

Sygn. akt: KIO 484/12

Sygn. akt: KIO 493/12

WYROK
z dnia 27.03.2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff
Członek: Piotr Kozłowski
Sylwester Kuchnio

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **22.03.2012 r.** odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu **12.03.2012 r.** przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego **Konsorcjum firm: 1) Dorbud SA (Lider), 2) Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Budowlane „INFRA” Sp. z o.o. (Partner), z adresem dla siedziby lidera konsorcjum: ul. Zagnańska 153, 25-563 Kielce** (sygn. akt: KIO 484/12)
- B. w dniu **12.03.2012 r.** przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego **Konsorcjum firm: 1) Przedsiębiorstwo Budownictwa Górniczego i Energetycznego „EGBUD” Sp. z o.o. (Lider), 2) Wrocławskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Nr 2 „WROBIS” SA (Partner), z adresem dla siedziby lidera konsorcjum: ul. Młodych Energetyków 3, 359-916 Bogatynia** (sygn. akt: KIO 493/12)

w postępowaniu prowadzonym przez **Przedsiębiorstwo Wodociągowo-Kanalizacyjne „Płonia” Sp. z o.o., ul. Fabryczna 5, 74-320 Barlinek**

przy udziale:

- A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego **Konsorcjum firm: 1) Przedsiębiorstwo Budownictwa Górniczego i Energetycznego „EGBUD” Sp. z o.o. (Lider), 2) Wrocławskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Nr 2 „WROBIS” SA (Partner)** z adresem dla siedziby lidera konsorcjum: ul. Młodych Energetyków 3, 359-916 Bogatynia oraz wykonawcy **CTE CARBOTECH ENGINEERING SA, al. Wojska Polskiego 62, 70-477 Szczecin** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: **KIO 484/12** po stronie zamawiającego
- B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego **Konsorcjum firm: 1) Dorbud SA (Lider), 2) Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Budowlane „INFRA” Sp. z o.o. (Partner), z adresem dla siedziby lidera konsorcjum: ul. Zagnańska 153, 25-563 Kielce** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: **KIO 493/12** po stronie odwołującego
- C. wykonawcy **CTE CARBOTECH ENGINEERING SA, al. Wojska Polskiego 62, 70-477 Szczecin** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: **KIO 493/12** po stronie zamawiającego

orzeka:

1 A. Oddala odwołanie wniesione przez Konsorcjum firm: 1) Dorbud SA (Lider), 2) Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Budowlane „INFRA” Sp. z o.o. (Partner), z adresem dla siedziby lidera konsorcjum: ul. Zagnańska 153, 25-563 Kielce,

1 B. Uwzględnia odwołanie wniesione przez Konsorcjum firm: 1) Przedsiębiorstwo Budownictwa Górniczego i Energetycznego „EGBUD” Sp. z o.o. (Lider), 2) Wrocławskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Nr 2 „WROBIS” SA (Partner), z adresem dla siedziby lidera konsorcjum: ul. Młodych Energetyków 3, 359-916 Bogatynia i nakazuje unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert i nakazuje w jej ramach dokonanie poprawy oferty CTE CARBOTECH ENGINEERING SA, al. Wojska

Polskiego 62, 70-477 Szczecin w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp przez ustalenie i uzupełnienie cen jednostkowych kosztorysu ofertowego ww. Wykonawcy w branży „Roboty elektryczne – OB.42,31. Dział VI TEREN+OBIEKT 42,31” w sposób wskazany w uzasadnieniu, z uwzględnieniem okoliczności i wynikających z nich konsekwencji w nim wskazanych,

2

2. kosztami postępowania obciąża **Konsorcjum firm: 1) Dorbud SA (Lider), 2) Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Budowlane „INFRA” Sp. z o.o. (Partner), z adresem dla siedziby lidera konsorcjum: ul. Zagnańska 153, 25-563 Kielce i CTE CARBOTECH ENGINEERING SA, al. Wojska Polskiego 62, 70-477 Szczecin i:**

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **40 000 zł 00 gr** (słownie: czterdzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Konsorcjum firm: 1) Dorbud SA (Lider), 2) Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Budowlane „INFRA” Sp. z o.o. (Partner), z adresem dla siedziby lidera konsorcjum: ul. Zagnańska 153, 25-563 Kielce i Konsorcjum firm: 1) Przedsiębiorstwo Budownictwa Górniczego i Energetycznego „EGBUD” Sp. z o.o. (Lider), 2) Wrocławskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Nr 2 „WROBIS” SA (Partner), z adresem dla siedziby lidera konsorcjum: ul. Młodych Energetyków 3, 359-916 Bogatynia** tytułem wpisów od odwołań,

2.2. zasądza od **CTE CARBOTECH ENGINEERING SA, al. Wojska Polskiego 62, 70-477 Szczecin** na rzecz **Konsorcjum firm: 1) Przedsiębiorstwo Budownictwa Górniczego i Energetycznego „EGBUD” Sp. z o.o. (Lider), 2) Wrocławskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Nr 2 „WROBIS” SA (Partner), z adresem dla siedziby lidera konsorcjum: ul. Młodych Energetyków 3, 359-916 Bogatynia** kwotę **20 200 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy dwieście złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu kosztów wpisu oraz noclegu w związku z wyznaczonym posiedzeniem Izby;

2.3. zasądza od **CTE CARBOTECH ENGINEERING SA, al. Wojska Polskiego 62, 70-477 Szczecin** na rzecz **Przedsiębiorstwa Wodociągowo-Kanalizacyjne „Płonia” Sp. z o.o., ul. Fabryczna 5, 74-320 Barlinek** kwotę **4 696 zł 69 gr** (słownie: cztery tysiące sześćset dziewięćdziesiąt sześć złotych sześćdziesiąt dziewięć groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz biletu lotniczego, czyli dojazdu.

3

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 Szczecinie**.

Przewodniczący:

.....

Członek:

.....

.....

4

Sygn. akt: KIO 484/12

Sygn. akt: KIO 493/12

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu

nieograniczonego na roboty budowlane pn. „Uporządkowanie gospodarki wodno-ściekowej na terenie aglomeracji Barlinek, gmina Barlinek. Kontrakt 1: Przebudowa oczyszczalni ścieków w Barlinku” (znak sprawy: PWK/JRP/ZP/06/2010), zostało wszczęte przez Przedsiębiorstwo Wodociągowo-Kanalizacyjne „Płonia” Sp. z o.o., ul. Fabryczna 5, 74-320 Barlinek zwane dalej: „Zamawiającym”, ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2011/S 162-267446 z 25.08.2011 r. z tym, że w dniu 19.08.2011 r. przekazał niniejsze ogłoszenie Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej oraz zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie na tablicy ogłoszeń oraz na swojej stronie internetowej, na której zamieścił również Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia zwaną dalej: „SIWZ”.

W dniu 02.03.2012 r. (faxem) Zamawiający przekazał ponowne zawiadomienie o rozstrzygnięciu postępowania informując o wyborze oferty firmy: CTE CARBOTECH ENGINEERING S.A., al. Wojska Polskiego 62, 70-477 Szczecin zwany dalej: „CTE CARBOTECH ENGINEERING SA” albo „Przystępującym w sprawie o sygn. akt: KIO 484/12 oraz o sygn. akt: KIO 493/12”, drugą pozycję w rankingu złożonych ofert zajęła oferta Konsorcjum firm: 1) Przedsiębiorstwo Budownictwa Górniczego i Energetycznego „EGBUD” Sp. z o.o. (Lider), 2) Wrocławskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Nr 2 „WROBIS” SA (Partner), z adresem dla siedziby lidera konsorcjum: ul. Młodych Energetyków 3, 359-916 Bogatynia zwane dalej: „Konsorcjum EGBUD-WROBIS” albo „Odwołującym w sprawie o sygn. akt: KIO 493/12” albo „Przystępującym w sprawie o sygn. akt: KIO 484/12”, zaś trzecią ofertą Konsorcjum firm: 1) Dorbud SA (Lider), 2) Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Budowlane „INFRA” Sp. z o.o. (Partner), z adresem dla siedziby lidera konsorcjum: ul. Zagnańska 153, 25-563 Kielce zwana dalej: „Konsorcjum DORBUD-INFRA” albo „Odwołującym w sprawie o sygn. akt: KIO 484/12” albo „Przystępującym w sprawie o sygn. akt: KIO 493/12”.

Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 484/12:

W dniu 12.03.2012 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Konsorcjum DORBUD-INFRA wniosło odwołanie od czynności Zamawiającego z dnia 01.03.2012 r. (informacja 02.03.2012 r.). Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 11.03.2012 r. (faxem).

Zamawiającemu zarzucił:

- 1) dokonanie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej - oferty złożonej przez: CTE Carbotech Engineering Sp. z o.o. - z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, tj. poprzez dokonanie wyboru - jako najkorzystniejszej - oferty, która podlegała odrzuceniu z uwagi na okoliczność, że jej treść nie odpowiadała treści SIWZ;
- 2) zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez Wykonawców: CTE Carbotech Engineering Sp. z o.o. oraz Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Budownictwa Górniczego i Energetycznego EGBUD Sp. z o.o. i Wrocławskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego „WROBIS” S.A. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp - mimo, że treść ofert każdego przez tychże Wykonawców nie odpowiadała treści SIWZ;
- 3) naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp poprzez nierówne traktowanie Wykonawców, którzy złożyli oferty w przedmiotowym postępowaniu. Mając powyższe na względzie wnosil o:
 - 1) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i ponowienia czynności oceny i wyboru ofert;
 - 2) nakazanie Zamawiającemu odrzucenia ofert złożonych przez CTE Carbotech Engineering sp. z o.o. oraz Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Budownictwa Górniczego i Energetycznego EGBUD sp. z o.o. i Wrocławskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego „WROBIS” S.A. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, tj. z uwagi na okoliczność, że treść ofert tychże Wykonawców nie odpowiada treści SIWZ.

Odwołujący upatruje podstawy do wniesienia odwołania w tym, że Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Wykonawcę, która to treść nie odpowiada treści SIWZ. Nadto z tych samych powodów, w ocenie Odwołującego, Zamawiający zaniechał odrzucenia oferty sklasyfikowanej w wyniku ponownej czynności weryfikacji i oceny ofert na drugiej pozycji.

W ocenie Odwołującego zarówno oferta najkorzystniejsza jak również oferta sklasyfikowana na drugiej pozycji nie odpowiadają treści SIWZ w zakresie zaoferowanego przez tychże Wykonawców urządzenia opisanego w załączniku nr 7 dla obiektu nr 15 i 16, tj. pompy osadu nadmiernego. W obu wypadkach zaoferowano w pozycji III.2 dla obiektu 15 i 16 identyczną pompę osadu nadmiernego tj. pompę o symbolu: AMAREX NF 65-

170/032ULG-128. Zaoferowana pompa nie posiadała parametrów minimalnych określonych przez Zamawiającego w SIWZ, tj. Q- 60 l/s i H-8.5, co zostało potwierdzone także w treści udzielonych przez Wykonawców wyjaśnień, będących reakcją na skierowane przez Zamawiającego zapytania w trybie art. 87 ust. 1 Pzp.

Wykonawca CTE Carbotech Engineering sp. z o.o., na pytanie Zamawiającego, czy przedmiotowa pompa posiada parametry Q i H wymagane przez Zamawiającego jednoznacznie odpowiedział, że urządzenie opisane w załączniku nie spełnia tychże parametrów. Wykonawca jednocześnie, powołując się na omyłkę, o której mowa w art. 87

ust. 2 pkt 3 Pzp podał w wyjaśnieniach nowy symbol urządzenia, które dotychczas nie zostało wskazane w załączniku nr 7 przez Wykonawcę, a które to urządzenie posiadało wymagane przez Zamawiającego parametry Q i H, i jednocześnie posiadało wyższą moc w stosunku do mocy wskazanej dla pompy osadu nadmiernego (pierwotna moc 3 kW, obecnie wskazane urządzenie - moc 9 kW), wzywając jednocześnie Zamawiającego do poprawienia w tym zakresie załącznika nr 7. Wykonawca do wyjaśnień załączył kartę katalogową urządzenia, którego symbolikę wskazał w wyjaśnieniach. Wyjaśnienia udzielone przez CTE Carbotech Engineering sp. z o.o. w sposób jednoznaczny wskazują, że zaoferowana w ofercie przez tegoż Wykonawcę pompa (o symbolice wskazanej w załączniku nr 7 do Oferty) nie posiadała parametrów Q i H wymaganych przez Zamawiającego. Pompa ta odpowiadała parametrowi N określonego przez Zamawiającego, który to jednak parametr nie miał charakteru stałego i mógł zostać zmieniony przez Wykonawców w ramach zaoferowanego przez nich urządzenia, co z kolei miało wpływ na ocenę oferty.

Odwołujący także stwierdził, że wyjaśnienia udzielone Zamawiającemu w zakresie tego samego urządzenia przez Konsorcjum EGBUD-WROBIS potwierdzają, że zaoferowane przez tego Wykonawcę urządzenie nie posiada parametrów Q i H wymaganych przez Zamawiającego. Z ich treści Zamawiający mógł w sposób oczywisty wywieść, że pompa o symbolice zaoferowanej w załączniku nr 7 nie posiadała wymaganych przez Zamawiającego parametrów Q i H.

Odwołujący uzasadniając stanowisko, iż z uwagi na zaoferowaną przez Wykonawców pompę, która nie odpowiadała parametrom Q i H wymagany przez Zamawiającego, treść ofert tychże Wykonawców nie odpowiadała treści SIWZ, co skutkowało powinno odrzuceniem tychże ofert, pragnie w pierwszej kolejności powtórzyć za KIO, iż Zamawiający w załączniku nr 7 opisując wymagania w zakresie oczekiwanych urządzeń objętych przedmiotem zamówienia określił dwie kategorie parametrów: parametry zmienne (N) oraz parametry niezmiennicze, które musiały być bezwzględnie spełnione przez urządzenia zaoferowane przez Wykonawców (Q i H). Taką interpretację treści załącznika nr 7 znaleźć można w orzeczeniu KIO z dnia 03.02.2012 r.

Interpretację powyższą potwierdza także zachowanie Zamawiającego w podejmowanych przez niego czynnościach weryfikacji ofert, który to wyjaśniał w trybie art. 87 ust. 1 Pzp wszystkie rozbieżności odnoszącego się do parametrów Q i H zidentyfikowane w ofertach w stosunku do wartości tych parametrów określonych (zadanych) przez Zamawiającego w SIWZ.

Powyższe doprowadziło Odwołującego do uzasadnionego przekonania, że każda rozbieżność w ofertach Wykonawców odnosząca się do wartości Q i H wskazanych w przez Zamawiającego jako parametry niezmiennicze, bezwzględnie wymagane dla zaoferowanych urządzeń, stanowi o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, a w konsekwencji prowadzić

powinna do odrzucenia tychże ofert, w których przedmiotowe rozbieżności/niezgodności występowały.

Odwołujący podkreślił, że zarówno wyjaśnienia udzielone przez CTE Carbotech Engineering sp. z o.o., jak również Konsorcjum EGBUD –WROBIS nie znajdują w ocenie Odwołującego podstaw do uznania, że oferty tychże Wykonawców, mimo niezgodności ich treści z SIWZ są poprawne i nie podlegają odrzuceniu.

W pierwszej kolejności Odwołujący negatywnie odnosi się do zasugerowanej przez CTE Carbotech Engineering sp. z o.o. konieczności poprawienia oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, poprzez zastąpienie dotychczas wskazanego w ofercie urządzenia *de facto* nowym urządzeniem o innych parametrach, odpowiadającym urządzeniu opisanemu w załączonej do wyjaśnień karcie katalogowej. W ocenie Odwołującego Wykonawca prowadził z Zamawiającym zakazane w myśl regulacji z art. 87 ust. 1 Pzp negocjacje

i w trakcie wyjaśnień dokonywał zmian w treści oferty, które to zmiany są zabronione. Wreszcie zasugerowana przez Wykonawcę zmiana, która w jego ocenie kwalifikowała się do poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp zdaniem Odwołującego nie mogła zostać dokonana z uwagi na jej charakter. W ocenie Odwołującego poprawienie oferty Wykonawcy w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, prowadzące w efekcie do zmiany dotychczas zaofferowanego urządzenia, prowadziłoby do istotnej zmiany w treści oferty. Powyższe stanowisko Odwołującego, odnoszące się do zakazu poprawiania w treści załącznika nr 7 omyłek, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, prowadzących w efekcie do zmiany zaofferowanego urządzenia, znajduje potwierdzenie w wyroku KIO z dnia 03.02.2012 r., który zapadł w przedmiotowym postępowaniu.

Nadto, Odwołujący nie podzielił stanowiska wyrażonego w wyjaśnieniach Konsorcjum EGBUD-WROBIS, w których to Wykonawca powołał się na postanowienia projektu wykonawczego, które w jego ocenie pozwalały zaofferować urządzenie o parametrach Q i H innych niż tego wymagał Zamawiający w załączniku nr 7. Odwołujący podkreślił, że to Zamawiający jest gospodarzem postępowania i on zatwierdza dokumentację. Zamawiający decyduje także jakie parametry mają posiadać zaofferowane przez wykonawców urządzenia, szczególnie, że obowiązkiem Zamawiającego jest zapewnienie porównywalności ofert. Zamawiający władny jest zatem oczekiwać od Wykonawców spełnienia konkretnych wymogów niż te wynikające z ogólnej opisowej części dokumentacji projektowej. Z dokumentacji projektowej (co potwierdza pismo projektanta przedłożone podczas rozprawy przed KIO w sprawie o sygn. akt: KIO 120/12 i 143/12) może wynikać, że kilka urządzeń w parametrach określonych jako od do będzie spełniało wymagania dokumentacji projektowej. Jednakże przy wprowadzeniu przez Zamawiającego dodatkowego kryterium oceny ofert - jakim było odniesienie się do zadanych parametrów - dowolność Wykonawców w oferowaniu tychże urządzeń doprowadziłaby do niemożności oceny ofert zgodnie

z regułami prawa zamówień publicznych. Jeśli zdaniem Wykonawcy jakiegokolwiek kwestie w dokumentacji opracowanej przez Zamawiającego pozostawały ze sobą sprzeczne lub wzbudzały wątpliwości to wykonawcy mogli korzystać z instytucji pytań i odpowiedzi do SIWZ, które w przedmiotowym postępowaniu nie zostały zadane w zakresie parametrów dotyczących przedmiotowej pompy.

Odwołujący stoi na uzasadnionym stanowisku, że do czasu, gdy Zamawiający nie dokona modyfikacji SIWZ wiążące dla wszystkich wykonawców są te postanowienia, które zostały przekazane Wykonawcom w SIWZ przez Zamawiającego. Odmienne interpretacja stanowiłaby rażące naruszenie zasady równego traktowania, wywodzącej się z treści art. 7 PZP. Powyższe twierdzenia Odwołującego znajdują potwierdzenie w czynnościach Zamawiającego dokonywanych w Postępowaniu na etapie wyjaśnień treści SIWZ. Zamawiający konsekwentnie w odpowiedziach na pytania Wykonawców wyjaśniał: „Zamawiający przypomina, iż Wykonawcy nie mogą wprowadzać samodzielnie zmian do ww. załącznika (Załącznika nr 7 - dopisek Odwołującego)”.

Odwołujący stwierdził, że nie można podzielić stanowiska, jakoby Wykonawcy mogli dowolnie wprowadzać zmiany do przekazanej przez Zamawiającego dokumentacji lub dowolnie interpretować postanowienia dokumentacji, które w ocenie Wykonawców są ze sobą sprzeczne i wywodzić dla siebie pozytywne skutki tylko z tych postanowień, które są w danej sytuacji dla wykonawcy korzystniejsze.

Mając powyższe na względzie, w ocenie Odwołującego, oferty złożone przez obu Wykonawców podlegały odrzuceniu, bowiem ich treść (z uwagi na odmienne od wymaganych parametry Q i H pompy) nie odpowiadała treści SIWZ. Wynika to jednoznacznie z treści załącznika 7 oraz zostało potwierdzone w wyniku udzielonych przez Wykonawców wyjaśnień. Zamawiający powtórnie weryfikując oferty, już przez pryzmat orzeczenia KIO, które to orzeczenie usystematyzowało zasady jakimi winien się kierować Zamawiający przy ocenie ofert w tym w szczególności załącznika nr 7, zaniechał odrzucenia tychże ofert, w efekcie czego jako najkorzystniejsza została wybrana oferta, która winna zostać odrzucona. Nadto Zamawiający bezprawnie pozostawił w postępowaniu także ofertę, sklasyfikowaną jak drugą, mimo, że oferta ta zawierała identyczne uchybienia jak oferta wybrana jako najkorzystniejsza.

Dodatkowo Odwołujący wskazał, że w ofertach złożonych przez obu Wykonawców występują uchybienia w zakresie sporządzanego na etapie składania oferty harmonogramu realizacji zamówienia, których skala oraz rodzaj również w ocenie Odwołującego dają podstawę do uznania, że oferty w tym zakresie podlegają odrzuceniu.

Wykonawcy - w częściowo samodzielnie wypełnianych przez siebie harmonogramach - zaproponowali terminy pozyskania w imieniu Zamawiającego pozwolenia na użytkowanie obiektu, które w ocenie Odwołującego uniemożliwiają przeprowadzenie rozruchu

technologicznego obiektów w terminach wskazanych przez Zamawiającego. Według wiedzy i doświadczenia Odwołującego rozruch na inwestycji jak objęta przedmiotem zamówienia trwa około dwa miesiące, tymczasem obaj Wykonawcy wskazali w harmonogramie, że uzyskają pozwolenia na użytkowanie w terminach odpowiadających terminom oznaczonym przez Zamawiającego jako terminy na przeprowadzenie rozruchu technologicznego. Kolejność przeprowadzenia działań związanych z uzyskaniem pozwolenia na użytkowanie oraz przeprowadzeniem rozruchu zostały jednoznacznie potwierdzone przez Zamawiającego w specyfikacji ST11 pkt. 5.2.4 str. 7 oraz jednoznacznie potwierdzona w treści odpowiedzi z dnia 14.10.2011r. znak pisma 859/JRP/TB/2011 nr 8 udzielonej przez Zamawiającego w trybie art. 38 ust. 2 Pzp.

CTE Carbotech Engineering sp. z o. o.:

Uzyskanie w imieniu Zamawiającego pozwolenia na użytkowanie Do 30.12.2012 obiektów wchodzących w skład I etapu przebudowy oczyszczalni

Rozruch technologiczny obiektów wchodzących w skład I etapu Do 30.12.2012 r. przebudowy oczyszczalni

Konsorcjum: EGBUD-WROBIS

Uzyskanie w imieniu Zamawiającego pozwolenia na użytkowanie 30.04.2013 obiektów wchodzących w skład II etapu przebudowy oczyszczalni

Rozruch technologiczny obiektów wchodzących w skład II etapu Do 30.04.2013 r. przebudowy oczyszczalni

W ocenie Odwołującego sposób oznaczenia przez Wykonawców terminów w harmonogramie w zakresie pozyskania pozwolenia na użytkowanie pozostaje niezgodny z SIWZ (w tym w szczególności z Instrukcją Rozruchu - stanowiącą załącznik do SIWZ) oraz z udzielonym przez Zamawiającego odpowiedziami na pytania Wykonawców. Nadto pozyskanie przez Wykonawców pozwolenia na użytkowanie w terminach oznaczonych w harmonogramie uniemożliwia mu przeprowadzenie rozruchu w terminie oznaczonym przez Zamawiającego.

Zamawiający w dniu 13.03.2012 r. wezwał faxem w trybie art. 185 ust.1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) zwanej dalej: „Pzp” uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 16.03.2011 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu za skrzynki podawczej) pośrednictwem elektronicznej *Konsorcjum EGBUD-WROBIS* zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

W dniu 16.03.2012 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO), CTE CARBOTECH ENGINEERING S.A. zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

W dniu 15.03.2012 r. (faxem, 16.03.2012 r. pisemnie) Zamawiający wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedź na odwołanie, w której stwierdził, że uwzględni odwołanie. Kopia została przekazana Odwołującemu.

W dniu 19.03.2012 r. (faxem) Prezes KIO wezwał Konsorcjum EGBUD-WROBIS oraz CTE CARBOTECH ENGINEERING SA na podstawie § 13 ust. 2 pkt 3 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22.03.2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2010 r., Nr 48, poz. 280) do złożenia oświadczenia w przedmiocie wniesienia sprzeciwu, w terminie 3 dni.

W dniu 20.03.2012 r. (faxem, 21.03.2012 r. pisemnie) CTE CARBOTECH ENGINEERING SA na podstawie art. 186 ust.3-5 Pzp wniosła sprzeciw od uwzględnienia odwołania przez Zamawiającego. Kopia sprzeciwu nie została przekazana Zamawiającemu.

W dniu 22.03.2012 r. wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu za skrzynki podawczej) pośrednictwem elektronicznej Konsorcjum EGBUD-WROBIS na podstawie art. 186 ust.3-5 Pzp wniosło sprzeciw od uwzględnienia odwołania przez Zamawiającego. Kopia sprzeciwu nie została przekazana Zamawiającemu.

Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 493/12:

W dniu 12.03.2012 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu za skrzynki podawczej) pośrednictwem elektronicznej Konsorcjum EGBUD-WROBIS wniosło odwołanie od czynności Zamawiającego z dnia

01.03.2012 r. (informacja 02.03.2012 r.). Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 12.03.2012 r. (faxem).

na podstawie art. 180 ust. 1 w związku z art. 179. Zaskarżonej decyzji zarzucam: naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2) i 6) ustawy PZP - poprzez nieodrzućenie oferty nr 4 (zwanej w treści niniejszego pisma „Ofertą nr 4”), złożonej przez CTE Carbotech Engineering sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie, podczas, gdy oferta ta pozostawała niezgodna z treścią SIWZ i zawierała błędy w obliczeniu ceny. W przypadku uwzględnienia odwołania, Odwołujący wnoszą o:

- I. unieważnienie decyzji Zamawiającego z dnia 01.03.2012 r. o wyborze jako najkorzystniejszej Oferty nr 4 złożonej przez CTE Carbotech Engineering sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie,
- II. odrzucenie Oferty nr 4 złożonej przez CTE Carbotech Engineering sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie,
- III. nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownego badania i oceny złożonych ofert, z uwzględnieniem skutków czynności wnioskowanych w pkt I do III powyżej i dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej;
- IV. przeprowadzenie dowodu z akt postępowania.

Odwołujący wskazywał, iż zgodnie z treścią art. 82 ust. 3 Pzp, treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Na podstawie treści przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2) i 6) Pzp, Zamawiający pozostawał zobowiązany do odrzucenia oferty, jeśli treść oferty nie odpowiada treści SIWZ (pkt 2) lub zawiera błędy w obliczeniu ceny (pkt 6). Odwołujący podnosi, iż Zamawiający bezpodstawnie nie dokonał odrzucenia Oferty nr 4 złożonej przez CTE Carbotech Engineering sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie, mimo zaistnienia błędu w obliczeniu ceny ofertowej. W toku postępowania Zamawiający modyfikował treść dokumentacji przetargowej, w tym treść SIWZ. W treści odpowiedzi na pytania z dnia 02.11.2011 r., Zamawiający poinformował o zmianie m.in. treści przedmiaru zawartego w Tom VI (sieci zewnętrzne branża elektryczna) zatytułowanym „OFERTOWY-OBIEKT-42,31-BARLINEK”. Zmiana ta została dokonana Modyfikacją SIWZ nr 6 z dnia 26.10.2011 r.

Jak wynika z treści Oferty nr 4, w kosztorysie robót budowlanych sporządzonym na podstawie Przedmiaru Robót „OFERTOWY-OBIEKT-42,31-BARLINEK” nie wskazano następujących pozycji: l.p., Opis, 27 d.3; Montaż słupa 12,8m+wysięgnik dwuramienny + fundament + złącze kablowe 30 d.3 Studnia kablowa żelbetowa z betonu klasy C20/25, 2-elementowa, z otworami na 2 rury o śred. Fi 160 mm w każdej ścianie; (...); 32 d.3 Montaż na zamontowanym wysięgniku opraw lamp SODOWYCH 400 W (1 lampa w oprawie) oprawa zewnętrzna.

Na skutek powyższego Oferta nr 4 nie zawiera wyceny powyższych elementów i nie

zostały one ujęte w zaoferowanej cenie. Zgodnie z zapisami punktu 24 IDW, ceną oferty jest kwota wymieniona w Formularzu Oferty, przeniesiona z wycenionego Przedmiaru Robót.

Obliczona na podstawie nieprawidłowo sporządzonego kosztorysu ofertowego (jako suma pozycji kosztorysowych) cena Oferty nr 4 pozostaje błędna - zaniżona w stosunku do

rzeczywistego zakresu prac objętych Przedmiarem Robót. Cena ta nie stanowi wobec powyższego przeniesienia i wycenienia pozycji z Przedmiaru Robót - zgodnie z wymaganiami Zamawiającego. W treści pkt 24 ppkt 3) SIWZ Zamawiający wskazał, iż ceną oferty jest kwota wymieniona w Formularzu Oferty, przeniesiona z wycenionego Przedmiaru Robót. W treści pkt 14.3 ppkt 1 lit. j SIWZ wskazano, iż kompletna oferta musi zawierać „kosztorysy ofertowe (wycenione Przedmiary Robót) sporządzone na podstawie przedmiarów robót załączonych do części IV SIWZ - Dokumentacja projektowa.”. Zamawiający w treści SIWZ wskazał szczegółowe wymagania i zanczenie kosztorysu ofertowego. Zgodnie z SIWZ „Kosztorys ofertowy ma być sporządzony dokładnie na podstawie przedstawionego przez Zamawiającego przedmiaru robót i uwzględniać wszystkie koszty niezbędne do realizacji przedmiotu zamówienia. Wykonawca określa ceny na wszystkie elementy zamówienia wymienione w przedmiarze robót, który po wypełnieniu przez Wykonawcę stanowiąc będzie kosztorys ofertowy jako załącznik do oferty. Kosztorys ofertowy należy sporządzić zgodnie z dostarczonym przedmiarem robót. Bez zgody Zamawiającego w przedstawionych przedmiarach nie wolno wprowadzać żadnych zmian. W kosztach opisanych w przedmiarach przez Wykonawcę należy uwzględnić wszystkie koszty niezbędne do realizacji przedmiotu zamówienia. Pominięcie pozycji wymienionych w przedmiarze poprzez nie wpisanie kosztów, brak pozycji w kosztorysie ofertowym w stosunku do przedmiaru, zmiana pozycji przedmiaru, zmiana treści pozycji przedmiaru, zmiana w ilościach określonych przez Zamawiającego w poszczególnych pozycjach przedmiaru robót skutkować będzie odrzuceniem oferty.” Obliczona na podstawie nieprawidłowo sporządzonego kosztorysu ofertowego (jako suma pozycji kosztorysowych) cena Oferty nr 4 pozostaje błędna - zaniżona i nie uwzględnia zakresu prac objętych przedmiotem zamówienia. Ponadto cena ta nie stanowi przeniesienia i wycenienia pozycji z Przedmiaru Robót - zgodnie z wymaganiami Zamawiającego. W tym zakresie wskazać należy, iż Oferta nr 4 nie odpowiada w swej treści zapisom SIWZ i zawiera błędy w obliczeniu ceny. Obowiązkiem Zamawiającego pozostawało w takim przypadku odrzucenie Oferty nr 4, na podstawie przepisów art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 Pzp.

Zgodnie z treścią regulacji art. 82 ust. 3 Pzp, treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Przyjmuje się w orzecznictwie, iż wykonawca zobowiązany jest zaferować przedmiot zgodny z wymaganiami zamawiającego, a zamawiający uprawniony jest do dokonania weryfikacji oświadczeń wykonawcy składanych w tym zakresie. Oceny oferty nie można jednak dokonywać w oderwaniu od faktycznie

zaferowanego przedmiotu zamówienia. Odwołujący wskazuje, iż wskutek nieprawidłowej weryfikacji ofert, Zamawiający błędnie nie dokonał odrzucenia Oferty nr 4. Nieuwzględnienie w Ofercie nr 4 części pozycji wymaganych przez Zamawiającego w kosztorysie ofertowym stanowi niezgodność oferty z treścią SIWZ, która skutkuje błędem w obliczeniu ceny. Brak podstaw prawnych do dokonania jakiegokolwiek poprawki lub uzupełnienia treści tej oferty. W szczególności wobec treści SIWZ I wymagań Zamawiającego, brak kilku pozycji w kosztorysie ofertowym nie stanowi możliwości do poprawienia omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 2 lub 3 Pzp. W orzecznictwie KIO wskazywano, że Zamawiający nie ma podstaw do skorzystania z regulacji art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, gdy stwierdzi w kosztorysie ofertowym braki w wycenie poszczególnych pozycji, czy brak ujęcia pozycji zawartej w przedmiarze, w sytuacji, gdy nie sposób wywieźć z treści oferty, jakie wartości w danej pozycji zamawiający powinien przyjąć przy kosztorysowym charakterze ceny ofertowej. Omyłki o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp winny mieć taki charakter, by czynności ich poprawy mógł dokonać zamawiający samodzielnie, bez udziału wykonawcy w tej czynności. Błędy w obliczeniu ceny charakteryzują się tym, iż nie można ich poprawić, a zatem powodują odrzucenie oferty. Od omyłek, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp, różnią się też tym, że nie mają charakteru oczywistego. Nie są więc to z reguły błędy w działaniach matematycznych lub w przepisywaniu liczb, bo jako takie mogą zostać uznane za oczywiste omyłki. Mają raczej charakter trwałych, np. przyjęcie wadliwej stawki VAT, albo nie wiadomo, jak je poprawić.

Zamawiający w dniu 14.03.2012 r. wezwał faxem w trybie art. 185 ust.1 Pzp uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 16.03.2011 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Konsorcjum DORBUD-INFRA zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego wnosząc o uwzględnienie odwołania. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu

oraz Odwołującemu.

W dniu 16.03.2012 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO), CTE CARBOTECH ENGINEERING S.A. zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

W dniu 16.03.2012 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Zamawiający wobec wniesienia odwołania do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedź na odwołanie, w której stwierdził, że uwzględni odwołanie. Kopia została przekazana Odwołującemu.

W dniu 19.03.2012 r. (faxem) Prezes KIO wezwał CTE CARBOTECH ENGINEERING SA na podstawie § 13 ust. 2 pkt 3 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia

22.03.2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2010 r., Nr 48, poz. 280) do złożenia oświadczenia w przedmiocie wniesienia sprzeciwu, w terminie 3 dni.

W dniu 20.03.2012 r. (faxem, 21.03.2012 r. pisemnie) CTE CARBOTECH ENGINEERING SA na podstawie art. 186 ust.3-5 Pzp wniosła sprzeciw od uwzględnienia odwołania przez Zamawiającego. Kopia sprzeciwu nie została przekazana Zamawiającemu.

Na mocy zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14.03.2012 r. sprawy o sygn. akt: KIO 484/12 oraz sygn. akt: KIO 493/12 zostały skierowane do łącznego rozpatrzenia.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, zapoznaniu się z postanowieniami SIWZ, w tym w szczególności Instrukcją dla Wykonawców (cz. I) zwaną dalej: „IDW”, m.in. z załącznikiem nr 1 (także załącznikiem nr 3 do oferty) i 7 do IDW; Specyfikacją Techniczną Wykonania i Odbioru Robót, tzn. ST 8 (str. 3 i 4, Rzut obiektu 15,16,17, jak i Zestawienie elementów) i 11 (str. 7 – pkt 5.2.4); Dokumentacją Projektową, tzn. Przedmiarami, modyfikacją nr 12 z dnia 14.11.2011 r. dotyczącą załącznika nr 7 do IDW, modyfikacją nr 6 z dnia 26.10.2011 r. (zmianą przedmiarów – Zewnętrzna Sieć Elektryczna – Tom VI – Roboty elektryczne –OB.42,31) i związaną z nią odpowiedzią na pytanie 1 (pytania i odpowiedzi 1) – pismo z dnia 02.11.2011 r. (982/JRP/TB/2011), modyfikacją nr 5 z dnia 14.10.2011 r. (zmianą przedmiarów robót sanitarnych – obiekt 16) i związaną z nią odpowiedzią na pytanie 3 (pytania i odpowiedzi) – pismo z dnia 27.10.2011 r. (941/JRP/TB/2011), odpowiedzią na pytanie 8 – pismo z dnia 14.10.2011 r. (859/JRP/TB/2011), modyfikacją nr 2 z dnia 20.09.2011 r. dotyczącą załącznika nr 3 do oferty, ofertą CTE CARBOTECH ENGINEERING SA, Konsorcjum EGBUD-WROBIS oraz Konsorcjum DORBUD-INFRA, wezwaniami do wyjaśnień z dnia 29.12.2011 r. skierowanymi do CTE CARBOTECH ENGINEERING SA (1360/JRP/TB/2011) oraz EGBUD-WROBIS (1359/JRP/TB/2011), odpowiedziami z dnia 04.01.2012 r. w pierwszym wypadku oraz odpowiedziami z dnia 03.01.2012 r. w drugim wypadku, wezwaniem do wyjaśnień z dnia 22.12.2011 r. skierowanym do CTE CARBOTECH ENGINEERING SA (1314/JRP/TB/2011), odpowiedzią z dnia 27.12.2011 r., odwołaniem w sprawie o sygn. akt: KIO 484/12 oraz w sprawie o sygn. akt: 493/12, przystąpieniami w sprawie o sygn. akt: KIO 484/12 oraz przystąpieniami w sprawie o sygn. akt: 493/12, odpowiedzią na odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 484/12 oraz w sprawie o sygn. akt: 493/12, sprzeciwami w sprawie o sygn. akt: KIO 484/12 oraz sprzeciwem w sprawie o sygn. akt: 493/12, złożonym, przez Konsorcjum DORBUD-INFRA–

„Zestawieniem symulacji punktowych związanych ze zmianą mocy znamionowej urządzenia” oraz notatką służbową z posiedzenia komisji z dnia 03.01.2012 r. i ST 8 wraz z Rzutem obiektu 15,16,17 pochodzącymi z akt postępowania, na rozprawie, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępujących (Wnoszących sprzeciw) w sprawie o sygn. akt: KIO 484/12 oraz w sprawie o sygn. akt: 493/12 (w tym wypadku Wnoszącym sprzeciw tylko Przystępujący po stronie Zamawiającego) złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Izby ustaliła, że Wykonawcy wnoszący oba odwołania posiadali interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający ich do złożenia odwołań.

Konsorcjum DORBUD-INFRA oraz Konsorcjum EGBUD-WROBIS, których oferta była łącznie (po zliczeniu obu kryteriów) odpowiednio na trzecim oraz drugim miejscu w rankingu złożonych ofert, w pierwszym wypadku po dwóch ofertach korzystniejszych, zaś w drugim wypadku zaraz po ofercie najkorzystniejszej, w przypadku potwierdzenia się podnoszonych zarzutów, odpowiednio wobec obu ofert korzystniejszych oraz oferty najkorzystniejszej, ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Naturalnie odnosząc się do niniejszej kwestii, w obu odwołaniach niezależnie, gdyż zarzuty Konsorcjum DORBUD-INFRA dotyczą także Konsorcjum EGBUD-WROBIS.

Izba oddaliła wniosek Przystępującego (Wnoszącego sprzeciw) w sprawie o sygn. akt: KIO 493/12 o odrzucenie powyższego odwołania sformułowany na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 w związku z art. 182 ust. 3 pkt 1 Pzp podnosząc, że: „*postulat aby w świetle aktualnie obowiązujących przepisów dotyczących środków ochrony prawnej, wybrany wykonawca wnosił odwołanie od czynności rozstrzygnięcia postępowania ze względu na zaniechanie odrzucenia oferty konkurencyjnej w oparciu o wszystkie podstawy faktyczne i prawne, pod rygorem utraty możliwości (spóźnienia) kwestionowania kolejnych czynności zamawiającego na tych podstawach, nie zasługuje na uwzględnienie. W wyniku gruntownej nowelizacji środków ochrony prawnej wprowadzonej ustawą z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2009 r. nr 223, poz. 1778) zmianom uległa instytucja koncentracji środków ochrony prawnej, która przed nowelą wymagała zbiorczego rozstrzygnięcia protestów przez zamawiającego i dodatkowo wzmocniana była sposobem obliczania terminów na ich wnoszenie odniesionym zawsze nie do kwestionowanej czynności zamawiającego, ale do okoliczności, o których protestujący dowiedział się lub przy zachowaniu należytej staranności mógł się dowiedzieć, a stanowiących podstawę wniesienia protestu (art. 180 i n. ustawy w brzmieniu sprzed ww. nowelizacji). Tym samym w każdym przypadku wykonawcy zobowiązani byli podnieść, np. względem czynności rozstrzygnięcia postępowania,*

w prośbie wszystkie okoliczności, o których już wtedy mogli się dowiedzieć, a które stanowiły o jej wadliwości pod rygorem upływu zawitego terminu na ich ponowne podniesienie po ewentualnym powtórzeniu czynności. Aktualnie, tj. w świetle przepisów obowiązujących obecnie, powyższe dotyczy tylko czynności, o których mowa w art. 182 ust. 3 ustawy, odnośnie których termin na wnoszenie odwołania liczony jest względem okoliczności stanowiących podstawę wniesienia, a nie względem poinformowania o danej czynności.” (za wyrokiem z dnia 12.03.2012 r., sygn. akt: KIO 407/12).

Skład orzekający Izby działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie dowody: z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem w sygn. akt: KIO 484/12, sygn. akt: KIO 493/12, postanowień SIWZ, w tym w szczególności IDW (cz. I), m.in. z załącznikiem nr 1 (także załącznikiem nr 3 do oferty) i 7 do IDW; Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót, tzn. ST 8 (str. 3 i 4, Rzut obiektu 15,16,17, jak i Zestawienie elementów) i 11 (str. 7 – pkt 5.2.4); Dokumentacji Projektowej, tzn. Przedmiarów, modyfikacji nr 12 z dnia 14.11.2011 r. dotyczącej załącznika nr 7 do IDW, modyfikacji nr 6 z dnia 26.10.2011 r. (zmianą przedmiarów – Zewnętrzna Sieć Elektryczna – Tom VI – Roboty elektryczne – OB.42,31) i związanej z nią odpowiedzi na pytanie 1 (pytania i odpowiedzi 1) – pismo z dnia 02.11.2011 r. (982/JRP/TB/2011), modyfikacji nr 5 z dnia 14.10.2011 r. (zmianą przedmiarów robót sanitarnych – obiekt 16) i związanej z nią odpowiedzi na pytanie 3 (pytania i odpowiedzi) – pismo z dnia 27.10.2011 r. (941/JRP/TB/2011), odpowiedzi na pytanie 8 – pismo z dnia 14.10.2011 r. (859/JRP/TB/2011), modyfikacji nr 2 z dnia 20.09.2011 r. dotyczącej załącznika nr 3 do oferty, oferty CTE CARBOTECH ENGINEERING SA, Konsorcjum EGBUD-WROBIS oraz Konsorcjum DORBUD-INFRA, wezwań do wyjaśnień z dnia 29.12.2011 r. skierowanych do CTE CARBOTECH ENGINEERING SA (1360/JRP/TB/2011) oraz Konsorcjum EGBUD-WROBIS (1359/JRP/TB/2011), odpowiedzi z dnia 04.01.2012 r. w pierwszym wypadku oraz odpowiedzi z dnia 03.01.2012 r. w drugim wypadku, wezwania do wyjaśnień z dnia 22.12.2011 r. skierowanym do CTE CARBOTECH ENGINEERING SA (1314/JRP/TB/2011), odpowiedzi z dnia 27.12.2011 r., odwołania w sprawie o sygn. akt: KIO 484/12 oraz w sprawie o sygn. akt: 493/12, przystąpień w sprawie o sygn. akt: KIO 484/12 oraz przystąpień w sprawie o sygn. akt: 493/12, odpowiedzi na odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 484/12 oraz w sprawie o sygn. akt: 493/12, sprzeciwów w sprawie o sygn. akt: KIO 484/12 oraz sprzeciwu w sprawie o sygn. akt: 493/12, jak i złożonej na rozprawie przez

Konsorcjum DORBUD-INFRA notatki służbowej z posiedzenia komisji z dnia 03.01.2012 r. i ST 8 wraz z Rzutem obiektu 15,16,17 pochodzącymi z akt postępowania.

Izba nie uznała, jako dowodu w sprawie – „Zestawienia symulacji punktowych związanych ze zmianą mocy znamionowej urządzenia” – złożonego na rozprawie przez Konsorcjum DORBUD-INFRA uznając, że niniejszy dokument nie ma znaczenia dla przedmiotu sporu, ponadto jest to tylko symulacja, zaś same ww. Konsorcjum wskazał na rozprawie, że niniejsza symulacja ma tylko charakter poglądowy.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępujących (Wnoszących sprzeciw) w sprawie o sygn. akt: KIO 484/12 oraz w sprawie o sygn. akt: 493/12 (w tym wypadku Wnoszącym sprzeciw tylko Przystępujący po stronie Zamawiającego) złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołań zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie o sygn. akt: KIO 484/12 nie zasługują na uwzględnienie, z kolei odwołanie o sygn. akt: KIO 493/12 zasługuje na uwzględnienie.

Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 484/12:

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp poprzez wybór oferty najkorzystniejszej, która podlegała odrzuceniu z uwagi na okoliczność, że jej treść nie odpowiadała SIWZ oraz zaniechanie odrzucenia oferty najkorzystniejszej, jak i oferty, która została uplasowana na drugim miejscu w rankingu złożonych ofert, mimo, że ich treść odpowiadała postanowieniom SIWZ, Izba uznała ww. zarzuty za niezasadne.

Powyższe dotyczy tak zarzutów dotyczących nie wskazania wymaganych parametrów minimalnych Q i H dla obiektu 15 i 16 (pompy osadu nadmiernego) w poz. III.2 w załączniku nr 7 do IDW przez obu Wykonawców, jak i zarzutów dotyczących wskazania także przez obu Wykonawców terminów pozyskania pozwolenia na użytkowanie obiektu, uniemożliwiających przeprowadzenie rozruchu technologicznego w terminach wskazanych przez Zamawiającego.

Izba dokonała następujących ustaleń:

Odnosnie pierwszej kwestii. Zamawiający zgodnie z ostateczną wersją (modyfikacja nr 12 z dnia 14.11.2011 r.) załącznika nr 7 do IDW wpisał w tej pozycji: pompa osadu nadmiernego Q=60l/s H=8,5 m N=3,0 kW oraz cos Ø 0,79.CTE. Jednocześnie w ramach Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót, tzn. ST 8 (str. 3 i 4, Rzut obiektu 15,16,17, jak i Zestawienie elementów) zawarł następujące informację. W pkt 5.2 ST 8 str. 3 i 4 - Istniejące wyposażenie – „*Pompa osadu nadmiernego. (...) Pompa, Q=10l/s, H=8,5 m, N=3,0KN (...). Istniejącą wydajność pomp osadu nadmiernego pokrywa potrzeby*”. Rzut

obektu 15,16,17 – Zestawienie Elementów – w poz. 2 pompa osadu nadmiernego: Q=60l/s H=8,5 m N=3,0 kW. Brak ilości. Przepływomierz w poz. 4 – Zestawienia Elementów – Q = 0+50 l/s (oznaczenie na rzucie U90).

Z kolei w ramach modyfikacji nr 5 z dnia 14.10.2011 r. (zmiana przedmiarów robót sanitarnych – obiekt 16) i związana z nią odpowiedzi na pytanie 3 (pytania i odpowiedzi) – pismo z dnia 27.10.2011 r. (941/JRP/TB/2011) Zamawiający określił w ramach przedmiarów, iż należy zaoferować pompę osadu o parametrach Q=60l/s H=8,5 m N=3,0 kW.

CARBOTECH ENGINEERING SA. zaoferował w ramach załącznika nr 7 do IDW poz. III.2 – pompę osadu nadmiernego o mocy 3,1 i cos Ø 0,82. Z kolei w ramach kosztorysu ofertowego (str. 83, a zarazem 216 oferty) określił, że oferuje w poz. 116.2 d 1.12.1.1.1 pompę osadu o parametrach Q=60l/s H=8,5 m N=3,0 kW. Zamawiający sformułował w lit. h pisma z 29.12.2011 r. (1360/JRP/TB/2011) wezwanie do potwierdzenia, że: „(...) wskazane w poz.III.2 (obekt nr 15 i 16) w załączniku nr 7 do IDW urządzenie typ: AMAREX NF 65-170/032ULG-128, dostarczone na etapie realizacji zamówienia, będzie posiadało wydajność Q=60l/s i wysokości podnoszenia 8,5m, przy mocy znamionowej silnika urządzenia 3,1 kW, gdyż z kart katalogowej dla deklarowanego urządzenia wynika, iż zaproponowane przez Wykonawcę urządzenie ma wysokość podnoszenia H=9,06m przy wydajności Q=10,326l/s. W wyjaśnieniach z 04.01.2012 r. CARBOTECH oświadczył, iż: „(...) w opisie pozycji III.2 (obekt nr 15 i 16) nastąpiła oczywista omyłka wynikająca z błędnego opisu przedmiotowej pompy dokonanej przez Zamawiającego. Według wiedzy wykonawcy nie istnieje pompa

o parametrach wyspecyfikowanych przez Zamawiającego a mianowicie posiadająca jednocześnie wydajność $Q=60$ l/s, wysokość podnoszenia $H=8,5$ oraz moc znamionową silnika 3 kW. Wykonawca wpisując dane oferowanego urządzenia kierował się przede wszystkim parametrem mocy silnika, gdyż ten parametr wydawał się najważniejszy dla Zamawiającego, na co wskazuje fakt, iż ma on być oceniany w kryterium oceny ofert.”. Natomiast na identyczne wezwanie w zakresie tej samej pozycji (pkt 8 pisma z 29.12.2011 r. - 1359/JRP/TB/2011) Konsorcjum EGBUD-WROBIS w piśmie z 03.01.2012 r. wyjaśniło, co następuje: „W tabeli nr 7 Zamawiający wpisał „Pompa osadu nadmiernego $Q=60$ l/s, $H=8,5$ m, $N=3,0$ kW, natomiast w projekcie znajdują się następujące dane: 1) wg opisu Projekt Wykonawczy „Przepompownia recyrkulacyjna” str. 3 i 4 wydajność pompy osadu nadmiernego wynosi 10 l/s; zgodnie z zapisami w projekcie należy wymienić pompy na takie same. 2) wielkość zagęszczacza ($A=4,5 \times 4,5$ m) uniemożliwia podawanie osadu z wydajnością 60 l/s 3) pompa o wydajności 60 l/s i $H=8,5$ m, nie może mieć mocy 3,0 kW. Po analizie rozbieżności między projektem technicznym, a tabelą załącznika nr 7 IDW, uznaliśmy, iż dokumentacja projektowa stanowi Opis Przedmiotu Zamówienia w rozumieniu ar. 29-31 ustawy prawo zamówień publicznych. Tym samym uznając zakres zobowiązań

Wykonawcy, przyjęliśmy za wiążące zapisy dokumentacji projektowej. Z wyżej wymienionych względów dobrano pompę zgodnie z projektem technicznym o parametrach $Q=10$ l/s, $H=8,5$ m, $N=3,1$ kW.”. Jednocześnie podobnie, jak CARBOTECH ENGINEERING SA Konsorcjum EGBUD-WROBIS na str. 300 oferty w ramach kosztorysu ofertowego – poz. 4 d.1.1 zaoferowało pompę osadu o parametrach $Q=60$ l/s $H=8,5$ m $N=3,0$ kW.

Ponadto, obaj Wykonawcy, tak CARBOTECH ENGINEERING SA, jak i Konsorcjum EGBUD-WROBIS złożyli oświadczenie w ramach załącznika nr 1 do IDW – Wzór Formularza Oferty, iż gwarantują wykonanie całości niniejszego zamówienia zgodnie z treścią SIWZ, wyjaśnień do SIWZ oraz jej modyfikacji (str. 2 obu ofert).

Zgodnie z notatką służbową z posiedzenia komisji przetargowej z dnia 03.01.2012 r. Biuro projektowe stwierdziło na wniosek Zamawiającego, co do pomp osadu nadmiernego, o których jest mowa w załączniku nr 7 do IDW w poz. III.2, że *de facto* wszystkie zaoferowane pompy spełniają wymagania projektu.

Odnośnie drugiej kwestii. W ramach załącznika nr 3 do oferty (część załącznika nr 1 do IDW) Zamawiający określił harmonogram realizacji poszczególnych etapów inwestycji wskazując terminy końcowe (maksymalne) ich realizacji, jak i rozruchu technologicznego obiektów wchodzących w skład danego etapu przebudowy inwestycji. Ostateczna wersja niniejszego załącznika jest wersja wprowadzona modyfikacją nr 2 z dnia 20.09.2011 r. Zamawiający określił termin wykonania Obiektu 31 (30.03.2012 r.), wykonania SCADA (30.04.2012 r.), I etap – do 30.12.2012 r., rozruch obiektów dla tego etapu - do 30.12.2012 r., II etap – do 30.04.2013 r., rozruch obiektów dla tego etapu – do 30.04.2013 r., III etap – do 30.06.2013 r., rozruch obiektów dla tego etapu – do 30.06.2013 r. W pozostałym zakresie każdy z Wykonawców miał samodzielnie wypełnić harmonogram. Dodatkowo w ramach ST 11 (str. 7 – pkt 5.2.4) Zamawiający określił, że rozruch technologiczny należy rozpocząć po uzyskaniu prawomocnej decyzji na użytkowanie obiektów, zakończeniu rozruchu i podtrzymał w ramach mechanicznego hydraulicznego. Powyższe Zamawiający odpowiedzi na pytanie 8 – pismo z dnia 14.10.1011 r. (859/JRP/TB/2011).

W ramach złożonej oferty CARBOTECH ENGINEERING SA (str. 16) wskazał w ramach harmonogramu termin uzyskania w imieniu Zamawiającego pozwolenia na użytkowanie obiektów wchodzących w skład I etapu przebudowy oczyszczalni – do 30.12.2012 r., taki sam jak termin rozruchu technologicznego obiektów wchodzących w skład I etapu przebudowy oczyszczalni, czyli do 30.012.2012 r. W wypadku Konsorcjum EGBUD-WROBIS (str. 19) wskazano w ramach harmonogramu termin uzyskania w imieniu Zamawiającego pozwolenia na użytkowanie obiektów wchodzących w skład II etapu przebudowy oczyszczalni – 30.04.2013 r., z kolei termin rozruchu technologicznego obiektów

wchodzących w skład II etapu przebudowy oczyszczalni narzucony przez Zamawiającego - do 30.12.2012 r.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

W ocenie Izby, wbrew tezę przedstawnionym na rozprawie przez Odwołującego, postanowienia SIWZ, w szczególności ST 8 (str. 3 i 4 w kontekście Rzutu 15,16,17 i Zestawienia Elementów) nie były tak jednoznaczne i nie budzące wątpliwości. Z tej

przyczyny Izba uznała, że Wykonawcy, w tym wypadku obaj Przystępujący nie mogą ponosić negatywnych konsekwencji, tzn. Zamawiający nie może zakwalifikować ich ofert jako podlegających odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Izba zauważyła także, że inny był cel załącznika nr 7 do IDW, z tej przyczyny nie można na jego podstawie formułować określonych tez i wywodzić określonych skutków prawnych. W odwołaniu brak było zarzutów dotyczących kryteriów oceny ofert, tzn. oceny ofert przeprowadzonej w tym zakresie przez Zamawiającego. Izba podnosi, że wzięła pod uwagę całokształt okoliczności, a nie tylko modyfikację nr 5 z dnia 14.10.2011 r. (zmiana przedmiarów robót sanitarnych – obiekt 16) i związana z nią odpowiedź na pytanie 3 (pytania i odpowiedzi) – pismo z dnia 27.10.2011 r. (941/JRP/TB/2011). Niejednoznaczność wynika bowiem z całości urządzeń zawartych w ramach Rzutu obiektu 15,16,17 (tak jak wskazywał Przystępujący - CARBOTECH ENGINEERING SA, np. przepływomierz), jak i stanowiska wynikającego z notatki służbowej z dnia 03.01.2012 r., czy też okoliczności podnoszonej podczas rozprawy, a nie negowanej przez Odwołującego, że nie ma na rynku pompy osadu spełniającej wymogu $N=3\text{ kW}$, przy jednoczesnym zachowaniu pozostałych parametrów Q i H.

Izba jedynie na marginesie wskaże, że obaj Przystępujący złożyli oświadczenia, że gwarantują wykonanie całości niniejszego zamówienia zgodnie z treścią SIWZ, wyjaśnień do SIWZ oraz jej modyfikacji (str. 2 obu ofert). Nadto wycenili pompy osadu o parametrach $Q=60\text{ l/s}$ $H=8,5\text{ m}$ $N=3,0\text{ kW}$ - CARBOTECH ENGINEERING SA na str. 216 oferty, z kolei Konsorcjum EGBUD-WROBIS na str. 300 oferty.

Odnosnie harmonogramów obu Przystępujących i wskazanych terminów w zakwestionowanych w odwołaniu pozycjach, Izba uznała, że w obu wypadkach mamy do czynienia z terminami maksymalnymi. W ich ramach każdorazowo Wykonawcy, jako profesjonalści będą brali pod uwagę wymogi wynikające z ST 11 (str. 7 – pkt 5.2.4) oraz odpowiedzi na pytanie 8 – pismo z dnia 14.10.2011 r. (859/JRP/TB/2011) do czego zobowiązali się zgodnie z przytoczonym powyżej oświadczeniem, że gwarantują wykonanie całości niniejszego zamówienia zgodnie z treścią SIWZ, wyjaśnień do SIWZ oraz jej modyfikacji (str. 2 obu ofert). W odniesieniu do oferty Konsorcjum EGBUD-WROBIS, Izba

ustaliła, że brak słowa: „do” w pozycji harmonogramu wskazanej w odwołaniu wynika z przyjętej nomenklatury, gdyż niniejszy Przystępujący w ramach załącznika nr 3 do oferty konsekwentnie stosuje taką nomenklaturę dla wskazania maksymalnych terminów w harmonogramie we wszystkich pozycjach, które miał samodzielnie wypełnić.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Wobec nie uwzględnienia zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, Izba w konsekwencji nie uznała zasadność zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 Pzp.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji

Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 493/12:

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 Pzp poprzez nieodrzućenie oferty CARBOTECH ENGINEERING SA, podczas gdy oferta niniejsza pozostawała niezgodna z treścią SIWZ i zawierała błędy w obliczeniu ceny, Izba uznała ww. zarzut za zasadny. Jednakże biorąc pod uwagę art. 82 ust. 3 Pzp, a w szczególności zastrzeżenie, że odrzućenie oferty nie może mieć miejsca na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, jeśli dopuszczalne jest sanowanie oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, Izba nakazuje stosowną poprawę w tym zakresie w odniesieniu do wszystkich trzech spornych pozycji przedmiarów, przez ustalenie i uzupełnienie cen jednostkowych kosztorysu ofertowego ww. Wykonawcy w branży „Roboty elektryczne – OB.42,31. Dział VI TEREN+OBIEKT 42,31”. W konsekwencji niniejszych działań oferta CARBOTECH ENGINEERING SA nie będzie zawierała także błędów w obliczeniu ceny.

Izba dokonała następujących ustaleń:

Zamawiający w ramach modyfikacji nr 6 z dnia 26.10.2011 r. (zmiana przedmiarów – Zewnętrzna Sieć Elektryczna – Tom VI – Roboty elektryczne –OB.42,31) i związanej z nią odpowiedzi na pytanie 1 (pytania i odpowiedzi 1) – pismo z dnia 02.11.2011 r. (982/JRP/TB/2011) wprowadził konieczność uwzględnienia w kosztorysach ofertowych następujących pozycji: 1) poz. 27 d.3 – KNR 5-10 0709-01 – Montaż słupa 12,8 m +

wysięgnik dwuramienny+ fundament +złącze słupowe - 8 kpl.; 2) poz. 30 d.3 – KNR 5 0203-07 - Studnia kablowa żelbetowa z betonu klasy C20/25, 2-elementowa, z otworami na 2 rury o śred. Fi 160 mm w każdej ścianie; wymiary zew. studni 122x95x155cm; dodatkowo 3 elementy żelbetowe z otworami na 2 rury o śred. fi 160 mm na każdej ścianie; wym. wew. 3 elementów 110x50x100 cm; jedno zwińczenie (dla 3 elementów 110x50x100 cm) z ramą

obetonowaną o wym. 120x70x10 cm – 6 kpl; 3) poz. 32 d.3 – KNR 5-10 1005-07- Montaż na zamontowanym wysięgniku opraw lamp SODOWYCH 250 W (1 lampa w oprawie) oprawa zewnętrzna – 28 szt.

W ramach oferty CARBOTECH ENGINEERING SA wyceniło zamiast ww. pozycji także wymagane (1 - poz. 26 d.3– KNR 5-10 0709-01- Montaż słupa 12,8 m + wysięgnik jednoramienny+ fundament +złącze słupowe - 12 kpl.; 2 - poz. 29 d.3 – KNR 5 0203-07 - Studnia kablowa żelbetowa z betonu klasy C20/25, 2-elementowa, z otworami na 2 rury o śred. Fi 160 mm w każdej ścianie; wymiary zew. studni 80x88x128cm; dodatkowo 2 betonowe ramy podwyższające o wym. 10x70x115 cm oraz zwińczenie studni z ramą betonową o wym. 100x50 cm; 3 – poz. 33 d.3 – KNR 5-10 1005-07- Montaż na zamontowanym wysięgniku opraw lamp SODOWYCH 400 W (1 lampa w oprawie) oprawa zewnętrzna – 15 szt.), tj. analogiczne (powtarzalne) pozycje: 1) poz. 436 d.1.3.3 – Montaż słupa 12,8 m; 2) poz. 438 d.1.3.3 – Studnia kablowa; 3) poz. 440 d.1.3.3. - Montaż na zamontowanym wysięgniku opraw lamp rtęciowych (1 lampa w oprawie) oprawa zewnętrzna.

W ramach wezwania do wyjaśnień z dnia 22.12.2011 r. skierowanego do CTE CARBOTECH ENGINEERING SA (1314/JRP/TB/2011) Zamawiający zwrócił się z pytaniem, czy Wykonawca ujął w cenie oferty, w innych pozycjach załączonego do oferty kosztorysu brakujące pozycje z załączonego do SIWZ przedmiaru robót. Wskazując pozycje wynikające z modyfikacji nr 6 z dnia 26.10.2011 r.

W ocenie Izby, trzecia wskazana pozycja w wezwaniu jest błędna, gdyż chodzi o inną na którą wskazano w odwołaniu - 32 d.3, zaś przywołana pozycja jest na str. 168 oferty.

W odpowiedzi z dnia 27.12.2011 r. CTE CARBOTECH ENGINEERING SA oświadczył: „*potwierdzamy, iż koszty wynikające z różnicy we poniższych pozycjach zostały ujęte w ofercie, w kosztach ogólnych: (...).*”

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

Izba uwzględniła niniejsze odwołanie uznając, że obecny stan ofert jest wadliwy. Jednakże w ocenie Izby, jak zostało to wskazane na wstępie, istnieje możliwość jej sanowania w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Wyjaśnienie z dnia 27.12.2011 r. CTE CARBOTECH ENGINEERING SA, abstrahując od błędu zawartego w wezwaniu, na który Izba wskazała w ustaleniach dotyczących rozpatrywanego zarzutu, nie było brane przez Izbę pod uwagę, uznając, że nie ma ono wiążącego charakteru, gdyż oświadczenie z niego wynikające zostało złożone w wyniku sugestii Zamawiającego, z tej przyczyny Izba uznała, że nie może mieć ono istotnego znaczenia dla przedmiotu sporu.

Odnosnie brakujących spornych pozycji, Izba uznała że stanowisko CTE CARBOTECH ENGINEERING SA wskazujące na ich powtarzalny, analogiczny charakter w stosunku do wycenionych pozycji w kosztorysie ofertowym, tj. 1) poz. 436 d.1.3.3; 2) poz. 438 d.1.3.3; 3) poz. 440 d.1.3.3 jest zasadne. Izba przeanalizował trafność tego stanowiska poprzez zapoznanie się z kosztorysami ofertowymi Odwołującego (str. 238 oferty) oraz Przystępującego po jego stronie (str. 561 oferty). Wynika z nich, że z trzech brakujących, spornych pozycji, w kolejności druga i trzecia ma u tych Wykonawców identyczne ceny jednostkowe. Można więc uznać bezsprzecznie ich analogiczny charakter i na tej zasadzie zastosować ceny jednostkowe wynikające z poz. 438 d.1.3.3 oraz poz. 440 d.1.3.3 kosztorysu ofertowego CARBOTECH ENGINEERING SA (str. 168 oferty). Względem pierwszej w kolejności brakującej, spornej pozycji, Izba uznała, że mimo odmienności, różnica w cenie jednostkowej w ofertach konkurencyjnych jest nieznaczna i zastosowanie analogi do ceny jednostkowej z poz. 436 d.1.3.3 kosztorysu ofertowego CARBOTECH ENGINEERING SA (str. 168 oferty) nie spowoduje istotnej zmiany w treści oferty. Niniejsze odnosi się do wszystkich trzech brakujących, spornych pozycji, które w ocenie Izby mają analogiczny charakter w stosunku do: 1) poz. 436 d.1.3.3; 2) poz. 438 d.1.3.3; 3) poz. 440 d.1.3.3.

Izba w kontekście dopuszczalności zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp

w przedmiotowym stanie faktycznym wskazuje, że: „artykuł 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p. wprowadzony w celu uniknięcia licznych niegdyś przypadków odrzucenia ofert z powodu błahych pomyłek, dopuszcza poprawienie niedopatrzeń, błędów niezamierzonych, opuszczeń, drobnych różnic itp. lecz wszystkie te zmiany muszą mieścić się w pojęciu „omyłki”. (wyrok SO w Krakowie z dnia 29.01.2010 r., sygn. akt: XII Ga 429/09). Niniejszy przepis: „(..) ma na celu umożliwienie poprawiania tego rodzaju błędów, które mogą się pojawić w trakcie sporządzania kosztorysu ofertowego” (wyrok KIO z dnia 10.03.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 232/09). Nadto, Izba zauważa, iż: „przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp jest przepisem bezwzględnie obowiązującym. Oznacza to, że zamawiający nie może wyłączyć jego stosowania na mocy postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp zamawiający nie jest uprawniony do odrzucenia oferty uznając, że treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jeżeli nie zbada treści oferty pod kątem możliwości dokonania poprawy w ofercie innych omyłek, określonych w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp”. (wyrok z dnia 12.03.2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 112/10).

Nadto, Izba stwierdza, że: „Pojęcie „istotności zmiany treści oferty”, o którym mowa we wskazanym przepisie należy rozpatrywać w kontekście m.in. danego stanu faktycznego postępowania, sytuacji wykonawców w tym postępowaniu (ranking wykonawców), czy też

wymogów SIWZ co do treści oferty i wynikających z nich skutków dla oceny ofert.” (por. wyrok KIO z dnia 24.11.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 1425/09, KIO/UZP 1426/09). Podobnie wskazano w jednym z orzeczeń sądu okręgowego, że: „kwalifikator „istotnych zmian”, o których mowa w art. 87 ust.2 pkt 3 p.z.p., należy odnosić do całości treści oferty i konsekwencję tych zmian należy oceniać, biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia i całość oferty. Ocena, czy poprawienie innej omyłki przez zamawiającego powoduje (lub nie) istotną zmianę w treści oferty, musi być dokonywana na tle konkretnego stanu faktycznego. To, co w ramach danego zamówienia może prowadzić do istotnej zmiany w treści oferty, nie musi rodzić takiego efektu przy ocenie ofert innego podobnego zamówienia” (por. wyrok SO w Krakowie z dnia 23.04.2009 r., sygn. akt: XII Ga 102/09). Podobnie wskazuje się w innym orzeczeniu: „(..) niezgodność treści oferty z postanowieniami SIWZ, a także możliwość usunięcia takiej niezgodności w drodze poprawienia omyłek innych niż pisarskie i rachunkowe, powinna być odrębnie badana w każdym konkretnym przypadku, z uwzględnieniem całokształtu związanych z nim okoliczności. Ma to w szczególności zastosowanie do przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp, który nie określa enumeratywnego katalogu możliwych do poprawienia niezgodności i posługuje się nieostrą kategorią: „istotności” jako granicy dopuszczalnych zmian treści oferty. Jest to o tyle istotne, iż poprawienie omyłek w treści oferty jest obligatoryjne dla Zamawiającego w razie łącznego spełnienia następujących przesłanek: po pierwsze – ustalenia, że stwierdzona niezgodność treści oferty z postanowieniami SIWZ ma charakter omyłki, po drugie – ustalenia, iż poprawienie tej omyłki nie spowoduje właśnie istotnych zmian treści złożonej oferty” (podobnie wyrok KIO z dnia 23.01.2009 r., sygn. akt 16/09, jak i wyrok KIO z dnia 03.09.2010 r., sygn. akt: KIO 1796/10).

Dodatkowo, Izba wyraźnie podkreśla, że: „W zależności od okoliczności danej sprawy ten sam błąd może być zakwalifikowany jako omyłka istotna i skutkująca odrzuceniem oferty, zaś w innym przetargu – jako błaha i możliwa do poprawienia” (Dariusz Ziemiński, „Prawo Zamówień Publicznych”, Infrastruktura Transportu nr 1/2009, str. 36).

Izba kierował się także tym, że: „Przepis ten daje zamawiającemu możliwość poprawiania uchybień w ofertach merytorycznie poprawnych, w celu zapobieżenia ich eliminacji z postępowania z przyczyn wyłącznie formalnych lub nie mających istotnego znaczenia w kontekście oferowanego świadczenia. W ocenie Izby, zakres możliwych do poprawienia omyłek powinien być interpretowany możliwie najszerzej, pod warunkiem braku skutku w postaci istotnych zmian w treści oferty” (por. wyrok KIO z dnia 10.10.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 691/09).

W ocenie Izby, Zamawiający może samodzielnie dokonać poprawy, w tym zakresie nie jest konieczne jakiegokolwiek wyjaśnienie ze strony CARBOTECH ENGINEERING SA, w zakresie brakujących cen jednostkowych, bazując na zasadzie analogii na cenach

jednostkowych z pozycji analogicznych wskazanych powyżej. Nie będzie więc miało miejsce posiłkowanie się zewnętrznymi informacjami pochodzącymi z poza oferty. Jednocześnie

zamiar złożenia oferty z uwzględnieniem spornych pozycji wynikała z oświadczenia, że Wykonawca gwarantuje wykonanie całości niniejszego zamówienia zgodnie z treścią SIWZ, wyjaśnień do SIWZ oraz jej modyfikacji (str. 2 oferty). Izba podkreśla również, że nie bez znaczenia dla okoliczności sprawy (wręcz kluczowy), jak i uznania dopuszczalności zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, miał nieznaczny charakter poprawy w odniesieniu do ceny ofertowej i skutek, tzn. uznanie, że działanie Zamawiającego nie spowoduje istotnej zmiany treści oferty. Powyższe stanowisko CARBOTECH ENGINEERING SA nie było negowane przez Odwołującego i Przystępującego po jego stronie na rozprawie.

Izba także stwierdza, że jeśli CARBOTECH ENGINEERING SA nie uzna działania Zamawiającego za słuszne, tak w odniesieniu do drugiej i trzeciej, jak i pierwszej spornej pozycji, zawsze może nie wyrazić zgody w terminie 3 dni od dnia zawiadomienia na stosowną poprawę, co będzie naturalnie skutkowało konsekwencjami wynikającymi z art. 89 ust.1 pkt 7 Pzp.

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp. Jednocześnie, w toku powtórzonej czynności badania i oceny ofert, Zamawiający winien uwzględnić okoliczności i wynikające z nich konsekwencje wskazane w uzasadnieniu, tzn. dokonać poprawienia „*innych omyłek*” w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, przez ustalenie i uzupełnienie cen jednostkowych kosztorysu ofertowego ww. Wykonawcy w branży „Roboty elektryczne – OB.42,31. Dział VI TEREN+OBIEKT 42,31” w sposób wskazany powyżej. Jednocześnie, w konsekwencji braku stanowiska negatywnego CARBOTECH ENGINEERING SA Zamawiający może z uwagi na analogiczny charakter pozycji: 1) poz. 436 d.1.3.3; 2) poz. 438 d.1.3.3; 3) poz. 440 d.1.3.3 doliczyć do ilości jednostek tam zawartych ilości jednostek wynikających z brakujących pozycji. Następnie dokonać poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp omyłek rachunkowych polegających na niewłaściwej operacji matematycznej polegającej na przeliczeniu ceny jednostkowej danej pozycji kosztorysowej przez poprawioną w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp wynikającą z SIWZ ilość tych jednostek jako konsekwencji pierwszej z ustalonych „*innych omyłek*”.

Powyższe działania – w ocenie składu orzekającego Izby – nie doprowadzą do zmiany treści oferty, która mogłaby być uznana za istotną.

W konsekwencji, Izba uznała, że odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 484/12 podlega oddaleniu, natomiast odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 493/12 winno zostać uwzględnione.

Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 8 Pzp w związku z § 13 ust. 3 zd. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48, poz. 280), wydała w sprawach o sygn. akt: KIO 484/12, sygn. akt: KIO 493/12 orzeczenie łączne.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, a także w oparciu o § 6 w związku z § 5 ust. 2 pkt 2 oraz § 3 pkt 2, jak i § 5 ust. 3 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. z 2010 r. Nr 41, poz. 238). W sprawie o sygn. akt: KIO 484/12 Wnoszący sprzeciw (§ 5 ust. 3 pkt 2 w związku z § 3 pkt 2 w/w rozporządzenia) nie sformułował wniosku o zasądzenie kosztów, ani nie złożył rachunku. Izba uznała wniosek Odwołującego w sprawie o sygn. akt: KIO 493/12 o zasądzenie kosztów noclegu związanego z wyznaczonym posiedzeniem Izby uznając za uzasadnione koszty w kwocie 200,00 zł, tj. zgodnie z przedłożoną fakturą (§ 3 pkt 2 lit. a w/w rozporządzenia), adekwatnie do sprawy o sygn. akt: KIO 493/12. Izba uznała także wniosek Zamawiającego o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika uznając za uzasadnione koszty w kwocie 3.600,00 zł, tj. zgodnie z przedłożoną fakturą (§ 3 pkt 2 lit. b w/w rozporządzenia) oraz kosztów biletu lotniczego, czyli dojazdu w kwocie 1.096,69 zł, tj. zgodnie z przedłożoną fakturą (§ 3 pkt 2 lit. a w/w rozporządzenia) adekwatnie do sprawy o sygn. akt: KIO 493/12.

Przewodniczący:

.....

Członek:

.....
.....