinno być w oparciu o treść oferty, a ewentualne wyjaśnienie wykonawcy – ograniczać mają się do wskazania, w którym miejscu oferty należy poszukiwać odpowiednich do poprawienia omyłki informacji. W odniesieniu do rodzaju szyn Zamawiający i Przystępujący nie wykazali, że możliwość taka istniała, wobec czego Izba nie przychyliła się do stanowiska Zamawiającego, że miał on do czynienia z omyłką z przepisu art. 87 ust. 2 pkt3 Pzp.

III.4. Brak wyceny pozycji 12 w kosztorysie ofertowym nr 6.3

Także w zakresie powyższego zarzutu stan faktyczny nie był sporny. Ponadto Izba przyjęła analogiczną interpretację tego zarzutu, jaką wyrażono przy okazji omówienia zarzutu z pkt III.4 uzasadnienia niniejszego wyroku.

Również w tym przypadku należało stwierdzić, że Zamawiający – z podanych w pkt III.4 przyczyn – nie miał do czynienia z oczywistą omyłką pisarską, tym niemniej Izba uznała, że omyłka taka podlegała poprawieniu w trybie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Zarzut nie potwierdził się.

Izba uznała, że Przystępujący wykazał, iż istota omyłki tkwiła w różnicy pomiędzy opisem ogólnym, a opisem szczegółowym w poz. 12 kosztorysu ofertowego nr 6.3. Tym samym, uwzględniając argumentację przedstawioną powyżej, uznała, że możliwe było poprawienie tej omyłki w sposób, w jaki zrobił to Zamawiający. Co więcej, jak wspomniano, błędna identyfikacja rodzaju popełnionej omyłki nie mogła mieć wpływu na wynik Postępowania.

IV. Pozostałe zarzuty – naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp, art. 91 ust. 1 Pzp i art. 7 ust. 1 i 3 Pzp

Konsekwencją potwierdzenia się części zarzutów omówionych w pkt II-III uzasadnienia niniejszego wyroku musiało być uznanie, że uwzględnić należało również zarzuty oparte na ww. przepisach. Skoro bowiem Przystępujący powinien być wykluczony z Postępowania, to złożona przez niego oferta powinna zostać uznana za odrzuconą. Nie mogło również dojść do uznania oferty Wykonawcy M za najkorzystniejszą, skoro nie powinna ona być w ogóle badana (z uwagi na konieczność wykluczenia Przystępującego), a – niejako niezależnie od tego – również odrzucona. Opisane w uzasadnieniu uchybienia Zamawiającego prowadzą

także do wniosku, że Postępowanie nie było prowadzone z poszanowaniem zasad określonych przepisem art. 7 ust. 1 Pzp, wobec czego doszło do udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z Pzp.

V. Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 1 i 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U.2010.41.238).

Mając na uwadze powyższe orzeczono, jak w sentencji.

Przewodniczący:……