

ODPIS

Sygn. akt II Ca 68«A»

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 21 stycznia 2010 roku

Sąd Okręgowy w Piotrkowie Tryb. Wydział I Cywilny Odwoławczy w składzie:

Przewodnicząca SSA Marianna Cichocka

Sędziowie SA Stanisław Łęgosz
SA Ożegorz Ślęzak Opr)

Edyta Kowalewicz
F ro [okol ant po rozpoznaniu w dniu 14 stycznia 2010 roku w Piotrkowie Trybunalskim

na rozprawie oprawy ze skargi zamawiającego Towarzystwa Budownictwa Społecznego w Radomsku przeciwko wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia INYESTMENT Łódzki S.A. z siedzibą w Łodzi, REMO - BUD Łódź Stanisław Jędrzejczak przy udziale wykonawcy Piotr Machalcwski i Witold Ś Witkowski Przedsiębiorstwo Budowlano - Usługowe „Wiktor”¹ Sp. j, w Radomsku od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej

z dnia 4 listopada 2009 roku, sygn. akt KIO/UZP 13&6..W

I. zmienia zaskarżony wyrok w punkcie pierwszym w ten sposób, że oddala odwołanie wniesione przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia INYESTMENT Łódzki S.A. z siedzibą w Łodzi i REMO - BUD Łódź Stanisław Jędrzejczak od rozstrzygnięcia przez zamawiającego Towarzystwo Budownictwa Społecznego w Radomsku protestu z dnia 15 sierpnia 2009 roku oraz w punkcie drugim podpunkcie drugim w ten sposób, że kosztami

postępowania odwoławczego w kwocie 4462 (cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa) złotych na imię Urzędowi Zamówień Publicznych. obciąża odwołującego; INYESTMENT Łódzki S.A. z siedzibą w Łodzi i REMO - BUD Łódź Stanisław Jędrzejczak oraz zasądza od tegoż odwołującego na rzecz zamawiającego Towarzystwa Budownictwa Społecznego w Radomsku kwotę 3600 (trzy tysiące sześćset) złotych tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

II. zasądza od wykonawcy INYESTMENT Łódzki S.A. z siedzibą w Łodzi i REMO - BUD Łódź Stanisław Jędrzejczak na rzecz zamawiającego Towarzystwa Budownictwa Społecznego w Radomsku kwotę 6000 (sześć tysięcy sześćset) złotych tytułem zwrotu kosztów postępowania skargowego.

Sygn. akt II Gi 688/09

UZASADNIENIE

Zamawiający prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *Budowę budynku mieszkalnego w drodze budowlanej nr 1/ w /tar/omefAw przy w/f, Sądowej 7 c' Ib. Nr 285N8 (numer sprawy bP.fTBS/2/2009)*, ogłoszone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 20 lipca 2009 roku, poz. 24480S.

Zamawiający pismem z dnia 19 sierpnia 2009 roku (przekazanym wykonawcom faksem w tym samym dniu) zawiadomił o wyniku postępowania i wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawcę - Piotr Machalewski i Witold Świątkowski Przedsiębiorstwo Budowlano usługowe „WIKTOR” Sp. j. a także o przyczynach odrzucenia oferty - konsorcjum firm: TNVESTMENT Łódzki Spółka Akcyjna oraz REMO-BUD Łódź Stanisław Jędrzejczak,

W dniu 25 sierpnia 2009 roku wpłynął do zamawiającego protest wykonawców składających ofertę wspólną, dotyczący czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odrzucenia oferty protestujących, jako naruszającej art. 5 Kodeksu cywilnego w związku z art. 14 ustawy, art. 7 ust. 1 i 3 art. 87 ust. 2 art. 89 ust. 1 pkt 2 i ó ustawy oraz inno przywołane w uzasadnieniu. W uzasadnieniu protestujący zaprzeczyli jakoby złożona przez. nieb oferta była niezgodna z treścią specyfikacji i istotnych warunków zamówienia (pkL 16.6 pkL 7.2). Błędne wpisanie w- kosztorysie ofertę wy im mniejszej ilości robót, niż określonych w przedmiarze robót, zdani cm protestujących nie powinno powodować odrzucenia oferty na podstawie art. K9 ust. 1 pkL 2 usLawy. Zamawiający dopuszczając w⁷ stwz sytuację, w której wykonawca zaoferował błędnie większą ilość godzin od zakładanej w przedmiarze powinien również uznać za błąd nie powodujący odrzucenia oferty podania w⁷ kosztorysie niniejszej ilości robót. W obu przypadkach roboty⁷ musiałyby być wykonane w rozmiarze wskazanym w przedmiarze, niezależnie od zawartości kosztorysów. Wskazanie niniejszej ilości robót prowadzące do zmniejszenia ceny za zamówienie. nie prowadziło do zmiany zakresu świadczenia, które zostałyby wykonane we właściwym rozmiarze zn niższą cenę.

Zgodnie z pkt. 18.2 siwz, brak wyceny przez protestujących pozycji 4 kosztorysu ofertowego na wewnętrzne instalacje elektryczne materiału (32 kuchenek elektrycznych} nie mogło stanowić podstawy do odrzucenia oferty. Zamawiający powinien przyjąć, że cena ztwała uwzględniona w⁷ innych pozycjach kosztorysu. Również niedoszacowanie wszystkich innych pozycji wskazanych w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty nie może być uzasadnieniem dla odrzucenia, gdyż zgodnie z siw^pz wykonawcę obliguje zakres prac i materiałów wynikających z przedmiarów za cenę podaną w ofercie, która w innych pozycjach kosztorysu niż kwestionowane, zawiera koszt pominiętych elementów.

Protestujący wnioskował z zapisów siwz (pkt 18.2 - dotyczący sposobu obliczenia ceny, formularz oferty, wzór umowy - § ó ust. i), iż, wynagrodzenie w przedmiotowym zamówieniu ma charakter wynagrodzenia ryczałtowego. Konstrukcja wynagrodzenia ryczałtowego uniemożliwia zamawiającemu żądanie od wykonawcy obniżenia umówionego ryczałtu, natomiast przyjmujący zamówienie wykonawca, co do zasady ponosi ryzyko straty w sytuacji zmiany stosunków. Niezgodności pomiędzy kosztorysem ofertowym, a przedmiarami robót, nie mogą skutkować uznaniem oferty za niezgodną z treścią siwz, bowiem wykonawca zobowiązał się wykonać całość zadania inwestycyjnego. Protestujący wskazali na pomocniczy charakter kosztorysu ofertowego przy wynagrodzeniu ryczałtowym. a także na konsekwencje ewentualnych nieistotnych rozbieżności pomiędzy jego treścią, a treścią otrzymanych przedmiarów, które nie mogą skutkować odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust- I pkt 2 ustawy pzp. Swoje stanowisko wykonawca poparł orzecznictwem KTO oraz Sądu Okręgowego.

Zdaniem protestujących, błędy w kosztorysie nie przesądzają o obowiązku odrzucenia oferty. Jedynie z ostrożności podnieśli, iż brak wyceny 32 sztuk kuchenek

elektrycznych, stanowi omyłkę polegającą na niezgodności olerty z siwz, niepowodującą istotnej zmiany w treści olerty, podlegającą poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Zgodnie z zapisami swiz, zamawiający mógł przyjąć, że cena zawiera się w innych pozycjach kosztorysu. Błędy w kosztorysie na roboty budowlane (poz. 208, 214, 267, 281) również stanowią omyłki o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 lub 87 ust. 2 pkt 1 ustawy pzp, podlegające poprawieniu przez zamawiającego.

Zamawiający pismem z dnia 7 września 2009 r (przekazanym protestującemu w tym samym dniu) oddalił protest, podtrzymując swoje stanowisko co do wystąpienia podstaw do odrzucenia oferty protestujących jako niezgodnej z treścią siwz.

Zdaniem zamawiającego w sytuacji, kiedy wykonawca wycenił mniejszy zakres robót, nie dokonał wyceny pozycji przedmiaru, oznacza to, że nie zaoferował on całkowitego wykonania zamówienia. Zaistniałe w ofercie wykonawcy niezgodności w kosztorysie nie mogą być uznane za dopuszczalne na gruncie zapisów specyfikacji, w szczególności dotyczącego wskazania w kosztorysie większej ilości robót niż określony w przedmiarze robót (wówczas zamawiający ma zagwarantowane, że wykonawca zobowiązał się wykonać całość przedmiotu zamówienia). Powołując się na orzecznictwo ZA, zamawiający wskazał, iż deklaracje zawarte w kosztorysie ofertowym stanowią treść oferty ponieważ w^p istotny sposób wskazują na zakres robót i mają istotne znaczenie dla oceny zgodności oferty z treścią siwz. Jako zapis uszczegóławiający oświadczenie ogólne złożone w formularzu ofertowym, jest decydujący dla oceny zakresu zobowiązania wykonawcy.

Namawiający wyjaśnił, iż zgodnie z literalnym brzmieniem punktu I K.2 siwz dotyczy on przypadku, gdy pozycja znajduje się w kosztorysie ofertowym, a jedynie nie została podana cena za jej wykonanie, natomiast w ofercie protestujący w swoim kosztorysie nie ujął w ogóle pozycji kuchni elektryczne, Protestujący sporządził kosztorysy ofertowe niezgodne z zapisem pkt 10.d pkt 7 swiz, w którym zamawiający żądał sporządzenia wszystkich kosztorysów, ofertowych metodą kalkulacji szczegółowej, aby ustrzec się przed złożeniem ofert niezgodnych z przedmiarami i żądaniami zamawiającego w zakresie wyceny przedmiotowego zamówienia, Zamawiający powołał się na orzeczenie KIO zapadłe w podobnym stanie Faktycznym i przedstawioną tam ocenę znaczenia kosztorysu.

Zdaniem zamawiającego, z treści specyfikacji oraz załączonego wzoru umowy wynika, że wynagrodzenie w przedmiotowym zamówieniu ma charakter wynagrodzenia kosztorysowego (§1 ust. 4 §2 ust. pkt 2.27).

W ocenie zamawiającego, nie uwzględnienie ceny 32 sztuk kuchni elektrycznych oraz zaniżenie ilości i w innych pozycjach kosztorysu ofertowego, stanowią istotną zmianę treści siwz. Przywołane przez zamawiającego orzecznictwo KIO wskazywać ma na nakaz odrzucenia oferty niezgodnej z treścią siwz, nawet przy wynagrodzeniu ryczałtowym.

Zamawiający wskazał na brak możliwości i poprawienia pozycji 4 kosztorysu (S2 sztuki kuchni elektrycznych) w zgodzie z przedmiotem robót, gdyż powodowałoby to istotną zmianę treści - w cenie oferty konsorcjum, która stanowi część negocjacji

umowy w sprawie zamówienia publicznego. Nieprawidłowość taka nie ma charakteru omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp, a zamawiający nie posiada wszystkich niezbędnych danych do dokonania poprawienia kosztorysu. Brak wskazania ceny jednostkowej uniemożliwia dokonanie wyceny pozycji, a zatem zamawiający nie jest w stanie ustalić prawidłowej treści oświadczenia woli.

Uzupełnienie ceny **jednostkowej** po upływie terminu do złożenia oferty **oznaczałoby** prowadzenie niedozwolonych negocjacji z wykonawcą.

Stwierdzone w ofercie wady nie stanowią **omyłki podlegającej** poprawieniu przez zamawiającego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp,

W dniu 10 września 2010 roku, konsorcjum wniosło odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (data nadania pisma w placówce pocztowej operatora publicznego), przekazując jego kopię zamawiającemu w tym samym dniu. W odwołaniu wykonawca podtrzymał zarzuty i żądania z protestu wraz z całą dotychczasową argumentacją. Odnosząc się do stanowiska zamawiającego z rozstrzygnięcia protestu, odwołujący wyjaśnił, iż dopuścił się nieumyślnego błędu polegającego na pominięciu jednej pozycji kosztorysu dotyczącej kuchenek, który zamawiający powinien poprawić uznając, iż wycena tej pozycji zawarta została w innych pozycjach kosztorysu, co nie wiąże się z dodatkowym wynagrodzeniem za ten sprzęt. Odwołujący wskazał na wiążący charakter przedmiaru, stanowiącego załącznik do siwz, co oznacza, że **po pominięciu** wskazanej pozycji wcale nie zwalnia go z obowiązku zainstalowania kuchenek. Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz dokonanie ponownej oceny i wybór oferty najkorzystniejszej.

Zaskarżonym wyrokiem z dnia 4 listopada 2010 roku Krajowa Izba Odwoławcza w Warszawie uwzględniła odwołanie, nakazując znowu w tym samym unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazując powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego się, a także rozstrzygnęła o kosztach postępowania odwoławczego.

Podstawę powyższego wyroku stanowiły przytoczone poniżej upadłości i zarazem rozważania KIO.

Na wstępie skład orzekający potwierdził istnienie interesu prawnego odwołującego do wniesienia odwołania, którego celem jest przywrócenie oferty do oceny, a przez to umożliwienie jej wyboru jako najkorzystniejszej.

Odnosząc się do zarzutów odwołania, stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej sprowadziło się do ustalenia, czy oferta Konsorcjum Inwestycji Łódzkiej SA i REMO - RUD Łódź Stanisław Jędrzejczak podlegała odrzuceniu na podstawie art. 99 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, z uwagi na wykryte niezgodności kosztorysów - z przedmiarami, stanowiącymi załącznik do siwz.

Decyzją zamawiającego o odrzuceniu oferty konsorcjum wynikała z wykrytych niezgodności w kosztorysach, polegających na braku wyceny pozycji 4 kosztorysu na wewnętrzne instalacje elektryczne (32 sztuki kuchenek elektrycznych) oraz zaniżeniu wartości obmiaru sześciu innych pozycji, tj. w kosztorysie na roboty budowlane, pozycji 208 (przyjęto 86,30 m w miejsce 86,39 m), poz. 214 (przyjęto 1 sztukę w miejsce 8), poz. 267 (przyjęto ilość 104,84 m w miejsce 194,84 m), poz. 281 (przyjęto ilość 35,94 m w miejsce 48,00 m), w kosztorysie na przyłącze wód - kan. pozycja 23 (podano 1 sztukę w miejscu 2 sztuk), w kosztorysie na roboty drogowe, ukształtowanie terenu i zieleni pozycja 14 (przyjęto krotność 1 zamiast 1,5). W toku rozprawy zamawiający wyjaśnił, iż decydujące znaczenie przypisał niezgodności dotyczącej zakresu na wewnętrzne instalacje elektryczne, uznając, iż wykonawca nie zaoferował 32 sztuk kablek elektrycznych. W odniesieniu do pozostałych niezgodności, zamawiający uznał, iż nie są one możliwe do poprawienia na podstawie art. 87 ust. 2 ustawy pzp. Odwołujący nie kwestionował wystąpienia w kosztorysach wskazanych przez zamawiającego niezgodności dotyczących przyjętych ilości obmiarowych, natomiast w zakresie samej pozycji dotyczącej kablek, odwołujący zmodyfikował swoje wcześniejsze stanowisko iż pozycja ta została uwzględniona i wyceniona w kosztorysie na wewnętrzne instalacje elektryczne. W kosztorysie wykonawca zachował chronologię z przedmiaru, natomiast w pozycji 4 błędnie zastąpił materiał, wskazując na wentylatory. Omyłka ta tak jak pozostałe wskazane powyżej, powinna, zdaniem odwołującego podlegać poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp. Jedynie z ostrożności procesowej, odwołujący wykazywał, iż występujące niezgodności nie mogły mieć znaczenia dla utrzymania najniższej ceny spośród zaoferowanych przez wykonawców, nawet, przy uwzględnieniu il wyższej ceny

za kuchnie elektryczne (do ok. 60 zł brutto za sztukę). Odwołujący nadal utrzymywał, iż zamawiający powinien poprawić pozycję 4 kosztorysu u zastępując błędny opis materiału z zachowaniem dokonanej wyceny za 1 sztukę kuchni - cenę 42,00 złotych.

Spór pomiędzy stronami sprowadzał się w zasadzie do oceny, czy odwołujący uwzględnił w swojej ofercie koszt kucharek elektrycznych i czy zakres oferowanego świadczenia jest zgodny z zakresem zamówienia określonym w przedmiarach i dokumentacji. Strony nie były również zgodne co do ustalonego w siwz charakteru wynagrodzenia za realizację przedmiotowego zamówienia oraz możliwości dokonania poprawienia treści oferty odwołującego.

W tak potwierdzonych okolicznościach skład orzekający uznał, iż decydujące znaczenie dla rozstrzygnięcia sporu miało ustalenie, czy odwołujący uwzględnił w swojej ofercie całość świadczenia i czy stwierdzone przez zamawiającego niezgodności występują w ofercie odwołującego, a jeżeli tak to czy podlegały one poprawieniu przez zamawiającego w trybie art. 87 ust. 2 ustawy pzp w kontekście ustalenia w siwz charakteru wynagrodzenia.

Na podstawie oferty odwołującego skład orzekający ustalił, iż w pozycji 4 kosztorysu na wewnętrzne instalacje elektryczne (str. 312 oferty⁷), odwołujący przeniósł opis tejże pozycji z przedmiotu robót „Mocowanie na gotowy podłożu aparatów o masie do 50 kg z częściowym rozebraniem i złożeniem bez podłączenia (ii. otworów mocujących do 4), obmiar = 32 sztuk⁷”. Jedyńa różnica w tej pozycji sprowadza się do wskazanego w treści kosztorysu materiału, który wykonawca określił jako wentylatory w miejsce „kuchnie elektryczne”; Tak opisana pozycja została przez odwołującego wyceniona, uwzględniając koszt jednostkowy materiału na poziomie 42,00 zł złotych. Zamawiający w toku oceny oferty uznał, iż podana pozycja dotyczy wyceny wentylatorów, których dotyczyły pozycje 1 i 12 przedmiaru robót, a tym samym nie może dotyczyć wyceny kuchni elektrycznych.

Skład orzekający uznał, iż zamawiający był zobowiązany uznać, iż w pozycji 4 kosztorysu na wewnętrzne instalacje elektryczne wystąpiła niezgodność 7- treścią siwz nie powodująca istotnej zmiany treści oferty, polegająca na błędnym określeniu materiału. Wskazuje na to przede wszystkim zachowanie kolejności pozycji z przedmiaru robót, a także sam opis pozycji kosztorysowej, odpowiadający pozycji 4

przedmiaru, Zamawiający uznając na podstawie samego osaczenia nie miał, iż nie dotyczy ona wyceny kucharek elektrycznych, dokonał wybiórczej interpretacji opisu pozycji, sugerując się własnym przekonaniem, co do rzeczywistego zakresu oferowanego świadczenia, pozostającego w sprzeczności z oświadczeniami wykonawcy zawartymi w formularzu ofertowym. Żytnem łzby, treść kosztorysu nie stanowi zaprzeczenia treści zobowiązania złożonego na formularzu ofertowym o wykonaniu robót objętych przedmiotem zamówienia zgodnie z dostarczoną dokumentacją. Izba nie przychyliła się do oceny przedstawionej przez zamawiającego, wykonawca w ogóle nie uwzględnił w kosztorysie ofertowym pozycji 4, która faktycznie w nim się znajduje. w kontekście pkt 18.2 siwz, stanowiącego o obowiązku uwzględnienia przez wykonawców wszystkich pozycji robót opisanych w przedmiarach i określających konsekwencje nie podania ceny 74 ich wykonanie, izba uznała, iż oferta odwołującego opowiada zapisom siwz. Zamawiający we wskazanym powyżej punkcie ustalił, iż „Pozycje, przy których nie zostaną podane ceny ich wykonanie (nie wypełnione pozycje kosztorysu przez wykonawcę), nie będą dodatkowo opłacone po wykonaniu prac gdyż zamawiający przyjmuje, że ich koszt został pokryty przez inne ceny podane w kosztorysie”. Zdaniem Izby, oferta

odwołującego zawiera w kosztorysie na wewnętrzne instalacje elektryczne wycenę pozycji 4 przedmiaru, a zatem nieuprawnione było uznanie, iż wykonawca nie objął zakresem świadczenia zainstalowania kuchni elektrycznych. Poprawienie niezgodności przy opisie materiału, w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp., pozwoli na przywrócenie spójności opisanej pozycji i nie będzie miało istotnego znaczenia dla treści oferty, Zamawiający wpisując prawidłowe oznaczenie materiału nie będzie

zobowiązany do dokonania żadnych dodatkowych zmian w treści oferty, w szczególności w zakresie ceny tej pozycji, która zawiera się w cenie całkowitej oferty. Ponieważ zamawiający odrzucając ofertę odwołującego nie kwestionował rzetelności kalkulacji zaoferowanej ceny i nie było to przedmiotem zarzutu protestu, Izba nie badała prawidłowości wyceny pozycji 4 i jej skutków dla olei. Dla stwierdzonej przez Tzbc możliwości poprawienia omyłki w pozycji 4 kosztorysu, bez znaczenia pozostaje charakter wynagrodzenia za realizację przedmiotowego zamówienia. Nie ma ono również znaczenia przy ocenie możliwości poprawienia stwierdzonych niezgodności w pozostałych pozycjach kosztorysów, polegających na zmianie wielkości obmiarowych. Zdaniem składu orzekającego, ustawodawca w art. 87 ust. 2

pkt 2 i 3 ustawy pzp, nie ograniczył konieczności poprawy wskazanych w przepisie

omyłek, wyłącznie do tych postępowań, w których ustalone zostało wynagrodzenie kosztorysowe.

Oczywistym jest, iż w przypadku kiedy zamawiający wymaga jedynie podania ceny ryczałtowej - za całość zamówienia, wyłącznie na formularzu ofertowym, bez konieczności sporządzania kosztorysu, w zasadzie nie możliwe będzie stwierdzenie ewentualnych omyłek popełnionych przez wykonawcę przy kalkulacji ceny. Natomiast, jeżeli zamawiający wymaga sporządzenia kosztorysów, czy to przy założeniu ceny kosztorysowej, czy też ryczałtowej, to wszelkie ewentualne niezgodności w nich występujące, możliwe do poprawienia przez zamawiającego w trybie art. 87 ust. 2 pzp, muszą być przez niego poprawione, zgodnie z dyspozycją przepisu. Faktycznie rodzaj ustalonego wynagrodzenia ma znaczenie przy rozliczeniu wykonanego zamówienia, poprzez możliwość zmiany ceny podanej w ofercie (w przypadku wynagrodzenia kosztorysowego, ostatecznie ustalonego w oparciu o rzeczywisty zakres wykonanych świadczeń na podstawie cen jednostkowych z kosztorysu ofertowego), czy też wyłączenie takiej możliwości (w przypadku wynagrodzenia ryczałtowego, którego wielkość pozostaje bez zmiany, niezależnie od zakresu wykonanego świadczenia). Ryczałt, jedynie zabezpiecza zamawiającego przed podwyższeniem ustalonego wynagrodzenia. Charakter wynagrodzenia nie może przesłaniać stwierdzonych niezgodności w zakresie np. zakresu zaoferowanego świadczenia, który w przypadku braku możliwości zastosowania art. 87 ust. 2 ustawy pzp, powinien prowadzić do odrzucenia oferty, jako niezgodnej z treścią siwz. Zatem,

nawet w przypadku ustalenia wynagrodzenia ryczałtowego, mogą w ofercie wykonawcy występować omyłki pisarskie, rachunkowe, czy też inne nie powodujące istotnej zmiany w treści oferty, podlegające poprawieniu przez zamawiającego.

W ocenie składu orzekającego taka właśnie sytuacja występuje w ofercie odwołującego. Dotyczy to zarówno opisanej powyżej omyłki dotyczącej pozycji 4 kosztorysu na wewnętrzne instalacje elektryczne, jak również pozostałych omyłek

dotyczących przyjętych dla wyliczenia wskazanych pozycji kosztorysowych, wielkości.

Nie budzi wątpliwości Izby, iż zamawiający miał wszelkie informacje niezbędne do stwierdzenia wystąpienia omyłki w kosztorysach i jej samodzielnego poprawienia (w odniesieniu do pozostałych 6 omyłek), jak wynika z przedstawionej na rozprawie

kalkulacji odwołującego, różnica w cenie, na skutek konsekwencji rachunkowych poprawionych pozycji, nie spowoduje zmiany w kolejności ofert, pod względem wysokości ceny. Oferta odwołującego złożona została na kwotę 4.403.172,36 złotych, a drugą w kolejności jest oferta przystępującego opiewająca na kwotę 4.437.298,16 złotych (różnica wynosi 34.125.80 złotych). Natomiast, konsekwencje rachunkowe poprawionych sześciu pozycji w kosztorysach: budowlany (208, 214, 267, 281), drogi ukształtowanie terenu (14) i przyłącze wod - kan (24, a nie 23 jak omyłkowo wyłożył się podał to zamawiający w treści, na podstawie oferty odwołującego), prowadziłyby do zwiększenia ceny oferty odwołującego o kwotę 11.888,91 złotych (Zgodnie z wyliczeniem odwołującego, dokonany w oparciu o zaoferowaną cenę

. jednostkowe), co de stanowi nawet) proton La wartości oferty.

Mając powyższe na uwadze odwołanie podlegało uwzględnieniu, a zamawiający jest zobowiązany w wyniku powtórzenia czynności badania i oceny ofert, poprawię opisane w uzasadnieniu wyroku omyłki na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy. Na podstawie § 4 ust. i pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 roku w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołań, oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Oz. (J z 2007, Nr 128, poz. 886 z późn. zm.), kosztami Odwołującego się stanowiącyymi koszty wynagrodzenia pełnomocnika (na podstawie złożonego rachunku w wysokości ograniczonej do kwoty maksymalnej określonej rozporządzeniem), obciążała Zamawiającego.

Skarżę na powyższy wyrok wniósł zamawiający TOS w Radomsku zarzucając mu:

- naruszenie art. 157 ust. 4 pkt 3 ustawy pzp, poprzez niewłaściwe jego zastosowanie i rozpoznanie na rozprawie odwołania złożonego przez konsorcjum firm: JOTLSTMKNI ŁÓDZKI Spółka Akcyjna REMO-JJUD Łódź Stanisław Jędrzejczak z siedzibą konsorcjum; ul. Urzędnicza 36, 91-312 Łódź pomimo, że powinno zostać odrzucone na posiedzeniu niejawnym.

■ naruszenie art. 179 ust. 1 ustawy z dnia 21 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych przez błędną jego wykładnię i bezpodstawne przyjęcie interesu prawnego odwołującego, gdy wnoszący odwołanie nie posiada interesu prawnego do występowania przed Krajową Izbą Odwoławczą w Warszawie, ponieważ nie wniósł

wadium na wydłużony okres związania ofertą, czyli konsorcjum firm: INVESTMENT ŁÓDZKI Spółka Akcyjna, REMO-BUD Łódź Stanisław Jędrzejczak nie miało interesu prawnego w uzyskaniu kontraktu w niniejszym postępowaniu przetargowym.

naruszenie art. 89 list, I pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez błędne przyjęcie, że oferta złożona przez konsorcjum firm: INVESTMENT ŁÓDZKI Spółka Akcyjna, REMO-BUD Łódź Stanisław Jędrzejczak z siedzibą konsorcjum, ul.

Urzędnicza 36, 91 - 312 Łódź nie podlega odrzuceniu, mimo iż jest sprzeczna z treścią SIWZ;

naruszenie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez błędną jego wykładnię i w konsekwencji niewłaściwe jego zastosowanie gdy oferta złożona

przez konsorcjum firm: INVESTMENT ŁÓDZKI Spółka Akcyjna, REMO-BUD Łódź Stanisław Jędrzejczak z siedzibą konsorcjum: ul. Urzędnicza 36, 91-312 Łódź nie

podlega poprawieniu:

- naruszenie przez Krajową Izbę Odwoławczą w Warszawie art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez nierówne traktowanie Wykonawców, którzy zastosowali się do zadań SIWZ dotyczących całości przedmiotu zamówienia z tymi, których oferta nie odpowiada tym zadaniom;

Wskazując na powyższe na podstawie art. 196 ust. 1 w zw. z art. 198 ust. 2 zd. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych skarżący wniósł o :

zmianę zaskarżonego orzeczenia Krajowej izby Odwoławczej w Warszawie z 4 listopada 2009 roku sygn. akt KIO/UZP 1386/09 w całości i odrzucenie odwołania wniesionego przez konsorcjum firm: INWESTMENT ŁÓDZKI Spółka Akcyjna REMO-BUD Łódź Stanisław Jędrzejczak z siedzibą konsorcjum: ul. Urzędnicza 36, 91-312 Łódź jako złożonego przez podmiot nieuprawnioną-

- w wypadku nie przyjęcia zarzutów skarżącego co do zaistnienia przesłanek do odrzucenia odwołania w Wykonawcy wnosił o zmianę wyroku KIO w Warszawie i oddalenie odwołania firmy - konsorcjum firm: INWESTMENT ŁÓDZKI Spółka Akcyjna REMO-BUD Łódź - Stanisław Jędrzejczak z siedzibą konsorcjum: ul. Urzędnicza 36, 91-312 Łódź oraz zasądzenie od strony przeciwnej kosztów postępowania,

li

W uzasadnieniu skargi skarżący wskazał na wstępie, iż Krajowa Izba Odwoławcza w swym orzeczeniu naruszyła przepis art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (Lj. Dz. U. z 2007 roku nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) i nie odrzuciła odwołania wniesionego przez konsorcjum firm: INWESTMENT ŁÓDZKI Spółka

Akcyjna REMO-BUD Łódź Stanisław Jędrzejczak mimo, że utracił on status wykonawcy.

Skarżący wzywał konsorcjum firm: INWESTMENT ŁÓDZKI Spółka Akcyjna REMO-BUD Łódź Stanisław Jędrzejczak do wydłużenia terminu związania ofertą oraz zabezpieczenia jej wadium na ten wydłużony okres. Konsorcjum firm: INWESTMENT ŁÓDZKI Spółka Akcyjna REMO-BUD Łódź Stanisław Jędrzejczak nie zastosowało się do tego wezwania wobec tego nie można uznać, iż odwołujący miał prawo do wniesienia środka odroczenia prawnej. Nie jest bowiem możliwe nakazanie powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, gdyż oferta tej de facto nie ma już w postępowaniu z uwagi na fakt nie wniesienia wadium na wydłużony okres związania ofertą.

Aneks do gwarancji ubezpieczeniowej wadium Konsorcjum firm: INWESTMENT ŁÓDZKI Spółka Akcyjna REMO-BUD Łódź Stanisław Jędrzejczak z siedzibą konsorcjum: ul. Urzędnicza 36, 91-312 Łódź wniosło dopiero dnia 29 września 2009 roku, a więc przez okres od 10 września 2009 roku do 29 września 2009 roku oferta nie była zabezpieczona wadium. O fakcie tym Zamawiający poinformował Krajową Izbę Odwoławczą już pismem, z dnia 1 października 2009 roku.

Krajowa Izba Odwoławcza w zaskarżonym wyroku uwzględniła odwołanie i nakazała powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego tj. Konsorcjum firm: INWESTMENT ŁÓDZKI Spółka Akcyjna REMO-BUD Łódź Stanisław Jędrzejczak, czym zdaniem skarżącego naruszył zapisy art. 187 ust. 4 pkt 3 ustawy pzp. Nie uprawnionym jest bowiem nakazanie unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i przywrócenie oferty Odwołującego do oceny skoro powinien on zostać w wyniku ponownego badania ofert wykluczony z postępowania, ponieważ nie wniósł do Zamawiającego wadium w odpowiednim terminie.

KIO w postanowieniu z dnia 25 maja 2009 roku sygn. akt KtO/UZP 629/09 rozstrzygając w podobnym stanie faktycznym do przedmiotowej sprawy orzekła, że odwołanie podlega odrzuceniu, ponieważ: „przedłużonego wadium nie można uznać za skuteczne z uwagi na fakt, iż w dniach od 1 maja do 5 maja 2009 r. Zamawiający

h5c był w posiadaniu dokumentu wadium, co więcej wystawione ono zostało wstecz, cti świadczy o tym, iż w dniach od 2-3 maja 2009 roku oferta nie była zabezpieczona wadium. W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego istotne jest, bowiem nie samo ustanowienie, ale zgodnie z art. 45 ustawy pzp, jego wniesienie. Wadium zabezpiecza ofertę, a o wadze jego prawidłowego wniesienia świadczy fakt, iż nie wniesienie wadium, w tym również na przedłużony okres związania ofertą stanowi przesłankę do wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu (art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy pzp). Posiadanie przez Zamawiającego dokumentu wadium jest istotne również z uwagi na uprawnienie Zamawiającego do zatrzymania wadium na podstawie art. 46 ust. 4a ustawy pzp. W związku z powyższym Izba uznała, iż Odwołujący utracił status wykonawcy, nie przysługuje mu zatem prawo do wnoszenia środków- ochrony prawnej zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy pzp”

Na słuszność tego zarzutu w ocenie skarżącego przemawia także fakt nie odniesienia się w ogóle w orzeczeniu przez skład orzekający do kwestii tegoż zarzutu.

W wyroku wydanym przez KIO w przedmiotowej sprawie brak nawet jednego słowa o nie zachowaniu przez Odwołującego ciągłości ważności wadium. Podkreślenia wymaga fakt, że ustawa Prawo zamówień publicznych ze szczególnym rygoryzmem traktuje kwestię wnoszenia wadium i wprost wskazuje, że musi być ono w określonym terminie wniesione do Zamawiającego.

Powyższe wskazuje, że obowiązkiem Trybunału jest każdorazowo zbadać z urzędu przesłanki określonych w art. 179 ust. 4 pkt. 3 pzp niezależnie od tego czy w przedmiotowej sprawie zamawiający prawidłowo dostrzegł istnienie takiej podstawy, czy też nie i tak ma obowiązek tę okoliczność skontrolować (postanowienie z dnia 23 stycznia 2009 roku sygn. akt KIO/UPZ 57/119; postanowienia z dnia 22 stycznia 2009 roku sygn. akt KIO/LPZ 36.09).

W przypadku nieuwzględnienia żądania odrzucenia odwołania skarżący podnosił naruszenie przez KIO art. 179 ust. 1 ustawy pzp gdyż wnoszący odwołanie nie posiadał interesu prawnego do wnoszenia środków ochrony prawnej, ponieważ, nie wniósł wadium na wydłużony okres związania ofertą.

Odwołujący nie wykazał, iż w przypadku uznania jego żądania miałby szansę na uzyskanie zamówienia w przedmiotowym postępowaniu. Dlatego, jego interes nie jest interesem prawnym a jedynie interesem faktycznym.

Jednym z zadań sądu jest umożliwienie osiągnięcia określonego skutku prawnego. W innym przypadku można by mówić tylko o interesie faktycznym czy ogólnym. Należy stwierdzić, że oferta odwołującego po dokonaniu nakazanej przez KIO czynności

oceny i badania ofert byłaby tak odrzucona z wadium na wydłużony okres związania ofertą,

nie podlega odrzuceniu z uwagi na jej niezgodność z SIWZ. W ocenie skarżącego oferta złożona przez Konsorcjum firm INVESTMENT ŁÓDZKI Spółka Akcyjna RLMO Bł TJ Łódź Stanisław Jędrzejczak słusznie została odrzucona na podstawie art. 179 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Wykonawca w swojej ofercie nie gwarantuje wykonania całości przedmiotu zamówienia. Odwołujący sam wprost przyznał najpierw w swoim protestie a później w odwołaniu, że przeoczył, pominął pozycję kosztorysu dotyczącą kucharek. Budząc wątpliwości co do prawdziwości i rzetelności jest jego linia obrony wyrażona na rozprawie przed KTO, że modyfikuje swoje stanowisko wskazując, że pozycja ta została uwzględniona i wyceniona, a

urwanego świadczenia, poza tym « sprzeczności, oświadczeniami wykonawcy zawartymi w formularzu ofertowym » Skarżący wskazuje, że nie można uznać, że treść oferty jest zgodna z Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia

ty (ko na podstawie oświadczenia wykonawcy złożonego w formularzu o fortowym, gdyż „deklaracje zawarte w kosztorysie ofertowym stanowią treść oferty, ponieważ w istotny sposób, wskazują na zakres robót, do których Wykonawca się zobowiązuje. Nie można uznać, że treść oferty jest zgodna z Specyfikacją istotnych Warunków Zamówienia tylko na podstawie oświadczenia wykonawcy złożonego na załączniku □forta cenowa, bowiem oświadczenie tańcie ma charakter ogólny i jest uszczegóławiane dalszymi zapisami Lejże oferty. W wypadku zaistnienia sprzeczności pomiędzy owym ogólnym zobowiązaniem, a szczegółowymi zapisami oferty istotniejsze znaczenie ma zapis szczegółowy" (tak Zespół Arbitrów w wyroku UZP/ZO/0-f37/(17).

Skarżący podtrzymuje swoje wcześniejsze stanowisko, że Odwołujący w kosztorysie nie uwzględnił 32 sztuk kuchni elektrycznych. Trudno też uznać, że doszło do wpisania omyłkowo materiału tj. zamiast kuchni elektrycznych wentylatorów, ponieważ cała pozycja w kosztorysie odwołującego dotyczy wentylatorów a nie kuchni elektrycznych. Świadczy o tym także cena 42 zł. która dotyczy wentylatorów, a nie kuchenek, których cena kształtuje się na około 1 000 złotych, Dowodem na to, że nie doszło do omyłkowego wpisania materiału (wentylatorów zamiast kuchni} jest nie tylko cena, ale także fakt, że dokumentacja przewidywała pozycje, w której powinny być ujęte wentylatory i odwołujący nie ujął w tej pozycji wentylatorów. Ponadto sam wykonawca w proteście i odwołaniu oświadczył, że nie ujął pozycji kuchenek w swojej ofercie, Fakt nieuwjęcia pozycji kuchenek nie był sporny de czasu rozprawy w KIO. Strony różniły się jedynie poglądem co do możliwości uzupełnienia oferty odwołującego o pozycje kuchenek.

Poprawienie pozycji nr 4 kosztorysu ofertowego Odwołującego na wewnętrzne instalacje elektryczne przez Zamawiającego w zgodzie z przedmiarem robót jest niemożliwe, gdyż uwzględnienie ceny 32 sztuk kuchni elektrycznych, w pozycji nr 4 spowodowałoby istotną zmianę w treści - eńcie oferty Odwołującego, która stanowi essentialia negotii umowy w/s zamówienia publicznego. Zamawiający musi musiałby dowolnie je wycenić.

W ocenie skarżącego oferta Odwołującego obciążona jest rażąco nieprawidłowością polegającą na nie wycenieniu w kosztorysie ofertowym na wewnętrzne instalacje elektryczne 32 sztuk kuchni elektrycznych. Powyższa nieprawidłowość nie ma charakteru omyłki, u której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Omyłka, której dotyczy art, fi? u.st. 2 pkt 3 pzp „winna mieć taki charakter, by czynności ich poprawy mógł dokonać Zamawiający samodzielnie. bez udziału wykonawcy w tej czynności,

Zamawiający nie posiadał wszystkich niezbędnych danych do dokonania poprawy kosztorysu w związku z czym musiałby w sposób, istotny ingerować w treść oferty, ctt stanowi, że powyższe uchybienie stanowi omyłkę polegającą na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, której poprawy nie można dokonać na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp⁷ (KIO/UZP 664/09). Brak wskazania ceny jednostkowej, uniemożliwia dokonanie wyceny pozycji, a zatem zamawiający nie jest w stanie ustalić prawidłowej treści oświadczenia woli. W takim przypadku konieczne byłoby uzupełnienie treści oferty po upływie terminu do jej złożenia przez wskazanie ceny jednostkowej kuchni elektrycznej i oznaczałoby prowadzenie niedozwolonych negocjacji z wykonawcą. Celem regulacji art. 87 ust. 2 ustawy pzp, nie jest poprawianie wszystkich braków, czy też błędów kosztorysowych, a jedynie umożliwienie zamawiającemu poprawienie niektórych omyłek w treści oferty, czy to pisarskich, rachunkowych, czy też innych polegających na niezgodności treści oferty z SIWZ, Wystąpienie omyłki nie może pozostawiać wątpliwości iś do zamierzonej treści oświadczenia wykonawcy..."(K10/1JZP 476/09). Ponadto Zamawiający w myśl art. 87 ust 2 pzp nie może poprawić, czegoś czego nie ma w ofercie Wykonawcy.

Skarżący zauważa też, że wycena wentylatorów jest znacznie niższa od kuchenki

elektrycznej. Gdyby więc odwołujący się wykonawca wycenił 32 sztuki kuchenek elektrycznych oraz wymagane ilości robót w pozostałych sześciu pozycjach treści jego oferty istotnie zmieniłyby się do tego stopnia, że byłyby ofertą najkorzystniejszą,

W odpowiedzi na skargę wykonawca I?4VPSTMiNT ŁÓDZKI Spółka Akcyjna REMO-RUD Łódź Stanisław Jędrzejczak wnosil o oddalenie skargi i zasądzenie od skarżącego na jego rzecz kosztów postępowania skargowego.

W ocenie tegoż wykonawcy zarzut naruszenia art. 187 ust. 4 pkt 3 ustawy pzp nie jest uzasadniony. Tzba odrzuca bowiem odwołanie, jeśli protest lub odwołanie zostały

16

wuosiocn przez fwdfflnt hiewpmwnicimr. Odbieranie Przeciwnikowi staliwu podmiinnr uprawnionego jest nicpoiivumicimr. Prwdwnik złożył olbrtę w postępowaniu przetargowym, a co więcej oferta la, w świeile kryteriów wyboru oluoslonych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) jest najkorzystniejsza (najtańsza). Trudno zatem wyobrazić sobie bardziej uprawniony do wnoszenia środków ochrony prawnej podmiot niż wykonaw ca, którego oferta została bezprawnie odrzucona, pomimo że jest najkorzysr.uejs/a,

Skład orzekający Izby odniósł się także do żądania odrzucenia odwołania. Otóż w pierwszym akapicie na stronie 5 protokołu rozprawy z dnia 2 listopada 2009 roku jest zawarte uzasadnienie dla odmowy odrzucenia odwołania, kLóre w trakcie posiedzenia ustnie przekazał przewodniczący składu. 7. jego treści wynika, że izba podziela zapatrywanie Przeciwnika, bowiem uznała* że: w dacie wniesienia

protestu oferta Odwołującego byki zabezpieczona wadium, u ponieważ Zamawiający nie wykluczył tego wykonawcy z postępowania w związku z brakiem późniejszego zabezpieczenia oferty wadium, okoliczność ta nie podlega badaniu przez Izbę w przedmiotowej sprawie. Zdaniem składu orzekającego protest i odwołanie wniósł podmiot, który nie utracił statusu wykonawcy w związku z oprotestowaniem czynności odrzucenia jego oferL."

Stad w ocenie odwołującego się pierwszy zarzut skargi nie może się ostać.

Wykonawca ten nie podziela także zapatrywania Skarżącego w kwestii rzekomego braku interesu prawnego pŁ.fugo stronic. Ugruntowany bowiem w piśmiennictwie i orzecznictwie jesL pogląd, iż interes prawny należy utożsamiać z możliwością uzyskania zamówienia, odwołujący złożył najkorzystniejszą ofertę, toteż ma niewątpliwie interes prawny w podważaniu czynności Zamawiającego zmierzających do bezpodstawnego pozbawienia go przedmiotowego zamówienia, a takową czynnością z pewnością a jest odrzucenie oferty.

Nie ma racji Skarżący, Ze nawet w przypadku gdyby oferta Przeciwnika została przywrócona do postępowania (co jesL wynikiem orzeczenia KIO), to w toku ponownej oceny Wykonawca będzie wykluczony ze względu na nie wniesienie wadium. Po pierwsze, warunkiem skorzystania ze środków ochrony prawnej, .stosownie do obecnego brzemienia art. 179 ust. 1 upzp, jest ilic tylko to, aby interes prawny w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, ale również laki możliwości doznania tego uszczerbku w przyszłości w wyniku naruszenia przez Zamawiającego

przepisów ustawy. pŁŁ drugie, ewentualne wyki uczenie (abstrahując od faktu, że twierdzenia o konieczności wykluczenia są niedorzeczne, co zostanie poniżej dowiedzione) jest czynnością przyszłą i niepewną. Na dzień wnoszenia protestu i odwołania w stosunku do Przeciwnika została podjęta wyłącznie czynność odrzucenia jego oferty, która bez wątpienia godziła w interes prawny Przeciwnika, I tylko z perspektywy tej czynności można oceniać istnienie interesu prawnego. Popaść można by w absurd, gdyby brać pod uwago w danym momencie zdarzenia nie istniejące.

Przecież nie wiadomo, czy podczas ponownej oceny ofert nie zostanie odrzucona oferta Przystępującego (Przedsiębiorstwa Budowlano Usługowego „Wiktor” s.p.a.) Czy powyższe oznacza, że nie miał on interesu prawnego w zgłoszeniu przystąpienia - najpierw do protestu, a następnie do odwołania, ..?

Ponadto jeśli nawet miałyby dojść do wykluczenia, to na czynność tę przysługiwać będzie Przeciwnikowi protest, a po jego oddaleniu odwołanie do Prezesa LJZP, w ostateczności zaś skarga do sądu. Dopiero po wyczerpaniu tej ścieżki będzie można mówić, że Przeciwnik utracił interes prawny. Skarżący obecnie usiłując doprowadzić do oddalenia odwołania z przyczyn, które być może nastąpią w przyszłości, pozbawia de facto Przeciwnika prawa do sądu,

Wreszcie dodał, że kwestia wadium nie może być przedmiotem oceny w trakcie postępowania skargowego, Sąd nie może bowiem orzekać eo do zarzutów, które nie były przedmiotem protestu (art. 198 ust. 4 upzp).

Odnosząc się z ostrożności procesowej do kwestii wadium wykonawca ten podał, że oferta była i jest nadal zabezpieczona wadium, a odmienne twierdzenia Skarżącego po prostu mijają się z prawdą. Zgodnie bowiem z aneksem II do gwarancji zapłać wadium. Wykonawca przedłużył ważność gwarancji do 30 listopada 2009 roku. Jest to więc potwierdzenie, na zapewnienie przez wykonawcę ciągłości wadium od 10 sierpnia 2009 roku do 30 listopada 2009 roku. Owszem, przez krótki czas po odrzuceniu oferty Przeciwnika Zamawiający nie dysponował dokumentem potwierdzającym ważność wadium, jednak w tym czasie nie podjął żadnej renkcji w stosunku do Przeciwnika. Od 29 września 2009 roku stosowny dokument Zamawiający już posiadał. Nie można więc mówić że wystąpiły przesłanki do wykluczenia Przeciwnika, lub że utracił on interes prawny.

Ponadto wykonawca którego oferta została odrzucona nie ma obowiązku zachowania ciągłości wadium. Zgodnie z art. 46 ust. 2 pkt 3) upzp Zamawiający ma bowiem

obowiązek niezwłocznie zwrócić wadium, na wniosek wykonawcy którego oferta została odrzucona,

Jeżeli natomiast w wyniku ostatecznego rozstrzygnięcia protestu unieważniono czynność odrzucenia oferty to Zamawiający wzywa takich wykonawców do ponownego wniesienia wadium, a wykonawcy wnoszą wówczas wadium w terminie określonym przez zamawiającego (art. 46 ust. 3 upzp).

Regulacje te mają oczywisty cel - zwolnienie wadium firmom, które wskutek odrzucenia ich ofert nie są w stanie uzyskać zamówienia. Jednocześnie przepisy zabezpieczają Zamawiających na wypadek, gdyby wykonawca został przywrócony do postępowania i jego oferta powinna być wybrana. Wtedy wykonawca musi ponownie wnieść wadium. Są to słuszne rozwiązania jeśli zważyć na przesłanki powodujące zatrzymanie wadium. Zgodnie przecież z art. 46 ust. 5 upzp zagrożenie utraty wadium dotyczy wyłącznie wykonawcy, którego oferta została wybrana. Skoro oferta Przeciwnika została odrzucona, to siłą rzeczy nie było potrzeby aby była zabezpieczona wadium. Natomiast po jej przywróceniu do postępowania Przeciwnik musiałby na nowo wnieść wadium. Taka jest zresztą geneza przepisu art. 46 ust. 2 upzp. Przeciwnik co prawda nie składał wniosku o zwrot wadium po tym jak jego oferta została odrzucona, ale jedynym powodem tego działania był fakt, że pierwotna gwarancja wadialna straciła ważność. W związku z tym jej zwrot był bezprzedmiotowy. Ponadto, po ewentualnym przywróceniu oferty Przeciwnika wystarczyłoby przedłużyć ważność gwarancji (co też uczynił Przeciwnik), a nie wnosić nową.

Wobec tegoż wykonawcy podniesiona w skardze kwestia, iż Wykonawca nie uwzględnił w kosztorysie 32 sztuk kuchni elektrycznych jest niesłuszna i nie mogła spowodować odrzucenia oferty Przeciwnika. Nieprawdą jest, jak przedstawia Zamawiający, że cała pozycja 4 w kosztorysie Wykonawcy dotyczy wentylatorów, a nie kuchni elektrycznych. Na podstawie oferty Wykonawcy i dokumentacji

przetargowej skąd orzekający właściwie ustalił, iż „w pozycji 4 kosztorysu na wewnętrzne instalacje elektryczne (sir, 312 oJérLy), Wykonawca przeniósł opis tejże pozycji z przedmiaru robót. Jedyną różnicą w tej pozycji sprowadza się do wskazania w treści kosztorysu maLcriału, który Wykonawca określił jako wentylator w miejsce kuchni elektrycznej”. Potwierdzeniem Lego jest także zachowanie przez Wykonawcę chronologii z przedmiaru.

ty

Odnosząc się do stanowiska Skarżącego o niemożności poprawienia pozycji 4 kosztorysu ofertowego przede wszystkim zwrócił uwagę na wadliwy wykładnię art, 87 ust, 2 upzp. Otóż przepis Len w jego ocenie - pozwala ingerować w treść oferty i poprawiać różnego rodzaju omyłki, W tym także w zakresie ceny (omyłki rachunkowe, pisarskie i inne). Dlatego twierdzenie, że poprawienie ceny jest niemożliwe bo ingeruje w elementy istotne (essentiaalia negotii) jest absolutnie sprzeczne ze wspomnianym przepisem upzp. Przede wszystkim jednak w zakresie omawianej tu pozycji 4 kosztorysu nie ma potrzeby korygowania wysokości ceny jednostkowej bo ta jest określona. Dlatego w tym zakresie wywody Skarżącego są bezzasadne.

Całkowicie bezpodstawne i graniczące z hipokryzją są twierdzenia Zamawiającego, iż brak jest wskazania ceny jednostkowej poz, 4 kosztorysu, a to uniemożliwia dokonanie wyceny pozycji, przez co Zamawiający nie jest w stanie ustalić prawidłowej treści oświadczenia woli. Przypomnieć więc wypada treść punktu JS.2 STWZ: „Pozycje, przy których nie zostaną podane ceny za ich wykonanie (nie wypełnione pozycje ko&zLoisy przez wykonawcę będą dodatkowo opłacone po wykonaniu prac, gdyż zamawiający przyjmuje, że ich koszt został pokryty przez inne ceny podane w kosztorysie”. Zgodnie z ustaleniami Izby., które są bezsporne. Wykonawca w pozycji 4 kosztorysu (w której omyłkowo wpisał zamiast kuchni elektrycznej - wentylator), wycenił koszt materiału na poziomie 42,00 złotych. Jest to cena jednostkowa materiału w pozycji 4. Nie ma więc najmniejszego problemu z wyceną pozycji i ustaleniem prawidłowej treści oświadczenia. Co ciekawe, gdyby ceny w ogóle nie było podanej, wówczas Zamawiający musiałby uznać, że została ona uwzględniona w innych pozycjach. Skąd zatem obawy o brak możliwości wyceny pozycji, przy której jest konkretna kwota ...?

W takim przypadku nie było konieczności - jak błędnie twierdzi Zamawiający - uzupełnienia treści o Jurty po upływie terminu do jej złożenia przez wskazanie ceny jednostkowej kuchni elektrycznej.

Zamawiający miał wszelkie informacje niezbędne do stwierdzenia wystąpienia omyłki w kosztorysie oraz do jej samodzielnego poprawienia. Nieprawdą jest więc, jakoby Zamawiający nie posiadał wszystkich niezbędnych danych do dok [mani a poprawy kosztorysu, co wiązało się z istotną ingerencją w treść oferty. Wskazana

omyłka nie stanowi omyłki polegającej na istniejącej niezgodności oferty ze SIWZ, a więc jej poprawy można dokonać na podstawie art K7 lls-L. 2 pkt 3 upzp,

Uważa, że sformułowanie „całkowite wynagrodzenie” użyte w § 6 list, 1 umowy jednoznacznie wskazuje na cenę ryczałtową. Ryczałt polega na umówionej z góry wysokości wynagrodzenia w kwocie absolutnej, gdzie kosztorys ofertowy pełni jedynie rolę pomocniczą i to wykonawca ponosi ryzyko straty w sytuacji zmiany stosunków, Lwemualne rozbieżności pomiędzy kosztorysem ofertowym, a przedmiarem robót nie mogą skutkować o niezgodności treści oferty z treścią STWZ. bowiem wykonawcę obowiązuje zakres prac i materiałów wynikających z przedmiarów. W takiej sytuacji błędne umieszczenie w pozycji 4 kosztorysu ofertowego wentylatorów, w ogóle nie ma znaczenia, gdyż Wykonawcę i tak obowiązuje zakres wynikający z dokumentacji projektowej, potwierdzenie tego, przytoczyć należy podnoszony już w proteście wniosek, iż w sytuacji gdy warunki przetargu

wynagrodzenie ryczałtowe. zbędne jest wymaganie od wykonawców kosztorysu o Fortowego, a jeśli nawet Zamawiający go żąda, to ewentualne rozbieżności pomiędzy tym opracowaniem, a przedmiarami robót, nie mogą skutkować o niezgodności Ircsei oiercy z treścią SIWZ, bowiem Wykonawca zobowiązuje się wykonać całość zadania inwestycyjnego,

Uczestnik postępowania, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza - Piotr Machniewski i Witold ŚWitkowski FBI,¹ „Wiktor” Sp. j. w Radomsku przyłączył się do stanowiska zamawiającego.

Na rozprawie przed Sądem Okręgowym pełnomocnicy stron podtrzymywali swoje stanowiska wyrażone w powołanych wcześniej pismach procesowych.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Skarga zamawiającego jest w znacznej części uzasadniona i wywołuje skutek w postaci zmiany zaskarżonego wyroku (i) przez oddalenie odwołania wykonawcy - fNVESTMF,NT ŁÓDZKI Spółka Akcyjna REMO-BUD Łódź Stanisław Jędrzejczak - zwanego w dalszej części rozważań dla uproszczenia rtimną łódzką", w odróżnieniu od wykonawcy którego olerLa została w ybrana jako najkorzystniejsza kLóry nazywany będzie „firmą radomszczańską*” - z kilku następujących powodów-

Po pierwsze etc można zgodzić się ze stanowiskiem KK) oraz wykonawcy odwołującego się „firmy łódzkiej” że oferta top firmy odpowiada treści SIW7, gdyż w pozycji 4 kosztorysu wystąpiła jedynie oczywista omyłka, która powinna być poprawiona przez zamawiającego w trybie art. X7 ust. 2 ustawy pzp jako niepowndującychci istotnej zmiany w treści oferty.

Przyjmując nawet za odwołującym - „firmą łódzką” iż wP sprawie niniejszej mamy do czynienia z, wynagrodzeniem „Tyczałtowym”. a nie „kosztorysowym”, nie ulega wątpliwości, że pomimo tego, w sytuacji gdy zamawiający w SIWZ wymagał aby oferta zawierała szczegółowy kosztorys ofertowy, który będzie obejmował zakres robót wynikający z załączonych przedmiarów stanowiących załącznik nr 7 <vide; pkL] 6.6 ppkt 7 SIWZ) należy uznać, że gdy kosztorys nie obejmuje wszystkich pozycji z przedmiarów' oferta wykonawcy nie odpowiada Lrtsei STWZ gdyż zamawiający może mieć wątpliwości co do zakresu wykonania zaoferowanego zadania.

W spawie niniejszej nie ulega wątpliwości że pozycja 4 w przedmiarach dotyczyła zainstalowania 32 kuchenek elektrycznych z płytą ceramiczną, a nie wentylatorów, tym bardziej., że instalacja wentylatorów dotyczyła pozycji 12 przedmiarów.

„firma łódzka” w tym kosztorysie wskazała zamiast kuchenki elektrycznej 32 wentylatory w cenie jednostkowej 42 złoLc każdy,

Abstrahując już od stanowiska zamawiającego wskazującego na to, że „ firma łód Aa¹¹ najpierw przyznała, że pominęła w kosztorysie kuchenki elektryczne, a dopiero w postępowaniu przed KIO zmieniła stanowisko, że pozycję tą uwzględniły omyłkowo jedynie wpisując wentylatory, należy przyjąć niewątpliwie, że kuchnie elektryczne nie znalazły absolutnie ujęcia i wyceny w kosztorysie odwołującego, a wskazuje na to już sama cena jednostkowy tych urządzeń, która w przypadku wentylatora wskazana została w kosztorysie firmy na 42 złote podczas gdy jest faktem powszechnie znanym, że cena kuchni elektrycznej z płytą ceramiczną wynosi kilkaset (około tysiąca złotych). W sprawie niniejszej mamy więc do czynienia z pominięciem w kosztorysie ofertowym istotnej pozycji, eo - niezależnie od zapisu w pkL 1 B.2 STWZ wskazującego że pozycje przy których nie zostaną podane ceny za ich wykonanie nie będą dodatkowo opłacone pn wykonaniu prac, gdyż zamawiający przyjmuje, że ich koszt został pokryty przez inne ceny podane w kosztorysie wywołało u zamawiającego wątpi iwość co do zamierzonej treści oświadczenia ofertowego

wykonawcy „firmy łódzkiej”, a w szczególności czy ten że wykonawca zaoferował wykonanie wszystkich pozycji ujętych w przedmiarach.

Nie można więc - wbrew stanowisku KIO - przyjąć, iż w omawianej kwestii mamy do czynienia z omyłką, która powinna być poprawiona przez zamawiającego, na podstawie art. 157 ust. 2 pzp.

Sąd Okręgowy podziela w tym przedmiocie stanowisko skarżącego w całości.

Zgodzić się także trzeba ze stwierdzeniem tegoż skarżącego, iż zamawiający nie dysponował uformowanymi niezbędnymi do poprawienia rzekomej omyłki » pozycji 1 kosztorysu „firmy łódzkiej” w sytuacji gdy firma ta nie wskazała w ogóle kuchni elektrycznych, ani ich ceny jednostkowej, lecz, wentylatory i ceny jednostkowe władnie wentylatorów.

Należałoby - przy przyjęciu, że mamy do czynienia z omyłką, co jak wyżej nie miało miejsca - postawić pytanie jaką cenę jednostkową kuchni elektrycznej z płytą ceramiczną miałby wpisać zamawiający skoro ceny te mogą być bardzo różne. Gdyby bowiem przyjąć, cenę z oferty kosztorysowej „firmy radomszczańskiej”¹ to wynosi ona 1400 złotych, a to spowodowałoby, że sama pozycja 4 w kosztorysie „firmy łódzkiej” wzrosłaby w zakresie ceny o 43,456 złotych, (tj. (1400 zł - 42 zł) x .32) i przy obliczeniu wzrostu cen wynikających z błędów w pozostałych sześciu pozycjach wynikającego z niekwestionowanych ustaleń faktycznych KTO na kwotę 11.588,91 złotych, kosztorys tejże firmy uległby zwiększeniu łącznie o 55.344,91 złotych podczas gdy różnica w ofertach obu firm „łódzkiej” i „radomszczańskiej” wynosiła - 34 125,00 złotych.

Oznacza to, że prawidłowo sporządzony kosztorys przez firmę łódzką oferowałby cenę większą niż cena oferowana przez firmę radomszczańską, co z kolei wskazywałoby, że oferta firmy radomszczańskiej została wybrana jako najkorzystniejsza.

Skutkiem więc powyższego byłoby uznanie, że firma łódzka nie ma interesu prawnego we wniesieniu odwołania do KIO, gdyż jej oferta nie byłaby korzystniejsza od oferty kosztorysowej - firmy radomszczańskiej, a zatem nie uzyskalaby zamówienia w tym konkretnym postępowaniu,

Powyższe łączy się z drugim powodem oddalenia odwołania, a mianowicie właściwie z brakiem interesu prawnego odwołującego w rozumieniu art. 179 pzp,

Ten brak interesu przejawia się, iż skoro już

sama treść oferty, ale także i przede wszystkim w treści odwołującego podlega odwołaniu także z innego powodu, a mianowicie technicznego wykluczenia tegoż wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 i ust. 4 pzp.

Słusznie podnosi tu skarżący, że skoro odrzucił on ofertę „firmy łódzkiej” z powodu przewidzianego w art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp „jeżeli było udowodnione odrzucenie jej z kolejnego powodu przewidzianego w art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 4 pzp, który to powód wystąpił już po wniesieniu protestu, a dotyczył niezabezpieczenia terminu związania ofertą ważnym wadium (gwarancję wadium) » „kresie od 10 września 2009 roku do 29 września 2009 roku. Termin ważności wadium upływał bowiem w dniu 9 września 2009 roku i pomimo wcześniejszego pisma zamawiającego z dnia 25 sierpnia 2009 roku wzywającego wykonawcy do przedłożenia ważności wadium na przedłużony

okres związania ofertą, „firma łódzka” na to pismo nie odpowiedziała składając zamawiającemu dopiero 29 września 2009 roku gwarancję wadium na przedłużony okres związania ofertą.

Nie ulega zatem wątpliwości, że od 10 września 2009 roku do 29 września 2009 roku oferta „firmy łódzkiej” nie była zabezpieczona wadium, a zatem także w dacie wniesienia odwołania do KIO zamawiający nie dysponował od tej firmy ważnym

wadium na przedłużony okres związania ofertą.

Nie ulega też wątpliwości, że powyższa kwestia powinna podlegać badaniu przez KIO tym bardziej, że zarzut w tej kwestii został w postępowaniu odwrotnym podniesiony i skoro KIO nie rozważyła go zamawiający ma prawo podtrzymywać go i żądać jego oceny przez Sąd Okręgowy w postępowaniu skargowym.

Zgodzić należy się w tym względzie ze stanowiskiem skarżącego, że firma Łódzka nie miała w powyższych okolicznościach interesu prawnego do wniesienia odwołania w rozumieniu art. 179 pzp.

Interes prawny, o którym tu mowa musi dotyczyć tego konkretnego, a nie przyszłego postępowania – zamówienie publiczne i polega na wykazaniu, że odwołujący się uzyskałby w tym postępowaniu zamówienie, gdyby jego oferta nie została odrzucona. Tymczasem jak trafnie podnosi skarżący, oferta firmy Łódzkiej, gdyby nawet nie była odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp. podlegałaby obligacyjnemu odrzuceniu z innego powodu przewidzianego w art. 24 ust. 2 pkt 4 pzp, który nakazuje zamawiającemu wykluczanie wykonawcy, który nie wniósł wadium (lub nie

przedłużył ważności gwarancji wadium) na przedłużany okres związania ofertą, co -

■ zgodnie z art. 24 ust. 4 pzp jest równoznaczne z odrzuceniem oferty takiego wykonawcy.

Taka sytuacja miała miejsce w sprawie niniejszej co wyżej wskazano. Nie ulega wątpliwości, że oferta - firmy Łódzkiej - nie była zabezpieczona wadium od 10 września do 29 września 2009 roku, a zatem gdyby nawet doszło do uprawomocnienia zaskarżonego wyroku KIO i jego wykonania przez zamawiającego byłby on i tak zobowiązany wykluczyć tego wykonawcę z postępowania z powodu wyżej wskazanego, co oznacza, że wykonawca ten nie może w tym postępowaniu uzyskać zamówienia, a zatem nie miał interesu prawnego we wniesieniu odwołania do KIO. Ponadto należy już odnośnie samego faktu ni zabezpieczenia oferty „firmy Łódzkiej” wadium w okresie od 10 września do 29 września 2009 roku, iż niezasadne jest twierdzenie tegoż wykonawcy, że złożenie gwarancji wadium zamawiającemu dopiero w dniu 29 września 2009 roku, gdy termin związania ofertą i ważnością wadium upłynął w dniu 9 września 2009 roku z przedłużeniem jej ważności od 9 września 2009 roku wypełnia warunki ustawowe.

Wniesienie bowiem wadium to nie to samo co jego ustanowienie. W przypadku wadium wniesionego w formie gwarancji jak w przedmiotowej sprawie - jest ono skutecznie wniesione dopiero gdy najpóźniej w terminie składania ofert zamawiający otrzyma stosowny dokument, a zatem woli fizycznego wejścia przez zamawiającego w posiadanie takiego dokumentu, a z jego treści wynikać będzie termin ważności co najmniej tożsamy z terminem związania ofertą.

Obowiązek zachowania przez wykonawcę ważności wadium istnieje tak długo jak długo trwa termin związania przez niego ofertą. Wadium musi więc być ważne przez cały okres związania ofertą. Przedłużenie okresu związania ofertą jest dopuszczalne tylko z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium, albo jeżeli nie jest to możliwe z wniesieniem nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą.

Skoro wadium powinno być wniesione na cały okres związania ofertą - przedstawienie gwarancji lub poręczenia na okres krótszy niż wskazany przez zamawiającego termin związania ofertą będzie skutkowało wykluczeniem z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4. Zamawiający w przypadkach wskazanych w ustawie ma obowiązek zwrócić się do wykonawców o przedłużenie ważności wadium lub wniesienie nowego wadium na wydłużony okres, Art. 55 ust 2

pożądał zamawiającemu zwrócić o przedłużenie terminu związania oferty

Zgodnie wykonawcy powinna towarzyszyć czynność wydłużenia ważności wadium lub wniesienia nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą. Ze względu

na zawieszenie terminu związania ofertą, wynikające z wniesienia protestu, podobnie * art, JSI ust. 2a przewidziano obowiązek zamawiającego zwrócenia się do wykonawców o przedłużenie ważności wadium na okres niezbędny do zabezpieczenia postępowania do zawarcia umowy po ostatecznym rozstrzygnięciu protestu.

Stosownie do treści popisu art. 181 ust. 1 ustawy, wniesienie protestu po złożeniu oferty powoduje, że bieg terminu związania ofertą z mocy ustawy ulega zawieszeniu do czasu ostatecznego rozstrzygnięcia protestu. O zawieszeniu biegu terminu związania ofertą zamawiający informuje na piśmie wykonawców uczestniczących w postępowaniu. Jednocześnie z poinformowaniem o zawieszeniu biegu terminu związania ofertą zamawiający powinien wezwać wykonawców do przedłużenia ważności wadium lub wniesienia wadium na wydłużony okres. Powyższa regulacja związana jest z tym, że wniesienie protestu wywołuje skutki prawne wyłącznie w odniesieniu do biegu terminu związania ofertą, natomiast nie wywiera jakiegokolwiek wpływu na zobowiązania gwarantów i poręczycieli gwarantujących albo poręczających zapłatę wadium.

Jak podkreślił Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z 17 lutego 2003 roku sygn. V Ca 69/2003: to oferent we własnym interesie winien śledzić tok postępowania

przetargowego zwłaszcza w sytuacji, gdy postępowanie to przedłuża się na skutek protestu wniesionego przez tego oferenta".

Brak ważności wadium w całym okresie związania ofertą - a więc również zaniechanie wniesienia wadium na wydłużony okres związania ofertą skutkuje wykluczeniem wykonawcy, co wyraźnie wynika z treści art. 24 ust. 2 pkt 4 upzp. Wadium musi być ważne przez wszystkie dni związane ofertą. Tak więc wadium musi być przedłużone przed końcem okresu ważności wadium. Wadium musi być ważne w każdej czynności podejmowanej w postępowaniu, bowiem jego istotą jest zabezpieczenie zamawiającego przed niesolidnością wykonawcy, który, mógłby odmówić podpisania umowy, a zatem musi być ważne w terminie wyznaczonym na dzień zawarcia umowy.

Natomiast w orzeczeniu z dnia 26 10 2009 roku (sygn. KIO/UZP 1270/99) Krajowa Izba Odwoławcza uznała, iż nawet jeśli zamawiający zaniechał obowiązkowej

czynności wezwania wykonawcy do przedłużenia wadium, jak nakazuje art. 181 ust. 2 a upzp, to zaniechanie to nie zwalniało odwołującego od obowiązku przedłożenia wadium z własnej inicjatywy, Odwołujący korzystał ze środków ochrony prawnej i posiadał informacje dotyczące przynajmniej przybliżonej daty ostatecznego rozstrzygnięcia protestu. W oparciu o przepisy ustawy, był również świadomy skutków wykluczenia z postępowania, jakie powoduje brak zabezpieczenia oferty wadium przez cały okres związania ofertą. Z uwagi na profesjonalny charakter swojej działalności, odwołujący winien dolożyć należytej staranności i nie przeczyć, iż nastąpił upływ terminu ważności wadium, powodujący utratę interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia. Brak zabezpieczenia oferty wadium i podleganie obligatoryjnemu wykluczeniu z udziału w postępowaniu, implikuje brak interesu prawnego po stronie odwołującego. Przepis art. 79 przyznający prawo do korzystania ze środków ochrony prawnej, wykonawcom. Jeżeli interes prawny w uzyskaniu zamówienia doznał lub może doznać uszczerbku, odnosi się więc wyraźnie do indywidualizowanego interesu prawnego wykonawcy, polegającego na pozbawieniu możliwości uzyskania zamówienia w danym postępowaniu, co potwierdza przeważająca linia orzecnicza Krajowej Izby Odwoławczej.

Podkreślenia wymaga okoliczność, iż wykluczenie wykonawcy, który nie legitymuje się wadium ważnym przez cały okres związania ofertą (podstawowy, przedłużony) jest obligatoryjne i nie podlega uznaniu. Potwierdza to orzeczenie KIO z dnia 30 10 2009 roku (sygn. akt: KIO/UZP 911/09), zgodnie z którym zamawiający wobec zaistnienia przesłanki określonej w art. 24 ust. 2 pkt 4 upzp był zobowiązany

wykluczyć odwołującego z udziału w postępowaniu a przepisy ustawy nie określają żadnego odstępstwa od tego obowiązku.

To mł na zamawiającym ciąży obowiązek czuwania, aby postępowanie było zabezpieczone wadium aż do chwili zawarcia umowy. Wprost przeciwnie, zabezpieczenie o feny wadium leży w biŁoresic wykonawcy. Jeżeli zamawiający dokonał wszelkich aktów staranności wynikających z ustawy, to wykonawca nie przedłużając ważności wadium w istocie dał wyraz swej woli nieuczestniczenia w

dalszym postępowaniu.

Konkludując stwierdzić należy, co następuje; przepis art. 141 ust. 2a upzp przewiduje wprowadzić rygor wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu, jednak podstawy tego wykluczenia nie stanowi. Wyłączną podstawą wyeliminowania

wykonawcy z udziału w postępowaniu, wobec nie wniesienia przez wykonawcę wadium, w tym na przedłużony okres związania ofertą, jest przepis art. 24 ust. 2 pkt 4 upzp zgodnie z którym w postępowaniu o udzielenie zabezpieczenia wyklucza się wykonawców, którzy nie wnieśli wadium, w tym również na przedłużony okres związania ofertą, lub nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą, Pl-zcnos/ąc powyższe rozważania prawne na grunt przedmiotowej sprawy, zważyć należy, iż zamawiający powiadomił wszystkich wykonawców o zawieszeniu terminu związania ofertą oraz wezwał ich, pod rygorem wykluczenia z postępowania, do przedłużenia ważności wadium lub wniesienia wadium na wydłużony okres - dopełnił ciążących na nim rygorów wynikających (art 1 S[ust. 2 upzp).

Skoro zatem - co w przedmiotowej sprawie jest niewątpliwe, - dokument przedłużonej gwarancji wadium Konsorcjum firm LWtSTMRNT ŁÓDZKI Spółka Akcyjna REMO-BUD Łódź Stanisław Jędrzejczak wniosło dopiero w dniu 29 września 2009 roku, a zatem przez okres od 10 września do 29 września 2009 roku oferta nie była zabezpieczona wadium, to obligatoryjne zastosowanie winien znaleźć przepis art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw, z art. 181 ust. 2a ustawy.

W konsekwencji uznać należy, iż brak zabezpieczenia oferty wadium i podleganie obligatoryjnemu wykluczeniu z udziału w postępowaniu, implikuje brak interesu prawnego po stronie -odwołującego.

Brak interesu prawnego Konsorcjum przesądza zaś o fikcji, iż nie przysługują* ma fcuUd ochrony prawnej przewidziane w ustawie pr!IW0 zamówień publicznych.

Skutkiem zaś tego powinno być oddalenie odwołania już w postępowaniu odwoławczym przed KIO.

Nie można zgodzić się w tym miejscu również ze stanowiskiem dochodzącym, iż wykonawca, którego oferta została odrzucona nie ma obowiązku zachowania ciągłości wadium, gdyż zgodnie z art. 46 ust. 2 pkt 3 pzp zamawiający ma obowiązek niezwłocznie zwrócić wadium na wniosek wykonawcy, którego oferta została odrzucona, a następnie gdy w wyniku ostatecznego rozstrzygnięcia protestu unieważniono czynność odrzucenia oferty zamawiający wzywa takiego wykonawcę do ponownego wniesienia wadium, a wykonawcą wnosi wówczas wadium w terminie określonym przez zamawiającego (art. 46 ust. 3 pzp).

Należy bowiem zauważyć, że sytuacja zwrotu wadium przewidziana w art. 46 ust. 2 pkt 3 pzp wchodzi w grę tylko wówczas gdy wykonawca którego oferta została odrzucona zwróci się do zamawiającego z takim wnioskiem o zwrot wadium.

W sprawie niniejszej „firma Łódzka” z takim wnioskiem nie tylko. Ze nie wystąpiła, ale w ogóle nie zareagowała na pismo zamawiającego wzywające do przedłużenia

ważności wadium z dnia 25 sierpnia 2009 roku przed upływem terminem ważności jego wadium, ale dopiero w dniu 29 września 2009 roku złożyła dokument o przedłużeniu ważności gwarancji wadium.

Stanowisko odwołującego się jest więc niekonsekwentnie, skoro twierdzi, że nie miał obowiązku przedłużać ważności wadium, to czemu dokonał tej czynności w dniu 29 września 2009 roku, a więc już po wniesieniu odwołania do KIO (co miało miejsce 11 września 2009 roku), a przed jego rozpoznaniem (co nastąpiło 4 października 2009 roku).

Należy więc przyjąć za stanowiskiem skarżącego że instytucja zwrotu wadium przewidziana w art. 46 ust.2 pkt 3 pzp ma zastosowanie tylko na wniosek wykonawcy którego ofertę odrzucono, a skoro wykonawca takiego wniosku w tym zakresie nie złożył to ma on takie same prawa i obowiązki jak pozostali wykonawcy, a zatem miał

on obowiązek przed upływem terminu ważności wadium (tj. przed 9 września 2009 r) przedłużyć jego ważność na przedłużony okres związania ofertą (spowodować wniesieniem protestu), tym bardziej, że był do tego wezwany przez zamawiającego pismem z dnia 25 sierpnia 2009 roku.

Reasumując wszystkie powyższe rozważania uznać należy iż skarga jest uzasadniona i odnosi skutek w postaci zmiany zaskarżonego wyroku KIO na podstawie art. 198 ust. 2 zd. 1 przez oddalenie odwołania wykonawcy

FIRSTMENT ŁÓDZKI Spółka Akcyjna RLMO-BI ID Łódź Słania Jędrzejczak z powodów wyżej wskazanych.

Konsekwencją powyższego rozstrzygnięcia merytorycznego była zmiana rozstrzygnięcia o kosztach postępowania odwoławczego między uczestnikami.

O kosztach powyższych i kosztach postępowania skargowego orzeczono więc na zasadzie art. 198 ust. 5 pzp stosownie do wyniku całego postępowania.

Mając na uwadze wszystkie powyższe rozważania ostatecznie po wydane w nich w sentencji wyroku.

inaczej jak

- j * Łódź 19 września 2009 r.
Sędzią
Edyta Rbelska