Sygn. akt: KIO/UZP 866 /09

Sygn. akt: KIO/UZP 879 /09

WYROK
z dnia 21 lipca 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Członkowie: Lubomira Matczuk-Mazuś
Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Dorota Witak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 lipca 2009 r. w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 lipca 2009 r. do łącznego rozpoznania,

wniesionych przez:
A. BUDIMEX DROMEX S.A., 01-040 Warszawa, ul. Stawki 40,
B. Konsorcjum: Polimex-Mostostal S.A., Przedsiębiorstwo Wielobranżowe EBUD- Przemysłówka Sp. z o.o., 00-950 Warszawa, ul. Czackiego 15/17,

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Konsorcjum w skład, którego wchodzi Uniwersytet Śląski i Akademia Ekonomiczna im. Karola Adamieckiego, 40-007 Katowice, ul. Bankowa 12** protestów:

A. z dnia 3 czerwca 2009 r.
B. z dnia 5 czerwca 2009 r.
przy udziale wykonawcy Konsorcjum: MOSTOSTAL Warszawa, S.A., Acciona Infraestructuras S.A., 02-673 Warszawa, ul. Konstruktorska 11A zgłaszającego przystąpienie

---

do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 866/09 i KIO/UZP 879/09 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołania.

2. Kosztami postępowania obciąża **BUDIMEX DROMEX S.A., 01-040 Warszawa, ul. Stawki 40,ASECCO Systems S.A., 02-146 Warszawa, ul. 17 stycznia 74 oraz Konsorcjum: Polimex-Mostostal S.A., Przedsiębiorstwo Wielobranżowe EBUD - Przemysłówka Sp. z o.o., 00-950 Warszawa, ul. Czackiego 15/17** i nakazuje:

1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisów uiszczonych przez odwołujących się, w tym:

A koszty w wysokości **2 287 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące dwieście osiemdziesiąt siedem złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **BUDIMEX DROMEX S.A., 01-040 Warszawa, ul. Stawki 40,,**

B koszty w wysokości **2 287 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące dwieście osiemdziesiąt siedem złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum: Polimex-Mostostal S.A., Przedsiębiorstwo Wielobranżowe EBUD- Przemysłówka Sp. z o.o., 00-950 Warszawa, ul. Czackiego 15/17,**

2) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: xxx) stanowiącej uzasadnione koszty strony , w tym:
A kwoty 00 zł 00 gr (słownie: xxx) przez xxx, na rzecz xxx stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu xxx,

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

3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: xxx) na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP, w tym
A kwoty 00 zł 00 gr (słownie: xxx) przez xxx
B kwoty 00 zł 00 gr (słownie: xxx) przez xxx

4) dokonać zwrotu kwoty **55 426 zł 00 gr** (słownie: pięćdziesiąt pięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołujących się, w tym:

A kwoty **17 713 zł 00 gr** (słownie: siedemnaście tysięcy siedemset trzynaście złotych zero groszy) na rzecz **BUDIMEX DROMEX S.A., 01-040 Warszawa, ul. Stawki 40,**

B kwoty **37 713 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści siedem tysięcy siedemset trzynaście złotych zero groszy) na rzecz **Konsorcjum: Polimex-Mostostal S.A., Przedsiębiorstwo Wielobranżowe EBUD- Przemysłówka Sp. z o.o., 00-950 Warszawa, ul. Czackiego 15/17.**

Uzasadnienie

Zamawiający, Konsorcjum w skład, którego wchodzi Uniwersytet Śląski i Akademia Ekonomiczna im. Karola Adamieckiego z siedzibą w Katowicach prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na roboty budowlane pn. „budowa budynku Centrum Informacji Naukowej i Biblioteki Akademickiej Uniwersytetu Śląskiego i Akademii Ekonomicznej". Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2008/S 11-014635 w dniu 17 stycznia 2009 r.
Pismem z dnia 28 maja 2009 r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum: Mostostal Warszawa S.A., ACCIONA INFRAESTRUCTURAS S.A. oraz jednocześnie o odrzuceniu ofert, w tym oferty Budimex Dromex S.A. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zmianami), zwanej dalej Pzp z uwagi na błędy w obliczeniu ceny oraz na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp uznając, iż oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu

zamówienia, a wykonawca nie złożył wyjaśnień w tej kwestii. Tym samym pismem zamawiający poinformował wykonawców, iż odrzucił ofertę złożoną przez Konsorcjum POLIMEX MOSTOSTAL S.A. Przedsiębiorstwo Wielobranżowe EBUD - Przemysłówka sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp, uznając, iż jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z uwagi na brak wyceny wycinki drzew i krzewów (zgodnie z odpowiedzią na pytanie nr 72 z zestawu nr 9 z dnia 17.03.2009r.).

A. Sygn. akt: KIO/UZP 866 /09,

Budimex Dromex S.A. wniósł protest na czynność badania i oceny ofert, odrzucenie oferty oraz wybór oferty najkorzystniejszej zarzucając naruszenie art. 91 ust. 1 Pzp, art. 89 ust. 1 pkt. 6 Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt. 4 Pzp. Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności odrzucenia oferty Budimex Dromex S.A., wyboru oferty najkorzystniejszej, o dokonanie ponownego badania i ocen ofert i wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.
W uzasadnieniu odwołujący podniósł, co następuje:
- w zakresie odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 6 Pzp
W siwz zamawiający żądał przedłożenia w ofercie kosztorysu ofertowego uproszczonego. W toku odpowiedzi na pytania wykonawców zamawiający wyjaśnił, że „pozycje nie posiadające podstawy do wyceny należy wycenić w formie kalkulacji

indywidualnej” (pytanie nr 2 z 10 lutego 2009 r.). Kolejnych wyjaśnień zamawiający dokonał w odpowiedzi na pytanie nr 14 i 21 z 10 lutego 2009 r. oraz pytanie nr 100 z 20 marca 2009 r. Odwołujący stwierdził, że złożył ofertę zawierającą kosztorys zgodny z wymaganiami zamawiającego.

Pismem z dnia 6 maja 2009 r., zamawiający wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień treści oferty, pytając "jak należy traktować dokument złożony w ofercie „parametry do kosztorysowania metodą szczegółową (str.146)? Jaka jest relacja pomiędzy stawkami w nim podanymi a Kosztorysem ofertowym?” Wykonawca w odpowiedzi z dnia 28 maja 2009 r. wyjaśnił, iż : "Dokument "Parametry do kosztorysowania metodą szczegółową" (str. 146 oferty) został załączony do oferty dla spełnienia wymogu określonego w odpowiedzi na pytanie nr 14 z dnia 10 lutego 2009 r. "osobne podanie parametrów do kosztorysowania metodą szczegółową". Dokument podaje wysokość nośników cenotwórczych (cenę 1 roboczo-godziny, procentowy narzut kosztów pośrednich (Kp), procentowy narzut zysku (Z)), służących do określenia kosztów pozycji kosztorysu ofertowego, które nie posiadają podstawy wyceny. Zgodnie z odpowiedzią na pytanie nr 2 z dnia 10 lutego 2009 r. takie pozycje należało wycenić w formie kalkulacji indywidualnej. Brak podstaw wyceny pozycji kosztorysowych dotyczył przede wszystkim kosztorysów składowych zawartych w dziale

Roboty budowlane: Przygotowanie terenu, Roboty budowlane (konstrukcja. dach itp.), Roboty wykończeniowe, Zieleń z elementami małej architektury, Regały, Roboty drogowe.”

Odwołujący poniósł, że zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty przytoczył niepełne wyjaśnienie złożone przez odwołującego. W dokonanej analizie kosztów (wbrew wyjaśnieniom) zamawiający użył parametrów do kosztorysowania metodą szczegółową do pozycji kosztorysu robót ogólno-budowlanych posiadających podstawę wyceny - KNR. Możliwość takiego zastosowania parametrów do kosztorysowania metodą szczegółową nie wynika ani z siwz, ani z treści wyjaśnień. Odwołujący stwierdził, że nie popełnił błędu w obliczeniu ceny ponieważ składając ofertę prawidłowo ustalił stan faktyczny i przyjął właściwe dane do jej obliczenia tj. ceny jednostkowe, które dały podstawę do prawidłowego wyliczenia ceny ofertowej. Ceny jednostkowe podane w kosztorysach dotyczą całego zakresu przedmiotu zamówienia i są cenami realistycznymi i rynkowymi.

Odwołujący wyjaśnił także, że podanie parametrów do kosztorysowania metodą szczegółową miało służyć jako podstawa wyceny ewentualnych robót dodatkowych, dla których ceny jednostkowe nie występują w ofercie wykonawcy (zgodnie z odpowiedzą na pytanie nr 21 z dnia 10 lutego 20091.,), a nie obliczeniu ceny zgodnie z § 7 ust. 2 Umowy. Całkowicie sprzeczne z zasadami Pzp jest odrzucenie oferty z powołaniem się na rzekomy błąd w obliczeniu ceny, który miałby dotyczyć parametrów służących jedynie jako podstawa wyceny robót dodatkowych, nie objętych przedmiotowym zamówieniem.

W zakresie odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp odwołujący wskazał, iż zamawiający pismem z dnia 6 maja 2009 r. zwrócił się o podanie zastosowanej w kosztorysie ofertowym - BMS stawki jednostkowej roboczogodziny i ogólnej wartości robocizny dla tego kosztorysu oraz wyjaśnienie co miało wpływ na zastosowanie ceny oprogramowania oraz podanych materiałów i urządzeń. Odwołujący w wyjaśnieniach udzielonych dnia 28 maja 2009 r. poza zastosowaną jednostkową stawką roboczogodziny i ogólnej wartości robocizny wskazał, iż ,,Oferowane ceny oprogramowania oraz materiałów i urządzeń związanych z systemem BMS uwzględniają rynkowe ceny wraz z przyznanymi rabatami. Wykonawca skalkulował swoją ofertę, biorąc pod uwagę własne wieloletnie doświadczenia w realizacji inwestycji budowlanych, znajomość rynku oraz możliwość zastosowania upustów cenowych, jakie był w stanie wynegocjować z dostawcami.” Udzielił zatem wymaganych wyjaśnień dotyczących elementów, jakie miały wpływ na zaoferowane ceny oprogramowania, materiałów i urządzeń związanych z instalacją BMS (instalacja systemu zarządzania budynkiem). Podkreślił, iż punktem odniesienia dla kwalifikacji ceny jako rażąco niskiej jest wartość całego przedmiotu zamówienia. Cena oferty Budimex Dromex S.A pozostaje zbliżona do cen ofert złożonych przez innych wykonawców.

Do postępowania wszczętego na skutek wniesienia protestu zgłosiło przystąpienie Konsorcjum: Mostostal Warszawa S.A., ACCIONA INFRAESTRUCTURAS S.A. wnosząc

o oddalenie protestu.

Zamawiający oddalił protest. Stwierdził, iż w żadnym punkcie specyfikacji oraz udzielonych odpowiedzi nie określił, że dokument podający stawkę r-g, KP i Z jest dokumentem służącym do określenia kosztów pozycji, które me posiadają podstaw wyceny. Na pytanie nr 2 z dnia 10 lutego 2009r., iż „Niektóre pozycje kosztorysowe nie mają podstaw wyceny. Prosimy o potwierdzenie, że pozycje, które nie posiadają, podstaw wyceny należy wycenić w formie kalkulacji indywidualnej lub o zamieszczenie przedmiarów z podstawami wyceny", zamawiający odpowiedział, iż "Pozycje nieposiadające podstaw wyceny należy wycenić w formie kalkulacji indywidualnej". Z ww. odpowiedzi wynika, że zamawiający nie żądał do pozycji wycenionych metodą kalkulacji indywidualnej podania parametrów wyceny r-g, KP, Z. Taki dokument nie byłby pomocny w sprawdzeniu prawidłowej wyceny pozycji. Skoro odwołujący oświadczył, że dokument został sporządzony dla pozycji, które zostały wycenione metodą kalkulacji indywidualnej, to tym samym przyznał, że nie spełniono wymogu określonego w pkt 18 siwz oraz wymogów określonych w odpowiedzi na pytanie 14 z dnia 10 lutego 2009r. W ramach udzielonej odpowiedzi wykonawca jednocześnie uzupełnił stawki r-g, KP, Z w 22 kosztorysach cząstkowych, a nie dokonał tego w kosztorysach dla robót budowlanych dla pozycji kosztorysowych posiadających podane pozycje wyceny np: kosztorys na roboty drogowe, gdzie na 33 pozycje - 30 posiada podane pozycje KNR lub KNNR, a w pozostałych kosztorysach takich pozycji jest 14. We wskazanych przez odwołującego kosztorysach, zamawiający dokonał sprawdzeń z zastosowaniem podanej przez odwołującego stawki.

Zamawiający nie uznał wyjaśnienia odwołującego dotyczącego robót dodatkowych, gdyż zgodnie z § 5 ust. 7 wzoru umowy wynagrodzenie za prace dodatkowe obliczane będzie na podstawie ilości robót faktycznie wykonanych, przy zastosowaniu cen jednostkowych zawartych w ofercie Generalnego Wykonawcy ...", co zostało doprecyzowane w odpowiedzi na pytanie nr 21 z dnia 10 lutego 2009 r.

Wobec powyższego, zamawiający uznał ofertę odwołującego za sprzeczną z treścią siwz i podlegającą odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Biorąc pod uwagę wyjaśnienia i oświadczenia zawarte w proteście dotyczące parametrów do kosztorysowania zamawiający stwierdził, że oferta podlega odrzuceniu jako zawierająca rażąco niską cenę. Dokonując sprawdzenia oferty z uwzględnieniem wyjaśnień odwołującego uzyskano wyniki, które świadczą o zaniżeniu ceny, t.j:
a) Poz. 2.3.2.1 Słupy,
b) Poz. 2.3.3.4 Zbrojenie konstrukcji monolitycznych,

c) Poz. 2.3.5.4 Zbrojenie konstrukcji monolitycznych,
d) Poz.2.4.3.3 Zbrojenie konstrukcji monolitycznych,
e) Poz.2.6.3.3 Zbrojenie konstrukcji monolitycznych,
f) Poz. 2.7.3.3 Zbrojenie konstrukcji monolitycznych,
g) Poz. 3.8.6 Belka żelbetowa dzieląca otwory szachów,
h) Poz. 3.8.8 Ścianki działowe z płyt G-K .
Podobne przykłady można przytoczyć w kosztorysach na roboty ziemne i drogowe.

Zamawiający wyjaśnił, że wszyscy pozostali wykonawcy przedstawili niższe stawki do kosztorysowania. Mimo tak dużej różnicy w stawkach r-g, wszystkie ceny ofertowe są znacznie wyższe od ceny oferty odwołującego (najbliższa - o kwotę 1 915 896 zł).

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 89 ust.1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp zamawiający wyjaśnił, że dokonał sprawdzenia rynku i możliwość uzyskania upustów cenowych na system BMS i nawet po zastosowaniu maksymalnych upustów stosowanych na rynku należy uznać, że cena oferty jest zaniżona. Zamawiający stwierdził, że przedstawił analizę kosztów i niedoszacowania ceny na przykładzie kosztorysu na BMS (str. 330 –334 oferty). Zamawiający nie zgodził się z twierdzeniem, że rażąco niską cenę należy odnosić do cen zaoferowanych przez konkurentów w danym postępowaniu. Rażąco niską cenę odnosi się do przedmiotu zamówienia, a biorąc pod uwagę dokonane ustalenia zamawiający nie ma wątpliwości, iż odwołujący zaniżył cenę oferty.

Odwołujący wniósł odwołanie od rozstrzygnięcia protestu, w którym zarzucił naruszenie przepisów art. 7 ust.1, art. 89 ust. 1 pkt 4, art. 89 ust. 1 pkt 6, art. 90 ust. 1 Pzp

oraz art. 26 ust. 3 i art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty, unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego, powtórzenia czynności badania i oceny ofert, dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej. Odwołujący podtrzymał argumentację protestu, podnosząc dodatkowo następujące okoliczności:

W zakresie odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp zamawiający nie wykazał, na czym miałby polegać błąd w obliczeniu ceny oferty Budimex Dromex S.A. Zgodnie z wyjaśnieniami odwołującego nieuzasadnione było przeliczanie pozycji kosztorysowych robót ogólno-budowlanych posiadających podstawę wyceny (KNR) przy użyciu stawek zawartych na stronie 146 oferty. W rozstrzygnięciu protestu zamawiający powołał się na okoliczności faktyczne, które zgodnie z zawiadomieniem o odrzuceniu oferty spowodowały stwierdzenia błędu w obliczeniu ceny, stwierdzając, iż oferta jest niezgodna z treścią pkt 18 siwz i podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Zamawiający w sposób nieuprawniony dokonał zatem zmiany podstawy prawnej odrzucenia oferty odwołującego. Zamawiający wskazał także, iż wymagał przedstawienia

tzw. kosztorysu uproszczonego, zawierającego: ilości robót i cenę jednostkową dla każdej pozycji kosztorysowej, zestawienie materiałów (wraz z cenami) oraz tabelę elementów scalonych (z wyszczególnieniem składników ceny R, Kp, Zysk), a dla pozycji w kosztorysie Roboty budowlane, posiadających podstawy wyceny, odwołujący nie spełnił tego wymagania. Odwołujący stwierdził, że brak w kosztorysie Roboty budowlane dla pozycji posiadających podstawę wyceny parametrów do kosztorysowania szczegółowego, stanowi co najwyżej niezgodność co do formy, nie zaś niezgodność merytoryczną oferty z siwz. Punkt 18 siwz, wymieniając elementy, które składać się mają na kosztorys uproszczony określa formę kosztorysu. Przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp nakazuje odrzucenie oferty w przypadku niezgodności merytorycznej oferty z treścią siwz, która nie ma miejsca w tym przypadku, gdyż odwołujący wycenił wszystkie pozycje przedmiaru robót i złożył ofertę zgodną z treścią siwz.

Odwołujący podniósł, iż zamawiający nie wzywał go do uzupełnienia braków w zakresie niespełnienia warunków, o których mowa w pkt 18 siwz. Kosztorys, zgodnie z postanowieniami siwz, stanowi dokument żądany na potwierdzenie spełniania przez oferowane roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, stosownie do art. 25 ust. 1 Pzp, a tym samym podlega uzupełnieniu na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp.

W zakresie odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp odwołujący wskazał, iż o rażąco niskiej cenie można mówić, gdy całkowita cena oferty odbiega od cen obowiązujących na danym rynku w taki sposób, że nie ma możliwości realizacji zamówienia przy założeniu osiągnięcia zysku. Cena oferty odwołującego mieści się w przyjętej i dopuszczalnej granicy zróżnicowania cen ofert złożonych przez poszczególnych wykonawców, stanowiąc przejaw pożądanego zjawiska konkurencji (różnica w stosunku do drugiej w rankingu ceny oferty wynosi tylko ok. 3,8%, zaś w stosunku do ceny trzeciej oferty - tylko ok. 5,01%). Odwołujący podniósł, iż w rozstrzygnięciu protestu zamawiający rozszerzył podstawę odrzucenia oferty w zakresie rażąco niskiej ceny na pozycje kosztorysowe podane przy pierwszej podstawie odrzucenia oferty. Zauważył, że postępowanie wyjaśniające na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp dotyczyło tylko kosztorysu ofertowego na okablowanie strukturalne, kosztorysu DSO oraz kosztorysu BMS, przy czym odrzucając ofertę odwołującego zamawiający wskazał jedynie pozycje kosztorysowe systemu BMS.

Do postępowania odwoławczego przystąpiło po stronie zamawiającego Konsorcjum: MOSTOSTAL Warszawa, S.A., Acciona Infraestructuras S.A. wnosząc o oddalenie odwołania.

B . Sygn. akt: KIO/UZP 879 /09,

Konsorcjum POLIMEX-MOSTOSTAL wniosło protest na czynność odrzucenia złożonej oferty oraz na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej. Odwołujący zarzucił w proteście naruszenie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp - poprzez zaniechanie poprawienia omyłek w

treści oferty, art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp - poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty i art. 91 ust. 1 Pzp - poprzez wybór oferty droższej. Wniósł o unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i dokonanie w ofercie odwołującego koniecznych poprawek zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Stwierdził w uzasadnieniu, że zarzut braku wyceny wycinki drzew i krzewów jest bezzasadny. W odpowiedzi na pytanie nr 72 o brzmieniu: „Czy na terenie przyszłej budowy są drzewa lub krzewy przewidziane do wycięcia? Jeżeli tak, to proszę o podanie ilości razem z obwodami drzew oraz odpowiedz na pytanie po czyjej stronie będzie uzyskanie pozwolenia na wycinkę wraz z opłatami administracyjnymi?" zamawiający udzielił odpowiedzi: „Jest do wycięcia 16 drzewo średnicy 5-15cm i 3 krzewy. Inwestor posiada aktualną zgodę na ich wycinkę i został zwolniony z opłat z tego tytułu." Zdaniem odwołującego, zadane pytanie dotyczyło wyłącznie ilości drzew przewidzianych do wycinki i ustalenia strony umowy, która uzyska pozwolenie na wycinkę wraz z opłatami administracyjnymi. Nie można natomiast z ww. odpowiedzi wywodzić, że wykonawca będzie zobowiązany do wycinki drzew i krzewów i ujęcia ich kosztu w kosztorysie ofertowym na zieleń. Wymóg taki nie wynikał z żadnych postanowień siwz. Powyższe nie może wywoływać negatywnych skutków dla wykonawcy. Jeżeli zaoferowany przedmiot zamówienia odpowiada przedmiotowi opisanemu przez zamawiającego i zaspokaja jego oczekiwania i interesy co najmniej w zakresie określonym w siwz, to trudno taką ofertę ocenić jako nieodpowiadającą jej treści.

Obliczona na podstawie SEKOCENBUDU (zeszyt 23/2009) wartość wyceny wycinki drzew i krzewów zgodnie z pozycją nr 41 rozdziału "Roboty nawierzchniowe na drogach i ulicach. Roboty z zakresu ochrony środowiska, średnia cena wycinki drzewa średnicy do 15 cm w warunkach utrudnionych jest równa 85,01 zł za sztukę, co dla ilości 19 sztuk daje kwotę 1970,53 zł brutto. Brakująca wartość pozycji stanowi więc 0,004% ceny oferty odwołującego. Odwołujący stwierdził, że przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp nakłada na zamawiającego obowiązek poprawiania omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty. W ocenie odwołującego celem ustawodawcy przy konstruowaniu tego przepisu ustawy, było wyeliminowanie sytuacji, w których z powodu drobnej omyłki, nie wpływającej znacząco na treść oferty, odrzucane są oferty bardzo korzystne cenowo i wybierane znacznie droższe. Odwołujący powołał się na motywy wyroku KIO/ZP 70/09 z dnia 30 stycznia 2009 r. oraz treść publikacji pt. "Prawo zamówień publicznych po nowelizacji z dnia

4 września 2008 r." pod red. Jacka Sadowego Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, Urząd Zamówień Publicznych 2008.

Do postępowania wszczętego na skutek wniesienia protestu zgłosiło przystąpienie Konsorcjum: Mostostal Warszawa S.A., ACCIONA INFRAESTRUCTURAS S.A., wnosząc o oddalenie protestu.

Zamawiający oddalił protest. W uzasadnieniu stwierdził, że poza odpowiedzią na pytanie 72 z dnia 17 marca 2009r. problem wycinki drzew i krzewów został poruszony w pytaniu 78 pkt 7 z dnia 23 marca, 2009r o treści: „W nawiązaniu do zamieszczonych na stronie inwestora odpowiedzi nr 9 w dniu 17 marca 2009r. prosimy o: pkt 7 jednoznaczną odpowiedź czy wycięcie drzew i krzewów z odpowiedzi na pytanie 72 ma być dopisane jako dodatkowa pozycja do przedmiaru dotyczącego zieleni i małej architektury?" Zamawiający odpowiedział, iż wycięcie drzew i krzewów należy ująć "w robotach wyburzeniowych". Tym samym potwierdził, iż należy w ofercie ująć wycinkę drzew i krzewów. Pozostali wykonawcy w swoich ofertach dokonali wyceny wycinki drzew we wskazanym przez zamawiającego miejscu.

Bezsporne jest, zdaniem zamawiającego, iż odwołujący nie wycenił oferty zgodnie z wymaganiami siwz. Brak taki, nie jest omyłką, którą można poprawić zgodnie z przepisami art. 87 ust. 2 pkt. 3 Pzp lecz podstawą do odrzucenia oferty zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Zamawiający powołał się na orzecznictwo KIO: KIO/UZP 11/09; 16/09; 47/09, 5/09 itd.) oraz opinię Urzędu Zamówień Publicznych. Zdaniem zamawiającego argumentacja, iż zamawiający winien był wezwać do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 Pzp jest nieuprawniona, bowiem wyjaśnienia nie mogą prowadzić do zmiany treści oferty. Zamawiający stwierdził, że nie można traktować w kategorii "omyłki" faktu, iż odwołujący nie

wycenił wymaganego zakresu robót.

Konsorcjum POLIMEX-MOSTOSTAL wniosło odwołanie od rozstrzygnięcia protestu. Podtrzymało zarzuty i wnioski zawarte w proteście. W uzasadnieniu odwołujący podał, iż zamawiający w rozstrzygnięciu protestu dokonał zmiany opisu stanu faktycznego sprawy i powołał się na odpowiedź na pytanie nr 78 pkt 7 z dnia 23 marca 2009 r. Obie odpowiedzi zostały udzielone w taki sposób, że zamawiający bez dodatkowych wyjaśnień dotyczących treści oferty w oparciu o art. 87 ust. 1 Pzp nie może dokonać oceny czy wycinka drzew i krzewów została ujęta przez odwołującego w robotach wyburzeniowych. Obowiązek ujęcia pozycji o wartości 1970,53 zł w "robotach wyburzeniowych" nie jest jednoznaczny z dopisaniem odrębnej pozycji przedmiaru, a brak takiej pozycji w ofercie nie oznacza, że odwołujący nie uwzględnił jej kosztu.

Odwołujący, na poparcie swojego stanowiska, przywołał orzeczenia: KIO/UZP 39/09, KIO/UZP 41/09 z dnia 23 stycznia 2009 r., KIO/UZP 70/09 z dnia 30 stycznia 2009 r., KIO/UZP 297/09 z dnia 24 marca 2009 r. w podobnych sprawach.

Do postępowania odwoławczego przystąpiło po stronie zamawiającego Konsorcjum: MOSTOSTAL Warszawa, S.A., Acciona Infraestructuras S.A. wnosząc o oddalenie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza, w wyniku analizy dokumentów przedłożonych do akt sprawy, oryginalnej dokumentacji postępowania oraz wyjaśnień stron i uczestnika postępowania odwoławczego złożonych na rozprawie, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołania nie zasługują na uwzględnienie.

A. Sygn. akt: KIO/UZP 866 /09,

KIO stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem prawnym w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp. Izba uznała, że interes prawny odwołującego w uzyskaniu zamówienia mógłby doznać uszczerbku w przypadku potwierdzenia się zarzucanego naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp, poprzez odrzucenie oferty odwołującego, który złożył ofertę z najniższą ceną spośród ofert, które wpłynęły do zamawiającego. Najniższa cena - 100% została wskazana jako jedyne kryterium oceny ofert w przedmiotowym postępowaniu.

Izba uznała za niezasadny zarzut naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, poprzez odrzucenie oferty Budimex Dromex S.A. z powodu błędów w obliczeniu ceny.

W specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający żądał złożenia w ofercie kosztorysu uproszczonego, w którym suma kwot za poszczególne pozycje kosztorysu powiększona o podatek VAT stanowi cenę oferty. Kosztorys uproszczony winien zawierać ilości robót i cenę jednostkową dla każdej pozycji kosztorysowej, zestawienie materiałów (wraz z cenami) oraz tabele elementów scalonych (z wyszczególnieniem składników ceny R,

Kp, Zysk). Wobec faktu, iż załączone do siwz przedmiary robót nie dla każdej pozycji kosztorysu określały podstawę wyceny, w toku odpowiedzi na pytania zamawiający wskazał, iż ,,Pozycje nie posiadające podstawy wyceny należy wycenić w formie kalkulacji indywidualnej" (odpowiedź na pytanie nr 2, pismo z dnia 10 lutego 2009 r).

W odpowiedzi na pytanie nr 14 (pismo z dnia 10 lutego 2009 r.), dotyczące dopuszczenia składania przez wykonawców kosztorysów uproszczonych - w formie arkusza kalkulacyjnego, zamawiający wyjaśnił, iż wystarczające będzie zamieszczenie – kosztorysu w formie uproszczonej zawierającego minimum m.in. „osobne podanie parametrów do kosztorysowania metodą. szczegółową (cena 1 roboczogodziny. procentowe narzuty kosztów pośrednich Kp i zysku Z)". W siwz brak jest natomiast wymagania w zakresie złożenia przez wykonawców dokumentu zawierającego osobne podanie parametrów do kosztorysowania metodą. szczegółową (cena 1 roboczogodziny. procentowe narzuty

kosztów pośrednich Kp i zysku Z) służącego do określenia kosztów pozycji, które nie posiadają podstaw wyceny. W konsekwencji zamawiający nie żądał, dla pozycji wycenionych metodą kalkulacji indywidualnej, podania parametrów wyceny r-g, KP, Z.

W odpowiedzi na pytanie nr 21 (pismo z dnia 10 lutego 2009r.) zamawiający wskazał, że „Ewentualne roboty dodatkowe (...) zostaną ustalone w protokole robót dodatkowych, który będzie podstawą do ich wyceny. Wycena robót dodatkowych musi być wykonana na podstawie składników cenotwórczych użytych do sporządzenia oferty podstawowej (r-g, KP, KZ, zysk) z uwzględnianiem zasad Wykonania i rozliczania robót dodatkowych zawartych we Wzorze Umowy." Powyższe zostało doprecyzowane w odpowiedzi na pytanie nr 21 z dnia 10 lutego 2009 r.

Odwołujący, na stronie 146 oferty, zamieścił dokument „parametry do kosztorysowania metodą szczegółową" podając cenę jednostkową robocizny, procentowy narzut kosztów pośrednich i procentowy narzut zysku. Na wezwanie zamawiającego do określenia celu złożenia tego dokumentu w ofercie, odwołujący w wyjaśnieniach złożonych pismem z dnia 11 maja 2009 r., stwierdził, iż dokument ten podaje wysokość nośników cenotwórczych służących do określenia kosztów pozycji kosztorysu ofertowego, które nie posiadają podstawy wyceny. W dalszej treści wyjaśnił, że brak podstaw wyceny pozycji kosztorysowych dotyczył przede wszystkim kosztorysów składowych zawartych w dziale Roboty budowlane tj.: przygotowanie terenu, roboty budowlane (konstrukcja, dach itp.), roboty wykończeniowe, zieleń z elementami małej architektury, regały, roboty drogowe. Wraz z wyjaśnieniami odwołujący przedłożył strony tytułowe kosztorysów składowych dla pozostałych działów dotyczących instalacji. W ramach złożonych dokumentów odwołujący pominął strony tytułowe kosztorysów składowych działu Roboty budowlane, zawierające parametry do kosztorysowania metodą szczegółową (cena 1 roboczogodziny, procentowe narzuty kosztów pośrednich Kp i zysku Z).

Z uwagi na powyższe, zamawiający dokonał analizy w/w kosztorysów i przeliczenia wskazanych pozycji w nich zawartych według stawki roboczogodziny wskazanej wyniku w dokumencie "Parametry do kosztorysowania metodą szczegółową". W wykonanych czynności sprawdzających zamawiający stwierdził, iż oferta odwołującego zawiera błędy w obliczeniu ceny w m.in. następujących pozycjach kosztorysowych: poz. 2.3.2.1., poz. 2.3.3.4., 2.3.5.4., poz. 2.4.3.3., poz. 2.6.3.3., poz. 2.7.3.3., poz. 3.8.6., poz. 3.8.8, gdyż przeprowadzone obliczenia wykazały istotne niedoszacowanie kosztów w ww. pozycjach. Biorąc pod uwagę, iż w ofercie brak jest określenia pozostałych składników wyceny (poza wartością R) zamawiający uznał, że nie ma możliwości przeliczenia ceny oferty i poprawienia oferty zgodnie z art. 87 ust. 2 Pzp.

W ustalonym stanie faktycznym Izba uznała, że wobec nie złożenia przez odwołującego dla kosztorysów składowych działu Roboty budowlane osobnych dokumentów określających parametry do kosztorysowania metodą szczegółową (cena 1 roboczogodziny, procentowe narzuty kosztów pośrednich Kp i zysku Z), w świetle treści udzielonych przez odwołującego wyjaśnień, zamawiający nie miał podstaw do przyjęcia innych stawek niż podane w dokumencie "Parametry do kosztorysowania metodą szczegółową" złożonym w ofercie. Treść oświadczenia odwołującego w powyższym zakresie została zinterpretowana przez zamawiającego w oparciu o treść całej oferty, zgodnie z regułami określonymi w k.c.(art. 65 k.c.). Natomiast przyjęcie do obliczeń tych stawek jednoznacznie wskazuje na błędy w obliczeniu przykładowo wskazanych przez zamawiającego pozycji kosztorysu, które stanowią podstawę do odrzucenia oferty stosownie do art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp.

Odwołujący podniósł na rozprawie, że przystępujący również złożył w ofercie podobny dokument (str. 482 oferty), co potwierdza, w ocenie odwołującego, prawidłowość złożonej oferty. Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego w tym względzie, biorąc pod uwagę, iż w ofercie przystępującego potwierdziła się wysokość przyjętych parametrów w treści złożonego kosztorysu ofertowego.

Brak przedłożenia w ofercie odwołującego parametrów do kosztorysowania metodą szczegółową dla poszczególnych kosztorysów obejmujących Roboty budowlane nie stanowi wyłącznie niezgodności w zakresie formy treści oferty z treścią siwz, co podnosił odwołujący. Wymagane bowiem informacje (parametry) są niezbędne do kalkulacji wynagrodzenia za wykonanie zamówienia, zważywszy na kosztorysowy charakter wynagrodzenia w

przedmiotowym zamówieniu. Na marginesie Izba wskazuje, że w tym aspekcie należałoby uznać, że oferta odwołującego jest również niezgodna z treścią specyfikacji i podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Przepis ten nie został jednak wskazany przez zamawiającego w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego.

Ponadto, wyraźnie należy podkreślić, iż kosztorys ofertowy nie stanowi dokumentu, który może podlegać uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Kosztorys ofertowy stanowi

element oferty w rozumieniu art. 66 k.c., jako podstawa kalkulacji ceny oferty, tj. jednego z istotnych postanowień przyszłej umowy. Nie jest to dokument potwierdzający spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, w rozumieniu art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp. W szczególności trzeba mieć na uwadze, że kosztorys ofertowy nie został wymieniony wśród dokumentów określonych w § 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 87, poz. 605 ze zmianami). Postanowienia specyfikacji w tym zakresie są nieważne jako sprzeczne z ustawą Pzp.

Wobec wycofania przez odwołującego w toku rozprawy zarzutów naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp i art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, które nie były podniesione w proteście, Izba nie rozpoznawała tych zarzutów.

W tym stanie rzeczy Izba uznała, że zamawiający w sposób zasadny dokonał odrzucenia oferty odwołującego w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp.

KIO uznała za zasadny zarzut naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w związku z art. 90 ust. 3 Pzp, poprzez odrzucenie oferty odwołującego jako zawierającej cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia, a wykonawca nie złożył wyjaśnień w tej kwestii.

Izba ustaliła, że odwołujący złożył ofertę zawierającą najniższą cenę wśród 7 ofert, które wpłynęły do zamawiającego. Cena oferty odwołującego wynosi 50 471 644,10 zł i jest niższa od ceny kolejnej oferty o około 3,80%. Najdroższa oferta w postępowaniu zawiera cenę w wysokości 67 692 578,97 zł. Zamawiający oszacował wartość zamówienia na kwotę 59 698 701, 67 zł (kwota nie zawierająca VAT). Zamawiający w dniu 6 maja 2009 r. wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, ze szczególnym uwzględnieniem: w przypadku kosztorysu ofertowego na okablowanie strukturalne, DSO i system BMS w zakresie podania stawek roboczogodziny i ogólnych stawek robocizny, dodatkowo dla kosztorysu BMS wyjaśnienia co miało wpływ na zaoferowane ceny oprogramowania oraz podanych materiałów i urządzeń. Odwołujący pismem z dnia 11 maja 2009 r. podał wymagane stawki oraz wyjaśnił, iż oferowane ceny oprogramowania oraz materiałów i urządzeń związanych z systemem BMS uwzględniają rynkowe ceny wraz z przyznanymi rabatami. Z obliczeń dokonanych przez zamawiającego uwzględniających koszt robocizny wg podanych przez odwołującego stawek, koszt materiałów firmy TAC i koszt pozostałych materiałów wynika, iż „niedoszacowanie ceny dla tego elementu" jest równe kwocie 105 932,90 zł. Zamawiający wyjaśnił, że dokonał analizy rynku produktów, których dotyczyło wezwanie w szczególności systemu BMS i ustalił, że odwołujący nie ma możliwości

uzyskania rabatów w najwyższej wysokości (40%) udzielanych przez jednego z producentów systemu firmę TAC dla wybranej grupy partnerów, do których nie należy firma odwołującego. Możliwe jest ewentualnie uzyskanie przez odwołującego rabatu w wysokości 20% - wówczas niedoszacowanie oferty wyniesie wówczas 55 125,36 zł, co świadczy o zaniżeniu ceny.

Zgodnie z treścią art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Pojęcie to nie zostało zdefiniowane w ustawie Pzp ani w przepisach dyrektyw Unii Europejskiej. W orzecznictwie przyjmuje się, że za ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień, co oznacza cenę znacząco odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy, roboty budowlanej. Jako przyczynę wyraźnie niższej

ceny od innych ofert można wskazać np. świadome działanie wykonawcy albo nierzetelność kalkulacji wykonawcy, co w obu przypadkach grozi nienależytym wykonaniem lub niewykonaniem zamówienia.

Stosownie do treści art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp cenę oferty należy odnosić do ceny ustalonej przez zamawiającego za cały przedmiot zamówienia tj. do kwoty stanowiącej wartość przedmiotu zamówienia ustaloną przez zamawiającego, powiększoną o podatek VAT. Jest to jednak kryterium pomocnicze, które może stanowić podstawę do wszczęcia postępowania wyjaśniającego w trybie art. 90 ust. 1 Pzp. Nie może jednak decydować o tym, że cena jest ceną rażąco niską. Uznając, że decyzja zamawiającego w zakresie żądania wyjaśnień nie podlega, co do zasady, kryteriom arytmetycznym, zamawiający może zażądać wyjaśnień w oparciu o wątpliwości wynikające z danych okoliczności sprawy.

W przedmiotowym postępowaniu zamawiający wezwał odwołującego do wyjaśnienia elementów mających wpływ na wysokość ceny oferty, uszczegóławiając zakres żądanych wyjaśnień do części oferty. W ocenie Izby, żądanie wyjaśnień w zawężonym zakresie w stosunku do całego przedmiotu zamówienia nie znajduje uzasadnienia w świetle przepisu art. 90 ust. 1 Pzp i może wpływać mylnie na wykonawcę udzielającego odpowiedzi. Ponadto, ocena, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia powinna być dokonana w odniesieniu do całości ceny zaproponowanej przez wykonawcę. (vide: wyrok Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 24.03.2005 r., sygn. akt II Ca 425 /04). Sąd Okręgowy w Poznaniu w postanowieniu z dnia 17.01.2006 r. sygn. akt II Ca 2194 /05 uznał, że skoro zamawiający przeprowadził postępowanie wyjaśniające jedynie co do części oferty [...] Oceniając zatem tylko ten jeden element oferty zamawiający nie mógł odrzucić oferty odwołującego, bowiem art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp stanowi o rażąco niskiej cenie oferty w stosunku do przedmiotu zamówienia, nie zaś rażąco niskiej ceny pewnej części oferty. W świetle powyższego w przedmiotowym postępowaniu zamawiający nie miał podstaw do uznania, że oferta odwołującego zawiera rażąco niską cenę tylko na podstawie oceny części

oferty - w zakresie kosztorysu BMS. Nie można także uznać, że wyjaśnienia nie zostały złożone w zakresie wyszczególnionym przez zamawiającego oraz że ocena złożonych wyjaśnień (w zakresie określonym przez zamawiającego) pozwala stwierdzić, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do całego przedmiotu zamówienia. Biorąc pod uwagę, że w kwestii ustalenia, czy cena oferty jest rażąco niska, to na zamawiającym spoczywa, stosownie do art. 6 k.c. ciężar dowodu, Izba uznała, że w przedmiotowym postępowaniu zamawiający nie wykazał, że zaszła przesłanka do uznania, iż oferta odwołującego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Wobec dokonanych ustaleń Izba nie znalazła podstaw do stwierdzenia naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 91 ust. 1 Pzp poprzez wybór oferty złożonej przez przystępującego jako najkorzystniejszej. Izba uznała, że zamawiający nie naruszył art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, skutkującego odrzuceniem oferty odwołującego. Stosownie do treści przepisu art. 191 ust. 1a Pzp Izba uznała, że stwierdzone naruszenie przez zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 Pzp nie miało i nie może mieć wpływu na wynik postępowania.

W tym stanie rzeczy odwołanie zostało oddalone.

B . Sygn. akt: KIO/UZP 879 /09,

KIO stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem prawnym w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp. Izba uznała, że interes prawny odwołującego w uzyskaniu zamówienia mógłby doznać uszczerbku w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp wskazanych w odwołaniu. W przypadku potwierdzenia się zasadności zarzutów odwołania, biorąc zarazem pod uwagę odrzucenie oferty złożonej przez Budimex Dromex S.A., oferta odwołującego byłaby uznana za najkorzystniejszą, gdyż cena tej oferty zostałaby uznana za najniższą.

W przedmiotowym postępowaniu zgodnie z pkt I.2 siwz zamawiający zawarł szczegółowy opis przedmiotu zamówienia w dokumentacji projektowej stanowiącej integralną część specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W toku rozprawy zamawiający wyjaśnił, iż w przedmiarach nie została uwzględniona praca polegająca na wycince drzew

i krzewów. Z tego względu, dopiero w wyniku zadawanych przez wykonawców pytań zamawiający odniósł się do kwestii ww. robót. W toku postępowania zostały udzielone przez zamawiającego trzykrotne wyjaśnienia dotyczące robót polegających na wycince drzew i krzewów. Treść tych wyjaśnień stanowi integralną część specyfikacji istotnych warunków

zamówienia. W odpowiedzi na pytanie 72 (pismo z dnia 17 marca 2009r.) zamawiający wyjaśnił, że „jest do wycięcia 16 drzew o średnicy 5-15 cm i 3 krzewy. Inwestor posiada aktualną zgodę na ich wycinkę i został zwolniony z opłat z tego tytułu." W dniu 20 marca 2009 r. zamawiający uzupełnił odpowiedź z dnia 17 marca 2009 r. do pytania 72 stwierdzając „proszę umieszczoną odpowiedź traktować jako uzupełnienie przedmiaru w rob. wyburzeniowych." Kolejna odpowiedź na pytanie nr 78 pkt 7 z dnia 23 marca 2009r o treści „prosimy o odpowiedź czy wycięcie drzew i krzewów z odpowiedzi na pytanie nr 72 ma być dopisane jako dodatkowa pozycja do przedmiaru dotyczącego zieleni i małej architektury" zamawiający wyjaśnił stwierdzając „ w robotach wyburzeniowych"

Analizując treść zadawanych pytań i udzielonych odpowiedzi w kolejności chronologicznej nie można mieć żadnych wątpliwości, że wyjaśnienia zamawiającego w zakresie dotyczącym wycinki drzew i krzewów potwierdzają, iż zamawiający wymagał wpisania pozycji „wycięcie drzew i krzewów" jako dodatkowej pozycji do przedmiaru „Przygotowanie terenu – roboty wyburzeniowe" oraz dokonania jej wyceny w ramach kosztorysu ofertowego.

Odwołujący nie dodał wskazanej pozycji w złożonym kosztorysie ofertowym. Jest to okoliczność niesporna w sprawie, świadcząca, w ocenie Izby, o przygotowaniu kosztorysu niezgodnie z wymaganiami zamawiającego. Dla oceny również, czy oferta odwołującego obejmuje przedmiot zamówienia zgodny, pod względem zakresu oferowanych robót z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w siwz, istotne jest czy w ramach kosztorysu odwołujący uwzględnił te prace i ich koszt pomimo nie wskazania odrębnej pozycji w kosztorysie. W toku rozprawy odwołujący oświadczył, że ujął wycenę wycinki drzew i krzewów w innych pozycjach kosztorysu ofertowego, nie wskazując jednak konkretnych pozycji. Okoliczności tej odwołujący nie podnosił ani w proteście ani też w odwołaniu. W proteście i odwołaniu odwołujący podnosił, że treść odpowiedzi na pytanie 72 nie jest równoznaczna ze stwierdzeniem, iż wykonawca będzie zobowiązany do wycinki drzew i krzewów i ujęcia ich kosztu w kosztorysie ofertowym na zieleń. W ocenie Izby, powyższe świadczy wręcz przeciwnie, iż odwołujący kwestionował zarówno obowiązek wykonania wycinki drzew i krzewów przez wykonawcę w przedmiotowym postępowaniu jak również obowiązek ujęcia w kosztorysie kosztu tej pracy. W odwołaniu natomiast odwołujący podnosił jedynie wątpliwość, że brak takiej pozycji w ofercie odwołującego nie oznacza, że odwołujący nie uwzględnił kosztu wycinki w robotach wyburzeniowych. Oceniając powyższe wyjaśnienia, Izba doszła do przekonania, że odwołujący nie wykazał faktu uwzględnienia kosztu wycinki w robotach wyburzeniowych w innych pozycjach.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp stanowi natomiast, że zamawiający poprawia w ofercie

inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty, niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona. Jak to podkreślono w publikacji Urzędu Zamówień Publicznych „Prawo Zamówień Publicznych po nowelizacji z dnia 4 września 2008 r." pod red. J. Sadowego, Warszawa 2008, str. 117 i nast. „Ustawa dopuszcza również poprawianie innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty (art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy). Poprawianie omyłek na podstawie cyt. przepisu dotyczy omyłek nie mających charakteru oczywistego oraz niekoniecznie odnosi się do ceny, a więc może dotyczyć również innych elementów złożonej oferty. (...) Na podstawie cyt. przepisu można poprawić omyłkę, która nie powoduje istotnych zmian w treści oferty. Dopuszczalne wydaje się dokonanie zmian w sytuacji, jeżeli z okoliczności wynika zamiar złożenia przez wykonawcę oferty zgodnie z wymaganiami zamawiającego oraz poprawienie omyłki nie ingeruje w

sposób istotny w treść oferty, tj. nie powoduje konieczności znaczącej ingerencji ze strony zamawiającego lub nie dotyczy jej istotnych postanowień."

W ocenie Izby, przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp ma zastosowanie jeżeli niezgodność treści oferty z treścią siwz ma charakter omyłki, a jej poprawienie nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty.

W ofercie odwołującego nie zawarto pozycji dotyczącej wycinki drzew i krzewów, którą odwołujący oszacował na kwotę 1970,53 zł. W ocenie Izby, powyższy brak nie może być może być uznany za efekt omyłki. Zdaniem Izby, wykonawca nie zachował należytej staranności - nie uwzględnił wyjaśnień treści siwz powodujących zmianę wymagań co do przedmiotu zamówienia. Pominięcie w ofercie części prac, tj. wycinki drzew i krzewów stanowi niezgodność treści oferty w stosunku do wymagań specyfikacji. Izba uznała, że jest to błąd, który wynika z mylnej oceny przez odwołującego istniejącego stanu faktycznego. Gdyby bowiem odwołujący zdawał sobie w pełni sprawę z wymagań postawionych przez zamawiającego w odniesieniu do robót dotyczących wycinki drzew i krzewów, to nie pominąłby tej pozycji w kosztorysie ofertowym. Doprowadzenie treści oferty do zgodności z siwz wymaga dopisania pozycji oraz podania w niej oferowanej przez wykonawcę ceny robót. Dokonanie takiej zmiany w treści oferty wykracza poza dyspozycję przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. W konsekwencji Izba uznała, że pominięcie pozycji przez odwołującego nie ma charakteru omyłki możliwej do poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. W omawianym przypadku nie jest również możliwe zastosowanie trybu wyjaśnień treści oferty na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp, ponieważ spowodowałoby to wprowadzenie do oferty nowej treści.

18

Ponadto, Izba wzięła pod uwagę okoliczność, iż w przedmiotowym postępowaniu określono wynagrodzenie kosztorysowe i z tego względu kosztorys musi zawierać wszystkie przewidywane koszty wyliczone na podstawie przedmiarów. Zachodzić może również konieczność udzielenia zamówienia na roboty dodatkowe, co w sytuacji braku wyceny wszystkich wymaganych pozycji kosztorysu uniemożliwić może rozliczenie wykonanych etapowo robót.

Zważywszy powyższe okoliczności, Izba uznała, że oferta złożona przez Konsorcjum Polimex Mostostal podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp wobec braku podstaw do poprawienia oferty odwołującego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp i w tym zakresie decyzja zamawiającego jest zasadna.

Omówione okoliczności sprawy uzasadniały oddalenie odwołań jako pozbawionych uzasadnionych podstaw.

Biorąc za podstawę stan rzeczy, ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji na podstawie art.191 ust.1 w związku z art. 191 ust.1 a Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych stosownie do wyniku postępowania. Orzekając o zwrocie kwoty 37 713 zł 00 gr na rzecz Konsorcjum: Polimex-Mostostal S.A., Przedsiębiorstwo Wielobranżowe EBUD- Przemysłówka Sp. z o.o., Izba wzięła pod uwagę, iż odwołujący uiścił wpis w wysokości 40 000,00 zł tj. przewyższającej wysokość należnego wpisu określonego na podstawie § 1 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zm.).

19

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zmianami) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Katowicach.**

Przewodniczący:

……

Członkowie:

……

……