Sygn. akt: KIO 461/12

WYROK
z dnia 19 marca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: członek Krajowej Izby Odwoławczej **Barbara Bettman**

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu w Warszawie na rozprawie w dniu **19 marca 2012 r.** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **9 marca 2012 r.** przez wykonawcę **INŻYNIERIA RZESZÓW S.A. ul. Podkarpacka 59 A, 35-082 Rzeszów,** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Wodociągi Miejskie w Radomiu Sp. z o. o. ul. Filtrowa 4, 26-600 Radom,** przy udziale:

A. wykonawcy **Bożeny Dzidkowskiej B&W Usługi Ogólnobudowlane Bożena Dzidkowska, ul. Sikorskiego 2C, 83-000 Pruszcz Gdański,** zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

B. wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **IDS-BUD Sp. z o. o. (lider) Al. Jerozolimskie 136, 02-305 Warszawa; INSTAL BIAŁYSTOK S.A.,** do postępowania po stronie zgłaszającego przystąpienie odwoławczego odwołującego,

C. wykonawcy **CADAGUA S.A. Oddział w Polsce, ul. Leszno 14, 01-192 Warszawa,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego.

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie,
1.1. nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty wykonawcy **Bożeny Dzidkowskiej B&W Usługi Ogólnobudowlane Bożena Dzidkowska,**

1.2. nakazuje zamawiającemu dokonanie ponownego badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej.
2. kosztami postępowania obciąża **Wodociągi Miejskie w Radomiu Sp. z o. o. ul. Filtrowa 4, 26-600 Radom,** i:
2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000,00 zł** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **INŻYNIERIA RZESZÓW S.A. ul. Podkarpacka 59 A, 35-082 Rzeszów,** tytułem wpisu od odwołania,
2.2. zasądza od **Wodociągów Miejskich w Radomiu Sp. z o. o. ul. Filtrowa 4, 26-600 Radom,** na rzecz wykonawcy **INŻYNIERIA RZESZÓW S.A. ul. Podkarpacka 59 A, 35-082 Rzeszów,** kwotę **23 600,00 zł** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący: …..……..…

Sygn. akt: KIO 461/12

U z a s a d n i e n i e:

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Modernizacja i rozbudowa gospodarki wodno-ściekowej na terenie aglomeracji Radom - II etap,"

prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego - ogłoszonym 04.11.2011 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2011/S 212-345945, w dniu 9 marca 2012 r. zostało wniesione w formie pisemnej odwołanie przez wykonawcę INŻYNIERIA RZESZÓW S.A. z siedzibą w Rzeszowie, w kopii przekazane zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania.

Złożenie odwołania nastąpiło na czynności zamawiającego oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej, o których odwołujący został powiadomiony w dniu 28 lutego 2012 roku.

Wobec podjętych czynności, oraz zaniechania czynności nakazanych ustawą odwołujący zarzucił zamawiającemu: Wodociągom Miejskim w Radomiu Sp. z o. o. naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 ze zm.), dalej zwanej ustawą Pzp, tj.: art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 2 pkt 2, 3 i 4, art. 89 ust 1 pkt 2 i 6 ustawy a także innych przepisów, wskazanych w treści odwołania, przez:

1) wybór jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez wykonawcę B&W Usługi Ogólnobudowlane Bożena Dzidkowska, zwanej dalej także B&W,
2) zaniechaniu czynności polegającej na wykluczeniu wykonawcy B&W,
3) zaniechaniu czynności polegającej na odrzuceniu oferty złożonej przez wykonawcę B&W,
4) zaniechaniu czynności polegającej na wykluczeniu z postępowania wykonawcy CADAGUA S.A., zwanego dalej także CADAGUA,
5) zaniechaniu czynności polegającej na odrzuceniu oferty złożonej przez wykonawcę CADAGUA,
6) zaniechaniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej spośród nieodrzuconych ofert, złożonych przez niewykluczonych wykonawców.

Powołując się na naruszenie swego interesu w uzyskaniu zamówienia, odwołujacy wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. powtórzenia czynności badania i oceny ofert począwszy od oceny spełniania udziału w postępowaniu oraz ponownej oceny ofert; wyboru oferty warunków najkorzystniejszej spośród nieodrzuconych ofert,
3. nakazanie wykluczenia z postępowania wykonawców: B&W oraz CADAGUA;
4. nakazanie odrzucenia ofert wykonawców: B&W oraz CADAGUA;

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań odwołujący podał, że w dniu 28 lutego 2012 r. roku, zamawiający zawiadomił o wyborze oferty wykonawcy B&W Usługi Ogólnobudowlane Bożena Dzidkowska (B&W). Z treści dokumentu zawiadomienia wynikało także, iż nie odrzucono oferty, ani nie wykluczono z postępowania wykonawcy CADAGUA S.A.. W ocenie odwołującego czynności zamawiającego, a także zaniechania, odbyły się z naruszeniem przepisów ustawy Pzp.

I. W odniesieniu do oferty wybranej wykonawcy B&W Usługi Ogólnobudowlane Bożena Dzidkowska – odwołujący sformułował następujące zarzuty:

1) od strony 20 do strony 23 oferty B&W zamieszczono na druku załącznika nr 6 do części IDW specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: IDW-SIWZ) wykaz osób, które będą wykonywać zamówienie. W punkcie 2 na kierownika budowy wskazano pana Kazimierza K. W punkcie 9.1.2 c.a 2) IDW-SIWZ w odniesieniu do osoby kierownika budowy wymagano, aby posiadał co najmniej 7-letnie doświadczenie zawodowe, w tym co najmniej 3-letnie doświadczenie zawodowe po uzyskaniu uprawnień budowlanych przy pełnieniu samodzielnych funkcji technicznych (kierownik budowy, kierownik robót, inspektor nadzoru) na budowie, w tym przy realizacji co najmniej jednego zadania dotyczącego budowy i/lub modernizacji oczyszczalni ścieków o przepustowości min. 30 000 m3/d w okresie bezdeszczowym lub 200 000 RLM w jednym zadaniu.

2) Jako zadanie o wymaganej przepustowości oczyszczalni ścieków wskazano „Modernizację oczyszczalni ścieków ZASPA wraz z montażem i dostawą niezbędnych materiałów." Zgodnie z informacjami zawartymi na oficjalnej stronie internetowej Wodno Sp. z o. o. przedsiębiorstwa Gdańska Infrastruktura Kanalizacyjna http://www.giwk.pl/infrastruktura/obiekty-historyczne.html przepustowość oczyszczalni

ZASPA wynosiła 20 000 m3/dobę (oczyszczalnia została ostatecznie zamknięta z końcem 2008 roku). Z czego odwołujący wywodził, iż informacja o tym, że oczyszczalnia ZASPA miała przepustowość 30 000 m3/dobę jest informacją nieprawdziwą.

Podanie przedmiotowej informacji w treści „Wykazu" spowodowało uznanie przez zamawiającego, że wybrany wykonawca B&W spełnia warunki udziału w postępowaniu. Doszło do wyboru oferty B&W jako najkorzystniejszej. Na marginesie odwołujący dodał, iż w dostępnych publikatorach brak jest także informacji, jakoby modernizacja oczyszczalni ZASPA była prowadzona w zakresie wskazanym w tabeli oraz w terminie od maja 1997 r. do grudnia 1998 r.
Odwołujący zwrócił uwagę, że zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem, złożenie nieprawdziwej informacji wyklucza zastosowanie procedury sanacyjnej opisanej w art. 26 ust 3 i 4 ustawy, zatem wykonawca B&W powinien zostać wykluczony z postępowania w trybie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.
3) W celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu firma B&W posłużyła się potencjałem innych podmiotów:
a) wymagane doświadczenie zostało potwierdzone za pomocą potencjału HYDROBUDOWA-6 S.A.,
b) dysponowanie osobami za pomocą zasobów firmy BILFIGER BERGER.
zaznaczał, że zobowiązania do udostępnienia potencjału w obydwu Odwołujący przypadkach zostały podpisane przez tą samą osobę: p. Andrzeja J., który jak wynika z dokumentów, w obydwu ww. przedsiębiorstwach pełni tą samą funkcję - Zastępcy Dyrektora Działu Ofertowania.
Dowód: oferta B& W, str. 18-19 oraz str. 25-26 (w dokumentacji postępowania)
Fakt udzielenia pełnomocnictw budził wątpliwości odwołującego o tyle, że nie załączono do nich odpisów z Krajowego Rejestru Sądowego w celu wykazania uprawnienia do składania oświadczeń przez osoby, które dokonały umocowań „w imieniu i na rzecz" mocodawców. Odwołujący przyznał, że ustawa Pzp nie zawiera nakazu dołączenia odpisu z KRS, podobnie jak nie zawiera zobowiązania do dołączania na przykład, dobrowolnie tu dołączonych pełnomocnictw. Jednakże litera art. 26 ust 2 b ustawy Pzp mówi, że wykonawca w takiej sytuacji, zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia.
W ocenie odwołującego, ustawodawca nie zamknął katalogu dokumentów, na podstawie których można byłoby stwierdzić, że przeprowadzono przekonujący dowód dysponowania obcym zasobem. Zgodnie z art. 38. K.c. osoba prawna działa przez swoje organy w sposób przewidziany w ustawie i w opartym na niej statucie. Istnieje zatem konieczność wykazania,

kto wchodzi w skład organu. W przeciwnym razie nie wiadomo kto może w imieniu konkretnej osoby prawnej występować, w tym składać oświadczenia woli. kolejną okolicznością wskazującą, że złożone wraz z ofertą B&W dokumenty, nie potwierdzają spełniania warunków udziału, dla którego to celu zostały załączone, w ocenie odwołującego jest fakt, że oświadczenia o udostępnieniu potencjału zostały złożone z przekroczeniem zakresu umocowania wynikającego z treści pełnomocnictw. Wskazał, że obydwa pełnomocnictwa (w swej treści merytorycznej - jednobrzmiące) zawierają umocowania szczegółowe. Określono w nich nazwę postępowania, nazwę i adres zamawiającego, usytuowanie mocodawcy w postępowaniu, dla którego pełnomocnictw udzielono, a także szczegółowe czynności pełnomocnictwami objęte. Stwierdza się w nich: „Niniejsze pełnomocnictwo obejmuje umocowanie do dokonywania wszelkich czynności wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (...)." Z powyższego zapisu wynika, że umocowanie dotyczy czynności wykonawcy w postępowaniu. Zgodnie z art. 2 pkt 11 ustawy Pzp, wykonawcą jest podmiot, który ubiega się o udzielenie zamówienia, złożył ofertę albo zawarł umowę. Odmiennie ustawodawca sytuuje podmioty udzielające swojego doświadczenia (przekazujące doświadczenie). Nie nazywa ich wykonawcami, lecz „innymi podmiotami." Reasumując, odwołujący podnosił, iż zakres umocowania dla osoby nie

obejmuje uprawnienia do działania w jakiejkolwiek innej roli niż dla wykonawcy w postępowaniu. Żaden z mocodawców wykonawcą w przedmiotowym postępowaniu nie jest. Czynność przekazania (udostępnienia) zasobów nie jest czynnością wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (a taki dokładnie zapis występuje w treści obydwu pełnomocnictw). Udostępnienie potencjału innemu podmiotowi jest jednostronną czynnością prawną realizowaną poprzez złożenie beneficjentowi oświadczenia woli podmiotu udostępniającego, iż potencjał swój udostępnia. Zgodnie z art. 104 K.c., jednostronna czynność prawna dokonana w cudzym imieniu bez umocowania lub z przekroczeniem jego zakresu jest nieważna. Zatem niezależnie od innych okoliczności sprawy, czynność udostępnienia potencjału za pomocą wykraczających poza ramy umocowań, tj. oświadczenia złożone przez p. Andrzeja J., z uwagi na fakt, iż wykraczają swoim zakresem poza ramy umocowań - są zdaniem odwołującego, nieważne.
Zgodnie z art. 26 ust 2a ustawy Pzp, wykonawca na żądanie zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym jest zobowiązany wykazać odpowiednio, nie później niż na dzień składania (…) ofert, spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 i brak podstaw do wykluczenia z powodu niespełniania warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1. Na B&W spoczywał zatem obowiązek dowodowy. Zaznaczał, że nie można uznać, że uprawnione jest zaniechanie wykluczenia (z zastrzeżeniem art. 26 ust 3 ustawy Pzp) wykonawcy w sytuacji, gdy nie wykazał on spełniania warunków udziału.

Z uwagi na konieczność odrzucenia oferty B&W z przyczyn opisanych powyżej (zarzut podania nieprawdziwych informacji), oraz z przyczyn opisanych poniżej (zarzut nieusuwalnej niezgodności treści oferty z treścią SIWZ), odwołujący za niedopuszczalne uznał ewentualne wezwanie wybranego wykonawcy do uzupełnienia dokumentów. W konkluzji stwierdził, że firma Usługi Ogólnobudowlane Bożena Dzidkowska B& W podlega wykluczeniu w trybie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.
II. W odniesieniu do oferty CADAGUA S.A., poprzedzającej odwołującego w ocenie ofert - odwołujący przedstawił zarzut, że wykonawca ten nie ujął w treści swojej oferty wyceny wszystkich czynności oraz ich kosztów.
W punkcie 24.8 IDW-SIWZ zamawiający zażądał, aby w wypełnionym przedmiarze robót, ująć jako „kolejne pozycje tego przedmiaru" nie wymienione w nim koszty:
24. Opis sposobu obliczenia ceny.
8. W wypełnionym przedmiarze robót jako kolejne pozycje tego przedmiaru należy ująć:
a) koszty wszelkich robót przygotowawczych, porządkowych, odtworzeniowych,
b) koszty odtworzenia zniszczonych nawierzchni ciągów komunikacyjnych, oraz poniesienie konsekwencji ewentualnych innych szkód powstałych w trakcie prowadzenia robót,
c) wykonanie badań powykonawczych (tj. np. badań stopnia zagęszczenia wykonanej podbudowy z tłucznia na odcinkach wykonanych w drogach przez firmę geotechniczną posiadającą certyfikat akredytacyjny w zakresie wykonywanych badań).
Dowód: IDW-SIWZ str.25 (w dokumentacji postępowania).
Odwołujący zarzucał, że zarówno wybrany wykonawca Usługi Ogólnobudowlane Bożena Dzidkowska B&W jak również drugi w rankingu CADAGUA, nie ujęli w treści swoich ofert powyższych czynności oraz ich kosztów.
Dowód: oferta CADAGUA od strony 11 do strony 43,
oferta B&W od strony 35 do strony 70.
Fakt, że żaden z wymienionych wykonawców, nie ujął w treści oferty, prac opisanych w punkcie 24.8 IDW-SIWZ, w przekonaniu odwołującego, przesądza o konieczności uznania, iż treść ofert złożonych przez B&W oraz CADAGUA nie odpowiada treści SIWZ. Podlegają one zatem odrzuceniu w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.
W punkcie 24.2 IDW-SIWZ zamawiający podał, że:
„Ceną oferty jest kwota wymieniona w Formularzu oferty i powinna wynikać z przedmiaru robót, o którym mowa w pkt. 14.3.1)k)."
Odwołujący stwierdził, że czytając łącznie zapis pkt 24.2 oraz 24.8 - integralną częścią

kosztorysu, który stanowi podstawę wyliczenia ceny powinny być pozycje dopisane kolejno,

zgodnie z instrukcją zamawiającego zawartą w pkt. 24.8. Zaznaczał, że w tym kontekście, poniechanie odrzucenia ofert CADAGUA i B&W stanowi naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.
III. Ponadto odwołujący zarzucił, że kwestionowane przez niego oferty zawierają błędy w obliczeniu ceny. Obydwaj wykonawcy oparli wyliczenie ceny na błędnych podstawach - nie uwzględniając koniecznych elementów, mających wpływ na kalkulację. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku wydanym w połączonych sprawach KIO 140/12 oraz KIO 142/12 stwierdziła, że: „Dorobek orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje i skład orzekający w niniejszej sprawie popiera prezentowane stanowisko, że stwierdzenie błędu w obliczeniu ceny powinno nastąpić w wyniku ustalenia, że sposób obliczenia ceny oferty jest odmienny od tego, który został ustanowiony przez zamawiającego w SIWZ. Innymi słowy, okoliczność, iż wykonawca odstąpił od obliczenia ceny w sposób ustalony przez zamawiającego mieści się w zakresie pojęcia "błędu w obliczeniu ceny." Zatem, podstawową kwestią do ustalenia, w celu rozstrzygnięcia w przedmiocie naruszenia ww. normy, pozostaje każdorazowo stwierdzenie, czy sposób obliczenia ceny został przez zamawiającego wskazany w treści SIWZ i czy został on zastosowany przez wykonawcę."
Co istotne - jak zaznaczał odwołujący, omawiany błąd nie ma charakteru rachunkowego. Nie jest zatem możliwie zastosowanie mechanizmu art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy. Nie można także dopisać nie wpisanych pozycji, gdyż wykraczałoby to poza ramy stosowania przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.
Dalej odwołujący argumentował, że zgodnie z art. 14 ustawy Pzp, w sprawach nieuregulowanych w jej przepisach mają zastosowanie przepisy K.c. Zgodnie z art. 70' § 4 K.c. organizator od chwili udostępnienia warunków, a oferent od chwili złożenia oferty zgodnie z ogłoszeniem aukcji albo przetargu są obowiązani postępować zgodnie z postanowieniami ogłoszenia, a także warunków aukcji albo przetargu. Zapis dotyczący organizatora przetargu, który w zamówieniach publicznych jest spersonalizowany w osobie zamawiającego, uzupełnia przepisy ustawy nie zawierające podobnych regulacji. Ustawa Pzp w art. 82 ust. 3 nakazuje zachowanie „odpowiedniości" treści oferty w stosunku do treści SIWZ. Zgodnie z doktryną i ugruntowanym orzecznictwem, za treść oferty uznano opis przedmiotu zamówienia. Tymczasem brak prostego zobowiązania dla zamawiającego, aby trzymał się zapisów SIWZ (i ogłoszenia) także w innych elementach, które mogłyby rzutować na wybór oferty najkorzystniejszej. W tym wymiarze odwołujący wskazywał, iż na skutek obowiązującego charakteru zapisu art. 70' § 4 K.c. (poprzez art. 14 ustawy Pzp), zamawiający nie może pominąć obowiązku zbadania ofert B&W oraz CADAGUA pod kątem stwierdzenia, czy nie zawierają one błędu w obliczeniu ceny – w następstwie nie wykonania

przez wykonawców instrukcji zawartej w pkt 24.2 oraz 24.8 IDW-SIWZ.
Mając na uwadze powyższe odwołujący podnosił, iż oferta B&W oraz oferta CADAGUA podlegają odrzuceniu w trybie art. 89 ust 1 pkt 2 i 6 ustawy Pzp.
IV. dalszym zarzutem odwołujące stała się okoliczność, że w dniu 2 lutego 2012 r. zamawiający wezwał wykonawców do przedłużenia terminu związania ofertą oraz przedłużenia ważności wadium. Termin związania ofertą upływał 11 lutego 2012 r. Do upływu tego terminu CADAGUA była zobowiązana dostarczyć pismo zawierające zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą oraz przedłużenie ważności wadium, albo wnieść nowe wadium.
Dowód: pismo zamawiającego z dnia 2 lutego 2012 r. (w dokumentacji postępowania).
W dniu 8 lutego 2012 r., faksem, CADAGUA złożyła zawiadomienie o przedłużeniu terminu związania ofertą oraz aneks do gwarancji bankowej.
W dokumentacji postępowania znajduje się także oryginał zawiadomienia o przedłużeniu terminu związania ofertą oraz kopia aneksu do gwarancji bankowej.
Podczas udostępniania dokumentów postępowania w dniu 6 marca 2012 r. nie okazano odwołującemu oryginału aneksu do gwarancji. Co więcej, na oryginale zawiadomienia o przedłużeniu terminu związania ofertą, ani na kopii aneksu gwarancji, nie znalazła się pieczęć poświadczająca datę wpływu. Brak zatem dowodu na doręczenie przez CADAGUA w terminie (do 11 lutego 2012 r.) oryginału oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą oraz oryginału aneksu do gwarancji.
Dowód: - pismo CADAGUA z dnia 8 lutego 2012 r. w sprawie przedłużenia terminu związania ofertą (w dokumentacji postępowania), - kopia aneksu do gwarancji przetargowej

nr 9340.03.1218767-13 (w dokumentacji postępowania).
Treść gwarancji bankowej załączonej do oferty CADAGUA, jak podnosił odwołujący, wskazuje, że dla uzyskania wypłaty, konieczne jest doręczenie do Banku Gwaranta oryginału gwarancji.
Dowód: Gwarancja bankowa zapłaty wadium wystawiona przez CabcaBank S.A. Oddział w Polsce, str. 47-48 oferty CADAGUA (w dokumentacji postępowania).
Nie doręczenie zatem, w terminie oryginału aneksu do gwarancji musi poskutkować stwierdzeniem, że wykonawca nie wniósł wadium na przedłużony termin związania ofertą.
Wobec powyższego, podlega on, zdaniem odwołującego, wykluczeniu w trybie art. 24 ust 2 pkt 2 ustawy Pzp.
Osobnym zagadnieniem jest całkowity, zdaniem odwołującego, brak możliwości uznania, że przedłużenia terminu związania ofertą można było skutecznie dokonać faksem.

Oświadczenie woli jakim jest zawiadomienie o przedłużeniu terminu związania ofertą powinno zostać doręczone zamawiającemu w formie przewidzianej dla oferty. W przedmiotowym postępowaniu jest to forma pisemna.
Za zastanawiające uznał, że zamawiający, który oznakował czasem wpływ faksu z oświadczeniem CADAGUA o przedłużeniu terminu związania ofertą (pieczęć „Wpłynęło dnia ..." z datą 8-lutego 2012, a nie wykonał tej samej czynności w stosunku do oryginału oświadczenia. Zdaniem odwołującego okoliczność ta może stanowić dowód na to, że dokumenty te wpłynęły do zamawiającego po upływie terminu to jest po dniu 11 lutego 2012 roku.
Mając na uwadze powyższe, wywodził, że wykonawca CADAGUA powinien zostać wykluczony z postępowania w trybie art. 24 ust 2 pkt 2 ustawy Pzp.
Odwołujący argumentował, że skoro czynności zamawiającego oraz zaniechania czynności zostały dokonane z naruszeniem przepisów wskazanych w treści odwołania, a naruszenia te wywarły istotny wpływ na wynik prowadzonego postępowania powodując wybór wykonawcy, który powinien zostać wykluczony, zaś jego oferta odrzucona – rzutuje to na doznanie uszczerbku jego interesu w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia. W przypadku bowiem prawidłowego działania zamawiającego, oferta odwołującego zostałaby uznana za najkorzystniejszą.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 9 marca 2012 r. do postępowania odwoławczego, pismami i drogą elektroniczną - wniesionymi dnia 12 marca 2012 r., w kopii przekazanymi stronom - przystąpienie zgłosili:

A. Wykonawca Bożena Dzidkowska B&W Usługi Ogólnobudowlane, z siedzibą w Pruszczu Gdańskim, zgłaszająca przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania i utrzymanie czynności wyboru złożonej oferty jako najkorzystniejszej. W piśmie z dnia 16 marca 2012 r. złożonym na rozprawie, przystępujący stwierdził, że sformułowanie „W wypełnionym przedmiarze robót jako kolejne pozycje tego przedmiaru należy ująć" powinny być rozumiane w ten sposób, że wykonawcy mieli uwzględnić (czyli ująć) w poszczególnych opisanych przez zamawiającego pozycjach przedmiaru koszty dodatkowych elementów wymienionych w punkcie 24.8 IDW-SIWZ. W ocenie przystępującego wynikało to z ryczałtowego charakteru ceny oferty co należało wywieść z postanowień punktu 24.6 SIWZ.
B. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie: IDS-BUD Sp. z o.o. (lider) z siedzibą w Warszawie; INSTAL BIAŁYSTOK S.A., zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego, podając, że ich interes w

uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść odwołującego sprowadza się do tego, że uwzględnienie zarzutów odwołania może doprowadzić do powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz wykluczenia z postępowania wykonawców: Bożeny Dzidkowskiej B&W Usługi Ogólnobudowlane i CADAGUA S.A. Oddział w Polsce, odrzucenia ofert: konsorcjum HUSAR Budownictwo Inżynieryjne Sp. z o.o. oraz Molewski Sp. z o.o. i SAUR HORYZONT S.A., gdyż wykonawcy ci również nie uwzględnili w przedmiarze robót wymaganych przez zamawiającego, a wskazanych w punkcie 24.8 IDW-SIWZ pozycji, które winny zostać dodane jako kolejne pozycje tego przedmiaru. W przypadku

uwzględnienia zarzutów zawartych w odwołaniu oraz ponownego rozpatrzenia ofert, zgłaszający przystąpienie miałby potencjalną możliwość uzyskania tego zamówienia.
C. Wykonawca CADAGUA S.A. Oddział w Polsce, z siedzibą w Warszawie, po stronie odwołującego, wnosząc o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu: 1) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej; 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert począwszy od oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz ponownej oceny ofert; wyboru oferty najkorzystniejszej spośród nieodrzuconych ofert; 3) nakazanie wykluczenia z postępowania wykonawcy B&W oraz odrzucenia jego oferty. W odniesieniu do własnej oferty wnosił o oddalenie odwołania. W piśmie złożonym na rozprawie, przystępujący poparł zarzuty odwołującego, że nie zostało wykazane przez wykonawcę Bożenę Dzidkowską B&W, iż osoby podpisujące pełnomocnictwo dla p. Andrzeja J., działają jako członkowie organów uprawnionych do reprezentacji podmiotów udostępniających potencjał: HYDROBUDOWA-6 S.A. i BILFIGER BERGER. W szczególności przystępujący argumentował, że zobowiązania, które podjął pełnomocnik wskazanych wyżej firm, zostały zaciągnięte z przekroczeniem granic umocowania, gdyż p. Andrzej J. nie był pełnomocnikiem podmiotów mających status wykonawcy w tym postępowaniu, a zatem jako jednostronne czynności prawne, są one nieważne z mocy art. 104 K.c.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym:

A. wykonawcę Bożenę Dzidkowską B&W Usługi Ogólnobudowlane, z siedzibą w Pruszczu Gdańskim, po stronie zamawiającego,
B. wykonawców wspólnie ubiegający się o zamówienie: IDS-BUD Sp. z o.o. (lider) z siedzibą w Warszawie; INSTAL BIAŁYSTOK S.A., po stronie odwołującego,
C. wykonawcę CADAGUA S.A. Oddział w Polsce, z siedzibą w Warszawie, po stronie odwołującego.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów przedstawionych w odwołaniu. W odpowiedzi na odwołanie - do protokołu rozprawy zajął stanowisko, iż nie zachodziły podstawy do uwzględnienia któregokolwiek z zarzutów. Podtrzymał uzasadnienie przytoczone w piśmie z dnia 28 lutego 2012 r. w odniesieniu do dokonanej oceny ofert. Potwierdził, że wymagał pełnej wyceny robót ujętych w przedmiarze oraz prac wymienionych w punkcie 24.8 IDW-SIWZ. Do protokołu rozprawy wyjaśniał również, że nie odnosi się do treści przedstawionych przez B&W pełnomocnictw – kwestionowanych przez odwołującego, gdyż ich nie wymagał.

Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania w oparciu o postanowienia art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody: z ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia z załącznikami, oferty wykonawcy B&W Usługi Ogólnobudowlane Bożena Dzidkowska, oferty CADAGUA S.A. Oddział w Polsce, wezwania o przedłużenie okresu związania ofertą wraz z odpowiedzią CADAGUA i aneksem do gwarancji wadialnej, protokołu postępowania z załącznikami, akt postępowania sygn. 2430/11. Nadto, Izba rozważyła stanowiska stron i przystępujących, przedstawione w pismach oraz do protokołu rozprawy.

Izba dopuściła wnioskowane dowody przez przystępującego B&W Usługi Ogólnobudowlane Bożena Dzidkowska w postaci odpisów z KRS firm: HYDROBUDOWA-6 S.A., i BILFIGER BERGER, na okoliczność, iż osoby wystawiające pełnomocnictwa dla p. Andrzeja J. były do tych czynności umocowane.

Izba dopuściła wnioskowany dowód przez przystępującego CADAGUA S.A. z listu przewozowego na okoliczność daty doręczenia zamawiającemu oryginałów dokumentów: oświadczenia o przedłużeniu okresu związania ofertą oraz aneksu do gwarancji wadialnej.

Rozpatrując sprawę w granicach zarzutów odwołania jak stanowi art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, Izba ustaliła co następuje.

Postępowanie dotyczy „Modernizacji i rozbudowy gospodarki wodno - ściekowej na terenie aglomeracji Radom - II etap, kontrakt nr 14." Przedmiotem zamówienia są roboty budowlano-montażowe związane z modernizacją i rozbudową ciągu mechaniczno–biologicznego oczyszczalni ścieków.

Jedyne kryterium oceny ofert stanowiła cena.

Oferty złożyli:

1. INŻYNIERIA RZESZÓW S.A. - 91,60 pkt,

2. Bożena Dzidkowska B&W Usługi Ogólnobudowlane -100 pkt,
3. SAUR HORYZONT S.A. - 80,01 pkt,

4. INSTAL KRAKÓW S.A. - oferta odrzucona,
5. Konsorcjum IDS-BUD Sp. z o.o. (lider), INSTAL BIAŁYSTOK S.A. – 79,06 pkt,
6. CADAGUA S.A. Oddział w Polsce, - 93,21 pkt,
7. SKANSKA S.A. – oferta odrzucona,
8. POL-AQUA S.A. – oferta odrzucona,
9. konsorcjum HUSAR Budownictwo Inżynieryjne Sp. z o.o. oraz Molewski Sp. z o.o. – 80,34 pkt,
10. HYDROBUDOWA GDAŃSK S.A. - oferta odrzucona.

Zamawiający odrzucił oferty wykonawców jw., gdyż na jego wezwanie z dnia 2 lutego 2012 r. nie przedłużyli okresu związania ofertą oraz nie wnieśli wadium na nowy okres związania ofertą.
Pismem z dnia 28 lutego zamawiający powiadomił o wynikach przetargu (ocenach ofert) oraz o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Bożena Dzidkowska B&W Usługi Ogólnobudowlane.
W punkcie 9.1.2) b IDW-SIWZ w zakresie warunków wskazanych w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający wymagał, aby wykonawca w celu potwierdzenia, że spełnia warunek wiedzy i doświadczenia wykazał, że wykonał w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert (…) co najmniej:
- jedną robotę budowlaną o wartości robót co najmniej 20 mln PLN bez VAT, której przedmiotem była budowa i/lub modernizacja oczyszczalni ścieków o przepustowości min. 30 000 m3/d w okresie bezdeszczowym lub 200 000 RLM w jednym zadaniu.
W celu potwierdzenia spełnienia niniejszego warunku wykonawcy zobowiązani byli przedłożyć wykaz wykonanych robót budowlanych sporządzony według wzoru załącznika nr 5 do IDW-SIWZ oraz dokumenty potwierdzające, że roboty te zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.
W punkcie 9.1.2c.a2) IDW-SIWZ w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia - w odniesieniu do osoby kierownika budowy wymagano, aby posiadał: uprawnienia budowlane (…), co najmniej 7-letnie doświadczenie zawodowe, w tym co najmniej 3-letnie doświadczenie zawodowe po uzyskaniu uprawnień budowlanych przy pełnieniu samodzielnych funkcji technicznych (kierownik budowy, kierownik robót, inspektor nadzoru) na budowie, w tym przy realizacji co najmniej jednego zadania dotyczącego budowy i/lub modernizacji oczyszczalni ścieków o przepustowości min. 30 000 m3/d w okresie bezdeszczowym lub 200 000 RLM w jednym zadaniu.

W punkcie 9.1.4 IDW-SIWZ zamawiający postanowił - wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu (…) innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, że będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów (w oryginale lub kopii poświadczonej za zgodność przez wykonawcę) do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia.
W punkcie 14. IDW-SIWZ Opis sposobu przygotowania oferty, zamawiający postanowił:
Ppkt 1.4. Ofertę należy przygotować ściśle według wymagań określonych w niniejszej SIWZ.
Ppkt 1.5. Ofertę stanowi prawidłowo wypełniony formularz ofertowy wraz z załącznikami.
W ppunkcie 1.7. IDW-SIWZ zamawiający postanowił, że wraz z ofertą należy złożyć: stosowne pełnomocnictwo/pełnomocnictwa, w przypadku, gdy oferta lub inne dokumenty podpisane są przez pełnomocnika/pełnomocników wykonawcy.
Punkt 14.3 określa zawartość oferty: w tym lit. g) wykaz osób, które będą wykonywać zamówienie według wzoru zał. nr 6, w punkcie 14.3 lit. k) wypełniony przez wykonawcę przedmiar robót,
Pozostałe dokumenty wymienione w pkt 9 niniejszej IDW.
W punkcie 14.1.13. IDW-SIWZ zamawiający zamieścił pouczenie o odpowiedzialności karnej z art. 297 § 1 K.k. przytaczając jego treść.

W punkcie 14.3 lit. k IDW-SIWZ zamawiający wymagał wypełnionego przez wykonawcę przedmiaru robót.
Punkt 24. IDW-SIWZ zawiera Opis sposobu obliczenia ceny.
Ppkt 2. Ceną oferty jest kwota wymieniona w formularzu oferty i powinna wynikać z przedmiaru robót, o którym mowa w pkt 14.3.1)k).
Ppkt 8. W wypełnionym przedmiarze robót jako kolejne pozycje tego przedmiaru należy ująć:
a) koszty wszelkich robót przygotowawczych, porządkowych, odtworzeniowych,
b) koszty odtworzenia zniszczonych nawierzchni ciągów komunikacyjnych, oraz poniesienie konsekwencji ewentualnych innych szkód powstałych w trakcie prowadzenia robót,
c) wykonanie badań powykonawczych (tj. np. badań stopnia zagęszczenia wykonanej podbudowy z tłucznia na odcinkach wykonanych w drogach przez firmę geotechniczną

posiadającą certyfikat akredytacyjny w zakresie wykonywanych badań).
Ppkt 5. Sposób zapłaty i rozliczenia za realizację niniejszego zamówienia, określone zostały w części II niniejszej SIWZ (we wzorze umowy w sprawie zamówienia publicznego).
Punkt 28.2 IDW-SIWZ sposób oceny zgodności oferty z treścią SIWZ. Ocena zgodności oferty z treścią SIWZ zostanie przeprowadzona wyłącznie na podstawie analizy dokumentów i oświadczeń, jakie wykonawca zawarł w swojej ofercie, z zastrzeżeniem art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.
Punkt 28.3.3) IDW-SIWZ zamawiający zastrzegł sobie prawo sprawdzania w toku oceny ofert wiarygodności przedstawionych przez wykonawcę dokumentów, oświadczeń, wykazów, danych i informacji. Zapowiedział, że przedstawienie przez wykonawcę informacji nieprawdziwych, mających lub mogących mieć wpływ na wynik postępowania (…) skutkować będzie wykluczeniem wykonawcy z prowadzonego postępowania zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, niezależnie od innych skutków przewidzianych prawem.
Punkt 32 IDW-SIWZ w odniesieniu do dopuszczalności zmian umowy i rozliczeń, między innymi, pkt III. 7. przewiduje - zmiany w przedmiocie umowy w zakresie niezbędnym do prawidłowego wykonania zamówienia, przy czym konieczna do wykonania praca nie stanowi zamówienia dodatkowego, w rozumieniu Pzp, a ewentualne wynagrodzenie wykonawcy z tytułu wykonania takich prac nie przekroczy łącznie 20% wartości zamówienia podstawowego. Wynagrodzenie to ustalane będzie w oparciu o stawki i ceny jednostkowe zawarte w wycenionym przedmiarze robót.
Punkt 35 IDW-SIWZ przewiduje, że w przypadku konieczności uzupełnienia złożonych przez wykonawcę dokumentów - składane są one w formie określonej odpowiednio dla uzupełnianego dokumentu.
Załącznik nr 5 do IDW-SIWZ – wykaz zrealizowanych robót budowlanych przewidywał oświadczenie wykonawcy, że wykonał następujące roboty:
- nazwa roboty,
- wartość,
- przedmiot, zakres,
- data wykonania (początek, zakończenie,
- odbiorca, adres,
- nazwa wykonawcy.

Załącznik nr 6 do IDW-SIWZ – wykaz osób, które będą wykonywać zamówienie:

- imię i nazwisko,
- zakres czynności,
- kwalifikacje zawodowe,
- doświadczenie zawodowe.

Uwaga. Wykonawca podaje informacje potwierdzające kwalifikacje wymagane w pkt 9.1.2)c) IDW-SIWZ.
Załącznik nr 6a do IDW-SIWZ – wzór oświadczenia, że osoby, które będą wykonywać zamówienie posiadają wszelkie wymagane uprawnienia.
SIWZ część II wzór umowy w sprawie zamówienia publicznego warunki szczególne,

klauzula 12. Obmiary i wycena przewiduje obowiązkowe obmiary robót, odnotowywane w książce obmiarów (12.1.). Stawki i ceny jednostkowe dla pozycji określonych w wycenionym przedmiarze robót są stałe na okres wykonywania kontraktu i nie podlegają zmianom.
Klauzula 13. Zmiany i korekty przewiduje pkt III. 7 i 8. Zmiany w przedmiocie umowy w zakresie niezbędnym do prawidłowego wykonania zamówienia, przy czym konieczna do wykonania praca nie stanowi zamówienia dodatkowego, w rozumieniu Pzp, a ewentualne wynagrodzenie wykonawcy z tytułu wykonania takich prac nie przekroczy łącznie 20% wartości zamówienia podstawowego. Wynagrodzenie to ustalane będzie w oparciu o stawki i ceny jednostkowe zawarte w wycenionym przedmiarze robót. Przewidziano również możliwość rezygnacji z części prac w przypadku, gdy zbędne będzie wykonania danej części zamówienia, wraz ze związanym z tym obniżeniem wynagrodzenia w oparciu o wyceniony przedmiar robót (…).
Strony i uczestnicy zgodnie przyznali, że wynagrodzenie ma charakter kosztorysowy. Obowiązuje rozliczenie w oparciu o obmiar z natury według stawek jednostkowych z kosztorysu ofertowego – wypełnionego przedmiaru wg. wskazań zamawiającego.
Zamawiający udostępnił wykonawcom przedmiar robót, który winni uzupełnić o podanie cen jednostkowych, wraz z podsumowaniem wartości netto, wraz z ujęciem niżej wymienionych prac:
Pkt 24.8. IDW-SIWZ, w wypełnionym przedmiarze robót jako kolejne pozycje tego przedmiaru należy ująć:
a) koszty wszelkich robót przygotowawczych, porządkowych, odtworzeniowych,
b) koszty odtworzenia zniszczonych nawierzchni ciągów komunikacyjnych oraz poniesienie konsekwencji ewentualnych innych szkód powstałych w trakcie prowadzenia robót,
c) wykonanie badań powykonawczych (tj. np. badań stopnia zagęszczenia wykonanej

podbudowy z tłucznia na odcinkach wykonanych w drogach przez firmę geotechniczną posiadającą certyfikat akredytacyjny w zakresie wykonywanych badań).
Zamawiający w SIWZ zalecał aby wykonawcy przed złożeniem oferty zapoznali się z rzeczywistymi uwarunkowaniami realizacji inwestycji w wyznaczonym terenie.
Punkt 14.2.3 IDW-SIWZ. Zamawiający zalecał przy sporządzeniu oferty wykorzystanie wzorów do SIWZ. Dopuścił złożenie w ofercie dokumentów opracowanych przez wykonawców pod warunkiem, że będą one zgodne z formularzami określonymi przez zamawiającego.
Punkt 24.6 IDW-SIWZ. Cena podana w ofercie obejmuje wszystkie koszty związane z terminowym i prawidłowym wykonaniem przedmiotu zamówienia.
W punkcie 1.1 Wprowadzenie do przedmiaru robót podano, że przedmiar należy rozpatrywać łącznie z pozostałymi częściami SIWZ.
Przy dokonywaniu wyceny przedmiar odsyłał do opisów robót zawartych w specyfikacjach technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych (STWiORB).
Pkt 1.2. Ilości podane dla poszczególnych pozycji w każdym przedmiarze robót stanowią szacunkową ilość każdej kategorii robót, które będą prowadzone na podstawie kontraktu i zostały podane w celu stworzenia wspólnej podstawy dla sporządzenia ofert.
Punkt 1.4. Wycena. Ceny i ceny jednostkowe podane w przedmiarze robót powinny być wartościami globalnymi (...) włączając koszty i wydatki konieczne dla wykonania opisanych robót. Razem z wszystkimi robotami tymczasowymi i instalacjami, które mogą okazać się niezbędne oraz zawierać wszelkie ogólne ryzyko, obciążenia i obowiązki wymienione w umowie (...).
Stawki i ceny powinny zawierać (...) robociznę, transport, testowanie, kontrolę jakości, materiały, zabezpieczenie, utrzymanie wszystkich prac tymczasowych każdego rodzaju oraz wszelkich innych czynności, jakie mogą być niezbędne dla prawidłowego wykonania umowy.
Strony i uczestnicy zgodnie przyznali, że w zakresie zgłaszanych zarzutów SIWZ nie podlegała modyfikacjom ani wyjaśnieniom.
Oferta wykonawcy Bożena Dzidkowska B&W Usługi Ogólnobudowlane zawiera między innymi następujące dokumenty.
W celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu firma Bożena Dzidkowska B&W Usługi Ogólnobudowlane posłużyła się potencjałem innych podmiotów:

1) wymagane doświadczenie zostało potwierdzone za pomocą potencjału HYDROBUDOWA-6 S.A.,
2) dysponowanie osobami za pomocą zasobów firmy BILFIGER BERGER.
Na stronie 13 dokumentacji oferty B&W zamieszczono wykaz robót – projekt i budowa oczyszczalni ścieków w Katowicach, jako potencjał udostępniony przez HYDROBUDOWĘ 6 S.A., zgodnie z ustalonym wzorem.
Od strony 20 do strony 23 zamieszczono wykaz osób, które będą wykonywać zamówienie na druku załącznika nr 6 do IDW-SIWZ. W punkcie 2 na kierownika budowy wskazano p. Kazimierza K., gdzie jako doświadczenie zawodowe wymienionego podano, między innymi, modernizację oczyszczalni ścieków ZASPA wraz z montażem i dostawą niezbędnych materiałów, o przepustowości 30 000 m3/d w okresie bezdeszczowym.
Do pełnienia funkcji przedstawiciela wykonawcy podany został w poz. 1 wykazu p. Adam R., jako osoba udostępniona z zasobów firmy BILFIGER BERGER.
Zarówno zobowiązanie z dnia 9 grudnia 2011 r. o udostępnieniu zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia na rzecz wykonawcy: Bożena Dzidkowska B&W w imieniu HYDROBUDOWY - 6 S.A, jak i udostępnienie potencjału osobowego w imieniu firmy BILFIGER BERGER zostało podpisane przez tą samą osobę: pana Andrzeja J., który jak wynika z treści pieczątki, w obydwu ww. przedsiębiorstwach pełni tą samą funkcję - Zastępcy Dyrektora Działu Ofertowania.
Przedstawiono odrębne pełnomocnictwa, dla p. Andrzeja J., uprawniające do reprezentowania podmiotów udostępniających potencjał na rzecz wykonawcy Bożena Dzidkowska B&W. Pełnomocnictwa dotyczą przedmiotowego postępowania, a wymienione czynności, do których uprawniają pełnomocnika, obejmują między innymi składnie oświadczeń i dokumentów, zatem pozwalają na działanie nie tylko jako wykonawcy, ale też w charakterze podmiotu trzeciego. Okolicznością bezsporną pozostawało, że zamawiający nie wymagał składania pełnomocnictw, ani dokumentów rejestrowych potwierdzających sposób reprezentacji podmiotu, składającego oświadczenie w trybie art. 26 ust 3 pkt 2b ustawy Pzp.
Z przedstawionych przez przystępującego: Bożenę Dzidkowską B&W, odpisów z KRS wynika, że osoby wystawiające pełnomocnictwa dla p. Andrzeja J., działały w imieniu HYDROBUDOWY - 6 S.A. i w imieniu firmy BILFIGER BERGER w granicach umocowania.
Z załączonych do oferty zobowiązan wynika sposób udzielenia potencjału przez podmiot trzeci, określenie w jakim charakterze podmiot ten będzie uczestniczył w wykonywaniu

zamówienia, np. jako podwykonawca, komu zostanie udostępniony potencjał i jaki potencjał udostępnia - wiedzy i doświadczenia oraz potencjał osobowy. Zobowiązania złożone zostały w oryginale z zachowaniem formy pisemnej.

Zamawiający nie skorzystał z dyspozycji § 1 ust. 2 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. z 2009 r. Nr 226 poz.1817), tj. z możliwości żądania, w przypadku podmiotów udostępniających potencjał - dołączenia dokumentów o braku podstaw do wykluczenia, jeżeli podmioty te będą brały udział w realizacji zamówienia.
Zarówno wybrany wykonawca Usługi Ogólnobudowlane Bożena Dzidkowska B&W jak również drugi w rankingu CADAGUA S.A. oraz konsorcjum HUSAR Budownictwo Inżynieryjne Sp. z o.o.; Molewski Sp. z o.o. i SAUR HORYZONT S.A., nie ujęli w treści swoich ofert, tj. w kosztorysie ofertowym, jako kolejnych pozycji wypełnionego przedmiaru robót:
a) kosztów wszelkich robót przygotowawczych, porządkowych, odtworzeniowych,
b) kosztów odtworzenia zniszczonych nawierzchni ciągów komunikacyjnych, oraz z tytułu poniesienia konsekwencji ewentualnych innych szkód powstałych w trakcie prowadzenia robót,
c) wykonania badań powykonawczych (tj. np. badań stopnia zagęszczenia wykonanej podbudowy z tłucznia na odcinkach wykonanych w drogach przez firmę geotechniczną posiadającą certyfikat akredytacyjny w zakresie wykonywanych badań).

Wymienieni wykonawcy nie przedstawili w odniesieniu do tych prac oznaczonych w punkcie 24.8 IDW-SIWZ cen jednostkowych, (ryczałtów jednostkowych), ani nie ujęli wymienionego zakresu robót w wycenie i w cenie całkowitej oferty, o czym świadczą, między innymi złożone kosztorysy: oferta CADAGUA od strony 11 do strony 43, oferta B&W od strony 35 do strony 70.
Odwołujący na stronach 7 i 41 kosztorysu ofertowego dokumentacji oferty ujął zgodnie ze wskazaniami punktu 24.8 SIWZ w odrębnych pozycjach, koszty związane z odtworzeniem infrastruktury, podając ceny. Koszty takie zostały ujęte w osobnych pozycjach kosztorysu w trzech ofertach, z 6 nie odrzuconych ofert. Także w kosztorysie przedstawionym przez przystępującego konsorcjum IDS BUD Sp. z o.o.; INSTAL BIAŁYSTOK S.A. – okoliczność bezsporna.
Termin składania ofert został wyznaczony do dnia 14 grudnia 2012 r. termin związania ofertą wynosił 60 dni.

19

Termin związania ofertą wykonawcy CADAGUA S.A. upływał 12 lutego 2012 r. Do takiego terminu ważności została wystawiona gwarancja wadialna. Na wezwanie zamawiającego z dnia 2 lutego 2012 r. do przedłużenia terminu związania ofertą oraz przedłużenia ważności wadium, firma CADAGUA S.A. w dniu 8 lutego 2012 r., faksem, złożyła zawiadomienie o przedłużeniu terminu związania ofertą z dnia 7 lutego 2012 r. oraz aneks do gwarancji bankowej z dnia 7 lutego 2012 r. W dokumentacji postępowania znajduje się także oryginał zawiadomienia o przedłużeniu terminu związania ofertą z dnia 7 lutego 2012 r. oraz aneks z dnia 7 lutego 2012 r. do bankowej gwarancji przetargowej nr 9340.03.1218767-13 zapłaty wadium wystawionej przez CaixaBank S.A. Oddział w Polsce, zamieszczonej na str. 47-48 oferty CADAGUA S.A.
Przystępujący CADAGUA S.A. przedłożył jako dowód w sprawie list przewozowy na przesyłkę, w której doręczył zamawiającemu w dniu 9 lutego 2012 r. oryginał zawiadomienia o przedłużeniu terminu związania ofertą z dnia 7 lutego 2012 r. oraz aneks z dnia 7 lutego 2012 r. do bankowej gwarancji przetargowej.

Izba zważyła, co następuje.

Odwołujący wykazał legitymację do korzystania ze środków ochrony prawnej, posiada interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż złożył ofertę trzecią w kolejności najniższej ceny, zatem potwierdzenie się zarzutów naruszenia przepisów ustawy przez zamawiającego przy badaniu poprzedzających odwołującego w ocenie ofert wykonawców i nieprawidłowego wyboru najkorzystniejszej oferty, uniemożliwiałoby odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia i korzyści z jego realizacji.
Ad I. W odniesieniu do oferty wybranej wykonawcy B&W Usługi Ogólnobudowlane Bożena Dzidkowska:
Ad pkt 1) zarzut odwołującego, że względu na wskazanie w formularzu załącznika nr 6 do IDW-SIWZ wykazu osób, które będą wykonywać zamówienie, w punkcie 2 na kierownika budowy p. Kazimierza K - wykonawca B&W nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a zamawiający wybierając ofertę tego wykonawcy naruszył art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp - został wycofany na rozprawie i nie podlegał rozpatrzeniu przez Izbę.
Ad pkt 2) zarzut odwołującego, że w odniesieniu do doświadczenia zawodowego osoby wskazanej na kierownika budowy p. Kazimierza K wykonawca B&W Bożena Dzidkowska złożyła nieprawdziwe oświadczenie (wg. punktu 9.1.2 c.a 2 IDW-SIWZ), został wycofany na rozprawie i nie podlegał rozpatrzeniu przez Izbę.

20

Ad pkt 3) Izba nie uwzględniła zarzut odwołującego, że przedstawione przez wybranego wykonawcę firmę B&W celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu zobowiązania udostępnienia potencjału przez inne podmioty, tj.:
a) wiedzy i doświadczenia przez HYDROBUDOWĘ-6 S.A.,
b) dysponowanie osobami przez firmę BILFIGER BERGER,
- są niewłaściwe, ze względu na to, że zostały sporządzone przez osobę nieumocowaną. Zarówno zobowiązanie z dnia 9 grudnia 2011 r. o udostępnieniu zasobów w postaci wiedzy i

doświadczenia na rzecz wykonawcy: Bożena Dzidkowska B&W w imieniu HYDROBUDOWY - 6 S.A, jak i udostępnienie potencjału osobowego w imieniu firmy BILFIGER BERGER, zostały podpisane przez tą samą osobę: p. Andrzeja J., który w obydwu ww. przedsiębiorstwach pełni tą samą funkcję - Zastępcy Dyrektora Działu Ofertowania. Okoliczność ta została przyznana przez strony oraz uczestników postępowania.

odrębne dla p. J., do Przedstawiono pełnomocnictwa, Andrzeja uprawniające reprezentowania z podmiotów udostępniających potencjał wymienieniem nazwy przedmiotowego postępowania, gdzie podano: „Niniejsze pełnomocnictwo obejmuje umocowanie do dokonywania wszelkich czynności wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (...)." Okolicznością bezsporną pozostawało, że ani HYDROBUDOWA - 6 S.A, ani firma BILFIGER BERGER w niniejszym postępowaniu nie uczestniczą bezpośrednio, gdyż nie złożyli oferty, ani samodzielnie, ani w konsorcjum, zatem mogło chodzić jedynie o inną formę udziału, np. jako podwykonawca – co zostało zadeklarowane, lub też w oparciu o dowolną umowę o udostępnienie pracownika - na rzecz wykonawcy Bożeny Dzidkowskiej B&W. Zamawiający przyznał, że w odniesieniu do pomiotów udostępniających potencjał nie wymagał dokumentów rejestrowych potwierdzających sposób reprezentacji podmiotu, składającego oświadczenie w trybie art. 26 ust 3 pkt 2b ustawy Pzp, ani pełnomocnictw. Odpisy z rejestru przedsiębiorców KRS złożone jako dowody na rozprawie, wykazały że udzielone pełnomocnictwa p. Andrzejowi J. zostały wystawione przez osoby uprawnione. Nie można było z góry wykluczyć, że wymieniona osoba w zarówno w firmie HYDROBUDOWA 6 S.A, jak i w firmie BILFIGER BERGER sprawuje tą samą funkcje Zastępcy Dyrektora Działu Ofertowania - co odwołujący sugerował jako okoliczność niewiarygodną. W ocenie Izby, zobowiązanie o udostępnieniu zasobu, zostało dokonane w granicach umocowania. Hydrobudowa 6 S.A. zadeklarowała udział w realizacji zamówienia jako podwykonawca. Treść pełnomocnictw jest jednoznaczna i upoważnia p. J. do składania oświadczeń w imieniu mocodawców.

Należało zważyć, że zamawiający nie zakwestionował pełnomocnictw osoby, która w imieniu mocodawców podpisała zobowiązania do udostępnienia zasobów, co z mocy art. 104 K.c. w związku z art. 14 K.c. wyłącza uznanie takiej czynności za nieważną, gdyż w

sytuacji, gdy ten komu zostało oświadczenie woli w cudzym imieniu godzi się na działanie bez umocowania, stosuje się odpowiednio przepisy o zawarciu umowy bez umocowania, tj. art. 103 K.c. zezwalający na potwierdzenie czynności przez osobę trzecią. W razie powzięcia wątpliwości w tym zakresie, zamawiający byłby uprawiony, a zarazem zobowiązany z mocy art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, zanim podjąłby wyłącznie z tej przyczyny czynność wykluczenia wykonawcy i odrzucenia jego oferty - do żądania dokumentów potwierdzających zakres umocowania p. Andrzej J. - gdyby w ogólności pełnomocnictw takich wymagał. Ocena ofert, powinna się bowiem odbywać jedynie na podstawie dokumentów żądanych i uprzednio wymienionych w ogłoszeniu i w SIWZ, a nie innych. Jedynie zatem dokumenty, które obowiązkowo powinny znaleźć się w komplecie dokumentacji oferty, mogą stanowić środki dowodowe zarówno dla wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu wraz z udostępnieniem zasobów w trybie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, jak i dla wykazania zgodności treści oferty z treścią SIWZ.

Izba, mając na uwadze zakres żądanych w SIWZ dokumentów, uznała, iż wymóg art. 26 ust 2b ustawy Pzp mówiący, że wykonawca w sytuacji korzystania z obcego potencjału, zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, że będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia – został przez wykonawcę Bożenę Dzidkowską B&W spełniony.

Rację należało przyznać odwołującemu, że ustawodawca nie zamknął katalogu dokumentów, na podstawie których można byłoby stwierdzić, że przeprowadzono przekonujący dowód dysponowania obcym zasobem. Nie wyłącza to jednak przepisu art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu (...) wskazanych w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w SIWZ. Z przepisem tym korespondują postanowienia § 1 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 roku 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), stanowiace, że w celu wykazania spełnienia przez wykonawce warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, których opis sposobu oceny został podany w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w SIWZ, zamawiający może żądać dokumentów wymaganych w dokumentacji postępowania – w SIWZ i w ogłoszeniu. Zatem w ocenie Izby, zamawiajcy nie może na etapie oceny ofert żadać dokumentów dowolnych – nawet, gdy wykonawca posiłkuje się potencjałem udostępnionym, gdyż udowodnienie realnego dysponowania tym potencjałem również sprowadza się do wykazania tego w sposób przewidziany przez zamawiającego. Wykonawca wybrany Bożena Dzidkowska B&W zgodnie z art. 26 ust 2a

ustawy Pzp, w zakresie wskazanym przez zamawiającego wykazała odpowiednio, nie później niż na dzień składania (…) ofert, spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, przedkładając żądane zobowiązania do udostępnienia zasobów.

Treść przepisu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp nie odwraca ciężaru dowodu. Jeżeli odwołujący wywodził istnienie podstaw do wykluczenia wykonawcy B&W na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp z powodu niespełniania warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp - na nim spoczywał zatem obowiązek dowodowy.

Nie można pomijać, że zgodnie z nakazem uregulowanym w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, wszyscy wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego powinni być traktowani na równych prawach przez zamawiającego w toku całego postępowania. Obowiązek równego traktowania oznacza również, by wszystkie wymagania, które zamawiający bierze pod uwagę na etapie badania oraz oceny złożonych ofert, były znane wykonawcom w chwili ich przygotowywania. Potwierdza to art. 2 Dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi. Wskazuje on, że instytucje zamawiające zapewniają równe i niedyskryminacyjne traktowanie wykonawców oraz działają w sposób przejrzysty. Oznacza to, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone jest według z góry sprecyzowanych reguł i istnieją środki do weryfikacji prawidłowości ich zachowania, zaś zamawiający podejmuje przewidywalne decyzje na podstawie wcześniej ustalonych kryteriów.

Ad. II. Za udowodnioną Izba uznała okoliczność, że zarówno wykonawca wybrany - Bożena Dzidkowska firma: B&W Usługi Ogólnobudowlane, jak i wykonawca CADAGUA S.A. nie ujęli w kosztorysach ofertowych wyceny wszystkich robót i czynności wymienionych przez zamawiającego oraz ich kosztów. Dotyczyło to żądania w punkcie 24.8 IDW-SIWZ, aby w wypełnionym przedmiarze robót, ująć jako „kolejne pozycje tego przedmiaru" nie wymienione w nim koszty, tj:
a) wszelkich robót przygotowawczych, porządkowych, odtworzeniowych,
b) odtworzenia zniszczonych nawierzchni ciągów komunikacyjnych, oraz poniesienie konsekwencji ewentualnych innych szkód powstałych w trakcie prowadzenia robót,
c) wykonanie badań powykonawczych (tj. np. badań stopnia zagęszczenia wykonanej podbudowy z tłucznia na odcinkach wykonanych w drogach przez firmę geotechniczną, posiadającą certyfikat akredytacyjny w zakresie wykonywanych badań).

Izba podzieliła stanowisko odwołującego i zamawiającego, że preambuła do przedmiarów i zawarte w niej wytyczne, co do ujęcia kosztów przy kalkulacji ceny oferty, odnosi się do wyceny prac z zakresu objętego przedmiarami i dokumentacją projektową.

Koszty prac wymienionych w punkt 24.8 IDW-SIWZ, w ocenie Izby, nie mieściły się w pozycjach wymienionych w przedmiarze robót, ani nie stanowiły innych prac związanych z odnośnymi pozycjami przedmiaru, które należało ująć w cenach jednostkowych tych robót, w myśl wskazań sporządzenia kosztorysu ofertowego – przewidzianych do wykonania wprost w przedmiarze.

Zamawiający rozszerzył opis przedmiotu zamówienia dokonany w przedmiarze o roboty i prace podane w punkcie 24.8 IDW-SIWZ, które mogą wystąpić, ale nie muszą wystąpić i nie zostały przewidziane w dokumentacji projektowej oraz wymagał, aby wykonawcy podali ich ceny jednostkowe (ryczałty jednostkowe) i stawki, ujmując

skalkulowany zakres tego kosztu także w cenie całkowitej oferty. Wpisuje się to w ogólną formułę, że rozliczenia nastąpią za faktycznie zrealizowany zakres robót, według podstaw cenowych - określonych w przyjętej ofercie wykonawcy wybranego do realizacji zamówienia.

Izba uznała, że stan faktyczny ustalony w sprawie syg. akt KIO 77/12 przywoływanej przez przystępujacego B&W, jedynie częściowo jest zbieżny z rozpatrywanym w niniejszym postępowaniu odwoławczym. Okoliczność, że przepis art. art. 31 ust. 1 ustawy Pzp zobowiązuje zamawiających do opisania przedmiotu zamówienia na roboty budowlane za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych, nie wyłącza jednocześne stosowania art. 6 ust. 1 ustawy Pzp, mówiącego o mieszanym charakterze zamówienia, obejmujacym oprócz robót budowlanych także elementy dostaw, czy usług, które muszą podlegać wycenie w ramach ceny całkowitej oferty, skalkulowanej zgodnie z opisem sposobu obliczenia ceny dokonanym w SIWZ, o którym stanowi art. 36 ust. 1 ustawy Pzp. Możliwe jest włączenie do opisu przedmiotu zamówienia, zakresu prac i ich wyceny - o charakterze usługowym, pomocniczym, np. badań geologicznych, sprządzenia elementów dokumentacji, czy nieodzownych innych robót nie ujętych w dokumentacji projektowej. Istotne jest, aby w ogólności takie wymaganie w opisie zamówienia się pojawiło – niekoniecznie w przedmiarze robót. W ocenie Izby, tak właśnie postapił zamawiający, żadając ujęcia tych prac – wskazanych w punkcie 24.8 SIWZ w odrębnych, kolejnych pozycjach kosztorysu ofertowego.

Izba podzieliła stanowisko odwołujacego oraz przystępującego IDS-BUD Sp. z o.o., INSTAL BIAŁYSTOK S.A., że wszystkie roboty ujęte w przedmiarze opisane zostały przez przywołanie odnośnych pozycji STWiORB. Zakres prac wskazany w punkcie 24.8 IDW-SIWZ nie został opisany w STWiORB, czyli nie można powiedzieć, że koszty tych prac zostały uwzględnione w innych stawkach cen jednostkowych robót podstawowych pozycją wynikają z przyporządkowanych odnośną specyfikacji technicznej, które dokumentacji projektowej i są tą dokumentacją przewidziane do realizacji. Nawet jeżeli

koszty pewnych robót przygotowawczych, itp. są ujęte z definicji w zaagregowanych stawkach jednostkowych robót wyliczanych zgodnie z wskazaniami rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 18 maja 2004 r. w sprawie określenia metod i podstaw sporządzenia kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót określonych w pfu. (Dz. U. Nr 130, poz. 1389), to dotyczą one kosztów ogólnych budowy, mieszczących się w pojęciu kosztów pośrednich - odnoszonych do robót objętych dokumentacją.

O innych kosztach prac nieujętych - traktuje preambuła przedmiaru, niż te które zostały oznaczone przez zamawiającego w punkcie 24.8 IDW-SIWZ, których konieczność wykonania może się ujawnić, w trakcie realizacji robót, lub po ich zakończeniu, ale nie musi. Skoro zamawiający ocenił (w realiach przedmiotowego postępowania), prawdopodobieństwo wystąpienia tego rodzaju koniecznych prac, miał prawo żądać ich oszacowania w ofercie, i podania stawek, cen jednostkowych, ryczałtów, według których strony będą prowadziły rozliczenia w tym zakresie.

Zamawiający jako inwestor odpowiada bowiem za szkody wyrządzone, przez wykonawców działających na jego zlecenie na nieruchomościach osób trzecich, w zakresie oddziaływania inwestycji, tak z uwagi na zapewnienie dojazdów na plac budowy, prac przygotowawczych, nadmierne, aczkolwiek konieczne dla wykonania robót zużycie infrastruktury dróg lokalnych przez sprzęt ciężki, itp., które nie musi wiązać się z zawinionym działaniem wykonawcy i jego odpowiedzialnością z tego tytułu przewidzianą w umowie. Stąd za zrozumiałe i zasadne Izba uznała stanowisko, że zamawiający przedmiotem zamówienia objął również prace przygotowawcze nie mieszczące się w pojęciu zaplecza budowy, prace odtworzenia stanu pierwotnego posesji sąsiadujących z budową, czy dróg, gotowy będąc za te prace zapłacić, zgodnie z obmiarem z natury, według stawek podanych w ofercie wybranego wykonawcy.

Zdaniem izby, ważne jest prawidłowe odtworzenie zniszczonych nawierzchni ciągów komunikacyjnych, powstałych w trakcie prowadzenia robót oraz wykonanie badań powykonawczych (tj. np. badań stopnia zagęszczenia wykonanej podbudowy z tłucznia na odcinkach wykonanych w drogach przez wyspecjalizowaną firmę geotechniczną, gdyż zbyt częste są przypadki ujawnienia się w krótkim czasie po oddaniu robót usterek skutkujących pękaniem nawierzchni, osiadaniem, będących następstwem nieprawidłowej stabilizacji

gruntu, czy jego zagęszczenia. Z tych względów wymagania zamawiającego wykonania badań powykonawczych (tj. np. badań stopnia zagęszczenia wykonanej podbudowy z tłucznia na odcinkach wykonanych w drogach przez firmę geotechniczną posiadającą certyfikat akredytacyjny w zakresie wykonywanych badań), mają niezwykle istotne znaczenie i wykonawcy składając oferty winni się do nich bezwzględnie zastosować, poprzez

ujęcie w kosztorysie ofertowym przeprowadzania takich badań – wykonywanych przez firmę zewnętrzną, oraz skalkulowania ich kosztu, niezależnie od ustalenia podstaw do poniesienia odpowiedzialności za wady robót.

Z tych względów, skalkulowany przez wykonawcę koszt powyższych prac, powinien zostać ujęty w cenie całkowitej oferty, dając zamawiającemu także możliwość zarezerwowania odpowiednich środków na wymieniony cel.

Zdaniem izby, skoro zamawiający postawił wymaganie ujęcia w osobnych pozycjach kosztorysu ofertowego prac wyszczególnionych w punkcie 24.8 IDW-SIWZ - a dyspozycję tą Izba uznała za jednoznaczną, to bezwzględnym obowiązkiem wykonawców było ścisłe się do niej zastosowanie, lub też wniesienie odwołania na postanowienia SIWZ, skoro niektórzy z uczestników przetargu uznawali, że przez to dojdzie do zdublowania w osobnych pozycjach kosztorysu tych samych kosztów, ponoszonych przez wykonawcę. Zakładając racjonalność działania zamawiającego, Izba przyjęła, że - nie mógłby on nawet dopuścić do dwukrotnego płacenia wykonawcy za to samo, i wydatkowania w ten sposób środków publicznych. Ponadto nie miałby w tym żadnego interesu.

Wykonawcy nie mogą dowolnie interpretować wymagań zamawiającego i respektować ich tylko wtedy, gdy uznają to za stosowne. Wszyscy uczestnicy postępowań przetargowych związani są ustanowionymi w SIWZ warunkami, a i sam zamawiający nie może odstępować od jakichkolwiek wymagań w trakcie oceny ofert. Sytuacja jaka nastąpiła, świadczy, iż połowa wykonawców, która nadal uczestniczy w przetargu, dostosowała się do postanowień wspomnianego wyżej punktu 24.8 IDW-SIWZ, natomiast połowa sporządziła kosztorysy bez uwzględnienia sposobu obliczenia ceny podanego przez zamawiającego. Uwzględnienie ofert, których treść nie odpowiada treści SIWZ, i które zawierają błędy w sposobie obliczenia ceny, na równi z ofertami sporządzonymi - nie tylko odpowiednio w sposób formalny, ale również poprawnie merytorycznie - w odniesieniu do istotnych postanowień SIWZ, stanowi naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 i pkt 6 ustawy Pzp, przez zaniechanie odrzucenia takich ofert, a pośrednio naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 tej ustawy, poprzez prowadzenia postępowania w sposób niezapewniający równego traktowania wykonawców i uczciwej między nimi konkurencji.

Z przeprowadzonego materiału dowodowego, w szczególności z warunków kontraktowych wynika, że cena ustanowiona w tym postępowaniu ma charakter kosztorysowy. Rozliczenia stron będą następowały w oparciu o obmiar powykonawczy – stosownie do faktycznego zakresu wykonanych robót. Stąd też, nie tylko cena całkowita oferty, przyjmowana do porównania i wyboru oferty najkorzystniejszej, w oparciu o ustalone w SIWZ kryterium wyboru - ma charakter przedmiotowo istotny, ale również taki charakter

mają podane w kosztorysie ofertowym ceny jednostkowe, (ryczałty jednostkowe, stawki) służące do faktycznych rozliczeń realizacji tej umowy. Skoro dany zakres prac według punktu 24.8 IDW-SIWZ nie został ujęty w kosztorysie i w cenie oferty, brak jest również w kwestionowanych odwołaniem ofertach wykonawców - cen jednostkowych w odniesieniu do pominiętych pozycji, stanowiąc o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ również w wymienionym aspekcie.

Jedynie wówczas, gdyby cena oferty miała charakter ryczałtowy, tj. stały za wykonanie zakresu prac przewidzianych dokumentacją projektową, w rozumieniu art. art. 632 § 1 K.c., a kosztorys stanowiłby materiał pomocniczy dla wyliczenia tej ceny, nie zachodziłyby podstawy do odrzucenia ofert wykonawców B&W oraz CADAGUA S.A. ze względu na odstępstwa w kosztorysach ofertowych.

Okoliczność, iż kwestionowani wykonawcy zobowiązali się wykonać zamówienie zgodnie z postanowieniami przedmiaru, nie ma znaczenia dla oceny zasadności odrzucenia złożonych ofert, gdyż (wobec braku wszystkich wymaganych pozycji kosztorysów) ogólna

treść ofert, tak czy inaczej nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Trzeba bowiem mieć na uwadze, że ceny jednostkowe podane w ofercie wybranego wykonawcy, mają stanowić podstawę do bieżących rozliczeń obmiarem powykonawczym w okresie wykonywania umowy i po jej zakończeniu, zatem należą do przedmiotowo istotnych postanowień umowy o zamówienie publiczne, w rozumieniu art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego. Wzmiankowane ogólne powołanie się na treść preambuły do przedmiarów nie stanowi też wystarczającej podstawy do przyjęcia, iż wykonawcy B&W oraz CADAGUA S.A. dokonali wyceny wszystkich wymaganych w SIWZ szczegółowych pozycji, gdyż wycena ta jest w nierozerwalny sposób związana z zakresem zaoferowanego świadczenia, a więc gdy dany element nie jest objęty tym zakresem, oznacza to także, iż nie został wyceniony. Błąd polegający na braku części wymaganych kosztorysów nie jest możliwy do naprawienia, bowiem taka korekta oznaczałaby istotną zmianę treści oferty.

W przedmiotowym przypadku, jak była mowa wyżej: po pierwsze - wynagrodzenie ma charakter obmiarowy (kosztorysowy), a nie ryczałtowy; po drugie - przy pomocy kosztorysów ofertowych wyliczane jest wynagrodzenie (i to rozumiane zarówno jako cena oferty, jak i jako podstawa do ustalenia faktycznej wysokości zapłaty w trakcie i po zakończeniu robót); po trzecie - kosztorysy ofertowe potwierdzają przewidziany do wykonania zakres prac (poprzez ich sporządzenie i złożenie wykonawcy akceptują zakres prac określony ze szczegółowością wymaganą przez zamawiającego, w przypadku braku elementu kosztorysu - szczegółowość ta jest mniejsza, przez co zakres świadczenia pozostaje niedookreślony. Stanowisko takie znajduje potwierdzenie w poglądach doktryny (por. Informator Urzędu Zamówień Publicznych,

2009 r., nr 5, s. 22-23; Puchacz K.: Kontrola zamówień publicznych., Wrocław 2010, s. 202). Niezależnie od powyższego, nie sposób nie zauważyć, iż biorąc w szczególności pod uwagę profesjonalny charakter działalności wykonawców, nie można przyjmować, iż co najmniej nie mogli i nie powinien oni przewidzieć, że brak staranności w przygotowywaniu oferty (polegającej chociażby na powtórnym dokładnym przejrzeniu jej treści przed podpisaniem i złożeniem), może skutkować sprzecznością jej treści z treścią postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Fakt, że, wykonawcy, nie ujęli w treści ofert, prac opisanych w punkcie 24.8 IDW-SIWZ, przesądza o konieczności uznania, iż treść ofert złożonych przez B&W oraz CADAGUA nie odpowiada treści SIWZ. Podlegają one zatem odrzuceniu w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, gdyż niezgodność ma charakter nienaprawialny.

Skoro w kosztorysie ofertowym wykonawców B&W oraz CADAGUA nie ujęto przedmiotowego zakresu robót i jego wyceny, tym samym oferty stały się nieporównywalne. Ażeby zachowana została porównywalność złożonych ofert, jako nieodzowny warunek przestrzegania zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji, ocenie winny zostać poddane oferty, które w ten sam sposób ujęły zakres robót przyjęty do wyliczenia ceny całkowitej oferty. Odmienne wyliczenie przez wykonawców: Bożena Dzidkowska firma: B&W Usługi Ogólnobudowlane, oraz CADAGUA S.A. ceny całkowitej oferty, stanowi o niezgodności treści tych ofert z treścią SIWZ, w rozumieniu art. art. 82 ust. 3 ustawy Pzp, a także o błędzie w obliczeniu ceny, o którym mowa w art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

W tym kontekście, zaniechanie odrzucenia ofert: CADAGUA i B&W i wybór oferty B&W do realizacji zamówienia stanowi naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, nakazuje bowiem odrzucić ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Natomiast pominięcie wyceny określonego zakresu prac, który zamawiający wskazał jako obligatoryjnie podlegającego wycenie kosztorysowej wiąże się również z błędnym obliczeniem ceny - w inny sposób niż wskazany w SIWZ, a co za tym idzie z naruszeniem przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp nakazującego odrzucić ofertą jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny.

Ad. IV. Izba nie znalazła podstaw, aby uznać, że wykonawca CADAGUA S.A. nie przedłużył skutecznie okresu związania swoją ofertą oraz, że nie przedłużył wadium na wymieniony okres, czego wymaga art. 85 ust. 2 i 4 ustawy Pzp. Z dokumentacji akt postępowania wynika, co potwierdziło postępowanie dowodowe w sprawie, że na wezwanie zamawiającego do złożenia oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą oraz przedłużenia ważności wadium, firma CADAGUA w zakreślonym terminie dostarczyła w

oryginale pismo zawierające oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą oraz aneks do gwarancji wadialnej, złożonej wraz z ofertą.

Termin związania ofertą wykonawcy CADAGUA S.A. upływał 12 lutego 2012 r. Do takiego terminu ważności została wystawiona gwarancja wadialna. Na wezwanie zamawiającego z dnia 2 lutego 2012 r. do przedłużenia terminu związania ofertą oraz przedłużenia ważności wadium, firma CADAGUA S.A. w dniu 8 lutego 2012 r., faksem, złożyła zawiadomienie o przedłużeniu terminu związania ofertą - sporządzone dnia 7 lutego 2012 r. oraz aneks do gwarancji bankowej z dnia 7 lutego 2012 r. W dokumentacji postępowania znajduje się także oryginał zawiadomienia o przedłużeniu terminu związania ofertą z dnia 7 lutego 2012 r. oraz kopia aneksu z dnia 7 lutego 2012 r. do bankowej gwarancji przetargowej nr 9340.03.1218767-13 zapłaty wadium wystawionej przez CaixaBank S.A. Oddział w Polsce. Nawet jeżeli wykonawca CADAGUA S.A. skorzystał z drogi faksowej i przekazał żądane dokumenty wcześniej, zanim złożył oryginały - w ten sposób, dając wyraz swemu dalszemu zainteresowaniu uczestnictwem w przetargu, to nie może to być poczytywane, za naruszające art. 85 ust. 2 i 4 ustawy Pzp wypełnienie obowiązku, obligujące zamawiającego do wykluczenia wykonawcy w trybie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. Niewątpliwie oryginały odnośnych dokumentów noszą datę 7 lutego 2012 r., zatem możliwe i prawdopodobne było ich dostarczenie zamawiającemu, przed upływem ważności gwarancji bankowej oraz upływem terminu związania ofertą wykonawcy CADAGUA S.A. Okoliczność, czy zamawiający prawidłowo odnotował datę wpływu wymienionych dokumentów, nie może mieć znaczenia, a w szczególności nie może powodować negatywnych skutków dla wykonawcy. Poza tym został przedstawiony list przewozowy na potwierdzenie dostarczenia przedmiotowych dokumentów przed wyznaczonym terminem

W ocenie Izby, postępowanie dowodowe nie wykazało trafności czynionych zamawiającemu zarzutów naruszenia wskazanych w odwołaniu przepisów art. 24 ust. 2 pkt 2, 3 i 4 ustawy Pzp, przez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawców: Bożeny Dzidkowskiej firma: B&W Usługi Ogólnobudowlane i wykonawcy CADAGUA S.A.

Natomiast potwierdzenie znalazły zarzuty naruszenia przez zamawiającego:
1. art. 89 ust. 1 pkt 2 i pkt 6 ustawy Pzp, przez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców: Bożeny Dzidkowskiej firma: B&W Usługi Ogólnobudowlane, jak i wykonawcy CADAGUA S.A., którzy nie ujęli w kosztorysach ofertowych wyceny wszystkich czynności wymienionych przez zamawiającego oraz ich kosztów, przez co treść ich ofert nie odpowiadała treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a cena została wyliczona błędnie,

2. art. 7 ustawy Pzp, przez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób, który nie zapewnia przestrzegania zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców - wskutek stwierdzenia naruszeń przepisów ustawy Pzp wskazanych wyżej.

Naruszenia przepisów ustawy Pzp miały istotny wpływ na wynik postępowania, skoro wybór oferty nie dotyczył oferty najkorzystniejszej - w świetle ustanowionego kryterium najniższej ceny. W tym stanie rzeczy Izba uwzględniła odwołanie i orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1, ust. 2 oraz ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp.

Odwołanie zostało uwzględnione przez Izbę, kosztami postępowania w sprawie należało więc obciążyć zamawiającego. Izba zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 23 600,00 zł tytułem zwrotu kosztów wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika, stosownie do postanowień § 3 pkt 1, pkt 2b oraz § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania. (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:……..