

Sygn. akt: KIO/2819/10,
KIO/8/11
KIO/9/11

WYROK
z dnia 20 stycznia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **17 stycznia 2011 r.** w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia **12 stycznia 2011 r.** do łącznego rozpoznania,

wniesionych przez:

A. Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „POL-AQUA” S.A z siedzibą w Piasecznie, Pion Budownictwa Ogólnego, Oddział Generalnego Wykonawstwa w Gdańsku, ul. Na Piaskach 10, 80-846 Gdańsk (o sygn. akt: KIO /2819/10),

B. SKAŃSKA S.A, ul. Gen. J. Zajączka, 01-518 Warszawa (o sygn. akt: KIO/8/11),

C. Konsorcjum firm: 1) Eiffage Budownictwo Mitex S.A (Lider), 2) Integra Sp. z o.o. (Partner) z siedzibą dla lidera konsorcjum: ul. Postępu 5A, 02-676 Warszawa (o sygn. akt: KIO/9/11),

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego 12 Terenowy Oddział Lotniskowy, ul. Nowowiejska 28A, 00-911 Warszawa,

przy udziale wykonawców: **Mostostal Warszawa S.A., ul. Konstruktorska 11A, 02 - 673 Warszawa oraz SKAŃSKA S.A, ul. Gen. J. Zajączka, 01-518 Warszawa** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego toczącego się w wyniku odwołania wniesionego przez **Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „POL-AQUA” S.A z siedzibą w Piasecznie, Pion Budownictwa Ogólnego, Oddział Generalnego Wykonawstwa w Gdańsku, ul. Na Piaskach 10, 80-846 Gdańsk** po stronie Zamawiającego (o sygn. akt: KIO/ 2819/10),

przy udziale wykonawcy **Mostostal Warszawa S.A, ul. Konstruktorska 11A, 02 - 673 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego toczącego się w wyniku odwołania wniesionego przez **SKAŃSKA S.A, ul. Gen. J. Zajączka, 01-518**

1

Warszawa po stronie Zamawiającego (o sygn. akt: KIO/8/11),
przy udziale wykonawców: **Mostostal Warszawa S.A, ul. Konstruktorska 11A, 02 - 673 Warszawa oraz SKAŃSKA S.A, ul. Gen. J. Zajączka, 01-518 Warszawa** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego toczącego się w wyniku odwołania wniesionego przez **Konsorcjum firm: 1) Eiffage Budownictwo Mitex S.A (Lider), 2) Integra Sp. z o.o. (Partner) z siedzibą dla lidera konsorcjum: ul. Postępu 5A, 02-676 Warszawa** po stronie Zamawiającego (o sygn. akt: KIO/9/11),

orzeka:

1a. oddala odwołanie Przedsiębiorstwa Robót Inżynieryjnych „POL-AQUA” S.A z siedzibą w Piasecznie, Pion Budownictwa Ogólnego, Oddział Generalnego Wykonawstwa w Gdańsku, ul. Na Piaskach 10, 80-846 Gdańsk,

1b. oddala odwołanie SKAŃSKA S.A, ul. Gen. J. Zajączka, 01-518 Warszawa,

1c. uwzględnia odwołanie Konsorcjum firm: 1) Eiffage Budownictwo Mitex S.A (Lider), 2) Integra Sp. z o.o. (Partner) z siedzibą dla lidera konsorcjum: ul. Postępu 5A, 02-676 Warszawa i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem wszystkich odpowiedzi na pytania udzielonych w toku przedmiotowego postępowania przez Zamawiającego, biorąc pod uwagę okoliczności i wynikające z nich konsekwencje

wskazane w uzasadnieniu,

2. Kosztami postępowania obciąża **Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „POL-AQUA” S.A. z siedzibą w Piasecznie, Pion Budownictwa Ogólnego, Oddział Generalnego Wykonawstwa w Gdańsku, ul. Na Piaskach 10, 80-846 Gdańsk, SKAŃSKA S.A., ul. Gen. J. Zajączka, 01-518 Warszawa oraz 12 Terenowy Oddział Lotniskowy, ul. Nowowiejska 28A, 00-911 Warszawa** i nakazuje:

1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **60 000 zł 00 gr** (słownie: sześćdziesiąt tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisów uiszczonych przez odwołujących się, w tym:

A koszty w wysokości **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „POL-AQUA” S.A. z siedzibą w Piasecznie, Pion Budownictwa Ogólnego, Oddział Generalnego Wykonawstwa w Gdańsku, ul. Na Piaskach 10, 80-846 Gdańsk,**

2

B koszty w wysokości **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **SKAŃSKA S.A., ul. Gen. J. Zajączka, 01-518 Warszawa,**

C koszty w wysokości **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum firm: 1) Eiffage Budownictwo Mitex S.A. (Lider), 2) Integra Sp. z o.o. (Partner) z siedzibą dla lidera konsorcjum: ul. Postępu 5A, 02-676 Warszawa**

2) dokonać wpłaty kwoty **23 685 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset osiemdziesiąt pięć złotych zero groszy) stanowiącej uzasadnione koszty strony, w tym:

A kwoty **0 zł 00 gr** (słownie: xxx) przez xxx na rzecz xxx stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu xxx,

B kwoty **0 zł 00 gr** (słownie: xxx) przez xxx na rzecz xxx stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu xxx,

C kwoty **23 685 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset osiemdziesiąt pięć złotych zero groszy) przez **12 Terenowy Oddział Lotniskowy, ul. Nowowiejska 28A, 00-911 Warszawa** na rzecz **Konsorcjum firm: 1) Eiffage Budownictwo Mitex S.A. (Lider), 2) Integra Sp. z o.o. (Partner) z siedzibą dla lidera konsorcjum: ul. Postępu 5A, 02-676 Warszawa** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz opłaty skarbowej.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. 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 :

.....

3

Sygn. akt: KIO/2819/10, sygn. akt: KIO/8/11, sygn. akt: KIO/9/11

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie robót budowlanych w ramach zadania „Budowa kompleksu sportowo-kondycyjnego” na lotnisku Łask (oznaczenie postępowania 40/U/2010), zostało wszczęte przez 12 Terenowy Oddział Lotniskowy, ul. Nowowiejska 28A, 00-911 Warszawa zwany dalej: „Zamawiającym”, ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2010/S 164-251996 w dniu 25.08.2010 r.

W dniu 23.12.2010 r. Zamawiający poinformował (faxem) o wyborze oferty

najkorzystniejszej: Mostostal Warszawa S.A., ul. Konstruktorska 11A 02 - 673 Warszawa zwany dalej: „MOSTOSTAL WARSZAWA S.A.” albo „Przystępującym w sprawie o sygn. akt: KIO/2819/10” albo „Przystępującym w sprawie o sygn. akt: KIO/8/11” albo „Przystępującym w sprawie o sygn. akt: KIO/9/11”. Drugą pozycję zajęła SKAŃSKA S.A., ul. Gen. J. Zajączka, 01-518 Warszawa zwana dalej: „SKAŃSKA S.A.” albo „Przystępującym w sprawie o sygn. akt: KIO/2819/10” albo „Odwołującym w sprawie o sygn. akt: KIO/8/11” albo „Przystępującym w sprawie o sygn. akt: KIO/9/11” SKAŃSKA S.A., zaś odrzucona została oferta Konsorcjum firm: 1) Eiffage Budownictwo Mitex S.A. (Lider), 2) Integra Sp. z o.o. (Partner) z siedzibą dla lidera konsorcjum: ul. Postępu 5A, 02-676 Warszawa zwane dalej: „KONSORCJUM MITEK” albo „Odwołującym w sprawie o sygn. akt: KIO/9/11” oraz Przedsiębiorstwa Robót Inżynieryjnych „POL-AQUA” S.A. z siedzibą w Piasecznie, Pion Budownictwa Ogólnego, Oddział Generalnego Wykonawstwa w Gdańsku, ul. Na Piaskach 10, 80-846 Gdańsk zwane dalej: „POL-AQUA” S.A” albo „Odwołującym w sprawie o sygn. akt: KIO/2819/10”.

Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO/2819/10:

W dniu 31.12.2010 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) na podstawie art. 180 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”, „POL-AQUA” S.A. wniosła odwołanie od czynności Zamawiającego z dnia 23.12.2010 r. polegającą na wyborze oferty MOSTOSTAL WARSZAWA S.A., jako najkorzystniejszej w niniejszym postępowaniu i zaniechanie odrzucenia tej oferty, a także na zaniechanie odrzucenia oferty SKAŃSKA S.A. oraz na czynność odrzucenia oferty Odwołującego i zaniechanie poprawienia omyłek, które w tej

1

ofercie wystąpiły. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 31.12.2010 r. (faxem).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów Pzp:

- a) art. 7 ust. 1 w zw. z art. 87 ust. 1, ust. 2 pkt 1, 2 i 3 Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty oraz zaniechanie dokonania w ofercie Odwołującego obligatoryjnych poprawek omyłek pisarskich, omyłek rachunkowych i innych omyłek polegających na niezgodności oferty z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SIWZ”, które nie powodują istotnej zmiany treści oferty, a w szczególności zaniechanie poprawienia omyłek w treści kosztorysu ofertowego, a w konsekwencji bezprawne odrzucenie oferty Odwołującego;
- b) art. 7 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp i art. 91 ust. 1 Pzp poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez MOSTOSTAL WARSZAWA S.A. i zaniechanie odrzucenia tej oferty, mimo że jej treść nie odpowiada treści SIWZ w zakresie uniemożliwiającym dokonanie poprawek w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp;
- c) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty SKAŃSKA S.A. z siedzibą w Warszawie mimo że treść tej oferty nie odpowiada treści SIWZ w zakresie uniemożliwiającym dokonanie poprawek w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3;
- d) oraz innych przepisów Pzp i innych przepisów powszechnie obowiązujących wymienionych w treści uzasadnienia odwołania. W związku z powyższym wnosił o:
 - a) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia decyzji z dnia 23.12.2010 r. o wyborze jako najkorzystniejszej oferty MOSTOSTAL WARSZAWA S.A.;
 - b) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia decyzji z dnia 23.12.2010 r. o odrzuceniu oferty Odwołującego;
 - c) nakazanie Zamawiającemu przeprowadzenia ponownej oceny i badania ofert oraz:
 - d) odrzucenia ofert MOSTOSTAL WARSZAWA S.A. i SKAŃSKA S.A., jako że ich treść nie odpowiada treści SIWZ,
 - e) poprawienia oferty Odwołującego w trybie art. 87 ust. 2 Pzp w zakresie omyłek pisarskich, rachunkowych oraz innych omyłek polegających na niezgodności z SIWZ, a w szczególności w zakresie omyłek, które wystąpiły w treści kosztorysu ofertowego stanowiącego załącznik do oferty Odwołującego;
 - f) przyznanie Odwołującemu, na podstawie § 3 pkt 2) 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. Nr 41, poz. 238) kosztów poniesionych w związku z prowadzonym postępowaniem

odwoławczym, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika, w kwocie 3.600,00 zł oraz kosztów dojazdu na rozprawę, które zostaną potwierdzone poprzez przedłożenie na rozprawie stosownych rachunków.

2

Odnosnie odrzucenie oferty Odwołującego. Było ono niezasadne, gdyż wszystkie z uchybień wskazanych w uzasadnieniu decyzji z dnia 23.12.2010 r. o odrzuceniu oferty Odwołującego mogły zostać usunięte na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 1, 2 i 3 Pzp lub wyjaśnione na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp. W pkt 1 uzasadnienia powyższej decyzji Zamawiający wskazał, że w kosztorysie branży - Tereny zewnętrzne nie ujęto poz. 31: „oznakowanie poziome jezdni (...)”. Tymczasem wbrew twierdzeniom Zamawiającego „POL-AQUA” S.A. zawarła w kosztorysie tę pozycję i odpowiednio ją wyceniła. W ppkt 5 branży - Tereny zewnętrzne: „Oznakowanie poziome” Odwołujący wpisał kwotę 628,73 zł, która to kwota była wyceną poz. 31. Niestety w wyniku omyłki pracownika przygotowującego kosztorys tej branży, nie został rozwinięty opis pozycji, tj. ilość metrów kwadratowych oraz cena jednostkowa (w załączeniu wyciąg z kosztorysu jaki znalazł się w ofercie, oraz prawidłowa wersja z rozwiniętym opisem poz. 31). Tym niemniej kwota wyceny tej pozycji została podana, a Zamawiający znając ilość metrów kwadratowych podanych w przedmiarze załączonym do SIWZ mógł w prosty sposób uzyskać cenę jednostkową działając w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Warto wspomnieć, iż oznakowanie poziome dotyczy tylko jednej pozycji kosztorysowej, tj. oznakowania poziomego jezdni farbą chloro - kauczukową - linie ciągłe, żadne inne elementy budowlane, poza jezdnią, nie miały być znakowane poziomo. Ewentualny zarzut, że Zamawiający nie wiedział jakiej pozycji dotyczy podana kwota 628,73 zł będzie bezpodstawny. Brak poz. 31 w kosztorysie spowodowany był wyłącznie omyłką wykonawcy, a Zamawiający obowiązany był wezwać Odwołującego się do wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp i poprawić omyłkę na zasadach określonych w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 18.05.2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 779/10: „1. *Legę non distinguente art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p. nie wskazuje rodzaju omyłek, zatem obejmuje wszelkie niezamierzone, błahie pomyłki, niedopatrzienia, błędy niezamierzone, opuszczenia, drobne różnice nie będące świadomym pominięciem określonych w siwz wymogów. Może to dotyczyć także ceny wskazanej w ofercie.* 2. *Dla możliwości zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p. charakter wynagrodzenia jest pozbawiony jakiejkolwiek doniosłości.* 3. *Zmiana wysokości ceny oferty następuje częstokroć wskutek tego, że w wyniku dokonania przez zamawiającego poprawienia treści oferty co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia następuje konieczność korekty ceny, tak by odzwierciedlała ona dokonane poprawki.*”

Podobnie wypowiedziała się Izba w wyroku z dnia 26.05.2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 845/10: „*Sprostowaniu lub uzupełnieniu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p. mogą podlegać wadliwie podane elementy kalkulacyjne, w tym ilości lub wymiary dla poszczególnych pozycji kosztorysowych - zarówno nie mające wpływu, jak również mające wpływ na cenę oferty, czy to całkowita, czy cenę jednostkową, nie powodujące istotnych*

3

zmian w treści oferty, z ewentualnym uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek.”

Omyłka dotycząca poz. 31 w kosztorysie jest błahą, nic nie znaczącą omyłką, *de facto* mającą mniej niż znikomy wpływ na zaoferowaną przez wykonawcę cenę. Co więcej, jak wskazano wyżej, wycena tej pozycji znalazła się w kosztorysie ofertowym, brakuje jedynie jej opisu, podania metrażu i ceny jednostkowej. Ponadto należy mieć na względzie, że nawet jeśli by uznać, że wykonawca faktycznie nie wymienił pozycji w kosztorysie i nie uwzględnił jej w cenie ofertowej (co nie miało miejsca), to i tak Zamawiający obowiązany był dokonać stosownej poprawki oferty na zasadach określonych w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 03.04.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 351/09: „*W ocenie Izby powstała niezgodność treści oferty z treścią siwz również wyczerpuje dyspozycję art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy ZamPublU. Izba wzięła pod uwagę przede wszystkim okoliczność, wykazaną przez odwołującego i nie zakwestionowaną przez Zamawiającego, że wartość nie wycenionego w kosztorysie styropianu wynosi ok. 600 zł, a zatem jest znikoma w stosunku do ceny całkowitej oferty, która wynosi ok. 1 900 000 zł. Uwzględniając powyższe Izba*

uznała, że brak ujęcia w kosztorysie styropianu stanowi nieistotną niezgodność treści oferty z treścią siwz i uzasadnione jest w tym zakresie dokonanie poprawienia omyłki w oparciu o dyspozycję art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy ZamPublU. Konkludując, Izba zważyła, że ustawodawca w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy ZamPublU, dopuścił w celu wyeliminowania niezgodności z siwz ingerencję w treść oferty pod warunkiem jednak, że dokonana zmiana nie wywoła skutku w postaci istotnej zmiany w treści oferty. Skoro oferta stanowi jednostronne oświadczenie woli, zawierające propozycję zawarcia umowy, to dopuszczalna jest na gruncie powołanego przepisu zmiana treści przedmiotowego oświadczenia wykonawcy, a w konsekwencji istotnych postanowień proponowanej umowy (*essentia negotii*), w tym także ceny oferty. Ustawodawca w treści omawianego przepisu posłużył się pojęciem nieostrym (nieistotne/istotne zmiany) i zrezygnował z określenia katalogu zmian w treści oferty, które mogą nastąpić w wyniku poprawienia omyłek. Zatem zastosowanie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy ZamPublU należy rozpatrywać, odnosząc się zawsze do konkretnych okoliczności sprawy i oceniając istotność omyłek w konkretnym, rozpatrywanym przypadku, (podobnie wyrok KIO/UZP 246/09 z dnia 17 marca 2009 r.). Należy podnieść, że Odwołujący, składając kalkulację ceny oferty po poprawieniu omyłek oraz kosztorysy różnicowe skutecznie wykazał, że kwestionowane przez Zamawiającego rozbieżności treści oferty z treścią siwz, są nieistotne. Izba wzięła pod uwagę okoliczność wykazaną przez Odwołującego i nie zakwestionowaną przez Zamawiającego, że poprawienie niezgodności treści oferty z treścią siwz spowoduje zmianę ceny oferty o ok. 1 700 zł brutto, co stanowi różnicę ok. 0,14 % i w stosunku do ceny oferty wynoszącej ponad 1 900 000 zł, jest różnicą nieistotną. Dodatkowo należy zaznaczyć, że zmiana ceny oferty Odwołującego, po

4

uwzględnieniu nieistotnych omyłek nie wpływa na ranking ofert, w jedynym kryterium oceny ofert, jakim jest cena, bowiem oferta Odwołującego jest ofertą o ok. 21 000 zł tańszą od oferty znajdującej się na drugiej pozycji w kryterium cena. Zmiana zakresu i ilości przedmiotu świadczenia odnosi się do kilku elementów (pozycji) i nie powoduje w sposób istotny, znaczący zmiany treści oferty. Stanowisko powyższe jest zbieżne z dotychczasową linią orzecniczą Krajowej Izby Odwoławczej. Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała za zasadny zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy ZamPublU i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz wyboru oferty najkorzystniejszej oraz dokonanie ponownego badania i oceny ofert, z zastosowaniem dyspozycji wynikającej z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy ZamPublU".

W innym wyroku KIO z dnia 26.11.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP/1277/08 stwierdzono, iż: „(...)jedną z podstaw oceny „istotności” poprawy co do treści oferty jest jednak zmiana wartości ceny całkowitej oferty, w stosunku do wartości tej oferty. W przedmiotowej sytuacji zmiana będzie dotyczyć wartości ok. 40 zł w stosunku do ceny oferty, na którą składają się wartości podstawowe - 4384981, 89 zł - termomodernizacja, 2010286, 27 zł - instalacja CO. W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej - w przedmiotowej sytuacji nie ulega wątpliwości, że omyłka w ofercie odwołującego nie jest istotna w stosunku do wartości całej oferty. Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej miał również na uwadze zakres przedmiotu zamówienia w przedmiotowym postępowaniu - setki pozycji kosztorysów ofertowych i zróżnicowany charakter robót, jak również wielość podstaw wyceny - powodują, że omyłka dotycząca niewłaściwej stawki robocizny w jednej z pozycji jednego z kosztorysów nie ma charakteru istotnego w stosunku do całej oferty.”

W niniejszej sprawie wartość rzekomo pominiętej pozycji (de facto pozycja jest ujęta w kosztorysie) wynosi zaledwie 623,78 zł, co przy cenie ofertowej Odwołującego w wysokości 31.988.369.33 zł netto, wskazuje, iż wartość rzekomo pominiętej pozycji jest mniej niż znikoma. Ponadto, jeżeli Zamawiający miał wątpliwości odnośnie wymienionej pozycji to mógł wezwać wykonawcę do złożenia stosownych wyjaśnień na zasadach określonych w art. 87 ust. 1 Pzp. Śądanie wyjaśnień oferty jest uprawnieniem Zamawiającego z którego nie musi skorzystać. Jeżeli jednak Zamawiający korzysta z tego uprawnienia w stosunku do części wykonawców, jednocześnie nie wzywając innych wykonawców do złożenia wyjaśnień w identycznych sytuacjach, to zdaniem Odwołującego mamy w takim wypadku do czynienia z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców sformułowanych w art. 7 ust. 1 Pzp.

W pismach z dnia 09.12.2010 r. Zamawiający wezwał MOSTOSTAL WARSZAWA S.A. oraz KONSORCJUM MITEX do złożenia wyjaśnień, na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp, czy kosztorys ofertowy tych wykonawców obejmuje ujęte na str. 307 SIWZ zestawienie kosztów

separatora lamelowego oraz pompowni wód deszczowych. W dniu 13.12.2010 r. KONSORCJUM MITEK, a w dniu 14.12.2010 r. MOSTOSTAL WARSZAWA S.A. potwierdzili, że ich kosztorysy obejmują te pozycje (w załączeniu pisma Zamawiającego oraz odpowiedzi wykonawców). Zatem, mimo, iż w/w wykonawcy nie wymienili w kosztorysach określonych pozycji to Zamawiający wezwał ich do złożenia wyjaśnień. MOSTOSTAL WARSZAWA S.A. został ponadto wezwany do złożenia podobnych wyjaśnień w dniu 21.12.2010 r. W identycznej sytuacji Odwołujący takiego wezwania nie otrzymał, a Zamawiający postanowił odrzucić jej ofertę. Takie zachowanie Zamawiającego zdaniem Odwołującego stanowi naruszenie naczelnych zasad Pzp i prowadzi do wniosku, że postępowanie zostało przeprowadzone w sposób, który nie zapewnił zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Odnosząc się do pkt 2-23 pisma z dnia 23.12.2010 r. należy stwierdzić, iż omyłki te winny być potraktowane jako omyłki rachunkowe lub inne omyłki, których poprawienie nie powoduje istotnej zmiany treści oferty, które Zamawiający obowiązany był poprawić na zasadach określonych w art.87 ust. 2 pkt 2 i 3 Pzp. Natomiast omyłka z pkt 12 uzasadnienia decyzji, która winna być poprawiona przez Zamawiającego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Każda z tych omyłek sprowadza się *de facto* do podania przez Odwołującego się w kosztorysie nieprawidłowego obmiaru poszczególnych pozycji, wskutek czego pozycje te zostały nieprawidłowo wycenione. W takiej sytuacji Zamawiający obowiązany był do poprawienia wyceny pozycji, przy użyciu podanych w kosztorysie cen jednostkowych („POL-AQUA” S.A. podała we wszystkich pozycjach ceny jednostkowe) oraz przy zastosowaniu prawidłowego obmiaru. Po dokonaniu wspomnianej operacji arytmetycznej Zamawiający obowiązany był poinformować o fakcie dokonania poprawek wykonawcę. Mimo ustawowego obowiązku Zamawiający zaniechał poprawienia oferty Odwołującego się, przedstawiając w/w omyłki jako jedną z podstaw do odrzucenia oferty. Należy podkreślić, iż podobnie, jak w przypadku omyłki opisanej wyżej, a polegającej na rzekomym nieumieszczeniu w kosztorysie jednej z pozycji, również w przypadku opisywanych omyłek rachunkowych Zamawiający zastosował podwójne standardy w odniesieniu do poszczególnych wykonawców. W dniu 17.12.2010 r. poinformował MOSTOSTAL WARSZAWA S.A., iż na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp poprawił oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek. W piśmie Zamawiający wskazał, że dokonał czterech poprawek, w każdym przypadku mających postać poprawy obmiaru zastosowanego przez wykonawcę. Informacja o identycznego rodzaju poprawkach została wystosowana do SKANSKA S.A. w dniu 21.12.2010 r. Również w tym wypadku Zamawiający poprawił obmiar pięciu pozycji oraz odpowiednio skorygował cenę ofertową. Zdaniem Odwołującego zachowanie Zamawiającego w sposób oczywisty naruszało zasady określone w art. 7 ust. 1 Pzp. Zamawiający zobligowany był również do poprawienia omyłek

rachunkowych Odwołującego. Zgodnie z przywołanym powyżej wyrokiem KIO, sygn. akt: KIO/UZP 845/10: „*Artykuł 87 ust. 2 p.z.p. nie zawiera analogicznego do art. 26 ust. 3 p.z.p. wyłączenia, które umożliwia odstąpienie przez Zamawiającego od dokonania obligatoryjnych czynności, jeżeli oferta wykonawcy podlega odrzuceniu z innego powodu, lub konieczne byłoby unieważnienie postępowania*”. Co za tym idzie Zamawiający zawsze jest obowiązany poprawić omyłki rachunkowe i inne omyłki w ofercie wykonawcy polegające na niezgodności jej treści z treścią SIWZ, nawet gdyby istniały inne przesłanki odrzucenia jego oferty.

Ponadto wyraźnie podkreślił, iż zarówno liczba pozycji kosztorysowych podlegających poprawie, jak również wartość procentowa zmiany ceny oferty po jej skorygowaniu (ok. 0,02% - przed poprawą 31 988 369,33 zł, a po korekcie 31 982 136,90 zł) stanowią o nieistotności zmian treści oferty, które winny być dokonane przez Zamawiającego w wyniku poprawienia omyłek, co dodatkowo potwierdza dopuszczalność zastosowania trybu przewidzianego w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

W pkt 24 decyzji z dnia 23.12.2010 r. Zamawiający wskazał, że brak jest wycenionego przedmiaru robót - Zasilanie stacji transformatorowej stanowiącej załącznik Nr 1 do SIWZ (str. 242-246 SIWZ). Odpowiadając na ten zarzut stwierdził, iż zasilanie stacji transformatorowej nie było objęte zakresem niniejszego postępowania, zatem zarzut ten jest

całkowicie bezprzedmiotowy. W pytaniach i odpowiedziach do SIWZ z dnia 29.09.2010 r. jeden z wykonawców sformułował następujące pytanie (pytanie nr 14): „Czy zakres robót w przedmiarach robót:

- Stacja transformatorowa - część energetyki;
- Zasilanie proj. wewnętrznej stacji transf. 15/0,4 kV (w bud. HALI SPORTOWEJ Z PŁYWALNIA). Linia kablowa SN - 15 kV jest przedmiotem przetargu? Zapisy w warunkach przyłączenia i w projekcie umowy o przyłączeniu nie dają jednoznacznej odpowiedzi w tym temacie". Na w/w pytanie Zamawiający udzielił odpowiedzi: „Nie, zakres ten nie jest przedmiotem przetargu. Zgodnie z warunkami przyłączeniowymi zakres ten powinien być wykonany przez Zakład Energetyczny Łódź Teren".

Opierając się na powyższych wyjaśnieniach Odwołujący uznał, że zasilanie stacji transformatorowej nie wchodzi w zakres przedmiotu zamówienia, a co za tym idzie nie może być uwzględnione w kosztorysie ofertowym. Wyjaśnienia do SIWZ stanowią jej integralną część na równi z jej pierwotną treścią. Wykonawcy obowiązani są przestrzegać zapisów SIWZ zmodyfikowanych w wyniku wyjaśnień udzielonych przez Zamawiającego. W wyroku z dnia 03.03.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 177/09 Izba stwierdziła, iż: „Ze względu na przejrzystość postępowania i zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, wykonawcy do udzielonych wyjaśnień muszą mieć takie samo zaufanie jak do treści samej specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Z tego powodu zamawiający, jak i wykonawcy, są związani udzielonymi wyjaśnieniami treści specyfikacji istotnych warunków

7

zamówienia w równym stopniu, jak treścią "pierwotnej" specyfikacji istotnych warunków zamówienia i jej modyfikacji. Kwestia ta nie budzi wątpliwości w orzecznictwie i piśmiennictwie, jak również wśród ogółu podmiotów uczestniczących w procesie udzielania zamówień publicznych".

W innym wyroku z dnia 22.09.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 952/08 stwierdzono, iż: „Wszystkie odpowiedzi i wyjaśnienia do SIWZ ze swej istoty uzupełniają jej treść i wykonawcy winni brać je pod uwagę przy sporządzaniu ofert. Jeżeli zamawiający poinformował, że posługuje się określoną technologią, wykonawca nie ma podstaw, aby przyjąć -uprzednio o to nie zapytawszy, że zostanie ona przez zamawiającego zmieniona, jeżeli proponuje on przedmiot zamówienia funkcjonujący z użyciem innej technologii".

Odpowiedź na pytanie 14 - pismo z dnia 29.09.2010 r. nigdy nie została przez Zamawiającego zmodyfikowana, zatem wykonawcy obowiązani byli stosować się do postanowień określonych w tych wyjaśnieniach i nie uwzględniać zasilania stacji transformatorowej jako jednej z pozycji kosztorysowych. Opierając się na powyższych argumentach należy stwierdzić, iż odrzucenie oferty Odwołującego było niezasadne, a wniosek o unieważnienie decyzji Zamawiającego z dnia 23.12.2010 r. o odrzuceniu oferty „POL-AQUA" S.A. zasługuje na uwzględnienie.

Odnosnie unieważnienia wyboru oferty MOSTOSTALU WARSZAWA S.A., jako najkorzystniejszej oraz odrzucenie jego oferty. Oferta MOSTOSTALU WARSZAWA S.A. powinna zostać odrzucona przez Zamawiającego, gdyż jej treść nie odpowiada treści SIWZ. W pierwszej kolejności należy zauważyć, iż wykonawca ten nie uwzględnił w swojej ofercie modyfikacji SIWZ polegającej na wyłączeniu z kosztorysu ofertowego wyceny zasilania stacji transformatorowej. Jak wskazano wyżej, Zamawiający wyłączył z zamówienia ten zakres, wskazując, iż zgodnie z warunkami przyłączeniowymi zakres ten powinien być wykonany przez Zakład Energetyczny Łódź Teren. Mimo tego Mostostal uwzględnił koszty wykonania zasilania stacji transformatorowej w wysokości 91.232,67 zł w cenie ofertowej, do czego nie był uprawniony. Z tych względów oferta tego wykonawcy nie jest zgodna z SIWZ i jako taka winna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Pamiętać należy, że wykonawca obowiązany jest sporządzać swoją ofertę na podstawie postanowień SIWZ, do których należą również wszelkie wyjaśnienia składane przez Zamawiającego w trybie art. 38 Pzp. Jak wspomniano wyżej, wykonawca składający ofertę obowiązani są stosować się do wszystkich modyfikacji SIWZ, również tych które zostały wprowadzone w trybie odpowiedzi na pytania, o ile Zamawiający do dnia składania ofert nie wprowadzi kolejnej zmiany w tym zakresie. W niniejszym postępowaniu Zamawiający w odpowiedzi na pytanie 14 z dnia 29.09.2010 r. zmodyfikował SIWZ w ten sposób, że wskazał, iż zasilanie sieci transformatorowej nie wchodzi w zakres niniejszego przetargu. Logiczną konsekwencją takiej modyfikacji jest przyjęcie przez wykonawców, że pozycji tej nie należy uwzględniać

8

w kosztorysie ofertowym. Zdaniem Odwołującego MOSTOSTALU WARSZAWA S.A. bezzasadnie uwzględnił w cenie ofertowej w/w pozycję, co winno skutkować odrzuceniem jego oferty.

Ponadto oferta MOSTOSTALU WARSZAWA S.A., jest niezgodna z SIWZ z jeszcze jednego powodu. Zgodnie z odpowiedzią na pytanie 8 z dnia 04.10.2010 r. dotyczące minimalnych parametrów nawierzchni poliuretanowej i z trawy sztucznej w celu możliwości zastosowania przez wykonawców równoważnych nawierzchni Zamawiający stwierdził, iż: *„W związku ze zmianą asortymentu produkcyjnego firmy Conica, której produkt CONIPUR M przyjęto w projekcie należy w dokumentacji projektowej wprowadzić następujące zmiany dot. minimalnych wymagań nawierzchni poliuretanowej - parametry podane w tabeli poniżej. W przypadku zaoferowania i wykonania nawierzchni równorzędnych Wykonawca musi udokumentować równoważność rozwiązań załączając właściwe dokumenty tj.: karty techniczne, atesty PIH, rekomendacje techniczne lub aprobaty techniczne lub dokumenty równoważne wydane przez instytucje upoważnione do badań, autoryzację producenta danej nawierzchni, w której producent potwierdzi gwarancję na daną nawierzchnię”.*

Zgodnie z powyższą informacją wykonawcy, którzy korzystać będą z nawierzchni równorzędnych do wskazanej w projekcie - a związku z faktem zmiany asortymentu firmy produkującej te nawierzchnie każdy z wykonawców zmuszony był skorzystać z rozwiązania równorzędnego, obowiązani byli także załączyć do oferty dokumenty, o których mowa w odpowiedzi na pytania wykonawców nr 8 z dnia 04.10.2010 r. W aneksie do odpowiedzi na powyższe pytanie z dnia 07.10.2010 r. Zamawiający potwierdził, iż wykonawcy oferujący nawierzchnie równorzędne obowiązani są przedłożyć stosowne dokumenty. MOSTOSTAL WARSZAWA S.A. takich dokumentów nie załączył, czym naruszył wymagania SIWZ w tym zakresie. Jak wskazano powyżej każda modyfikacja SIWZ, która została dokonana poprzez wyjaśnienia złożone przez Zamawiającego staje się wiążąca dla wykonawców i obowiązani oni są składać swoje oferty z uwzględnieniem wszelkich zmian SIWZ dokonanych do dnia składania ofert.

Odrzucenie oferty SKANSKA S.A. Powyższa oferta obarczona jest podobnymi uchybieniami jak oferta MOSTOSTALU WARSZAWA S.A. W kosztorysie ofertowym tego wykonawcy również uwzględniono wycenę kosztów zasilania stacji transformatorowej, mimo, iż zadanie to nie jest objęte przedmiotem zamówienia. Ponadto do formularza oferty SKANSKA S.A. załączyła zestawienie, w którym ujawnione są również inne koszty nie przewidziane w kosztorysie, co powoduje, że ta oferta jest niezgodna z SIWZ. SKANSKA S.A. w zestawieniu kosztorysowym załączonym do formularza oferty wskazała dwie pozycje nie przewidziane w kosztorysie, tj. koszt pozycji wynikających z pkt 3.4 SIWZ oraz koszt urządzeń. Obie pozycje mają wartość, odpowiednio: 245.583,84 zł oraz 267.792,73 zł należy zatem uznać, iż mają znaczenie dla wartości oferty, nie są to wartości znikome. Zgodnie

9

z informacją Zamawiającego umieszczoną w pkt. 1 odpowiedzi na pytania zgłoszone do SIWZ z dnia 04.10.2010 r.: *„W związku z licznymi pytaniami dotyczącymi:*

a) dodawania pozycji kosztorysowych (w przypadku braku pozycji dla robót nie ujętych w przedmiarze a niezbędnych do wykonania),

b) zmiany obmiaru pozycji kosztorysowych (w przypadku stwierdzenia rozbieżności między projektem a kosztorysem),

c) zmiany opisu pozycji kosztorysowych,

Zamawiający podtrzymuje swoje stanowisko i na tym etapie nie dopuszcza wprowadzenia ww. zmian. Kosztorys ofertowy musi być wykonany zgodnie z przekazanymi przedmiarami. Poprzez zmiany przedmiarowe nastąpiłoby zwiększenie wartości zadania, a co za tym idzie anulowanie przetargu. Ewentualne rozbieżności między projektem a kosztorysem zostaną wyjaśnione w procesie realizacji zadania”.

SKANSKA S.A. w nieuzasadniony sposób dokonała dodania pozycji kosztorysowej, mimo braku takich pozycji w przedmiarach, zatem należy uznać, iż oferta tego wykonawcy nie jest zgodna z SIWZ. Ponadto podobnie jak oferta MOSTOSTALU WARSZAWA S.A. oferta złożona przez SKANSKA S.A. nie zawiera wymaganych przez Zamawiającego dokumentów dotyczących powierzchni poliuretanowych stosowanych jako rozwiązanie równoważne w stosunku do nawierzchni wskazanych w dokumentacji projektowej.

Zamawiający w dniu 03.01.2011 r. wezwał faxem w trybie art. 185 ust.1 Pzp

uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 05.01.2011 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) MOSTOSTAL WARSZAWA 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 07.01.2011 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) SKAŃSKA S.A. zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu. Zgodnie z odpowiedzią udzieloną na pytanie 3 w dniu 04.10.2010 r., Zamawiający wskazał, że: „(..) Zamawiający informuje, iż należy ująć w kosztorysie ofertowym projekt instalacji elektrycznych - „stacja transformatorowa wewnętrzna 15/0.4 KV część zakładu energetycznego”. W dniu 05.10.2010 r. Zamawiający pisemnie poinformował Wykonawców że: „(..) na tym etapie nie dopuszcza wprowadzania zamian w przedmiarach. Kosztorys ofertowy musi być wykonany zgodnie z przekazanymi przedmiarami (....)”.

Odwołujący nie załączył do oferty, kosztorysu ofertowego w części dotyczącej przedmiarów robót: „Zasilanie stacji transformatorowej (....)” (str. 242 -246 SIWZ) oraz część

10

przedmiaru robót „Sieci i przyłącza wod-kan z przebudową rowu „zestawienie „(..)kosztów materiałów, konstrukcji, wyrobów, maszyn i urządzeń nie ujmowanych w kosztorysach (....)” (str. 307 SIWZ). Odwołujący złożył ofertę niezgodną ze SIWZ ponieważ nie dokonał wyceny, pominął w kosztorysach część prac co uniemożliwiło porównanie jego oferty z ofertami pozostałych wykonawców którzy złożyli oferty w pełnym zakresie zgodnie ze SIWZ i odpowiedziami udzielonymi przez Zamawiającego a ponadto brak ten nie podlega uzupełnieniu ani poprawie w trybie przewidzianym w art. 87 Pzp. Zatem należy uznać, że oferta Odwołującego się została słusznie odrzucona przez Zamawiającego a odwołanie w tym zakresie nie zasługuje na uwzględnienie.

Oferta SKAŃSKA S.A. została złożona zgodnie z postanowieniami SIWZ oraz odpowiedziami na udzielone pytania ponieważ zawiera zarówno wycenę przedmiarów w zakresie „Zasilanie stacji transformatorowej (..)” (str. 242 -246 SIWZ) oraz zestawienie „(..) kosztów materiałów, konstrukcji, wyrobów, maszyn i urządzeń nie ujmowanych w kosztorysach (....)” (str. 307 SIWZ). Natomiast poprawki dokonane przez Zamawiającego w trybie art. 87 ust 2 pkt 2 Pzp, zgodnie z pismem z dnia 21.12.2010 r., zostały dokonane zgodnie z linią orzecniczą wskazaną przez Odwołującego w odwołaniu. W zakresie powierzchni poliuretanowych firma SKAŃSKA S.A. zaoferowała system nawierzchni sportowej Conipur M. wskazany w dokumentacji przetargowej a więc nie miał obowiązku postępowania zgodnie z regułami przewidzianymi dla rozwiązań równoważnych.

W dniu 14.01.2011 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Odwołujący złożył pismo stanowiące uzupełnienie treści zarzutów oraz odpowiedź na zgłoszone przystąpienie przez SKAŃSKA S.A. W pierwszej kolejności zwrócił uwagę, że przystąpienie SKAŃSKA S.A. jest nieskuteczne, gdyż wykonawca ten nie przesłał Odwołującemu się kopii przystąpienia w terminie określonym w art.185 ust. 2 Pzp. Zgodnie z treścią przepisu: „Wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby w formie pisemnej albo elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie”. Z treści powyższego uregulowania wynika, iż wykonawca składa przystąpienie do odwołania do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w terminie 3 dni od otrzymania kopii odwołania, a kopię przystąpienia przesyła zamawiającemu oraz wnoszącemu odwołanie również w terminie 3 dni od otrzymania kopii odwołania. Świadczy o tym konstrukcja przepisu, który w zdaniu pierwszym określa termin na przystąpienie, a w zdaniu drugim wskazuje formę oraz sposób przesłania przystąpienia dla stron postępowania odwoławczego. Zatem termin

11

3-dniowy jest uniwersalny, a przystąpienie powinno zostać doręczone w terminie 3 dni

każdemu uczestnikowi postępowania odwoławczego, nie tylko Prezesowi KIO, ale również Odwołującemu i Zamawiającemu. Tymczasem SKANSKA S.A. przesłał odwołującemu kopię przystąpienia dopiero 13.01.2011 r., zatem sześć dni po terminie określonym Pzp.

Ponadto należy stwierdzić, iż merytoryczne zarzuty zgłoszone przez SKANSKA S.A. również nie zasługują na uwzględnienie. Zdaniem Odwołującego kluczowym do zrozumienia sposobu w jaki wykonawcy mieli sporządzić kosztorys ofertowy jest dokładna analiza odpowiedzi nr 1 Zamawiającego z dnia 04.10.2010 r. oraz odpowiedzi z dnia 05.10.2010 r. Zgodnie z odpowiedzią nr 1 z dnia 04.10.2010 r.:

„ W związku z licznymi pytaniami dotyczącymi:

a) dodawania pozycji kosztorysowych (w przypadku braku pozycji dla robót nie ujętych w przedmiarze a niezbędnych do wykonania),

b) zmiany obmiaru pozycji kosztorysowych (w przypadku stwierdzenia rozbieżności między projektem a kosztorysem),

c) zmiany pozycji kosztorysowych. Zamawiający podtrzymuje swoje stanowisko i na tym etapie nie dopuszcza wprowadzenia ww. zmian. Kosztorys ofertowy musi być wykonany zgodnie z przekazanymi przedmiarami. Poprzez zmiany przedmiarowe nastąpiłoby zwiększenie wartości zadania a co za tym idzie anulowanie przetargu. Ewentualne rozbieżności między projektem a kosztorysem zostaną wyjaśnione w procesie realizacji zadania."

Analizując powyższe oświadczenie zamawiającego należy stwierdzić, iż zamawiający wyraźnie wskazał, iż nie są możliwe zmiany polegające na dodawaniu pozycji kosztorysowych, zmiany obmiaru pozycji kosztorysowych oraz zmiany pozycji kosztorysowych, które w konsekwencji mogłyby prowadzić do zwiększenia wartości zadania. Zamawiający obawiał się, że zmiany tego typu doprowadzą do konieczności unieważnienia postępowania. Jednocześnie zamawiający nie wypowiedział się na temat pozycji kosztorysowych, które w toku wyjaśniania treści SIWZ zostały wyłączone z zakresu przedmiotu zamówienia.

W odpowiedzi z dnia 05.10.2010 r. zamawiający podtrzymał stanowisko określone w odpowiedzi na pytanie 1 z dnia 04.10.2010 r. Zdaniem odwołującego zamawiający nie wypowiedział się na tematy pozycji z przedmiaru, które zostały na etapie wyjaśniania treści SIWZ wykluczone z zakresu przedmiotu zamówienia. Zatem w kosztorysie ofertowym winny znaleźć się pozycje wskazane w przedmiarach, za wyjątkiem pozycji, które uznane zostały przez zamawiającego za pozostające poza przedmiotem zamówienia. Do takich pozycji należy niewątpliwie przedmiar nr 14 w załączniku nr 1 do SIWZ o nazwie: „Zasilanie proj. wewnętrznej stacji transf. 15/0,4 kV (w bud. HALI SPORTOWEJ Z PŁYWALNIA) Linia kablowa SN-15 kV". W pytaniach i odpowiedział do SIWZ z dnia 29.09.2010 r. jeden

12

z wykonawców sformułował następujące pytanie (pytanie nr 14):

„Czy zakres robót w przedmiarach robót:

- Stacja transformatorowa - część energetyki;

- Zasilanie proj. wewnętrznej stacji transf. 15/0,4 kV (w bud. HALI SPORTOWEJ

Z PŁYWALNIA). Linia kablowa SN - 15 kV jest przedmiotem przetargu ? Zapisy w

warunkach przyłączenia i w projekcie umowy o przyłączeniu nie dają jednoznacznej

odpowiedzi w tym temacie". Na w/w pytanie Zamawiający udzielił odpowiedzi: „Nie, zakres

ten nie jest przedmiotem przetargu. Zgodnie z warunkami przyłączeniowymi zakres ten

powinien być wykonany przez Zakład Energetyczny Łódź Teren". Następnie w odpowiedzi nr

3 z dnia 04.10.2010 r. do pytania o treści: „Czy ująć w kosztorysie ofertowym przedmiar

instalacji elektrycznych - „stacja transformatorowa wewnętrzna 15/0,4 KV część zakładu

energetycznego (str. 221-224 SIWZ)" Zamawiający udzielił odpowiedzi: „Zamawiający

informuje, iż należy ująć w kosztorysie ofertowym projekt instalacji elektrycznych - „stacja

transformatorowa wewnętrzna 15/0,4 KV część zakładu energetycznego".

W efekcie ww. modyfikacji SIWZ, wykonawcy ponownie obowiązani byli uwzględnić w kosztorysach ofertowych pozycje przedmiaru o nazwie: „stacja transformatorowa wewnętrzna 15/0,4 KV część zakładu energetycznego" (str. 221-224 SIWZ).

Na tej podstawie nie można jednakże wyciągnąć wniosku, że w kosztorysie należało również uwzględnić zasilanie proj. wewnętrznej stacji transf. 15/0,4 kV (w bud. HALI SPORTOWEJ Z PŁYWALNIA) Linia kablowa SN-15 kV (str. 242-246 SIWZ). Odpowiedzią nr 14 z dnia 29.09.2010 r. zamawiający wyłączył ten zakres z przedmiotu zamówienia, a odpowiedź nr 3 dnia 04.10.2010 r. w ogóle nie odnosiła się do kwestii zasilania stacji

transformatorowej. Należy zatem uznać, iż odwołujący prawidłowo nie uwzględnił w swoim kosztorysie ofertowym przedmiarów zasilania proj. wewnętrznej stacji transf. 15/0,4 kV (w bud. HALI SPORTOWEJ Z PŁYWALNIA) Linia kablowa SN-15 kV (str. 242-246 SIWZ).

Zatem Odwołujący prawidłowo wyłączył z kosztorysu ofertowego zasilanie stacji transformatorowej, czego nie można powiedzieć o SKANSKA S.A. oraz MOSTOSTAL WARSZAWA S.A. Z tego względu oferty tych wykonawców są niezgodne z SIWZ i jako takie powinny zostać odrzucone. Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 16.06.2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 966/10: „*Sprzeczność treści oferty z treścią SIWZ zachodzi wówczas, gdy przedmiot zaoferowany w ofercie nie odpowiada przedmiotowi zamówienia i rozbieżności te dotyczą istotnych elementów, mających wpływ na kształt przyszłej umowy*”. Zasilanie stacji transformatorowej zostało wyraźnie wyłączone przez zamawiającego z zakresu przedmiotu zamówienia, zatem przyszła umowa zawarta między wykonawcą a zamawiającym na podstawie przedłożonej oferty, obejmującej ww. zakres wykraczający de facto poza przedmiot zamówienia byłaby obciążona wadą niemożliwą do usunięcia w przyszłości.

Odwołujący podtrzymuje zarzut dotyczący niespełnienia przez SKANSKA S.A.

13

i MOSTOSTAL WARSZAWA S.A. obowiązku przedstawienia w ofercie dokumentacji dotyczących rozwiązań równoważnych dla powierzchni poliuretanowych. Przypominamy, iż zgodnie z odpowiedzią na pytanie 8 z dnia 04.10.2010 r. dotyczące minimalnych parametrów nawierzchni poliuretanowej i z trawy sztucznej w celu możliwości zastosowania przez wykonawców równoważnych nawierzchni Zamawiający stwierdził, iż: „*W związku ze zmianą asortymentu produkcyjnego firmy Conica, której produkt CONIPUR M przyjęto w projekcie należy w dokumentacji projektowej wprowadzić następujące zmiany dot. minimalnych wymagań nawierzchni poliuretanowej - parametry podane w tabeli poniżej. W przypadku zaoferowania i wykonania nawierzchni równorzędnych Wykonawca musi udokumentować równoważność rozwiązań załączając właściwe dokumenty tj.: karty techniczne, atesty PZH, rekomendacje techniczne lub aprobaty techniczne lub dokumenty równoważne wydane przez instytucje upoważnione do badań, autoryzację producenta danej nawierzchni, w której producent potwierdzi gwarancję na daną nawierzchnię*”.

W związku z faktem, że firma Conica produkująca nawierzchnie CONIPUR M zmieniła asortyment, który był podstawą rozwiązań przyjętych w dokumentacji projektowej należy przyjąć, iż wszystkie rozwiązania jakie stosowane są w zamian tej technologii będą rozwiązaniami równoważnymi, których równoważność należy udowodnić określonymi przez zamawiającego dokumentami. Zarówno SKANSKA S.A., jak i MOSTOSTAL WARSZAWA S.A. uchybili obowiązkowi przedstawienia takiej dokumentacji, co skutkuje niezgodnością ich ofert z SIWZ. Ponadto dokumenty te nie podlegają uzupełnieniu na zasadach określonych w art. 26 ust. 3 Pzp. Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 25.08.2010 r., sygn. akt: KIO/1734/10: „*Uzupełniony przez Przystępującego, na wezwanie Zamawiającego, wykaz tych środków nie może być jednakże poddany ocenie i sanować braków stwierdzonych w ofercie. Wykaz środków używanych do realizacji przedmiotu zamówienia nie należy, w świetle § 1 ust. 1 pkt 4 rozporządzenia Prezesa rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817), do dokumentów, których zamawiający jest uprawniony żądać na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i w związku z powyższym nie podlega uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. W tych okolicznościach należy uznać, iż czynność uzupełnienia jest nieważna, na podstawie art. 58 § 1 k.c. (którą to okoliczność Izba zobowiązana jest brać pod uwagę z urzędu) i jako taka nie wywołuje skutków prawnych*”. Dokumentacja do załączenia której zobowiązani byli wykonawcy nie należy do dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, zatem Zamawiający nie może jej uzupełnić na etapie powtórnego badania ofert.

W dniu 14.01.2011 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Zamawiający wobec

14

wniesienia odwołanie do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedź na odwołanie, w której wnosilo o oddalenie w całości odwołania.

Oferta Odwołującego została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, gdyż

przedstawiony w kosztorysie ofertowym zakres prac nie odpowiada treści SIWZ. Obszerny wykaz tych nieprawidłowości został temu Wykonawcy przedstawiony w piśmie Zamawiającego z dnia 23.12.2010 r. Odwołujący w kosztorysie ofertowym m.in. nie dodał wyceny przedmiaru robót - Zasilanie stacji transformatorowej (str. 242 - 246 SIWZ), którego wartość wg. kosztorysu inwestorskiego wynosi netto 183.578,59 zł /oferty MOSTOSTAL WARSZAWA S.A. - 91.232,67 zł; SKANSKA S.A. - 68.002,21 zł/. Wprawdzie istotnie pismem z dnia 29.09.2010 r. Zamawiający w odpowiedzi na pytanie (Nr 14): „Czy przedmiotem przetargu jest także wykonanie stacji transformatorowej - część energetyki oraz wykonanie zasilania stacji transformatorowej” udzielił odpowiedzi negatywnej, jednakże nieprawdą jest, że stanowisko to nie zostało przez Zamawiającego zmodyfikowane. Dwukrotnie (pismem z dnia 04.10.2010 r. oraz pismem z dnia 05.10.2010 r.) Zamawiający informował oferentów, że kosztorys ofertowy musi być wykonany zgodnie z przekazanymi przedmiarami, że nie dopuszcza się wprowadzenia zmian w przedmiarach. Wszyscy uczestnicy postępowania, z wyjątkiem Odwołującego, w swoich ofertach uwzględnili wycenę zasilania stacji transformatorowej. Jedynie Odwołujący zignorował zmodyfikowane stanowisko transformatorowej. Zamawiającego w tym zakresie. W pkt 11 ppkt 9 SIWZ Zamawiający jednoznacznie ustalił, że nie dopuszcza możliwości składania ofert obejmujących swym zakresem część przedmiotu zamówienia. Praktycznie Odwołujący złożył ofertę obejmującą tylko część przedmiotu zamówienia.

Ponadto, Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 Pzp), gdyż Zamawiający zwrócił się do MOSTOSTAL WARSZAWA S.A. oraz KONSORCJUM MITEX do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp, natomiast „POL-AQUA” S.A. takiego wezwania nie otrzymała oraz, że Zamawiający nie poprawił omyłek w ofercie odwołującego się na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp. Zarzuty „POL-AQUA” S.A., nie są trafne. Oferta Odwołującego zawiera tak poważne niezgodności ze SIWZ, że ewentualne poprawienie oferty przez Zamawiającego stanowiłoby naruszenie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, gdyż powodowałyby istotne zmiany oferty. Ze złożonych w przedmiotowym postępowaniu dziesięciu ofert Zamawiający odrzucił osiem, w tym cztery (m.in. „POL-AQUA” S.A.) na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, a o wyjaśnienie wątpliwości w ofertach Zamawiający zwrócił się do wykonawców, których oferty nie zostały odrzucone.

Odwołująca wnosi o unieważnienie wyboru oferty MOSTOSTAL WARSZAWA S.A. i jej odrzucenie przede wszystkim z powodu uwzględnienia w kosztorysie ofertowym wyceny zasilania stacji transformatorowej. Odwołujący jest w błędzie. Przeciwnie, w ofercie należało

15

przedstawić kosztorys zgodnie z przedmiarami robót, a przedmiot zawierał także zasilanie stacji transformatorowej czego bezpodstawnie nie uczynił Odwołujący. Odnośnie minimalnych parametrów nawierzchni poliuretanowej i sztucznej trawy Zamawiający z pismem z dnia 04.10.2010 r. zasygnalizował wykonawcy możliwość zmiany asortymentu a w przypadku zmiany w wykonaniu zastosowanie równoważnych rozwiązań w dokumentacji projektowej a następnie zaoferowanie w przypadku rozwiązań równorzędnych odpowiednich atestów i innych dokumentów. Wybrana firma zaoferowała zastosowanie nawierzchni poliuretanowej CONIPUR M. Na tym etapie Zamawiający nie żądał przedstawienia dodatkowych dokumentów jedynie w tym zakresie.

Wnosząc o odrzucenie oferty firmy SKANSKA S.A. Odwołujący również zarzucił uwzględnienie w kosztorysie ofertowym wyceny kosztorysów zasilanie stacji transformatorowej co, jak to już wyżej wykazano jest zarzutem chybionym. W szczególności Zamawiający podnosi, że pkt 15 ppkt 1 SIWZ Zamawiający określił, że przy wyborze oferty będzie kierował się jedynie kryterium ceny. Odwołująca mimo nie ujęcia w ofercie zasilania stacji transformatorowej zaoferowała cenę brutto w wysokości 39.025.810,58 zł, a zatem znacznie wyższą od nie odrzuconych oferentów: SKANSKA S.A. zaoferowała cenę brutto: 37.856.397,55 zł (po poprawieniu omyłek 37.858.195,35 zł); MOSTOSTAL WARSZAWA S.A. zaoferowała cenę brutto 34.800.692,03 zł (po poprawieniu omyłek 34.800.137,15 zł). Zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą ofertę firmy MOSTOSTAL WARSZAWA S.A.

Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO/8/11:

W dniu 03.01.2011 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) na podstawie art. 179 i 180 Pzp, SKANSKA S.A. wniosła odwołanie od czynności Zamawiającego z dnia 23.12.2010 r. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 03.01.2011 r. (wpływ

bezpośredni do Zamawiającego). W ocenie SKAŃSKA S.A. ww. rozstrzygnięcie narusza art. 7 ust 1 i 2 Pzp, bowiem wybór wykonawcy dokonany został z rażącym naruszeniem Pzp, gdyż za najkorzystniejszą uznano ofertę, która powinna być odrzucona a jej oceny dokonano w sposób niekompletny i nieobiektywny co narusza zasady uczciwej konkurencji; art. 89 ust 1 pkt 1, 2, Pzp ze względu na nieodrzuconie oferty MOSTOSTAL WARSZAWA S.A., mimo że jej treść nie odpowiada SIWZ, zawiera błędy w obliczeniu ceny i jest sprzeczna z ustawą; art. 91 ust 2 w związku z art. 2 pkt 5 i 1 Pzp poprzez wybór oferty, która nie powinna zostać uznana za najkorzystniejszą. Mając na względzie powyższe, wnosi o nakazanie Zamawiającemu: 1) unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty; 2) dokonanie ponownej oceny ofert z uwzględnieniem okoliczności przywołanych w niniejszym odwołaniu; 3) uznanie oferty MOSTOSTAL WARSZAWA S.A za odrzuconą; 4) wybór oferty Skanska jako oferty najkorzystniejszej.

16

Zgodnie z postanowieniami SIWZ, pkt 3: „Opis przedmiotu zamówienia”, ppkt 3.4: „Dodatkowo do obowiązków Wykonawcy należeć będzie (...)”. Zamawiający nałożył na Wykonawcę obowiązek: „(...) 4) opracowania rozliczenia inwestycji w rozbiciu na środki trwałe z podziałem na gestorów (...)”. Ponadto zgodnie z postanowieniami SIWZ, pkt 14: „Opis sposobu obliczenia ceny” ppkt 1 - Wykonawcy byli zobowiązani złożyć ofertę zawierającą:

„I. Jednoznacznie określoną wartość żądanego wynagrodzenia kosztorysowe (bez i z VAT) za przedmiot zamówienia”.

„II. Kosztorys ofertowy w rozbiciu na roboty budowlane określone w pkt. 3.1. i 3.4 zawierający wszelkie koszty wynikające z załączonych przedmiarów robót, pomocniczych tabel przedmiarowych, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót, projektów budowlanych i projektów wykonawczych (Załączniki Nr 1, Nr 2, Nr 3, Nr 4 i Nr 5 do SIWZ) oraz dokumentacji projektowej niejawniej określonej w pkt 3.7. SIWZ, wraz z określeniem ich cen jednostkowych, ilości jednostek przedmiarowych, jednostek miar i wartości netto, a także zestawienie materiałów wraz z podaniem ich cen.”. Część przedmiaru robót „Sieci i przyłącza wod-kan z przebudową rowu „stanowiło zestawienie „(...) kosztów materiałów, konstrukcji, wyrobów, maszyn i urządzeń nie ujmowanych w kosztorysach (...)” (str. 307). W trakcie trwającego postępowania Zamawiający udzielił odpowiedzi na zadane przez oferentów pytania. Zgodnie z odpowiedzią udzieloną na pytanie 3 w dniu 24.10.2010 r. Zamawiający wskazał, że: „Kosztorys ofertowy musi być wykonany zgodnie z przedmiarami robót”. Zgodnie z odpowiedzią udzieloną na pytanie 15: „Proszę o listę przedmiarów składających się na komplet załącznika nr 1 do SIWZ”, w dniu 24.10.2010 r. Zamawiający wymieniał enumeratywnie 21 przedmiarów składających się na komplet załącznika nr 1 do SIWZ, a ponadto poinformował że: „(...) obowiązująca jest wersja papierowa dokumentacji”. W dniu 05.10.2010 r. Zamawiający pisemnie poinformował Wykonawców że: „(...) na tym etapie nie dopuszcza wprowadzania zmian w przedmiarach. Kosztorys ofertowy musi być wykonany zgodnie z przekazanymi przedmiarami (...)”. Powyższe postanowienia i udzielone odpowiedzi wskazują w sposób czytelny na istotne znaczenie, które Zamawiający przypisał dokumentowi określonego jako przedmiary w tym postępowaniu. W konsekwencji bowiem tych postanowień w oparciu o kosztorys ofertowy i cenę zaoferowaną zgodnie z tym kosztorysem Zamawiający dokonał oceny ofert. Opisanie przedmiotu zamówienia za pomocą kosztorysu ślepego - przedmiarów, uwzględniające wszystkie okoliczności, które mogą mieć wpływ na sporządzenie oferty, umożliwia wybranie oferty najkorzystniejszej na realizację zamówienia jednakowego dla wszystkich wykonawców. Dopuszczenie do porównania ofert, które zawierają np. różne ilości robót i materiałów w poszczególnych pozycjach kosztorysu, nie odpowiadające ilościom przewidzianym i zaplanowanym przez zamawiającego w kosztorysie ślepy - przedmiarze załączonym do SIWZ, skutkuje porównaniem ofert

17

nieporównywalnych, obejmujących inny zakres robót. (wyrok KIO z dnia 14.04.2008 r., sygn. akt: KIO/UPZ 1045/08). MOSTOSTAL WARSZAWA S.A. nie załączył do swojej oferty „Zestawienia kosztów materiałów, konstrukcji, wyrobów, maszyn i urządzeń nie ujmowanych w kosztorysach (...)” (o których mowa na str. 307 przedmiarów robót: „Sieci i przyłącza wod-kan. z przebudową rowu”). Tym samym nie złożył ofert zgodnej z wymaganiami

Zamawiającego opisanymi w SIWZ i potwierdzonymi w udzielonych odpowiedziach na zadane pytania. Brak tego dokumentu ma istotne znaczenie także z punktu widzenia opisu przedmiotu zamówienia, zgodnie z którym Zamawiający nałożył na Wykonawców obowiązek opracowania rozliczenia inwestycji w rozbiu na środki trwałe, z podziałem na gestorów sieci, do wykonania którego niezbędne jest podanie ceny użytych materiałów, maszyn i urządzeń. We wszystkich przedmiarach (dotyczących pozostałych branż) koszty te zostały ujęte w odrębnych pozycjach. Oferta nieodpowiadająca treści SIWZ to taka, która jest sporządzona odmiennie, niż określają to postanowienia SIWZ. Podmioty ubiegające się o udzielenie przedmiotowego zamówienia mają status profesjonalistów działających na rynku. Zatem nie tylko na Zamawiającym ciąży obowiązek przygotowania SIWZ w sposób precyzyjny i jednoznaczny gwarantujący prowadzenie postępowania zgodnie z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, ale także na wykonawcach, będących profesjonalistami, ciąży obowiązek przygotowania oferty z należytą starannością z uwzględnieniem specyfiki zamówienia.

SIWZ należy interpretować jako całość, a składając ofertę Wykonawca powinien dokładać należytej staranności, by była ona w pełnym zakresie zgodna z treścią SIWZ w tym przedmiotami robót, pomocniczymi tabelami przedmiarowymi i zestawieniem materiałów. W przypadku, gdy wykonawca składając ofertę pomija niektóre postanowienia SIWZ, wybiórczo - bez uwzględnienia właściwości danego zamówienia które w tym wypadku jest determinowane przyjętym wynagrodzeniem kosztorysowym - bierze pewne wymagania SIWZ pod uwagę a innych nie, uznając je za nieistotne - musi liczyć się z ryzykiem odrzucenia jego oferty jako nie odpowiadającej treści SIWZ. Z zapisów SIWZ należy wywodzić, że w tej konkretnie sprawie z punktu widzenia oceny zgodności zakresu świadczenia zawartego w ofercie Wykonawcy z opisem przedmiotu zamówienia Zamawiający w SIWZ przewidywał weryfikację oferty również pod kątem przedmiaru robót, którego wyznacznikiem w ofercie wykonawcy jest kosztorys ofertowy. Zamawiający przewidywał też, że rozliczenie inwestycji następować będzie w oparciu o kosztorysy powykonawcze, o czym świadczy przyjęte wynagrodzenie kosztorysowe. Zatem postanowienia SIWZ w niniejszym postępowaniu pozwalają na stwierdzenie, że nieprawidłowości w treści kosztorysu ofertowego w zakresie oferowanego świadczenia stanowią o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ (wyrok KIO z dnia 17.05.2010 r., sygn. akt: KIO/743/10). Pzp wymaga, aby postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone było w sposób przejrzysty, oznacza to

18

między innymi, iż Zamawiający winien ustalić w ogłoszeniu i w SIWZ przez siebie warunki, jakim mają odpowiadać oferty, stosować tak jak zostały przewidziane. Weryfikacji ofert Zamawiający może jedynie dokonywać w oparciu o ustanowione postanowienia, wiążące również dla samego Zamawiającego, który nie jest uprawniony aby je zmieniać, przez odstąpienie na etapie oceny ofert od żądania załączenia do oferty części przedmiarów. Zamawiający nie jest legitymowany, aby po upływie terminu składania ofert, odstąpić od ustalonych w SIWZ warunków, a w szczególności odnoszących się do wszelkich aspektów sposobu obliczenia ceny. Stosownie do art. 7 ust. 1 Pzp, odstąpienie przez Zamawiającego od postanowień SIWZ, stanowi złamanie zasady równego traktowania wykonawców i prowadzenia postępowania z poszanowaniem zasad uczciwej konkurencji.

W wyroku KIO z dnia 14.04.2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 447/10, Izba orzekła, że: „W sytuacji, gdy ceny jednostkowe służą do realnych rozliczeń stron umowy w trakcie wykonywania zamówienia za zrealizowany zakres świadczeń, stanowią one istotną treść oferty. Natomiast cena całkowita oferty, wyliczona w oparciu o ceny jednostkowe i zakładany okres trwania umowy, służy do porównania cen ofert. Pomijanie w tak ukształtowanych warunkach zamówienia podania ceny jednostkowej wyodrębnionej części zamówienia jest równoznaczne z niezgodnością treści oferty z postanowieniami SIWZ.” Treść postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia wskazuje, że kosztorys ofertowy ma istotne znaczenie w przedmiotowym postępowaniu, zarówno dla porównywalności ofert złożonych w postępowaniu, w celu dokonania ich oceny pod kątem wyboru oferty najkorzystniejszej, jak i dla sposobu rozliczenia wykonanych robót na etapie realizacji zamówienia. Podkreślić należy, że oferty przewidujące inny zakres robót, w związku z pominięciem części pozycji kosztorysowych lub całego kosztorysu częściowego (Instalacje wod.-kan.), nie są porównywalne. Ceny wynikające z tych kosztorysów nie mogą być porównywane pod kątem wyboru oferty najkorzystniejszej, zgodnie z kryterium ustalonym w postępowaniu (cena 100 %). Wskazać należy, że kosztorys ofertowy stanowi załącznik do oferty, jako integralna jej

część, a zatem jest wiążący dla stron i powinien gwarantować wykonanie prac przewidzianych przez Zamawiającego, zgodnie z przedmiarami i dokumentacją projektową opracowaną przez Zamawiającego. Kosztorys ofertowy zawarty w ofercie Wykonawcy którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, nie odpowiada wymaganiom dokumentacji projektowej i przedmiarów, wobec czego nie gwarantuje wykonania robót i dokonania ich rozliczenia w sposób prawidłowy, zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, w oparciu o planowane przez zamawiającego prace i przewidywane koszty. Reasumując, w świetle postanowień SIWZ i projektu umowy w przedmiotowym postępowaniu, należy przyjąć, że kosztorys ofertowy będzie dokumentem służącym do dokonywania rozliczeń między stronami i z tego powodu jego prawidłowe, tj. zgodne z przedmiarem robót, sporządzenie, jest niezbędne. Przedstawione stanowisko jest zbieżne z zaprezentowanym

19

przez KIO w wyroku z dnia 02.03.2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 20/10: „Złożenie oświadczenia w formularzu ofertowym, obejmującego zobowiązanie do wykonania przedmiotu zamówienia w sposób zgodny z warunkami SIWZ, nie gwarantuje wykonania zamówienia zgodnie z dokumentacją projektową, jeżeli w ofercie przedstawiony został inny zakres robót oraz inne materiały do ich wykonania niż wymagał tego zamawiający w SIWZ. Kosztorys ofertowy stanowi załącznik do umowy, jako integralna jej część, a zatem jest wiążący dla stron i powinien gwarantować wykonanie prac przewidzianych przez zamawiającego, zgodnie z przedmiarami i dokumentacją projektową przez niego opracowaną.”. Zgodnie z wyrokiem ZA z dnia 08.03.2007 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-205/07: „Pominięcie w ofercie fragmentu robót określonych w SIWZ powoduje, że oferta jest niezgodna z SIWZ i zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych podlega odrzuceniu. Nieuwzględnienie części robót w ofercie może prowadzić do tego, że cena oferty nie obejmie pełnego zakresu usług będących przedmiotem zamówienia. W takim przypadku zamawiający nie może domniemywać, że usługa zostanie wykonana w całości. Stosownie do art. 140 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie. Stąd też uzasadnione jest żądanie rygorystycznego przestrzegania zgodności oferty z SIWZ.” Zasada ta została potwierdzona w wyroku KIO z dnia 29.04.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 353/08: „Oferta, która nie uwzględnia wszystkich pozycji wymienionych w przedmiarze robót jest niezgodna z SIWZ i podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, niezależnie od faktu, iż wynagrodzenie ma charakter ryczałtowy.” W świetle powyższego należy uznać, że dopuszczenie do porównania ofert, które zawierają np. różne ilości robót i materiałów w poszczególnych pozycjach kosztorysu, nie odpowiadające ilościom przewidzianym i zaplanowanym przez Zamawiającego w kosztorysie tzw. „ślepych”- przedmiarze załączonym do SIWZ, skutkowałoby porównaniem ofert nieporównywalnych, obejmujących inny zakres robót. Opisanie przedmiotu zamówienia za pomocą kosztorysu „ślepego”- przedmiaru, uwzględniając wszystkie okoliczności, które mogą mieć wpływ na sporządzenie oferty, umożliwia wybranie oferty najkorzystniejszej na realizację zamówienia jednakowego dla wszystkich wykonawców. W takiej sytuacji Zamawiający jest zobowiązany odrzucić ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp (wyroki SO z 9.11.2005 r. sygn. akt: II Ca 44/05; z dnia 14.10.2005 r. sygn. akt: II Ca 1355/05; z dnia 13.03.2006 r. sygn. akt: V Ca 2469/05). W orzecznictwie dominuje nakaz poszanowania formalizm postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i wynikający z niego konieczność bezwzględnego egzekwowania obowiązku odrzucenia oferty, której treść nie odpowiada treści SIWZ. W wyroku z dnia 28.10.2005 r. sygn. akt: V Ca 398/05, SO w Warszawie przypomniał, że postępowanie w sprawie o udzielenie zamówienia publicznego jest sformalizowane i oparte na sztywnych regułach wynikających z Pzp. Z kolei w wyroku z dnia 28.09.2005 r. sygn. akt:

20

II Ca 29/05, SO w Gorzowie Wielkopolskim zwrócił uwagę, iż formalizm ten uzasadnia stosowanie rygorów w przypadku ofert niespełniających wymogów specyfikacji. Wreszcie w wyroku z dnia 22.7.2005 r. sygn. akt: V Ca 592/05, SO w Warszawie podkreślił, iż postępowanie w sprawie o udzielenie zamówienia publicznego jest postępowaniem o wysoce sformalizowanym charakterze, wobec czego brak w nim miejsca na dowolność działań po stronie zamawiającego. Dlatego zamawiający po otwarciu ofert nie może ich oceniać w sposób dowolny, ale tylko w taki, jaki podał w specyfikacji. Zamawiający nie

powinien również oceniać oferty w kategoriach zgodności lub niezgodności ze swoimi intencjami ponieważ w tym przypadku mamy do czynienia z dowolnością ocen, co narusza art. 7 Pzp. Błędy i niezgodności w kosztorysie ofertowym dotyczące zaniżenia ilości robót lub materiałów skutkują w konsekwencji obliczeniem ceny w sposób niezgodny ze specyfikacją. Biorąc pod uwagę zapisy specyfikacji w przedmiotowym postępowaniu w tym zakresie, (powiązanie obowiązku wyspecyfikowania kosztów użytych materiałów i urządzeń w odrębnych pozycjach kosztorysu ofertowego z obowiązkiem rozliczenia inwestycji w rozbiu na środki trwałe z podziałem na gestorów sieci), kosztorys ofertowy zawiera cechy formularza cenowego, w którym Zamawiający wymagał podania cen jednostkowych oraz wartości poszczególnych robót i materiałów zgodnie z przedmiarem, które to wartości podlegają zsumowaniu i w postaci ceny za cały przedmiot zamówienia przeniesieniu do formularza ofertowego.

Zamawiający w dniu 03.01.2011 r. wezwał faxem w trybie art. 185 ust.1 Pzp uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 05.01.2011 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) MOSTOSTAL WARSZAWA 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 14.01.2011 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 wnosilo o oddalenie w całości odwołania.

Odwołująca stwierdził, że wybrana oferta firmy MOSTOSTAL WARSZAWA S.A. nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia i powinna być odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp. Odwołujący się podniósł zarzut, że firma Mostostal Warszawa S.A. nie załączyła w swojej ofercie: „Zestawienia kosztów materiałów, konstrukcji, wyrobów, maszyn i urządzeń nie ujmowanych w kosztorysach (..)” (str. 307 SIWZ). Tym samym nie złożyła oferty zgodnej z wymaganiami Zamawiającego. Zarzuty SKANSKA S.A. nie są trafne. Zamawiający pismem w dniu 09.12.2010 r., na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp

21

zwrócił się do firmy MOSTOSTAL WARSZAWA S.A. z prośbą o wyjaśnienie czy kosztorys ofertowy obejmuje ujęte na str. 307 SIWZ zestawienie kosztów materiałów, konstrukcji, wyrobów, maszyn i urządzeń. Termin złożenia wyjaśnienia Zamawiający wyznaczył do dnia 14.12.2010 r. W wyznaczonym terminie firma MOSTOSTAL WARSZAWA S.A. potwierdziła, że kosztorys ofertowy obejmuje ujęte na str. 307 SIWZ zestawienie kosztów materiałów, konstrukcji, wyrobów, maszyn i urządzeń. W związku z przedstawionym wyjaśnieniem Zamawiający nie mógł uznać, że oferta firmy MOSTOSTAL WARSZAWA S.A. nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia i podlega odrzuceniu.

Ponadto Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców sformułowanych w art. 7 ust. 1 i 2 Pzp, gdyż wybrał wykonawcę, którego oferta powinna być odrzucona. Zamawiający nie zgadza się z powyższym stwierdzeniem, gdyż dokonał wszelkich starań aby wyboru najkorzystniejszej oferty dokonać w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Zamawiający, pismem z dnia 4.10.2010 r. oraz 5.10.2010 r., zaakcentował, że kosztorysy winny być sporządzone zgodnie z przekazanymi przedmiotami robót tak aby wszyscy oferenci mieli jednakowe szansę.

Pomimo stanowiska Zamawiającego jedynie oferta MOSTOSTAL WARSZAWA S.A. i SKANSKA S.A. spełniały warunki udziału w postępowaniu i odpowiadały treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Poprawione w ofertach omyłki rachunkowe nie miały wpływu na wybór najkorzystniejszej oferty, gdyż oferta firma MOSTOSTAL WARSZAWA S.A. wynosi 34.800.137,15 zł brutto natomiast oferta firmy SKANSKA S.A. wynosi 37.858.195,35 zł brutto. W skutek tego faktu oferta firmy Mostostal jest korzystniejsza od firmy SKANSKA S.A. o 3.058.058,20 zł brutto. W szczególności Zamawiający podnosi, że pkt 15 ppkt 1 SIWZ Zamawiający określił, że przy wyborze oferty będzie kierował się jedynie kryterium ceny.

Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO/9/11:

W dniu 03.01.2011 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) na podstawie art. 180

ust.1 Pzp, KONSORCJUM MITEX wniosło odwołanie od czynności Zamawiającego z dnia 23.12.2010 r. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 03.01.2011 r. (wpływ bezpośredni do Zamawiającego). Odwołujący wskazuje następujące naruszenia Pzp dokonane w niniejszym postępowaniu przez Zamawiającego:

- 1) art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp - przez niewłaściwe powiadomienie Odwołującego o odrzuceniu jego oferty z powodu błędów w obliczeniu ceny, bez podania uzasadnienia faktycznego i prawnego wymienionego zarzutu i decyzji Zamawiającego;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 Pzp - poprzez błędne zastosowanie powołanych przepisów

22

skutkujące bezzasadnym odrzuceniem oferty Odwołującego złożonej w postępowaniu, a z drugiej strony ich nie zastosowanie w odniesieniu do oferty złożonej przez MOSTOSTAL WARSZAWA S.A., która wskutek niezgodności oferty z SIWZ podlegała odrzuceniu;

3) art. 87 ust. 1 i 2 Pzp - poprzez ich nie zastosowanie w odniesieniu do oferty złożonej przez Odwołującego pomimo spełnienia ustawowych przesłanek zastosowania powołanych przepisów a z drugiej strony - ich nieuprawnione zastosowanie w odniesieniu do oferty złożonej przez MOSTOSTAL WARSZAWA S.A., której niezgodności z SIWZ miały istotny charakter i nie uzasadniały zastosowania powołanych przepisów Pzp;

4) art. 7 ust. 1 i 3 Pzp - poprzez wykazane przez powołane wyżej naruszenia, nierówne traktowanie Wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia stanowiące jednocześnie naruszenie uczciwej konkurencji w postępowaniu skutkujące wyborem oferty złożonej przez MOSTOSTAL WARSZAWA S.A. oraz odrzuceniem oferty złożonej przez Odwołującego.

Odwołujący zwrócił jednocześnie uwagę na istnienie podstawy do odrzucenia oferty SKANSKA S.A., która również była niezgodna z SIWZ w istotnym zakresie - mimo to, Zamawiający nie zdecydował się na jej odrzucenie. Jakkolwiek oferta wymienionego Wykonawcy otrzymała w wyniku oceny ofert niższą punktację niż oferta Odwołującego, skutkiem czego brak możliwości poniesienia szkody przez Odwołującego w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp w zakresie i w odniesieniu do oferty złożonej przez SKANSKA S.A., jej nie odrzucenie mimo istotnej niezgodności z SIWZ potwierdza fakt naruszenia przez Zamawiającego zasad uczciwej konkurencji w postępowaniu i nierównego traktowania innych Wykonawców, których oferty mimo poważnych braków w złożonych ofertach nie zostały odrzucone przez Zamawiającego. Mając powyższe na uwadze Odwołujący wnosil o nakazanie Zamawiającemu:

- a) unieważnienia czynności oceny ofert i wyboru oferty MOSTOSTAL WARSZAWA S.A., a także odrzucenia oferty Odwołującego;
- b) dokonania ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem wyników postępowania odwoławczego, w tym
- c) odrzucenia oferty MOSTOSTAL WARSZAWA S.A. z uwagi na jej niezgodność z SIWZ, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Po zapoznaniu się z treścią zawiadomienia o odrzuceniu oferty Odwołującego, powziął on pewność co do nieuprawnionego działania Zamawiającego w tym względzie, w sprzeczności z powołanymi przez Zamawiającego przepisami Pzp jak również stanem faktycznym postępowania. Po zapoznaniu się z treścią oferty złożonych przez MOSTOSTAL WARSZAWA S.A., Odwołujący powziął wiedzę o jej istotnej niezgodności z SIWZ nie podlegającej sanowaniu w niniejszym postępowaniu, jak również nieuprawnionym skorzystaniu przez Zamawiającego z dyspozycji przepisu art. 87 ust. 2 Pzp w odniesieniu do

23

wymienionej oferty oraz przeoczeniu jej istotnych niezgodności z SIWZ. Mając na uwadze, iż Zamawiający odrzucenie oferty Odwołującego oparł na okolicznościach znacznie bardziej nieistotnych niezgodności z SIWZ, których przeważająca większość nie wystąpiła w ogóle, działanie Zamawiającego dodatkowo wskazuje na naruszenie art. 7 Pzp. Po zapoznaniu się z treścią oferty złożonej przez SKANSKA S.A. Odwołujący skonstatował, iż działanie Zamawiającego cechowała jeszcze dalej posunięta niekonsekwencja, bowiem również odnośnie tejże oferty Zamawiający zdecydował się na usunięcie jej niezgodności z SIWZ w trybie art. 87 ust. 2 Pzp, choć z niewyjaśnionych przyczyn nie zastosował powołanego przepisu do oferty złożonej przez Odwołującego. Wszystkie powołane wyżej okoliczności

wskazują na dodatkowe naruszenie przez Zamawiającego obowiązku równego traktowania Wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia i stronnictwo działania Zamawiającego naruszające uczciwą konkurencję w przedmiotowym postępowaniu.

Odnosnie okoliczności wskazanych w pierwszym akapicie pisma Zamawiającego z dnia 23.12.2010 r. (iż: *„oferta zawiera błędy w obliczaniu ceny, gdyż w wielu pozycjach kosztorysowych iloczyn przedmiaru i ceny jednostkowej jest źle obliczony”*), brak jakiegokolwiek rozwinięcia powyższego zarzutu przez Zamawiającego nie tylko uniemożliwia Odwołującemu odniesienie się do niego poprzez wykazanie niezasadności stanowiska Zamawiającego, ale jako gołosłowny, w świetle wyroku KIO z dnia 30.07.2010 r., sygn. akt: KIO 1503/10, nie może się ostać i nie mogą być z niego wywodzone niekorzystne skutki prawne dla Odwołującego. Jak wskazano w powołanym orzeczeniu Izby, obowiązkiem Zamawiającego jest zarzuty odnośnie oferty wskazać w sposób jasny i jednoznaczny, a nie przez odwołanie do nieprecyzyjnego, szerokiego pojęcia jak: *„błąd w obliczeniach”*, uniemożliwiającego jakąkolwiek ocenę stanowiska Zamawiającego. W orzeczeniach KIO wielokrotnie podkreślano - jak wskazano w powołanym orzeczeniu, iż obowiązek zamawiającego podania uzasadnienia faktycznego i prawnego decyzji wiąże się z zasadą jawności postępowania, zachowania w nim zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz ma na celu zapewnienie wykonawcom możliwości korzystania ze środków ochrony prawnej. Jak wskazała Izba, stanowisko zamawiającego musi być wyrażone w sposób czytelny, nie wprowadzający w błąd, umożliwiający wykonawcy odniesienie się do konkretnych przesłanek odrzucenia oferty i skorzystanie z prawa do wniesienia odwołania. Izba wskazała również, iż w przypadku stwierdzenia błędów w obliczeniu ceny, zamawiający ma obowiązek wskazać wykonawcy konkretne pozycje kosztorysu ofertowego, które zdaniem Zamawiającego zostały źle skalkulowane, tylko takie wskazanie bowiem umożliwia wykonawcy odniesienie się do stanowiska Zamawiającego i możliwość obrony ze skorzystaniem ze środków ochrony prawnej. W niniejszym postępowaniu treść pierwszego akapitu pisma Zamawiającego z dnia 23.12.2010 r. w sposób jednoznaczny wskazuje, iż zarzut błędów w obliczeniu ceny jest

24

zarzutem dodatkowym do zarzutów wymienionych w pkt 1-9 pisma, a więc nie odnosi się do tychże zarzutów. W takiej sytuacji brak w treści pisma Zamawiającego jakichkolwiek przesłanek wskazujących na konkretne pozycje kosztorysowe (Zamawiający wspomina jedynie o: *„wielu pozycjach kosztorysowych”* nie wymieniając chociażby jednej z nich) uzasadnia zarzut podniesiony w pkt 1 części wstępnej niniejszego odwołania.

Odnosnie okoliczności przedstawionych w pkt 2-6 pisma Zamawiającego z dnia 23.12.2010 r. wskazać należy, iż wskazane przez Odwołującego w treści oferty obmiary poszczególnych pozycji kosztorysowych są prawidłowe, gdyż są zgodne z obmiarami wskazanymi w papierowej wersji przedmiarów. Zamawiający na okoliczność ich niezgodności powołał tymczasem obmiary zawarte w elektronicznej wersji przedmiarów. Jest to o tyle nietrafne, iż zgodnie z jednoznaczną treścią wyjaśnień Zamawiającego z dnia 24.09.2010 r., które jako dokonane w trybie art. 38 Pzp stanowią odpowiednią wykładnię i modyfikację SIWZ: *„obowiązującą jest papierowa wersja dokumentacji”* (dwa ostatnie wiersze odpowiedzi na pytanie 15). Mając powyższe na uwadze stwierdzić należy, iż stanowisko Zamawiającego zaprezentowane w piśmie z dnia 23.12.2010 r. jest mylne.

Identyczny zarzut należy przedstawić stanowisku Zamawiającego wyrażonego w ppkt 8-9 powiadomienia o odrzuceniu oferty. Zamawiający wskazuje tam, iż zakwestionowane pozycje kosztorysu branży nie zostały ujęte w przedmiarze, co sprzeczne jest z treścią wyjaśnień Zamawiającego z dnia 29.09.2010 r. stanowiących odpowiedź na pytanie 41 - Zamawiający w sposób jednoznaczny wskazał w nim, iż do przedmiarów należy dopisać wymienione pozycje, co Odwołujący uczynił.

Powyższe okoliczności w sposób jednoznaczny wskazują na nietrafność stanowiska Zamawiającego opartą na błędnej interpretacji aktualnej treści SIWZ. Błąd ten Zamawiający zresztą konsekwentnie popełnił odnośnie oferty MOSTOSTAL WARSZAWA S.A., gdyż wbrew jednoznacznemu stanowisku zaprezentowanemu w przytoczonych wyżej

uwzględnił treść MOSTOSTAL S.A. opartą wyjaśnieniach oferty WARSZAWA o elektroniczne a nie papierowe wersje przedmiarów oraz nie zawierającą pozycji, które Zamawiający polecił dodać w piśmie z dnia 29.09.2010 r. Ponieważ zgodnie z odpowiedziami z dnia 24.09.2010 r. za wiążące Zamawiający uznał papierowe wersje przedmiarów, obmiary oparte na odmiennych wartościach zawartych w wersji elektronicznej

uznać należy za niezgodne z SIWZ. Podobnie - skoro Zamawiający nakazał w sposób jednoznaczny dopisanie pozycji zgodnie z wyjaśnieniami z 29.09.2010 r., winien egzekwować ich dopisanie a nie penalizować tę czynność przez odrzucenie oferty spełniającej powyższy warunek. Nadmienić dodatkowo należy, iż odrzucając ofertę Odwołującego na podstawie obu wymienionych wyżej zarzutów, Zamawiający wskazał, iż mają one w jego ocenie charakter istotnych naruszeń SIWZ w treści złożonej oferty. Skoro więc jak wykazano, naruszenia takiego nie ma w ofercie Odwołującego, lecz jest ono

25

w ofercie MOSTOSTALU WARSZAWA S.A., Zamawiający winien czynność odrzucenia oferty Odwołującego unieważnić i z tych samych względów dokonać odrzucenia oferty złożonej przez MOSTOSTAL WARSZAWA S.A. - z powodu niezgodności kosztorysów ofertowych złożonych wraz z ofertą przez wymieniony podmiot odnośnie kosztorysów branży: instalacja wod-kan co do obmiarów poz.: 89, 98-101 - niezgodnych z ilościami zawartymi w papierowych wersjach przedmiarów oraz 215-217 - nie dodanych mimo wyraźnej zmiany SIWZ w tym zakresie w drodze odpowiedzi z dnia 29.09.2010 r., a także branży: instalacja co. co do poz. 155-157, które również nie zostały dodane mimo wyżej powołanej modyfikacji. W przeciwnym razie, niezależnie od naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 SIWZ, Zamawiający naruszył dodatkowo przepis art. 7 ust. 1 Pzp i - przez wybór oferty podlegającej odrzuceniu - art. 7 ust. 3 Pzp.

Pozostałe dwa zarzuty Zamawiającego odnośnie oferty Odwołującego bazują na niezgodnościach z SIWZ mających charakter oczywistej omyłki nie mającej istotnego znaczenia dla ceny ofertowej i jako takich podlegających usunięciu w trybie poprawek zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 1, 2 lub 3 Pzp, względnie wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 Pzp.

Odnośnie zarzutu pod poz. 1 pisma z dnia 23.12.2010 r. Zamawiający zarzucił Odwołującemu wskazanie błędnego obmiaru wynoszącego 276,60 m² zamiast 276,66 m². Należy wskazać, iż różnica wynosząca 0,06 m² (6 centymetrów kwadratowych) mając na uwadze wielość pozycji kosztorysowych oraz charakter różnicy (wpisanie cyfry zero zamiast cyfry sześć, którą wpisano wcześniej) jednoznacznie wskazuje, iż w niniejszej sytuacji nastąpiła oczywista omyłka pisarska, która podlegała usunięciu przez Zamawiającego w trybie art. 87 ust. 2 Pzp. Nie miała ona niemal żadnego wpływu na cenę ofertową, gdyż w odniesieniu do jej wartości wynoszącej 29 476 209,44 zł omyłka pisarska na pozycji wycenionej na kwotę 85,23 zł stanowiąca o różnicy w kwocie 5,11 zł uznana musi być w odwołaniu do całościowej wyceny kosztorysowej za omyłkę nieistotną. Nie stosując kompetencji wynikającej z dyspozycji powołanego przepisu, Zamawiający dokonał w tym zakresie naruszenia Pzp. Analogiczny zarzut należy przedstawić rozstrzygnięciu Zamawiającego wskazanym w pkt 7 zawiadomienia o odrzuceniu oferty. Wskazać tu należy, iż wpisanie 1 zamiast 2 zestawów w poz. 107 kosztorysu również wskazuje na ewidentną, niezawinioną przez Odwołującego omyłkę pisarską, być może powodowaną faktem, iż w pozycji kosztorysowej wielokrotnie powtarzała się cyfra „2”, być może zaś spowodowaną po prostu przeoczeniem, mylnym użyciem niewłaściwego klawisza, które mogło się zdarzyć przy tak znacznej liczbie pozycji kosztorysowych i nic nie wskazuje, by miało ono charakter intencjonalny. Tu wskazać należy, iż choć wartość pozycji jest wyższa niż wartość poz. 167, nie jest ona istotna w odniesieniu do wartości całego zamówienia wycenionej przez Odwołującego na kwotę 29 476 209,44 zł i jako taka uzasadniała zastosowanie art. 87 ust. 2 i jej poprawę (jako omyłki pisarskiej - w trybie pkt 1 przepisu, rachunkowej - w trybie pkt 2

26

przepisu, lub innej oczywistej omyłki nie powodującej istotnych zmian w treści oferty w trybie pkt 3 przepisu), względnie zastosowanie przepisu art. 87 ust. 1 i wyjaśnienie omyłki tym bardziej, iż ewentualne nieznaczna modyfikacja ceny nie wymagała dokonywania żadnych dodatkowych obliczeń (umniejszeń częściowych, częściowych zwiększeń) lecz prostego podwojenia wartości pozycji, zaś w odniesieniu do treści projektu umowy najprawdopodobniej i tak zostałyby od Wykonawcy wyegzekwowane wykonanie dwóch zestawów w cenie jednostkowej wskazanej w poz. 107 a nie po jej podwojeniu.

Nadmiernie rygorystyczne stanowisko Zamawiającego, stanowiące naruszenie dyspozycji przepisu art. 87 ust. 1 i 2 Pzp, jest dodatkowo o tyle nieuzasadnione, iż Zamawiający bez żadnych oporów zastosował dyspozycję wymienionych przepisów odnośnie oferty MOSTOSTAL WARSZAWA S.A., gdzie w piśmie z dnia 17.12.2010 r.

dokonał modyfikacji oferty odnośnie pozycji:

- a) 32 w kosztorysie branży - Automatyka, gdzie poprawił obmiar aż dziesięciokrotnie - z 20 na 200 m - tu wskazać należy, iż dziesięciokrotne zaniżenie pozycji obmiarowej przez MOSTOSTAL WARSZAWA S.A. nie stanowiło dla Zamawiającego podstawy do odrzucenia oferty wymienionego Wykonawcy, gdy w przypadku Odwołującego różnice znacznie mniejsze, omówione powyżej, skutkowały natychmiastowym odrzuceniem oferty, co potwierdza skrajnie odmienne traktowanie wykonawców przez Zamawiającego i samo w sobie przesądza o zasadności zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp w toku oceny ofert;
- b) 131 w kosztorysie branży - projekt technologii kotłowni, gdzie Zamawiający poprawił obmiar z 1 szt. na 2 szt. - a więc dokonał identyczną czynność, jakiej nie dokonał odnośnie zakwestionowanej w pkt 7 pisma z dnia 23.12.2010 r. czynności odnośnie poz. 107 w ofercie Odwołującego, co nie wymaga dalszego komentarza poza powołanym powyżej;
- c) 12 w kosztorysie branży - instalacja wod-kan, gdzie Zamawiający poprawił obmiar z 11,05 m na 11,50 m, przez co wartość robót uległa zmianie z 381,11 zł na 396,64 zł, a więc różnica trzykrotnie przekroczyła zakwestionowane w ofercie Odwołującego 5,11 zł;
- d) 131 w kosztorysie branży - sieci i przyłącza wod-kan, gdzie Zamawiający poprawił obmiar z 19 na -19, co skutkowało zmianą wartości danej pozycji z 283,67 zł na minus 283,67 zł.

Nadmienić należy, iż również w ofercie złożonej przez SKANSKA S.A., Zamawiający dokonał modyfikacji oferty o skutkach znacznie poważniejszych niż wymagane w odniesieniu do oferty Odwołującego (pismo z 09.12.2010 r.), a dotyczących pozycji:

- a) 123 w kosztorysie branży - ślusarka, gdzie poprawił obmiar z 42,70 na 42,47 m, w wyniku czego wartość robót uległa zmianie z 4 922,88 zł na kwotę 4 896,37 zł. Już choćby ta różnica - większa niż w przypadku zakwestionowanej w poz. 1 pisma Zamawiającego z dnia 23.12.2010 r. pozycji kosztorysu Odwołującego, wskazuje na skrajnie odmienne traktowanie oferty SKANSKA S.A. od oferty Odwołującego przez Zamawiającego;
- b) 31 w kosztorysie branży - tereny zewnętrzne, gdzie Zamawiający poprawił obmiar z 1,200

27

m 3 na 1,179 m 3 ;

- c) 69 w kosztorysie branży - tereny zewnętrzne, gdzie Zamawiający poprawił obmiar z 1099,800 m 2 na 1099,08 m 2 , przez co wartość robót uległa zmianie z 278 953,27 zł na 278 770,65 zł - różnica kwotowa na pozycji również znacznie przekracza wspomniane wcześniej 5,11 zł różnicy na pozycji kosztorysowej Odwołującego;
- d) 1.2.3 w kosztorysie branży - projekt automatyki kotłowni, gdzie Zamawiający poprawił obmiar z 60 m na 200 m, a więc niemal trzyipółkrotnie, co skutkowało zmianą wartości robót z 440,22 zł na 1 467, 40 zł. Tu wskazać należy, iż jeżeli Zamawiający niemal trzyipółkrotną różnicę obmiaru na danej pozycji w przypadku oferty SKANSKA S.A. uznaje za możliwą do usunięcia w trybie art. 87 ust. 2 Pzp, odmienne stanowisko odnośnie różnicy w poz. 107 kosztorysu Odwołującego ewidentnie stanowi o naruszeniu powołanego przepisu Pzp, jak i zasad wymienionych w art. 7 ust. 1 Pzp;
- e) 163 w kosztorysie branży - projekt instalacji wewnętrznych, gdzie Zamawiający poprawił obmiar o 30 metrów (z 225 na 255), przez co wartość pozycji uległa zmianie z 4 932,85 zł na 5 585,60 zł.

Dodatkowo wskazać należy, iż odnośnie oferty SKANSKA S.A. Zamawiający w żaden sposób nie odniósł się do odmiennych obmiarów odnośnie poz. 12, 45-67 kosztorysu branży - instalacje wod-kan, 198 branży - zestawienie kosztów urządzeń oraz 223-225 branży - kosztorys dodatkowy, co analogicznie jak w uwagach do oferty MOSTOSTAL WARSZAWA S.A. uzasadniało jej odrzucenie jeśli Zamawiający nie zdecydował się na poprawki czy wyjaśnienia tym bardziej, iż poz. 223-225 niosły za sobą dodatkowy koszt robót, które miały być objęte obowiązkiem Wykonawcy bez przedmiarów Inwestora, na kwotę 245 583,84 zł, która nawet w odniesieniu do wartości zamówienia nie jest już kwotą nieistotną.

We wszystkich wymienionych wypadkach Zamawiający oceniając oferty złożone przez MOSTOSTAL WARSZAWA S.A. jak i SKANSKA S.A. nie widział żadnych przeszkód dla dokonania w nich poprawek niezgodności ofert z SIWZ na zasadzie poprawek omyłek treści oferty, które w istocie stanowiły o wiele bardziej istotne zmiany w ofercie niż w stosunku do omyłek stwierdzonych w ofercie Odwołującego, jak i wymagały bardziej skomplikowanych obliczeń matematycznych, a w konsekwencji modyfikacji ceny całkowitej. Z wymienionego względu odmówienie Odwołującemu prawa analogicznego uznać należy za czynność dyskryminującą go i naruszającą wszystkie wymienione we wstępie niniejszego środka ochrony prawnej przepisy Pzp.

Z powołanych wyżej względów dokonanie poprawek oczywistych omyłek w ofercie Odwołującego było obowiązkiem Zamawiającego, gdy tymczasem Zamawiający zdaje się uznawać, iż dyspozycja przepisu art. 87 ust. 2 Pzp stanowi jego wyłączną kompetencję, z której może korzystać według swojego uznania i w zależności od tego, którego wykonawcy oferty dotyczy dane uchybienie - przepis ten stosować lub odmawiać jego stosowania.

28

Zachowanie takie jest oczywistą obrazą tego przepisu i w sposób jednoznaczny potwierdza jednocześnie rażącą obrazę zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców skodyfikowanych w art. 7 Pzp.

Niezależnie od wyżej wspomnianych naruszeń, Zamawiający w sposób nieuprawniony ocenił ofertę MOSTOSTAL WARSZAWA S.A. jako zgodną z SIWZ w obliczu bardzo poważnych błędów stwierdzonych w tejże ofercie a wyrażonych w opisie poz. 128 kosztorysu branży - sieci i przyłącza wod-kan (str. 181 oferty), gdzie wskazał w kosztorysie, iż pozycja ta obejmuje pompownię z dwiema pompami. Wskazać tu należy, iż w kwestii poz. 128 Zamawiający w treści wyjaśnień złożonych w dniu 04.10.2010 r. w odpowiedzi na pytanie nr 25 wskazał, iż: „do sporządzenia oferty należy przyjąć pompownię wód deszczowych PS-IC 3 BK.263J.200/250 ZP.Z.300/5,6 z 3 pompami”. MOSTOSTAL WARSZAWA S.A. w piśmie z dnia 14.12.2010 r. stanowiącym odpowiedź na wezwanie do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 Pzp w pkt 3 tejże odpowiedzi w sposób jednoznaczny wskazał, iż pozycja kosztorysowa obejmuje pompownię wód deszczowych PS-IC 2 BK. 263J.200/250 ZP.Z.300/5,6 a więc pompownię z dwiema pompami - niezgodną z treścią wyjaśnień Zamawiającego z dnia 04.10.2010 r. Wskazać tu należy przy tym na istotną różnicę nie tylko cenową, ale przede wszystkim technologiczną pomiędzy zastosowaniem wymaganej przez Zamawiającego pompowni wód deszczowych z trzema pompami, a zastosowaniem przez MOSTOSTAL WARSZAWA S.A. pompowni wód deszczowych z dwiema pompami. Mając na uwadze fakt, iż odpowiedź udzielona odrębnym pismem przez wymienionego Wykonawcę nie była w żaden sposób „ukryta” w gąszczu zapisów kosztorysów ofertowych, lecz była doskonale widoczna i znana Zamawiającemu, Zamawiający był zobowiązany do ustosunkowania się do tejże odpowiedzi - biorąc pod uwagę wyczerpanie procedury składania wyjaśnień z art. 87 ust. 1 Pzp, przez odrzucenie oferty niezgodnej z SIWZ tym bardziej, iż zawierała ona dodatkowe niezgodności wcześniej omówione - poprawione przez Zamawiającego w trybie art. 87 ust. 2, jak i nie poprawione niezgodności odnośnie poz. 98-101 oraz 215-217 kosztorysu branży - instalacje wod-kan, i 155-157 kosztorysu branży - instalacja co., które zawierają odmienne obmiary od obmiarów zawartych w wiążących przedmiarach papierowych lub w ogóle nie zawierają wymaganych w postępowaniu pozycji. Łączna ilość błędów zawartych w kosztorysach ofertowych MOSTOSTAL WARSZAWA S.A. jednoznacznie przemawia przeciwko dopuszczeniu oferty do oceny jako zgodnej z SIWZ, gdyż taka zgodność zwyczajnie nie ma miejsca a charakter, jak i liczba błędów uniemożliwiają ich sanowanie w trybie poprawek omyłek pisarskich a tym bardziej milczące pominięcie, co w niniejszym postępowaniu miało miejsce. Nic takiego nie zostało uczynione, co wskazuje na nieuzasadnione faworyzowanie wymienionego Wykonawcy, którego oferta, mimo znacznie większej ilości poważniejszych błędów, jak i wyraźnej niezgodności z SIWZ potwierdzonej w piśmie z dnia 14.12.2010 r., została

29

wybrana przez Zamawiającego jako najtańsza z ofert nie podlegających odrzuceniu. Odwołujący wskazuje przy tym na treść wyroku KIO z dnia 15.09.2010 r. w sprawie sygn. akt: KIO 1887/10, gdzie Izba podtrzymała stanowisko Zamawiającego o odrzuceniu oferty złożonej przez MOSTOSTAL WARSZAWA S.A. w postępowaniu uznając, iż oferta złożona przez wymieniony podmiot, zawierająca braki w ofercie kosztorysów: instalacja kanalizacji Segmentu AED, instalacja wentylacji klimatyzacji agregat, jako niezgodna z SIWZ podlegała odrzuceniu. W niniejszym postępowaniu oferta wymienionego Wykonawcy w znacznie większej liczbie pozycji podlega niezgodności z SIWZ, a dodatkowo niezgodności te dotyczą istotnych dla postępowania pozycji jednoznacznie wyjaśnionych przez Zamawiającego - jak ilość pomp w pompowni kanalizacji deszczowej, których przyjęcie w ofercie MOSTOSTAL WARSZAWA S.A. w istocie determinuje znacznie odmienne od założonego przez Zamawiającego rozwiązanie technologiczne kwestii tej branży.

Zamawiający w dniu 04.01.2011 r. wezwał faxem w trybie art. 185 ust.1 Pzp

uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 05.01.2011 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) MOSTOSTAL WARSZAWA S.A. zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwoływającemu.

W dniu 07.01.2011 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) SKAŃSKA S.A., zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwoływającemu.

Zgodnie z odpowiedzią udzieloną na pytanie 15: „*Proszę o listę przedmiarów składających się na komplet załącznika nr 1 do SIWZ*”, w dniu 24.09.2010 r. Zamawiający wymieniał enumeratywnie 21 przedmiarów składających się na komplet załącznika nr 1 do SIWZ, a ponadto poinformował że: „*(...) obowiązująca jest wersja papierowa dokumentacji*”. W dniu 05.10.2010 r. Zamawiający pisemnie poinformował Wykonawców że: „*(...) na tym etapie nie dopuszcza wprowadzania zmian w przedmiarach. Kosztorys ofertowy musi być wykonany zgodnie z przekazanymi przedmiarami (...)*”. Odwołujący nie załączył do oferty, kosztorysu ofertowego część przedmiaru robót: „*Sieci i przyłącza wod-kan z przebudową rowu, zestawienie (...) kosztów materiałów, konstrukcji, wyrobów, maszyn i urządzeń nie ujętych w kosztorysach (...)*” (str. 307 SIWZ) do czego był zobowiązany, natomiast w kosztorysie instalacji wod.-kan. dołączył - dopisał poz. 215-217 oraz w kosztorysie instalacji CO. dołączył - dopisał poz. 155-157, do czego nie był uprawniony zgodnie z dyspozycją Zamawiającego z dnia 05.10.2010 r.

30

Odwołujący złożył ofertę niezgodną ze SIWZ ponieważ nie dokonał wyceny, pominął w kosztorysach część prac a część prac wycenił dodatkowo chociaż nie były przewidziane w przedmiarach stanowiących podstawę do sporządzenia kosztorysów, co uniemożliwiło porównanie jego oferty z ofertami pozostałych wykonawców którzy złożyli oferty w pełnym zakresie zgodnie ze SIWZ i odpowiedziami udzielonymi przez Zamawiającego a ponadto braki te nie podlegają uzupełnieniu ani poprawie w trybie przewidzianym w art. 87 Pzp. Zatem należy uznać, że oferta Odwołującego się została słusznie odrzucona przez Zamawiającego a odwołanie w tym zakresie nie zasługuje na uwzględnienie.

Oferta SKAŃSKA S.A. została złożona zgodnie z postanowieniami SIWZ oraz odpowiedziami na udzielone pytania ponieważ zawiera wycenę przedmiarów w zakresie zestawienia „*(...) kosztów materiałów, konstrukcji, wyrobów, maszyn i urządzeń nie ujętych w kosztorysach (...)*” (str. 307 SIWZ) natomiast nie zawiera dodatkowych poz. 215-217 w kosztorysie instalacji wod.-kan. oraz 155-157 w kosztorysie instalacji CO.

W dniu 14.01.2011 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 wносиło o oddalenie w całości odwołania.

Oferta KONSORCJUM MITEK została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 Pzp, gdyż przedstawiony w kosztorysie ofertowym zakres prac nie odpowiada treści SIWZ oraz zawiera błędy w obliczaniu ceny. Wykaz tych nieprawidłowości został temu Wykonawcy przedstawiony w piśmie Zamawiającego z dnia 23.12.2010 r. Oferta KONSORCJUM MITEK zawiera błędy w obliczaniu ceny, gdyż w wielu pozycjach kosztorysowych iloczyn przedmiaru i ceny jednostkowej jest źle obliczony. Zamawiający nie wskazał Odwoływającemu się konkretnych pozycji ze względu na bardzo dużą ilość błędnych pozycji, ale wskazał na czym polega fakt który skutkuje, że oferta zawiera błędy w obliczaniu ceny. Mianowicie iloczyn przedmiaru i ceny jednostkowej podany w ofercie nie równa się podanej wartości. Odwołujący się nie mógł mieć problemu z ustosunkowaniem się do zarzutów Zamawiającego gdyż już na pierwszej stronie załącznika Nr 18 - Kosztorysu ofertowego (str. 151 oferty) tylko poz. 9 jest prawidłowo obliczona w pozostałych poz., tj. od 1 do 8 i od 10 do 12 występują błędy np. w poz. 10 wartość wynosi 21.482,32 zł netto natomiast z iloczynu przedmiaru - 2.650,56 i ceny jedn. 8,10 wartość powinna wynosić 21.469,54 zł netto. Ilość błędnie obliczonych pozycji kosztorysowych była tak duża, iż błędem byłoby uznać je za oczywiste omyłki pisarskie. W związku z powyższym Zatem Zamawiający miał podstawy do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust 1 pkt 6 Pzp.

Ponadto oferta KONSORCJUM MITEK nie odpowiada treści SIWZ, gdyż pomimo iż

dwukrotnie (pismo z dnia 04.10.2010 r. oraz pismem z dnia 05.10.2010 r.) Zamawiający informował oferentów, że kosztorys ofertowy musi być wykonany zgodnie z przekazanymi

31

przedmiarami, że nie dopuszcza się wprowadzenia zmian w przedmiarach odwołująca się firma zignorowała stanowisko Zamawiającego i dodała dodatkowe niżej wymienione poz:

- 1) w kosztorysie branży - Instalacja wod-kan. na str. 193 dodano poz. 215-217, które nie zostały ujęte w przedmiarze;
- 2) w kosztorysie branży - Instalacja CO. na str. 197 dodano poz. 155-157, które nie zostały ujęte w przedmiarze.

Zarzuty Odwołującego się nie są trafne. Zamawiający w piśmie z dnia 23.12.2010 r. podał uzasadnienie faktyczne i prawne odrzucenia oferty i nie naruszył przepisów art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 Pzp poprzez błędne zastosowanie powołanych przepisów, co skutkowało odrzuceniem oferty Odwołującego, gdyż poza błędami w obliczaniu ceny nie odpowiada ona treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Fakt ten został szczegółowo przez Zamawiającego przedstawione w ww. piśmie. W kwestii zarzutów odwołującego się odnośnie pkt. 2-6 pisma Zamawiającego z dnia 23.12.2010 r. istotnie zarzuty są trafne, jednakże należy zważyć, że wartość tych pozycji kosztorysowych jest bardzo niska w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia (ok. 6 tys. zł).

W ofercie firmy MOSTOSTAL WARSZAWA S.A. dokonano poprawienia oczywistych omyłek rachunkowych na podstawie art. 87 ust. 2 Pzp, gdyż nie powodowały one istotnych zmian w treści oferty. Odnośnie ilości pomp w przepompowni kanalizacji, należy stwierdzić, że na pismo Zamawiającego z dnia 9.12.2010 r. w trybie art. 87 ust. 1 Pzp Mostostal Warszawa zapewniła, że kosztorys ofertowy obejmuje ujęte na str. 307 SIWZ zestawienie kosztów materiałów, konstrukcji, wyrobów, maszyn i urządzeń w tym:

1. Pompownia ścieków sanitarnych PS - IC 2.SW.175D.413.65/65 PB.P.120/3,4 m;
2. Separator Lamelowy z bypasem wewnętrznym i osadnikiem zintegrowanym L-CS-B-W NG 30/300/3000;
3. Pompownia wód deszczowych PS-IC 2.BK.263J.200/250 ZP.Z.300/5,6.

Zgodnie z przekazaną SIWZ bez zmiany opisu pozycji kosztorysowych (pismo z dnia 04.10.2010 r. oraz z dnia 05.10.2010 r.).

Zarzut Odwołującego odnośnie oferty SKANSKA S.A., jakoby firma ta w ofercie ujęła dodatkowe koszty robót wartości 245.583,84 zł, jest zarzutem chybionym, gdyż oferta firmy SKANSKA S.A. także w tym zakresie została sporządzona zgodnie z pkt. 3.4. oraz 14.1 ppkt II SIWZ i zawiera należyłą wycenę.

Odwołujący się zarzuca Zamawiającemu naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców sformułowanych w art. 7 ust. 1 Pzp, gdyż Zamawiający nie zdecydował się na usunięcie w ofercie Odwołującego niezgodności z SIWZ.

Zarzuty KONSORCJUM MITEK, nie są trafne. Oferta odwołującego się zawiera błędy w obliczaniu ceny oraz zawiera tak poważne niezgodności ze SIWZ (dodane pozycje), że ewentualne poprawienie oferty przez Zamawiającego stanowiło by naruszenie art. 87 ust. 2

32

pkt 3 Pzp. Ze złożonych w postępowaniu dziesięciu ofert Zamawiający odrzucił osiem w tym cztery (m.in. KONSORCJUM MITEK) na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, a poprawienie omyłek rachunkowych Zamawiający dokonał tylko w przypadkach nie powodujących istotnych zmian w treści ofert (art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp).

Na mocy zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12.01.2011 r. sprawy o sygn. akt: KIO/2819/10, sygn. akt: KIO/8/11 oraz sygn. akt: KIO/9/11 zostały skierowane do łącznego rozpatrzenia.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, zapoznaniu się z materiałem dowodowym wskazanym poniżej, zapoznaniu się także z postanowieniami SIWZ, przedmiarami, aneksem do SIWZ z dnia 23.09.2010 r., aneksem do SIWZ z dnia 24.09.2010 r. oraz aneksem do SIWZ z dnia 05.10.2010 r., odpowiedziami na pytania (pismo z dnia 23.09.2010 r., pismo z dnia 24.09.2010 r., pismo z dnia 29.09.2010 r., pismo z dnia 04.10.2010 r., pismo z dnia 05.10.2010 r., jak i pismo z dnia 07.10.2010 r. – „aneks do odpowiedzi na pytania do SIWZ z dnia 04.10.2010 r.”), wezwaniem do wyjaśnień z dnia 09.12.2010 r. oraz

wyjaśnieniami przekazanymi dnia 13.12.2010 r. KONSORCJUM MITEK, wezwaniem do wyjaśnień z dnia 09.12.2010 r. oraz wyjaśnieniami z dnia 14.12.2010 r. MOSTOSTALU WARSZAWA S.A., wezwaniem do wyjaśnień z dnia 21.12.2010 r. oraz wyjaśnieniami z dnia 21.12.2010 r. MOSTOSTALU WARSZAWA S.A., pismem Zamawiającego z dnia 17.12.2010 r. o poprawieniu oczywistych omyłek rachunkowych w ofercie MOSTOSTALU WARSZAWA S.A., pismem Zamawiającego z dnia 21.12.2010 r. o poprawieniu oczywistych omyłek rachunkowych w ofercie SKAŃSKA S.A., ofertą „POL-AQUA” S.A., SKAŃSKA S.A., KONSORCJUM MITEK, MOSTOSTALU WARSZAWA S.A., odrzuceniami ofert z dnia 23.12.2010 r. („POL-AQUA” S.A. oraz KONSORCJUM MITEK), odwołaniem w sprawie o sygn. akt: KIO/2819/10, w sprawie o sygn. akt: KIO/8/11 oraz w sprawie o sygn. akt: KIO/9/11, przystąpieniami do odwołania w sprawie o sygn. akt: KIO/2819/10, w sprawie o sygn. akt: KIO/8/11 oraz w sprawie o sygn. akt: KIO/9/11, odpowiedzią na odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO/2819/10, w sprawie o sygn. akt: KIO/8/11 oraz w sprawie o sygn. akt: KIO/9/11, pismem Odwołującego w sprawie o sygn. akt: KIO/2819/10 z dnia 14.01.2011 r., pismem Przystępującego w sprawie o sygn. akt: KIO/2819/10 w sprawie o sygn. akt: KIO/8/11 oraz w sprawie o sygn. akt: KIO/9/11 złożonym na rozprawie, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępujących w sprawie o sygn. akt: KIO/2819/10, w sprawie o sygn. akt: KIO/8/11 oraz w sprawie o sygn. akt: KIO/9/11, czy też złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

33

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczą rozpoznawane przez Izbę odwołania, po dniu 29 stycznia 2010 r., tj. po dniu wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do rozpoznawania niniejszych spraw odwoławczych mają zastosowanie przepisy Pzp w nowym brzmieniu, tj. po dniu wejścia w życie wskazanych przepisów.

W drugiej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołań w trybie art. 189 ust. 2 Pzp, a Wykonawcy wnoszący odwołania posiadali interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający do ich złożenia.

Odwołujący w sprawie o sygn. akt: KIO/2819/10, w sprawie o sygn. akt: KIO/8/11 oraz w sprawie o sygn. akt: KIO/9/11 mają interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp. W odniesieniu do odwołania w sprawie o sygn. akt: KIO/2819/10 oraz w sprawie o sygn. akt: KIO/9/11, oferty Odwołujących zostały odrzucone i nie podlegały klasyfikacji w ramach kryterium oceny ofert, tj. ceny (100%), w przypadku potwierdzenia się podnoszonych zarzutów (biorąc pod uwagę oddzielnie każde z odwołań), mają szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia. W odniesieniu do odwołania w sprawie o sygn. akt: KIO/8/11, oferta Odwołującego została sklasyfikowana na drugim miejscu w rankingu oceny ofert zaraz po ofercie uznanej za najkorzystniejszą, w przypadku potwierdzenia się podnoszonych zarzutów, ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Izba nie uznała wniosku „POL-AQUA” S.A. o nieuznanie skuteczności przystąpienia SKAŃSKA S.A., z uwagi na to, że kopie przystąpienia „POL-AQUA” S.A. (Odwołujący w sprawie o sygn. akt: KIO/2819/10) otrzymała w dniu 13.01.2011 r. W ocenie Izby, dla skuteczności przystąpienia nie ma znaczenia, czy kopia przystąpienia została przesłana w terminie 3-dniowym Zamawiającemu oraz Odwołującemu. Istotne jest aby w ogóle niniejsza kopia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu, termin 3 dniowy odnosi się do oryginału przystąpienia przekazanego do Prezesa KIO i nie dotyczy jego kopii.

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 tym w szczególności postanowień SIWZ, przedmiarów, aneksu do SIWZ z dnia 23.09.2010 r., aneksu do SIWZ z dnia 24.09.2010 r. oraz aneksu do SIWZ z dnia 05.10.2010 r., odpowiedzi na pytania (pismo z dnia 23.09.2010 r., pismo z dnia 24.09.2010 r., pismo z dnia 29.09.2010 r., pismo z dnia 04.10.2010 r., pismo z dnia 05.10.2010 r., jak i pismo z dnia 07.10.2010 r. – „*aneks do odpowiedzi na pytania do SIWZ z dnia 04.10.2010 r.*”), wezwania do wyjaśnień z dnia 09.12.2010 r. oraz wyjaśnień przekazanych dnia 13.12.2010 r.

KONSORCJUM MITEX, wezwania do wyjaśnień z dnia 09.12.2010 r. oraz wyjaśnień z dnia 14.12.2010 r. MOSTOSTALU WARSZAWA S.A., wezwania do wyjaśnień z dnia 21.12.2010 r. oraz wyjaśnień z dnia 21.12.2010 r. MOSTOSTALU WARSZAWA S.A., pisma Zamawiającego z dnia 17.12.2010 r. o poprawieniu oczywistych omyłek rachunkowych w ofercie MOSTOSTALU WARSZAWA S.A., pisma Zamawiającego z dnia 21.12.2010 r. o poprawieniu oczywistych omyłek rachunkowych w ofercie SKAŃSKA S.A., oferty „POL-AQUA” S.A., SKAŃSKA S.A., KONSORCJUM MITEX, MOSTOSTALU WARSZAWA S.A., odrzuceniami ofert z dnia 23.12.2010 r. („POL-AQUA” S.A. oraz KONSORCJUM MITEX), odwołania w sprawie o sygn. akt: KIO/2819/10, w sprawie o sygn. akt: KIO/8/11 oraz w sprawie o sygn. akt: KIO/9/11, przystąpienie do odwołania w sprawie o sygn. akt: KIO/2819/10, w sprawie o sygn. akt: KIO/8/11 oraz w sprawie o sygn. akt: KIO/9/11, odpowiedzi na odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 2819/10, w sprawie o sygn. akt: KIO/8/11 oraz w sprawie o sygn. akt: KIO/9/11, pisma Odwołującego w sprawie o sygn. akt: KIO/2819/10 z dnia 14.01.2011 r., pisma Przystępującego w sprawie o sygn. akt: KIO/2819/10 w sprawie o sygn. akt: KIO/8/11 oraz w sprawie o sygn. akt: KIO/9/11 złożonego na rozprawie.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępujących w sprawie o sygn. akt: KIO 2819/10, w sprawie o sygn. akt: KIO/8/11 oraz w sprawie o sygn. akt: KIO/9/11 złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy.

Odnosząc się do podniesionego w treści odwołań zarzutów stwierdzić należy, co następuje.

Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO/2819/10:

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów Pzp:

- 1) art. 7 ust. 1 w zw. z art. 87 ust. 1, ust. 2 pkt. 1, 2 i 3 Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechania wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty oraz zaniechanie dokonania w ofercie Odwołującego obligatoryjnych poprawek omyłek pisarskich, omyłek rachunkowych i innych omyłek polegających na niezgodności oferty z treścią SIWZ, które nie powodują istotnej zmiany treści oferty, a w szczególności zaniechanie poprawienia omyłek w treści kosztorysu ofertowego, a w konsekwencji bezprawne odrzucenie oferty Odwołującego;
- 2) art. 7 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp i art. 91 ust. 1 Pzp poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez MOSTOSTAL WARSZAWA S.A. i zaniechanie

odrzucenia tej oferty, mimo że jej treść nie odpowiada treści SIWZ w zakresie uniemożliwiającym dokonanie poprawek w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp;

3) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty SKAŃSKA S.A. z siedzibą w Warszawie mimo że treść tej oferty nie odpowiada treści SIWZ w zakresie uniemożliwiającym dokonanie poprawek w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3;

4) oraz innych przepisów Pzp i innych przepisów powszechnie obowiązujących wymienionych w treści uzasadnienia odwołania.

Oдноśnie pierwszego naruszenia:

W zakresie pierwszego naruszenia, które *de facto* stanowi grupę zarzutów kwestionujących zasadność odrzucenia oferty Odwołującego pismem z dnia 23.12.2010 r., Izba stwierdziła co następuje:

- a) Oдноśnie poz. 31 (tereny zewnętrzne): „oznakowanie poziome jezdni” (str. 280 SIWZ – przedmiary) – dotyczy pkt 1 pisma z dnia 23.12.2010 r. należy uznać, że zasadnie Zamawiający zakwalifikował brak poz. 31, jako niepodlegający poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 (pkt 1-3 Pzp). W ocenie Izby wszelkie próby zastosowania art. 87 ust. 1 Pzp prowadziłyby do uzupełnienia oferty i niedopuszczalnego sanowania złożonego kosztorysu. Wskazywana przez Odwołującego poz., tj. ppkt 5: „oznakowanie poziome” (str. 99 oferty) nie zmienia przedstawionego powyżej stanowiska w tej kwestii, albowiem brak było w tej pozycji nie tylko opisu świadczącego jednoznacznie, że dotyczy ona poz.

31 (tzn. KNR), ale ceny jednostkowej, obmiarów, czy też jednostki obmiarowej. W tym więc stanie faktycznym nie miało miejsce naruszenie przez Zamawiającego przepisów wskazanych przez Odwołującego, a w szczególności art. 87 ust. 2 pkt 3, czy też art. 7 ust.1 Pzp. Izba uznała za miarodajne i adekwatne do przedmiotowego stanu faktycznego orzeczenie KIO przywołane w piśmie procesowym złożonym na rozprawie oraz w stanowisku przedstawionym na rozprawie przez Przystępującego MOSTOSTAL WARSZAWA S.A. (por. wyrok z dnia 23.11.2010 r., sygn. akt: KIO 2448/10). Izba stwierdziła, że sporna pozycja jest wyceniona w ofercie Przystępującego MOSTOSTAL WARSZAWA S.A. (str. 95 oferty), SKAŃSKA S.A. (str. 200 oferty) oraz KONSORCJUM MITEK (273 oferty). W konsekwencji Izba uznała, że niniejszy zarzut w tym zakresie podlega oddaleniu, a oferta Odwołującego zasadnie została odrzucona z niniejszego powodu na podstawie art. 98 ust.1 pkt 2 Pzp.

- b) Odnosnie pozycji wskazanych w pkt od 2 do 23 pisma z dnia 23.12.2010 r. przez Zamawiającego stanowisko Odwołującego jest zasadne, a powyższe pozycje winny zostać poprawione w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. W ocenie Izby niniejsze poprawki dotyczące obmiarów mają charakter niepowodujących istotnych zmian w treści oferty, jednocześnie Izba wzięła pod uwagę działania dotychczasowe Zamawiającego

36

w odniesieniu do oferty Przystępującego MOSTOSTAL WARSZAWA S.A. (pismo z dnia 17.12.2010 r.) i SKAŃSKA S.A. (09.12.2010 r.), a co za tym idzie naruszenie art. 7 ust.1 Pzp. Koszt dokonanych poprawek podany przez Odwołującego (na str. 7 odwołania) dodatkowo potwierdza zasadność ich dokonania. Jednocześnie, Izba wskazuje, że mimo uwzględnienia w tym zakresie, nie ma niniejsze naruszenie wpływu na wynik postępowania.

- c) Odnosnie pkt 24 pisma z dnia 23.12.2010 r., Izba w kwestii braku wyceny przez Odwołującego zasilania stacji transformatorowej (poz. 242 do 246 SIWZ– przedmiary) stwierdza, co następuje:

Po pierwsze, istotnie Odwołujący wycenił tylko poz. 221 do 224 SIWZ– przedmiary, tak jak wskazuje w swoim piśmie z dnia 14.01.2011 r. (str. 197 do 199 oferty). Jednakże, Izba przeanalizował wszystkie udzielone przez Zamawiającego odpowiedzi na pytania, a w szczególności odpowiedź na pytanie 7 (pismo z dnia 23.09.2010 r.), odpowiedź na pytanie 3, 9 i 15 (pismo z dnia 24.09.2010 r.), odpowiedź na pytanie 14 i 41 (pismo z dnia 29.09.2010 r.), odpowiedź na pytanie 1, 2 i 3 (pismo z dnia 04.10.2010 r.), jak i odpowiedź na pytania (pismo z dnia 05.10.2010 r.). W wyniku przeprowadzonej analizy należy potwierdzić, że udzielone w toku postępowania odpowiedzi na pytania miały charakter bardzo często wprowadzający w błąd i tylko pozornie jednoznaczny. Nieraz jednoznaczne odpowiedzi w toku kolejnych odpowiedzi traciły taki charakter. Kolejne odpowiedzi bywały tak ogólne, że dawały asumpt do różnych interpretacji. Przykładem powyższego są odpowiedzi na pytanie 14 (pismo z dnia 29.09.2010 r.), odpowiedź na pytanie 1 (pismo z dnia 04.10.2010 r.), jak i odpowiedź na pytanie 3 także znajdujące się w tym samym piśmie z dnia 04.10.2010 r., czy też odpowiedź na pytania (pismo z dnia 05.10.2010 r.). W ocenie Izby, nie można uznać, że udzielenie tak licznych odpowiedzi na pytania ma charakter, tylko i wyłącznie: „*informacyjny, czy też pomocniczy*”, a wiążące były tylko formalne: „*Aneksy do SIWZ*” (z dnia 23.09.2010 r., 24.09.2010 r., czy też 05.10.2010 r.). Należy zauważyć, że odpowiedzi na pytania dotyczyły SIWZ, a o modyfikacji SIWZ nie świadczy tylko formalna nazwa takiego, czy też innego pisma, ale ich treść (powyższe stanowi ugruntowane stanowisko orzecznictwa KIO, np.: wyrok KIO z dnia 07.01.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 28/07, sygn. akt: KIO/UZP 100/07). Z tych względów Izba uznała zasadność argumentacji Odwołującego w zakresie zarzutu dotyczącego braku wyceny - zasilania stacji transformatorowej. Bez znaczenia dla istoty sporu była kwestia aneksu do odpowiedzi z dnia 04.10.2010 r. (udzielonych w dniu 07.10.2010 r.), jak i okoliczność, że miało to miejsce z powodów leżących po stronie Biura Projektowego.

Odnosnie drugiego i trzeciego naruszenia:

Mimo uznania przez Izbę dwóch zarzutów w zakresie odrzucenia oferty

37

Odwołującego, należy wskazać, że wobec potwierdzenia się zasadności odrzucenia jego

oferty w pierwszym wypadku (poz. 31), traci on status uczestnika tego przedmiotowego postępowania przetargowego, z uwagi na skuteczne odrzucenia oferty.

W konsekwencji nie ma on interesu w rozumieniu art. 179 ust.1 Pzp w podnoszeniu zarzutów w odniesieniu do oferty MOSTOSTAL WARSZAWA S.A. i SKAŃSKA S.A. Z tych względów Izba nie odniesie do nich merytorycznie.

Jednocześnie, Izba wyjaśnia, że przedmiotowe odwołanie nie zostało uwzględnione, albowiem te naruszenia, które Izba uznała za zasadne nie mają wpływu na wynik, gdyż oferta Odwołującego i tak podlega odrzuceniu z innego powodu wskazanego w uzasadnieniu powyżej (art. 192 ust. 2 Pzp).

Odnosnie czwartego naruszenia:

W zakresie naruszenia innych przepisów wskazanych w odwołaniu - Izba podnosi, że w odwołaniu nie wskazano naruszenia innych przepisów niż wskazane w *petitum* odwołania, z tych względów Izba uznaje niniejszy zarzut, za gołosłowny, co skutkuje jego oddaleniem. Izba przypomina, że zarzuty to okoliczności faktyczne, na które powołuje się Wykonawca w związku z ocenionym zachowaniem Zamawiającego (podobnie wyrok KIO z dnia 18.06.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 548/08, czy też wyrok z dnia 02.06.2010 r., sygn. akt: KIO 890/10).

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

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

Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 8 Pzp w zw. 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/2819/10, sygn. akt: KIO/8/11 oraz sygn. akt: KIO/9/11 orzeczenie łączne.

O kosztach postępowania w sprawie o sygn. akt: KIO/2819/10 orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Pzp, a także w oparciu o § 5 ust. 3 pkt 1 i ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a 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).

Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO/8/11:

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

a) art. 7 ust 1 i 2 Pzp, bowiem wybór wykonawcy dokonany został z rażącym naruszeniem

38

ustawy gdyż za najkorzystniejszą uznano ofertę, która powinna być odrzucona a jej oceny dokonano w sposób niekompletny i nieobiektywny co narusza zasady uczciwej konkurencji;
b) art. 89 ust 1 pkt 1, 2 Pzp ze względu na nieodrzuconie oferty MOSTOSTAL WARSZAWA S.A., mimo że jej treść nie odpowiada SIWZ, zawiera błędy w obliczeniu ceny i jest sprzeczna z Pzp;

c) art. 91 ust 2 w zw. z art. 2 pkt 5 i 1 Pzp poprzez wybór oferty, która nie powinna zostać uznana za najkorzystniejszą.

Powyższe zarzuty z uwagi na ich charakter Izba rozpatrzyła łącznie. Zarzut *de facto* dotyczy bowiem braku wyceny „zestawienia ze str. 307 SIWZ” (element przedmiarów od str. 286 do 307 SIWZ). Izba oddaliła zarzut uznając za wiążącą odpowiedź na pytanie 2 (pismo z dnia 24.09.2010 r.), jak i odpowiedź na pytanie 56 (pismo z dnia 29.09.2010 r.).

W konsekwencji uznając, że dopuszczenie kosztorysu w formie uproszczonej, jak i brak wymogu załączenia do oferty zestawienia materiałów pozwalało na zawarcie kosztów materiałów ze str. 307 SIWZ w poz. 83 (str. 179 oferty), 128 (str. 181 oferty) oraz 154 (str. 183 oferty). Izba uznała także za wiarygodne wyjaśnienia z dnia 14.12.2010 r.

Przystępującego MOSTOSTAL WARSZAWA S.A. udzielone w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 09.12.2010 r. W tym zakresie uznając zasadność argumentacji Przystępującego MOSTOSTAL WARSZAWA S.A. także w pozostałej części podniesionej na rozprawie, w zakresie kwestii „rozbicia na środki trwałe inwestycji”. W konsekwencji uznając, że przywołane odpowiedzi na pytania zmodyfikowały SIWZ, dopuszczając wliczenie kosztów materiałów w inne pozycje kosztorysu ofertowego. Było więc dopuszczalne działanie takie, jak Przystępującego MOSTOSTAL WARSZAWA S.A., jak i Odwołującego, który załączył

oddzielną wycenę. Zarzuty dodatkowe podniesione na rozprawie, dotyczące cen w poz. 83, 128 i 154 nie były objęte zakresem odwołania i nie podlegały rozpatrzeniu przez Izbę.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

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

Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 8 Pzp w zw. 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/2819/10, sygn. akt: KIO/8/11 oraz sygn. akt: KIO/9/11 orzeczenie łączne.

O kosztach postępowania w sprawie o sygn. akt: KIO/8/11 orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Pzp, a także w oparciu o § 5 ust. 3 pkt 1 i ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów

39

kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO/9/11:

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp - przez niewłaściwe powiadomienie Odwołującego o odrzuceniu jego oferty z powodu błędów w obliczeniu ceny, bez podania uzasadnienia faktycznego i prawnego wymienionego zarzutu i decyzji Zamawiającego;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 Pzp - poprzez błędne zastosowanie powołanych przepisów skutkujące bezzasadnym odrzuceniem oferty Odwołującego złożonej w postępowaniu, a z drugiej strony ich nie zastosowanie w odniesieniu do oferty złożonej przez MOSTOSTAL WARSZAWA S.A., która wskutek niezgodności oferty z SIWZ podlegała odrzuceniu;
- 3) art. 87 ust. 1 i 2 Pzp - poprzez ich nie zastosowanie w odniesieniu do oferty złożonej przez Odwołującego pomimo spełnienia ustawowych przesłanek zastosowania powołanych przepisów, a z drugiej strony - ich nieuprawnione zastosowanie w odniesieniu do oferty złożonej przez MOSTOSTAL WARSZAWA S.A., której niezgodności z SIWZ miały istotny charakter i nie uzasadniały zastosowania powołanych przepisów Pzp;
- 4) art. 7 ust. 1 i 3 Pzp - poprzez wykazane przez powołane wyżej naruszenia, nierówne traktowanie Wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia stanowiące jednocześnie naruszenie uczciwej konkurencji w postępowaniu skutkujące wyborem oferty złożonej przez MOSTOSTAL WARSZAWA S.A. oraz odrzuceniem oferty złożonej przez Odwołującego.

Odnosnie pierwszego naruszenia:

W tym zakresie Izba uznała zasadność postawionego zarzutu oraz adekwatność orzeczenia na które powołał się Odwołujący (wyrok z dnia 30.07.2010 r., sygn. akt: KIO 1503/10). Zamawiający nie wskazał wprost konkretnych pozycji zawierających błędy w obliczeniu ceny, zaś ogólne stwierdzenie „*licznych pozycji*” podtrzymane na rozprawie jest bez znaczenia, albowiem nie jest to okoliczność zwalniająca Zamawiającego od ich wskazania. Ustawodawca w żadnym wypadku nie formułuje takiego wyjątku w przepisach Pzp. Należy pamiętać, że Odwołujący musi mieć prawo do odniesienia się do konkretnych pozycji, w przeciwnym razie pozbawia się go prawa do realnego korzystania ze środków ochrony prawnej w tym zakresie. Przykładowe wskazanie kilku pozycji odpowiedzi na odwołanie, czy też wola okazania skali błędów w cenie na rozprawie jest działaniem spóźnionym.

40

Odnosnie drugiego, trzeciego i czwartego naruszenia:

Izba z uwagi na charakter w/w naruszeń rozpatrzy niniejsze łącznie. W ich ramach Odwołujący wskazał na następujące zarzuty:

Zarzuty wobec oferty Odwołującego:

- a) Odnosnie nieprawidłowych obmiarów w pozycjach wskazanych w pkt 2 do pkt 6 pisma z dnia 23.12.2010 r. (str. 187 oferty). Izba potwierdziła, że Zamawiający mimo uznania

za wiążącej wersji papierowej przedmiarów (odpowiedź na pytanie 15 – pismo z dnia 24.09.2010 r.), zakwestionował pozycje kosztorysu ofertowego Odwołującego na podstawie przedmiarów elektronicznych (poz. 89, 98-101 - branża: instalacje wod. - kanalizacyjne). W wersji papierowej w tym także przekazanej do KIO w ramach dokumentacji postępowania w kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem są na str. Od 102 do 103 SIWZ – przedmiarów obmiary w wysokości uznanej przez Zamawiającego za błędne. Zamawiający także w odpowiedzi na odwołanie uznał zasadność argumentacji Odwołującego w tym zakresie. W konsekwencji Izba również uwzględniła zarzut w tym zakresie.

b) odnośnie poz. w pkt 1 (str. 167 oferty) oraz pkt 7 (str. 270 oferty), Izba uznała dopuszczalność ich poprawy w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, a w konsekwencji uwzględniając zarzut w tym zakresie. W tym kontekście, Izba nie znalazła podstaw do zanegowania czynności Zamawiającego w odniesieniu do oferty MOSTOSTAL WARSZAWA S.A. i SKAŃSKA S.A., tzn. w zakresie żądania wyjaśnień oraz poprawy omyłek dokonanych pismami z dnia 17.12.2010 r. oraz 21.12.2010 r.

c) odnośnie poz. z pkt 8 (str. 197 oferty) i 9 (str. 193 oferty) pisma z dnia 23.12.2010 r. Izba potwierdziła okoliczność wskazaną przez Odwołującego, że w ramach odpowiedzi na pytanie 41 (pismo z dnia 29.09.2010 r.) Zamawiający nakazał dopisać do przedmiarów określone pozycje. W ocenie Izby, Odwołujący zasadnie uczynił powyższe kosztorysach ofertowych. Tak jak Izba wskazywała w ramach pierwszego odwołania, to nie nazwa takiego, czy innego pisma nie stanowi o jego charakterze, lecz jego rzeczywista treść. Dodatkowo należy wskazać, że odpowiedzi na pytanie 1 (pismo z dnia 04.10.2010 r.) oraz odpowiedzi na pytania (pismo z dnia 05.10.2010 r.) są wieloznaczne. Można je bowiem równie dobrze interpretować w ten sposób, że: „na tym etapie” oznacza dzień ich udzielenia, a w konsekwencji, niedopuszczalne są dalsze zmiany, a wiążące SA zmiany wynikające z dotychczas udzielonych odpowiedzi na pytania, w tym odpowiedzi na pytanie 41 (pismo z dnia 29.09.2010 r.).

W konsekwencji Izba uwzględniła niniejszy zarzut w tym zakresie, podnosząc, że w rezultacie została podważona w całości czynność odrzucenia oferty Odwołującego, został on przywrócony do danego przedmiotowego postępowania, którego nadal jest uczestnikiem. W rezultacie Izba odnieśli się do zarzutów wobec MOSTOSTAL WARSZAWA S.A.

41

i SKAŃSKA S.A.

W kwestii zarzutu SKAŃSKA S.A. wobec Konsorcjum Mitex, Izba stwierdza, że zasadnie podnoszono na rozprawie, że niniejszy zarzut (dotyczący zestawienia ze str. 307 SIWZ – przedmiary) nie był objęty odwołaniem, a Przystępujący w swoim przystąpieniu nie może samodzielnie podnosić: „nowych” zarzutów wobec Odwołującego.

Zarzuty wobec oferty - MOSTOSTAL WARSZAWA S.A.:

a) w kwestii zastosowanych przedmiarów w wersji elektronicznej (poz. 89, 98-101).

Izba nie uznaje argumentacji Przystępującego - MOSTOSTAL WARSZAWA S.A., odnośnie statusu plików w: „formacie pdf” podniesionych na rozprawie oraz piśmie złożonym na rozprawie. Jednakże, Izba wzięła pod uwagę okoliczność, że zaistniała sytuacja wynika z określonych działań Zamawiającego, a Przystępujący działał w dobrej wierze. Zasadne jest także wskazanie nie tylko odpowiedzi na pytanie 29 (pismo z dnia 04.10.2010 r.), lecz na okoliczności następujące. Zamawiający ma obowiązek umieszczenia SIWZ na stronie internetowej, przepisy Pzp nie przewidują wyjątków w tym zakresie polegających na: „problemach technicznych”. Ponadto, przyjmuje się domniemanie zgodności SIWZ umieszczonej na stronie internetowej z wersją papierową. Odstępstwo w tym zakresie jest karygodne i niedopuszczalne. W konsekwencji Izba uwzględniając zarzut, jako taki uznała dopuszczalność poprawy kwestionowanych poz. 89, 99-101 w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp (str. 168 oferty).

b) odnośnie kwestii dotyczącej braku poz. 155-157 oraz poz. 215-217 w kosztorysie ofertowym, z uwagi na uwzględnienie zarzut w odniesieniu do oferty Odwołującego, Izba powyższy zarzut uznaje za zasadny wobec oferty MOSTOSTAL WARSZAWA S.A.

c) w kwestii ilości pomp, Izba uznała wiążący charakter odpowiedzi na pytanie 25 (pismo z dnia 04.10.2010 r.). W tym wypadku ujawniła się kolejna sprzeczność w działaniach Zamawiającego, gdyż odpowiedź na pytanie 1 jest de facto sprzeczna z odpowiedzią na pytanie 25. Nie można bowiem pogodzić obu tych wyjaśnień. Izba wskazuje także, że

Zamawiający z niewiadomych przyczyn zaakceptował nieporównywalny charakter oferty w tym zakresie, zaakceptował bowiem zaoferowanie przez Odwołującego 3 pomp (poz. 128 - str. 281 oferty) oraz 2 pomp w ofercie MOSTOSTAL WARSZAWA S.A. (poz. 128 - str. 181 oferty). Zamawiający wezwał Odwołującego do wyjaśnień w tym zakresie (.09.12.2010 r.), a nad uzyskanymi odpowiedziami (13.12.2010 r.): „przeszedł do porządku dziennego”. W żadnym wypadku odpowiedź na pytania (pismo z dnia 05.10.2010 r.) nie zmieniały wcześniejszych ustaleń w tym zakresie, były w swej wymowie zbyt wieloznaczne i dające asumpt do różnych interpretacji, co przejawiało się w złożonych ofertach. Przejawem niekonsekwencji w działaniu Zamawiającego jest okoliczność tego rodzaju, że jeżeli przyjąć wiążący charakter odpowiedzi na pytania (pismo z dnia 05.10.2010 r.), czego Izba nie czyni,

42

to Zamawiający winien odrzucić ofertę Odwołującego z wagina wycenienie 3, a nie 2 pomp, a tego nie uczynił.

Zarzuty wobec oferty - SKAŃSKA S.A.:

a) W kwestii błędnych obmiarów w poz. 12, 45 do 67 (str. 94-100 SIWZ – przedmiary) – (str. 228, 230 - 231 oferty), Izba po analizie zapisów uznała, iż zapis w ofercie SKAŃSKA S.A., to inny zapis tych samych wielkości wynikających z przedmiarów – w konsekwencji nie mamy do czynienia z błędem o charakterze merytorycznym, a co najwyżej błędną formą zapisu – brak jest podstaw do odrzucenia na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp.

b) koszt urządzeń (Zestawienie kosztów materiałów, konstrukcji wyrobów, maszyn i urządzeń nie ujmowanych w kosztorysach oraz koszt pierwszego wyposażenia – str. 287 - 288 oferty) – str. 307 SIWZ – przedmiary. W ocenie Izby biorąc pod uwagę odpowiedź na pytanie 2 pismo z dnia 24.09.2010 r.), jak i odpowiedź na pytanie 56 (pismo z dnia 29.09.2010 r.) dopuszczalne było zarówno odrębne załączenie, jak uczyniła to SKAŃSKA S.A., jak i wliczenie w innych pozycjach, tak jak uczynił to MOSTOSTAL WARSZAWA S.A., KONSORCJUM MITEK oraz „POL-AQUA” S.A.

c) odnośnie kosztów wynikających z pkt 3.4 SIWZ (str. 2 SIWZ, str. 223-225 oferty), biorąc pod uwagę pkt 14 .1 ppkt II SIWZ (str. 10 SIWZ) , jak również w kontekście zestawienia ze str. 307 SIWZ - przedmiary, uznać należy że można było wliczyć powyższy koszt w pozostałe pozycje kosztorysu, jak i dokonać oddzielnej wyceny, jak uczyniła to SKAŃSKA S.A.

Podsumowując, Izba uwzględniła odwołanie o sygn. akt: KIO/9/11 nakazując działanie Zamawiającego zgodne z sentencją. Izba wskazuje, że jest związana zarzutami, a nie żądaniami stron z tych względów, jak i biorąc pod uwagę okoliczności sprawy nakazała takie działanie, jak w sentencji. W toku powtórzonej czynności badania i oceny ofert Konsorcjum Mitek, MOSTOSTALU WARSZAWA S.A. oraz SKAŃSKA S.A., „POL-AQUA” S.A. została skutecznie odrzucona. Zamawiający winien ocenić oferty biorąc pod uwagę wszystkie odpowiedzi na pytania, z uwzględnieniem okoliczności i wynikających z nich konsekwencji wskazanych w uzasadnieniu. Izba wskazuje, że nie ma uprawnień do nakazania unieważnienia przedmiotowego postępowania przetargowego po zmianie Pzp wprost uchylającej stosowny przepis z tym związany. Działanie takie byłoby de facto działaniem mającym na celu obejście istniejących przepisów (podobnie wyrok KIO z dnia 27.05.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 645/09). Uprawnienia w tym zakresie znajdują się w gestii Zamawiającego. Jeśli uzna on, że nie ma żadnej oferty spełniającej wszystkie odpowiedzi na pytania, biorąc pod uwagę stanowisko Izby wyrażone względem zarzutów podniesionych we wszystkich trzech odwołaniach, a w szczególności w kwestii zasilania stacji transformatorowej, dodania poz. 155-157 oraz 215-217 branża instalacje wod.-kan., czy też

43

ilości pomp, winien Zamawiający wsiąść po uwagę unieważnienie postępowania. W tym zakresie niezgodność przedmiarów w wersji elektronicznej, a papierowej także jest okolicznością nie bez znaczenia.

W konsekwencji Izba uwzględniła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp.

Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 8 Pzp w zw. 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/2819/10, sygn. akt: KIO/8/11 oraz sygn. akt: KIO/9/11 orzeczenie łączne.

O kosztach postępowania w sprawie o sygn. akt: KIO/9/11orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Pzp, a także w oparciu o § 5 ust. 2 pkt 1 i ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a 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. z 2010 r. Nr 41, poz. 238). Izba uznała wniosku Odwołującego o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika uznając za uzasadnione koszty w kwocie 3.600,00 zł, tj. zgodnie z przedłożonym rachunkiem, jak również koszt opłaty skarbowej w kwocie 85,00 zł, zgodnie z przedłożonymi dowodami uiszczenia /za pięciu pełnomocników – mimo, że w rozprawie uczestniczyło trzech/ (§ 3 pkt 2 lit. b w/w rozporządzenia).

Przewodniczący:

.....