

WYROK
z dnia 29 kwietnia 2014 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Natalia Dominiak

po rozpoznaniu na rozprawie, w Warszawie, w dniu 25 kwietnia 2014 roku odwołań
wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 7 kwietnia 2014 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o
zamówienie Przedsiębiorstwo Instalacji Sanitarnych „INSBUD” Sp. z o.o. z
siedzibą w Tarnowie przy ulicy Przemysłowej 27, 33-100 Tarnów (pełnomocnik)
oraz J. N. Spółka jawna (sygn. akt KIO 693/14)

B. w dniu 7 kwietnia 2014 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o
zamówienie Przedsiębiorstwo Wielobranowe „Eltar” Sp. z o.o. z siedzibą w
Tarnowie przy ulicy Satarodąbrowskiej 20, 33-100 Tarnów (pełnomocnik) oraz
„TAD-BUD” Sp. z o.o. (sygn. akt KIO 694/14)

w postępowaniu prowadzonym przez Spółkę Komunalną „Dorzecze Białe” Sp. z o.o. z
siedzibą w Tuchowie, przy ulicy Jana III Sobieskiego 69c, 33-170 Tuchów

przy udziale:

1

A. (sygn. akt KIO 693/14) wykonawców:

wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego –
- Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowe "Wolimex"
E. W. z siedzibą w Limanowej przy ulicy Tarnowskiej 33, 34-
600 Limanowa (pełnomocnik) oraz Zakład Budownictwa Ogólnego "Moduł"
B. G. zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania
odwoławczego o sygn. akt KIO 693/14 po stronie Zamawiającego
wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Przedsiębiorstwo –
Wielobranowe „Eltar” Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie przy ulicy
Satarodąbrowskiej 20, 33-100 Tarnów (pełnomocnik) oraz „TAD-BUD”
Sp. z o.o. zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego
o sygn. akt KIO 693/14 po stronie Zamawiającego

B. (sygn. akt KIO 694/14) wykonawcy:

wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego –
- Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowe "Wolimex"
E. W. z siedzibą w Limanowej przy ulicy Tarnowskiej 33, 34-
600 Limanowa (pełnomocnik) oraz Zakład Budownictwa Ogólnego "Moduł"
Bo ena Guzik zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania
odwoławczego o sygn. akt KIO 694/14 po stronie Zamawiającego,
wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Przedsiębiorstwo –
Instalacji Sanitarnych „INSBUD” Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie przy ulicy
Przemysłowej 27, 33-100 Tarnów (pełnomocnik) oraz J. N. Spółka
jawna zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o
sygn. akt KIO 694/14 po stronie Zamawiającego

orzeka:

2

1.

A) Oddala odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Przedsiębiorstwo Instalacji Sanitarnych „INSBUD” Sp.z o.o. z siedzibą w Tarnowie przy ulicy Przemysłowej 27, 33-100 Tarnów (pełnomocnik) oraz J. N..... Spółka jawna (sygn. akt KIO 693/14)

B) Oddala odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Przedsiębiorstwo Wielobran owe „Eltar” Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie przy ulicy Satarodąbrowskiej 20, 33-100 Tarnów (pełnomocnik) oraz „TAD-BUD” Sp. z o.o. (sygn. akt KIO 694/14)

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Przedsiębiorstwo Instalacji Sanitarnych „INSBUD” Sp.z o.o. z siedzibą w Tarnowie przy ulicy Przemysłowej 27, 33-100 Tarnów (pełnomocnik) oraz J. N..... Spółka jawna (sygn. akt KIO 693/14) i wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Przedsiębiorstwo Wielobran owe „Eltar” Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie przy ulicy Satarodąbrowskiej 20, 33-100 Tarnów (pełnomocnik) oraz „TAD-BUD” Sp. z o.o. (sygn. akt KIO 694/14) i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **40 000 zł 00 gr** (słownie: czterdzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez: wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Przedsiębiorstwo Instalacji Sanitarnych „INSBUD” Sp.z o.o. z siedzibą w Tarnowie przy ulicy Przemysłowej 27, 33-100 Tarnów (pełnomocnik) oraz J. N..... Spółka jawna (sygn. akt KIO 693/14) i wykonawców wspólnie ubiegających się o Przedsiębiorstwo zamówienie Wielobran owe „Eltar” Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie przy ulicy Satarodąbrowskiej 20, 33-100 Tarnów (pełnomocnik) oraz „TAD-BUD” Sp. z o.o. (sygn. akt KIO 694/14) tytułem wpisów od odwołań,

2.2 zasądza od wykonawcy wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Przedsiębiorstwo Instalacji Sanitarnych „INSBUD” Sp.z o.o. z siedzibą w Tarnowie przy ulicy Przemysłowej 27, 33-100 Tarnów (pełnomocnik) oraz J. N..... Spółka jawna (sygn. akt KIO 693/14) i wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Przedsiębiorstwo Wielobran owe „Eltar” Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie przy ulicy Satarodąbrowskiej 20, 33-100 Tarnów (pełnomocnik) oraz „TAD-BUD” Sp. z o.o. (sygn. akt KIO 694/14) kwotę **6 945 zł 90 gr** (słownie: sześć tysięcy dziewięćset czterdzieści pięć złotych 90/100), w tym:

3

A) kwotę **3 472,95 gr** (słownie: trzy tysiące czterysta siedemdziesiąt dwa złote 95/100) od wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Przedsiębiorstwo Instalacji Sanitarnych „INSBUD” Sp.z o.o. z siedzibą w Tarnowie przy ulicy Przemysłowej 27, 33-100 Tarnów (pełnomocnik) oraz J. N..... Spółka jawna na rzecz Spółki Komunalnej „Dorzecze Białej” Sp. z o.o. z siedzibą w Tuchowie, przy ulicy Jana III Sobieskiego 69c, 33-170 Tuchów (Sygn. akt: KIO 693/14) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika i kosztów udziału w sprawie,

B) kwotę **3 472,95 gr** (słownie: trzy tysiące czterysta siedemdziesiąt dwa złote 95/100) od wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Przedsiębiorstwo Wielobran owe „Eltar” Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie przy ulicy Satarodąbrowskiej 20, 33-100 Tarnów (pełnomocnik) oraz „TAD-BUD” Sp. z o.o. na rzecz Spółki Komunalnej „Dorzecze Białej” Sp. z o.o. z siedzibą w Tuchowie, przy ulicy Jana III Sobieskiego 69c, 33-170 Tuchów (Sygn. akt: KIO 693/14) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika i kosztów udziału w sprawie

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

Sygn. akt: KIO 693/14
KIO 694/14

UZASADNIENIE

Zamawiający Spółkę Komunalną „Dorzecze Białe” Sp. z o.o. z siedzibą w Tuchowie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego na Budowę sieci wodociągowej i kanalizacyjnej i kanalizacyjnej na terenie gminy Tuchów, Ryglice, Rzepiennik Strzy ewski i Ciężkowice w ramach rozszerzenia zakresu Projektu pod nazwą: „Uporządkowanie Gospodarki Wodno -Ściekowej Zlewni Rzeki Biała w ramach Programu Czysty Dunajec” opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 16 listopada 2013 roku pod numerem 2013/S 223-387588.

7 marca 2012 roku Zamawiający przekazał wykonawcom biorącym udział w postępowaniu informację o wyborze najkorzystniejszej oferty, wskazując, że do realizacji zamówienia wybrał wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego - Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowe "Wolimex" E..... W..... z siedzibą w Limanowej przy ulicy Tarnowskiej 33, 34-600 Limanowa (pełnomocnik) oraz Zakład Budownictwa Ogólnego "Moduł" B..... G..... oraz o odrzuceniu oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Przedsiębiorstwo Wielobranowe „Eltar” Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie przy ulicy Satarodąbrowskiej 20, 33-100 Tarnów (pełnomocnik) oraz „TAD-BUD” Sp. z o.o..

A Sygn. akt KIO 693/14

Odwołującym wniósł odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 roku, poz. 907 ze zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”) czynności i zaniechania dokonania czynności przez Zamawiającego podjętych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego polegających na:

- wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego - Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowe "Wolimex" E..... W..... z siedzibą w Limanowej przy ulicy Tarnowskiej 33, 34-600 Limanowa (pełnomocnik) oraz Zakład Budownictwa Ogólnego "Moduł" B..... G....., zwanych w dalszej części odwołania „Konsorcjum WOLIMEX - MODUŁ” mimo, iż zgodnie z przepisami ustawy oferta ta powinna zostać odrzucona z powodów wskazanych w odwołaniu,

- zaniechaniu wyboru oferty Odwołującego, mimo iż zgodnie z kryteriami oceny ofert

miała przyjętymi przez

Zamawiającego oferta Odwołującego była najkorzystniejsza, gdy najlepszą cenę wśród uczestników postępowania, którzy nie powinni zostać wykluczeni i których oferty nie podlegają odrzuceniu.

- czynności Zamawiającego z dnia 27 marca 2014 roku polegającej na sprostowaniu błędu rachunkowego w cenie zaoferowanej przez Konsorcjum WOLIMEX - MODUŁ niezgodnie z ustawą i podniesienie ceny ofertowej w wyniku tego zabiegu o 2 475 000 złotych, mimo, iż oferty tego Konsorcjum i załączonych do niej dokumentów nie wynikała konieczność poprawienia ceny, jako oczywistej omyłki rachunkowej,

- zaniechania odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Przedsiębiorstwo Wielobranowe „Eltar” Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie przy ulicy Satarodąbrowskiej 20, 33-100 Tarnów (pełnomocnik) oraz „TAD-BUD” Sp. z o.o., zwanych dalej „Konsorcjum ELTAR - TAD BUD” równie z innych powodów niż wskazanych w wyborze oferty najkorzystniejszej, a szczegółowo opisanych w odwołaniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy, których

naruszenie miało istotny wpływ na wynik postępowania, tj:

1. art. 89 ust. 1 pkt) 2 ustawy przez zaniechanie przez Zamawiającego dokonania czynności odrzucenia oferty Konsorcjum WOLIMEX – MODUŁ, mimo tego, i oferta wskazanego nie jest zgodna z SIWZ, gdy :
 - a) nie zawiera opisu materiałów do wbudowania, mimo, i Zamawiający w pkt 20.6 podpunkt c SIWZ wymagał załączenia do oferty opisu materiałów do wbudowania e nie jest mo liwa zgodnie z parametrami

wskazanymi w SIWZ, co powoduje,

oferowanych identyfikacja przedmiotu

świadczenia Konsorcjum w zakresie

materiałów do wbudowania, jego istotnych właściwości, parametrów technicznych, cech użytkowych, i porównania czy faktycznie spełniają zapisy i wymagania Specyfikacji Technicznej,

- b) przedmiot świadczenia Konsorcjum WOLIMEX - MODUŁ w zakresie zaoferowanych do wbudowania materiałów jest niezgodny z Specyfikacją Techniczną Wykonania i Odbiorów Robót Budowlanych, gdy nie spełnia jego wymagań w zakresie kolorystyki płaszcza ochronnego w oferowanych rurach do kanalizacji tłocznej określonych w SST. 01.02 i SST. 01.03.
2. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy oraz 91 ust. 1 ustawy przez naruszenie zasady równego traktowania wykonawców i udzielenie Zamówienia Wykonawcy, który został wybrany z naruszeniem przepisów ustawy i zaniechanie wyboru Odwołującego, którego oferta

6

odpowiada ustawie i jest najkorzystniejsza pod względem przyjętych przez Zamawiającego kryteriów oceny ofert.

3. naruszenie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy przez dokonanie w ofercie Konsorcjum WOLIMEX - MODUŁ zmian skutkujących zwiększeniem ceny ofertowej o 2 475 000,00 złotych będących konsekwencją sprostowania danych w przedmiarze robót (poz. 37) i zestawieniu kosztów w zakresie pozycji numer 37 Zadanie nr 8 „Likwidacja oczyszczalni Ścieków w Zalasowej” w sytuacji, gdy brak było podstaw do sprostowania wskazanej przez Wykonawcę ceny, jako oczywistej omyłki rachunkowej.

Odwołujący wniósł o: unieważnienie czynności wyboru oferty Konsorcjum WOLIMEX - MODUŁ, nakazanie Zamawiającemu dokonanie ponownej oceny ofert i wybór oferty Konsorcjum PIS „INSBUD” sp. z o.o. i J. Niemiec sp.j. jako najkorzystniejszej, w przypadku uwzględnienia odwołania Konsorcjum ELTAR - TAD-BUD, nakazania Zamawiającemu w przypadku ponownego badania i oceny ofert odrzucenia oferty tego Konsorcjum z przyczyn wskazanych w odwołaniu, zasądzenie na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania. Odwołujący posiada interes w wniesieniu odwołania, gdy oferta Konsorcjum ELTAR - TAD-BUD została prawidłowo odrzucona przez Zamawiającego, natomiast w przypadku uwzględnienia odwołania Odwołujący ma szansę na uzyskanie zamówienia.

Odwołujący następująco uzasadnił swoje stanowisko:

Niezgodność oferty WOLIMEX - MODUŁ z pkt. 20.6 ppkt c SIWZ

Odwołujący wskazuje, i oferta Konsorcjum WOLIMEX - MODUŁ powinna zostać odrzucona na podstawie art. 87 ust. 1 pkt 2 ustawy, gdy jej treść jest niezgodna z zapisami SIWZ. Zamawiający w pkt. 20.6. ppkt c. SIWZ wskazał, i kompletna oferta musi zawierać opis materiałów przewidzianych do wbudowania o parametrach zgodnych z SIWZ w tym w szczególności: rury, kształtki, armatura na sieci (w szczególności zasuwy, hydranty), studnie, pokrywy i włazy, przepompownie ściekowe (w szczególności armatura, pompy, szafa sterownicza). W ocenie Odwołującego złoony przez Konsorcjum WOLIMEX - MODUŁ wykaz materiałów do wbudowania nie jest zgodny z wymaganiami Zamawiającego wskazanymi w cytowanym zapisie SIWZ. W pierwszej kolejności należy stwierdzić, i przez opis materiałów należy rozumieć podanie przez Wykonawcę charakterystyki zaoferowanych przez Wykonawcę materiałów w zakresie ich właściwości, parametrów technicznych, wymiarów, cech użytkowych i innych wymogów Specyfikacji Technicznej itd. Zamawiający nie ądał wskazania typu i producenta materiałów do wbudowania, ale ich opisu. Z treści

uzasadnienia wyboru oferty najkorzystniejszej wynika, i Zamawiający przez opis materiałów do wbudowania rozumiał, jako podanie przez Wykonawcę informacji dotyczących przyjętych do wyceny materiałów. Wskazanie jedynie Producenta materiału bez opisu samego materiału nie spełnia wymogów Zamawiającego, tym bardziej, i do oferty nie były załączane inne dokumenty charakteryzujące materiał, np. katalogi producenta, aprobaty techniczne, karty katalogowe itd.. Podanie, przez Wykonawcę, że materiał jest zgodny z wymaganiami SST nie opisuje materiałów, gdy z założeń Zamawiającego wskazanego w pkt. 20. 6. ppkt. C SIWZ opisywane przez Wykonawcę materiały mają być zgodne z parametrami wskazanymi w SIWZ. Podanie przez Wykonawcę jedynie Producenta danego materiału powoduje, że Wykonawca w sposób niedostateczny skonkretyzował swoje świadczenie pod względem przedmiotowym, przez co ta oferta Wykonawcy nie może zostać prawidłowo oceniona przez Zamawiającego pod kątem wymagań Zamawiającego określonych w Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych. Przedstawienie w ofercie jedynie źródła pochodzenia materiału od danego Producenta nie jest dostateczną charakterystyką oferowanego świadczenia. Producenci mogą oferować dany materiał o różnych cechach, właściwościach i parametrach, co oznacza, i podanie w ofercie jedynie Producenta danego materiału bez bliższej charakterystyki materiału nie pozwala na identyfikację świadczenia Wykonawcy. Oferta Wykonawcy powinna być jednoznaczna, konkretna i odpowiadać wymogom SIWZ, czego nie może na przypisać złożonemu przez Konsorcjum WOLIMEX - MODUŁ wykazowi materiałów do wbudowania. Wykaz materiałów z ich opisem, którego domagał się Zamawiający należy traktować, jako część oferty. Konsorcjum WOLIMEX - MODUŁ wskazało w sporządzonym przez siebie wykazie materiałów nazwy Producentów np. RURGAS sp. z o.o. lub hurtowników np. INSTALBUD - SZEPIELAK, przy czym dane te nie stanowią informacji o samym produkcie i nie stanowią charakterystyki produktu, o którym mowa w SIWZ. Wskazać należy, że inni Wykonawcy np. Odwołujący, czy Konsorcjum ELTAR - TAD - BUD w swoich wykazach dokonali pełnego opisu oferowanych materiałów do wbudowania. Zgodnie z orzeczeniem KIO z dnia 27 stycznia 2012 roku, KIO, 82/12 - „Jeżeli zgodnie z treścią SIWZ kiedyś oferowany skonkretyzowany produkt i jego parametry należy przedstawić w specyfikacji technicznej, a składane katalogi (foldery) służyły weryfikacji, co do zgodności parametrów z wymaganiami SIWZ, oferta wykonawcy, który w rzeczywistości nie sprecyzował w kilku pozycjach złożonej specyfikacji technicznej, jakie produkty oferuje - jest niezgodna z treścią SIWZ.” Brak wskazania przez Wykonawcę opisu materiałów w ofercie, zgodnie z wymaganiami Zamawiającego zawartymi w SIWZ powinno skutkować odrzuceniem oferty Konsorcjum WOLIMEX - MODUŁ. Wobec powyższego zarzut w zakresie, niezgodności oferty z treścią SIWZ jest w pełni uzasadniony.

Niezgodność oferty WOLIMEX- MODUŁ z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (zapisami STWiORB)

Oferta Konsorcjum WOLIMEX - MODUŁ powinna zostać odrzucona z powodu jej niezgodności z treścią SIWZ na mocy art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, również z innych względów niżej wskazanych. Sprzeczność treści oferty z treścią SIWZ zachodzi wówczas, gdy przedmiot zaoferowany w ofercie nie odpowiada przedmiotowi zamówienia i rozbieżności te dotyczą istotnych elementów świadczenia, którego domaga się Zamawiający. Oferta Konsorcjum WOLIMEX - MODUŁ w zakresie zaoferowanych rur i kształtek wodociągowych i kanalizacyjnych będących istotną i dominującą częścią zobowiązania Wykonawcy nie odpowiada wymaganiom Zamawiającego dotyczącym przedmiotu Zamówienia. Art. 31 ust. 1 ustawy wskazuje, że przedmiot zamówienia na roboty budowlane Zamawiający opisuje za pomocą specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych. Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu, w Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych określił wymagania, co do materiałów stanowiących przedmiot zamówienia tj. rur i kształtek w zakresie kanalizacji sanitarnej i kanalizacyjnej (SST 01.02 i SST 01.03). W punkcie 2.2.1 SST (01.02) wskazano, że płaszcz ochronny rur - kanalizacja tłoczna winien być z nasyczonego mineralnie polipropylenu w

kolorze brązowym z paskami w innym kolorze, służącymi do identyfikacji płaszcza ochronnego.

Konsorcjum WOLIMEX - MODUŁ w zło onej ofercie zaoferował rury i kształtki do kanalizacji sanitarnej i tłocznej producenta RURGAZ sp. z o.o. wskazując jednocześnie, że spełniają parametry techniczne SST 01.02. Zgodnie z aprobatą techniczną wydaną na rury zaoferowane przez Konsorcjum WOLIMEX - MODUŁ należy stwierdzić, że nie spełniają one wymagań Specyfikacji Technicznej, gdy produkowane są w innej barwie niż wymagał Zamawiający (strona 3 Aprobaty Technicznej). Z tych samych względów niezgodne z Specyfikacją Techniczną (SST 01.03.) są zaoferowane przez Konsorcjum WOLIMEX - MODUŁ rury wodociągowe PE 100- RC spółki RURGAZ sp. z o.o. Rurgaz sp. z o.o. nie produkuje rur o płaszczu ochronnym w barwie niebieskiej. Na tej samej zasadzie, niezgodne z Specyfikacją Techniczną (SST 01.03, SST 01.02) są zaoferowane przez Konsorcjum WOLIMEX - MODUŁ rury spółki PIPLIFE POLSKA S.A., które to w zakresie rur kanalizacyjnych i wodociągowych, zgodnie z aprobatą techniczną ITB nr AT - 15- 8308/2010 nie posiadają pasków w innym kolorze, służących do identyfikacji płaszcza ochronnego, których wymagał Zamawiający. Niezgodność tą należy ocenić, jako niezgodność oferty z

9

treścią SIWZ skutkującą odrzuceniem oferty, zresztą, co należy podnieść, jako istotny argument, Zamawiający w takich kategoriach ocenił zaoferowane przez innego uczestnika przetargu Konsorcjum ELTAR - TAD - BUD materiały - rury na sieci wodociągowej, którego to Konsorcjum oferta została odrzucona, jako niezgodna z SIWZ z uwagi na fakt, że zaoferowane przez niego rury i kształtki nie miały koloru płaszcza ochronnego wskazanego przez Zamawiającego niezgodnie z opisem wskazanym przez Zamawiającego w Specyfikacji Technicznej (patrz: strona 5 przedostatnia zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz odrzuceniu ofert z dnia 27 marca 2014 r.). Niewykluczenie Konsorcjum WOLIMEX - MODUŁ za niezgodność oferty z treścią SIWZ, w sytuacji, gdy oferta Konsorcjum ELTAR - TAD BUD za te same kwestie została odrzucona narusza zasadę równego traktowania Wykonawców.

Zobowiązanie się wykonawcy do świadczenia asortymentu materiałowego w zakresie rur i kształtek polegające na wskazaniu w ofercie asortymentu trzech konkretnych Producentów, należy rozumieć w ten sposób, że Wykonawca na etapie realizacji Umowy, wg. własnego wyboru będzie mógł zastosować wskazane przez siebie materiały tj. wybranego przez siebie Producenta, spośród 3 wskazanych w ofercie, nawet materiały Producenta, które nie spełniają wymogów Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych. Takie rozumienie zobowiązania Konsorcjum WOLIMEX - MODUŁ potwierdza dyrektywa zawarta w art. 140 ust. 1 ustawy, która wprost wskazuje, że zakres świadczenia Wykonawcy wynikający z umowy jest to samo z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie. Zamawiający w takiej sytuacji na etapie badania ofert nie może domniemywać, że wykonawca na etapie realizacji umowy zdecyduje się na zastosowanie materiału zgodnego ze ST, a nie np. materiałów wskazanych w ofercie, ale niespełniających wymagań SIWZ. Zgodnie z zasadą, że Wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego są profesjonalistami, należy przyjmować, że Konsorcjum WOLIMEX - MODUŁ podając w formularzu ofertowym, w opisie przedmiotu świadczenia - materiały pochodzące od 3 różnych producentów działało z pełną świadomością, co do treści zło onego przez siebie oświadczenia woli i że jego zamiarem było stworzenie sobie możliwości świadczenia zamiennie 3 rodzajów rur i kształtek na etapie realizacji zamówienia. Dodatkowo należy wskazać, że Zamawiający nie ma prawa poprawić oferty Wykonawcy przez uznanie, że wiążące są tylko niektóre zaoferowane materiały przez Wykonawcę i tylko te, które spełniają wymagania Specyfikacji Technicznej, pomijając materiały, które nie spełniają tych wymagań z tych przyczyn, że Zamawiający nie może modyfikować samodzielnie treści zobowiązania się Oferenta. Jeżeli Wykonawca zdecydował się na zło one oświadczenia woli określonej treści, zgodnie z zasadą niezmienności oferty wyrażoną w art. 82 ust. 3 ustawy, oferta powinna zostać badana pod

10

kątem jej zgodności z zapisami SIWZ i Specyfikacji Technicznej w takim zakresie, jaki

została złożona. Zgodnie z orzeczeniem KIO z dnia 26 września 2011, KIO 1980/11 - „Omyłki, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), winny mieć taki charakter, by czynności ich poprawy zamawiający mógł dokonać samodzielnie, bez udziału wykonawcy. Z treści oferty powinien wynikać zamiar złożenia przez wykonawcę oferty zgodnej z wymogami SIWZ, a zamawiający na podstawie treści oferty powinien posiadać wszystkie dane niezbędne do dokonania poprawy omyłki, nie ingerując w sposób istotny w treść oferty. Stwierdzenie, że niezgodność oferty z treścią SIWZ nie stanowi omyłki, lecz świadome i celowe działanie, wyklucza zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.” W treści uzasadnienia cytowanego Wyroku wskazano, że wskazanie przez Wykonawcę w ofercie opisu materiałów, które nie spełniają wymogów SIWZ nie stanowi oczywistej omyłki, którą Zamawiający może sprostować bez udziału wykonawcy na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 PZP.

Zarzut nieprawidłowego poprawienia błędu rachunkowego w ofercie WOLIMEX – MODUŁ

W ocenie Odwołującego Zamawiający w sposób niezgodny z zapisami ustawy dokonał sprostowania pozycji w przedmiarze robót spółki Konsorcjum WOLIMEX - MODUŁ poz. 37 Zadanie 8 „Likwidacja oczyszczalni ścieków Zalasowa” (przepustowość 91, 5 m³/d) do wartości 2 500 000,00 złotych i w konsekwencji nieprawidłowo podwyższył wartość ceny ofertowej brutto i netto Konsorcjum WOLIMEX - MODUŁ. Poprawa wskazanej pozycji nie miała uzasadnienia z racji rynkowego charakteru oferowanej ceny, przy której pozycje kosztorysu nie mają znaczenia. Poza tym należy stwierdzić, że błąd rachunkowy polega na omyłkowej czynności rachunkowej, której przeliczenie jest możliwe z innych danych dokumentu i nie powinno budzić wątpliwości, co do tego, że błąd jest wynikiem nieprawidłowego działania arytmetycznego. W zaistniałej sytuacji, nie mamy do czynienia z takim błędem. Poprawa omyłki nie mogła nastąpić bez udziału Wykonawcy z następujących względów. Likwidacja oczyszczalni ścieków Zalasowa została wyceniona przez Konsorcjum w zbiorczym zestawieniu kosztów (Zadanie nr 8) na 25 000 złotych. Należy w tych okolicznościach przyjąć, że błąd jest w cenie jednostkowej netto. Potwierdzają to ceny zaoferowane przez innych wykonawców na tą pozycję przedmiaru. Pozostali wykonawcy na Likwidację oczyszczalni ścieków Zalasowa przeznaczyci następujące kwoty: ELTAR - 50 000,00 złotych, INSBUD - 200 000,00 złotych, MELIOREX - 235 641,00 złotych, MACHNIK - 75 000,00 złotych, PRI GEO Radymno - 200 000,00 złotych, PRID Krosno - 195 074, 14 złotych. Nie bez znaczenia jest fakt, że Zamawiający posiadał dane na temat wartości

11

budowy takich oczyszczalni, które nie mogą być porównywalne do likwidacji. Na podstawie wyników archiwalnych przetargów Spółki Komunalnej Dorzecze Białej, gdzie kontrakt na przebudowę i rozbudowę oczyszczalni ścieków w Bogoniowicach o porównywalnej do oczyszczalni w Zalasowej przepustowości 120m³/d wartość końcowa zamówienia wynosiła 909 725,00 zł natomiast Oczyszczalni ścieków w Ciężkowicach Q=660 m³/d wartość końcowa wynosiła 1 834 719,00 zł Wobec powyższego należy stwierdzić, że zarzuty w stosunku do Konsorcjum WOLIMEX - MODUŁ są w pełni zasadne.

Zarzuty w stosunku do Konsorcjum ELTAR - TAD BUD

Zamawiający powinien odrzucić ofertę Konsorcjum ELTAR - TAD - BUD równie z innych przyczyn niż wskazane w informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej. Odwołujący ma interes prawny w podniesieniu zarzutów w stosunku do Konsorcjum ELTAR - TAD-BUD z uwagi na fakt, że w przypadku jego odwołania od wyboru Zamawiającego z dnia 27 marca 2014 roku i uwzględnienia tego odwołania przez Izbę, Odwołujący przez złożone zarzuty w niniejszej sprawie do oferty Konsorcjum ELTAR - TAD - BUD zapewni sobie, że Zamawiający przy ponownym badaniu i ocenie ofert odrzuci ofertę Konsorcjum ELTAR - TAD - BUD z innych przyczyn niż wskazanych w Wyborze. Oferta Konsorcjum ELTAR - TAD - BUD jest niezgodna z SIWZ, m. in. z Pkt. 20.6. ppkt c z uwagi na fakt, że mimo wymogu Zamawiającego, co do opisu materiałów przeznaczonych do wbudowania: nie określił konkretnego materiału, z którego zostanie wykonana studnia kanalizacyjna PP lub PE fi 1000-800 mm, nie określił konkretnego materiału, z którego zostanie wykonana studnia kanalizacyjna PP lub PE fi 425-315 mm, nie opisał następujących materiałów dla sieci

grawitacyjnej: rury i kształtki PP, studnie rozprężne i do wytrącania energii, w zakresie rur i kształtek PE fi 25-225 mm na sieci wodociągowej nie wskazał klasy rury, grubości ścianek rury, zastosował rury i kształtki z złym kolorem płaszcza ochronnego, zaoferował rury z wkładką metalową, natomiast zgodnie ze zmianą specyfikacji z dnia 6 marca 2014 należało zastosować „rurociągi o średnicach fi 32-63 należy montować z rur PE 100 RC SDR 17 PN 16 bez przewodów metalowych”, wykonawca zaoferował przepompownie ścieków - typ pompy 3 pompownia przydomowa niezgodnie z zapisami SIWZ, w którym usunięto zapis „zakres pracy pompy”, wykonawca niezgodnie z punkt. 20. 6 ppkt B) SIWZ nie złożył zaakceptowanego przez Wykonawcę harmonogramu ramowego. W związku z powyższym Zamawiający, przy ponownej ocenie i badaniu ofert powinien uwzględnić wyżej wskazane zarzuty i na ich podstawie odrzucić ofertę Wykonawcy na podstawie art. 87 ust. 2 pkt. 2 ustawy.

12

B. Sygn. akt KIO 694/14

Na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 roku, poz. 907 ze zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”) Odwołujący wniósł odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy czynności Zamawiającego podjętych w postępowaniu oraz od zaniechania czynności, do których Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy, tj. od: czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu oraz czynności wyboru oferty Konsorcjum firm: PPUH WOLIMEX E..... W....., Limanowa i Zakład Budownictwa Ogólnego „MODUŁ” B..... G....., Gorlice, jako

oferty najkorzystniejszej (dalej

„Konsorcjum WOLIMEX”), czynności odrzucenia

Odwołującego, zaniechania czynności poprawienia w ofercie Odwołującego innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”), niepowodujących istotnych zmian w treści oferty, oraz zaniechania niezwłocznego zawiadomienia o tym Odwołującego, zaniechania czynności udania od Odwołującego wyjaśnień treści złożonej oferty, czynności poprawienia w ofercie Konsorcjum WOLIMEX oczywistej omyłki rachunkowej, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek, zaniechania czynności dokonania wyboru ofert złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego Odwołujący stawia następujące zarzuty:

naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w związku z naruszeniem art. 91 ust. 1 ustawy przez dokonanie wyboru oferty Konsorcjum WOLIMEX jako najkorzystniejszej oferty oraz poprzez zaniechanie dokonania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej oferty

naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w związku z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy poprzez odrzucenie oferty złożonej przez Odwołującego, pomimo i występujące w niej inne omyłki polegające na niezgodności oferty Odwołującego z SIWZ, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty, kwalifikują się do poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy

naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w związku z naruszeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy przez zaniechanie poprawienia w ofercie Odwołującego innych omyłek polegających na niezgodności oferty Odwołującego z SIWZ, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty

naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w związku z naruszeniem art. 87 ust. 1 ustawy poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień treści oferty,

13

zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w związku z naruszeniem art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy poprzez niewłaściwe poprawienie w ofercie Konsorcjum WOLIMEX oczywistej omyłki rachunkowej.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu, aby: dokonał

ponownego badania i oceny oferty zło onych ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważniał czynność odrzucenia oferty Odwołującego, dokonał czynności poprawienia w ofercie Odwołującego innych omyłek polegających na niezgodności oferty Odwołującego z SIWZ, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty, ewentualnie - dokonał uprzednio wezwania do zło enia wyjaśnień treści oferty, unieważniał czynność poprawienia w ofercie Konsorcjum WOU-MEX oczywistej omyłki rachunkowej i dokonał prawidłowego poprawienia oczywistej omyłki rachunkowej.

Odwołujący wskazał, że niewątpliwie jest wykonawcą który ma interes w uzyskaniu przedmiotowego Odwołujący jest zainteresowany udzieleniem mu zamówienia. przedmiotowego zamówienia. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Odwołujący może ponieść szkodę. Gdyby Zamawiający postąpił zgodnie z przepisami ustawy, to dokonałby wszystkich wskazanych powyżej zaniechanych czynności, w szczególności dokonałby w odniesieniu do oferty Odwołującego czynności przewidzianej w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, co skutkowałoby wyborem oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, albowiem oferta Odwołującego jest ofertą z najniższą ceną spośród zło onych ofert. Przez zaniechanie czynności wskazanych w odwołaniu Zamawiający doprowadził zatem do sytuacji, w której Odwołujący może utracić szansę na uzyskanie zamówienia oraz na osiągnięcie zysku, który Odwołujący planował osiągnąć w wyniku jego realizacji (*lucrum cessans*). Powyższe stanowi wystarczającą przesłankę do skorzystania przez Odwołującego ze środków ochrony prawnej przewidzianych w art. 179 ust. 1 ustawy. Odwołujący wskazuje ponadto, że naruszenie wskazanych powyżej przepisów ustawy niewątpliwie może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, a zatem biorąc pod uwagę art. 192 ust. 2 ustawy Krajowa Izba Odwoławcza winna uwzględnić niniejsze odwołanie. Efektem opisanych powyżej zaniechań Zamawiającego może być bowiem uniemożliwienie wyboru oferty Odwołującego, co w istotny sposób wpłynie na wynik postępowania.

Odwołujący następująco uzasadnił swoje stanowisko:

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w związku z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy oraz art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty zło onej przez Odwołującego, pomimo i występujące w niej inne omyłki polegające na

14

niezgodności oferty Odwołującego z SIWZ, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty, podlegają poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, stwierdzić należy co następuje.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Treść powyższego przepisu nie pozostawia zatem wątpliwości, że odrzucenie oferty na jego podstawie nie jest możliwe, jeżeli wprowadzi treść oferty nie odpowiada treści SIWZ, ale niezgodność taką da się usunąć w trybie przewidzianym w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Powyższe nie budzi również wątpliwości w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (powołuje wyrok z dnia 23 lipca 2013 r., sygn. akt KIO 1633/13). Jak wynika z uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego, jej niezgodność z treścią SIWZ ma polegać na rzekomym zaoferowaniu przez Odwołującego innych materiałów na sieć i przyłącza wodociągowe nie wymagane przez Zamawiającego w pkt 2.1 SST 01.03. W tym miejscu Odwołujący podnosi, iż stanowisko Zamawiającego zawarte w uzasadnieniu odrzucenia oferty jest całkowicie bezzasadne. Negatywne dla Odwołującego skutki Zamawiający wywodzi z analizy zło onego wraz z ofertą dokumentu stanowiącego opis materiałów przewidzianych do wbudowania. Dokument ten wymagany był w świetle zmiany treści SIWZ dokonanej pismem z dnia 12.03.2014 r. Abstrahując od kwestii, w jakim charakterze i na jakiej podstawie prawnej Zamawiający ądał zło enia dokumentu stanowiącego Opis materiałów, modyfikując w tym zakresie postanowienia SIWZ, Odwołujący pragnie zauważyć i podkreślić, że oprócz wskazania, jakie materiały mają zostać umieszczone w tym opisie, oraz ądania, by wykaz przybrał formę tabelaryczną Zamawiający nie wprowadził do treści SIWZ żadnych innych postanowień regulujących sposób sporządzenia takiego wykazu. Odwołujący oświadcza - wbrew twierdzeniom Zamawiającego - iż opis materiałów został dołączony do oferty, a wykaz ten zawiera wszystkie wymagane informacje dotyczące materiałów. Konfrontując jednak wykaz materiałów przygotowany przez Odwołującego z wymaganiami SIWZ nie sposób nie

zauważyć, że w treści wykazu nastąpiła omyłka, która zdaniem Odwołującego kwalifikuje się do poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Przesądza o tym następujące okoliczności.

Po pierwsze, Zamawiający w treści SIWZ wskazał wymagania materiałowe dla rurociągów tłocznych kanalizacji ciśnieniowej oraz sieci wodociągowej, cyt.: *SST 01.02 Roboty montażowe, betonowe, przekroczenia przeszkód terenowych - kanalizacja sanitarna 2.2 Rury i kształtki - kanalizacja tłoczna Rury i kształtki wykonane z materiału o najwyższej odporności względem powolnej propagacji pęknięć podlegającemu stałej kontroli jakości. Rury odporne na skutki zarysowań i nacisków punktowych potwierdzone wynikami badań akredytowanego Instytutu Badawczego, wynik >8760h (akredytacja zgodna z DIN EN*

15

ISO/IEC 17025). Płaszcz ochronny winien być z nasyconego mineralnie polipropylenu w kolorze brązowym z paskami w innym kolorze, służącymi do identyfikacji płaszcza ochronnego. Rury dopuszczone do stosowania w metodzie bezwykopowego montażu rurociągów, zgodna z PAS 1075 Typ 3. Między płaszczem, a rurą winny znajdować się fabrycznie wmontowane elementy metalowe, które spełniać mają funkcję detekcji rurociągu, lokalizację awarii na sieci oraz umożliwić lokalizację uszkodzenia rury po wykonaniu w technice bezwykopowego montażu. SST 01.03 Roboty montażowe, betonowe, przekroczenia przeszkód terenowych - sieć wodociągowa 2.1 Rury i kształtki wodociągowe. Rury i kształtki wykonane z materiału o najwyższej odporności względem powolnej propagacji pęknięć podlegającemu stałej kontroli jakości. Rury odporne na skutki zarysowań i nacisków punktowych potwierdzone wynikami badań akredytowanego Instytutu Badawczego, wynik >8760h (akredytacja zgodna z DIN EN ISO/IEC 17025). Płaszcz ochronny winien być z nasyconego mineralnie niebieskiego polipropylenu z paskami w innym kolorze, służącymi do identyfikacji płaszcza ochronnego. Rury dopuszczone do stosowania w metodzie bezwykopowego montażu rurociągów, zgodna z PAS 1075 Typ 3. Między płaszczem, a rurą winny znajdować się fabrycznie wmontowane elementy metalowe, które spełniać mają funkcję detekcji rurociągu, lokalizację awarii na sieci oraz umożliwić lokalizację uszkodzenia rury po wykonaniu w technice bezwykopowego montażu. Porównując opisy znajdujące się w „Wykazie materiałów przewidzianych do wbudowania zgodnie z parametrami SIWZ” (strona 7 oferty, poz. 1 oraz strona 8 oferty, poz. 1) należy stwierdzić, i do poz. 1 na stronie 8 oferty omyłkowo skopiowano opis z poz. 1 strona 7 oferty. Omyłka ta powstała w trakcie przygotowywania oferty, kiedy używając edytora tekstu Microsoft Word 2007 do przygotowania tabelarycznego wykazu materiałów omyłkowo skopiowano opisane przez Zamawiającego wymagania w ten sposób, że w miejsce opisu przewodów wodociągowych „wklejono” opis dla przewodów kanalizacyjnych ciśnieniowych. Porównanie cytowanych wyżej postanowień SIWZ dowodzi, iż różnicą w opisach wymagań dla tych rurociągów jest kolor zewnętrznego płaszcza, który dla wodociągów Zamawiający ustalił jako niebieski a dla przewodów kanalizacyjnych jako brązowy. W ocenie Odwołującego powyższe niezgodności stanowią nic innego jak właśnie inne omyłki, polegające na niezgodności oferty Odwołującego z SIWZ, niepowodujące jednak istotnych zmian w treści oferty, a zatem nadające się do poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Po drugie, Zamawiający w toku badania oferty Odwołującego całkowicie zignorował fakt, iż w złożonym wraz z ofertą kosztorysie ofertowym Odwołujący zaoferował i wycenił prawidłowe materiały. Niezasadne jest zatem wskazane w uzasadnieniu odrzucenia oferty

że przyjął inny niż oczekuje tego „przypuszczenie” Zamawiającego, wykonawca

16

Zamawiający materiał. Wskazać należy, że we wszystkich pozycjach kosztorysowych dotyczących sieci wodociągowej (poz. 19-25, 59-76, 114-119, 141-157) Odwołujący zarówno odesłał prawidłowo do wymagań Specyfikacji Technicznych, w Szczegółowych szczególności do kwestionowanej przez Zamawiającego SST 01.03., jak i wyszczególnił prawidłowe materiały. Z kosztorysu ofertowego wynika więc, że Odwołujący do budowy sieci wodociągowej zastosował i wycenił zupełnie inne materiały (i po innych cenach) niż do budowy kanalizacji sanitarnej. Fakt ten obala wprost przypuszczenia Zamawiającego co do faktycznego zaoferowania przez Odwołującego innego rodzaju materiału przyjętego na rury

(magistrala wodociągowa i sieci rozdzielcze) czy te innego przeznaczenia rur bądź niewłaściwego koloru płaszcza ochronnego. przez Odwołującego w Zastosowane kosztorysie ofertowym materiały są więc właściwe i dowodzą i w wykazie stanowiącym opis materiałów mamy do czynienia jedynie z omyłką polegającą na dwukrotnym wklejeniu w ró nych pozycjach tabeli identycznych fragmentów opisu. Znamienny przy tym jest fakt, i sam Zamawiający na adnym etapie postępowania nie miał zastrze eń do prawidłowości sporządzonego przez Odwołującego kosztorysu ofertowego. Nale y zwrócić uwagę, i uzasadnienie odrzucenia oferty w ogóle nie nawiązuje do kosztorysu ofertowego, który jest dokumentem wskazującym, jaki przedmiot zamówienia i za jaką cenę zaoferował Odwołujący. Tym samym, wyciąganie negatywnych dla Odwołującego skutków w postaci odrzucenia oferty tylko i wyłącznie w oparciu o Wykaz materiałów, w którego treści znalazła się nieistotna omyłka, z zupełnym pominięciem kosztorysu ofertowego, jest działaniem nieuprawnionym. Oceniając dopuszczalność poprawienia ww. omyłki uznać nale y, e ma ona charakter nieistotny (powołał wyrok KIO z dnia 26 marca 2013 r., sygn. akt KIO 554/13). Bez wątpienia poprawienie opisu jednej pozycji (poz. 1, str. 8 oferty) i dostosowanie go do wymagań pkt 2.1 SST 01.03 nie zniekształca oświadczenia woli Odwołującego, tym bardziej, e wolą Odwołującego było zło enie oferty o treści zgodnej z treścią SIWZ. Odwołujący pragnie zwrócić uwagę na jeszcze jedną okoliczność. Otó w świetle orzecznictwa Krajowej lzby Odwoławczej za omyłkę nieistotną uznaje się taką omyłkę, której poprawienie nie prowadzi do zmiany w rankingu ofert, w szczególności gdy poprawiona oferta pozostaje ofertą najkorzystniejszą. Na powy sze lzba wskazała w szeregu swoich wyroków, m.in. w wyroku z dnia 1 lutego 2012 r., sygn. akt: KIO 140/12, KIO 142/12; wyroku z dnia 13 września 2012 r., sygn. akt: KIO 1821/12. Poprawienie omyłek w ofercie Odwołującego nie będzie miało adnego wpływu na cenę oferty - pozostanie ona niezmienniona. Tym samym nie zmieni się równie to, e oferta Odwołującego jako oferta z najni szą ceną jest w przedmiotowym postępowaniu ofertą najkorzystniejszą. Zatem tak e z tego względu poprawienie oferty Odwołującego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy uznać nale y za w pełni dopuszczalne. Mając powy sze na uwadze Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu

17

poprawienia w ofercie Odwołującego innych omyłek polegających na niezgodności oferty Odwołującego z SIWZ, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty, poprzez poprawienie opisu poz. 1, str. 8 oferty, dostosowując go do opisu wymagań pkt 2.1 SST 01.03.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w związku z naruszeniem art. 87 ust. 1 ustawy przez zaniechanie wezwania Odwołującego do zło enia wyjaśnień treści oferty, nale y stwierdzić, co następuje.

Nie mo na się zgodzić z twierdzeniem Zamawiającego jakoby „na obecnym etapie nie było mo liwości wyjaśnienia treści zło onej przez Odwołującego oferty w sposób nie naruszający przepisu art. 87 ust 1 ustawy” (powołał: wyrok KIO z dnia 23 lipca 2013 r. sygn. akt. KIO 1619/13) Zamawiający w ogóle nie podjął działania w zakresie próby wyjaśnienia treści oferty Odwołującego pomimo faktu, i dysponował w ofercie zarówno kosztorysem ofertowym, który sam uznał za prawidłowy, jak i zło onym w pkt 4.2) Formularza Oferty oświadczeniem woli Odwołującego, e wykona całość przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami SIWZ za cenę przyjętą w zło onej ofercie. Ponadto nale y dodać, e z brzmienia przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy w aden sposób nie wynika, e poprawek dokonanych na jego podstawie nie mo na poprzedzić zwróceniem się do wykonawcy o udzielenie koniecznych wyjaśnień. Równie w orzecznictwie Krajowej lzby Odwoławczej nie budzi wątpliwości, e Zamawiający mo e się zwrócić do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień w celu poprawienia w jego ofercie omyłek w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Szerokie rozwa nia w tym zakresie zawiera wyrok KIO z dnia 20 stycznia 2012 r., sygn. akt: KIO 42/12. W świetle przytoczonych powy ej orzeczeń nie ma zatem adnych przeszkód, aby poprawiając omyłki w ofercie Odwołującego Zamawiający oparł się na wyjaśnieniach, jakich udzieliłby mu Odwołujący w toku badania zło onych ofert.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w związku z naruszeniem art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy poprzez niewłaściwe poprawienie w ofercie Konsorcjum WOLIMEX oczywistej omyłki

Zgodnie z wymaganiami pkt 20.6 a) SIWZ, wykonawca wraz z ofertą winien złożyć wypełniony załącznik - przedmiar robót. Jak wynika z udostępnionej Odwołującemu dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia, Zamawiający pismem z dnia 27.03.2014 r. działając na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych dokonał w wybranej ofercie poprawienia oczywistej omyłki rachunkowej, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek. Tak dokonana

18

czynność Zamawiającego, w świetle treści oferty Konsorcjum WOUDEX, budzi zasadnicze zastrzeżenia i narusza powołane wyżej przepisy ustawy. Mianowicie, w kosztorysie ofertowym wybranego wykonawcy, w pozycji 37 Zadanie 8: Likwidacja istniejącej oczyszczalni ścieków Zalasowa, wskazano cenę jednostkową netto 2 500 000,00 zł, zaś jako wartość netto całej pozycji kwotę 25 000 zł. Zdaniem Odwołującego, mając na uwadze zakres i rzeczywistą wartość prac do wykonania, związanych z likwidacją istniejącej oczyszczalni ścieków Zalasowa, za nieuprawnione należy uznać zachowanie Zamawiającego, polegające na zakwalifikowaniu takiej właśnie rozbieżności w kwotach w sposób dokonany pismem z 27.03.2014 r. W ocenie Odwołującego, realną wartością za wykonane prace jest kwota 25 000 zł, wskazana przez Konsorcjum WOUDEX w podsumowaniu pozycji kosztorysu ofertowego (wartość poz. 37 w ofercie Odwołującego to 50 000 zł, a więc kwota pięćdziesięciokrotnie niższa niż wartość, na którą Zamawiający

z skorygował ten zakres

prac w ofercie konkurencyjnej). Podkreślić przy tym należy, iż dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia nie wynika, aby tak daleko idąca rozbieżność kwot była przedmiotem jakichkolwiek wyjaśnień pomiędzy Zamawiającym a wykonawcą. W związku z powyższym, jeżeli w ogóle dopuszczalne jest uznanie, iż w takim stanie faktycznym mamy do czynienia z oczywistą omyłką rachunkową to winna ona podlegać poprawieniu w taki sposób, iż ta kwota 25 000 zł winna zostać uznana za prawidłową w kontekście faktycznej wartości prac do wykonania w zadaniu nr 8. W związku z powyższym, zasadne jest, aby Zamawiający unieważnił czynność z dnia 27.03.2014 r. i dokonał poprawienia w ofercie Konsorcjum WOLIMEX oczywistej omyłki rachunkowej w taki sposób, że cena jednostkowa netto poz. 37 (Zadanie 8) wynosząca 2 500 000,00 zł po poprawieniu wynosić będzie 25 000 zł, a cena całkowita tej oferty nie ulegnie zmianie.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w związku z naruszeniem art. 91 ust. 1 ustawy poprzez dokonanie wyboru oferty Konsorcjum WOLIMEX jako najkorzystniejszej oferty oraz poprzez zaniechanie dokonania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej oferty, wskazać należy, co następuje.

Przedmiotowy zarzut jest konsekwencją uprzednio podniesionych zarzutów odwołania. Zdaniem Odwołującego nierówne traktowanie wykonawców i brak prowadzenia postępowania z poszanowaniem zasad uczciwej konkurencji przejawia się przede wszystkim odmiennym i nieuzasadnionym podejściem Zamawiającego przy ocenie oferty Odwołującego i oferty WOLIMEX, co zostało opisane przy poszczególnych zarzutach. W kontekście całej sprawy należy zauważyć, że z jednej strony Zamawiający dokonuje odrzucenia oferty Odwołującego, zawierającej najniższą cenę spośród złożonych ofert, kwestionując jedynie jej

19

fragment (jedną pozycję wykazu materiałów), nie dostrzegając w nim omyłki oraz pomijając fakt prawidłowości kosztorysu ofertowego Odwołującego, z drugiej strony w sposób nieuprawniony dokonuje wyboru oferty WOLIMEX jako najkorzystniejszej, w której jako oczywistą omyłkę rachunkową widzi kwotę realną zwiększając jej wartość pięćdziesięciokrotnie, a w konsekwencji podwyższając cenę całkowitą oferty o kwotę ponad 3 mln zł. Opisane w niniejszym odwołaniu działania i zaniechania Zamawiającego stanowią w ocenie Odwołującego, o naruszeniu przez Zamawiającego zasad wyrażonych w art. 7 ust. 1 i 3 ustawy.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania oraz uczestników postępowania odwoławczego na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W zakresie obu odwołań o sygnaturach akt KIO 693/14 i KIO 694/14:

Izba ustaliła, że nie została wypełniona adna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 roku, poz. 907 ze zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołań. Odwołania zostały złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w ustawowych terminach oraz zostały przekazane ustawowym terminie kopie odwołań Zamawiającemu, co potwierdził na posiedzeniu Zamawiający.

Izba ustaliła, że w przypadku każdego z odwołań, zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy* - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie oraz stanowiska i oświadczenia Stron i uczestników postępowania odwoławczego złożone ustnie do protokołu.

20

Izba dopuściła dowody złożone przez uczestnika postępowania odwoławczego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego - Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowe "Wolimex" E..... W..... z siedzibą w Limanowej przy ulicy Tarnowskiej 33, 34-600 Limanowa (pełnomocnik) oraz Zakład Budownictwa Ogólnego "Modul" B..... G.....:

(dowód nr 1) dwie strony opisu własnego producenta, aneks nr 1 do aprobaty – technicznej ITB AT-15-8194/2014, certyfikaty w języku niemieckim i angielskim z załączonymi dwoma tłumaczeniami, atest higieniczny, świadectwo odbioru, deklaracje zgodności (6 sztuk),

– (dowód nr 2) Oświadczenie producenta Pipelife Polska S.A. dotyczące zgodności posiadanych materiałów, z wymaganiami zwanymi z SST,

(dowód nr 3) Oświadczenie Egeplast Polska Sp. z o.o. i P.P.H.U. Centro-Wod – potwierdzające spełnienie wymagań zamawiającego przez produkowane.

Zamawiający złożył *Odpowiedź na odwołanie* do sprawy o sygn. akt KIO 693/14 i *Odpowiedź na odwołanie* do sprawy o sygn. akt KIO 694/14.

Uczestnik postępowania odwoławczego wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego - Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowe "Wolimex" E..... W..... z siedzibą w Limanowej przy ulicy Tarnowskiej 33, 34-600 Limanowa (pełnomocnik) oraz Zakład Budownictwa Ogólnego "Modul" B..... G..... złożył do spraw sygn. akt KIO 693/14 *Pismo procesowe Przystępującego* oraz do sprawy o sygn. akt KIO 694/14 *Pismo procesowe Przystępującego*.

Uczestnik postępowania odwoławczego wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie Przedsiębiorstwo Wielobranowe „Eltar” Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie przy ulicy Satarodąbrowskiej 20, 33-100 Tarnów (pełnomocnik) oraz „TAD-BUD” Sp. z o.o. złożył do spraw sygn. akt KIO 693/14 *Pismo procesowe Przystępującego*.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu zgłaszających przystąpienie po stronie Zamawiającego do postępowania odwoławczego w sprawie o **sygn. akt KIO 693/14** wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego - Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowe "Wolimex" E..... W..... z siedzibą w Limanowej przy ulicy Tarnowskiej 33, 34-600 Limanowa (pełnomocnik) oraz Zakład

Budownictwa Ogólnego "Moduł" B..... G..... oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Przedsiębiorstwo Wielobranowe „Eltar” Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie przy ulicy Satarodąbrowskiej 20, 33-100 Tarnów (pełnomocnik) oraz „TAD-BUD”

21

Sp. z o.o. . W sprawie o **sygn. akt KIO 694/14** wykonawcy wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego - Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowe "Wolimex" E..... W..... z siedzibą w Limanowej przy ulicy Tarnowskiej 33, 34-600 Limanowa (pełnomocnik) oraz Zakład Budownictwa Ogólnego "Moduł" B..... G..... wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Przedsiębiorstwo Instalacji Sanitarnych „INSBUD” Sp.z o.o. z siedzibą w Tarnowie przy ulicy Przemysłowej 27, 33-100 Tarnów (pełnomocnik) oraz J. N..... Spółka jawna. W trakcie posiedzenia Izby z udziałem Stron stwierdzono, po pierwsze, e Zamawiający – zgodnie z art. 185 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych - *Zamawiający przesyła niezwłocznie, nie później niż w terminie 2 dni od dnia otrzymania, kopię odwołania innym wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a jeżeli odwołanie dotyczy treści ogłoszenia o zamówieniu lub postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zamieszcza ją również na stronie internetowej, na której jest zamieszczone ogłoszenie o zamówieniu lub jest udostępniana specyfikacja, wzywając wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego* - przesłał wszystkim wykonawcom informację o wpłynięciu odwołań w sprawach sygn. akt KIO 693/14 oraz KIO 694/147 w dniu kwietnia 2014 roku; po drugie, e zgłoszenia przystąpienia wpłynęły w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, zgłaszający przystąpienie wskazali Stronę, po której zgłosili przystąpienie i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Strony, do której zgłosili przystąpienie. Zgłoszenie przystąpienia doręczono Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej, a kopia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu, co Strony postępowania odwoławczego oświadczyły na posiedzeniu.

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759 z późn. zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), *Izba uwzględniła odwołanie, jeżeli stwierdziła naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia*. Izba dokonawszy oceny zarzutów podniesionych w odwołaniach sygn. akt KIO 693/14 i KIO 694/14, biorąc pod uwagę stanowiska Stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego przedstawione na rozprawie oraz dokumentację postępowania, uznała, e adne z odwołań nie podlega uwzględnieniu.

W zakresie zarzutów w stosunku do oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego - Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowe "Wolimex" E..... W..... z siedzibą w Limanowej przy ulicy

22

Tarnowskiej 33, 34-600 Limanowa (pełnomocnik) oraz Zakład Budownictwa Ogólnego "Moduł" B..... G..... (dalej Konsorcjum Wolimex)

Opis materiałów do wbudowania.

Izba ustaliła, e Zamawiający pismem z dnia 20 marca 2014 roku wprowadził do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wymaganie przez dodanie podpunktu „c” w IDW w pkt 20.6 o treści: *Opis materiałów przewidzianych do wbudowania o parametrach zgodnych z SIWZ, w tym w szczególności: rury, kształtki, armatura na sieci (w szczególności zasuwy, hydranty), studnie, pokrywy i włazy, przepompownie ścieków (w szczególności armatura, pompy szafa sterownicza). Wykonawca sporządzi wykaz w formie tabelarycznej.*

Izba uznała, w świetle postanowień SIWZ, e Zamawiający nie zastrzegł sposobu przedstawienia informacji w opisie materiałów do wbudowania zastrzegając jedynie tabelaryczną formę tego dokumentu. Znamionym w tym miejscu jest fakt, e wykonawcy również realizowali obowiązek przedstawienia opisu materiałów do wbudowania bądź to przez przekopiowanie do własnego opisu treści ze Szczegółowej Specyfikacji Technicznej (dalej: SST), tworzyli własne opisy na bazie SST lub te odnieśli się w tabeli do SST 01.03 i 01.02. Konsorcjum Wolimex sporządziło opis materiałów do wbudowania przez odniesienie

się do poszczególnych pozycji SST, nie uczyniło żadnych wyjątków, zastrzeżeń bądź innego rodzaju wyłączeń. Dokument złożył przez Konsorcjum Wolimex w zasadzie jest to samą z innymi opisami materiałów do wbudowania polegającymi na przepisaniu treści SST (tak jak w ofercie Konsorcjum Insbud), Konsorcjum Wolimex powołało źródło, w którym znajduje się szczegółowy opis materiałów. W zasadzie, uwzględniając fakt, że Zamawiający nie określił w jaki sposób ma być sporządzony opis materiałów do wbudowania, mógł on przybrać każdą formę. W szczególności Zamawiający nie określił czy wykonawcy w opisie mieli podać producenta materiałów czy też przytaczać parametry techniczne przewidzianych do wbudowania materiałów, w zasadzie Zamawiający nie określił niczego poza tym, że opis ma nie zdefiniował. Opis materiałów do być sporządzony w formie

tabeli, której również

wbudowania złożył przez Odwołującego w swej treści odwoływał się do SST na materiały jak wskazuje na materiały jakie zamierza stosować wykonawca. W ocenie Izby nie doszło do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Wolimex z uwagi na brak opisu materiałów do wbudowania, ponieważ Konsorcjum Wolimex zamieściło taki opis w zło onej ofercie, a w obliczu niezamieszczenia przez Zamawiającego wymagań co do opisu należy uznać, że każdy sposób który pozwala na identyfikację

nie można mówić o naruszeniu materiałów jest właściwy. Należy

wykazać również,

zasady z art. 7 ust. 1 ustawy tj. równego traktowania wykonawców ponieważ Zamawiający w sposób jednakowy dokonał oceny opisów materiałów w złożonych ofertach –

23

w szczególności należy wskazać na dokonanie przez Zamawiającego oceny opisu materiałów do wbudowania złożonego w ofercie Odwołującego (odwołujący przekopiował treść SST a Konsorcjum Wolimex odniosło się do punktów z SST).

W zakresie niezgodności przedmiotu zaoferowanego przez Konsorcjum Wolimex z wymaganiami Zamawiającego w zakresie koloru płaszcza ochronnego oferowanych rur do kanalizacji tłocznej określonych w SST 01.02 i 01.03 zarzut jest niezasadny. Odwołujący wskazał, choć nie było to wymagane przez Zamawiającego kilku producentów w poszczególnych wierszach opisu materiałów do wbudowania. Odwołujący wskazuje, w zakresie rur i kształtek do kanalizacji sanitarnej i tłocznej (SST 01.02) producenta RURGAS Sp. z o.o., że nie spełniają one wymagań Specyfikacji Technicznej gdy produkowane są w innej barwie niż wymagał Zamawiający – kolorze brązowym z paskami w innym kolorze, powołuje w tym miejscu Aprobata Techniczną. Po pierwsze należy wskazać, że Odwołujący kształtuje swoją argumentację w oparciu o wskazanych przez Odwołującego w opisie materiałów do wbudowania producentów materiałów, które będą służyć realizacji zamówienia. Zaznaczyć należy, że Zamawiający nie wymagał podania informacji w zakresie producentów materiałów. Konsorcjum Wolimex wskazało trzech producentów: Egeplast polska Sp. z o.o., Pipelife Polska S.A. oraz Rurgaz. Zgodnie z oświadczeniami (dowód nr 3 i 2) złożonymi na rozprawie przez Konsorcjum Wolimex pochodzącymi od Egeplast polska Sp. z o.o., PPHU Centro-Wód I..... S..... (dostawca materiałów producenta Rurgaz Sp z o.o.) oraz Pipelife Polska S.A. producenci i dostawca wskazują, że materiały spełniają wymagania określone w SST. Zgodnie przedstawionymi dokumentami przez Odwołującego stanowiącym deklarację zgodności (6 szt.) oraz pisma Konsorcjum Wolimex wynika, że Rurgaz Sp. z o.o. posiada rury z dodatkowym płaszczem ochronnym PP w kolorze brązowym z 4 zielonymi paskami i umieszczonymi 2 przewodami metalowymi służącymi do detekcji i wykrywania uszkodzeń (RC Maxiprotect PP-d). Niezależnie od powyższego Odwołujący nie wykazał, że wszyscy ze wskazanych producentów nie spełniają wymagań określonych w SST dla ww. materiału.

W zakresie rur kanalizacyjnych i wodociągowych (SST 01.03, 01.02) odwołujący wskazał, że rury kanalizacyjne i wodociągowe producenta Pipelife Polska S.A. nie posiadają pasków w innym kolorze, służących do identyfikacji płaszcza ochronnego, których wymagał Zamawiający. Konsorcjum Wolimex przedstawił oświadczenie Pipelife Polska S.A. zawierające informację o zgodności materiałów z wymaganiami Zamawiającego, wskazując również, że aproba nie zawiera wymagania co do oznaczenia rur paskiem. Jednocześnie należy zaznaczyć, że dla poszczególnych pozycji w opisie materiałów do wbudowania Konsorcjum Wolimex podało po kilku różnych producentów w wierszach zawierających wyspecyfikowanie rur (wiersz 1, 2, 8) zgodnie ze wskazanymi odniesieniami do SST 01.03,

01.02. tym samym Odwołujący nie wykazał, że wszyscy ze wskazanych producentów nie spełniają wymagań określonych w SST dla ww. materiału.

Poprawa błędu rachunkowego.

W zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy w ocenie Izby, Zamawiający nie naruszył ww. przepisu i uprawniony był do dokonanych czynności poprawy oczywistej omyłki rachunkowej. Należy wskazać, że błąd polegał na błędnym dokonaniu działania arytmetycznego przemnożenia ceny jednostkowej zaproponowanej przez Konsorcjum Wolimex dla danej jednostki przedmiarowej przez ilość jednostek w pozycji 37. Zamawiający konsekwentnie w ofertach złożonych w postępowaniu dokonywał poprawy w zakresie obliczeń przez przemnożenie jednostki miary i ceny jednostkowej, w tym również w ofercie Konsorcjum Wolimex jak i w ofercie Odwołującego. Poprawa oczywistej omyłki rachunkowej jest obowiązkiem Zamawiającego, którego nie może on pominąć. Nie znajduje uzasadnienia odwołanie się przez Odwołującego do cen zawartych w innych ofertach oraz do wartości innych podobnych usług. Zamawiający wskazał na § 22 wzoru umowy zgodnie z którym „wskazana cena (cena ofertowa) jest iloczynem cen jednostkowych wskazanych przez Wykonawcę w ofercie”. W ocenie Izby charakter popełnionego błędu w ofercie Konsorcjum Wolimex wpisuje się w charakter błędu rachunkowego o jakim mowa w wymienionym wyżej przepisie a podany we wzorze umowy mechanizm wyliczenia wskazuje na mechanizm wyliczenia ceny oferty.

W zakresie zarzutów w stosunku do wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie
Przedsiębiorstwo Wielobranowe „Eltar” Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie przy ulicy
Satarodąbrowskiej 20, 33-100 Tarnów (pełnomocnik) oraz „TAD-BUD”
Sp. z o.o. (dalej: Konsorcjum Eltar)

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 przez odrzucenie oferty Konsorcjum Eltar mimo, że występują w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności treści oferty z treścią SIWZ Izba uznała za niezasadny. Izba uznała za niezasadny również zarzut niewiezwania Konsorcjum Eltar do złożenia wyjaśnień treści złożonej oferty. Ustawa zobowiązując Zamawiających zgodnie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy do odrzucenia oferty o ile jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jednakże odrzucenie oferty, biorąc pod uwagę dodatkowo zastrzeżenie jakie uczynił ustawodawca, nie może nastąpić z powodów formalnych, błahych nie wpływających na treść złożonej oferty oraz nie może nastąpić, gdy Zamawiający ma możliwość poprawienia błędów jakie zawiera oferta. Wskazać należy, że o zgodności treści oferty z treścią SIWZ przesądza

ich porównanie. (porównaj: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 30 marca 2010 roku sygn. akt KIO/UZP 228/10). Niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia należy oceniać z uwzględnieniem pojęcia oferty zdefiniowanego w art. 66 Kodeksu cywilnego, czyli niezgodności oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami Zamawiającego w odniesieniu do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia – w przedmiotowym postępowaniu, w złożonej ofercie przez Konsorcjum Eltar występuje niezgodność materiałów do wbudowania wskazanych w punkcie 1 na stronie 8 opisu materiałów do wbudowania w stosunku do SST. Zamawiający wskazał w piśmie 27 marca 2014 roku, że *wskazane przez Wykonawcę w ofercie parametry dotyczące materiału przewidzianego na budowę sieci wodociągowej, są sprzeczne z zapisami wskazanymi w pkt 2.1. w SST 01.03. w szczególności w zakresie: a. rodzaju materiału przyjętego na rury – na magistralę wodociągową i sieci rozdzielcze należy stosować rury o rdzeniu z PE 100 RC zgodnie z DIN 8074/8075, DIN EN 12201, klasy SDR 11 PN 16, b. przeznaczenia rur – rury przeznaczone na wodę, c. koloru płaszcza ochronnego, który winien być z nasyczonego mineralnie niebieskiego polipropylenu z paskami w innym kolorze, służącym do identyfikacji płaszcza ochronnego*. Izba podkreśla, że należy mieć na uwadze, że niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia – która to stanowi obligatoryjną przesłankę odrzucenia oferty z postępowania o udzielenie zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy – zachodzi, gdy zawartość merytoryczna złożonej w danym postępowaniu oferty nie odpowiada pod względem przedmiotu zamówienia albo sposobu

wykonania przedmiotu zamówienia lub innych ukształtowanych przez Zamawiającego i zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymaganiom. Obowiązkiem wykonawcy przystępującego do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest złożenie oferty zgodnej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (porównaj: wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 10 lipca 2008 roku sygn. akt V Ca 1109/08). Odzwierciedleniem znajomości wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a tym samym wymagań Zamawiającego co do przedmiotu zamówienia, sposobu jego realizacji jest złożona w postępowaniu o udzielenie zamówienia oferta. Opis materiałów do wbudowania w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia stanowi niewątpliwie ofertę wykonawcy i nie jest zgodny z wymaganiami Zamawiającego. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, stanowi szczególną formę prowadzącą do zawarcia umowy w sprawie realizacji danego zamówienia, kreowane jest przez obowiązujące przepisy prawa dla tej dyscypliny i zobowiązuje tymi przepisami wszystkich uczestników tego systemu. Szczególna regulacja postępowań o udzielenie zamówienia publicznego zobowiązuje Zamawiających do takiego działania oraz korzystania z praw jakie przypisuje mu ustawa, które to działanie doprowadzi do obiektywnie najkorzystniejszego rozstrzygnięcia

26

postępowania, a działanie takie zapewni jednocześnie poszanowanie zasad prawa zamówień publicznych oraz interesów wszystkich uczestników procesu udzielania zamówień publicznych. Odwołujący wskazał w odwołaniu na naruszenia przez Zamawiającego art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy z uwagi na zaniechanie przez Zamawiającego dokonania poprawy omyłek w treści oferty Odwołującego. Zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Zamawiający zobowiązany jest do poprawy w ofercie innych omyłek niż te, o których mowa w art. 87 ust. 1 i 2 ustawy, które polegają na niezgodności treści oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia i nie powodują istotnych zmian w treści oferty. Szczególny charakter tego przepisu wskazuje, że jego stosowanie musi mieć pewne granice, które są wyznaczone koniecznością zachowania zasady przejrzystości i jawności postępowania oraz koniecznością równego traktowania wszystkich wykonawców (porównaj: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 13 stycznia 2009 roku sygn. akt KIO/UZP 1516/08). Charakter tych omyłek, niezależnie od ich skomplikowania, powinien pozwalać na dokonanie przez Zamawiającego samodzielnej poprawy, w którą to czynność poprawy nie będzie ingerował wykonawca. Nieistotność lub istotność zmiany treści oferty w wyniku dokonania poprawy oceniana powinna być każda dorazowo w zakresie danego postępowania i danej oferty, bowiem sam ustawodawca posługując się nieostrym określeniem owych omyłek wskazał na konieczność odniesienia owej czynności do konkretnego stanu faktycznego (porównaj: wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z 23 kwietnia 2009 roku sygn. akt XII Ga 102/09). Niewątpliwie treść oferty zawiera istotne postanowienia, które zawierać będzie umowa czyli w szczególności postanowienia dotyczące przedmiotu zamówienia i ceny, ale oczywiście katalog ten jest otwarty i nie ma możliwości jego jednoznacznego zdefiniowania (porównaj: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 20 stycznia 2009 roku sygn. akt KIO/UZP 11/09; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 13 stycznia 2009 roku sygn. akt KIO/UZP 11516/08; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 17 marca 2009 roku sygn. akt KIO/UZP 246/09). Izba uznała za niezasadne argumenty Odwołującego odnoszące się do odwołania do kosztorysu ofertowego oraz odwołanie się do cen zaoferowanych w poszczególnych pozycjach kosztorysu za dane materiały bowiem kosztorys ofertowy przygotowany jest przez Zamawiającego i treść jest określona przez Zamawiającego a wykonawca podaje jedynie ceny, tym samym nie ma wpływu na inne treści tam określone; po drugie odwołanie się do cen w poszczególnych wierszach kosztorysu ofertowego dla kanalizacji sanitarnej powoduje jedynie potwierdzenie stanowiska Zamawiającego, ponieważ ceny zaoferowane są różne przez wykonawcę co wskazuje na niemożliwość jakiegokolwiek odniesienia się Zamawiającego do treści oferty. W świetle powyższych ustaleń oraz uwzględniając charakter postępowania Izba uznała, że Zamawiający prawidłowo odrzucił ofertę Konsorcjum Eltar a stanowisko takie znajduje odzwierciedlenie w orzeczeniu Sądu Okręgowego w Krakowie, w którym czytamy: *Artykuł 87*

27

ofert z powodu błahych pomyłek, dopuszcza poprawienie niedopatrzeń, błędów niezamierzonych, opuszczeń, drobnych różnic itp. lecz wszystkie te zmiany muszą mieścić się w pojęciu "omylki". (wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z 29 stycznia 2010 roku sygn. akt XII Ga 429/09). Nie jest uprawnionym dokonywanie przez Zamawiającego jedynie zmian w opisie, mających na celu dostosowanie oferty doądań Zamawiającego zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Czynność poprawy omyłek w świetle art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy prowadzi do zmiany treści oferty, jednakże charakter tych omyłek musi być taki, że sam Zamawiający jest w stanie dokonać tej poprawy. W tym przypadku Zamawiający nie mógł stwierdzić, że treść oświadczenia wykonawcy podlega poprawie – poprawa sprowadzałaby się do dostosowania oferowanego przez Odwołującego przedmiotu do potrzeb Zamawiającego, czyli do rzeczywistej zmiany przedmiotu oferowanego. Ewentualne złożenie wyjaśnień, w realiach rozpoznawanej sprawy, sprowadzałoby się do złożenia „nowego” oświadczenia przez wykonawcę, oświadczenia zgodnego z SST lecz sprzecznego z treścią złożonej oferty.

W zakresie innych podstaw odrzucenia oferty Konsorcjum Eltra
Za orzeczeniem KIO z dnia 30 stycznia 2014 roku sygn. akt KIO 71/14 *Zarzut to zespół okoliczności faktycznych i prawnych – w postępowaniu o udzielenie zamówienia – czynność lub zaniechanie zamawiającego oraz ich uzasadnienie faktyczne i prawne. Zarzuty jakie stawia Odwołujący winny być sformułowane w sposób precyzyjny, ze wskazaniem konkretnych postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz przepisów ustawy, które potwierdzają wskazane podstawy prawne zarzutu. W rozpoznawanym odwołaniu Konsorcjum Insbud nie sformułowało zarzutu w zakresie oferty Konsorcjum Eltar. Wskazać należy, że zarzuty prawne podane przez Odwołującego konkretyzują się przez podanie kwestionowanych czynności Zamawiającego lub zaniechania czynności przez Zamawiającego, odniesienie się w uzasadnieniu do konkretnych regulacji SIWZ oraz przez konkretne wskazanie pozycji, treści w ofercie, które nie są zgodne z SIWZ. W rozpoznawanej sprawie Odwołujący nie określił zarzutu w sposób umożliwiający uznanie go za zarzut, nie skonkretyzował również tego zarzutu w uzasadnieniu odwołania, nie podał podstawy prawnej oraz nie określił postanowień SIWZ, które w jego ocenie naruszył Zamawiający. Odwołanie powinno zawierać przedstawienie zarzutów, wniosek co do rozstrzygnięcia odwołania oraz uzasadnienie faktyczne i prawne odwołania – niemniej najistotniejszym z elementów odwołania są zarzuty, to one stanowią uzewnętrzniony przez odwołującego katalog naruszeń dokonanych przez Zamawiającego i są niezbędne aby możliwe było skargenie podejmowanych decyzji Zamawiającego. Celem postępowania*

28

odwoławczego, jest szybkie reagowanie na podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu czynności lub zaniechania czynności oraz ich korekta w przypadku stwierdzenia ich wadliwości, jednakże jest to możliwe, gdy zarzuty określone przez Odwołującego oraz uzasadnienie zarzutów zawierają co najmniej minimum, o którym mowa powyżej co pozwoli na rozpoznanie odwołania – w rozpoznawanej sprawie z uwagi na brak określenia zarzutu oraz ogólne, nieodnoszące się do SIWZ uzasadnienie niemożliwym jest rozpoznanie kwestionowanych przez Odwołującego czynności Zamawiającego.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy - *Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia* - Izba nie stwierdzała dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie innych, niż określone w SIWZ kryteriów oceny ofert. Odwołujący nie podniósł żadnych okoliczności faktycznych wskazujących na nieprawidłowość dokonania oceny ofert w kontekście ustalonych kryteriów oceny ofert, czyli zastosowania bądź niezastosowania przez Zamawiającego ustalonych kryteriów oceny ofert.

Wykonawcy biorący udział w postępowaniu, składający oferty mają prawo oczekiwać, że złożone przez nich oferty zostaną ocenione zgodnie z wyartykułowanymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymaganiami oraz na podstawie ustawy w poszanowaniu zasad udzielania zamówień publicznych a Zamawiający wykona ciążące na nim ustawowe obowiązki, gwarantując tym samym zabezpieczenie interesów uczestników procesu udzielania zamówień publicznych. W świetle powyższych ustaleń Izba uznała, iż działanie

Zamawiającego było zgodne z obowiązującymi przepisami i nie naruszało zasad zamówień publicznych w tym w szczególności podnoszonych przez Odwołującego zasad równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji oraz zasady udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy tj. zasad określonych w art. 7 ust. 1 i 3 ustawy. Zasada równego traktowania wykonawców, jak podniósł to Sąd Okręgowy w Bydgoszczy *oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania, bez stosowania przywilejów, ale takich środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości. Jej przestrzeganie polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji, nie zaś na jednakowej ocenie wykonawców* (porównaj: Postanowienie Sądu Okręgowego w Bydgoszczy z 17 marca 2008 roku sygn. akt VIII Ga 22/08). Zasada równego traktowania wykonawców wskazuje więc na obowiązek jednakowego traktowania wykonawców bez ulg i przywilejów zaś zasada zachowania uczciwej konkurencji związana jest z obowiązkami jakie nakłada ustawodawca na Zamawiającego w czasie przygotowania i przeprowadzenia

29

postępowania o udzielenie zamówienia w tym dokonania rzetelnej oceny ofert (porównaj: Wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z 22 kwietnia 2008 roku sygn. akt X Ga 25/08). Zasada udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy określona w art. 7 ust. 3, uwzględniając znaczenie powyżej przywołanych zasad oraz racjonalność przepisów, dotyczy zakazu dokonywania cesji praw lub przejęcia długów na rzecz podmiotów lub przez podmioty nieuczestniczące w postępowaniu o zamówienie publiczne. Tym samym Zamawiający, wywodząc to z zasady legalizmu działania Zamawiającego, zobowiązany jest do udzielenia zamówienia wykonawcy, który uczestniczył w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz został wybrany zgodnie z przepisami ustawy.

W świetle powyższych ustaleń w przedmiotowej sprawie, Izba uznała, iż działanie Zamawiającego było prawidłowe i nie naruszyło regulacji art. 7 ust 1 i 3, art. 87 ust. 1, art. 87 ust. 3 pkt 2 i 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, tym samym Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia odwołań.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 3 pkt. 1 i § 6 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). Izba zasądziła koszty poniesione przez Zamawiającego z tytułu reprezentacji oraz udziału w sprawie w ten sposób, że obciąża nimi w częściach równych Odwołujących.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

.....

30