

WYROK

z dnia 9 lipca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Magdalena Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **9 lipca 2013 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 czerwca 2013 r.

przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Qumak S.A. z siedzibą w Warszawie, Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów sp. z o.o. z siedzibą w Mińsku Mazowieckim**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Remont lotniskowego systemu elektroświeatnego oraz oznakowania pionowego z dostosowaniem do aktualnego układu nawierzchni lotniskowych wraz z remontem poboczy drogi startowej Portu Lotniczego Bydgoszcz S.A w ramach Projektu pn. „Zintegrowany Projekt inwestycyjny rozwoju funkcji Portu Lotniczego w Bydgoszczy w ramach węzła komunikacyjnego aglomeracji bydgosko-toruńskiej* (nr postępowania 2013/07/00135)

prowadzonym przez zamawiającego: **Port Lotniczy Bydgoszcz S.A z siedzibą w Bydgoszczy**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Skanska S.A z siedzibą w Warszawie, ZEUS S.A z siedzibą w Pruszczu Gdańskim –** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z 10 czerwca 2013 r. oraz powtórzenie czynności w prowadzonym postępowaniu, poczynwszy od czynności badania oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu,**

1

Sygn. akt KIO 1502/13

z uwzględnieniem dokumentów uzupełnionych 5 lipca 2013 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Skanska S.A z siedzibą w Warszawie, ZEUS S.A z siedzibą w Pruszczu Gdańskim, a skończywszy na zawiadomieniu wykonawców o rezultatach powtórzonych czynności.

- 2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego: Port Lotniczy Bydgoszcz S.A z siedzibą w Bydgoszczy i**

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20000 zł 00 gr**

(słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego: **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Qumak S.A z siedzibą w Warszawie, Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów sp. z o.o. z siedzibą w Mińsku Mazowieckim** tytułem wpisu od odwołania,

- 2.2. zasądza od zamawiającego: Portu Lotniczego Bydgoszcz S.A z siedzibą w Bydgoszczy na rzecz odwołującego: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Qumak S.A z siedzibą w Warszawie, Przedsiębiorstwa Budowy Dróg i Mostów sp. z o.o. z siedzibą w Mińsku Mazowieckim kwotę 23600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczzonego wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów strony w postaci wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do 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

Sygn. akt KIO 1502/13

Uzasadnienie

Zamawiający – Port Lotniczy Bydgoszcz S.A. z siedzibą w Bydgoszczy – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759; zwanej dalej również „ustawą pzp” lub „ppz”), postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane pn. *Remont lotniskowego systemu elektroświatlnego oraz oznakowania pionowego z dostosowaniem do aktualnego układu nawierzchni lotniskowych wraz z remontem poboczy drogi startowej Portu Lotniczego Bydgoszcz S.A w ramach Projektu pn. „Zintegrowany Projekt inwestycyjny rozwoju funkcji Portu Lotniczego w Bydgoszczy w ramach węzła komunikacyjnego aglomeracji bydgosko-toruńskiej* (nr postępowania 2013/07/00135)

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2013/S_078-131674 z 22 kwietnia 2013 r., w tym samym dniu Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie na tablicy ogłoszeń oraz na swojej stronie internetowej (www.plb.pl), na której udostępnił również od tego dnia specyfikację istotnych warunków zamówienia (zwaną również dalej w skrócie „SIWZ” lub „s.i.w.z.”)

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp i została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 13.000.000,00 zł, co stanowi równowartość 3.234.152,65 euro.

10 czerwca 2013 r. Zamawiający przekazał Odwołującemu – wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia: Qumak S.A. z siedzibą w Warszawie, Przedsiębiorstwu Budowy Dróg i Mostów sp. z o.o. z siedzibą w Mińsku Mazowieckim (dalej zwanych również „Konsorcjum Qumak”) – zawiadomienie o rozstrzygnięciu postępowania – wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Skanska S.A. z siedzibą w Warszawie, ZEUS S.A. z siedzibą w Pruszczu Gdańskim (dalej zwanych również „Konsorcjum Skanska”).

20 czerwca 2013 r. (pismem z tej daty) Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od powyższej czynności Zamawiającego, któremu zarzucił naruszenie następujących przepisów ustawy pzp:

1. Art. 7 – przez zaniechanie jego zastosowania przy ocenie ofert, powodujące nierówne traktowanie wykonawców i utrudnianie uczciwej konkurencji, wyrażające się m.in. w bezkrytycznym przyjęciu przez Zamawiającego zastrzeżeń Konsorcjum Skanska w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa oraz dokonaniu wyboru jego oferty jako

Sygn. akt KIO 1502/13

- najkorzystniejszej – podczas gdy Konsorcjum Skanska S.A. *złożyło do swej oferty* kosztorys ofertowy niezawierający wszystkich wymaganych przez Zamawiającego pozycji, a oferta została podpisana przez osobę nieupoważnioną do występowania w imieniu całego Konsorcjum Skanska, jak i każdego z jego członków z osobna.
2. Art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust 3 – przez niezgodne z ustawą pzp dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej.
3. Art. 89 ust. 1 pkt 2 – przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum Skanska jako oferty niezgodnej z wymaganiami postawionymi przez Zamawiającego w SIWZ.
4. Art. 89 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 23 w zw. z art. 104 kodeksu cywilnego, poprzez jego niezastosowanie względem oferty Konsorcjum Skanska, która została podpisana przez osobę nieumocowaną do działania w imieniu całego Konsorcjum i każdego z jego

członków z osobna.

5. Art. 24 ust. 2 pkt 4 – przez niewykluczenie Konsorcjum Skanska, które nie wykazało spełniania warunków udziału w postępowaniu z uwagi na wadliwe złożenie podpisu pod oświadczeniami ZEUS S.A. w zakresie braku podstaw do wykluczenia tego Wykonawcy z postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia.
6. Art. 8 ust. 1 i 3 – przez zaniechanie ujawnienia treści oferty wykonawcy Konsorcjum Skanska w zakresie listy podmiotów wchodzących w skład grupy kapitałowej Konsorcjum.
7. Art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i uznanie, że lista podmiotów wchodzących w skład grupy kapitałowej Konsorcjum Skanska może być objęta tajemnicą przedsiębiorstwa – w sytuacji, gdy nie zostały spełnione przesłanki uznania go za tajemnicę przedsiębiorstwa.
{Ponadto z *ostrożności* Odwołujący zarzucił Zamawiającemu również naruszenie:}
8. Art. 26 ust 3 – przez zaniechanie wezwania Konsorcjum Skanska do złożenia dokumentów potwierdzających umocowanie dla Pana L..... G..... do działania w imieniu całego Konsorcjum oraz umocowanie Pana S..... K..... do działania w imieniu Zeus S.A.
9. Art. 87 ust 1 – przez zaniechanie wezwania Konsorcjum Skanska do wyjaśnień w zakresie barków w kosztorysie ofertowym.
Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:
 1. Unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.
 2. Ujawnienia listy podmiotów wchodzących w skład grupy kapitałowej Konsorcjum Skanska.

4

Sygn. akt KIO 1502/13

3. Dokonania ponownej oceny ofert i powtórzenia czynności wyboru oferty oraz jako oferty najkorzystniejszej odrzucenia oferty Konsorcjum Skanska niespełniającej treści SIWZ oraz oferty nieważnej w świetle art. 104 kc.
4. Wykluczenia Konsorcjum Skanska S.A. jako wykonawcy, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu.
5. Dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum Qumak.
Odwołujący sprecyzował zarzuty przez podanie następujących okoliczności prawnych i faktycznych uzasadniających wniesienie odwołania.
I. zarzut dotyczący niezgodności treści oferty Konsorcjum Skanska z treścią SIWZ
Odwołujący podał, że Zamawiający określił w SIWZ następujące zapisy odnośnie oferowanej przez wykonawców ceny:
– po pierwsze – w formularzu ofertowym na 2 str.: *Załącznikiem do formularza jest kosztorys ofertowy Wykonawcy zawierający ceny jednostkowe – Szczegółowy Wykaz Cen;*
– po drugie – w pkt 16, ppkt 1) lit. f) SIWZ {Zawartość oferty}: *Szczegółowy wykaz cen zawierający informację na temat m.in. typu, rodzaju, producenta osprzętu;*
– po trzecie – w pkt 26, ppkt 3) SIWZ {Opis sposobu obliczania ceny}: *Ceną oferty jest kwota wymieniona w Formularzu Oferty. Wykonawca dodatkowo załącza kosztorys zawierający wykaz cen stanowiący wszystkie części składowe ceny podanej w formularzu cenowym.*
Ponadto w pkt 14 ppkt 2) SIWZ {Wymagania podstawowe} Zamawiający postawił wymóg, że *Ofertę należy przygotować ściśle wg wymagań określonych w niniejszym SIWZ.*
Jednocześnie Odwołujący zwrócił uwagę, że załączony przez Konsorcjum Skanska kosztorys ofertowy opiewa jedynie na kwotę 1.238.506,25 (nie wiadomo netto czy brutto), natomiast w formularzu ofertowym została wskazana kwota 8.567.816,72 zł netto.
Odwołujący podniósł, że oferta Konsorcjum Skanska nie jest przygotowana według wymagań SIWZ i oczekiwań Zamawiającego, gdyż kosztorys ofertowy, zawierający wykaz cen, nie posiada wszystkich części składowych ceny podanej w formularzu ofertowym, w konsekwencji inna jest też jego kwota. Odwołujący wskazał, że kosztorys ofertowy to dokument kosztowy, którego celem jest przedstawienie oferty cenowej wykonania robót budowlanych i powinien zawierać informacje o cenie robót budowlanych, których wykonania chce się podjąć uczestnik przetargu. Zdaniem Odwołującego podana przez niego definicja potwierdza, że Konsorcjum Skanska złożyło *wybrakowany* kosztorys ofertowy,

nieodzwierciedlający całości prac, których wykonania w SIWZ oczekuje Zamawiający. Dla Odwołującego znamienne jest, że przedmiotowy kosztorys miał potwierdzać objęcie ofertą wszystkich elementów i prawidłowe oszacowanie ceny. Nigdzie w SIWZ Zamawiający nie postawił bowiem zastrzeżenia, że kosztorys ofertowy ma mieć jedynie znaczenie pomocnicze. Wręcz przeciwnie – jak podniósł Odwołujący – kompleksowa interpretacja

5

Sygn. akt KIO 1502/13

SIWZ wraz z zapisami wzoru umowy świadczy o tym, że kosztorys ofertowy z cenami ma być *de facto* załącznikiem do umowy na realizację zamówienia publicznego oraz będzie stanowił odniesienie dla Zamawiającego i Wykonawcy do szacowania wartości prac zamiennych bądź zaniechanych. Zdaniem Odwołującego fakt, że w § 7 wzoru umowy, stanowiącego integralną część SIWZ, Zamawiający założył, że wynagrodzenie wykonawcy będzie miało charakter ryczałtowy, w żaden sposób nie zwalnia Konsorcjum Skanska z obowiązku dochowania należytej staranności przy składaniu oferty.

Odwołujący zarzucił również, że błędy popełnione przez Konsorcjum Skanska w kosztorysie ofertowym są istotne i polegają na:

- po pierwsze – braku wskazania liczby sztuk poszczególnych elementów;
- po drugie – brak wyszczególnienia wyposażenia serwisowo-obslugowego, które wchodzi w skład części zamówienia {pkt 13 załącznika nr 1 do SIWZ};
- po trzecie – brak kabla strony wtórnej, podczas gdy Zamawiający wymagał go w ramach dostarczenia elementów zapasowych systemu oświetlenia nawigacyjnego {pkt. 14.1 załącznika nr 1 do SIWZ};
- po czwarte – ceny jednostkowe zostały powiększone o podatek VAT.

Odwołujący podkreślił, że błędy popełnione przez Konsorcjum Skanska w kosztorysie ofertowym – który był jedynym miejscem w ofercie, gdzie Zamawiający mógł zweryfikować zawartość oferty danego wykonawcy – nie można uznać za błędy nie istotne, niewpływające na treść oferty. Według Odwołującego już same braki w postaci niewskazania cen za wyposażenie serwisowo-obslugowe oraz za kabel wtórny, dają kwotę ponad 60.000.00 zł.

W opinii Odwołującego za tezę, że błędy w kosztorysie ofertowym Konsorcjum Skanska powinny skutkować odrzuceniem jego oferty na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 pzp przemawia przywołane przez niego orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej {wszystkie cytaty za odwołaniem}:

- Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 20 października 2010 r. (sygn. KIO/UZP 2164/10):
Rodzaj wynagrodzenia implikuje sposób rozliczania realizacji umowy, jednak nawet jeśli wynagrodzenie umowne zawiera elementy charakterystyczne dla rozliczenia ryczałtowego z wykonawcą, oferta powinna uwzględniać wszystkie wymienione w przedmiarze robót pozycje, jeżeli wymagał tego zamawiający.
- Wyrok z dnia 18 października 2012 r. (sygn. akt KIO 2146/12): 1. *O niezgodności formalnej można mówić, gdy oferta nie odpowiada przyjętemu przez zamawiającego szablonowi, np. nie jest sporządzana na przygotowanym przez zamawiającego formularzu, niemniej jednak zawiera wszystkie wymagane przez zamawiającego elementy, nie ma ponumerowanych stron bądź też jej strony są podpisane, a nie parafowane. Brak jednego z wymaganych dokumentów stanowi uchybienie niedające*

6

Sygn. akt KIO 1502/13

się zakwalifikować jako uchybienie formalne. 2. Błędy w kosztorysie stanowią o innego rodzaju uchybieniach niż brak kosztorysu, czy wyceny. Skoro nie złożono w ogóle wymaganego dokumentu, to stanowi o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ. Natomiast błędy w złożonym dokumencie każdorazowo stanowią przedmiot badania przez Izbę i w zależności od danego stanu faktycznego mogą być różnie ocenione. 3. Art. 87 ust. 1 p.z.p. nie może być podstawą do uzupełnienia jakiegokolwiek brakującego dokumentu. Wezwanie do złożenia wyjaśnień dotyczących brakującego dokumentu wykracza poza wykazanie, w jaki sposób należy rozumieć treść oferty.

- wyrok z 1 października 2012 r. (sygn. akt KIO 1994/12): 1. *Ryczałtowy charakter ceny nie zwalnia wykonawców z obowiązku składania ofert, których treść w pełni odpowiadała*

będzie wymaganiom zamawiającego i potwierdzała zgodność z SIWZ w zakresie w dokumencie tym wymaganym, również w odniesieniu do przygotowanego kosztorysu ofertowego. 2. W zależności od woli zamawiającego i konkretnych postanowień SIWZ, w danym postępowaniu kosztorys ofertowy może stać się nie tylko środkiem obliczenia ceny, źródłem cen jednostkowych i podstawą rozliczenia robót, ale także źródłem zobowiązania wykonawcy (jego opisem).

{Odwołujący skomentował w tym miejscu, że dla niego okolicznością bezsporną jest, że oferowany przez Konsorcjum Skanska przedmiot oferty nie jest tożsamy z zakresem przedmiotu oczekiwanego przez Zamawiającego w SIWZ}

- wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 25 lipca 2012 r. (sygn. akt KIO 1474/12):
Zamawiający stawiając w SIWZ konkretne wymagania i oczekiwania wobec przedmiotu zamówienia obowiązany jest następnie na etapie oceny ofert, zbadać je przez pryzmat postawionych wymagań. Gdyby te cechy i właściwości nie miały znaczenia i były neutralnymi dla oceny oferty – nie powinny być w ogóle stawiane. Dla oceny oferty istotne są nie tylko elementy podlegające ocenie (cena i przyjęte przez zamawiającego kryteria techniczne), ale także te cechy, właściwości i funkcjonalności oferowanego przedmiotu, które decydują o jego zgodności ze SIWZ. Ocenie według przyjętych kryteriów decydujących o wyborze oferty, polegają bowiem te oferty, które odpowiadają treści SIWZ.
- wyrok z dnia 10 stycznia 2013 r. (sygn. akt KIO 2845/12): 1. Zakres i sposób realizacji świadczenia musi być zgodny z zakresem i sposobem dookreślonym przez zamawiającego w treści SIWZ. Treść oferty nie może ograniczać się do możliwości stwierdzenia braku sprzeczności z treścią SIWZ, ale również musi być na tyle pojemna, aby wykazać jej bezpośrednią zgodność z treścią SIWZ. 2. Niezgodność treści oferty obejmuje zakres przedmiotowy świadczenia odnoszący się np. do technologii oraz materiałów dookreślonych przez zamawiającego w treści SIWZ. Odnosi się również

7

Sygn. akt KIO 1502/13

do wymogów funkcjonalnych, jak choćby do wymogu zastosowania rozwiązania umożliwiającego łatwy demontaż nóg w ławkach i stolikach. 3. Kwestia sprzeczności z wymaganiami zamawiającego w toku oceny ofert ma walor obiektywny i winna być oceniana w oparciu o treść SIWZ, która stanowi emanację woli zamawiającego, wyrażoną na etapie wszczęcia postępowania (w ogłoszeniu o zamówieniu i treści SIWZ), a wiąże nie tylko wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, ale również samego zamawiającego.

Zdaniem Odwołującego słuszne jest jego stwierdzenie, że czynności Zamawiającego polegającej na badaniu i ocenie ofert w prowadzonym postępowaniu nie można przypisać przymiotu kompletności i rzetelności. Zamawiający dokonał bowiem wyboru oferty Konsorcjum Skanska jako najkorzystniejszej, podczas gdy na skutek błędów w kosztorysie ofertowym nie można zweryfikować zakresu oferowanego przedmiotu zamówienia za daną cenę i *sam ten podmiot* nie będzie w stanie spełnić oczekiwań Zamawiającego wskazanych między innymi we wzorze umowy do SIWZ. W związku z tym oferta Konsorcjum Skanska powinna podlegać odrzuceniu jako niezgodna z treścią SIWZ.

II. zarzut dotyczący nieważności oferty Konsorcjum Skanska

Odwołujący odwołał się do art. 104 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym jednostronna czynność prawna dokonana w cudzym imieniu bez umocowania lub z przekroczeniem jego zakresu jest nieważna. Odwołujący podał, że na str. 7 oferty Konsorcjum Skanska znajduje się oryginał pełnomocnictwa dla Skanska S.A. jako lidera. Odwołujący podniósł, że pełnomocnictwo to zostało udzielone przez osobę nieupoważnioną do samodzielnego działania w imieniu członka Konsorcjum – spółki Zeus S.A., gdyż pod pełnomocnictwem podpisał się Pan S..... K....., który jest Prezesem Zarządu Zeus S.A., a na str. 76 oferty znajduje się informacja z KRS dla Zeus S.A., jednoznacznie wskazująca, że w przypadku wieloosobowego zarządu, do reprezentowania tej Spółki upoważnionych jest dwóch członków zarządu, bądź członek zarządu łącznie z prokurentem, a według KRS Zarząd ZEUS S.A. jest trzyosobowy. Odwołujący stwierdził, że zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z 17 listopada 2010 r. (sygn. I CSK 75/10) pełnomocnictwo takie należy uznać za nieważne. W konsekwencji powyższego cała oferta została podpisana

przez osobę nieupoważnioną do działania w imieniu całego Konsorcjum Skanska S.A. jak i każdego z jego członków z osobna.

Odwołujący podniósł również, że znajdujące się na str. 5 oferty Konsorcjum Skanska S.A. pełnomocnictwo dla Pana L..... G..... jest pełnomocnictwem jedynie do reprezentowania samej spółki Skanska S.A. Z treści tego dokumentu w żaden sposób nie wynika uprawnienie do składania oświadczeń woli również w imieniu Zeus S.A., choć *de facto* w chwili obecnej i tak sama Skanska S.A. nie miałaby prawa udzielić danemu

8

Sygn. akt KIO 1502/13

pracownikowi takiego pełnomocnictwa. Jednostronna czynność prawna (jak oferta) dokonana w cudzym imieniu przez fałszywego pełnomocnika jest bezwzględnie nieważna. Sankcja bezwzględnej nieważności dotyczy bezwarunkowo takiej jednostronnej czynności prawnej, która wyraża się w złożeniu oświadczenia woli, nieskierowanego do określonego adresata. Nie ma przy tym znaczenia dobra bądź zła wiara osoby działającej bez umocowania. Ponadto bezwzględnie nieważna, bez możliwości konwalidowania, jest jednostronna czynność prawna, polegająca na złożeniu oświadczenia woli konkretnemu adresatowi, jeżeli ten nie zgodził się na działanie bez umocowania {por. uchw. SN z dnia 27 lipca 1989 r., III CZP 69/89, Biul. SN 1989, nr 7, s. 8- 9}. Konsekwencje takiego zachowania w stosunku pomiędzy rzekomym pełnomocnikiem a osobą reprezentowaną należy oceniać przez pryzmat istniejącego między nimi ewentualnie stosunku prawnego, przepisów o prowadzeniu cudzych spraw bez zlecenia (art. 752 i n. kc) oraz – w braku podstaw do ich stosowania – przepisów o odpowiedzialności deliktovej (art. 415 i n. kc). Możliwość dokonania przez pełnomocnika w imieniu mocodawcy innych czynności, niebędących czynnościami prawnymi, z którymi ustawa wiąże skutek prawny, uzasadnia stosowanie art. 104 kc również do takich działań, w szczególności zawiadomień {por. wyr. SN z dnia 17 listopada 2010 r., I CSK 75/10, Lex nr 818553, wskazujący na analogiczne zastosowanie art. 104 kc do zawiadomienia}.

Zdaniem Odwołującego w świetle powyższych wywodów zasadne jest jego stwierdzenie, że oferta Konsorcjum Skanska jest nieważna i powinna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 pzp.

Jednocześnie poważne wątpliwości Odwołującego wzbudził fakt, że Zamawiający, mimo tak oczywistych błędów, nie wezwał Konsorcjum Skanska do uzupełnień w trybie art. 26 ust 3 pzp, podczas gdy na okoliczność prawidłowego umocowania lidera Konsorcjum Qumak S.A. i jego pracowników Odwołujący został wezwany do szczegółowych wyjaśnień. III. zarzut niewykazania przez Konsorcjum Skanska braku podstaw do wykluczenia.

Odwołujący podał, że Zamawiający pod sekcją IV SIWZ, w pkt. 9.3. postawił wymaganie, iż *W celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie niniejszego zamówienia Wykonawcy w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp zobowiązani są:*

a) złożyć Oświadczenie przez Wykonawcę (w przypadku wspólnego ubiegania się o udzielenie niniejszego zamówienia przez dwóch lub więcej Wykonawców w ofercie muszą być złożone przedmiotowe dokumenty dla każdego z nich), sporządzone zgodnie z treścią Załącznika nr 3a do SIWZ o braku podstaw do wykluczenia.

Odwołujący podniósł, że członek Konsorcjum Skanska – spółka Zeus S.A. nie wypełniła tego zobowiązania, gdyż przedmiotowe oświadczenie (str. 10-11 oferty

9

Sygn. akt KIO 1502/13

Konsorcjum Skanska) zostało podpisane, analogicznie jak pełnomocnictwo dla lidera, jedynie przez S..... K....., który według załączonego KRS nie był samodzielnie uprawniony do złożenia oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia tej Spółki z postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust. 1 pzp. Ponadto Odwołujący podniósł, że również pozostałe dokumenty, oświadczenia, wykazy, poświadczenia bezpieczeństwa, zaświadczenia o przeszkoleniu ZEUS – zostały podpisane tylko przez Prezesa S..... K.....

Reasumując stwierdzić należy, iż wszelkie zaniechania wykonawcy obciążają jego

samego. To na wykonawcy, wbrew twierdzeniom Odwołującego się, spoczywa ciężar dowodu w przedmiocie spełniania warunków udziału w postępowaniu {w odwołaniu podano jako źródło cytatu wyrok KIO/UZP 195/10}. W ocenie Odwołującego obecna dokumentacja załączona do oferty Konsorcjum Skanska nie potwierdza, że co do spółki ZEUS S.A. nie ma podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust. 1 pzp, a zatem zachodzą przesłanki do wykluczenia tego Wykonawcy na podstawie art. 24 ust 2 pkt 4 ustawy pzp.

Jednocześnie Odwołujący stwierdził, że powyższe dowodzi, iż również w tym zakresie Zamawiający zaniechał zastosowania procedury z art. 26 ust 3 pzp.

IV. zarzut dotyczący bezpodstawnego zaniechania odtajnienia wybranej oferty w zakresie listy pomiotów wchodzących w skład grupy kapitałowej Konsorcjum Skanska

Odwołujący podał, że Zamawiając odmówił mu udostępnienia pełnej treści oferty Konsorcjum Skanska, tj. listy podmiotów wchodzących w skład grupy kapitałowej Konsorcjum Skanska. W ocenie Odwołującego było to działanie bezprawne, nieznajdujące swojego uzasadnienia w świetle przepisów pzp. Zdaniem Odwołującego zastrzeżone przez wykonawców dokumenty nie mają szczególnego charakteru zawierającego niepowtarzalne dane przedsiębiorcy o charakterze technicznym, technologicznym, organizacyjnym, nie zawierają informacji znanych tylko tym wykonawcom (mają charakter powszechny), a mają raczej na celu uniemożliwienie Odwołującemu dokonania oceny oferty konkurencji, a w szczególności zweryfikowanie czy podmioty wchodzące w skład grupy kapitałowej Konsorcjum Skanska nie wykonywały bezpośrednio czynności związanych

co stanowić przesłankę z przygotowaniem prowadzonego

postępowania, mogłoby

do wykluczenia z postępowania Konsorcjum Skanska na podstawie art. 24 ust 2 pkt 1 pzp.

za tajemnicę Odwołujący podniósł, że aby

uznać określoną informację

przedsiębiorstwa, musi ona posiadać łącznie trzy cechy: po pierwsze – mieć charakter techniczny, technologiczny lub organizacyjny, po drugie – być tajemnicą, co oznacza, że nie została ujawniona do publicznej wiadomości, po trzecie – podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności. Odwołujący zwrócił uwagę na fakt, że

Sygn. akt KIO 1502/13

wykonawca nie może zastrzegać określonych danych w sposób dowolny. Zastrzeżenie tajemnicy ma charakter wyjątkowy, jako odstępstwo od zasady jawności postępowania. Z tego też względu zamawiający nie może polegać wyłącznie na oświadczeniu wykonawcy, tym bardziej, że naturalną skłonnością wykonawców jest próba chronienia się przed ujawnieniem określonych elementów oferty, a często informacji zawartych w specyfikacjach technicznych, tak aby utrudnić konkurencji wgląd w weryfikację oferowanego przedmiotu zamówienia. Zamawiający w każdym przypadku powinien żądać od wykonawcy wykazania się zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa w sposób uprawniony {tak np. KIO w wyroku z 31 marca 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 338/09}. Krajowa Izba Odwoławcza wskazuje (np. w wyroku z 1 marca 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 6/10), że aby zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa uznać za uzasadnione konieczne jest wykazanie, iż wykonawca podjął działania mające na celu zapewnienie poufności informacji. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem wszelkie odstępstwa od zasad służących zapewnieniu skuteczności praw, przyznanych wykonawcom w zakresie zamówień publicznych, należy interpretować ściśle, a na osobie, która powołuje się na odstępstwo, spoczywa ciężar udowodnienia, że rzeczywiście zaistniały wyjątkowe okoliczności uzasadniające jego zastosowanie {zob. ETS wyrok z dnia 17 listopada 1993r. w sprawie C-71/92 Komisja przeciwko Hiszpanii, Rec. S.1-5923, pkt 36, wyrok z dnia 3 maja 1994 r. w sprawie C-328/92 Komisja przeciwko Hiszpanii Rec. S.1-1569, pkt 15 i 16, a także wyrok z dnia 2 października 2008 r. w sprawie C-157/08 Komisja przeciwko Włochom}. W świetle powyższego, wykonawca żądający zachowania poufności informacji, musi wykazać, że informacje te nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej, a także, że podjęto w stosunku do nich niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.

Odwołujący zarzucił, że Zamawiający w prowadzonym postępowaniu w ogóle nie zweryfikował części oferty Konsorcjum Skanska zastrzeżonej jako tajemnica

przedsiębiorstwa i nie zwrócił się do tego wykonawcy z wnioskiem o wyjaśnienie przyczyn i podstaw utajnienia części technicznej oferty. Odwołujący podniósł, że badanie skuteczności zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępniania informacji potwierdzających spełnienie wymagań wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia należy do obowiązków Zamawiającego {tak uchwała Sądu Najwyższego z 21 października 2005 r., III CZP 74/05}, a nie jest jedynie jego uprawnieniem. W przypadku stwierdzenia, że nie było dopuszczalne zastrzeżenie tajemnicy określonych informacji, Zamawiający powinien ujawnić zastrzeżone informacje. Z kolei Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 26 stycznia 2012 r. (sygn. akt KIO 100/12) stwierdziła, że podstawą do utajnienia oferty nie mogą być ogólnikowe oświadczenia wykonawców w sprawie powodów utajnienia, zaś zamawiający musi każdorazowo dogłębnie zbadać, czy zastrzeżona oferta rzeczywiście zawiera tajemnicę

11

Sygn. akt KIO 1502/13

przedsiębiorstwa. W ten sposób gwarantowana jest jawność jako podstawowa zasada prawa zamówień publicznych, zapewniająca rzeczywistą konkurencję przy ubieganiu się o takie zamówienia.

Odwołujący podniósł ponadto, że oferta wykonawcy Konsorcjum Skanska w zastrzeżonej części została utajniona bezpodstawnie. Odwołujący przypuszcza, że faktycznym powodem zastrzeżenia informacji nie była potrzeba ochrony informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, ale dążenie do utrudnienia konkurencji możliwości weryfikacji ofert lub innych dokumentów. Już nawet na samych stronach internetowych można sprawdzić, jakie podmioty wchodzi w skład grupy kapitałowej Konsorcjum Skanska. Wobec tego nie można uznać, że lista podmiotów wchodzących w skład grupy kapitałowej tego wykonawcy jest tajemnicą, co oznacza, że nie została ujawniona do publicznej wiadomości. Odwołujący podał, że informacje o członkach grupy kapitałowej Konsorcjum Skanska można powziąć między innymi z następujących stron internetowych:
<http://www.muratorplus.pl/biznes/wiesci-z-rynku/skanska-konczy-reorganizacje-57665.html>
<http://www.autocad.home.pl/tomek/priate/Analiza-Rynku.pdf>
http://www.elektrotim.pl/Grupa_kapitalowa

Ponadto według Odwołującego wysoce prawdopodobne jest, że informacje o grupie kapitałowej Konsorcjum Skanska dostępne są również w Monitorze B w raporcie finansowym czy raporcie z działalności danej spółki.

Odwołujący podsumował, że Zamawiający nie wywiązał się w sposób należyty z nałożonych na niego przez ustawodawcę obowiązków, gdyż w sposób bezkrytyczny przyjął treść oświadczeń Konsorcjum Skanska i bez głębszej analizy uznał, że zastrzeżenia jawności części oferty są prawidłowe. Zastrzeżenie przez Konsorcjum Skanska tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie listy podmiotów wchodzących w skład grupy kapitałowej było nieuprawnione, a dokumenty te powinny być udostępnione Odwołującemu.

4 lipca 2013 r. wpłynęła do Izby faksem (8 lipca 2013 r. w formie pisemnej) odpowiedź na odwołanie, w której Zamawiający, oświadczył, że uwzględnił następujące zarzuty odwołania:

1. Zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy pzp – przez zaniechanie wezwania Konsorcjum Skanska do złożenia dokumentów potwierdzających umocowanie dla Pana L..... G..... do działania w imieniu całego konsorcjum oraz Pana S..... K..... do działania w imieniu ZEUS S.A. Zamawiający podał, że dokonana ponowna ocena złożonej oferty potwierdziła wadliwość w zakresie załączonych pełnomocnictw. Ponadto Zamawiający oświadczył, że w związku z tym skierował do Konsorcjum Skanska wezwanie do uzupełnienia tych pełnomocnictw, a podstawę prawną takiego wezwania

12

Sygn. akt KIO 1502/13

stanowi art. 26 ust. 3 ustawy pzp.

2. Zarzut naruszenia art. 8 ust. 1 i 3 ustawy pzp – przez zaniechanie ujawnienia treści oferty wykonawcy Konsorcjum Skanska w zakresie listy podmiotów wchodzących w skład grupy kapitałowej Konsorcjum, oraz zarzut naruszenia art. 11 ust. 4 ustawy

z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.) – przez jego niewłaściwe zastosowanie i uznanie, że lista podmiotów wchodzących w skład grupy kapitałowej Konsorcjum Skanska może być objęta tajemnicą przedsiębiorstwa w sytuacji, gdy nie zostały spełnione przesłanki uznania go za tajemnicę przedsiębiorstwa. Ponadto Zamawiający oświadczył, że w związku z tym skierował do Konsorcjum Skanska wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie wskazania podstaw i zasadności dokonanego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, a podstawę prawną takiego wezwania stanowi art. 87 ust. 1 pzp.

Jednocześnie Zamawiający poinformował, że nie podziela zasadności pozostałych zarzutów podniesionych w odwołaniu.

8 lipca 2013 r. Zamawiający przesłał uzupełnienie odpowiedzi na odwołanie, w szczególności zawierające uzasadnienie nieuznania zasadności nieuznanych zarzutów. I. zarzut zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum Skanska jako niezgodnej z treścią SIWZ

Zamawiający w pierwszej kolejności podniósł, że w treści SIWZ określił charakter wynagrodzenia jako ryczałtowe, na co jego zdaniem wskazują następujące zapisy dokumentacji postępowania {cytaty za odpowiedzią na odwołanie}:

- w rozdziale 26 SIWZ *Opis sposobu obliczenia ceny*:

1. *Podana w ofercie cena musi być wyrażona w PLN. Cena musi uwzględniać wszystkie wymagania niniejszej SIWZ oraz obejmować wszelkie koszty, jakie poniesie Wykonawca z tytułu należytej oraz zgodnej z obowiązującymi przepisami realizacji przedmiotu zamówienia.*
2. *Ceną oferty jest kwota wymieniona w ofercie. Dla potrzeb oceny i porównania ofert Wykonawcy winni naliczyć 23% podatek VAT. W przypadku zmiany przepisów dotyczących podatku VAT, Wykonawca zobowiązany jest do naliczania podatku VAT zgodnie z obowiązującymi przepisami w dniu wystawienia faktury.*
3. *Cena oferty jest kwota wymieniona w Formularzu Oferty. Wykonawca dodatkowo załącza kosztorys zawierający wykaz cen stanowiący wszystkie części składowe ceny podanej w formularzu cenowym.*

- we wzorze umowy:

§ 7 Wynagrodzenie Wykonawcy

1. *Za należyte wykonanie przedmiotu umowy, Zamawiający zapłaci Wykonawcy wynagrodzenie ryczałtowe, zgodnie z ceną ofertową, w wysokości: (słownie:) złotych*

13

Sygn. akt KIO 1502/13

netto, plus należny podatek VAT, tj. (słownie:) złotych brutto,

2. *Wynagrodzenie, o którym mowa w ust. 1 niniejszego paragrafu, stanowi zapłatę za cały zakres prac/robót i wszelkie świadczenia niezbędne do prawidłowego wykonania przedmiotu umowy oraz za wszelkie materiały i urządzenia dostarczone i wykorzystane przez Wykonawcę do wykonania przedmiotu umowy, jak również obejmuje wynagrodzenie z tytułu przeniesienia autorskich praw majątkowych, o których mowa w § 14 Umowy, wynagrodzenie z tytułu nadzoru autorskiego nad projektem oraz przeniesienia własności egzemplarzy objętych Umową utworów.*

3. *Wynagrodzenie, o którym mowa w ust. 1 niniejszego paragrafu obejmuje koszty prac przygotowawczych niezbędnych do wykonania przedmiotu umowy oraz wszelkie inne koszty, które mogą być związane z wypełnianiem przez Wykonawcę warunków i wymogów wynikających z niniejszej Umowy oraz należytych wykonaniem przedmiotu umowy.*

4. *Wysokość wynagrodzenia ryczałtowego jest wartością stałą, niezmienną w okresie obowiązywania Umowy i nie podlega waloryzacji.*

5. *Wysokość wynagrodzenia brutto może się zmienić tylko w przypadkach i na zasadach określonych w § 20 Umowy oraz w § 1 ust. 5 Umowy.*

W treści § 8 wzoru umowy zawarto obowiązujące pomiędzy wykonawcą a Zamawiający zasady rozliczeń, które będą następowały na podstawie faktur przejściowych, wystawianych przez wykonawcę po upływie każdego miesiąca kalendarzowego, za prace wykonane w danym miesiącu zgodnie z ustalonym Harmonogramem robót, przy czym wskazano, że łączne wynagrodzenie wypłacane w oparciu o faktury przejściowe nie będzie przekraczać 90% całkowitego wynagrodzenia za przedmiot Umowy określony w § 7 Umowy. Podstawą do wystawienia faktury przejściowej i zapłaty wynagrodzenia za roboty wykonane

w danym miesiącu, o których mowa w ust. 1 pkt 2 jest potwierdzenie ich wykonania przez Zamawiającego oraz inspektora nadzoru w formie podpisanego protokołu zaawansowania prac.

Zamawiający skomentował, że w żadnej części umowy nie przewidział możliwości rozliczania się kosztorysem powykonawczym.

• w treści Formularza ofertowego:

Oferujemy zrealizowanie przedmiotu zamówienia określonego w SIWZ za wynagrodzenie ryczałtowe w rozumieniu art. 632 k.c. w wysokości: złotych netto, plus podatek VAT %, tj. złotych, słownie: złotych co stanowi wynagrodzenie brutto złotych, słownie: złotych brutto.

Zamawiający podał, że jako wymagany załącznik do tego formularza w ofercie wykonawcy byli zobowiązani do złożenia z ofertą kosztorysu ofertowego, zawierającego szczegółowy wykaz cen. *Uwaga: Załącznikiem do formularza jest kosztorys ofertowy*

14

Sygn. akt KIO 1502/13

Wykonawcy zawierający ceny jednostkowe-Szczegółowy Wykaz Cen

Zamawiający dodał, że załącznik ten był również wprost żądany w treści SIWZ {rozdział 16 ust. 1 lit. I}} *Szczegółowy Wykaz Cen zawierający informacje na temat m.in. typu, rodzaju, producenta osprzętu.*

Zamawiający wywiódł, że przy ocenie charakteru wynagrodzenia za wykonanie przedmiotu umowy oraz znaczenia prawnego kosztorysu ofertowego należy dokonać całościowej analizy zapisów SIWZ. Zamawiający nie zgodził się z odwołującym, że brak wskazania w treści SIWZ, że kosztorys ma charakter pomocniczy pozbawia ten dokument takiego charakteru. Zdaniem Zamawiającego określił wynagrodzenie za realizację przedmiotu zamówienia jako ryczałtowe. Zamawiający zauważył, że Odwołujący nie kwestionuje ryczałtowego charakteru wynagrodzenia Zamawiający podniósł, że rozliczenia stron w takim przypadku nie opierają się na cenach jednostkowych oraz faktycznie wykonanych świadczeniach. Ponadto wykonawca, a nie zamawiający ponosi ryzyko co do poprawności kalkulacji ceny adekwatnej do rozmiaru przedmiotu zamówienia. Istotą wynagrodzenia ryczałtowego jest bowiem to, że uwzględnia całość kosztów związanych z realizacją przedmiotu zamówienia. Wymóg uwzględnienia całości kosztów w oferowanej cenie został zawarty w rozdziale 26 SIWZ oraz w § 7 wzoru umowy. Również wskazane zasady rozliczeń wskazują jednoznacznie na ryczałtowy charakter wynagrodzenia. Według Zamawiającego w związku z powyższym nie można wymagać, aby wysokość ustalonej w ofercie ceny ryczałtowej została poparta treścią załączonego kosztorysu. *Wynagrodzenie ryczałtowe jest wynagrodzeniem za całość dzieła w jednej sumie pieniężnej lub wartości globalnej, które to określa się z góry, bez przeprowadzania szczegółowej analizy kosztów wytworzenia dzieła. Wynagrodzenie ryczałtowe nie wymaga przeprowadzania rozliczeń i przysługuje wykonawcy bez względu na rzeczywiste koszty wykonania zamówienia. (...)* Przy cenie ryczałtowej nie ma znaczenia sposób jej obliczenia, gdyż zgodnie z art. 632 § 1 k.c. w związku z art. 14 ustawy p.z.p. nie ma możliwości przy wynagrodzeniu ryczałtowym podwyższenia wynagrodzenia w przypadku błędnie zastosowanej stawki podatku VAT. {wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 28 lipca 2011 r., sygn. akt: KIO/UZP 1457/10, KIO/UZP 1458/10}.

Zamawiający wywiódł dalej, że w żadnej części dokumentacji przetargowej nie zażądał złożenia kosztorysu ofertowego o określonej treści, obejmującego całość robót budowlanych. Nie wskazał również metody kalkulacji (uproszczona czy szczegółowa), z zastosowaniem której należy go sporządzić. Zamawiający oświadczył, że gdyby wymagał załączenia kosztorysu ofertowego obejmującego cały zakres robót budowlanych, wskazałby sposób sporządzenia kosztorysów. Zażądał natomiast wprost przedłożenia Szczegółowego Wykazu Cen, wskazując jakich informacji oczekuje w jego treści – typ, rodzaj, producent

15

Sygn. akt KIO 1502/13

osprzętu. Zdaniem Zamawiającego wskazuje to jednoznacznie na to jakiego kosztorysu wymagał – wykonawcy mieli załączyć jedynie wykaz cen sprzętu oświetlenia, które zostanie

dostarczone i zamontowane przez wykonawcę. Zamawiający podkreślił, że pozostawił wykonawcom swobodę w zakresie sposobu przedstawienia wykazu cen, z zastrzeżeniem zapisów rozdziału 16 ust. 1 lit f) SIWZ, gdzie określił minimalną, obowiązującą jego treść.

W ocenie Zamawiającego zapisy wzoru umowy, które zostały przywołane przez Odwołującego, uzasadniają przyjęcie, że kosztorys ma wyłącznie funkcję pomocniczą. W szczególności postanowienia § 1 ust. 7 dotyczące ewentualnych rozliczeń robót zamiennych i zaniechanych, potwierdzają dodatkowy charakter załączonego wykazu cen/kosztorysu, gdyż wprowadzają jedynie możliwość dokonania rozliczeń w oparciu o kosztorys, co nie oznacza, że zostanie on do tego wykorzystany. Według Zamawiającego nawet gdyby – przy istniejących zapisach SIWZ – użyto kosztorysu do rozliczeń, miałyby on przy ich dokonywaniu jedynie charakter pomocniczy.

Ponadto Zamawiający podkreślił, że skoro pozostawił wykonawcom swobodę w zakresie kształtowania treści i formy kosztorysu, to nieprzedstawienie rozbudowanego kosztorysu – wykraczającego poza niezbędne minimum określone w SIWZ – nie może stanowić podstawy do uznania oferty za niezgodną z treścią SIWZ.

Zamawiający przywołał następujące orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej:

- wyrok z 20 grudnia 2012 r. (sygn. akt KIO 2692/12): *Fakt, że kosztorys ofertowy jest istotnym merytorycznym dokumentem, gdyż, może on służyć zmniejszeniu wynagrodzenia przy rozliczeniu końcowym lub do ustalenia rzeczowego zakresu robót budowlanych do kalkulacji ewentualnych zamówień uzupełniających lub dodatkowych, wręcz potwierdza pomocniczy charakter tego dokumentu. (...) Skoro zamawiający pozostawia wykonawcom swobodę w zakresie kształtowania treści i formy kosztorysu, to ujęcie wszystkich prac rozbiórkowych w formie jednej pozycji nie stanowi niezgodności z SIWZ.*
- wyrok z 26 czerwca 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 583/08): *Ponieważ zamawiający nie zawarł w specyfikacji wymagań dotyczących sposobu sporządzenia kosztorysu, nie wymagał też sporządzenia kosztorysu szczegółowego i konkretnego podziału na pozycje, nie można czynić wykonawcy zarzutu z tego, iż niektóre pozycje opisał bardziej szczegółowo, a inne mniej. (...) Aby stwierdzić niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia trzeba wskazać konkretne postanowienie tej specyfikacji.*

Zamawiający podniósł, że ponieważ nie postawił szczegółowych wymagań co do kosztorysu, jaki winni przedłożyć wykonawcy, nie jest możliwe wskazanie konkretnych zapisów SIWZ uzasadniających uznanie oferty za niezgodną z treścią SIWZ.

Sygn. akt KIO 1502/13

W opinii Zamawiającego przy tak określonym wynagrodzeniu oraz dokumentach stanowiących załączniki do SIWZ wykonawcy nie mogli sporządzić kosztorysu ofertowego. Zgodnie z zakresem przedmiotu zamówienia w ramach przedmiotowego zamówienia wykonawca będzie zobowiązany do opracowania dokumentacji projektowej, projektów wykonawczych oraz specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót. Natomiast Zamawiający załączył do SIWZ jedynie koncepcję remontu w postaci załącznika nr 1a do SIWZ pn. *Opis przedmiotu zamówienia: Koncepcja Remontu lotniskowego systemu elektroświełnego oraz oznakowania pionowego z dostosowaniem do aktualnego układu nawierzchni lotniskowych wraz z remontem poboczy drogi startowej Portu Lotniczego Bydgoszcz*, oraz załącznika nr 1b do SIWZ pn. *Specyfikacja techniczna – Naprawa (przez uszczelnienie) podłużnych i poprzecznych spękań nawierzchni bitumicznych*. Zadaniem Zamawiającego należy mieć na uwadze, że podstawą do sporządzenia kosztorysu ofertowego jest dokumentacja projektowa – projekt techniczny obiektu lub robót, a w nim każdorazowo: przedmiar robót (a przy robotach remontowych – protokół typowania robót określający lokalizację, rodzaj i ilości robót oraz technologię ich wykonania), specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót, założenia lub protokół danych wyjściowych do kosztorysowania. Zamawiający podkreślił, że nie załączył żadnego ze wskazanych wyżej dokumentów, który mógłby stanowić podstawę do sporządzenia kosztorysu ofertowego obejmującego całość robót budowlanych. Zamawiający dodał, że nie wskazał również w treści SIWZ podstawowych i jednolitych założeń umożliwiających wykonawcom sporządzenie kosztorysów, które następnie Zamawiający mógłby porównać, np. wymaganej

metody wykonania robót. W związku z powyższym nie sposób wykazać, w którym punkcie załączony kosztorys nie jest zgodny z treścią SIWZ. Nie sposób mówić o niezgodności kosztorysu ofertowego z treścią SIWZ, gdyż nie ma punktu odniesienia, w oparciu o który można by dokonać oceny, czy kosztorys jest zgodny z treścią SIWZ. Załącznikiem do SIWZ była wyłącznie koncepcja oraz specyfikacja techniczna naprawy nawierzchni, w związku z czym istniała możliwość przedstawienia odmiennych kosztorysów, zawierających różne pozycje, w zależności od przyjętych przez wykonawców założeń. Powoduje to sytuację niemożności porównania ofert z SIWZ oraz ofert między sobą.

Zamawiający nadmieniał, że żądając wykazu cen chciał jedynie uzyskać informacje dotyczące rodzaju, typu oraz nazwy producenta oferowanego sprzętu oraz cen jednostkowych. Zamawiający nie zgodził się z tym, że przedłożony w takim zakresie kosztorys ofertowy nie pozwala na weryfikację, czy Wykonawca oferuje wykonanie całego zakresu przedmiotu zamówienia zgodnie z SIWZ. Załączenie przez Konsorcjum Skanska wykazu cen nieobejmujących całości wykonania robót budowlanych, nie uzasadnia twierdzenia, że oferta nie obejmuje całości przedmiotu zamówienia. Zamawiający stwierdził,

17

Sygn. akt KIO 1502/13

że zaoferowana cena za wykonanie przedmiotu zamówienia nie uzasadnia uznania jej za rażąco niską, pozwalającą stwierdzić, że Wykonawca wycenił tylko część przedmiotu zamówienia, albo niezgodnie z opisem przedmiotu zamówienia w SIWZ. Według Zamawiającego z wysokości ceny wynika, że przy jej obliczeniu został uwzględniony cały zakres robót objęty przedmiotem zamówienia. Zamawiający powołał się również na to, że Wykonawca zaakceptował całość SIWZ, nie wnosząc do niej zastrzeżeń.

Zamawiający przywołał następujące orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej:

- wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 22 lipca 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 969/00):
Zamawiający w treści SIWZ nie dokonał zastrzeżenia o konsekwencjach niezgodności kosztorysów ofertowych z zapisami SIWZ. Ponadto zamawiający określił ryczałtowy charakter wynagrodzenia za wykonanie zadania. Tym samym wykonawca składający ofertę w postępowaniu zobowiązuje się do wykonania zamówienia w sposób określony przez zamawiającego, a niezgodności występujące w kosztorysie ofertowym w tej sytuacji nie mogą powodować konieczności odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. (...) Jeżeli za wykonane dzieło strony ustaliły wynagrodzenie ryczałtowe, dołączenie przez wykonawcę do umowy kosztorysu nie ma znaczenia, a dokument ów uznać należy jedynie za uzasadniający merytorycznie oferowaną przez przyjmującego zamówienie (wykonawcę) kwotę wynagrodzenia ryczałtowego. (...) Wykonawca składając ofertę w postępowaniu przyjmuje wszystkie warunki opisane w SIWZ i jego załącznikach, i oświadcza, że wykona zamówienie zgodnie z opisem przygotowanym przez zamawiającego – w tym również w wyniku zmian będących odpowiedziami na pytania wykonawców.
- wyrok z 9 maja 2012 r. (sygn. akt KIO 847/12): *Brak jakiegokolwiek pozycji czy też elementu kosztorysu w przypadku wynagrodzenia ryczałtowego, wobec generalnego zobowiązania się do realizacji całego przedmiotu zamówienia wynikającego z SIWZ (co wynika wprost z formularza ofertowego), nie może świadczyć o niezgodności treści oferty z SIWZ.*

II. zarzut zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum Skanska jako nieważnej

Zamawiający zauważył, że w przypadku złożenia wadliwych pełnomocnictw zamawiający ma ustawowy obowiązek wezwania do ich uzupełnienia na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy pzp, co wprost wynika z tego przepisu. *Przepis art. 26 ust. 3 p.z.p. kreuje dla zamawiającego obowiązek wezwania do uzupełnienia przedmiotowych dokumentów (...)* {wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 marca 2012 r., sygn. akt KIO 416/12}. W związku z tym Zamawiający wywiódł, że zanim zdecyduje o odrzuceniu oferty z uwagi na podpisanie jej przez osobę, dla której nie załączono pełnomocnictwa, zobowiązany jest do skierowania wezwania do uzupełnienia przedmiotowego dokumentu. Zamawiający wskazał,

18

że stanowisko takie znajduje oparcie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. W wyroku z 4 stycznia 2012 r. (sygn. akt KIO 2754/11) Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że obowiązek wezwania wykonawcy do przedłożenia brakującego pełnomocnictwa ciąży na zamawiającym na każdym etapie postępowania o udzielenie zamówienia, także w sytuacji, gdy konieczność takiego wezwania pojawi się już po etapie składania ofert. Izba uznała, że literalna wykładnia art. 26 ust. 3 pzp prowadzi do wniosku, że zamawiający ma obowiązek wzywania wykonawcy do przedłożenia brakującego pełnomocnictwa w trakcie całego postępowania o udzielenie zamówienia, a nie tylko w sytuacji, gdy właściwe pełnomocnictwo nie zostanie złożone na etapie składania ofert. W wyroku podkreślono, że za taką interpretacją przemawia również wykładania celowościowa. Funkcją tego przepisu jest bowiem złagodzenie ustawowego formalizmu obowiązującego w toku postępowania o udzielenie zamówienia i umożliwienie wykonawcom naprawienia określonych uchybień formalnych, których dopuścili się w toku procedury prowadzonej przez zamawiającego.

Jednocześnie Zamawiający podniósł, że art. 26 ust. 3 pzp jest *lex specialis* w stosunku do art. 104 kc. Ponadto zgodnie z treścią art. 14 pzp przepisy Kodeksu cywilnego znajdują zastosowanie w przypadku, gdy dana kwestia nie została uregulowana w ustawie pzp. Z tego względu w przypadku stwierdzenia braku pełnomocnictwa lub jego wadliwości w pierwszej kolejności Zamawiający zobowiązany jest do wezwania Wykonawcy do jego uzupełnienia.

III. zarzut zaniechania wykluczenia Konsorcjum Skanska wobec niewykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania

Zamawiający przedstawił analogiczną jak przy poprzednim zarzucie argumentację, w szczególności wskazując, że art. 26 ust. 3 pzp obliguje go do wezwania w tym zakresie do uzupełnienia dokumentów zanim podejmie decyzję o wykluczeniu Konsorcjum Skanska z postępowania.

IV. zarzut zaniechania odtajnienia oferty Konsorcjum Skanska w zakresie listy podmiotów należących do grupy kapitałowej

Zamawiający oświadczył, że na skutek uzyskanej od Konsorcjum Skanska odpowiedzi, że nie podtrzymuje zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w stosunku do złożonej listy podmiotów wchodzących w skład grupy kapitałowej, odtajnił te dokumenty.

V.

Zamawiający podsumował, że z podanych powyżej przyczyn żądania Odwołującego w zakresie odrzucenia oferty Konsorcjum Skanska jako oferty niespełniającej treść SIWZ oraz o nieważnej w świetle art. 104 kc, a także wykluczenia Konsorcjum Skanska z powodu niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu nie zasługują na uwzględnienie.

Sygn. akt KIO 1502/13

21 czerwca 2013 r. Zamawiający przekazał drugiemu wykonawcy uczestniczącemu w postępowaniu kopię odwołania.

24 czerwca 2013 r. Konsorcjum Skanska zgłosiło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Wobec dokonania zgłoszenia w formie pisemnej, z zachowaniem 3-dniowego terminu oraz wymogu przekazania jego kopii Stronom postępowania (zgodnie z art. 185 ust. 2 pzp) – Izba nie miała podstaw do stwierdzenia nieskuteczności tego przystąpienia, co do którego nie zgłoszono również opozycji.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania, merytorycznie uzasadniając swoje stanowisko w piśmie z 8 lipca 2013 r.

I. {stanowisko w zakresie zarzutu nieodpowiadania oferty Konsorcjum Skanska treści s.i.w.z.}

Na wstępie Przystępujący stwierdził, że przedmiot zamówienia obejmuje jako punkt wyjścia do dalszych robót i świadczeń wykonawcy usługi inżynierskie w zakresie projektowania (pkt. 4.2, 4.6, 4.7 i SIWZ) – jest to zadanie inwestycyjne w tzw. formule *zaprojektuj i zbuduj*. Przystępujący przywołał art. 31 ust. 2 pzp, zgodnie z którym jeżeli przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i wykonaniem robót budowlanych w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane, zamawiający opisuje przedmiot za programu Program zamówienia pomocą funkcjonalno-użytkowego. funkcjonalno-użytkowy (zwany w skrócie „PFU”) obejmuje opis zadania budowlanego, w którym podaje się przeznaczenie ukończonych robót budowlanych oraz stawiane im

wymagania techniczne, ekonomiczne, architektoniczne, materiałowe i funkcjonalne (ust. 3 art. 31 pzp}. Natomiast zgodnie z przepisami rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (Dz. U. z 2004 r. Nr 202 poz. 2072) PFU zawiera jedynie ogólny opis przedmiotu zamówienia.

Przystępujący wskazał, że Zamawiający ustalił (m.in. w § 7 wzoru umowy) ryczałtowy charakter wynagrodzenia wykonawcy. Przystępujący podniósł, że zgodnie ze stanowiskiem Krajowej Izby Odwoławczej i sądów powszechnych istotą ceny ryczałtowej jest wartość, jaką ostatecznie wykonawca poda bez względu na to, jak wycenił poszczególne elementy zadania. Co więcej, jeżeli za wykonanie zamówienia strony ustaliły wynagrodzenie ryczałtowe, dostarczenie przez wykonawcę kosztorysu nie ma znaczenia, a dokument ten uznać należy jedynie za uzasadniający merytorycznie oferowaną cenę ryczałtową (wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z 6 marca 2001 r., sygn. akt I ACa 1147/00). Również wyrok Izby z 2 lipca 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 616/08) potwierdza, że przy cenie ryczałtowej

20

Sygn. akt KIO 1502/13

kosztorys ma jedynie znaczenie pomocnicze.

Zdaniem Przystępującego już z samego charakteru przedmiotu zamówienia (projekt i wykonawstwo) oraz rodzaju przewidzianego wynagrodzenia (ryczałt) jasno wynika, że wymienienie w SIWZ wszystkich elementów przedmiotu zamówienia (wszystkich robót, usług, materiałów itd.) nie było możliwe, a co za tym idzie nie było zamiarem Zamawiającego na etapie tworzenia SIWZ (brak projektu i szczegółowych rozwiązań). Przystępujący stwierdził, że dopiero mając powyższe na uwadze należy przejść do oceny zapisów Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w zakresie wymagań i oczekiwań Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu.

Odnosząc się do postanowienia pkt 16 ppkt 1 lit. I) Przystępujący wywiódł, że opisany tam dokument jest nośnikiem dwóch rodzajów informacji, stąd należy go ocenić biorąc pod uwagę dwie płaszczyzny: po pierwsze – finansowy charakter tego dokumentu, po drugie – szerszy, informujący również o typie, rodzaju i producencie osprzętu (*spełniający przesłankę z art. 25 ust. 1 pkt 2 Ustawy*). Przystępujący podkreślił, że niezależnie od kwalifikacji tego dokumentu złożył go zgodnie z wymogami SIWZ.

Analizując wykaz cen jako dokument ściśle finansowy – Przystępujący przywołał widniejący w formularzu ofertowym zapis, że załącznikiem do niego kosztorys ofertowy wykonawcy zawierający ceny jednostkowe – *Szczegółowy Wykaz Cen*. Przystępujący stwierdził, że zgodnie z pkt 26 ppkt 3 SIWZ ceną oferty jest kwota wymieniona w formularzu oferty {a nie suma z wykazu cen}, a wykonawca dodatkowo załącza kosztorys zawierający wykaz cen stanowiący wszystkie składowe ceny podanej w formularzu cenowym. Dla Odwołującego jest znamienne, że Zamawiający nie podał jakiegokolwiek wzoru szczegółowego wykazu cen, który miałby spełniać jego wymogi, ani nie przewidział jakiegokolwiek sankcji za jego brak w ofercie wykonawcy. Przystępujący oświadczył jednocześnie, że spełnił wymogi Zamawiającego i załączył do swojej oferty szczegółowy wykaz cen, biorąc pod uwagę wszystkie powyżej wymienione założenia i właściwości przedmiotowego postępowania określone w SIWZ. Przystępujący stwierdził, że żaden wykonawca nie był w stanie na tym etapie opracować szczegółowego kosztorysu, w rozumieniu dokumentu stanowiącego kalkulację ceny ofertowej, co implikuje sama formuła „zaprojektuj i zbuduj”. Nie można podać bowiem jednostkowych, ani rodzajowych cen, skoro nieustalone są (nie są zaprojektowane) jeszcze w żadnym zakresie (poza ogólnymi założeniami z PFU) poszczególne świadczenia, usługi, dostawy i roboty, które stanowić mają przedmiot zamówienia. Przystępujący podkreślił, że to do obowiązków przyszłego wykonawcy należeć ma bowiem ich szczegółowe ustalenie w formie projektu budowlanego, specyfikacji technicznych i przedmiarów – wykonanych zgodnie z ogólnymi wymaganiami SIWZ.

21

Przystępujący wywiódł, że powyższa argumentacja znajduje także zastosowanie do szacowania zgodnie z wzorem umowy ewentualnych robót zaniechanych bądź zamiennych. Zdaniem Przystępującego w obliczu zapisów § 1 ust. 7 trudno mówić o jakichkolwiek stawkach i narzutach, skoro na dzień składania oferty nie wiadomo w ogóle jakie to będą roboty, gdyż nie są one jeszcze zaprojektowane, a Zamawiający nie miał jeszcze możliwości zaakceptowania takich kosztorysów. Według Przystępującego wykładnia tego postanowienia sugeruje wręcz, że jest w nim mowa o innym kosztorysie, niż ten, o którym mowa w formularzu oferty, a nie jest nim na pewno zdefiniowany i opisany wyżej szczegółowy wykaz cen.

Przystępujący podkreślił, że cena jego oferty została skonstruowana prawidłowo i zgodnie z treścią *Koncepcji remontu...* stanowiącej załącznik nr 1 do SIWZ. Zdaniem Przystępującego sposób obliczenia ceny narzucony w SIWZ nie obejmował budowania ceny na podstawie kosztorysu (czy też przedmiaru), co charakterystyczne jest dla kontraktów obmiarowych. Należy więc przyjąć, że przedmiar (który w przypadku przedmiotowego zamówienia – w związku z koniecznością jego opracowania dopiero na etapie projektowania – nie występuje) i bazujący na nim kosztorys (jeśli jest w ogóle wymagany) przy wynagrodzeniu ryczałtowym ma jedynie pomocniczy charakter. Przystępujący wywiódł, że ponieważ w przedmiotowym postępowaniu szczegółowy wykaz cen nie jest dokumentem, na podstawie którego wykonawca miał skalkulować cenę oferty, więc ma porządkowy i pomocniczy (dla celów rozliczeniowych) charakter, niestanowiący treści oferty. Przystępujący ocenił, że trafnie wskazała Izba w wyroku z 25 lipca 2011 r. (sygn. akt KIO 1487/11), że cena ryczałtowa to cena za całość zamówienia, ustalona na podstawie dokumentacji projektowej, a kosztorysy mają znaczenie jedynie pomocnicze. Dołączenie przez wykonawcę kosztorysu ma znaczenie o tyle, że uzasadnia jedynie merytorycznie oferowaną przez wykonawcę kwotę wynagrodzenia ryczałtowego. Izba stwierdziła także, że obowiązek obliczenia ceny oferty na podstawie przedmiaru robót oznacza {według Przystępującego tym bardziej na podstawie PFU w przedmiotowym postępowaniu}, przy ryczałtowym charakterze ceny ofertowej, tyle tylko, iż podstawą – bazą wyjściową obliczeń wykonawcy jest przedmiar, co jednocześnie jednak nie może być utożsamione z zakazem uwzględnienia przez wykonawcę jego własnych obmiarów i założeń kalkulacyjnych, których konsekwencjami mogą być odstępstwa (zarówno *in plus*, jak i *in minus*) od założeń wyjściowych – bazowych, zawartych w przedmiarach. Przystępujący podał, że tak też orzekła Izba w wyroku z 30 lipca 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 921/09).

Natomiast według Przystępującego merytorycznego aspektu żądania związanego z wykazem cen należy upatrywać w zaoferowaniu Zamawiającemu istotnych dla zamówienia materiałów i komponentów, czyli m.in. osprzętu zgodnego z międzynarodowymi przepisami

Sygn. akt KIO 1502/13

techniczno-budowlanymi dla lotnisk cywilnych {Załącznik 14 do przepisów Organizacji Międzynarodowego Lotnictwa Cywilnego; ang. International Civil Aviation Organization (ICAO) – opublikowany w Dzienniku Urzędowym UL nr 4 z 21 lutego 2011 r.}. Zamawiający opisał w PFU, że celem remontu jest wymiana zużytych i awaryjnych komponentów systemu oraz dostosowanie systemu elektroświatlnego do przepisów ICAO, Aneks 14 (wszystkie zalecenia traktowane jako normy obowiązujące) oraz polskich przepisów techniczno-budowlanych dla lotnisk cywilnych. Przystępujący oświadczył, że wymóg ten w całości spełnił. Przystępujący wywiódł, że SIWZ tworzona jest po to, aby zamawiający otrzymał w wyniku przeprowadzonego postępowania zamówienie, które będzie ściśle odpowiadać jego potrzebom. Natomiast potrzeby te Zamawiający konsekwentnie wyraził w PFU na przedmiotowe zadanie inwestycyjne.

W ocenie Przystępującego zarzut, jakoby jego oferta nie zawierała wszystkich elementów przedmiotowego zamówienia jest niezrozumiały i chybiony. Sformułowanie „wszystkich” części składowych ceny nie zostało bowiem przez Zamawiającego zdefiniowane. Nie sposób przyjąć wykładni językowej tego terminu, ponieważ bez przygotowania projektu nie mogą być znane wszystkie (w rozumieniu zamkniętego katalogu) elementy zamówienia. Stąd należy go interpretować funkcjonalnie i kompleksowo w oparciu o wszystkie zapisy SIWZ, z uwzględnieniem charakteru zadania inwestycyjnego („zaprojektuj i zbuduj”). Natomiast wszelkie nieścisłości w tym zakresie nie mogą obciążać wykonawców,

gdyż to na Zamawiającym spoczywa obowiązek jednoznacznego określenia wymogów SIWZ. Specyfikacja musi być precyzyjna i jednoznaczna, a jakiejkolwiek wątpliwości powstałe na tym tle powinny być, przy poszanowaniu przepisów prawa, rozstrzygane na korzyść wykonawcy. Przystępujący podał, że przykładami takiej linii orzeczniczej są: wyrok Izby z 21 lutego 2013 r. (sygn. akt KIO 269/13) czy {w zakresie kwestii precyzyjnego określenia żądanie Zamawiającego złożenia wyjaśnień przez wykonawcę} wyrok 16 stycznia 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 1530/08).

Przystępujący podsumował, że jego oferta zawiera kompleksową i wyczerpującą wycenę zakresu usług i robót będących przedmiotem postępowania, a Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, na czym miałyby polegać niezgodność treści oferty Przystępującego z SIWZ.

Niezależnie od powyższej argumentacji Przystępujący zwrócił uwagę na możliwość zakwalifikowania żadanego przez Zamawiającego szczegółowego wykazu cen jako dokumentu w rozumieniu art. 25 ust. 1 pkt 2) pzp tj. jako dokumentu, który potwierdza, że zaoferowane przez wykonawcę dostawy, usługi i roboty budowlane spełniają wymagania określone przez zamawiającego w SIWZ. Dla Przystępującego wniosek taki wypływa m.in. ze sformułowania pkt 16 SIWZ, w którym Zamawiający zdefiniował szczegółowy wykaz cen

23

Sygn. akt KIO 1502/13

jako informację na temat m.in. typu, rodzaju, producenta osprzętu, oraz celu remontu zmierzającego do dostosowania systemu elektroświatelnego do przepisów ICAO, Aneks 14, jak również jego efektu rzeczowego w postaci gwarantowania niezawodnej pracy urządzeń mających bezpośredni wpływ na bezpieczeństwo operacji startu i lądowania. Przystępujący stwierdził, że wykazując listę najistotniejszego osprzętu gwarantującego ten założony przez Zamawiającego cel (przez wskazanie materiałów, jego typu i producenta – posiadających niezbędne deklaracje zgodności wymagane przez Zamawiającego), potwierdził ich zgodność z wymogami Zamawiającego. Jak stwierdził Przystępujący: *Tak zdefiniowany element cenowy nie jest tutaj istotny, a jedynie fakt spójności Koncepcji Zamawiającego ze złożoną ofertą wykonawców.*

Zdaniem Przystępującego takie rozumowanie potwierdza m.in. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 27 sierpnia 2010 r., w którym czytamy, że *każdorazowo zawarte w ofercie wykonawcy zobowiązanie dotyczące zakresu przedmiotowego oraz sposobu realizacji przedmiotu zamówienia jest elementem merytorycznej treści oferty. Zaoferowany przez wykonawcę zakres świadczenia – sposobu realizacji przedmiotu umowy winien być zgodny z opisanym w treści SIWZ i załącznikami do niej przedmiotem zamówienia. Jednakże w przypadku przedmiotu zamówienia mamy w ustawie Prawo zamówień publicznych do czynienia ze specyficznymi regulacjami. Otóż wykonawca w celu potwierdzenia, że oferowane przez niego: dostawy, usługi lub roboty budowlane, spełniają wymagania określone przez zamawiającego, może przedkładać w ofercie własne oświadczenia (harmonogramy rzeczowo-finansowe, kosztorysy, plany, koncepcje, projekty itp.) oraz dokumenty własne lub wystawione przez podmioty trzecie (aprobaty techniczne, deklaracje zgodności, certyfikaty, specyfikacje techniczne, katalogi, foldery, itp.). Powyższe przykładowe pozycje nie stanowią jednak katalogu zamkniętego, gdyż zgodnie z § 5 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2009 r. Nr 226, poz. 1817) zamawiający może żądać w celu potwierdzenia, że oferowane przez wykonawcę dostawy, usługi lub roboty budowlane odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego określonych dokumentów i oświadczeń. Jednakże powyższy przepis, na skutek poprzedzenia zawartego w jego treści wykazu zwrotem „w szczególności” wskazuje, iż wykaz ten ma jedynie charakter przykładowy, tj. nie stanowi on katalogu zamkniętego. Składane wraz z ofertą dokumenty i oświadczenia wskazujące na rodzaj oraz właściwości oferowanych przez wykonawców materiałów i urządzeń przewidzianych do realizacji robót budowlanych – stanowiących zasadniczy przedmiot zamówienia oraz przeznaczonych do trwałego wbudowania w obiekt budowlany należy zakwalifikować jako dokumenty i oświadczenia, o których mowa w art. 25*

24

ust. 1 pkt 2 Ustawy.

W ocenie Przystępującego spełnił on wszelkie wymogi SIWZ w tym zakresie.

II. {stanowisko w zakresie zarzutów związanych z wadliwością pełnomocnictw w ofercie Konsorcjum Skanska}

W ocenie Przystępującego zarzut nieodrżucenia przez Zamawiającego jego oferty jako nieważnej w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 8 pzp w zw. art. 104 k.c. stoi w sprzeczności z szczególnym przepisem art. 26 ust 3 pzp, który obligatoryjnie nakazuje zamawiającemu wezwać wykonawców do uzupełnienia w wyznaczonym terminie dokumentów pełnomocnictw – w przypadku, gdy wykonawcy ich nie załączyli do oferty, lub załączyli pełnomocnictwa wadliwe. W opinii Przystępującego nie sposób nie zgodzić się z następującym stanowiskiem wyrażonym w wyroku Izby 2 listopada 2010 r. (sygn. akt KIO 2260/10): *Nieuprawnionym i nieznanym umocowania w przepisach ustawy jest twierdzenie dotyczące usuwalności i nieusuwalności wad złożonego wraz z ofertą pełnomocnictwa. W obliczu obowiązujących przepisów, w przypadku gdy Zamawiający stwierdzi podczas badania oferty wady pełnomocnictwa wzywa do jego uzupełnienia. Ustawodawca nie zawarł klasyfikacji poszczególnych wad pełnomocnictwa które zobowiązują Zamawiającego, bądź nie zobowiązują, do wezwania do uzupełnienia pełnomocnictwa; ustawodawca nie określił wad usuwalnych i nieusuwalnych pełnomocnictwa.*

Przystępujący stwierdził, że powyższą argumentacja znajduje również zastosowanie do zarzutu niewykluczenia go przez Zamawiającego wobec niewykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania.

Przystępujący potwierdził, że w związku z uznaniem przez Zamawiającego części zarzutów odwołania został wezwany do uzupełnienia pełnomocnictw. Przystępujący poinformował, że w odpowiedzi uzupełnił swoją ofertę. W ocenie Przystępującego powoduje to, że zarzuty odwołania w zakresie braku umocowania przedstawicieli Konsorcjum Skanska stały się bezprzedmiotowe i bezzasadne.

III. {stanowisko odnośnie zarzutów związanych z objęciem tajemnicą przedsiębiorstwa części oferty Konsorcjum Skanska}

Przystępujący oświadczył również, że w swoich wyjaśnieniach z 5 lipca 2013 r. *nie podtrzymał także wniosku o objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji listy podmiotów wchodzących w skład grupy kapitałowej Skanska S.A. oraz ZEUS S.A.* W ocenie Przystępującego tym samym zarzut odwołania w tym zakresie stał się bezprzedmiotowy.

IV.

Przystępujący podsumował, że z uwagi na wszystkie powyższe argumenty należy dojść do wniosku, że oferta Konsorcjum Skanska słusznie została uznana

za najkorzystniejszą.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych i wpis od niego został przez Odwołującego uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

Wobec ustalenia, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 pzp, a także wobec braku podstaw do umorzenia postępowania, Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Odwołujący, Zamawiający i Przystępujący podtrzymali swoje dotychczasowe stanowiska.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Odwołującego, Zamawiającego i Przystępującego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, zgłoszeniu przystąpienia i dalszym piśmie Przystępującego, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole – Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W ocenie Izby

Odwołujący legitymuje się interesem w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożył ofertę z drugą w kolejności najniższą ceną, która stanowi jedyne kryterium oceny ofert. Jednocześnie objęte zarzutami czynności zaniechane względem Przystępującego narażają Odwołującego na szkodę, gdyż w przeciwnym razie mógłby liczyć na to, że to z nim zostanie zawarta odpłatna umowa w sprawie zamówienia publicznego.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, która została również przekazana Izbie w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez Zamawiającego. Izba przeprowadziła w szczególności dowody z następujących dokumentów: ogłoszenia o zamówieniu, s.i.w.z. wraz z wyjaśnieniami jej treści, oferty Przystępującego, oferty Odwołującego, jak również z protokołu postępowania.

Izba wzięła również pod uwagę dokumentację postępowania w zakresie czynności podjętych przez Zamawiającego po wniesieniu odwołania aż do rozprawy.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu i podlegających rozpatrzeniu,

26

Sygn. akt KIO 1502/13

Izba stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie, gdyż potwierdziły się niektóre zarzuty, które powodują konieczność unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

I.

Na wstępie Izba zważyła, że niezależnie od systematyki odwołania, zostały w nim podniesione następujące zarzuty. Po pierwsze – zarzut zaniechania wykluczenia Konsorcjum Skanska na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 pzp z uwagi na niewykazanie w stosunku do ZEUS S.A. braku podstaw do wykluczenia. Po drugie – zarzut zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum Skanska na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 pzp jako nieważnej na mocy art. 104 kodeksu cywilnego z uwagi na podpisanie oferty przez osobę nieumocowaną. Przy czym *de facto* oba te zarzuty związane są z wadliwością pełnomocnictw znajdujących się w złożonej przez Konsorcjum Skanska ofercie, stąd alternatywnie w stosunku do tych zarzutów zostały podniesione zarzuty zaniechania wezwania Konsorcjum Skanska w trybie art. 26 ust. 3 pzp do uzupełnienia wadliwych dokumentów. Po trzecie – zarzut zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum Skanska na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp jako niezgodnej z wymaganiami s.i.w.z. Z kolei dla tego zarzutu odwołanie zawiera alternatywny zarzut zaniechania wezwania do wyjaśnień Konsorcjum Skanska w trybie art. 87 ust. 1 pzp w sprawie braków w kosztorysie ofertowym. Po czwarte – zarzut naruszenia art. 8 ust. 1 i 3 ustawy pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez zaniechanie ujawnienia oferty Konsorcjum Skanska w zakresie listy podmiotów wchodzących w skład grupy kapitałowej. Po piąte – zarzut, że w związku z naruszeniami objętymi powyższymi zarzutami doszło do nieprawidłowego wyboru najkorzystniejszej oferty, co narusza art. 7 ust. 3 pzp w zw. z art. 91 ust. 1 pzp. Po szóste – zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 pzp, po pierwsze – również w związku z naruszeniami objętymi powyższymi zarzutami, po drugie – przez nierówne traktowanie Konsorcjum Qumak i Konsorcjum Skanska przy badaniu pełnomocnictw złożonych w ofertach, gdyż tylko Odwołujący był w tym zakresie wzywany do uzupełnienia dokumentów.

II.

Odwołujący adekwatnie opisał stan faktyczny w zakresie braków pełnomocnictw złożonych wraz z ofertą Konsorcjum Skanska, co Zamawiający potwierdził już w pierwszej odpowiedzi na odwołanie. Natomiast w zakresie skutków prawnych jakie miałyby powodować owe braki odwołanie zawiera dwie alternatywne wersje (tym samym podnosząc alternatywne zarzuty). Według pierwszej – wady pełnomocnictw do podpisania oferty powodują jej nieważność z mocy art. 104 kc, a w konsekwencji konieczność odrzucenia oferty

27

na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 pzp. Natomiast braki w zakresie umocowania do podpisania oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia i poświadczania za zgodność z oryginałem dokumentów składanych w tym zakresie dla ZEUS S.A. skutkują koniecznością wykluczenia Konsorcjum Skanska na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 pzp za niewykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu (w zakresie braku podstaw do wykluczenia). Natomiast w drugiej wersji – wskazywanej w odwołaniu jakby mimochodem, gdyż jest mniej korzystna dla Odwołującego – konsekwencją wad pełnomocnictw jest konieczność wezwania Konsorcjum Skanska do ich uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 pzp. Pomimo sformułowań uzasadnienia odwołania sugerujących, że tak nie jest – w oczywisty sposób powyższe warianty (a tym samym zarzuty) wykluczają się wzajemnie, gdyż pierwszy zakłada definitywną wadliwość oferty, a według drugiego wady te mają charakter usuwalny w trybie art. 26 ust. 3 pzp. Odwołujący sam przy tym wskazuje w odwołaniu, że Konsorcjum Skanska nie było wzywane do uzupełnienia dokumentów. Odwołujący zarzucając Zamawiającemu naruszenie w tym zakresie art. 26 ust. 3 pzp – *de facto* w ten sposób przyznaje, że znacznie obszerniej wywodzone zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 8 pzp w zw. z art. 104 kc oraz art. 24 ust. 2 pkt 4 pzp są niezasadne, gdyż co najmniej przedwcześnie. Brzmienie art. 26 ust. 3 pzp nie pozostawia żadnej wątpliwości, że z uwagi na złożenie przez Konsorcjum Skanska do upływu terminu składania ofert wadliwych pełnomocnictw powoduje po stronie Zamawiającego obowiązek wezwania do ich uzupełnienia, chyba że mimo ich złożenia oferta i tak podlegałaby odrzuceniu, co w przedmiotowej sprawie – jak to poniżej rozstrzygnięto – nie zachodzi. Biorąc to pod uwagę Izba uznaje powyżej zrelacjonowane stanowiska Zamawiającego i Przystępującego co obligatoryjnego stosowania art. 26 ust. 3 pzp za słuszne i nie wymagające uzupełnienia. Ponieważ zarzuty alternatywne konsumują zarzuty podstawowe, te ostatnie stają się bezprzedmiotowe. Kwestia czy Konsorcjum Skanska podlega wykluczeniu lub jego oferta odrzuceniu z uwagi na wadliwość pełnomocnictw może być skutecznie podniesiona dopiero po powtórzeniu przez Zamawiającego czynności w prowadzonym postępowaniu i zakomunikowaniu ich wyniku w sposób przewidziany przepisami ustawy pzp.

Natomiast potwierdzenie się zasadności zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 pzp oznacza zasadność zarzutu naruszenia art. 7 ust. 3 pzp {w ocenie Izby art. 91 ust. 1 pzp ma węższe zastosowanie i odnosi się ściśle do stosowania kryteriów oceny ofert}, gdyż skoro oferta Konsorcjum Skanska dotknięta jest wadami, które wymagają usunięcia, wybór tej oferty jako najkorzystniejszej jest nieprawidłowy, gdyż co najmniej przedwcześnie. W tym zakresie potwierdziło się również naruszenie art. 7 ust. 1 pzp, gdyż Zamawiający nie zaprzeczył zawartym w odwołaniu twierdzeniom, że w analogicznej sytuacji wadliwości pełnomocnictw w stosunku do Odwołującego był skrupulatny i wezwał do ich uzupełnienia,

28

Sygn. akt KIO 1502/13

a w przypadku Konsorcjum Skanska nie uczynił tego. Tym samym za potwierdzony należy uznać zarzut nierównego traktowania przez Zamawiającego Odwołującego i Przystępującego, którzy choć znaleźli się w podobnej sytuacji, zostali odmiennie potraktowani.

III.

W zakresie zarzutu związanego z objęciem przez Konsorcjum Skanska tajemnicą przedsiębiorstwa listy podmiotów wchodzących w skład grupy kapitałowej należy uznać, że spór wygaś. Na skutek odstąpienia od uczynionego w tym zakresie przez Przystępującego zastrzeżenia, Zamawiający uznał w pełnym zakresie zarzut sformułowany w odwołaniu, a także uczynił już zadość zgłoszonemu w tym zakresie żądaniu.

IV.

Zarzut zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum Skanska na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp z uwagi na sprzeczność jej treści z treścią s.i.w.z. jest niezasadny, gdyż nie można zidentyfikować merytorycznych postanowień s.i.w.z., z którymi miałby być sprzeczny wykaz cen osprzętu znajdujący się w ofercie Przystępującego.

Z art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp wynika, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść

nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp. Skład orzekający Izby podziela utrwalony w doktrynie i orzecznictwie pogląd, że zarówno treść s.i.w.z., jak i treść oferty stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli odpowiednio: zamawiającego, który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia oświadcza jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, oraz wykonawcy, który jednostronnie zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez niego oferty jako najkorzystniejszej. Wobec tego – co do zasady – porównanie zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia z opisem przedmiotu zamówienia, sposobem i terminem realizacji zamówienia wymaganych w s.i.w.z., przesądza o tym, czy treść złożonej oferty odpowiada treści s.i.w.z. – jest z nią zgodna. Art. 82 ust. 3 pzp zastrzega przy tym dla oferty składanej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego formę pisemną pod rygorem nieważności, natomiast samo rozumienie terminu *oferta* należy przede wszystkim wywodzić z art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym jest nią oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. Nie budzi zatem wątpliwości, że z uwagi na odpłatny charakter zamówień publicznych, nieodzownym elementem treści składanej w postępowaniach o udzielenie oferty jest określenie ceny za jaką wykonawca zobowiązuje się wykonać zamawiane świadczenie. Jednakże ponieważ zakres wymaganej treści oferty

29

Sygn. akt KIO 1502/13

ustala zamawiający przez określenie w s.i.w.z. elementów, z których ma się składać oświadczenie woli wykonawcy. Z tego względu w doktrynie i orzecznictwie prezentowany jest również pogląd, że w zakresie zastosowania przesłanki odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp mieści się również sporządzenie oferty w inny sposób, niż żądał tego zamawiający, o ile niezgodność taka dotyczy elementów treści oferty w aspekcie formalnym i materialnym, choć nie może tu chodzić wyłącznie o niezgodność sposobu spełnienia tych aspektów {por. w szczególności J. Pieróg w: *Prawo zamówień Publicznych. Komentarz*, wyd. C.H. Beck, Warszawa 2009}. Przy czym w każdym przypadku zaistnienia niezgodności, o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp musi być możliwe wskazanie na czym ona konkretnie polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi zapisami czy normami s.i.w.z.

W ocenie Izby wystąpienie tego drugiego rodzaju niezgodności jest treścią zarzutu w zakresie, w jakim Odwołujący podnosi nieuczynienie przez Przystępującego zadość przywołanym w odwołaniu postanowieniom s.i.w.z. odnośnie sposobu przygotowania oferty ściśle według jej wymagań co do obowiązku złożenia kosztorysu zawierającego szczegółowy wykaz cen *stanowiący wszystkie części składowe ceny podanej w formularzu oferty*. Natomiast drugi aspekt zarzutu, wskazujący na konkretne braki wykazu osprzętu, dotyczy już *klasycznej* niezgodności zaoferowanego przedmiotu oferty z wymaganiami treści opisu przedmiotu zamówienia. Na rozprawie Odwołujący rozwinął w tym duchu argumentację odwołania, precyzując, że według s.i.w.z. kosztorys – szczegółowy wykaz cen, a jednocześnie lista osprzętu skonkretyzowana co do rodzaju, typu i producenta, pełni dwojaką funkcję. Po pierwsze – służy weryfikacji zgodności treści oferty z treścią s.i.w.z., czyli zgodności oferowanego osprzętu, sprecyzowanego co do rodzaju, typu i producenta z wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia. Po drugie – jako kosztorys zawierający wszystkie ceny jednostkowe – umożliwia wycenę robót zamiennych i robót zaniechanych zgodnie z § 1 ust. 7 lit. a oraz b wzoru umowy. Natomiast Zamawiający i Przystępujący dostrzegając {w szczególności Przystępujący} dostrzegając ten dualizm kosztorys – identyfikacja osprzętu, kładli nacisk, że tylko ten drugi aspekt ma merytoryczne znaczenie. Niewątpliwie oceny w tym zakresie nie ułatwia już sam fakt, że raptem w trzech postanowieniach s.i.w.z. {przywołanych powyżej za odwołaniem} nie zachowano spójności terminologicznej, np. zdanie drugie z opisu sposobu obliczania ceny oferty odsyła do *formularza cenowego*, podczas gdy w zdaniu pierwszym mowa jest o *Formularzu Oferty* i faktycznie tylko taki załącznik został do s.i.w.z. załączony.

Zdaniem Izby – wbrew obiekcjom Odwołującego zgłaszanym na rozprawie – ma znaczenie, że przedmiotowe zamówienie dotyczy robót budowlanych w formule „zaprojektuj i zbuduj”, czyli przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i wykonanie robót

30

budowlanych w rozumieniu Prawa budowlanego. W takim przypadku przedmiot zamówienia nie jest opisywany za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót (art. 31 ust. 1 pzp), a za programu funkcjonalno-użytkowego (art. 31 ust. 2 i 3 pzp), który w rozstrzyganej sprawie został on nazwany koncepcją. Zgodnie z art. 31 ust. 3 pzp program funkcjonalno-użytkowy obejmuje opis zadania budowlanego, w którym podaje się przeznaczenie ukończonych robót oraz stawiane im wymagania techniczne, ekonomiczne, architektoniczne, materiałowe i funkcjonalne. Opis przedmiotu zamówienia na roboty budowlane jest szczególnie sformalizowany, gdyż został odrębnie uregulowany w wydanym na podstawie delegacji art. 31 ust. 4 pzp rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (Dz. U. Nr 202, poz. 2072, z późn. zm.). Już z przywołanych przepisów ustawy pzp wynika, że w przypadku zamówień obejmujących zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych, odmiennie niż w przypadku zamówień dotyczących wyłącznie wykonania robót budowlanych, nie występuje dokumentacja projektowa. Jest to istotne, gdyż z przywołanego rozporządzenia wprost wynika, że jednym z elementów dokumentacji projektowej jest przedmiar robót, zawierający zestawienie przewidywanych do wykonania robót podstawowych w kolejności technologicznej ich wykonania wraz ze szczegółowym ich opisem lub wskazaniem podstaw ustalających szczegółowy opis oraz wskazaniem właściwych szczegółowych specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych, z wyliczeniem i zestawieniem ilości jednostek przedmiarowych robót podstawowych. Z kolei dla każdej pozycji przedmiaru robót należy podać między innymi nazwę i opis oraz obliczenia ilości jednostek miary, które powinny być wyliczone na podstawie rysunków w dokumentacji projektowej. W ocenie Izby dopiero w przypadku, gdy przedmiar robót stanowi element opisu przedmiotu zamówienia istnieje prawna i faktyczna możliwość obarczenia wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia na wykonawstwo robót budowlanych obowiązkiem sporządzenia kosztorysu, który miałby być podstawą do wyliczenia ceny oferty. Przy czym w razie kosztorysowego charakteru wynagrodzenia umownego sporządzenie takiego kosztorysu (uproszczonego lub szczegółowego) jako elementu treści składanej oferty staje się obiektywną koniecznością, skoro rozliczenie wykonanych robót ma nastąpić na podstawie obmiaru i cen jednostkowych poszczególnych pozycji robót podstawowych. Natomiast przy ryczałtowym wynagrodzeniu – co do zasady – sporządzenie kosztorysu ma być jedynie pomocą dla wykonawcy przy kalkulacji ceny oferty. Jednak na mocy decyzji zamawiającego uzewnętrznionej w treści s.i.w.z., może zyskać rangę elementu treści oferty, który podlega merytorycznej weryfikacji w zakresie zgodności z przedmiarem robót stanowiącym element

opisu przedmiotu zamówienia s.i.w.z.

Na tym poziomie ogólnych rozważań Izba podziela zatem przywołane powyżej za odwołaniem tezy z uzasadnień wyroków Izby wydanych: 20 października 2010 r. (sygn. akt KIO/UZP 2164/10), 1 października 2012 r. (1994/12) i 18 października 2012 r. (sygn. akt KIO 2146/12). Natomiast analiza stanów faktycznych, w jakich zapadły te orzeczenia prowadzi do wniosku o bezzasadności twierdzenia Odwołującego, że jest to orzecznictwo adekwatne w okolicznościach faktycznych rozstrzyganej sprawy. W dwóch pierwszych sprawach przedmiotem rozstrzygnięcia były rozbieżności pomiędzy przedmiarami robót stanowiącymi element s.i.w.z. a kosztorysami ofertowymi, *nota bene* w sprawie KIO 1994/12 Izba uznała, że zarówno przedmiar, jak i kosztorys miały charakter pomocniczy, a w konsekwencji stwierdziła: *iż zaistniała rozbieżność pomiędzy treścią kosztorysu a treścią przedmiaru nie oznacza niezgodności treści oferty z treścią SIWZ. Wykonawca i tak będzie miał obowiązek wykonać zamówienie zgodnie z dokumentacją projektową*. Natomiast sprawa KIO 2146/12 dotyczyła również postępowań, w których elementem s.i.w.z. były przedmiary, natomiast wykonawca w ogóle nie złożył kosztorysu ofertowego. Ponieważ w przedmiotowym postępowaniu: po pierwsze – przedmiot zamówienia nie był opisany za pomocą przedmiarów robót, po drugie – nie miała miejsca sytuacja niezłożenia w ogóle

zażądane dokumentu, wyrwane z kontekstu uzasadnień tezy {sądząc po nadanych numerach i sposobie zapisu ustawy pzp przekopiowanych z jednego z wiodących programów informacji prawnej}, na poziomie konkretnym nic dla rozstrzyganej sprawy z przywołanych orzeczeń nie wynika. Jak dalece przywołane w odwołaniu orzeczenia nie potwierdzają stanowiska Odwołującego, obrazuje poniższy fragment uzasadnienia wyroku w sprawie KIO 2164/10 {zawierający również zdanie zacytowane w odwołaniu}: *W okolicznościach sporu irrelevantny dla jego rozstrzygnięcia pozostaje charakter wynagrodzenia (ryczałtowy – jak dowodził odwołujący czy kosztorysowy – jak chciałby zamawiający). Istotnie, wskazać należy, iż rodzaj wynagrodzenia implikuje sposób rozliczania realizacji umowy, jednakże Izba podziela pogląd wyrażony przez Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 13 marca 2006 r. (sygn. akt V Ca 2469/05), że nawet jeśli wynagrodzenie umowne zawiera elementy charakterystyczne dla rozliczenia ryczałtowego z wykonawcą, oferta powinna uwzględniać wszystkie wymienione w przedmiarze robót pozycje, jeżeli wymagał tego zamawiający. Także Sąd Okręgowy w Poznaniu w wyroku z dnia 14 października 2005 r. (sygn. akt II Ca 1355/05) zwrócił uwagę, że nawet jeśli zamawiający określił, że cena za przedmiot zamówienia jest ryczałtowa, to jednak skoro w siwz domagał się dołączenia do oferty kosztorysu ofertowego przygotowanego na podstawie dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót, jak również obmiaru robót, złożenie oferty z pominięciem w kosztorysie ofertowym*

32

Sygn. akt KIO 1502/13

przez oferenta niektórych pozycji cenotwórczych uwzględnionych przez zamawiającego w przedmiarze robót albo wynikających z dokumentacji projektowej oraz uwzględnienie w tym kosztorysie pozycji nieuwjętych w projekcie i przedmiarze robót spowodowało, że treść oferty nie odpowiada treści siwz, a to uzasadnia odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Izba zatem wyraża opinię, iż w rozpoznawanej sprawie zasadnicze znaczenie przypisać należy prawidłowemu, sporządzonemu zgodnie z siwz kosztorysowi ofertowemu opracowanemu zgodnie ze stanowiącymi element opisu przedmiotu zamówienia przedmiarami robót (art. 31 ust. 1 ustawy oraz § 4 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i form dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno – użytkowego, Dz. U. z 2004 r. Nr 202, poz. 2072 ze zm.).

W przedmiotowym postępowaniu mamy natomiast do czynienia z sytuacją, że w s.i.w.z. zamieszczono wyłącznie samo polecenie dołączenia kosztorysu obejmującego wszystkie ceny jednostkowe, podczas gdy s.i.w.z., z uwagi na formułę prowadzonego postępowania, nie zawiera przedmiaru wyszczególniającego pozycje, które należałoby wycenić. Nie sposób zatem twierdzić, że należało złożyć kosztorys odzwierciedlający całość robót budowlanych w podziale na poszczególne pozycje robót podstawowych. Izba w pełni podziela w tym zakresie stanowisko wyrażone w piśmie Przystępującego, że sam program funkcjonalno-użytkowy, do którego zresztą wprost żadne z poleceń s.i.w.z. zacytowanych w odwołaniu nie odsyła, nie stanowi podstawy do sporządzenia takiego kosztorysu. Wynika to zarówno z przeznaczenia tego dokumentu, który jest punktem wyjścia do opracowania dokumentacji projektowej. Dopiero w niej będzie możliwe wyszczególnienie wszystkich pozycji robót niezbędnych dla osiągnięcia celu opisanego w PFU, którym mogą być następnie przypisane ceny jednostkowe. Do s.i.w.z. nie załączono również jakiegokolwiek wzoru *Szczegółowego Wykazu Cen* – obrazującego co kryje się pod taką nazwą – który mógłby być punktem odniesienia dla porównywania z nim i oceny wykazów sporządzonych przez wykonawców. W szczególności nie określono w żaden sposób poziomu szczegółowości takiego kosztorysu. Nie ma zatem – poza enigmatycznym poleceniem – elementu s.i.w.z., z którym mógłby być niezgodny kosztorys ofertowy sporządzony przez wykonawcę na etapie składania oferty. W przypadku każdego wykonawcy może on zawierać odmienną liczbę pozycji, a tym samym cen jednostkowych, różna może być zatem jego szczegółowość. W konsekwencji w przypadku kosztorysu Konsorcjum Skanska można wyłącznie rozważać zaistnienie niezgodności polegająca na nieuczynieniu zadość poleceniu, aby taki wykaz cen zawierał wszystkie ceny jednostkowe składające się na cenę oferty. Jednakże w ocenie Izby takie lakoniczne i enigmatyczne polecenie samo w sobie nie ma waloru merytorycznej konkretności, ani nie odsyła i nie nawiązuje do żadnego innego

Sygn. akt KIO 1502/13

konkretnego elementu treści s.i.w.z., który pozwalałby na precyzyjne ustalenie zakresu jego stosowalności. Skoro – jak już powyżej wskazano – nie może tu chodzić o kosztorys wszystkich pozycji robót budowlanych – nie wiadomo czemu miałby służyć wykaz cen *stanowiący wszystkie części składowe ceny podanej w formularzu cenowym*, który w przypadku każdego wykonawcy może zawierać zupełnie odmienną liczbę tych części składowych.

Izba nie podziela stanowiska Odwołującego, że takim merytorycznym punktem odniesienia dla poleceń zamieszczonych w s.i.w.z. jest § 1 ust. 7 lit. a oraz b wzoru umowy. Izba ustaliła, że według tych postanowień umowy ustalenie wartości robót zarówno zamiennych, jak i zaniechanych dokonywane będzie przez Strony, *na podstawie zaakceptowanego przez Zamawiającego, kosztorysu sporządzonego przez Wykonawcę w oparciu o stawki i narzuty zastosowane w załączonych przez Wykonawcę do oferty kosztorysach ofertowych, o których mowa w pkt SIWZ*. W ocenie Izby przywołana regulacja wzoru umowy nie jest – jak chciałby Odwołujący – skorelowana z postanowieniem s.i.w.z. dotyczącym sposobu obliczenia ceny, w którym mowa jest o kosztorysie zawierającym wykaz cen stanowiący wszystkie części składowe ceny podanej w formularzu ofertowym. Nie wymaga się tu podania stawek i narzutów przyjętych przy kalkulacji cen składowych. O ile zatem postanowienia wzoru umowy deklaratywnie odwołują się do stawek i narzutów zastosowanych w kosztorysach załączonych do oferty, o tyle polecenia z zasadniczej części s.i.w.z. nakazują podanie samych cen jednostkowych. Poza wskazaniem, że owe ceny jednostkowe mają składać się na łączną cenę oferty, nie sformułowano żadnego wymagania odnośnie uszczegółowienia tych cen jednostkowych, w szczególności w zakresie stawek i narzutów, które zostały zastosowane przy ich kalkulowaniu. W ocenie Izby już choćby z tego powodu nie można twierdzić, że tym bliżej niesprecyzowanym postanowieniem s.i.w.z., do którego miałyby odsyłać postanowienia umowy dotyczące robót zamiennych i zaniechanych, jest regulacja ppkt 3 pkt 26 s.i.w.z. czy też uwaga zamieszczona na 2. stronie formularza ofertowego. Takie odesłanie wcale nie zapewnia bowiem stosowalności regulacji § 1 ust. 7 lit. a oraz b wzoru umowy w sposób, w jaki prezentował to Odwołujący na rozprawie. Niewątpliwie w tym celu konieczne jest zaistnienie kosztorysu wszystkich robót podstawowych, które zostaną jednak dopiero zidentyfikowane w dokumentacji projektowej, opracowanej w ramach pierwszego etapu realizacji przedmiotowego zamówienia. Z kolei choć wzór umowy stanowi integralny element treści s.i.w.z., to jednak dotyczy etapu realizacji zamówienia, a zatem nie można wymagać od wykonawców, aby wyłącznie na podstawie specyficznych postanowień umowy, którą przyjdzie im zawrzeć w razie wyboru ich oferty, rekonstruowali zakres informacji, które mają sprecyzować w treści oświadczenia woli składanego Zamawiającemu. Należy zauważyć

34

Sygn. akt KIO 1502/13

bowiem, że podnoszone przez Odwołującego postanowienia stanowią odstępstwo od zasady ryczałtowego, niezmiennego w okresie obowiązywania umowy wynagrodzenia za zakres robót i wszelkie świadczenia niezbędne do prawidłowego wykonania przedmiotu umowy, w tym materiały i urządzenia oraz przeniesienie praw autorskich, która została wyrażona w ust. 2 i 4 § 7 wzoru umowy poświęconego wynagrodzeniu wykonawcy. Zastosowanie postanowień § 1 ust. 7 lit. a oraz b ewidentnie wymaga uprzedniego opracowania kosztorysów wszystkich robót zgodnie z dokumentacją projektową, gdyż dopiero wtedy będzie można zidentyfikować zakres robót, które będą zaniechane definitywnie lub zamiast których pojawiają się roboty zamienne. Sama fraza *w oparciu o stawki i narzuty zastosowane w załączonych przez Wykonawcę do oferty kosztorysach ofertowych, o których mowa w pkt. SIWZ* wyrażnie nie przystaje do pozostałych postanowień nie tylko wzoru umowy, ale i całej s.i.w.z. i będzie wymagać odpowiedniej interpretacji, jeżeli na etapie realizacji zamówienia rzeczywiście wystąpi potrzeba zastosowania szczególnej regulacji § 1 ust. 7 umowy.

W konkluzji Izba doszła do przekonania, że nieuczynienie przez Konsorcjum Skanska

zadość samemu poleceniu dodatkowego załączenia kosztorysu zawierającego wykaz cen *stanowiący wszystkie części składowe ceny podanej w formularzu cenowym* – nie ma znaczenia w płaszczyźnie oceny zgodności oferty Przystępującego z merytorycznymi postanowieniami s.i.w.z., a zatem nie wystąpiła sprzeczność, o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp.

Pozostaje zatem do rozważenia drugi aspekt zarzucanej niezgodności, czyli niezgodność oferty Konsorcjum Skanska z treścią s.i.w.z. polegająca na braku ujęcia w wykazie osprzętu dwóch elementów z załącznika nr 1 do s.i.w.z. Ponieważ w tym zakresie odwołanie odsyła jedynie do dwóch jednostek redakcyjnych tego załącznika, konieczne jest poczynienie w tym zakresie dodatkowych ustaleń faktycznych, które pozwoliłyby na ocenę podniesionego w odwołaniu zarzutu. Natomiast ponieważ odwołanie w zakresie takich „zarzutów” jak brak wskazania liczby sztuk poszczególnych elementów czy podanie cen jednostkowych brutto, do niczego nie odsyła, ani w żaden inny sposób ich nie uzasadnia, nie są to prawidłowo sformułowane zarzuty podlegające rozpoznaniu. Wszelkie wywody w tym zakresie poczynione na rozprawie należy uznać za bez znaczenia dla sprawy, gdyż zgodnie z art. 192 ust. 7 pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Niewątpliwie klasycznego aspektu niezgodności treści oferty z treścią s.i.w.z. dotyczy drugi zestaw zamieszczonych w odwołaniu cytatów z bogatego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, w wersji przetworzonej na tezy przez program informacji prawnej. Niestety te ze wszech miar słuszne wskazówki orzecznictwa {kładące wyraźnie nacisk na niezgodność z konkretnie sformułowanymi wymaganiami odnośnie przedmiotu zamówienia i zakresu

35

Sygn. akt KIO 1502/13

treści oferty} w ogóle nie przystają do wtrąconej pomiędzy jeden a drugi cytat uwagi własnej Odwołującego, że dla niego okolicznością bezsporną jest, że oferowany przez Konsorcjum Skanska przedmiot oferty nie jest tożsamy z zakresem przedmiotu oczekiwanego przez Zamawiającego w s.i.w.z. W sporze, który jednak powstał na skutek wniesienia odwołania to na Odwołującym, z mocy art. 190 ust. 1 pzp ciążył ciężar udowodnienia tego typu twierdzeń.

Izba ustaliła, że pkt 4 s.i.w.z. dotyczy opisu przedmiotu zamówienia, przy czym pkt 4.2 s.i.w.z. w zakresie szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia odsyła do koncepcji remontu (stanowiącej załącznik nr 1 do s.i.w.z.), zastrzegając już w tym miejscu, że do zadań wyłonionego wykonawcy będzie należało przygotowanie dokumentacji projektowej. Z kolei we wstępie koncepcji {pkt I} wskazano w szczególności, że celem remontu jest wymiana zużytych i awaryjnych komponentów systemu oraz dostosowanie systemu elektroświatelnego do przepisów ICAO, Aneks 14 (przy czym wszystkie pojawiające się tam zalecenia należy traktować jako normy obowiązujące), określanych też jako wymagania Konwencji o międzynarodowym lotnictwie cywilnym – ICAO Załącznik nr 14. Ze wstępu wynika również, że efektem remontu ma być zagwarantowanie niezawodnej pracy następujących urządzeń, mających – jak to podkreślono przez pogrubienie czcionki – po pierwsze – bezpośredni wpływ na bezpieczeństwo operacji startu i lądowania w kat I.: 1. *światła podejść z kier. 26 i 08*; 2. *światła progów DS. z kier. 26 i 08*; 3. *oświetlenie krawędzi i końców DS.*; 4. *precyzyjny wskaźnik ścieżki schodzenia PAPI z kier. 26 i 08*; 5. *sekwencyjne światła błyskowe z kier. 26*; oraz – po drugie – urządzeń zapewniających bezpieczeństwo naziemnego ruchu samolotów: 6. *światła krawędzi DK*; *światła ochronne DS., WIG – WAG w układzie A*; 8. *poprzeczki zatrzymania STOP BAR*; 9. *system sygnalizacji wtargnięcia na DS przy światłach STOP BAR*; 10. *znaki pionowe podświetlane*; 11. *systemu sterowania i monitoringu*. W kolejnej części Koncepcji (pkt II) rozpisano w punktach zakres remontu, w szczególności w pkt od 1.1 do 10 uszczegółowiono opis w zakresie urządzeń wyliczonych na wstępie jako podstawowe dla bezpieczeństwa. Natomiast kolejne punkty {omyłkowo nie ma pkt 11} dotyczą: pkt 12 – przepustów kablowych, pkt 13 – wyposażenia serwisowo-obslugowego użytkownika, pkt 15 – wymagań Zamawiającego, pkt 15 szkolenia personelu i instrukcji, pkt 16 – dokumentacji, pkt 17 – innych wymagań Zamawiającego {ponownie podkreślono tu, że priorytetowym aktem prawnym jest Załącznik nr 14 do przepisów ICAO opublikowany w Dzienniku Urzędowym ULC nr 4 z dnia 21 lutego 2011 roku wraz z aktami przywołanymi, wszystkie zalecenia traktuje się jako normy}; pkt 18 – gwarancji na cały system. Ponadto odrębnie uszczegółowiono jeszcze wymaganą technologię remontu pobocza drogi startowej z pkt 3.9 oraz wymagania techniczne dla samochodu serwisowego

Sygn. akt KIO 1502/13

spękań nawierzchni bitumicznych, który jest dalszym uszczegółowieniem sposobu przeprowadzenia remontu pobocza drogi startowej. Wracając do zasadniczego dokumentu s.i.w.z. – w pkt 4.6 s.i.w.z. opisano zakres ilościowy dokumentacji projektowej, ponownie podkreślając priorytetowy charakter Załącznika 14 do przepisów ICAO. Wreszcie w pkt 4.8 pn. *Uwagi ogólne dotyczące realizacji zadania*, w pkt 3 wskazano, że *Wykorzystywane przez Wykonawcę materiały muszą być dopuszczone do stosowania w budownictwie zgodnie z wymaganiami ustawy z dnia 16 kwietnia 2004 r. o wyrobach budowlanych (Dz. U. Nr 92, poz. 881 z późniejszymi zmianami, a także posiadać certyfikat zezwalający na stosowanie materiałów na lotniskach cywilnych wydany przez ICAO (...)*. Po udostępnieniu treści s.i.w.z. wykonawcom, na skutek zwrócenia uwagi przez jednego z nich, że ICAO nie wystawia certyfikatów, Zamawiający w wyjaśnieniach treści s.i.w.z. z 10 maja 2013 r. {pkt 1} pozytywnie odniósł się do zgłoszonego wniosku o zmianę na wymaganie w następującym brzmieniu: *dla materiałów dostarczenie deklaracji zgodności producenta z wymaganiami ICAO, gdy odpowiednie* – przez udzielenie odpowiedzi, że wystarczającym dokumentem jest deklaracja zgodności.

W ocenie Izby dopiero powyżej przywołana treść s.i.w.z. pozwala na ustalenie w jakim zakresie wymagane jest podanie w złożonej ofercie informacji na temat m.in. typu, rodzaju, producenta osprzętu, czyli jakie urządzenia należało skonkretyzować co do typu, rodzaju i producenta już na tym etapie. Zamawiający nie określił bowiem wprost listy osprzętu, co do którego należy podać dane identyfikujące jego rodzaj, typ i pochodzenie. Również w tym przypadku właściwym punktem wyjścia jest charakter przedmiotowego zamówienia jako szczególnego rodzaju robót budowlanych, których celem jest przede wszystkim dostosowanie systemu nawigacji świetlnej lotniska Bydgoszcz do standardów opisanych w Tomie I Załącznika nr 14 Konwencji o międzynarodowym lotnictwie cywilnym (ICAO). Aby było to możliwe konieczna jest wymiana komponentów systemu na z Stąd elektroświatelnego osprzęt zgodny wymaganiami ICAO. Zamawiający w podstawowych wytycznych dotyczących realizacji zadania wskazał na konieczność przy wykorzystywaniu wymagania, remoncie materiałów spełniających powyższe co pierwotnie miało być potwierdzone certyfikatem wydanym przez ICAO, czyli Organizację Międzynarodowego Lotnictwa Cywilnego {ang. *International Civil Aviation Organization*}. Ostatecznie potwierdzeniem zgodności ze standardami ICAO ma być deklaracja zgodności producenta, przy czym jest ona wymagana, gdy jest to odpowiednie, co trudno odczytać inaczej, niż jeżeli dla danego materiału (urządzenia) ICAO stawia określone wymagania. Jednakże Zamawiający nie zażądał złożenia tych deklaracji zgodności wraz z ofertą, co oznacza, że będą one podlegały sprawdzeniu dopiero na etapie realizacji zamówienia. Przy takich uwarunkowaniach wymaganie pkt 16, ppkt 1) lit. f) s.i.w.z. – aby w skład

Sygn. akt KIO 1502/13

dokumentów oferty wchodził wykaz zawierający informacje na temat typu, rodzaju, producenta osprzętu, jak również jego ceny jednostkowej – należy odczytać jako odnoszące się do istotnych komponentów systemu, co do których w przepisach ICAO sformułowano konkretne wymagania. Izba zważyła, że Odwołujący nie zaprzeczył zgodnym twierdzeniom Zamawiającego i Przystępującego, że w odniesieniu do dwóch wyszczególnionych w odwołaniu elementów, czyli wyposażenia serwisowo-obługowego i kabla strony wtórnej, przywołana regulacja ICAO nie określa żadnych szczególnych wymagań. Nie mają one zatem podstawowego znaczenia. Potwierdza to również treść załącznika nr 1 do s.i.w.z., w którym nie zostały one zaliczone urządzeń mających bezpośredni wpływ na bezpieczeństwo operacji startu i lądowania czy zapewniających bezpieczeństwo naziemnego ruchu samolotów, dla których szczegółowe wymagania opisano w pkt od 1 do 10 części II załącznika. Przede wszystkim {uzupełniając tym samym powyższe ustalenia faktyczne} wskazuje na to również fakt, że pod nazwą każdego z elementów opisanych

w tych punktach urządzeń wprost w nawiasie wskazano konkretny punkt Aneksu 14 Tomu I Konwencji, z którym dane urządzenie ma być zgodne. Natomiast elementy, których Odwołującemu brakuje w wykazie Przystępującego, zostały opisane – odpowiednio w pkt 13 oraz w pkt 14 – bez takiego odwołania się do regulacji ICAO. W pierwszym przypadku jest to dodatkowy w stosunku do robót budowlanych element dostawy, w postaci specjalistycznych urządzeń – niezbędnych dla serwisowania i regulacji zmodernizowanego już systemu elektroświeelnego przez użytkownika – począwszy od różnorakich przyrządów, mierników, wykrywaczy, przez specjalistyczny komputer serwisowy, aż po samochód serwisowy, którego wyposażenie zostało odrębnie wyszczególnione na końcu załącznika. Z kolei kable wtórne zostały wymienione wśród 30 pozycji elementów zapasowych, które wykonawca remontu również ma dodatkowo dostarczyć użytkownikowi zmodernizowanego systemu elektroświeelnego i oznakowania pionowego. Okoliczność określenia ich w pkt 14 zbiorczo mianem *podstawowych komponentów systemu*, nie oznacza, że same kable mają taki status, są to części zamienne, które są istotne dla zapewnienia ciągłości funkcjonowania systemu przez określony czas, bez ponoszenia dodatkowych kosztów przez użytkownika. W szczególności nie podlegają one wbudowaniu przez wykonawcę remontu, lecz mają być dostarczone do magazynu użytkownika, który przy pomocy otrzymanego wyposażenia serwisowo-obługowego będzie mógł w razie potrzeby wymienić zużyte w toku eksploatacji zmodernizowanego systemu elektroświeelnego podzespoły komponentów.

Zważając na powyższe w ocenie Izby brak jest podstaw, aby stwierdzić, że zawarty w ofercie Konsorcjum Skanska wykaz jest niekompletny w zakresie podnoszonym w odwołaniu. W szczególności nie ma żadnych podstaw aby stwierdzić zaniżenie ceny oferty o brakujące Odwołującemu w wykazie Przystępującego elementy. Twierdzenie takie jest

38

Sygn. akt KIO 1502/13

ponadto zupełnie oderwane od pozostałych okoliczności podniesionych w odwołaniu, wskazujących na to, że cena oferty nie składa się z cen jednostkowych podanych w wykazie, gdyż {według wycień Odwołującego} opiewa jedynie na kwotę 1.238.560,25 zł. Wobec niestwierdzenia niekompletności wykazu osprzętu przedstawionego przez Konsorcjum Skanska nie zaistniała konieczność rozstrzygnięcia, czy – jak chciałby Przystępujący – można mu przypisać walor wyłącznie dokumentu, o którym mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 pzp, a zatem dokumentu podlegającego w razie wadliwości uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 pzp. Pewność w tym zakresie Przystępującego pozostaje w kontraście z niepewnością Zamawiającego, który pomimo obszerności wywodów odpowiedzi na odwołanie {w znaczącej kwestii charakteru części poświęconych niespornej ryczałtowego wynagrodzenia za wykonanie przedmiotu umowy}, nie wypowiedział się w tej kwestii, a na pytanie zadane na rozprawie jego przedstawiciele zaprezentowali całe spektrum sprzecznych ze sobą odpowiedzi. Jest to o tyle usprawiedliwione, że z uwagi na lakoniczność i enigmatyczność postanowień s.i.w.z. w tym zakresie niezwykle trudno jest ustalić, co ich autor miał na myśli. Tymczasem w ocenie Izby również w przypadku robót budowlanych {zwłaszcza tak specyficznych, jak objęte przedmiotowym postępowaniem} kluczowe znaczenie dla ustalenia, czy mamy do czynienia z elementem treści oferty wchodzącym w zakres zobowiązania umownego czy tylko potwierdzeniem przedmiotowej zdolności do spełnienia wymagań zamawiającego ma decyzja tego zamawiającego, która powinna być odpowiednio uwzględniona w treści s.i.w.z. Na podstawie przedmiotowej s.i.w.z. można być tylko pewnym, że nie zażądano złożenia w ofercie typowego dokumentu na potwierdzenie spełniania przez osprzęt wymagań Zamawiającego, w postaci deklaracji zgodności z wymaganiami ICAO.

V.

Zgodnie z art. 191 ust. 2 ustawy pzp Izba wydając wyrok, bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego. Jednocześnie z art. 192 ust. 2 ustawy pzp wynika, że Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenia zamówienia publicznego.

Ustalony przez Izbę w rozstrzyganej sprawie stan rzeczy nie pozwala na ocenę, że istniejące na dzień wniesienia odwołania naruszenie art. 7 ust. 3 pzp, pozostające w związku z naruszeniem art. 26 ust. 3 pzp, nie miało wpływu na wynik przedmiotowego

postępowania zamówieniowego. Zamawiający nie unieważnił bowiem czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z 10 czerwca 2013 r., od której wniesione zostało odwołanie. Co prawda w datowanej na 4 lipca 2013 r. odpowiedzi na odwołanie Zamawiający

39

Sygn. akt KIO 1502/13

oświadczył, że uznaje zarzuty związane z naruszeniem art. 26 ust. 3 pzp oraz art. 8 ust. 1 i 3 pzp, a także poinformował, że skierował w tym zakresie wezwanie do uzupełnienia pełnomocnictw oraz wezwanie do wyjaśnienia podstaw i powodów zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Następnie w odpowiedzi na odwołanie z 8 lipca 2013 r. Zamawiający poinformował dodatkowo, że odstąpił dokumenty, gdyż Konsorcjum Skanska zrezygnowało z objęcia ich tajemnicą przedsiębiorstwa. Zamawiający poczynił przy tym – w odniesieniu do czynności wezwania Konsorcjum Skanska do uzupełnienia pełnomocnictw – następujący wywód: *Powyższa czynność Zamawiającego została dokonana zgodnie z przyznanym uprawnieniem do usunięcia wad postępowania na każdy{m} możliwym etapie. Zgodnie bowiem z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, Zamawiający może unieważnić własną czynność wyboru oferty najkorzystniejszej jeśli stwierdzi, że oferta została wybrana z naruszeniem przepisów ustawy. Jeśli chodzi o czynność na etapie oceny ofert i wyboru oferty jako najkorzystniejszej, to czynności te mogą być unieważniane i powtarzane – wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26.01.2012 r. (sygn. akt KIO 104/12). Zgodnie z przytoczonym orzeczeniem Zamawiający ma obowiązek wręcz usunięcia stwierdzonych wad celem uniknięcia unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych. Podstawę do unieważnienia postępowania może w tym wypadku stanowić wada niemożliwa do usunięcia, natomiast jeśli wada jest usuwalna – Zamawiający winien podjąć działania do jej usunięcia. Ponadto do tej odpowiedzi na odwołanie zostało dołączona kopia skierowanego 5 lipca 2013 r. wezwania do uzupełnienia dokumentów oraz złożenia wyjaśnień, na którego wstępie Zamawiający informuje, iż w związku z wniesionym w dniu 20.06.2013 r. odwołaniem (...) kieruje wezwanie do uzupełnienia dokumentów, stosownie do art. 26 ust. 3 ustawy (...) Prawo zamówień publicznych (...) Kopia odwołania wraz z wezwaniem do przystąpienia do postępowania odwoławczego została przesłana w dniu 21.06.2013 r. W dalszej części pisma Zamawiający stwierdza, że uwzględnił postawiony przez Odwołującego zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy (...) Prawo zamówień publicznych (...), poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum Skanska S.A. oraz ZEUS S.A. do złożenia dokumentów potwierdzających umocowanie dla Pana L..... G..... do działania w imieniu całego konsorcjum oraz Pana S..... K..... do działania w imieniu spółki ZEUS S.A. Dokonana ponowna ocena złożonej oferty potwierdziła wadliwość w zakresie załączonych pełnomocnictw... Z kolei na rozprawie Zamawiający wezwany do okazania dokumentacji postępowania w zakresie czynności zdziałanych po wniesieniu odwołania, okazał oryginał tego wezwania, a także odpowiedź na nie Konsorcjum Skanska. Izba ustaliła także, że w protokole postępowania o udzielenie ostatnią odnotowaną czynnością jest wybór oferty Konsorcjum Skanska dokonany 10 czerwca 2013 r.,*

40

Sygn. akt KIO 1502/13

a po wniesieniu odwołania nie odnotowano żadnych czynności nowych lub powtórzonych.

Izba zważyła, że w tych okolicznościach Zamawiający i Przystępujący bezpodstawnie wnosili o oddalenie odwołania, gdyż choć Zamawiający uznał za zasadne niektóre zarzuty, nie uczynił zadość nieodłącznie z nimi związanemu żądaniu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty. Przy czym żądanie to było jak najbardziej prawidłowe i adekwatne w odniesieniu do zarzutów naruszenia art. 26 ust. 3 pzp, gdyż przewidziana w tym przepisie procedura może być przeprowadzona wyłącznie w stosunku do badanej, a nie wybranej już oferty. Dopiero w zależności od wyniku tej czynności uzupełniona o nowe lub poprawione dokumenty oferta może zostać oceniona i wybrana jako najkorzystniejszą. Natomiast Zamawiający po wniesieniu odwołania dokonał wezwania Konsorcjum Skanska do uzupełnienia pełnomocnictw w sposób niezgany ustawie pzp, to znaczy bez uprzedniego

unieważnienia wyboru oferty Przystępującego. W ten sposób Zamawiający podjął próbę swoistej konwalidacji wadliwej czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, polegającej na wezwaniu do uzupełnienia dokumentów, tak jakby jego rezultaty mogły działać z mocą wsteczną. Stanowisko to zdaje się również podzielać Przystępujący, który uznaje sprawę za załatwioną wobec przesłania w odpowiedzi na wezwanie odpowiednich – jak twierdzi – pełnomocnictw. Zostały one nawet załączone do pisma Przystępującego. Izba nie jest oczywiście uprawniona do wyręczania Zamawiającego w przeprowadzaniu czynności w prowadzonym przez niego postępowaniu zamówieniowym. W konsekwencji prowadziłoby to również do uchylenia możliwości wniesienia odwołania na rezultaty badania przez Zamawiającego oferty Konsorcjum Skanska z uwzględnieniem uzupełnionych dokumentów. Przede wszystkim zauważyć należy, że zgodnie z ustawą pzp czynność wyboru oferty najkorzystniejszej jest czynnością kończącą postępowanie o udzielenie zamówienia, po której może nastąpić tylko podpisanie umowy w sprawie zamówienia publicznego. Jeżeli zatem okazało się, że oferta nie nadawała się do wyboru, powrót do fazy jej badania nie jest możliwy bez uprzedniego unieważnienia czynności kończącej postępowanie. Ustawa pzp rzeczywiście pozwala na podejmowanie czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia po wniesieniu odwołania, czyli w toku postępowania odwoławczego. Postępowania te mają jednak odrębny charakter, a zatem czynności podjęte w postępowaniu odwoławczym nie są czynnościami postępowania o udzielenie zamówienia i *vice versa*. Z tego względu oświadczenia zawarte w odpowiedzi na odwołanie nie mogą zastąpić czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, o których podjęciu należy informować wykonawców w nim uczestniczących. Zamawiający wezwał Przystępującego do uzupełnienia dokumentów, nie informując ani jego, ani Odwołującego o unieważnieniu czynności wyboru oferty z 10 czerwca 2013 r. W ocenie Izby nie można tego dokonać w sposób dorozumiany, bez formalnego zawiadomienia wykonawców uczestniczących w postępowaniu.

41

Sygn. akt KIO 1502/13

Niewystarczające jest zatem enigmatyczne stwierdzenie w odpowiedzi na odwołanie, które wcześniej pojawiło się w wezwaniu skierowanym do Przystępującego, że *dokonana ponowna ocena złożonej oferty potwierdziła wadliwość w zakresie załączonych pełnomocnictw*. Odnosząc się do lakonicznej w tym zakresie argumentacji Zamawiającego, należy zauważyć, że z przywołanego przez niego orzeczenia wprost wynika, że aby powtarzać czynności z etapu oceny ofert konieczne jest uprzednie unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty. Również w innych orzeczeniach, znacznie bardziej adekwatnych z uwagi na okoliczności sprawy, Izba nie brała pod uwagę przy rozstrzygnięciu o wyniku postępowania odwoławczego zarzutów, które nie tylko zostały uznane przez zamawiającego, ale które stały się bezprzedmiotowe z uwagi na uczynienie zadość zgłoszonym w ich zakresie żądaniom {por. w szczególności: wyrok z 13 kwietnia 2011 r. (sygn. akt KIO 707/11), wyrok z 27 sierpnia 2012 r. (sygn. akt KIO 1710), wyrok z 31 października 2012 r. (sygn. akt 2231/12) czy wyrok z 11 kwietnia 2013 r. (sygn. akt KIO 742/13)}. W szczególności ostatnia z tych spraw dotyczyła wniesienia odwołania od czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, a odwołujący zarzucał m.in. zaniechanie odrzucenia innej oferty. Zarzut ten został uznany przez zamawiającego, który w wyniku powtórzonych czynności odrzucił tę ofertę, a także powtórzył czynność wyboru najkorzystniejszej oferty, co miało miejsce przed rozpatrzeniem odwołania.

Z tych względów konieczne było nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z 10 czerwca 2013 r. Natomiast z uwagi na ekonomikę postępowania Izba uznała za niecelowe nakazywanie powtórzenia czynności wezwania do uzupełnienia dokumentów z 5 lipca 2013 r., a zatem Zamawiający przy powtarzaniu czynności winien uwzględnić dokumenty uzupełnione po wniesieniu odwołania przez Konsorcjum Skanska.

Mając powyższe na uwadze, Izba – rozpatrując sprawę w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu – stwierdziła naruszenie przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy pzp, które miało wpływ na wynik prowadzonego przez Zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia. Z tego względu Izba – działając na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i 3 pkt 1 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, zaliczając do tych kosztów uiszczony przez Odwołującego wpis – zgodnie z § 3 pkt 1 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

42

Sygn. akt KIO 1502/13

rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), a ponadto obciążając kosztami postępowania odwoławczego Zamawiającego, od którego – stosownie do § 5 ust. 2 pkt 1 przywołanego rozporządzenia – zasądzono na rzecz Odwołującego poniesione przez niego koszty z tytułu uiszczanego wpisu od odwołania oraz jego uzasadnionych kosztów w postaci wynagrodzenia pełnomocnika, na podstawie rachunku przedstawionego do zamknięcia rozprawy – zgodnie z § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia.

Przewodniczący:

43