

Sygn. akt: KIO 2749/11

KIO 2756/11

KIO 2763/11

WYROK
z dnia 10 stycznia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Paweł Trojan

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **5 stycznia 2012 r.** w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia **30.12.2011 r.** do łącznego rozpoznania, wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A w dniu **23.12.2011 r.** przez wykonawcę **SAFEGE S.A, Parc de l'Île, 15/27 rue du Port 92000, Nanterre, Francja** (adres do korespondencji – SAFEGE S.A. Oddział w Polsce, ul. Solec 22, 00-410 Warszawa) (sygn. akt KIO 2749/11),

B. w dniu **23.12.2011 r.** przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum **MGGP S.A (Lider konsorcjum), ul. Kaczkowskiego 6, 33-100 Tarnów, AYESA POLSKA Spółka z o.o., ul. Tkacka 55, 70-556 Szczecin oraz AGUAY ESTRUCTURAS (AYESA S.A), ul. Marie Curie 2, Isla de la Cartuja, 41092 Sewilla, Hiszpania** (adres do korespondencji MGGP S.A., ul. Kaczkowskiego 6, 33-100 Tarnów) (sygn. akt KIO 2756/11),

1

C. w dniu **23.12.2011 r.** przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum **TPF Spółka z o.o., ul. Szyszkowa 34, 02-285 Warszawa, EGIS Poland Spółka z o.o., ul. Puławska 182, 02-670 Warszawa oraz Sener Spółka z o.o., ul. Żelazna 28/30, 00-832 Warszawa** (adres do korespondencji TPF Spółka z o.o., ul. Szyszkowa 34, 02-285 Warszawa) (sygn. akt KIO 2763/11)

w ramach postępowania prowadzonego przez Zamawiającego - **Miasto Łódź, ul. Piotrkowska 104, 90-926 Łódź, PKP Polskie Koleje Państwowe S.A., ul. Szczęśliwicka 62, 00-973 Warszawa oraz PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa** (zamawiający upoważniony – PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa) w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Nadzór nad modernizacją linii kolejowych na odcinku Łódź Widzew – Łódź Fabryczna wraz z budową węzła multimodalnego przy dworcu Łódź Fabryczna” (znak sprawy IRZRh-0815-POLiŚ 7.1-24.2-01/2011)

A (KIO 2749/11)

przy udziale wykonawcy **ILF Consulting Engineers Polska Spółka z o.o., ul. Postępu 15B, 02-676 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2749/11 po stronie Zamawiającego;

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum **TPF Spółka z o.o., ul. Szyszkowa 34, 02-285 Warszawa, EGIS Poland Spółka z o.o., ul. Puławska 182, 02-670 Warszawa oraz Sener Spółka z o.o., ul. Żelazna 28/30, 00-832 Warszawa** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2749/11 po stronie Zamawiającego;

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum **Grontrij Polska Spółka z o.o., ul. Ziębicka 35, 60-164 Poznań oraz Lafrentz Polska Spółka z o.o., ul. Zbąszyńska 29, 60-359 Poznań** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2749/11 po stronie Odwołującego;

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum

MGGP S.A (Lider konsorcjum), ul. Kaczkowskiego 6, 33-100 Tarnów, AYESA POLSKA Spółka z o.o., ul. Tkacka 55, 70-556 Szczecin oraz AGUAY ESTRUCTURAS (AYESA S.A), ul. Marie Curie 2, Isla de la Cartuja, 41092 Sewilla, Hiszpania zgłaszających swoje

2

przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2749/11 po stronie Odwołującego;

B. (KIO 2756/11)

przy udziale wykonawcy **ILF Consulting Engineers Polska Spółka z o.o., ul. Postępu 15B, 02-676 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2756/11 po stronie Zamawiającego;

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum **MGGP S.A (Lider konsorcjum), ul. Kaczkowskiego 6, 33-100 Tarnów, AYESA POLSKA Spółka z o.o., ul. Tkacka 55, 70-556 Szczecin oraz AGUAY ESTRUCTURAS (AYESA S.A), ul. Marie Curie 2, Isla de la Cartuja, 41092 Sewilla, Hiszpania** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2756/11 po stronie Zamawiającego;

przy udziale wykonawcy **SAFEGE S.A, Parc de l'Île, 15/27 rue du Port 92000, Nanterre, Francja** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2756/11 po stronie Odwołującego;

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum **Grontmij Polska Spółka z o.o., ul. Ziębicka 35, 60-164 Poznań oraz Lafrentz Polska Spółka z o.o., ul. Zbąszyńska 29, 60-359 Poznań** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2756/11 po stronie Odwołującego;

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum **Scott Wilson Spółka z o.o. (po zmianie firmy URS Polska Spółka z o.o.), ul. Rejtana 17, 02-516 Warszawa oraz URS Scott Wilson Ltd, Scott House, Alencon Link, Basingstoke, Hampshire RG21 7 PP, Wielka Brytania** (reprezentowany przez URS Scott Wilson Ltd Spółka z o.o. Oddział w Polsce, ul. Rejtana 17, 02-516 Warszawa) zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2756/11 po stronie Odwołującego;

C. (KIO 2763/11)

przy udziale wykonawcy **ILF Consulting Engineers Polska Spółka z o.o., ul. Postępu 15B, 02-676 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2763/11 po stronie Zamawiającego;

3

przy udziale wykonawcy **SAFEGE S.A, Parc de l'Île, 15/27 rue du Port 92000, Nanterre, Francja** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2763/11 po stronie Odwołującego;

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum **Grontmij Polska Spółka z o.o., ul. Ziębicka 35, 60-164 Poznań oraz Lafrentz Polska Spółka z o.o., ul. Zbąszyńska 29, 60-359 Poznań** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2763/11 po stronie Odwołującego;

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum **MGGP S.A (Lider konsorcjum), ul. Kaczkowskiego 6, 33-100 Tarnów, AYESA POLSKA Spółka z o.o., ul. Tkacka 55, 70-556 Szczecin oraz AGUAY ESTRUCTURAS (AYESA S.A), ul. Marie Curie 2, Isla de la Cartuja, 41092 Sewilla, Hiszpania** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2763/11 po stronie Odwołującego

orzeka:

A. uwzględnia odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 2749/11 i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, nakazuje unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego, nakazuje dokonanie w ofercie Odwołującego poprawienia omyłki na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp i nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego oraz powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

B. uwzględnia odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 2756/11 i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, nakazuje unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego, nakazuje dokonanie w ofercie Odwołującego poprawienia omyłki na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp i nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego oraz powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

4

C. uwzględnia odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 2763/11 i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, nakazuje unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego i nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego oraz powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

2. Kosztami postępowania obciąża:

A. w zakresie odwołania o sygn. akt KIO 2749/11 Zamawiającego – Miasto Łódź, ul. Piotrkowska 104, 90-926 Łódź, PKP Polskie Koleje Państwowe S.A., ul. Szczęśliwicka 62, 00-973 Warszawa oraz PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa (zamawiający upoważniony – PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa);

B. w zakresie odwołania o sygn. akt KIO 2756/11 Zamawiającego - Miasto Łódź, ul. Piotrkowska 104, 90-926 Łódź, PKP Polskie Koleje Państwowe S.A., ul. Szczęśliwicka 62, 00-973 Warszawa oraz PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa (zamawiający upoważniony – PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa);

C. w zakresie odwołania o sygn. akt KIO 2763/11 Zamawiającego - Miasto Łódź, ul. Piotrkowska 104, 90-926 Łódź, PKP Polskie Koleje Państwowe S.A., ul. Szczęśliwicka 62, 00-973 Warszawa oraz PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa (zamawiający upoważniony – PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa) i nakazuje:

1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpisy w wysokości 45 000 zł 00 gr (słownie: czterdzieści pięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczone przez Odwołujących się, w tym:

A wpis w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez wykonawcę **SAFEGE S.A., Parc de l'Île, 15/27 rue du Port 92000, Nanterre, Francja (sygn. akt KIO 2749/11),**

B wpis w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum **MGGP S.A (Lider konsorcjum), ul. Kaczkowskiego 6, 33-100 Tarnów, AYESA POLSKA Spółka z o.o., ul. Tkacka 55, 70-556 Szczecin oraz AGUA Y ESTRUCTURAS (AYESA S.A.),**

5

ul. Marie Curie 2, Isla de la Cartuja, 41092 Sewilla, Hiszpania (sygn. akt KIO 2756/11),

C wpis w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych i zero groszy) uiszczony przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum **TPF Spółka z o.o., ul. Szyszkowa 34, 02-285**

**Warszawa, EGIS Poland Spółka z o.o., ul. Puławska 182, 02-670
Warszawa oraz Sener Spółka z o.o., ul. Żelazna 28/30, 00-832 Warszawa
(sygn. akt KIO 2763/11).**

2)

- A** dokonać wpłaty kwoty 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) przez Zamawiającego - **Miasto Łódź, ul. Piotrkowska 104, 90-926 Łódź, PKP Polskie Koleje Państwowe S.A., ul. Szczęśliwicka 62, 00-973 Warszawa oraz PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa** (zamawiający upoważniony – PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa) na rzecz wykonawcy **SAFEGE S.A., Parc de l'Île, 15/27 rue du Port 92000, Nanterre, Francja** stanowiącej uzasadnione koszty z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika;
- B** dokonać wpłaty kwoty 18 681 zł 20 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset osiemdziesiąt jeden złotych i dwadzieścia groszy) przez Zamawiającego - **Miasto Łódź, ul. Piotrkowska 104, 90-926 Łódź, PKP Polskie Koleje Państwowe S.A., ul. Szczęśliwicka 62, 00-973 Warszawa oraz PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa** (zamawiający upoważniony – PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa) na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum **MGGP S.A. (Lider konsorcjum), ul. Kaczkowskiego 6, 33-100 Tarnów, AYESA POLSKA Spółka z o.o., ul. Tkacka 55, 70-556 Szczecin oraz AGUA Y ESTRUCTURAS (AYESA S.A.), ul. Marie Curie 2, Isla de la Cartuja, 41092 Sewilla, Hiszpania** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu od odwołania, kosztów dojazdu na posiedzenie oraz wynagrodzenia pełnomocnika;
- C** dokonać wpłaty kwoty 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) przez Zamawiającego - **Miasto Łódź, ul. Piotrkowska 104, 90-926 Łódź, PKP Polskie Koleje Państwowe S.A., ul. Szczęśliwicka 62, 00-973 Warszawa oraz PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa** (zamawiający upoważniony – PKP Polskie Linie

6

Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa) na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum **TPF Spółka z o.o., ul. Szyszkowa 34, 02-285 Warszawa, EGIS Poland Spółka z o.o., ul. Puławska 182, 02-670 Warszawa oraz Sener Spółka z o.o., ul. Żelazna 28/30, 00-832 Warszawa** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika;

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

Przewodniczący:

.....

7

Uzasadnienie

do wyroku z dnia 10 stycznia 2012 r. w sprawie KIO 2749/11, KIO 2756/11 i KIO 2763/11

Zamawiający – **Miasto Łódź, ul. Piotrkowska 104, 90-926 Łódź, PKP Polskie Koleje Państwowe S.A., ul. Szczęśliwicka 62, 00-973 Warszawa oraz PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa** (zamawiający upoważniony – PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Nadzór nad

modernizacją linii kolejowych na odcinku Łódź Widzew – Łódź Fabryczna wraz z budową węzła multimodalnego przy dworcu Łódź Fabryczna" (znak sprawy IRZRh-0815-POLiŚ 7.1-24.2-01/2011).

Szacunkowa wartość zamówienia jest większa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 15.09.2010 r. Zamawiający przekazał do publikacji ogłoszenie Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich.

W dniu 21.09.2010 r. ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w suplemencie do Dz. U. UE pod numerem ogłoszenia 2010/S 181-294975.

Sygn. akt KIO 2749/11

W dniu 14.12.2011 r. Zamawiający przekazał Odwołującemu informację o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego;

Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23.12.2011 r. przez wykonawcę SAFEGE S.A. w ramach którego Odwołujący zarzucił Zamawiającemu zaniechania obejmujące:

1. badanie spełniania warunków udziału w postępowaniu, ocenę ofert i odrzucenie oferty Odwołującego,
2. wybór jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy ILF Consulting Engineers Polska Sp. z o.o., ul. Postępu 15B, 02-676 Warszawa.

W ocenie Odwołującego powyższe czynności Zamawiającego naruszają:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez błędne jego zastosowanie i odrzucenie oferty Odwołującego jako nieodpowiadającej treści SIWZ

8

2. art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie jego zastosowania i zaniechanie dokonania poprawy oferty Odwołującego w zakresie omyłki polegającej na niezgodności oferty z treścią SIWZ niepowodującą istotnych zmian w treści oferty.

3. a w ich wyniku naruszenia zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania Wykonawców określonych w art. 7 ustawy Pzp oraz innych przepisów wskazanych w uzasadnieniu.

Zarzucając Zamawiającemu wskazane uchybienia Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania,
2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności badania i oceny ofert,
3. nakazanie unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
4. nakazanie dokonania ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego

W uzasadnieniu wskazał, że w dniu 14.12.2011 r., Odwołujący otrzymał od Zamawiającego faksem informację o wyniku oceny ofert w postępowaniu, odrzuceniu oferty Odwołującego i wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy ILF Consulting Engineers Polska Sp. z o. o. Po zapoznaniu się z uzasadnieniem faktycznym odrzucenia oferty stwierdził, że Zamawiający naruszył przepisy ustawy dokonując ww. czynności w zakresie objętym petitum odwołania i jego uzasadnienia.

W pierwszej kolejności Odwołujący zwrócił uwagę na fakt, iż Zamawiający w uzasadnieniu wskazał na okoliczność, w której (...) Wykonawcy byli zobligowani do przedstawienia ceny w swojej ofercie w Formularzu Ofertowym, Załączniku A do Formularza Ofertowego oraz w Rozbiciu Ceny Ofertowej („RCO”). Z powyższych zapisów SIWZ, w sposób nie budzący wątpliwości wynika, że obowiązkiem Wykonawców było złożenie wraz z ofertą Rozbicia Ceny Ofertowej (...).

Odwołujący wraz z Formularzem ofertowym przedłożył Załącznik A do formularza oferty, w którym uzupełnił wskazane pozycje o szczegółowe rozbiecie zaoferowanej ceny. Z racji bowiem sformułowanego powyżej zapisu SIWZ nic nie wskazywało na okoliczność, że oprócz rozbiecia cenowego zawartego w Załączniku A wykonawca powinien załączyć dodatkowy dokument zawierający de facto informacje, które zostały już przez niego wskazane w Załączniku A, co potwierdza okoliczność, iż wzór takowego załącznika nie został przez Zamawiającego wyspecyfikowany w Instrukcji Dla Wykonawców wraz z innymi

obowiązkowymi oświadczeniami i załącznikami.

Ponadto jak uzasadnia Zamawiający (...) Wymóg przedstawienia ceny przez Wykonawcę w RCO miał na celu wskazanie cen za pełnienie nadzoru w odniesieniu do poszczególnych Zamawiających przy konieczności zachowania procentowego rozbicia ceny ofertowej na poszczególnych Zamawiających (...). W tym formularzu Zamawiający określił

9

bowiem procentowe rozbicie prac w stosunku do każdego z Zamawiających, tj. odpowiednio: dla PKP PLK S.A. - 77,0868%, dla PKP S.A. - 2,8020%, dla Miasta Łódź łącznie 20,1112%. Wobec powyższego oferty, które nie zawierają RCO, zostały odrzucone zgodnie z art. 89. ust. 1 pkt 2 Ustawy „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (...)”. Zostało wskazane, że w niniejszym postępowaniu powyższego wymogu nie spełniły następujące oferty: 1, 2, 4, 5, 6, 7 i 8.

W uzasadnieniu zostało wskazane, że takie działanie wobec faktu, że Zamawiający sam narzucił procentowe rozbicie ceny w odniesieniu do poszczególnych Zamawiających, ma za zadanie jedynie dokonanie działań matematycznych w oparciu o dane, które zostały wskazane przez wykonawcę w ofercie, co też zostało przez Odwołującego dokonane w Załączniku A. W przypadku kiedy Zamawiający sam dokonał podziału procentowego ceny ofertowej, dodatkowe wyliczanie w odrębnym bliżej niesprecyzowanym załączniku byłoby, w ocenie Odwołującego, działaniem pozbawionym sensu i znaczenia, skoro wykonawcy zobowiązani są do świadczenia usługi w ramach przedmiotowego zamówienia zgodnie z dokumentacją postępowania.

Ponadto Zamawiający odkrywając omyłkę w wyliczeniu procentowym Odwołującego w Załączniku A zamiast dokonać poprawienia jej w oparciu o niezbędne dane, które posiadał (tj. cena oferty i rozbicie procentowe dla poszczególnych zamawiających) na mocy art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, zaniechał jego zastosowania i odrzucił jego ofertę.

Zdaniem Odwołującego należy również wskazać, że zgodnie z zastrzeżeniem zawartym w pkt 1 Rozbicia Ceny Ofertowej „Kwoty wskazane przez wykonawcę w formularzu Rozbicia Ceny Ofertowej muszą być zgodne z procentowym rozbiem ceny ofertowej określonym przez Zamawiającego”.

Wymóg uwzględnienia procentowej wartości robót przypadających na każdego z Zamawiających nie został zachowany przez Wykonawców, którzy złożyli Oferty Nr: 1, 2, 4, 5 i 6. Jak wynika z przeliczeń kwot wartości ceny oferty, dokonanych przez Zamawiającego (w oparciu o złożony wraz z ofertą Załącznik A do formularza ofertowego - całkowita cena Ofertowa) wymóg procentowego rozbicia ceny na poszczególnych Zamawiających, nie został uwzględniony we wskazanych ofertach.

Jak wskazał Odwołujący warto zauważyć, iż w przedmiotowym postępowaniu wpłynęło 8 ofert, spośród których 7 zostało odrzuconych przez Zamawiającego z tego samego powodu, co Odwołujący. W wyniku takiego działania Zamawiający wybrał ofertę o prawie 8 000 000,00 zł droższą od najtańszej oferty złożonej w przedmiotowym postępowaniu.

W ocenie Odwołującego działanie Zamawiającego było bezprawne, bowiem w sytuacji, w której stwierdził nieprawidłowości w ofercie Odwołującego, polegające na niezastosowaniu podziału procentowego ceny, który został przez niego narzucony, powinien

10

dokonać jej poprawienia, do czego zobowiązuje go ustawa Pzp. W tym bowiem przypadku dokonana poprawka w ofercie Odwołującego w żadnym stopniu nie miałaby wpływu na treść samej oferty, jej istotne elementy tj. cena i zakres usługi, będącej przedmiotem zamówienia.

W dalszej części uzasadnienia zostało wskazane, że instytucja przewidziana w art. 87 ust. 2 ustawy Pzp służy udzieleniu zamówienia wykonawcy, który złożył ofertę najkorzystniejszą i ma eliminować sytuacje, w których z powodu nieistotnych omyłek, odrzucane byłyby oferty gwarantujące realizacją zamówienia zgodnie z SIWZ. Intencją ustawodawcy w zakresie wskazanego przepisu było umożliwienie udzielenia zamówienia wykonawcom, którzy złożyli oferty obarczone nieistotnymi wadami, będącymi wynikiem różnego rodzaju omyłek, które nie prowadzą do istotnych zmian w treści oferty – nie zniekształcają w znaczącym stopniu oświadczenia woli wykonawcy ubiegającego się o

zamówienie. Z przepisu tego zdaje się wynikać ogólny zamiar ustawodawcy dopuszczenia do oceny w postępowaniu wszystkich ofert, nawet tych, które zawierają różnego rodzaju niedoskonałości, byleby tylko nie prowadziło to do zniekształcenia woli wykonawcy w zakresie istotnej części jego oferty.

Skoro korekta na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp jest możliwa do wykonania samodzielnie przez Zamawiającego, Zamawiający nie może się od jej przeprowadzenia uchylić. Tak samo jak przy stwierdzeniu omyłek rachunkowych, zamawiający ma obowiązek dokonać poprawnych wyliczeń bez względu na ich zakres rzeczowy, mimo że obowiązkiem wykonawcy jest poprawne arytmetycznie wyliczenie ceny oferty.

Następnie Odwołujący wskazał, że w odróżnieniu od oczywistej omyłki pisarskiej, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp omyłka rachunkowa ma charakter oczywisty, nie tylko wtedy, gdy jest widoczna na pierwszy rzut oka. Tę cechę można przypisać wyłącznie omyłkom dotyczącym prostych działań na małych liczbach. Dla uznania, że omyłka rachunkowa ma charakter oczywisty, wystarczający jest fakt jej ustalenia podczas sprawdzania obliczeń zgodnie z podanym przez zamawiającego sposobem obliczenia ceny oferty oraz możliwość jej jednoznacznego stwierdzenia

Jak wskazał Odwołujący taka argumentacja znajduje odzwierciedlenie w wyroku KIO z dnia 23 marca 2011 r. w sprawie o sygn. akt KIO 522/11. W orzecznictwie, tak Izby, jak sądów powszechnych, ukształtował się pogląd, iż odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp zamawiający może dokonać jedynie w sytuacji, gdy niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji ma charakter merytoryczny oraz niemożliwy do usunięcia. O niezgodności o charakterze merytorycznym można mówić w sytuacji, gdy zaoferowane przez wykonawcę świadczenie nie odpowiada opisanym w specyfikacji wymaganiom zamawiającego w szczególności, co do zakresu, ilości, jakości warunków realizacji. Niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia ma

11

charakter nieusuwalny w sytuacji, gdy nie można dokonać jej na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Przywołany przepis nakazuje zamawiającemu poprawienie w ofercie innych, niż wskazane w art. 87 ust. 2 pkt 1 i 2 Pzp omyłki pisarskie i rachunkowych o oczywistym charakterze, omyłek polegających na niezgodności oferty z treścią SIWZ, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty. Zdaniem Odwołującego podkreślić trzeba, że czynność poprawiania oferty ma charakter obligatoryjny i zamawiający nie może uchylić się od jej wykonaniu. Norma zawarta w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp ma charakter nieostry i oceny. Jednak w okresie obowiązywania przywołanego przepisu orzecznictwo Izby wypracowało pogląd, zgodnie z którym właściwym punktem odniesienia przy ocenie dopuszczalności dokonania poprawy jest odniesienie dokonanej poprawy do całości oferowanego przez wykonawcę świadczenia. W ocenie Odwołującego sama okoliczność, że zmiana miałaby dotyczyć elementów przedmiotowo istotnych umowy (*essentialia negotii*) lub elementów uznanych za istotne przez zamawiającego, a nawet fakt, że skutkiem dokonanej poprawy miałaby być zmiana ceny oferty, nie stanowi okoliczności uzasadniającej odstąpienie przez zamawiającego od dokonania poprawy. Poprawienia oferty zamawiający jest zobowiązany dokonać w szczególności wtedy, gdy sposób w jaki ma być dokonana poprawa wynika z innych elementów składających się na ofertę.

W dalszej części uzasadnienia zostało wskazane, że tak ukształtowana interpretacja art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp realizuje cel zamierzony przez ustawodawcę. *Ratio legis* przywołanego przepisu jest wyłączenie możliwości odrzucenia ofert z powodu błahych uchybień w jej treści.

W przypadku wielu postępowań na treść oferty składa się wiele dokumentów - gdy przedmiotem zamówienia są roboty budowlane - częstokroć kosztorysy o licznych pozycjach. Mnogość danych powoduje, że możliwość popełnienia błędu jest wysoce prawdopodobna. Błędy te następują częstokroć z powodu przeoczenia, skutkiem uwarunkowań technicznych programu komputerowego wykorzystywanego przez wykonawcę lub ujęcia wartości jednej pozycji w cenie innej pozycji z nią związanej. Każda ze wskazanych sytuacji może mieć charakter omyłki, podlegającej ocenie na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Jak wskazał Odwołujący ustawodawca dał możliwość korekty uznając, że celem postępowania o udzielenie zamówienia nie jest dokonanie wyboru oferty najbardziej poprawnej formalnie, lecz dokonanie wyboru oferty z najniższą ceną lub oferty przedstawiającej najkorzystniejszy

bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia (oferty najkorzystniejszej ekonomicznie). Skoro ustawodawca dał w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp możliwość zmiany oferty w jej merytorycznym aspekcie, to tym bardziej uzasadnione jest powołanie się na ten przepis w przypadku usunięcia wewnętrznych sprzeczności tkwiących w ofercie. Podkreślić też trzeba, zdaniem Odwołującego, że zamawiający żądając złożenia

12

licznych załączników do oferty powielających te same dane w różnym ujęciu, zwiększył ryzyko popełnienia błędu przez wykonawców.

W ocenie Odwołującego zarzut odwołania znalazł potwierdzenie. Zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, gdyż odrzucił ofertę odwołującego, w sytuacji, gdy na podstawie informacji zawartych w kosztorysie szczegółowym mógł dokonać jej poprawienia, zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Nie można też pominąć, że odrzucenia oferty zamawiający winien dokonać jedynie w sytuacji, gdy w sposób nie budzący wątpliwości ustalił, że jest ona dotknięta nieusuwalną wadą. W okolicznościach sprawy zamawiający był uprawniony do tego, aby przez uzyskanie wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 Pzp wyjaśnić przyczynę powstałych nieścisłości. Odstępując od ich uzyskania zamawiający, w ocenie Odwołującego, naruszył art. 87 ust. 1 Pzp.

W wyniku naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, co może prowadzić do powstania po stronie Odwołującego szkody, w przypadku utrzymania decyzji Zamawiającego w mocy. W przypadku prawidłowego działania Zamawiającego jego oferta, jako najkorzystniejsza cenowo miałaby największą szansę na to aby w wyniku powtórzenia oceny ofert została wybrana jako najkorzystniejsza.

Tym samym Odwołujący wskazał, że posiada interes w złożeniu odwołania, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, a utrzymanie w mocy rozstrzygnięcia Zamawiającego prowadzi do możliwości powstania szkody po stronie Odwołującego.

Sygn. akt KIO 2756/11

W dniu **14.12.2011 r.** Zamawiający przekazał Odwołującemu informację o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego;

Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **23.12.2011 r.** w odniesieniu do następujących czynności:

- 1) odrzucenia przez Zamawiającego w postępowaniu oferty złożonej przez Konsorcjum, pomimo że brak było podstaw do odrzucenia tej oferty, gdyż oferta ta zgodna jest z treścią SIWZ,
 - 2) wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę ILF Consulting Engineers Polska Sp. z o.o., pomimo iż oferta ta nie jest ofertą najkorzystniejszą spośród ofert nie podlegających odrzuceniu,
- ponadto, w przypadku uznania przez Krajową Izbę Odwoławczą, że Rozbicie Ceny Ofertowej stanowiło element SIWZ, wnoszę również odwołanie wobec niezgodnych z przepisami Pzp czynności (zaniechań) Zamawiającego polegających na:

13

-
- 3) zaniechaniu przeprowadzenia czynności, co do której Zamawiający jest zobowiązany przepisami Pzp, to jest zaniechaniu podjęcia przez Zamawiającego czynności zmierzających do wyjaśnienia treści oferty Odwołującego w przypadku gdy Zamawiający powziął wątpliwości co do zgodności treści oferty Odwołującego z treścią SIWZ,
 - 4) zaniechaniu przeprowadzenia czynności, co do której Zamawiający jest zobowiązany przepisami Pzp, to jest zaniechaniu dokonania przez Zamawiającego w ofercie Odwołującego poprawy innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze SIWZ, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty, względnie zaniechaniu poprawy oczywistych omyłek rachunkowych.
 - 5) odrzuceniu oferty Odwołującego z uwagi to, że treść oferty nie odpowiada treści SIWZ, przy braku uprzedniego wyjaśnienia treści złożonej oferty oraz braku dokonania stosownych poprawek w ofercie, do których Zamawiający był obowiązany.

Zaskarżanym czynnościom Zamawiającego Odwołujący zarzucił:

1. naruszenie art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp - poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty złożonej przez Odwołującego, jako oferty rzekomo niezgodnej z treścią SIWZ, w sytuacji gdy oferta Odwołującego jest w pełni zgodna z treścią SIWZ i spełnia wszystkie wymagania i warunki stawiane przez Zamawiającego w treści SIWZ, gdyż wbrew twierdzeniom Zamawiającego blankiet Rozbicia Ceny Ofertowej nie stanowił elementu SIWZ, a tym samym nie był elementem obligatoryjnym oferty i Odwołujący nie miał obowiązku takiego blankietu załączać do oferty, ani też niezłączenie takiego blankietu do oferty nie może skutkować negatywnymi konsekwencjami wobec Odwołującego,
2. naruszenie art. 91 ust 1 w zw. z art. 2 pkt 5 ustawy Pzp - poprzez wybór oferty złożonej przez Spółkę ILF, jako najkorzystniejszej w postępowaniu, pomimo iż to oferta złożona przez MGGP, jako oferta nie podlegająca odrzuceniu jest ofertą najkorzystniejszą w rozumieniu przepisu art. 2 pkt 5 ustawy Pzp,
3. naruszenie art. 7 ust 1 i 3 w zw. z art. 89 ust 1 pkt 2) oraz art. 91 ust 1 w zw. z art. 2 pkt 5 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, polegające na nierównym traktowaniu wykonawców i faworyzowaniu oferty jedynie jednego wykonawcy, a to poprzez uznanie jedynie oferty Spółki ILF jako zgodnej z treścią SIWZ, przy jednoczesnym uznaniu, że oferta MGGP jest niezgodna z treścią SIWZ, w sytuacji gdy oferta złożona przez MGGP w pełni odpowiada wszystkim postawionym przez Zamawiającego wymaganiom i warunkom, i tym samym winna być uznana za zgodną z treścią SIWZ, a poprzez które to działanie Zamawiający utrudnia uczciwą konkurencję, uniemożliwiając uzyskanie zamówienia przez wykonawcę, który spełnia wszystkie warunki postawione w SIWZ i którego oferta jest zgodna z treścią SIWZ, jak również którego oferta jest znacznie korzystniejsza, zgodnie z kryteriami oceny ofert przyjętymi w postępowaniu, niż

14

oferta wykonawcy bezpodstawnie faworyzowanego przez Zamawiającego - oferty Spółki ILF i co doprowadziło do udzielenia przez Zamawiającego zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy Pzp, co narusza art. 7 ust 3 ustawy Pzp.

4. naruszenie art. 36 ust 1 pkt 10) oraz 12) i 13) w związku z art. 82 ust 3 w zw. z art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne przyjęcie, że dla oceny, czy oferta jest zgodna z treścią SIWZ i podlega, bądź nie podlega odrzuceniu dopuszczalne jest porównywanie treści oferty do treści niezidentyfikowanych wymagań nie określonych w SIWZ ani żadnym innym dokumencie dołączonym do SIWZ, jak również bezzasadne uznanie, że treść SIWZ zawiera w sobie wszystkie wyobrażenia i wymagania, jakie być może chciał i zamierzał zwerbalizować w SIWZ Zamawiający, ale czego nie uczynił, tj. w sytuacji gdy tych danych wyobrażeń i wymagań co do sporządzenia oferty Zamawiający faktycznie w SIWZ nie zamieścił.

Ponadto, w przypadku uznania przez Krajową Izbę Odwoławczą, że Rozbicie Ceny Ofertowej stanowiło element SIWZ, zaskarżonym czynnościom Zamawiającego poza zarzutami wymienionymi powyżej zarzucam również naruszenie następujących przepisów Pzp:

5. naruszenie art. 87 ust 1 ustawy Pzp poprzez bezzasadne zaniechanie przeprowadzenia procedury wyjaśniającej odnośnie treści oferty Odwołującego, a co do przeprowadzenia której Zamawiający jest zobowiązany przepisami ustawy Pzp,
6. naruszenie art. 87 ust 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie dokonania w ofercie Odwołującego poprawy innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze SIWZ, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty, do przeprowadzenia których Zamawiający jest zobowiązany przepisami ustawy Pzp, względnie naruszenie art. 87 ust 2 pkt 2 poprzez zaniechanie dokonania w ofercie poprawienia oczywistych omyłek rachunkowych, naruszenie art. 89 ust 1 pkt 2 w związku z art. 87 ust 2 pkt 3 (względnie pkt 2) oraz w zw z art. 87 ust 1 pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi to, że treść oferty nie odpowiada treści SIWZ, przy braku uprzedniego wyjaśnienia treści złożonej oferty oraz braku dokonania stosownych poprawek w ofercie, do których Zamawiający był obowiązany, jak to wynika wyraźnie z drugiej części art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W związku z tym, że interes prawny Odwołującego doznał uszczerbku w wyniku naruszenia przez Zamawiającego powyżej wymienionych przepisów ustawy Pzp, na podstawie art. 180 ust 1 w zw z art. 192 ust 3 pkt 1 ustawy Pzp Odwołujący wniósł o:

- 1) merytoryczne rozpoznanie przez Krajową Izbę Odwoławczą niniejszego odwołania i jego uwzględnienie w całości,
- 2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności Zamawiającego, datowanej na dzień 14 grudnia 2011 roku, polegającej na wyborze oferty wykonawcy ILF, jako najkorzystniejszej,

15

- 3) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności Zamawiającego, datowanej na dzień 14 grudnia 2011 roku, polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego,
- 4) nakazanie Zamawiającemu powtórzenie badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu, a niepodlegających odrzuceniu, w tym oferty Odwołującego,
- 5) nakazanie Zamawiającemu prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,

ponadto w przypadku uznania przez Krajową Izbę Odwoławczą, że Rozbicie Ceny Ofertowej stanowiło element SIWZ, poza wymienionymi powyżej wnioskami wnoszę o:

- 6) nakazanie Zamawiającemu przeprowadzenia procedury wyjaśniającej odnośnie treści oferty Odwołującego,
- 7) nakazanie Zamawiającemu dokonania w ofercie Odwołującego poprawy innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze SIWZ, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty, względnie oczywistych omyłek rachunkowych, tak by treść oferty była zgodna z treścią SIWZ,

Nadto Odwołujący wniósł o:

- przeprowadzenia dowodów z dokumentów powołanych w treści niniejszego odwołania i dokumentów przedstawionych na rozprawie, na okoliczności wskazane w uzasadnieniu odwołania.
- Obciążenia Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego.

Wskazanie interesu prawnego:

Odrzucenie przez Zamawiającego oferty Odwołującego w prowadzonym postępowaniu, pomimo braku podstaw do dokonania takiej czynności, uniemożliwia Odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia i tym samym bezpośrednio godzi w interes prawny Odwołującego, prowadząc jednocześnie do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania. Jednocześnie przeprowadzenie przez Zamawiającego w sposób rzetelny oceny ofert umożliwiłoby uzyskanie przez Odwołującego przedmiotowego zamówienia publicznego, a to z uwagi na fakt, że zaoferowana przez Odwołującego cena jest jedną z bardziej korzystnych cen spośród wszystkich złożonych ofert (w tym także spośród innych odrzuconych ofert) jednocześnie wartość techniczna oferty Odwołującego powinna być oceniona na najwyższym poziomie. Z uwagi na fakt, że ocena ofert dokonywana jest w oparciu o dwa kryteria tj. najniższą cenę ofertową brutto i najlepszą wartość techniczną zachodzi bardzo duże prawdopodobieństwo, że to właśnie Odwołujący uzyskałby zamówienie. W związku z powyższym Odwołujący, który spełnia wszelkie warunki udziału w niniejszym postępowaniu, złożył ofertę w pełni zgodną z treścią SIWZ,

16

jednocześnie oferta Odwołującego jest znacznie korzystniejszą od oferty ILF Consulting Engineers Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, posiada interes prawny w złożeniu niniejszego odwołania, bowiem w przypadku uwzględnienia odwołania oferta Odwołującego zostanie poddana kompleksowej ocenie i porównaniu z innymi niepodlegającymi odrzuceniu ofertami i w oparciu o kryteria ocen oferta MGGP powinna zostać wybrana jako oferta najkorzystniejsza i Odwołujący uzyska przedmiotowe zamówienia publiczne. Tymczasem bezprawne działania Zamawiającego uniemożliwiają to.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał, iż w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu złożył on ofertę. Dowód: oferta Odwołującego (w aktach postępowania),

Podniósł, iż zamieszczona na stronie internetowej SIWZ składa się z trzech części: Jedyne elementy treści SIWZ, odnoszące się w sposób merytoryczny do kwestii

sporządzenia oferty cenowej to zapisy działu 12 zatytułowanego OPIS SPOSOBU PRZYGOTOWANIA OFERTY, które stanowią że:

12.1. Każdy Wykonawca może złożyć tylko jedną ofertę.

12.2. Ofertę należy przygotować ściśle według wymagań określonych w niniejszej SIWZ.

12.3. Oferta musi być podpisana przez osoby upoważnione do reprezentowania Wykonawcy i zaciągania w jego imieniu zobowiązań finansowych w wysokości odpowiadającej cenie oferty. Oznacza to, iż jeżeli z dokumentu określającego status prawny Wykonawcy lub pełnomocnictwa wynika, iż do reprezentowania Wykonawcy upoważnionych jest łącznie kilka osób, dokumenty wchodzące w skład oferty muszą być podpisane przez wszystkie te osoby.

12.4. Pełnomocnictwo osób podpisujących ofertę do reprezentowania Wykonawcy, zaciągania w jego imieniu zobowiązań finansowych w wysokości odpowiadającej cenie oferty oraz podpisania oferty musi bezpośrednio wynikać z dokumentów dołączonych do oferty. Oznacza to, że jeżeli pełnomocnictwo takie nie wynika wprost z dokumentu stwierdzającego status prawny Wykonawcy (odpisu z właściwego rejestru lub zaświadczenia o wpisie do ewidencji działalności gospodarczej), to do oferty należy dołączyć oryginał lub notarialnie poświadczony odpis pełnomocnictwa wystawionego na reprezentanta Wykonawcy.

12.5. Dokumenty dołączone do niniejszej SIWZ powinny zostać wypełnione przez Wykonawcę i dołączone do oferty, bądź też przygotowane przez Wykonawcę w innej - zgodnej z niniejszą SIWZ formie.

12.6. Zamawiający nie dopuszcza dokonywania w treści załączonych dokumentów jakichkolwiek zmian ich treści (skrótów, opuszczeń, skreśleń, poprawek lub dopisków) za wyjątkiem miejsc wykropkowanych lub oznaczonych gwiazdka (*).

17

12.7. Żadne dokumenty wchodzące w skład oferty, w tym również te przedstawiane w formie oryginałów, za wyjątkiem dokumentów określonych w pkt 11.4.2 SIWZ, jeżeli zająd okoliczności określone w art. 46 ust. 1, la i 2 Ustawy, nie podlegają zwrotowi przez Zamawiającego.

12.8. Wykonawca ponosi wszelkie koszty związane z przygotowaniem i złożeniem oferty.

13. OPIS SPOSOBU OBLICZANIA CENY

13.1. Podana w ofercie cena ofertowa brutto musi uwzględniać wszystkie wymagania niniejszej SIWZ oraz obejmować wszelkie koszty bezpośrednie i pośrednie, jakie poniesie Wykonawca z tytułu terminowego i prawidłowego wykonania całości przedmiotu zamówienia oraz podatek od towarów i usług (nie dotyczy Wykonawców zagranicznych, którzy nie są płatnikami podatku VAT w Polsce).

13.2. Cena oferty oraz sposób jej przedstawienia w ofercie określony jest w Formularzu Ofertowym, który stanowi Załącznik nr 1 do niniejszej SIWZ, w załączniku A do Formularza Ofertowego oraz w Rozbiciu Ceny Ofertowej.

13.3. Wartość nadzoru pełnionego w okresie gwarancyjnym nie może przekroczyć 5% wartości nadzoru pełnionego przy danym kontrakcie w okresie wykonywania robót budowlanych.

13.4. W przypadku Wykonawcy zagranicznego, który nie jest zarejestrowany w Polsce, Zamawiający w celu dokonania oceny oferty doliczy do przedstawionej w niej ceny (netto), podatek od towarów i usług, który Zamawiający miałby obowiązek wpłacić zgodnie z obowiązującymi przepisami.

15. ZAWARTOŚĆ OFERTY

15.1. Kompletna oferta musi zawierać następujące dokumenty:

a) formularz oferty - wypełniony Załącznik nr I do SIWZ wraz z Załącznikiem „A” do Formularza Ofertowego oraz wypełnionym Rozbiciem Ceny Ofertowej;

b) Oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu - wypełniony załącznik nr 2 do SIWZ;

c) Oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia z postępowania - wypełniony załącznik nr 3 do SIWZ;

d) wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu Zamówienia, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania Zamówienia, a

także zakresu wykonywanych przez nich czynności, oraz informacje o podstawie do dysponowania tymi osobami - wypełniony załącznik nr 4 do SIWZ;

18

- e) Wykaz wykonanych - w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie - usług, o których mowa w punkcie 8.4.1., z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców usług -wypełniony załącznik nr 5 do SIWZ oraz dokumenty potwierdzające, _e usługi te zostały wykonane należycie;
 - f) wykaz prac przeznaczonych do podwykonania - wypełniony załącznik nr 6 zgodnie z pkt 22 SIWZ z zastrzeżeniem pkt 22.2. SIWZ; '
 - g) oryginał lub notarialnie poświadczony odpis pełnomocnictwa wystawionego na reprezentanta Wykonawcy (jeżeli pełnomocnictwo takie nie wynika wprost z dokumentu stwierdzającego status prawny Wykonawcy);
 - h) pozostałe załączniki w postaci dokumentów opisanych w punkcie 9 SIWZ.
- 15.2. Pożądane przez Zamawiającego jest złożenie w ofercie spisu treści z wyszczególnieniem liczby arkuszy (kartek) wchodzących w skład oferty. "

Odwołujący wskazał, że wśród załączników do SIWZ odnoszących się do treści oferty cenowej Zamawiający załączył następujące formularze:

28. ZAŁĄCZNIK NR I DO SIWZ- WZÓR FORMULARZA OFERTOWEGO.

29. ZAŁĄCZNIKA DO FORMULARZA OFERTOWEGO - CAŁKOWITA CENA OFERTOWA.

Odwołujący w odniesieniu do powyższego wskazał, że zarówno część II jak i III SIWZ nie zawiera żadnych załączników określających sposób przygotowania oferty, czy też warunki cenowe i proporcje poszczególnych elementów cen ofertowych, nie precyzuje również kwestii sporządzenia przez wykonawców oferty. Brak jest w części II jak i III SIWZ wskazania, jakoby formularz Rozbicie Ceny Ofertowej stanowił załącznik do którejś z części SIWZ. Brak jest też powołania się przez Zamawiającego w części II jak i III SIWZ na formularz Rozbicie Ceny Ofertowej, jako załącznik do SIWZ. Dodać również należy, że fragmenty SIWZ takie jak Wzór Umowy, czy Opis Przedmiotu Zamówienia nie są z zasady elementami SIWZ, w których wykonawca miałby doszukiwać się formularzy ofertowych niezbędnych do uzupełnienia i sporządzenia ceny ofertowej.

Z powyższego, w ocenie Odwołującego, w sposób jasny wynika, że zredagowany przez Zamawiającego SIWZ, składający się z części I - obejmującej INSTRUKCJĘ dla wykonawców oraz wszystkie formularze załączników, jakie wykonawca obowiązany był zastosować i załączyć do oferty, a także z części II - POROJEKTU UMOWY oraz części III - OPISU PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA, nie zawierał formularza ROZBICIE CENY OFERTOWEJ ani nie traktował tego dokumentu jako części składanej oferty (załącznika do SIWZ).

Jak wskazał Odwołujący zamawiający w żadnym z elementów SIWZ nie określił w jaki sposób ma zostać szczegółowo skalkulowana oferta, ani też nie narzucił Wykonawcom

19

w treści SIWZ proporcji, w jakich mieli partycypować poszczególni Zamawiający w kosztach zamówienia. Gdyby Zamawiający zamierzał rzeczywiście narzucić wykonawcom zastosowanie się do odpowiednich proporcji przy kalkulacji ceny ofertowej w rozbiciu na poszczególnych Zamawiających, to uczynił by to w sposób wyraźny w samej treści Instrukcji dla wykonawców, a nie ukrywał te dane w niepowiązanych wyraźnie z SIWZ ani z przetargiem blankietach o nieokreślonym charakterze i walorze. Dla przykładu wskazać w tym miejscu należy, że Zamawiający, chcąc ograniczyć wykonawców w swobodzie kalkulacji ceny ofertowej, ograniczył wykonawców w punkcie 13.3. części I SIWZ w ten sposób, że zastrzegł iż wartość nadzoru pełnionego w okresie gwarancyjnym nie może przekroczyć 5% wartości nadzoru pełnionego przy danym kontrakcie w okresie wykonywania robót budowlanych. Taki zapis jest czytelny, jasny i zrozumiały dla wszystkich wykonawców, a przede wszystkim odpowiednio zredagowany i umieszczony we właściwym dla tego miejscu - tak, że żaden wykonawca nie ma co do jego obowiązywania i treści wątpliwości. Skoro jednak Zamawiający kwestię stosunkowo mało istotną, jaką jest wartość nadzoru w okresie gwarancyjnym w stosunku do wartości nadzoru w okresie wykonywania robót budowlanych,

wyrażnie uregulował w treści Instrukcji dla Wykonawców, to każdy z wykonawców miał pełne prawo przyjąć, że gdyby Zamawiający chciał dookreślić proporcje partycypacji w zamówieniu przez poszczególnych zamawiających to określił by to wyraźnie w treści SIWZ, najpewniej w części I - instrukcji dla wykonawców. Tymczasem żadnych takich obostrzeń Zamawiający nie zastrzegł w SIWZ. Co istotne w punkcie 13.2 SIWZ Zamawiający opisuje sposób przedstawienia ceny ofertowej a nie jej kalkulacji. Z tego zapisu można wyczytać, że wykonawca ma przedstawić cenę ofertową w Załączniku nr 1 do SIWZ oraz w: załączniku numer A do FORMULARZA OFERTOWEGO oraz w Rozbiciu Ceny Ofertowej. To ostatnie sformułowanie: „w załączniku A do FORMULARZA OFERTOWEGO oraz w Rozbiciu Ceny Ofertowej” mogło być i było przez większość wykonawców interpretowane jako jeden dokument o nazwie: „ZAŁĄCZNIKA DO FORMULARZA OFERTOWEGO - Całkowita cena ofertowa” - podobieństwo wskazanych powyżej nazw jest uderzające, i wykonawca miał prawo przypuszczać, że pod pojęciem „załącznika A do FORMULARZA OFERTOWEGO oraz w Rozbiciu Ceny Ofertowej” należy rozumieć „ZAŁĄCZNIK A DO FORMULARZA OFERTOWEGO - Całkowita cena ofertowa” (a drobna rozbieżność w nazwie to niedopatrzenie), który to formularz został załączony do SIWZ, tym bardziej, że enigmatycznie brzmiącego „Rozbicia Ceny Ofertowej” nie sposób było odnaleźć w dokumentacji SIWZ, gdyż nie został doń dołączony. Co więcej, w ocenie Odwołującego, treść Załącznika A do Formularza Ofertowego jest niczym innym jak właśnie rozbiem ceny ofertowej na poszczególne elementy składowe. Dane zawarte w Załączniku A są, zdaniem Odwołującego, identyczne jak dane z Rozbicia Ceny Ofertowej.

20

Następnie Odwołujący podniósł, że opisując formę oferty Zamawiający w punkcie 14 części I SIWZ wyraźnie zasugerował, że dla prawidłowego sporządzenia oferty cenowej wystarczające jest posłużenie się wyspecyfikowanymi w SIWZ załącznikami załączonymi do SIWZ:

„14.2. Stosowne wypełnienia miejsc wy kropkowanych w dokumentach stanowiących załączniki do niniejszej SIWZ i wchodzących następnie w skład oferty mogą być dokonane komputerowo, maszynowo lub ręcznie.

14.3. Dokumenty przygotowywane samodzielnie przez Wykonawcę na podstawie wzorów stanowiących załączniki do niniejszej SIWZ muszą mieć formę wydruku komputerowego lub maszynopisu. ”

W dalszej części uzasadnienia odwołania zostało wskazane, że jednocześnie w punkcie 27 części I SIWZ Zamawiający wyraźnie określił listę załączników do niniejszej SIWZ (ZAŁĄCZNIKI DO NINIEJSZEJ SIWZ):

Załącznik nr 1 - wzór formularza ofertowego + załącznik A do formularza ofertowego;

Załącznik nr 2 - wzór oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu;

Załącznik nr 3 - wzór oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia z postępowania;

Załącznik nr 4 - wzór wykazu osób i podmiotów, które będą wykonywać niniejsze zamówienie;

Załącznik nr 5 - wzór wykazu prac, czynności i zamówień wykonanych przez wykonawcę w okresie ostatnich 3 lat;

Załącznik nr 6- wykaz prac przeznaczonych do podwykonania,

Załącznik Nr 7 - Wzór oświadczenia, na podstawie art. 8 ust. 3 Ustawy, o nieujawnianiu informacji stanowiących tajemnice przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji”.

Zamawiający odrzucił tymczasem ofertę Odwołującego z uwagi na fakt nie dołączenia do oferty wypełnionego formularza Rozbicie Ceny Ofertowej, pomimo, że taki formularz nie stanowił elementu SIWZ, w tym w szczególności nie był załącznikiem do SIWZ. Podążając za sposobem rozumowania Zamawiającego należałoby stwierdzić, że wykonawca dla złożenia prawidłowej oferty winien udać się na poszukiwania i uzyskać we własnym zakresie (poza procedurą przewidzianą w prawie zamówień publicznych i SIWZ) przedmiotowy formularz Rozbicia Ceny Ofertowej. Zdaniem Odwołującego Zamawiający zapomina jednak o tym, że to na Zamawiającym ciąży obowiązek jasnego i przejrzystego zredagowania dokumentacji przetargowej oraz zawarcia w treści SIWZ wszystkich warunków i wymogów których można następnie wymagać i rozliczać wykonawców. Z rozstrzygnięcia ogłoszonego przez Zamawiającego w dniu 14 grudnia 2011 roku wynika wyraźnie, że za tokiem rozumowania Zamawiającego nadążył tylko jeden z ośmiu ubiegających się o przedmiotowe

Znamienne jest również to, że wśród owych siedmiu wykonawców, którzy odczytywali zapisy SIWZ zgoda odmiennie od zamierzeń Zamawiającego (a identycznie jak Odwołujący) wszyscy bez wyjątku, to podmioty o ogromnym doświadczeniu w zakresie pozyskiwania zamówień publicznych.

W ocenie Odwołującego skoro załącznikami do niniejszej SIWZ w kontekście oferty cenowej były jedynie ZAŁĄCZNIK numer 1 + Załącznik A do formularza ofertowego, to odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na nie dołączenie do oferty dokumentu Rozbicia Ceny Ofertowej, niewyspecyfikowanego wśród załączników do SIWZ w sposób rażąco narusza przepisy ustawy Pzp.

W punkcie 12.5. części I SIWZ Zamawiający wskazał, że: „12.5. Dokumenty dołączone do niniejszej SIWZ powinny zostać wypełnione przez Wykonawcę i dołączone do oferty, bądź też przygotowane przez Wykonawcę w innej - zgodnej z niniejszą SIWZ formie”.

Zdaniem Odwołującego skoro Zamawiający nie wskazał w SIWZ wyraźnie na istnienie załącznika o nazwie RCO i nie załączył go do SIWZ, to nadużyciem jest wymaganie przez Zamawiającego dołączenia tego formularza do oferty i stawianie wykonawcy, który go nie dołączył w znacznie gorszej sytuacji niż wykonawcy, który taki dokument przedłożył.

W dalszej części uzasadnienia zostało podniesione, że wskazać również należy na wartość merytoryczną danych, jakie miałyby się znaleźć w przedmiotowym dokumencie. Otóż wszystkie dane, jakie miałyby zostać wymienione w RCO nie byłyby danymi nowymi, gdyż już i tak znajdują się w treści oferty wykonawcy - zawiera je Załącznik numer A do oferty - zestawienie ceny ofertowej.

W ocenie Odwołującego uwagę zwraca również fakt, że w treści części I SIWZ Zamawiający wytłuszczonym drukiem wskazał wszystkie formularze (załączniki), jakie wykonawcy winni przedstawić wraz z ofertą. Co oczywiste, wśród przedmiotowych wytłuszczonych dokumentów nie było formularza RCO, przy czym formularz Załącznik nr 1 do SIWZ oraz Załącznik A do Formularza Ofertowego zostały właśnie tak wyróżnione. Taki sposób zredagowania treści i zapisania informacji o RCO sugerował, że RCO to element Załącznika A, co w kontekście treści załącznika nr A jest i było w pełni usprawiedliwione gdyż, zawiera on de facto rozbieżność cen ofertowej pomiędzy poszczególnych Zamawiających oraz poszczególne etapy prac.

Z treści zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 14 grudnia 2011 roku, zawierającej w swej treści również zawiadomienie o odrzuceniu oferty Odwołującego można wywnioskować, zdaniem Odwołującego, że Zamawiający uznał ofertę Odwołującego za sprzeczną z treścią SIWZ również pod tym względem, że oferta odwołującego zawierała rozbieżność cen częściowych odmiennie niż przyjęte przez Zamawiającego. Wskazać w tym miejscu należy z całą stanowczością, że w żadnym dokumencie SIWZ Zamawiający nie

wskazał w jakich proporcjach poszczególni Zamawiający będą partycypować kosztowo (procentowo) w przedmiocie zamówienia, a tym bardziej nie postawił w żadnym dokumencie stanowiącym element SIWZ jasnego i wyraźnego wymogu, by oferta cenowa wykonawcy była tak ukształtowana cenowo, by odpowiadała ściśle określonymu procentowemu udziałowi poszczególnych Zamawiających w przedmiocie zamówienia. Niewątpliwie dokumentem takim nie jest RCO, gdyż zarówno nie stanowi on elementu SIWZ jak też merytoryczna jego treść nie pozwala na takie wnioski. Wskazać również należy, na dodatkową okoliczność przesądzającą, że Rozbieżność Ceny Ofertowej nie stanowi elementu składowego SIWZ. W odróżnieniu od wszystkich materiałów stanowiących elementy SIWZ blankiet Rozbieżność Ceny Ofertowej nie zawiera w swej treści ani danych Zamawiających, w tym logotypu PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ani nazwy przetargu, ani też numeru referencyjnego przetargu do którego miałby się on odnosić. Wszystkie te okoliczności dawały pełne podstawy dla Odwołującego by nie traktować przedmiotowego blankietu jako elementu SIWZ.

W ocenie Odwołującego sporządził on ofertę przy dochowaniu najwyższej staranności dla zachowania jej poprawności, rzetelności i zgodności z SIWZ.

Odwołujący oparł kalkulację ofertową (proporcje) na treści Umowy Współpracy z dnia 28 marca 2011 roku zawartej pomiędzy Zamawiającymi, w treści § 9 której to umowy Zamawiający wskazał procentowy podział pomiędzy poszczególnych Zamawiających w zakresie finansowania i rozliczenia wynagrodzenia należnego inżynierowi, gdzie poszczególne proporcje ujęto następująco:

- a) 77,4584% - PLK;
- b) 2,7573% - PKP;
- c) 19,7843 - Miasto.

Przedmiotowa umowa została przedstawiona wykonawcom wraz z odpowiedzią na pytanie numer 23 z dnia 18 października 2011 roku. Zgodnie z treścią przedmiotowych wyjaśnień (ostatnie zadanie) „powyższe odpowiedzi oraz zmiany należy traktować jako integralną część SIWZ”

Skoro zatem Odwołujący w złożonej ofercie skalkulował i przedstawił ofertę cenową w sposób odpowiadający proporcjom finansowania przedmiotu zamówienia przez poszczególnych Zamawiających, które to proporcje sam Zamawiający wskazał przy okazji udzielania odpowiedzi na zapytania, to zarzut Zamawiającego o błędnym skalkulowaniu oferty nie może zostać uznane za słuszny.

Co dla sprawy wydaje się niezwykle istotne, oferta Odwołującego obejmuje cały przedmiot postępowania i zapewnia realizację zamierzonego i opisanego w SIWZ celu. W tych okolicznościach sprawy należy stwierdzić, że oferta złożona przez Odwołującego jest w pełni zgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, tym samym nie

23

wystąpiły przesłanki do odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 pzp. W związku z faktem odrzucenia przez Zamawiającego oferty Odwołującego doszło do naruszenia art. 89 ust 1 pkt 2 pzp. Jednocześnie poprzez fakt odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający naruszył art. 91 ust 1 w związku z art. 2 ust 5 ustawy Pzp poprzez wybór oferty Spółki ILF, w sytuacji gdy oferta ta nie jest ofertą najkorzystniejszą, gdyż w przypadku podejmowania przez Zamawiającego prawidłowych czynności doszłoby do wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty Odwołującego, która to oferta jako zgodna z treścią SIWZ jest korzystniejsza od oferty ILF zarówno pod względem kryterium ceny jak i kryterium wartości technicznej.

Jednocześnie wskazać należy, zdaniem Odwołującego, że sposób przeprowadzenia przez Zamawiającego postępowania w niniejszej sprawie rażąco narusza zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców tj. narusza m. in. art. 7 ust 1 pzp, i w konsekwencji prowadzi do udzielenia zamówienia publicznego wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy tj. naruszyłoby art. 7 ust 3 ustawy Pzp.

Dla poparcia powyższych twierdzeń, w szczególności kwestii obowiązków, jakie nakłada Pzp na zamawiających w kontekście potrzeby jasnej i przejrzystej redakcji SIWZ Odwołujący przywołał rozległe orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący wskazał, że nawet gdyby przyjąć, że formularz Rozbicie Ceny Ofertowej stanowił element SIWZ i wynikało z niego w sposób nie budzący wątpliwości w jaki sposób winna zostać sporządzona oferta, to i tak nie wystąpiły w niniejszej sprawie podstawy do odrzucenia oferty Odwołującego. Zgodnie bowiem z dyspozycją art. 87 ustawy Pzp zamawiający ma obowiązek zażądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert, w szczególności gdy treść ofert budzi wątpliwości, co więcej, Zamawiający zobowiązany jest również do poprawy w ofercie innych omyłek rachunkowych polegających na niezgodności treści oferty z SIWZ (jak i ewentualnych oczywistych omyłek rachunkowych). Ten ostatni obowiązek ciąży na Zamawiającym szczególnie w sytuacji, gdy Zamawiający planuje odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp, co wynika wyraźnie z treści tego przepisu. W przypadku przyjęcia, że RCO jest elementem SIWZ w przedmiotowej sprawie zachodziłyby wszystkie przesłanki do zastosowania art. 87 ust 2 pkt 3 ustawy Pzp. Zważyć bowiem należy, że rozbieżności pomiędzy złożoną ofertą i SIWZ dadzą się w sposób prosty skorygować (poprawić), gdyż mając na względzie wskazaną w ofercie całkowitą cenę ofertową w sposób prosty, przy uwzględnieniu procentowego udziału w kosztach poszczególnych Zamawiających wskazanego w RCO uzupełnić zarówno całą tabelę - Formularz „Rozbicie Ceny Ofertowej” jak również dokonać

odpowiednich poprawek pomiędzy poszczególnymi pozycjami z Załącznika A do formularza ofertowego - całkowitej ceny ofertowej, przy zachowaniu proporcji przyjętych przez Odwołującego w zakresie stosunku ceny ofertowej za świadczenie usług w okresie realizacji robót budowlanych do ceny ofertowej za świadczenie usług w okresie rękojmi za wady. Przedmiotowe poprawki wymagają przeprowadzenia jedynie prostych operacji matematycznych, a co najistotniejsze dokonanie poprawek nie wpłynie w żaden sposób na merytoryczną treść oferty, bowiem cena ofertowa pozostanie niezmienna, a jedyna różnica polegać będzie na niewielkich przesunięciach w kosztach pomiędzy poszczególnymi Zamawiającymi, tak jak to było zamiarem zamawiających. Podkreślić należy raz jeszcze, że dokonanie takich zmian nie spowoduje w ofercie żadnych istotnych zmian.

Tym samym, nawet bez względu na okoliczność czy RCO stanowi element SIWZ czy też nie, brak było podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego.

Na poparcie przedstawionego powyżej stanowiska Odwołujący przywołał rozległe orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej.

Sygn. akt KIO 2763/11

W dniu **14.12.2011 r.** Zamawiający przekazał Odwołującemu informację o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego;

Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **23.12.2011 r.** i dotyczy następujących czynności i zaniechań Zamawiającego w toku niniejszego postępowania:

- zaniechania dokonania oceny zasadności utajnienia części oferty ILF Consulting Engineers Polska Sp. z o.o. - opracowania pn.: „Zarządzanie ryzykiem wraz z techniczną oceną wykonalności robót” - jako dokumentu zawierającego tajemnicę przedsiębiorstwa,
 - błędnego dokonania oceny zawartości merytorycznej opracowania ILF Consulting Engineers Polska Sp. z o.o. pn.: „Zarządzanie ryzykiem wraz z techniczną oceną wykonalności robót” i w konsekwencji przyznanie temu wykonawcy maksymalnej ilości punktów w ramach kryterium „wartość techniczna”,
 - wyborze oferty złożonej przez ILF Consulting Engineers Polska Sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej,
 - zaniechaniu podania w zawiadomieniu sporządzonym na podstawie art. 92 Pzp pełnego uzasadnienia wyboru jako najkorzystniejszej oferty ILF Consulting Engineers Polska Sp. z o.o. oraz pełnej informacji o punktacji przyznanej tej ofercie,
- oraz

- odrzuceniu oferty Odwołującego jako oferty, której treść nie odpowiada treści SIWZ, mimo zastrzeżenia ustawodawcy odwołującego się do art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, skutkiem czego było zaniechanie oceny oferty Odwołującego.

Odwołujący zarzucił naruszenie przez Zamawiającego w toku przedmiotowego postępowania następujących przepisów:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie poprawienia w ofercie Odwołującego omyłki polegającej na niewypełnieniu przez Odwołującego formularza „Rozbicie ceny ofertowej”, a tym samym poprzez przyjęcie przez Zamawiającego, że oferta Odwołującego podlega odrzuceniu z przyczyn opisanych w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp,
2. art. 8 ust. 3 Pzp i art. 7 ustawy Pzp poprzez zaniechanie dokonania oceny skuteczności zastrzeżenia przez Consulting Engineers Polska Sp. z o.o. jako tajemnicy przedsiębiorstwa opracowania pn.: „Zarządzanie ryzykiem wraz z techniczną oceną wykonalności robót” i utajnienie tego dokumentu,
3. art. 90 ust. 1 Pzp i art. 7 ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, iż wartość merytoryczna opracowania Consulting Engineers Polska Sp. z o.o. pn.: „Zarządzanie ryzykiem wraz z techniczną oceną wykonalności robót” uzasadnia przyznanie temu wykonawcy maksymalnej ilości punktów w ramach kryterium „wartość techniczna”, co skutkowało wyborem oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej,

4. art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp i art. 7 ustawy Pzp poprzez nie zawarcie w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty uzasadnienia oraz pełnej informacji o punktacji przyznanej wybranej ofercie,
5. art. 7 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców na skutek wyboru oferty, która nie jest ofertą najkorzystniejszą.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o:

- nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na wyborze oferty ILF Consulting Engineers Polska Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej,
- nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego,
- nakazanie Zamawiającemu poprawienie w ofercie Odwołującego omyłki polegającej na niewypełnieniu formularza „Rozbicie ceny ofertowej”, poprzez wypełnienie wskazanego formularza z uwzględnieniem rozbicia ceny ofertowej dokonanej przez Odwołującego w Załączniku A do Formularza Ofertowego,
- nakazanie Zamawiającemu podjęcia: czynności oceny oferty Odwołującego, czynności oceny skuteczności zastrzeżenia części oferty ILF Consulting Engineers Polska Sp. z o.o.

26

jako tajemnicy przedsiębiorstwa i odtajnienia tych informacji, które nie mają waloru tajemnicy przedsiębiorstwa, czynności ponownej oceny oferty, w tym w szczególności metodologii ILF Consulting Engineers Polska Sp. z o.o. i porównania ofert nieodrzuconych z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Odwołujący wskazał, że działania i zaniechania Zamawiającego naruszają jego interes w uzyskaniu zamówienia. Oferta Odwołującego została sporządzona zgodnie z Pzp i SIWZ, a w toku oceny i porównania ofert oferta Odwołującego może zostać uznana za najkorzystniejszą. Cena ofertowa Odwołującego jest niższa niż zaoferowana przez ILF Consulting Engineers Polska Sp. z o.o. (kryterium ceny to 60%), natomiast oferta Odwołującego nie była poddana ocenie w ramach kryterium „wartość techniczna”. W tej sytuacji Zamawiający pozbawił Odwołującego realnych szans na uzyskanie niniejszego zamówienia, a co za tym idzie naraził go na realną i możliwą do oszacowania szkodę w postaci utraconych korzyści finansowych wynikających z wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej w prowadzonym postępowaniu przetargowym i realizacji przedmiotowego zamówienia.

W uzasadnieniu zostało wskazane, że Zamawiający pismem przekazany Odwołującemu drogą emailową w dniu 14.12.2011r. (pismo nr IRZRh-0815-POLiS 7.1-24.2-37/11) poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W uzasadnieniu Zamawiający wskazał, że Odwołujący, wbrew zapisom pkt 13.2 Tomu I SIWZ, pkt 15.1 Tomu I SIWZ i pkt 1 Cz. III SIWZ pt. Rozbicie Ceny Ofertowej, nie załączył do oferty formularza „Rozbicie ceny ofertowej”. W ocenie Odwołującego stanowisko Zamawiającego jest niesłuszne.

Odwołujący w uzasadnieniu wskazał, że przyznać należy, że w SIWZ Zamawiający wskazał, że oferta musi zawierać Formularz ofertowy (Załącznik nr 1 do SIWZ) z Załącznikiem „A” do Formularza ofertowego - „Całkowita cena ofertowa” oraz formularzem „Rozbicie Ceny Ofertowej”. Przyznać także należy, że Odwołujący nie załączył do oferty formularza „Rozbicie ceny ofertowej”. Kwalifikując jednak ten brak jako niezgodność oferty z SIWZ, co zresztą czyni Zamawiający, Zamawiający zobowiązany był do ustalenia, czy ów brak można poprawić w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, do czego oblige Zamawiającego przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp (zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest treść nie odpowiada treści SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp).

W wyroku z dnia 21.09.2011 r., sygn. akt 1946/11, KIO podkreśliła, że: „zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Obowiązkiem zamawiającego jest więc ustalenie, czy stwierdzona niezgodność:

27

- 1) nosi charakter omyłki,
 - 2) czy istnieje możliwość jej poprawy w oparciu o pierwotną treść oferty, bez składania nowych, czy też odmiennych oświadczeń woli przez wykonawcę, czego nie dozwala art. 87 ust. 1 Pzp,
 - 3) czy dokonana poprawa nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty.
- Dopiero w okolicznościach, gdy oferta wykonawcy nie poddaje się poprawie, z zachowaniem wyżej przytoczonych reguł, zamawiający, w ocenie KIO, władny jest ją odrzucić na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp”.

W ocenie Odwołującego w niniejszej sprawie Zamawiający bezprawnie zaniechał poprawienia przedmiotowej omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, mimo iż spełnione zostały wszystkie ustawowe przesłanki: (1) Niezałączenie przez Odwołującego do oferty formularza „Rozbicie ceny ofertowej” ma charakter omyłki.

Zamawiający pominięty przez Odwołującego formularz zawarł w Cz. III SIWZ - Opis przedmiotu zamówienia, nie zaś standardowo w Instrukcji dla wykonawców - Tomu I SIWZ, tj. obok Formularza ofertowego i Załącznika „A” do tegoż formularza. Treść obu formularzy (tj. Załącznika „A” do Formularza ofertowego i Formularza „Rozbicie ceny ofertowej”) jest praktycznie taka sama (o czym szerzej będzie mowa poniżej), tj. oba wskazane formularze zawierają takie samo rozbicie ceny ofertowej. Taka konstrukcja SIWZ wprowadziła wykonawców w niezamierzony błąd, co do dokumentów składających się na ofertę, o czym świadczy fakt, iż o formularzu tym „zapomnieli” wszyscy wykonawcy ubiegający się o przedmiotowe zamówienie, z wyjątkiem wykonawcy, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą. Ze względu na treść obu formularzy niedołączenie do oferty Formularza „Rozbicie ceny ofertowej” ma charakter wyłącznie techniczny, przy czym działanie to nie było zawinione, w jakikolwiek sposób podjęte świadomie przez Odwołującego. Niedołączenie przedmiotowego formularza było zwykłą omyłką w przygotowaniu całościowej dokumentacji składanej przez Odwołującego wraz z ofertą, co wyczerpuje znamiona omyłki wskazanej w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Jak wskazał Odwołujący stanowisko ta znajduje uzasadnienie w orzecznictwie KIO. KIO w wyroku z dnia 04.12.2009 r., sygn. akt KIO/UZP 1589/09, wskazuje, że „należy przyjąć możliwie szerokie rozumienie terminu omyłka użytego w Pzp. Omyłką będzie więc zarówno błąd w przygotowaniu oferty, w odpowiednim, prawidłowym wyrażeniu jej treści poprzez wykonawcę, jak też pominięcia (np. wynikające z zapomnienia, błędnego rozumienia SIWZ, etc), w wypełnieniu czy przedłożeniu wszystkich elementów oferty”. Podobnie: wyrok KIO z dnia 22.10.2009r., sygn. akt KIO/UZP 1278/09, z dnia 10.06.2009r., sygn.. akt KIO/UZP 691/09).

W ocenie Odwołującego Zamawiający może przedmiotową omyłkę poprawić samodzielnie na podstawie danych zawartych w ofercie, tj. w Załączniku „A” do Formularza ofertowego.

Formularz „Rozbicie ceny ofertowej” zawiera bowiem te same pozycje, co w Załączniku „A” do Formularza ofertowego, tj. rozbicie ceny ofertowej: (a) na poszczególnych zamawiających, (b) na poszczególne etapy realizacji umowy (nadzór w okresie realizacji robót, nadzór w okresie rękomi), w tym w odniesieniu do Zamawiającego - Miasto Łódź - na poszczególne odcinki prac (węzeł multimodalny, przebudowa infrastruktury). Oba formularze różnią się jedynie układem graficznym i pozycją wskazującą na procentowy udział w projekcie każdego z Zamawiających. Oznacza to, że Zamawiający mógł w sposób niezwykle prosty, oczywisty, przepisać, w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, poszczególne pozycje z Załącznika „A” do Formularza ofertowego Odwołującego do Formularza „Rozbicie ceny ofertowej”, dokonując dodatkowo jedynie prostego działania matematycznego polegającego na wyliczeniu wskaźników procentowych w kolumnie 3 i 5 poziomo.

Powyższe stanowisko Odwołującego znajduje oparcie w ofercie ILF Consulting Engineers Polska Sp. z o.o. uznanej przez Zamawiającego za najkorzystniejszą. Z oferty tej wynika bowiem wprost, że kwoty podane w Formularzu „Rozbicie ceny ofertowej” są jedynie powieleniem kwot podanych przez tego Wykonawcę w Załączniku „A” do Formularza ofertowego.

Podkreślenia przy tym wymaga, w ocenie Odwołującego, okoliczność że:

- cena ofertowa podana przez Odwołującego w Załączniku „A” do Formularza ofertowego obejmuje wszystkie zobowiązania i wymagania zawarte w SIWZ oraz odpowiednią wycenę

wszystkich pozycji zawartych w obu formularzach;

- cena ofertowa podana przez Odwołującego w Załączniku „A” do Formularza ofertowego w rozbiciu na poszczególne pozycje odpowiada wymaganemu przez Zamawiającego w SIWZ procentowemu rozbiciu ceny ofertowej na poszczególnych Zamawiających (vide: wskaźniki procentowe wskazane w przedostatniej kolumnie poziomo Formularza „Rozbicie ceny ofertowej”). Przyznał to zresztą sam Zamawiający w przedostatnim akapicie pisma informującego o odrzuceniu oferty Odwołującego.

Zamawiający wskazał w rozstrzygnięciu przetargu, iż żądał Formularza „Rozbicie ceny ofertowej” w celu wskazania cen za pełnienie nadzoru w odniesieniu do poszczególnych Zamawiających przy konieczności zachowania procentowego rozbicia ceny ofertowej na poszczególnych Zamawiających. Cel ten Odwołujący osiągnął, prawidłowo (tj. zgodnie z SIWZ), także w ujęciu procentowym, rozbijając cenę ofertową w Załączniku „A” do Formularza ofertowego.

29

Zdaniem Odwołującego poprawienie przedmiotowej omyłki w ofercie Odwołującego w żaden sposób nie wpływa na treść złożonej oferty. Z treści oferty Odwołującego wynika wprost zamiar złożenia oferty zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, nadto poprawienie przedmiotowej omyłki w ogóle nie ingeruje w treść oferty, w szczególności nie ma wpływu na cenę oferty Odwołującego i podział tej ceny pomiędzy poszczególnych zamawiających. Na tej zasadzie Zamawiający był zobowiązany do dokonania poprawienia tej omyłki. Za wyrokiem KIO z dnia 10.06.2009r., o sygn. akt KIO/UZP 691/09, podkreślić należy, że zaniechanie przez Zamawiającego dokonania poprawienia omyłki Odwołującego jest, zdaniem Odwołującego, sprzeczne z zasadami całościowej interpretacji art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, mającymi na celu umożliwienie poprawiania ofert, tak aby zapobiec eliminacji (odrzuceniu) z przyczyn wyłącznie formalnych lub nie mających istotnego znaczenia w kontekście oferowanego świadczenia.

Odwołujący, w odniesieniu do zarzutów wskazanych w pkt 2 – 5 wskazał, iż w niniejszej sprawie ILF Consulting Engineers Polska Sp. z o.o. (dalej zwane „Wykonawcą”) zastrzegło jako tajemnicę przedsiębiorstwa opracowanie pn. „Zarządzanie ryzykiem wraz z techniczną oceną wykonalności robót” załączone do swojej oferty, a Zamawiający zastrzeżenie to uznał za skuteczne. Ocena opracowania, o którym mowa, była podstawą do przyznania przez Zamawiającego Wykonawcy punktów w ramach kryterium oceny ofert nazwanego w SIWZ kryterium „wartość techniczna” (pkt 20.5 SIWZ - IDW). Jak wynika z informacji o rozstrzygnięciu postępowania, Zamawiający dokonując tej oceny przyznał Wykonawcy maksymalną ilość punktów w tym kryterium. Co równie istotne, w informacji tej właściwie poprzestano jedynie na przytoczeniu zapisów pkt 20.5 SIWZ - IDW i wskazaniu przyznanej ilości punktów. Nie podano natomiast, czym kierował się Zamawiający przyznając Wykonawcy maksymalną ilość punktów w kryterium „wartość techniczna”, w szczególności zaś Zamawiający nie wskazał, jak przebiegała ocena spornego opracowania w świetle reguł wynikających z pkt 20.5.1 - 20.5.4 SIWZ - IDW, chociaż reguły te zostały w SIWZ opisane w sposób bardzo szczegółowy.

W tej sytuacji Odwołujący nie dość, że nie ma możliwości zapoznania się z częścią oferty Wykonawcy, która zawiera informacje poddane ocenie Zamawiającego w ramach kryterium „wartość techniczna”, to nadto nie wie, w jaki sposób ocena ta została w rzeczywistości dokonana przez Zamawiającego, bowiem Zamawiający nie podał żadnego uzasadnienia tej oceny.

Mając więc na uwadze daleko idący formalizm postępowania o zamówienie publiczne oraz fakt, iż zarzuty co do sposobu dokonania oceny oferty Wykonawcy w ramach kryterium „wartość techniczna” mogą zostać uznane za spóźnione, jeżeli miałyby być podniesione na etapie ponownego badania i oceny ofert, Odwołujący musiał postawić w niniejszym

30

odwołaniu także zarzuty w tym zakresie. Krajowa Izba Odwoławcza, będąc związaną zarzutami odwołania, może dokonać samodzielnej oceny nie tylko zasadności zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa spornego opracowania, ale i zasadności przyznania przez Zamawiającego temu opracowaniu maksymalnej ilości punktów w kryterium „wartość

techniczna".

Jak wskazano powyżej, okoliczność utajnienia treści spornego opracowania nie pozwala Odwołującemu, na skutek całkowitej niewiedzy co do jego treści, oprzeć swojej argumentacji na konkretnych zastrzeżeniach i uzasadnić w pełni przedstawione zarzuty.

W związku z powyższym zauważyć należy jedynie, że Zamawiający winien dokonać analizy prawidłowości zastrzeżenia tajemnicy. Badania takiego należy dokonać przed wyborem oferty najkorzystniejszej. Wykonawca powinien w sposób jasny wskazać, które informacje chce utajnić oraz gdzie zaczynają się i gdzie kończą informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Z uwagi na fakt, iż uprawnienie do utajnienia części informacji stanowi wyłom w generalnej zasadzie jawności postępowania, Zamawiający obowiązany jest czuwać nad prawidłowością jej realizacji poprzez zbadanie, czy aby Wykonawca nie dokonał jej naruszenia poprzez nieuprawnione zastrzeżenie tajemnicy. Takie stanowisko znajduje również poparcie w orzecznictwie (wyrok ZA z dnia 16 stycznia 2006r UZP/ZO/0-19/06). Utajnienie informacji może bowiem skutkować ograniczeniem prawa innych wykonawców do wnoszenia środków ochrony prawnej, a tym samym wypaczyć wynik postępowania poprzez uniemożliwienie zweryfikowania zgodności oferty z SIWZ, tak jak ma to miejsce w przedmiotowym postępowaniu. Dodatkowo wskazać należy, że takie bezprawne utajnianie informacji jest w gruncie rzeczy narzędziem ograniczania konkurencji przez wykonawców. W niniejszej sprawie Zamawiający oceny takiej nie dokonał, przyjmując właściwie automatycznie, iż opracowanie pn. „Zarządzanie ryzykiem wraz z techniczną oceną wykonalności robót” stanowi w całości tajemnicę przedsiębiorstwa.

Izba ustaliła, że podstawą wniesienia odwołania o sygn. akt KIO 2749/11 była czynność Zamawiającego polegająca na odrzuceniu oferty złożonej przez Odwołującego - wykonawcę SAFEGE S.A. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zaniechanie poprawienia w ofercie Odwołującego poprawienia omyłek na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp oraz dokonanie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy ILF Consulting Engineers Polska Spółka z o.o.

Izba ustaliła, że podstawą wniesienia odwołania o sygn. akt KIO 2756/11 była czynność Zamawiającego polegająca na odrzuceniu oferty złożonej przez Odwołującego – Konsorcjum MGGP S.A., AGUA Y ESTRUCTURAS S.A. oraz AYESA Polska Spółka z o.o.

31

na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zaniechanie poprawienia w ofercie Odwołującego poprawienia omyłek na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp oraz dokonanie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy ILF Consulting Engineers Polska Spółka z o.o.

Izba ustaliła, że podstawą wniesienia odwołania o sygn. akt KIO 2763/11 była czynność Zamawiającego polegająca na odrzuceniu oferty złożonej przez Odwołującego – Konsorcjum TPF Spółka z o.o., EGIS Poland Spółka z o.o. oraz SENER Spółka z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz dokonanie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy ILF Consulting Engineers Polska Spółka z o.o.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, w tym po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, treścią SIWZ, jak również po zapoznaniu się z ofertami złożonymi w postępowaniu przez wykonawców, po zapoznaniu się z każdym z odwołań, jak również stanowiskiem Zamawiającego, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron i uczestników postępowania odwoławczego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie, po dniu 29 stycznia 2010 r., tj. po dniu wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy ustawy Pzp w brzmieniu nadanym ww. ustawą nowelizującą.

W drugiej kolejności Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem któregośkolwiek z odwołań.

Izba wskazuje, iż z urzędu jest zobowiązana do badania spełnienia przesłanek określonych w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Izba uznała, iż odwołującym przysługuje prawo do skorzystania ze środków ochrony prawnej, gdyż w zakresie wszystkich odwołań (sygn. akt KIO 2749/11, KIO 2756/11 oraz KIO 2763/11) wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp kwalifikowaną

32

możliwością poniesienia szkody przez Odwołujących będącą konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności.

W zakresie odwołań o sygn. akt KIO 2749/11, KIO 2756/11 oraz KIO 2763/11 Izba ustaliła, iż Odwołujący złożyli w przedmiotowym postępowaniu ofertę. Oferty wszystkich Odwołujących zostały przez Zamawiającego odrzucone bez dokonania ich oceny i kwalifikacji punktowej. Odwołujący podnosząc zarzuty zmierzają do przywrócenia do postępowania i tym samym poddania ich ofert badaniu i ocenie w oparciu o kryteria oceny ofert, co jednocześnie daje im szansę uzyskania przedmiotowego zamówienia.

Tym samym Izba stwierdziła, iż odwołania, wobec nie stwierdzenia braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez odwołujących wpisów, podlegają rozpoznaniu.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem.

Izba uznała, iż przedstawione w toku rozprawy przez Zamawiającego oraz Odwołujących symulacje i rozliczenia odnoszące się do czynności rozbicia ceny ofertowej stanowią stanowiska własne Stron.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniach skład orzekający Izby stwierdził, że odwołania o sygn. akt KIO 2749/11, sygn. akt KIO 2756/11 oraz o sygn. akt KIO 2763/11 zasługują na uwzględnienie.

Biorąc pod uwagę tożsamość podstawy faktycznej oraz prawnej odrzucenia przez Zamawiającego ofert wykonawcy SAFEGE S.A., wykonawcy Konsorcjum MGGP S.A., AGUA Y ESTRUCTURAS S.A oraz AYESA Polska Spółka z o.o., jak również wykonawcy Konsorcjum TPF Spółka z o.o., Sener Spółka z o.o. oraz EGIS Poland Spółka z o.o. Izba postanowiła rozpoznać łącznie zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp Izba ustaliła, co następuje.

33

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, w oparciu o dokumentację postępowania, iż Zamawiający zamieścił w dniu 21.09.2011 r. na stronie internetowej SIWZ wraz z załącznikami.

W drugiej kolejności Izba ustaliła, iż Zamawiający w odniesieniu do rozbicia ceny ofertowej zawarł w dokumentacji postępowania następujące dokumenty oraz postanowienia:

I. W części I SIWZ zatytułowanej „Instrukcja dla wykonawców i formularze załączników”:

12. OPIS SPOSOBU PRZYGOTOWANIA OFERTY

12.1. Każdy Wykonawca może złożyć tylko jedna ofertę.

12.2. Ofertę należy przygotować ściśle według wymagań określonych w niniejszej SIWZ.

12.3. Oferta musi być podpisana przez osoby upoważnione do reprezentowania

Wykonawcy i zaciągania w jego imieniu zobowiązań finansowych w wysokości

odpowiadającej cenie oferty. Oznacza to, iż jeżeli z dokumentu określającego status prawny Wykonawcy lub pełnomocnictwa wynika, iż do reprezentowania Wykonawcy upoważnionych jest łącznie kilka osób, dokumenty wchodzące w skład oferty muszą być podpisane przez wszystkie te osoby.

12.4. Pełnomocnictwo osób podpisujących ofertę do reprezentowania Wykonawcy, zaciągania w jego imieniu zobowiązań finansowych w wysokości odpowiadającej cenie oferty oraz podpisania oferty musi bezpośrednio wynikać z dokumentów dołączonych do oferty. Oznacza to, że jeżeli pełnomocnictwo takie nie wynika wprost z dokumentu stwierdzającego status prawny Wykonawcy (odpisu z właściwego rejestru lub zaświadczenia o wpisie do ewidencji działalności gospodarczej), to do oferty należy dołączyć oryginał lub notarialnie poświadczony odpis pełnomocnictwa wystawionego na reprezentanta Wykonawcy.

12.5. Dokumenty dołączone do niniejszej SIWZ powinny zostać wypełnione przez Wykonawcę i dołączone do oferty, bądź też przygotowane przez Wykonawcę w innej – zgodnej z niniejszą SIWZ formie.

12.6. Zamawiający nie dopuszcza dokonywania w treści załączonych dokumentów jakichkolwiek zmian ich treści (skrótów, opuszczeń, skreśleń, poprawek lub dopisków) za wyjątkiem miejsc wykropkowanych lub oznaczonych gwiazdka (*).

12.7. Żadne dokumenty wchodzące w skład oferty, w tym również te przedstawiane w formie oryginałów, za wyjątkiem dokumentów określonych w pkt 11.4.2 SIWZ, jeżeli zajdą okoliczności określone w art. 46 ust. 1, 1a i 2 Ustawy, nie podlegają zwrotowi przez Zamawiającego.

12.8. Wykonawca ponosi wszelkie koszty związane z przygotowaniem i złożeniem oferty.

13. OPIS SPOSOBU OBLICZANIA CENY

13.1. Podana w ofercie cena ofertowa brutto musi uwzględniać wszystkie wymagania niniejszej SIWZ oraz obejmować wszelkie koszty bezpośrednie i pośrednie, jakie poniesie

34

Wykonawca z tytułu terminowego i prawidłowego wykonania całości przedmiotu zamówienia oraz podatek od towarów i usług (nie dotyczy Wykonawców zagranicznych, którzy nie są płatnikami podatku VAT w Polsce).

13.2. Cena oferty oraz sposób jej przedstawienia w ofercie określony jest w Formularzu Ofertowym, który stanowi Załącznik nr 1 do niniejszej SIWZ, w załączniku A do Formularza Ofertowego oraz w Rozbiciu Ceny Ofertowej.

13.3. Wartość nadzoru pełnionego w okresie gwarancyjnym nie może przekroczyć 5% wartości nadzoru pełnionego przy danym kontrakcie w okresie wykonywania robót budowlanych.

13.4. W przypadku Wykonawcy zagranicznego, który nie jest zarejestrowany w Polsce, Zamawiający w celu dokonania oceny oferty doliczy do przedstawionej w niej ceny (netto), podatek od towarów i usług, który Zamawiający miałby obowiązek wpłacić zgodnie z obowiązującymi przepisami.

14. FORMA OFERTY

14.1. Oferta musi być sporządzona w języku polskim, w 4 egzemplarzach (1 oryginał i 3 kopie; kopie mogą być kserokopiami oryginałów), mieć formę pisemną i format nie większy niż A4. Na ofertach powinien być odpowiedni napis: „oryginał”, „kopia I”, „kopia II”, „kopia III”. Arkusze o większych formatach należy złożyć do formatu A4.

14.2. Stosowne wypełnienia miejsc wykropkowanych w dokumentach stanowiących załączniki do niniejszej SIWZ i wchodzących następnie w skład oferty mogą być dokonane komputerowo, maszynowo lub ręcznie.

14.3. Dokumenty przygotowywane samodzielnie przez Wykonawcę na podstawie wzorów stanowiących załączniki do niniejszej SIWZ muszą mieć formę wydruku komputerowego lub maszynopisu.

14.4. Całość oferty musi być złożona w formie uniemożliwiającej jej przypadkowe zdekompletowanie – arkusze (kartki) oferty muszą być zszyte, w oprawie grzbietowej lub połączone w jedną całość inną techniką.

14.5. Wszelkie miejsca w ofercie, w których Wykonawca naniósł poprawki lub zmiany wpisywanej przez siebie treści, (czyli wyłącznie w miejscach, w których jest to dopuszczone przez Zamawiającego) muszą być parafowane przez osobę (osoby) podpisującą

(podpisujące) ofertę.

14.6. Dokumenty wchodzące w skład oferty mogą być przedstawiane w formie oryginałów lub kopii poświadczonych za zgodność z oryginałem. Zgodność z oryginałem wszystkich zapisanych stron kopii dokumentów wchodzących w skład oferty musi być potwierdzona przez osobę (lub osoby, jeżeli do reprezentowania Wykonawcy upoważnione są dwie lub więcej osoby) podpisującą (podpisujące) ofertę zgodnie z treścią dokumentu określającego

35

status prawny Wykonawcy lub treścią załączonego do oferty pełnomocnictwa, z zastrzeżeniem pkt. 14.7.

14.7. Kopie dokumentów dotyczące podmiotów o których mowa w pkt. 8.3 są poświadczane za zgodność z oryginałem przez te podmioty.

14.8. Dokumenty sporządzone w języku obcym należy złożyć wraz z ich tłumaczeniem na język polski.

14.9. Wykonawca może zastrzec w ofercie, iż Zamawiający nie będzie mógł ujawnić informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

14.10. Wykonawca może zastrzec w ofercie, oświadczeniem sporządzonym według wzoru stanowiącego Załącznik nr 7 do niniejszej Instrukcji dla Wykonawców, iż Zamawiający nie będzie mógł ujawnić informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W takim przypadku Wykonawca zobowiązany jest złożyć ofertę w taki sposób, aby arkusze (kartki) których dotyczy tajemnica przedsiębiorstwa były w sposób trwały odłączone od pozostałej części oferty. Ponadto każdy arkusz (kartka) objęty tajemnicą przedsiębiorstwa musi zostać opatrzony napisem informującym, że stanowi on tajemnicę przedsiębiorstwa (np. „Tajemnica przedsiębiorstwa”), natomiast wszystkie arkusze (kartki) zawierające tajemnicę przedsiębiorstwa muszą być zszyte, w oprawie grzbietowej lub połączone w jedną całość inną techniką. W przypadku, gdy Wykonawca nie zastosuje się do zapisów niniejszego punktu w zakresie opisanego oraz trwałego odłączenia arkuszy (kartek) objętych tajemnicą przedsiębiorstwa od pozostałej części oferty Zamawiający nie będzie ponosił odpowiedzialności w przypadku ujawnienia informacji w nich zawartych np. podczas dokonywania wglądu w oferty przez osoby trzecie.

14.11. Wykonawca nie jest zobowiązany do składania oświadczenia, o którym mowa w pkt 14.10. Nie złożenie Załącznika nr 7 do oferty, jest rozumiane przez Zamawiającego jako brak informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa podlegających zastrzeżeniu przez Wykonawcę.

14.12. Wykonawca nie może zastrzec następujących informacji: nazwy i adresu, informacji dotyczących ceny, terminu wykonania zamówienia, okresu gwarancji i warunków płatności.

14.13. Kopie dokumentów dotyczące podmiotów, o których mowa w pkt. 8.3 winny być poświadczane za zgodność z oryginałem przez te podmioty.

15. ZAWARTOŚĆ OFERTY

15.1. Kompletna oferta musi zawierać następujące dokumenty:

a) formularz oferty – wypełniony Załącznik nr 1 do SIWZ wraz z Załącznikiem „A” do Formularza Ofertowego oraz wypełnionym Rozbiciem Ceny Ofertowej;

36

b) Oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu – wypełniony załącznik nr 2 do SIWZ;

c) Oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia z postępowania – wypełniony załącznik nr 3 do SIWZ;

d) wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu Zamówienia, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania Zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nich czynności, oraz informacje o podstawie do dysponowania tymi osobami – wypełniony załącznik nr 4 do SIWZ;

e) Wykaz wykonanych – w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie – usług, o których mowa w punkcie 8.4.1., z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców

usług – wypełniony załącznik nr 5 do SIWZ oraz dokumenty potwierdzające, że usługi te zostały wykonane należycie;

f) wykaz prac przeznaczonych do podwykonania – wypełniony załącznik nr 6 zgodnie z pkt 22 SIWZ z zastrzeżeniem pkt 22.2. SIWZ;

g) oryginał lub notarialnie poświadczony odpis pełnomocnictwa wystawionego na reprezentanta Wykonawcy (jeżeli pełnomocnictwo takie nie wynika wprost z dokumentu stwierdzającego status prawny Wykonawcy);

h) pozostałe załączniki w postaci dokumentów opisanych w punkcie 9 SIWZ.

15.2. Pożądane przez Zamawiającego jest złożenie w ofercie spisu treści z wyszczególnieniem liczby arkuszy (kartek) wchodzących w skład oferty.

Następnie Izba ustaliła, iż Zamawiający w pkt 27 części I SIWZ zatytułowanym „Załączniki do niniejszej SIWZ” wskazał następujące dokumenty:

1. Załącznik nr 1 – wzór formularza ofertowego + załącznik A do formularza ofertowego;
2. Załącznik nr 2 – wzór oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu;
3. Załącznik nr 3 – wzór oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia z postępowania;
4. Załącznik nr 4 – wzór wykazu osób i podmiotów, które będą wykonywać niniejsze zamówienia;
5. Załącznik nr 5 – wzór wykazu prac, czynności i zamówień wykonanych przez wykonawcę w okresie ostatnich 3 lat;
6. Załącznik nr 6 – wykaz prac przeznaczonych do podwykonania;
7. Załącznik nr 7 – wzór oświadczenia, na podstawie art. 8 ust. 3 Ustawy, o nieujawnianiu informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

37

W dalszej kolejności Izba ustaliła, iż załącznik A do formularza ofertowego – całkowita cena ofertowa zawierał następujące elementy:

- całkowita cena ofertowa brutto za świadczenie usług;
- całkowita cena ofertowa netto za świadczenie usług;
- podatek VAT;

W tym:

- 1) Całkowita cena ofertowa brutto za świadczenie usług w okresie realizacji robót budowlanych na rzecz PKP PLK S.A., cena ofertowa (netto), podatek VAT;
- 2) Całkowita cena ofertowa brutto za świadczenie usług w okresie rękojmi za wady na rzecz PKP PLK S.A., cena ofertowa (netto), podatek VAT;
- 3) cena ofertowa brutto za świadczenie usług w okresie realizacji robót budowlanych na rzecz PKP S.A., cena ofertowa (netto), podatek VAT;
- 4) cena ofertowa brutto za świadczenie usług w okresie rękojmi za wady na rzecz PKP S.A., cena ofertowa (netto), podatek VAT;
- 5) cena ofertowa brutto za świadczenie usług w okresie realizacji robót budowlanych na rzecz Miasta za węzeł multimodalny, cena ofertowa (netto), podatek VAT;
- 6) cena ofertowa brutto za świadczenie usług w okresie rękojmi za wady na rzecz Miasta za węzeł multimodalny, cena ofertowa (netto), podatek VAT;
- 7) cena ofertowa brutto za świadczenie usług w okresie realizacji robót budowlanych na rzecz Miasta za przebudowę infrastruktury, cena ofertowa (netto), podatek VAT;
- 8) cena ofertowa brutto za świadczenie usług w okresie rękojmi za wady na rzecz Miasta za przebudowę infrastruktury, cena ofertowa (netto), podatek VAT.

Ustalono również, iż Zamawiający w części II SIWZ zatytułowanej „Projekt umowy” wskazał w § 3 ust. 3, że: „Szczegółowe rozbiecie wynagrodzenia opisanego w ust. 1 znajduje się w ROZBICIU CENY OFERTOWEJ stanowiącym załącznik nr ... do oferty”.

Nadto Izba ustaliła, iż w dokumentacji postępowania poza SIWZ znajdował się dokument noszący tytuł „2. Formularz „Rozbiecie Ceny Ofertowej” zawierający tabelę, która zawierała w pionie następujące kolumny: PKP PLK S.A., PKP S.A. oraz w zakresie Miasta Łódź podkolumny: razem, węzeł multimodalny oraz przebudowa infrastruktury. Powyższa tabela zawierała następujące wiersze poziome podzielone na podwiersze (zł, %): nadzór w okresie realizacji robót, nadzór w okresie zgłaszania wad, razem oraz ogółem.

W wierszu „Razem” w podwierszu „%” tabela zawierała dla następujących kolumn

następujące wartości procentowe: dla PKP PLK S.A. – 17,0868%, dla PKP S.A. – 2,8020%, dla Miasta Łódź – dla kolumny razem – 20,1112%, dla węzeł multimodalny – 18,9535% oraz dla przebudowa infrastruktury – 1,1577%.

38

Izba ustaliła również, iż na tej samej stronie, na której znajduje się tabela zatytułowana „2. Formularz „Rozbicie ceny ofertowej”” znajduje się powyżej pkt 1 zatytułowany „Podstawa wyceny ofertowej”, w którym zostało wskazane: „Opisy pozycji podane w Rozbiciu Ceny Ofertowej, nie będą uznane za ograniczające obowiązki Wykonawcy wynikające z Umowy. Wszystkie pozycje będą wycenione w PLN. Niezależnie od jakichkolwiek ograniczeń, które mogą być wywnioskowane ze sformułowań dla indywidualnych pozycji i/lub objaśnień w tym Wstępie, jasno będzie zrozumiane przez Wykonawcę, że kwoty wniesione do Rozbicia Ceny Ofertowej odnosić się będą do całościowego ukończenia usług w każdym względzie. Uważać się będzie, że uwzględnił On wszystkie wymagania i zobowiązania zawarte, wyrażone jak i wynikające ze wszystkich części umowy i odpowiednio wycenił zawarte tu pozycje. Dlatego kwota ta musi uwzględniać wszystkie dodatkowe i nieprzewidziane wydatki oraz ryzyka każdego rodzaju konieczne do wykonania usługi zgodnie z Umową. Dla realizacji projektu Zamawiający przewiduje również możliwość wystąpienia robót dodatkowych. Roboty te, do wartości nieprzekraczającej 100 mln zł netto, będą objęte przez Inżyniera obowiązkami nadzoru zgodnie z wszystkimi uregulowaniami zawartymi w Umowie oraz opisie Przedmiotu Zamówienia. Po przekroczeniu wartości 100 mln zł netto każdy nowy zakres robót budowlanych nie będzie objęty nadzorem wynikającym z niniejszego zamówienia, a ewentualne pełnienie nad nim nadzoru przez Inżyniera może być przedmiotem odrębnego zamówienia (umowy) w ramach zamówień uzupełniających. Kwoty wskazane przez wykonawcę w formularzu Rozbicia ceny ofertowej muszą być zgodne z procentowym rozbiem ceny ofertowej określonym przez Zamawiającego. Kwoty w formularzu rozbicia ceny ofertowej należy podawać z dokładnością dwóch miejsc po przecinku.

W niniejszym postępowaniu oferty złożyli następujący wykonawcy:

Oferta nr 1: Konsorcjum Grontmij Polska Spółka z o.o. oraz Lafrentz Polska Spółka z o.o.;

Oferta nr 2: Konsorcjum ARCADIS Spółka z o.o. oraz EC HARRIS Spółka z o.o.;

Oferta nr 3: ILF Consulting Engineers Polska Spółka z o.o.;

Oferta nr 4: Konsorcjum ECM Group Polska Spółka z o.o. oraz Ingenieria IDOM Internacional S.A.;

Oferta nr 5: SAFEGE S.A.;

Oferta nr 6: MGGP S.A., AYESA Polska Spółka z o.o. oraz AGUA Y ESTRUCTURAS S.A.;

Oferta nr 7: Scott Wilson Spółka z o.o. oraz URS Scott Wilson Ltd Spółka z o.o. Oddział w Polsce;

Oferta nr 8: TPF Spółka z o.o., EGIS Poland Spółka z o.o. oraz SENER Spółka z o.o.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp Izba ustaliła również, iż żaden z Odwołujących się wykonawców, tj. SAFEGE S.A.; Konsorcjum MGGP S.A., AYESA Polska Spółka z o.o. oraz AGUA Y ESTRUCTURAS S.A., jak również Konsorcjum TPF

39

Spółka z o.o., EGIS Poland Spółka z o.o. oraz SENER Spółka z o.o. nie dołączył do oferty formularza pn.: „Rozbicie ceny ofertowej”.

Zamawiający pismem z dnia 14.12.2011 r. poinformował wykonawców o odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp ofert ośmiu wykonawców, w tym ofert złożonych przez Odwołujących się, tj. SAFEGE S.A.; Konsorcjum MGGP S.A., AYESA Polska Spółka z o.o. oraz AGUA Y ESTRUCTURAS S.A., jak również Konsorcjum TPF Spółka z o.o., EGIS Poland Spółka z o.o. oraz SENER Spółka z o.o.

W uzasadnieniu powyższej czynności w tym samym piśmie Zamawiający wskazał, że: „Wyżej wskazane oferty zostały odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp (Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia). Zgodnie z poniższymi zapisami SIWZ:

1. pkt 13.2. Tomu I SIWZ – Instrukcji dla Wykonawców: „Opis sposobu obliczenia ceny”, cyt.: „Cena oferty oraz sposób jej przedstawienia w ofercie określony jest w Formularzu

Ofertowym, który stanowi Załącznik nr 1 do niniejszej SIWZ, w załączniku A do Formularza Ofertowego oraz Rozbiciu Ceny Ofertowej”;

2. pkt 15.1. Tomu I SIWZ – Instrukcji dla Wykonawców: „Zawartość oferty”, cyt.: „Kompletna oferta musi zawierać następujące dokumenty: formularz oferty – wypełniony Załącznik nr 1 do SIWZ wraz z Załącznikiem „A” do Formularza ofertowego oraz wypełnionym Rozbiciem Ceny Ofertowej (...);

3. pkt 1 Rozbicia Ceny Ofertowej – Część III SIWZ – Opis Przedmiotu Zamówienia:

„Podstawa wyceny ofertowej”, cyt.: Uważać się będzie, że uwzględnił On (Wykonawca) wszystkie wymagania i zobowiązania zawarte, wyrażone jak i wynikające ze wszystkich części Umowy i odpowiednio wycenił zawarte tu pozycje. Kwoty wskazane przez wykonawcę w formularzu Rozbicia ceny ofertowej muszą być zgodne z procentowym rozbiem ceny ofertowej określonym przez Zamawiającego. Kwoty w formularzu rozbicia ceny ofertowej należy podawać z dokładnością dwóch miejsc po przecinku”.

W dalszej części uzasadnienia czynności odrzucenia ofert Zamawiający wskazał, że: „Wykonawcy byli zobligowani do przedstawienia ceny w swojej ofercie w Formularzu Ofertowym, Załączniku A do Formularza Ofertowego oraz Rozbiciu Ceny Ofertowej („RCO”). Z powyższych zapisów SIWZ, w sposób nie budzący wątpliwości wynika, że obowiązkiem Wykonawców było złożenie wraz z ofertą Rozbicia Ceny Ofertowej. Wymóg przedstawienia ceny przez Wykonawcę w RCO miał na celu wskazanie cen za pełnienie nadzoru w odniesieniu do poszczególnych Zamawiających przy konieczności zachowania procentowego rozbicia ceny oferowanej na poszczególnych Zamawiających. Wobec powyższego oferty, które nie zawierają RCO, zostały odrzucone zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy: „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji

40

istotnych warunków zamówienia (...). W niniejszym postępowaniu powyższego wymogu nie spełniły oferty: 1, 2, 4, 5, 6, 7 i 8. Należy również wskazać, że zgodnie z zastrzeżeniem zawartym w pkt 1 Rozbicia Ceny Ofertowej: „Kwoty wskazane przez wykonawcę w formularzu Rozbicia Ceny Ofertowej muszą być zgodne z procentowym rozbiem ceny ofertowej określonym przez Zamawiającego”. W tym formularzu Zamawiający określił bowiem procentowe rozbiecie prac w stosunku do każdego Zamawiającego, tj. odpowiednio: dla PKP PLK S.A. – 77,0868%, dla PKP S.A. – 2,8020%, dla Miasta Łódź łącznie 20,112%. Wymóg uwzględnienia procentowej wartości robót przypadających na każdego z Zamawiających nie został zachowany przez Wykonawców, którzy złożyli Oferty Nr: 1,2,4,5 i 6. Jak wynika z przeliczeń kwot wartości ceny oferty, dokonanych przez Zamawiającego, (w oparciu o złożony wraz z ofertą Załącznik A do formularza ofertowego – całkowita cena ofertowa) wymóg procentowego rozbicia ceny na poszczególnych Zamawiających, nie został uwzględniony we wskazanych ofertach”.

Krajowa Izba Odwoławcza w odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zważyła, co następuje.

Sygn. akt KIO 2749/11

Sygn. akt KIO 2756/11

Sygn. akt KIO 2763/11

I. W odniesieniu do zarzutu dotyczącego naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez odrzucenie w ramach postępowania ofert złożonych przez Odwołujących się wykonawców ze względu na niezgodność treści ofert z treścią SIWZ Izba uznała, iż zasługuje on na uwzględnienie.

Na wstępie należy wskazać, iż na zamawiającym każdorazowo spoczywa obowiązek sporządzenia dokumentacji postępowania w sposób umożliwiający obiektywną i jednoznaczną identyfikację jego wymagań. Tym samym sporządzenie przez Zamawiającego dokumentacji postępowania (ogłoszenia o zamówieniu, SIWZ oraz wszelkich załączników) winno umożliwiać zapewnienie zachowania naczelnych zasad zamówień publicznych, w tym zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz zasady jawności i obiektywizmu wyrażonych w art. 8 ust. 1 oraz 7 ust. 2 ustawy Pzp. To na zamawiającym, jako profesjonalście, spoczywa obowiązek

umożliwienia wykonawcom prawidłowej identyfikacji wszelkich wymagań związanych z prowadzonym postępowaniem. W doktrynie, jak również w orzecznictwie prezentowany jest pogląd, iż wszelkie wątpliwości znajdujące swoje źródło w dokumentacji postępowania winno się rozstrzygać na korzyść wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego.

Izba biorąc pod uwagę całokształt dokumentacji postępowania uznała, iż sposób przedstawienia poszczególnych wymagań, jak również dokumentów, sposób kompilacji załączników oraz ich zewnętrzna szata graficzna mogły nasuwać uzasadnione wątpliwości co do wymagań oraz żądań Zamawiającego w przedmiocie sporządzenia rozbicia ceny ofertowej.

W odniesieniu do kwestii odnoszącej się spornego dokumentu w postaci formularza rozbicia ceny ofertowej (RCO), zarówno wykaz załączników do SIWZ, jak również punkt 12 części I SIWZ zatytułowany „Opis sposobu przygotowania oferty” nie czynią formularza RCO – rozbicie ceny ofertowej wprost załącznikiem do oferty. Takiego elementu oferty nie wymienia również punkt 14 części I SIWZ zatytułowany „Forma oferty”. O rozbiciu ceny ofertowej jest mowa w ppkt 13.1. zawartym w pkt 13 „Opis sposobu obliczania ceny” oraz w ppkt 15.1., które mogą wskazywać, iż mamy do czynienia z określonego rodzaju czynnością techniczną (arytmetyczną), nie zaś samodzielnym załącznikiem do oferty. Wszakże formularz zatytułowany „Rozbicie Ceny Ofertowej” został ujęty poza SIWZ, która zawiera trzy części (część I – Instrukcja Dla Wykonawców i Formularze Załączników, str. 1 – 46; część II Projekt umowy, str. 1 – 32 oraz część III Opis Przedmiotu Zamówienia, str. 1 – 41). Został on umiejscowiony w dokumentacji postępowania wraz ze wzorami dokumentów stanowiącymi załączniki mające swoje zastosowanie na etapie realizacji umowy, w tym rejestr roszczeń (załącznik 1.01), harmonogram przepływu gotówki (załącznik 1.02), zestawienia faktur i przejściowych świadectw płatności (załącznik 1.03), zestawienia faktur za nadzór (załącznik 1.04), globalne zestawienia faktur za nadzór (załącznik 1.05) itd.

Tym samym wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia mieli podstawy zakładać, że w związku z zawarciem w załączniku A do formularza ofertowego tożsamych danych obejmujących czynność rozbicia ceny ofertowej postanowienia ppkt 13.3 oraz 15.1 lit. a) części I SIWZ stanowią o pewnego rodzaju czynności, której wyniki ujęte winny zostać w załączniku A do formularza ofertowego. W tym zakresie Izba podzieliła stanowisko Odwołującego SAFEGE S.A., wyrażone w toku rozprawy, że załącznik A do formularza ofertowego zawiera w sobie rozbicie ceny ofertowej.

Powyższe rozbieżności spowodowały, iż z 8 wykonawców, którzy złożyli oferty, tylko jeden z nich (ILF Consulting Engineers Polska Spółka z o.o.) w sposób prawidłowy zidentyfikował dokument stanowiący rozliczenie ceny ofertowej.

Biorąc pod uwagę okoliczność, iż załącznik A do formularza ofertowego zawiera wszystkie istotne elementy składające się na czynność rozbicia ceny ofertowej, w tym podział wartości dotyczących całkowitej ceny ofertowej za świadczenie usług w okresie realizacji robót budowlanych na kwotę netto, brutto oraz podatek VAT, jak również całkowitej ceny ofertowej za świadczenie usług w okresie rękojmi za wady w kwocie netto, brutto oraz wartości podatku VAT przy uwzględnieniu wartości wszystkich tych pozycji z rozbiciem na poszczególnych Zamawiających (Miasto Łódź, PKP S.A. oraz PKP PLK S.A.), jak również całkowitą cenę ofertową brutto, z wyodrębnieniem całkowitej wartości netto oraz podatku VAT to jak słusznie zostało wskazane w toku rozprawy przez Odwołującego SAFEGE S.A. stanowi on jedynie powielenie danych zawartych w formularzu „Rozbicie ceny ofertowej”. Wszakże pozostałe dane ujęte w powyższym formularzu obejmują jedynie sumaryczną wartość pozycji za nadzór w okresie realizacji robót i w okresie zgłaszania wad oraz sumaryczną wartość pozycji dla Miasta Łodzi za zakres dotyczący węzła multimodalnego i zakres dotyczący przebudowy infrastruktury.

Zatem należy wskazać, iż nawet przy uznaniu, że dokument ten jest elementem oferty to jego ewentualny brak należałoby traktować jako brak formalny, a nie brak merytoryczny. Jest to konsekwencją uznania, iż brak dołączenia formularza zawierającego Rozbicie Ceny Ofertowej nie stanowi merytorycznego braku w treści oferty, gdyż pozostałe dokumenty

wchodzące w skład oferty zawierają wszystkie wymagane przez Zamawiającego informacje w tym przedmiocie, tj. w przedmiocie sporządzenia rozbięcia ceny ofertowej. Warto zauważyć, co zostało również podniesione w toku rozprawy przez Odwołującego Konsorcjum MGGP S.A., AYESA Polska Spółka z o.o. oraz AGUA Y ESTRUCTURAS S.A., iż trudno jest wywnioskować, czy pomiędzy wykonaniem czynności rozbięcia ceny ofertowej a dołączeniem załącznika formularza Rozbięcie Ceny Ofertowej zachodzi jakakolwiek różnica.

Tym samym czynności rozbięcia ceny ofertowej nie należy utożsamiać z obowiązkiem złożenia sformalizowanego dokumentu, ale z pewnego rodzaju czynnością techniczną obejmującą arytmetyczne wyliczenie pewnych wartości dokonane w oparciu o dane stanowiące przedmiot oświadczenia woli wykonawcy (cena całkowita oraz procentowy udział wartości usługi na etapie usuwania wad i usterek, który został ograniczony przez Zamawiającego do wysokości 5%) oraz dane narzucone przez Zamawiającego wykonawcom – wyrażone w postaci procentowego udziału (partycypacji) poszczególnych zamawiających w całkowitym koszcie usługi nadzoru. Zatem podział ceny według wskaźników określonych przez Zamawiającego ma charakter wtórny i irrelevantny dla zakresu świadczenia oraz sposobu kalkulacji ceny ofertowej.

Z merytorycznego punktu widzenia nie jest zatem istotne, z którego dokumentu oferty Zamawiający jest w stanie uzyskać istotne dla siebie informacje, gdyż kwestia ta odnosi się do formalnych jej aspektów. Miejsce i sposób wyrażenia określonej przez Zamawiającego i

43

istotnej dla niego treści jest bez znaczenia z punktu widzenia oceny zgodności treści oferty z treścią SIWZ. Tylko bowiem brak określonych elementów oferty lub ich pojęciowa rozbieżność może stanowić o merytorycznej niezgodności.

W tym miejscu Izba za właściwe uznała przywołanie wskazanego w odwołaniu o sygn. akt KIO 2756/11 orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej w postaci wyroku z dnia 18 lutego 2011 r. (sygn. akt KIO 232/11), w uzasadnieniu którego zostało wskazane, że: „Zamawiający może dokonać odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy jedynie w sytuacji ustalenia w sposób nie budzący wątpliwości, że oferta wykonawcy nie zapewni realizacji zamierzonego i opisanego w siwz celu, a zaoferowane świadczenie nie odpowiada wyrażonym w treści siwz wymaganiom. Sprzeczność treści oferty z treścią siwz zachodzi wówczas, gdy przedmiot zaoferowany w ofercie nie odpowiada przedmiotowi zamówienia i rozbieżności te dotyczą istotnych elementów”.

Za nieuzasadnione Izba uznała twierdzenia Przystępującego ILF Consulting Engineers Polska Spółka z o.o., który wskazał, że formularz ten zawiera dodatkowe oświadczenia wykonawcy istotne z punktu widzenia realizacji usługi, w tym dotyczące nadzoru nad robotami dodatkowymi do wartości 100 mln złotych. Przystępujący wskazał ponadto w toku rozprawy, iż Zamawiający odpowiadając na pytanie nr 24 odniósł się do Rozbięcia Ceny Ofertowej. W odniesieniu do powyższego Izba wskazuje, iż po pierwsze, jak słusznie wskazał Odwołujący Konsorcjum TPF Spółka z o.o., EGIS Poland Spółka z o.o. oraz SENER Spółka z o.o., formularz Rozbięcie Ceny Ofertowej nie zawiera żadnych istotnych oświadczeń, a jedynie odnosi się do sposobu skonstruowania ceny. Izba wskazuje również, iż zapisy zawarte w pkt 1 nad tabelą zawierającą Formularz „Rozbięcie Ceny Ofertowej” wskazują i potwierdzają m.in., że „opisy pozycji podane w Rozbiciu Ceny Ofertowej, nie będą uznane za ograniczające obowiązki Wykonawcy wynikające z Umowy (...)”, a więc nie będą miały wpływu na sposób i zakres świadczenia. Po drugie, wbrew twierdzeniom Przystępującego ILF Consulting Engineers Polska Spółka z o.o., Zamawiający w odpowiedzi na pytanie nr 24 nie odniósł się do formularza Rozbięcie Ceny Ofertowej. Takie odniesienie znajduje się w pytaniu nr 24 i dotyczy braku odrębnej pozycji dla usługi nadzoru nad robotami dodatkowymi. Zamawiający odpowiadając na powyższe pytanie potwierdził jedynie konieczność uwzględnienia w cenie podstawowej wynagrodzenia za usługi nadzoru nad robotami dodatkowymi do wartości nie przekraczającej 100 mln złotych. Zatem, w ocenie Izby, wyjaśnienia te, stanowiąc interpretację postanowień SIWZ, były wiążące dla wykonawców bez konieczności składania w tym przedmiocie dodatkowych oświadczeń.

Wobec powyższego Izba uznała, iż brak w ofertach wykonawców SAFEGE S.A. oraz wykonawcy Konsorcjum MGGP S.A., AGUA Y ESTRUCTURAS S.A. oraz AYESA Polska Spółka z o.o., jak również wykonawcy Konsorcjum TPF Spółka z o.o., Sener Spółka z o.o. oraz EGIS Poland Spółka z o.o. wypełnionego formularza – Rozbięcie Ceny Ofertowej nie

stanowił podstawy do odrzucenia ofert wykonawców na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Dla oceny, czy mamy do czynienia z elementem treści oferty istotny jest fakt jakie znaczenie ma formularz Rozbicie Ceny Ofertowej dla realizacji świadczenia, a nie jakie znaczenie przypisuje mu Zamawiający.

Wszakże czynność odrzucenia oferty wykonawcy w oparciu o instytucję uregulowaną w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp winna odnosić się do meritum świadczenia a nie formalnych braków oferty. Nawet przyjęcie, iż formularz Rozbicie Ceny Ofertowej zawiera istotne dla Zamawiającego informacje to mają one jedynie charakter techniczny. Dane te, wyliczone w oparciu o stałe i niezmiennie wskaźniki, służą jedynie rozliczeniu wynagrodzenia pomiędzy poszczególnymi Zamawiającymi i pozostają bez wpływu na zakres i sposób spełnienia świadczenia przez wykonawców.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, iż brak w ofertach Odwołujących się wykonawców formularza Rozbicie Ceny Ofertowej nie uprawniał Zamawiającego do odrzucenia tych ofert. Wynika to m.in. z faktu, iż formularz ten nie stanowił w formalnym znaczeniu załącznika do SIWZ i tym samym oferty, zaś dane ujęte w załączniku A do formularza ofertowego umożliwiając ocenę prawidłowości dokonania czynności rozbicia ceny ofertowej i tym samym zgodności ofert poszczególnych wykonawców z treścią SIWZ.

Tym samym Izba uznała, iż oferta złożona przez wykonawcę Konsorcjum TPF Spółka z o.o., Sener Spółka z o.o. oraz EGIS Poland Spółka z o.o. zawiera wszystkie podstawowe informacje związane z czynnością rozbicia ceny ofertowej wymagane przez Zamawiającego. Powyższe nie było kwestią sporną pomiędzy Zamawiającym a Odwołującym, na co jednoznacznie wskazuje przedstawione przez Zamawiającego w toku rozprawy wyliczenie, z którego wynika, iż brak jest różnic w wyliczeniu procentowym pomiędzy Oferentem a SIWZ.

Sygn. akt KIO 2749/11

Sygn. akt KIO 2756/11

Krajowa Izba Odwoławcza w odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 oraz art. 87 ust. 1 ustawy Pzp ustaliła, co następuje.

W odniesieniu do powyższego zarzutu Izba, poza analogicznymi ustaleniami jak w zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, ustaliła, że: wykonawcy SAFEGE S.A. oraz Konsorcjum MGGP S.A., AGUA Y ESTRUCTURAS S.A. oraz AYESA Polska Spółka z o.o. zastosowali w złożonych ofertach w załączniku A do formularza

ofertowego wskaźniki procentowe, inne niż wynikające z tabeli zatytułowanej „Rozbicie ceny ofertowej”. Powyższe nie było kwestią sporną pomiędzy Odwołującymi i Zamawiającym. Z przedstawionej przez Zamawiającego w toku rozprawy tabeli zatytułowanej „Zestawienie ofert pod kątem zgodności z RCO” wynika, iż wykonawca SAFEGE S.A. zaokrąglił wskazane przez Zamawiającego wskaźniki otrzymując dla PKP PLK S.A. wartość 73,0000%, dla PKP S.A. wartość 3,0000%, zaś dla Miasta Łódź wartości 12,0000% (węzeł multimodalny) oraz 12,0000% (rozbudowa infrastruktury). Wykonawca Konsorcjum MGGP S.A., AGUA Y ESTRUCTURAS S.A. oraz AYESA Polska Spółka z o.o., co wynika z wyliczeń Zamawiającego oraz oświadczenia Odwołującego Konsorcjum MGGP S.A., AGUA Y ESTRUCTURAS S.A. oraz AYESA Polska Spółka z o.o. złożonego w toku rozprawy, wskaźniki procentowe służące dokonaniu czynności rozbicia ceny ofertowej uzyskał z załączonej wraz z odpowiedzią na pytanie nr 23 zawartej w piśmie z dnia 18 października 2011 r. umowy o współpracę z dnia 28.03.2011 r. Izba ustaliła, iż wartości procentowe wynikają z zapisu § 9 ust. 4 lit. a – b przywołanej umowy, który określa przedmiotowe wskaźniki w sposób następujący: dla PKP PLK S.A. – 77,4584%, dla PKP S.A. – 2,7573% oraz dla Miasta Łódź – 19,7848%.

Powyższy zapis umowy z dnia 28.03.2011 r. stanowi, że: „Strony zgodnie oświadczają, iż orientacyjne finansowanie oraz rozliczenie wynagrodzenia należnego Inżynierowi będzie obciążać Strony zgodnie z następującym podziałem procentowym: dla PKP PLK S.A. –

77,4584%, dla PKP S.A. – 2,7573% oraz dla Miasta Łódź – 19,7848%. Rzeczywiste procentowe udziały stron zostaną ustalone po podpisaniu umów na LOT B1 i LOT B2. Powyższe rozbieżności procentowe obowiązuje dla całości postępowania przetargowego na wybór Inżyniera.

Krajowa Izba Odwoławcza w odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 oraz art. 87 ust. 1 ustawy Pzp zważyła, co następuje.

II. W odniesieniu do ofert wykonawców SAFEGE S.A. oraz wykonawcy Konsorcjum MGGP S.A., AGUA Y ESTRUCTURAS S.A. oraz AYESA Polska Spółka z o.o. Izba uznała, iż dokonana przez ww. wykonawców czynność rozbicia ceny ofertowej nie uwzględnia określonych przez Zamawiającego wskaźników (bezsporne) stanowiąc o niezgodności treści tychże ofert z treścią SIWZ.

Biorąc jednak pod uwagę podniesione w odwołaniu o sygn. akt KIO 2749/11 (SAFEGE S.A.) oraz odwołaniu o sygn. akt KIO 2756/11 (Konsorcjum MGGP S.A., AGUA Y ESTRUCTURAS S.A. oraz AYESA Polska Spółka z o.o.) zarzuty, w tym zarzut naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 w dalszej kolejności wymaga rozważenia kwestia statusu tej niezgodności i

46

kwestia możliwości jej poprawienia przez Zamawiającego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 1 – 3 ustawy Pzp.

W ocenie Izby oparcie dokonanych przez wykonawcę SAFEGE S.A. oraz wykonawcy Konsorcjum MGGP S.A., AGUA Y ESTRUCTURAS S.A. oraz AYESA Polska Spółka z o.o. wyliczeń w zakresie rozbicia ceny ofertowej na wskaźnikach procentowych odmiennych od określonych przez Zamawiającego stanowi o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, zarówno co do danych wyjściowych, jak również co do uzyskanych w oparciu o te wskaźniki wyliczeń poszczególnych wartości. Wskaźniki te zostały bowiem zawarte w formularzu Rozbicie Ceny Ofertowej oraz załączonej wraz z odpowiedzią na pytanie nr 23 (pismo z dnia 18.10.2011 r.) umowie współpracy z dnia 28.03.2011 r.

Izba nie podzieliła, zaprezentowanego na etapie rozprawy, stanowiska Przystępującego Konsorcjum TPF Spółka z o.o., EGIS Poland Spółka z o.o. oraz SENER Spółka z o.o., który wskazał, że niezgodność tą należy zakwalifikować jako błąd, którego nie można poprawić na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. W odniesieniu do powyższego argumentu Izba wskazuje, iż w całości zaaprobowana tezę zawartą w przywołanym w treści odwołania o sygn. akt KIO 2756/11 orzeczeniu Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 października 2011 r. (sygn. akt KIO 2048/11), w którym zostało wskazane, że: „Odnosnie omyłkowego wystąpienia niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, nie można z przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p. wywieść, iż ma to być wyłącznie tzw. niezawiniony błąd. Chodzi natomiast o błąd niezamierzony w tym sensie, że składający oświadczenie objęte ofertą zamierza i chce złożyć je zgodnie z treścią wymagań SIWZ, ale na skutek błędnego ich odczytania, składa w rezultacie oświadczenie o treści odmiennej niż zamierzona, nie zdając sobie nawet z tego sprawy (...)”. Izba uznaje, iż przedstawiona powyżej argumentacja w pełni przystaje do okoliczności niniejszej sprawy. Wszakże Odwołujący się wykonawcy w sposób omyłkowy ustalili źródło niezbędnych do określenia rozbicia ceny ofertowej wskaźników procentowych.

Jednakże w zakresie możliwości zastosowania instytucji uregulowanej w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp należy wskazać, iż bez znaczenia pozostaje fakt, która ze Stron przyczyniła się do powstania tej omyłki.

W ocenie Izby powyższe działanie zakwalifikować należy jako szczególnego rodzaju omyłkę o złożonym charakterze. Wszakże omyłkowa identyfikacja miejsca zawarcia w dokumentacji postępowania wskaźników procentowych przekłada się na prawidłowość dokonania czynności rozbicia ceny ofertowej. Jednakże nie stanowi ona omyłki rachunkowej, gdyż wykonawcy dokonali prawidłowych operacji matematycznych, które zostały jedynie dokonane w oparciu o omyłkowo ustalone dane wyjściowe. Powyższa omyłka nie stanowi również omyłki pisarskiej, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. Powyższa analiza jest wynikiem podniesionej przez Zamawiającego w toku rozprawy argumentacji, w ramach

47

której zostało wskazane, iż Odwołujący mają trudności z prawidłową kwalifikacją zaistniałych omyłek. Zdaniem Izby powyższe jest wynikiem złożoności czynności składającej się nie tylko na sposób stwierdzenia przedmiotowych omyłek, ale również ze względu na złożony sposób ich poprawienia.

Tym samym, w ocenie Izby, niezależnie od złożonego charakteru omyłki w wyliczeniu rozbicia ceny ofertowej Izba uznała, iż omyłka ta stanowi inną omyłkę w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Powyższe jest podyktowane faktem, że uzyskane przez wykonawców dane (informacje) nie odpowiadają danym żądanym przez Zamawiającego, jednocześnie nie stanowiąc omyłki pisarskiej, jak również nie stanowią omyłki rachunkowej w ścisłym tego słowa znaczeniu.

Jeżeli zatem nie odpowiadają one założonemu przez Zamawiającego zakresowi koniecznych informacji przedmiotem oceny dokonanej przez Izbę będzie możliwość ich poprawienia przez Zamawiającego.

Po pierwsze jak podkreśla się w doktrynie i orzecznictwie zamawiający jest zobligowany do zastosowania instytucji uregulowanej w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w przypadku gdy mamy do czynienia z omyłką, a więc niezamierzonym przez wykonawcę działaniem prowadzącym do sytuacji, że treść złożonej przez niego oferty nie odpowiada treści SIWZ. Nie ulega wątpliwości, iż w niniejszym stanie faktycznym mamy do czynienia z taką omyłką. Jak ustalono w toku postępowania odwoławczego jej powstanie jest bowiem wynikiem omyłkowej identyfikacji przez Odwołujących miejsca ujęcia przez Zamawiającego w dokumentacji postępowania procentowych wskaźników niezbędnych do dokonania czynności rozbicia ceny ofertowej. Wykonawca Konsorcjum MGGP S.A., AGUA Y ESTRUCTURAS S.A. oraz AYESA Polska Spółka z o.o. wskazał w toku rozprawy, iż wartości te uzyskał z treści dołączonej wraz z odpowiedzią na pytanie nr 23 zawartej w piśmie z dnia 18 października 2011 r. umowy o współpracę z dnia 28.03.2011 r. Izba ustaliła, iż wartości procentowe wynikają z zapisu § 9 ust. 4 lit. a – b przywołanej umowy, który określa przedmiotowe wskaźniki w sposób następujący: dla PKP PLK S.A. – 77,4584%, dla PKP S.A. – 2,7573% oraz dla Miasta Łódź – 19,7848%. Wskaźniki te nieznacznie różnią się od wartości wskazanych w formularzu Rozbicie Ceny Ofertowej (dla PKP PLK S.A. – 77,0868%, dla PKP S.A. – 2,8020% oraz dla Miasta Łódź - łącznie 20,1112%).

Po drugie w orzecznictwie reprezentowany jest pogląd, iż aby czynność zastosowania instytucji uregulowanej w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp była dopuszczalna zamawiający winien posiadać możliwość samoistnego stwierdzenia omyłki oraz jej poprawienia w oparciu tylko i wyłącznie o treść oferty wykonawcy. W ocenie Izby nie ulega wątpliwości, wbrew twierdzeniom Zamawiającego podniesionym w toku rozprawy, iż posiada on możliwość dokonania tych czynności samodzielnie – jedynie przy zastosowaniu podstawowych operacji arytmetycznych.

Po trzecie aby została wypełniona hipoteza normy prawnej uregulowanej w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp wskutek zastosowania powyższej instytucji, tj. wskutek czynności poprawienia omyłki nie może dojść do istotnej zmiany treści oferty wykonawcy. W ocenie Izby, jak zostało to już wskazane w ramach rozpoznania zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, dane i informacje uzyskane w ramach czynności rozbicia ceny ofertowej nie stanowią merytorycznej treści oferty w ścisłym tego słowa znaczeniu. Nie odnoszą się one bowiem do zakresu świadczenia wykonawcy (zakresu przedmiotowego zamówienia, terminu i sposobu jego realizacji, sposobu wyliczenia ceny ofertowej), lecz są jedynie wynikiem działań matematycznych, dla których dane wyjściowe stanowi całkowita cena ofertowa, procentowy udział nadzoru w okresie gwarancji i rękojmi w odniesieniu do całokształtu wynagrodzenia oraz narzucone i określone przez Zamawiającego wskaźniki procentowe.

W tym miejscu Izba w całej rozciągłości podzieliła stanowisko zaprezentowane w toku rozprawy przez Odwołującego Konsorcjum MGGP S.A., AGUA Y ESTRUCTURAS S.A. oraz AYESA Polska Spółka z o.o., że stanowią one element wtórny a nie pierwotny, który nie ma wpływu na sposób obliczenia ceny, zaś wykonawcy mieli wskazać cenę globalną i podzielić ją sztucznie ze względu na płatników. Należy bowiem wskazać, iż podanie tych danych ma na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jedynie informacyjne znaczenie i nie przekłada się na sposób i zakres świadczenia wykonawcy. W ocenie Izby nie bowiem nie stało na przeszkodzie aby to Zamawiający samodzielnie określili wysokość zobowiązań przypadającą na poszczególnych płatników.

Biorąc pod uwagę powyższe uznać należy, iż w niniejszym stanie faktycznym dla dokonania prawidłowego rozbicia ceny ofertowej zastosowanie będzie miała instytucja uregulowana w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. W tym miejscu, biorąc pod uwagę podniesione w toku rozprawy przez Zamawiającego argumenty, iż brak jest możliwości dokonania samodzielnie tej czynności wskazać należy, iż przedstawione przez Zamawiającego w toku rozprawy symulacje i tabele rozliczeniowe przeczą tym twierdzeniom. Możliwość sprawdzenia i kontroli dokonanych przez wykonawców wyliczeń wskazuje na możliwość dokonania takiej czynności bez ich udziału. Wszakże czynności sprawdzające prawidłowość sporządzenia przez wykonawców rozbicia ceny ofertowej wymaga dokonania kierunkowo przeciwnych działań (dodawanie – odejmowanie, mnożenie – dzielenie). Przemienność jest bowiem jedną z własności działań dwuargumentowych. Jeżeli bowiem istnieje możliwość weryfikacji operacji arytmetycznych przeprowadzonych przez wykonawców, tym samym istnieje możliwość dokonania wyliczeń kierunkowo przeciwnych, tj. pozwalających otrzymać wyniki uprzednio będące przedmiotem weryfikacji przez Zamawiającego. Wszakże Zamawiający w przedłożonym w toku rozprawy dokumencie zatytułowanym „Zestawienie ofert pod kątem zgodności z RCO” dokonał wyliczenia

49

zastosowanych przez wykonawców procentów w oparciu o zawarte w załączniku nr A do formularza ofertowego wartości oraz dokonał wyliczenia w przedstawionych dla wykonawców SAFEGE S.A. i Konsorcjum MGGP S.A., AGUA Y ESTRUCTURAS S.A. oraz AYESA Polska Spółka z o.o. odstępstw w ustaleniu wskaźników procentowych (Różnica w wyliczeniu % pomiędzy Oferentem a SIWZ). Tym samym uznać należy, iż te same metody arytmetyczne winien on zastosować do wyliczenia właściwych wartości w ramach rozbicia ceny ofertowej w oparciu o określone w SIWZ wskaźniki procentowe.

Powyższe działania Zamawiającego przeczą również jego twierdzeniom, iż brak jest dla dokonania czynności poprawienia zaistniałych omyłek wystarczających danych. Otóż, w ocenie Izby, możliwość dokonania weryfikacji prawidłowości dokonanych wyliczeń i ustalenie różnic pomiędzy prawidłowymi a nieprawidłowymi wskaźnikami procentowymi potwierdza jedynie, iż istnieje możliwość dokonania tej czynności samodzielnie przez Zamawiającego.

Wyliczenie procentowego udziału wynagrodzenia za pełnienie obowiązków w okresie gwarancji i rękojmi jest bowiem możliwe w oparciu o zasadę proporcji. Jeżeli Zamawiający będzie miał trudności w ustaleniu powyższego wskaźnika może wszakże zwrócić się do wykonawcy o złożenie w tym zakresie wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Za dopuszczalne bowiem należy uznać wykorzystanie informacji uzyskanych w drodze wyjaśnień jako źródła wiedzy umożliwiającego i wspomagającego dokonanie czynności określonych w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. W tym wypadku konieczność wezwania do złożenia wyjaśnień może jedynie zachodzić celem potwierdzenia ww. wskaźnika, gdyż jego ustalenie jest możliwe w oparciu o zasadę proporcji poszczególnych wartości odnoszących się do ceny ofertowej za świadczenie usług w okresie realizacji robót budowlanych i za świadczenie usług w okresie rękojmi za wady w odniesieniu do tego samego zamawiającego. Jak wynika z przedstawionych przez Zamawiającego w toku rozprawy wyliczeń dokonał on ustalenia procentowych wskaźników dla poszczególnych wykonawców (4,99% dla ILF Consulting Engineers Polska Spółka z o.o.; 4,17% dla SAFEGE S.A. oraz 3,50% dla Konsorcjum MGGP S.A., AGUA Y ESTRUCTURAS S.A., AYESA Polska Spółka z o.o. oraz 3,09% dla TPF Spółka z o.o., SENER Spółka z o.o. oraz EGIS Poland Spółka z o.o.). Pozostałe wyliczenia będą jedynie polegały na ustaleniu dla poszczególnych pozycji wartości w oparciu o określone przez Zamawiającego wskaźniki.

Tym samym Izba uznała, iż Zamawiający jest w stanie dokonać w sposób samodzielny poprawienia w ofertach wykonawców SAFEGE S.A. oraz Konsorcjum MGGP S.A., AGUA Y ESTRUCTURAS S.A., AYESA Polska Spółka z o.o. omyłek na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp powodujących, iż ww. wykonawcy nie dokonali w sposób prawidłowy i zgodny z oczekiwaniami Zamawiającego czynności stanowiącej robienie ceny ofertowej. W ocenie Izby wypełnienie wszystkich pól załącznika A do formularza ofertowego umożliwia Zamawiającemu samodzielne sporządzenie rozbicia ceny ofertowej, nawet jeżeli

50

wykonawca zastosował niewłaściwe wskaźniki procentowe do rozbicia ceny pomiędzy poszczególnymi Zamawiającymi. Tym samym samo podanie całkowitej ceny oferty oraz całkowitej wartości netto, jak również wartości usługi na etapie realizacji robót budowlanych oraz w okresie rękojmi za wady umożliwia Zamawiającemu samodzielne dokonanie czynności rozbicia ceny ofertowej. Zatem dane z załącznika A do formularza ofertowego umożliwiają określenie procentowego udziału wartości usługi w okresie rękojmi za wady nawet w przypadku, na co zwracała w toku rozprawy uwagę Zamawiający, gdy wskaźnik ten jest różny dla każdego Zamawiającego.

Po dokonaniu powyższej czynności Zamawiający winien poinformować wykonawców o tym fakcie, co umożliwi im zgłoszenie w terminie 3 dni od doręczenia zawiadomienia ewentualnego sprzeciwu stosownie do treści art. 89 ust. 2 pkt 7 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, iż w niniejszym postępowaniu doszło do naruszenia przez Zamawiającego art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie w odniesieniu do omyłek w zakresie rozbicia ceny ofertowej w ofertach wykonawców SAFEGE S.A., oraz Konsorcjum MGGP S.A., AGUA Y ESTRUCTURAS S.A., AYESA Polska Spółka z o.o.

Ponadto Izba uznała, iż celem potwierdzenia przez wykonawców wartości ujętych w złożonych ofertach umożliwiających zastosowanie instytucji uregulowanej w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp konieczne może okazać się wezwanie wykonawców do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

KIO 2763/11

W zakresie podniesionych w ramach odwołania o sygn. akt KIO 2763/11 odrębnych zarzutów wobec oferty wykonawcy ILF Consulting Engineers Polska Spółka z o.o. Izba dokonała ich odrębnej oceny.

Izba, w zakresie zarzutu naruszenia art. 8 ust. 3 i art. 7 ustawy Pzp, ustaliła co następuje.

Izba ustaliła, iż termin składania ofert został ostatecznie wyznaczony przez Zamawiającego na dzień 07.11.2011 r. godz. 11.00. (ogłoszenia o zmianie ogłoszenia – dnia 20.20.2011 r. DzU. UE Nr 2011/S 202-327818).

W tym dniu swoją ofertę złożył wykonawca ILF Consulting Engineers Polska Spółka z o.o. W złożonej ofercie na str. 83 przedłożył oświadczenie na podstawie art. 8 ust. 3 ustawy o nieujawnianiu informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Powyższe oświadczenie zostało sporządzone zgodnie ze wzorem, stanowiącym załącznik nr 7 do SIWZ. W jego treści wykonawca ILF Consulting

51

Engineers Polska Spółka z o.o. oświadczył, że na podstawie art. 8 ust. 3 ustawy wskazane poniżej informacje zawarte w ofercie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i w związku z niniejszym nie mogą być udostępniane: opracowanie pt. „Zarządzanie ryzykiem wraz z techniczną oceną wykonalności robót” – w ofercie od str. 84 do 190.

Izba, w zakresie zarzutu naruszenia art. 8 ust. 3 i art. 7 ustawy Pzp, zważyła co następuje.

III. W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 8 ust. 3 i art. 7 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie dokonania oceny skuteczności zastrzeżenia przez wykonawcę ILF Consulting Engineers Polska Spółka z o.o. jako tajemnicy przedsiębiorstwa opracowania pn. „Zarządzanie ryzykiem wraz z techniczną oceną wykonalności robót” Izba uznała, iż nie zasługuje on na uwzględnienie.

W tym miejscu należy wskazać, na co słusznie wskazał Zamawiający w toku rozprawy, iż treść art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp stanowi, że odwołanie wobec czynności innych niż określone w ust. 1 i 2 wnosi się w przypadku zamówień, których wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 – w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia.

W toku postępowania odwoławczego Izba ustaliła, iż wykonawca ILF Consulting

Engineers Polska Spółka z o.o. w złożonej w dniu 07.11.2011 r. dokonał zastrzeżenia, iż opracowanie pt. „Zarządzanie ryzykiem wraz z techniczną oceną wykonalności robót” stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa.

W toku rozprawy Zamawiający wskazał, czemu Odwołujący Konsorcjum TPF Spółka z o.o., EGIS Poland Spółka z o.o. oraz SENER Spółka z o.o. nie zaprzeczył, iż Odwołujący w dniu 14 listopada 2011 r. poprosił o wgląd do oferty ILF i zapoznał się z tą ofertą w dniu 22 listopada 2011 r. W toku rozprawy Zamawiający wskazał ponadto, co potwierdza dokumentacja postępowania, że żaden z wykonawców nie wystąpił z wnioskiem o ujawnienie dokumentów zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa przez wykonawcę ILF Consulting Engineers Polska Spółka z o.o.

Biorąc pod uwagę powyższe uznać należy, iż w zakresie zarzutów dotyczących tajemnicy przedsiębiorstwa nie został dochowany 10 dniowy termin na wniesienie środka ochrony prawnej liczony już od momentu, gdy wykonawca przy zachowaniu należytej staranności mógł powziąć informacje o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia.

52

Wobec powyższego Izba dzieląc argument Zamawiającego uznała powyższy zarzut za spóźniony i pozostawiła go bez merytorycznego rozpoznania.

Izba, w zakresie zarzutu naruszenia art. 90 ust. 1, art. 7 oraz art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, ustaliła co następuje.

Izba ustaliła, iż Zamawiający w części I SIWZ – Instrukcja dla wykonawców wskazał w pkt 20 zatytułowanym „OPIS KRYTERIÓW, KTÓRYMI ZAMAWIAJACY BĘDZIE SIĘ KIEROWAŁ PRZY WYBORZE OFERTY WRAZ Z PODANIEM ZNACZENIA TYCH KRYTERIÓW I SPOSOBU OCENY OFERT”, że:

20.1. Zamawiający oceni i porówna jedynie te oferty, które:

- nie zostaną odrzucone przez Zamawiającego;
- zostaną złożone przez Wykonawców niewykluczonych przez Zamawiającego z niniejszego postępowania.

20.2. Przy wyborze najkorzystniejszej oferty, spośród ofert niepodlegających odrzuceniu, Zamawiający będzie stosował niżej podane kryteria:

- CAŁKOWITA CENA BRUTTO – waga 60%
- WARTOSC TECHNICZNA – waga 40%

20.3 Łączna ocena oferty (uwzględniająca wagę poszczególnych kryteriów) dokonana będzie wg skali punktowej przy założeniu, że maksymalna łączna punktacja może wynieść 100 punktów, obliczanej wg następującego wzoru:

$$PŁ = Co + To$$

gdzie:

PŁ - łączna punktacja oferty;

Co - łączna punktacja w kryterium „Całkowita cena brutto” (z uwzględnieniem wagi kryterium) obliczona wg zasad opisanych w punkcie 20.4.;

To - łączna punktacja w kryterium „Wartość techniczna” (z uwzględnieniem wagi kryterium) obliczona wg zasad opisanych w punkcie 20.5.

W dalszej części SIWZ Zamawiający określił szczegółowy sposób ustalenia punktacji w ramach kryterium „wartość techniczna”.

W dalszej części Izba ustaliła, iż Zamawiający w piśmie z dnia 14.12.2011 r. zatytułowanym „Informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej” wskazał m.in., iż w wyniku badania i oceny ofert złożonych w niniejszym postępowaniu za najkorzystniejszą uznano ofertę nr 3 złożoną przez wykonawcę ILF Consulting Engineers Polska Spółka z o.o., ul. Postępu 15B, 02-676 Warszawa – całkowita cena brutto 29.387.160,00 zł. W uzasadnieniu powyższego pisma zostało wskazane, że oferta nr 3 jest ofertą najkorzystniejszą spośród

53

ofert niepodlegających odrzuceniu – pod względem kryterium oceny ofert przyjętym w postępowaniu. Zamawiający w niniejszym postępowaniu zastosował niżej podane kryteria:

- całkowita cena brutto – waga 60%,
- wartość techniczna – waga 40%.

Następnie Zamawiający, w dalszej części uzasadnienia wyboru najkorzystniejszej oferty, podał szczegółowy sposób wyliczenia liczby punktów w zakresie kryterium „wartość techniczna” oraz oferty wykonawców, które zostały odrzucone wraz z uzasadnieniem powyższej czynności.

Izba, w zakresie zarzutu naruszenia art. 90 ust. 1, art. 7 oraz art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, zważyła co następuje.

IV. W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 90 ust. 1 i art. 7 ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, iż wartość merytoryczna opracowania wykonawcy Consulting Engineers Polska Spółka z o.o. pn.: „Zarządzanie ryzykiem wraz z techniczną oceną wykonalności robót” uzasadnia przyznanie temu wykonawcy maksymalnej ilości punktów w ramach kryterium „wartość techniczna”, co skutkowało wyborem oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej Izba uznała, iż nie zasługuje on na uwzględnienie.

W odniesieniu do powyższego należy wskazać, iż w ramach przedmiotowego zarzutu Odwołujący nie przedstawił, poza jego podniesieniem, żadnych okoliczności oraz dowodów uzasadniających jego uwzględnienie. Odwołujący wskazał jedynie w odwołaniu, iż: „Krajowa Izba Odwoławcza, będąc związaną zarzutami odwołania, może dokonać samodzielnej oceny nie tylko zasadności zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa spornego opracowania, ale i zasadności przyznania przez Zamawiającego temu opracowaniu maksymalnej ilości punktów w kryterium „wartość techniczna”.

Izba wskazuje, iż to na Odwołującym w ramach postępowania odwoławczego spoczywa ciężar dowodu wykazania okoliczności skutkujących możliwością uwzględnienia podniesionych w treści odwołania zarzutów. Odwołujący zaś nie przedstawił żadnych dowodów, jak również argumentów odnoszących się do oferty Przystępującego mogących wskazywać na brak możliwości uzyskania w ramach kryterium „wartość techniczna” maksymalnej ilości punktów. Odwołujący powołując się na błąd w założeniu Zamawiającego, że wartość merytoryczna opracowania wykonawcy Consulting Engineers Polska Spółka z o.o. pn.: „Zarządzanie ryzykiem wraz z techniczną oceną wykonalności robót” nie uzasadnia przyznanie temu wykonawcy maksymalnej ilości punktów w ramach kryterium „wartość techniczna” nie sprecyzował na czym ów błąd miałby polegać.

54

Zgodnie z treścią art. 190 ust. 1 ustawy Pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne.

Charakter postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą, mający swoje zasadnicze źródło w przepisach regulujących postępowanie cywilne, obciąża strony obowiązkiem wykazania, a tym samym udowodnienia faktów i twierdzeń z których strona wywodzi skutki prawne. W niniejszym postępowaniu skutkami tymi jest uznanie, że przyznanie wykonawcy ILF Consulting Engineers Poland Spółka z o.o. określonej ilości punktów nie znajduje uzasadnienia w treści złożonej oferty.

Rolą Krajowej Izby Odwoławczej nie jest zastępowanie Zamawiającego w procesie badania oraz oceny ofert i dokonywanie zastępcze tychże czynności na wniosek uczestników postępowania odwoławczego. Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznaje podniesione w ramach środka ochrony prawnej zarzuty przy uwzględnieniu okoliczności faktycznych mających miejsce w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz przy uwzględnieniu argumentacji i dowodów wskazanych przez Strony i uczestników postępowania odwoławczego.

Ustawa nie uzależnia obowiązku wykazania okoliczności faktycznych w ramach postępowania dowodowego od jakichkolwiek innych przyczyn, w tym nie zwalnia Odwołującego z konieczności udowodnienia faktów, z których wywodzi on skutki prawne, w przypadku objęcia w ofercie konkurencyjnego wykonawcy poszczególnych dokumentów tajemnicą przedsiębiorstwa. Izba dostrzega w tym wypadku praktyczne trudności dowodowe, jednakże nie oznacza to, iż w tym wypadku obowiązkiem Krajowej Izby Odwoławczej jest dokonanie merytorycznej oceny ofert wykonawców w oparciu o ustalone przez Zamawiającego kryteria oceny.

Należy ponadto wskazać, iż Odwołujący nie dochowując należytej staranności nie zakwestionował w przewidzianym w ustawie Pzp terminie zasadności zastrzeżenia przez

wykonawcę ILF Consulting Engineers Poland Spółka z o.o. jako tajemnicy przedsiębiorstwa opracowania pn. „Zarządzanie ryzykiem wraz z techniczną oceną wykonalności robót” pozbawiając się tym samym możliwości skutecznego zakwestionowania wartości merytorycznej tego opracowania.

Jeżeli Odwołujący kwestionuje możliwość przyznania wykonawcy ILF Consulting Engineers Poland Spółka z o.o. maksymalnej ilości punktów w ramach kryterium „wartość techniczna” winien przynajmniej podważyć ocenę dokonaną przez Zamawiającego lub przynajmniej, ze względu na istniejące trudności dowodowe, uprawdopodobnić okoliczności mogące wskazywać na prawidłowość dokonanej przez Zamawiającego czynności.

Tym samym Izba uznała, iż Odwołujący nie wykazał, iż na skutek działań Zamawiającego doszło w niniejszym postępowaniu do naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

55

V. W zakresie naruszenia przez Zamawiającego art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp poprzez nie zawarcie w informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej uzasadnienia oraz pełnej informacji o punktacji przyznanej wybranej ofercie Izba uznała, iż powyższy zarzut również nie zasługuje na uwzględnienie.

Należy wskazać, iż Odwołujący przedmiotem zarzutu uczynił art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, który stanowi, że niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający jednocześnie zawiadamia wykonawców, którzy złożyli oferty o wyborze najkorzystniejszej oferty, podając nazwę (firmę), albo imię i nazwisko, siedzibę albo adres zamieszkania i adres wykonawcy, którego ofertę wybrano, uzasadnienie jej wyboru oraz nazwy (firmy), albo imiona i nazwiska, siedziby albo miejsca zamieszkania i adresy wykonawców, którzy złożyli oferty, a także punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację.

Biorąc pod uwagę treść powyższego przepisu Izba podziela argumentację Zamawiającego podniesioną w toku rozprawy, iż brak jest w ustawie przepisu, który nakazywałby przekazanie informacji o szczegółowej kwalifikacji wykonawców. Takiego wymogu nie zawiera art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Zamawiający poinformował, w toku rozprawy, iż dokonał szczegółowej analizy i oceny oferty ILF Consulting Engineers Polska Spółka z o.o., której przyznał w ramach wartości technicznej maksymalną ilość punktów oraz wskazał, iż maksymalną ilość punktów w ramach tego kryterium otrzymaliby pozostali wykonawcy, gdyby ich oferty nie zostały odrzucone, zatem o ocenie oferty najkorzystniejszej poinformował w dniu 14 grudnia 2011 r. stosownie do treści art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

W odniesieniu do powyższego Izba wskazuje, iż Zamawiający pismem z dnia 14.12.2011 r. (znak IRZRh-0815-POiS 7.1-24.2-30/11) przekazał wszystkim wykonawcom informację zawierającą firmę oraz dane teleadresowe wykonawcy, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, jak również uzasadnienie jej wyboru oraz podanie punktacji przyznanej wykonawcy ILF Consulting Engineers Poland Spółka z o.o. w ramach poszczególnych kryteriów z wyliczeniem tej punktacji w oparciu o postanowienia SIWZ. Zamawiający podał również szczegółowy sposób wyliczenia punktów za poszczególne kryteria.

W ocenie Izby podane przez Zamawiającego w piśmie z dnia 14.12.2011 r. informacje wyczerpują hipotezę normy prawnej wyrażonej w art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp stanowiąc szczegółowe wypełnienie obowiązków Zamawiającego związanych z koniecznością podania pełnego uzasadnienia faktycznego dokonanego wyboru.

Tym samym Izba uznała, iż zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp nie potwierdził się.

56

KIO 2749/11
KIO 2756/11
KIO 2763/11

VI. W zakresie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców Izba wskazuje, iż zasługuje on na uwzględnienie.

Wobec faktu, iż Izba stwierdziła w ramach odwołań o sygn. akt KIO 2749/11, KIO 2756/11 oraz KIO 2763/11 naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp wskazać należy wpływ tego naruszenia na naruszenie art. 7 ust. 1 i 2 ustawy Pzp. W każdy wypadku bezpodstawnego odrzucenia oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego dochodzi do naruszenia zasad udzielania zamówień publicznych, w tym w szczególności zasad określonych w art. 7 ust. 1 i 2 ustawy Pzp. W ocenie Izby Odwołujący wykazali, iż doszło do nadużycia instytucji odrzucenia oferty i tym samym wyboru oferty, która nie jest ofertą najkorzystniejszą w oparciu o kryteria oceny ofert.

Tym samym Izba uznała, iż w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego doszło do naruszenia przez Zamawiającego podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych wyrażonych w art. 7 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

Izba wskazuje ponadto, iż powyższe zasady winny być przez Zamawiającego respektowane wobec wszystkich wykonawców, których sytuacja prawna i faktyczna jest analogiczna.

KIO 2756/11

VII. Biorąc pod uwagę uwzględnienie przez Izbę zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp potwierdził się również, podniesiony w ramach odwołania o sygn. akt KIO 2756/11 zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 w związku z art. 2 pkt 5 ustawy Pzp poprzez wybór oferty złożonej przez wykonawcę ILF Consulting Engineer Poland Spółka z o.o. jako najkorzystniejszej.

Powyższe jest spowodowane uznaniem, iż brak było podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

VIII. W odniesieniu do podniesionego w ramach odwołania o sygn. akt KIO 2756/11 zarzutu naruszenia art. 36 ust. 1 pkt 10, 12 oraz 13 w związku z art. 82 ust. 3 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp Izba uznała, iż nie podlega on uwzględnieniu.

57

W ramach powyższego zarzutu Odwołujący wskazał, iż bezpodstawne jest przyjęcie, że dla oceny, czy oferta jest zgodna z treścią SIWZ i podlega, bądź nie podlega odrzuceniu dopuszczalne jest porównywanie treści oferty do treści niezidentyfikowanych wymagań nie określonych w SIWZ ani żadnym innym dokumencie dołączonym do SIWZ, jak również bezzasadne uznanie, że treść SIWZ zawiera w sobie wszystkie wyobrażenia i wymagania, jakie być może chciał i zamierzał zwerbalizować w SIWZ Zamawiający (...).

Izba uznała powyższy zarzut za spóźniony, gdyż odnosi się do przepisów regulujących materię odnoszącą się do postanowień SIWZ. Zarówno wskazana norma prawna, jak również kwestionowanie przez Odwołującego poprawności sporządzenia SIWZ wskazują, iż termin na wniesienie środka ochrony prawnej w odniesieniu do powyższego zarzutu nie został przez Odwołującego dochowany.

Zgodnie z art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu, a jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, także wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wnosi się w terminie 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej – jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8.

Izba ustaliła, iż Zamawiający zamieścił SIWZ na stronie internetowej w dniu 21.09.2011 r.

Tym samym Izba postanowiła pozostawić powyższy zarzut bez rozpoznania.

IX. Izba wskazuje, iż pozostałe – warunkowo wskazane zarzuty w postaci art. 87 ust. 1 oraz art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp zostały przez Odwołującego w ramach odwołania o sygn. akt KIO 2756/11 postawione przy błędnym ustaleniu stanu faktycznego i tym samym nieprawidłowym założeniu dotyczącym zgodności treści oferty wykonawcy z treścią SIWZ.

Jest to wynikiem tego, iż Odwołujący w treści odwołania oraz w toku rozprawy konsekwentnie twierdził, iż brak było w dokumentacji postępowania wskaźników umożliwiających dokonanie czynności rozbicia ceny ofertowej, o których to wskaźnikach

Odwolujący uzyskał informację z dołączonej do odpowiedzi na pytanie nr 23 zawartej w piśmie z dnia 18.10.2011 r. umowy współpracy z dnia 28.03.2011 r. Jednakże wskaźniki te w prawidłowej wartości zostały ujęte w formularzu – Rozbicie Ceny Ofertowej znajdującym się wśród dokumentacji związanej z realizacją przedmiotu zamówienia.

Izba wskazuje, iż pomimo uznania w ramach rozpoznania zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, iż formularz Rozbicie Ceny Ofertowej nie stanowił elementu SIWZ

58

skutkującego koniecznością odrzucenia oferty wykonawcy w przypadku jego braku w ofercie to powyższe nie przesądza o zgodności oferty Odwołującego z treścią SIWZ.

Tym samym Izba uznała naruszenie powyższych przepisów. Jednakże nie jest to wynikiem uznania, iż formularz Rozbicie Ceny Ofertowej jest elementem SIWZ ale ze względu na fakt, iż oferta Odwołującego w załączniku A do formularza ofertowego nie odpowiada treści SIWZ – zawierając inne omyłki, które winny zostać poprawiona przez Zamawiającego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp przy zastosowaniu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Izba wskazuje, iż uwzględnienie w odwołaniach o sygn. akt KIO 2749/11, KIO 2756/11 oraz o sygn. akt KIO 2763/11 naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, w oparciu o który to przepisy doszło do odrzucenia ofert Odwołujących się wykonawców powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

W tym miejscu Izba wskazuje, iż doszło do uwzględnienia wszystkich odwołań, gdyż stwierdzenie naruszenia przepisów ustawy Pzp może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Mimo tego, iż Zamawiający w toku rozprawy wskazał, że w ramach kryterium oceny „wartość techniczna” przyzna wszystkim wykonawcom maksymalną ilość punktów to jednak oferty złożone przez Odwołujących się wykonawców nie były dotychczas przedmiotem oceny w oparciu o kryteria oceny ofert, które to czynności mogą być przedmiotem zaskarżenia. Na uwzględnienie wszystkich odwołań ma również wpływ okoliczność, iż wykonawcy w przypadku poprawienia przez Zamawiającego omyłek w oparciu o instytucję uregulowaną w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp mają prawo wniesienia w terminie 3 dni sprzeciwu – stosownie do treści art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Tym samym, utożsamiając wynik postępowania z uznaniem określonej oferty za najkorzystniejszą, brak jest możliwości ustalenia na tym etapie, która oferta może być za taką uznana.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp, w zakresie odwołań o sygn. akt KIO 2749/11, KIO 2756/11 oraz o sygn. akt KIO 2763/11 orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania z uwzględnieniem postanowień 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

59

rozliczania (tekst jedn. Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) w tym w szczególności § 5 ust. 2 pkt 1.

Ze względu na fakt, iż Zamawiający upoważniony, którym jest PKP PLK S.A. – mający swoją siedzibę w Warszawie, stosownie do treści art. 198b ust. 1 ustawy Pzp za sąd właściwy do wniesienia skargi należy uznać sąd właściwy dla siedziby Zamawiającego upoważnionego.

Przewodniczący:

.....

60

