

WYROK
z dnia 11 maja 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Protokolant: Jakub Banasiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **9 maja 2012 r.** w Warszawie odwołania z dnia **27 kwietnia 2012 r.** wniesionego przez wykonawcę „**DROG-BUD**” Sp. z o.o. z siedzibą w **Częstochowie, Prosta 88/90, 42-209 Częstochowa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Katowicach, ul. Myśliwska 5, 40-017 Katowice**

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie i nakazuje** [1] unieważnić czynność wyboru najkorzystniejszej oferty, [2] unieważnić czynność odrzucenia oferty odwołującego oraz [3] powtórzyć czynności badania i oceny ofert biorąc pod uwagę ofertę odwołującego.
2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Katowicach, ul. Myśliwska 5, 40-017 Katowice** i nakazuje:
 - 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczone przez wykonawcę „**DROG-BUD**” Sp. z o.o. z siedzibą w **Częstochowie, Prosta 88/90, 42-209 Częstochowa** tytułem kosztów postępowania odwoławczego;
 - 2) dokonać wpłaty kwoty **23 600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez zamawiającego **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Katowicach, ul. Myśliwska 5, 40-017 Katowice** na rzecz wykonawcy „**DROG-BUD**” Sp. z o.o. z siedzibą w **Częstochowie, Prosta 88/90,**

42-209 Częstochowa stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, Nr 161, poz. 1078 i Nr 182, poz. 1228 oraz z 2011 r. Nr 5, poz. 13, Nr 28, poz. 143, Nr 87, poz. 484 i Nr 234, poz. 1386) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający **GDDKiA Oddział w Katowicach, ul. Myśliwska 5, 40-017 Katowice** wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Remont drogi krajowej nr 11 odcinek Lubliniec Tworóg km 544+680 – 558+000, Część: Tworóg km 550+660 – 558+000«.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, Nr 161, poz. 1078 i Nr 182, poz. 1228 oraz z 2011 r. Nr 5, poz. 13, Nr 28, poz. 143, Nr 87, poz. 484 i Nr 234, poz. 1386) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej **08.02.2012 r.** pod nrem **2012/S 26-041907**.

Zamawiający zawiadomił **18.04.2012 r.** o:

- 1) wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy **Metrostav AS Czeska Republika**;
- 2) odrzuceniu oferty wykonawcy Drog-Bud Sp. z o.o. z siedzibą w Częstochowie, Lubojenka, ul. Prosta 88/90, 42-209 Częstochowa, gdyż treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwanej dalej specyfikacją bez bliższego określenia) – art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Wykonawca Drog-Bud Sp. z o.o. z siedzibą w Częstochowie, Lubojenka, ul. Prosta 88/90, 42-209 Częstochowa, zgodnie z **art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp**, wniósł **27 kwietnia 2012 r.** do Prezesa KIO odwołanie od:

- 1) zaniechania przez zamawiającego czynności:
 - a) zażądania od odwołującego wyjaśnień dotyczących pominięcia w kosztorysie ofertowym załączonym do oferty odwołującego złożonej w postępowaniu wyceny pozycji:
 - Most km 550+699 w m. Kokotek na cieku bez nazwy: poz. 12a – kotwy talerzowe,
 - Most km 556+323 w m. Tworóg nad ciekiem Blaszyńówka: poz. 10a – pręty wklejane i poz. 10b – kotwy talerzowe wklejane,
 - b) poprawienia innej omyłki w kosztorysie ofertowym załączonym do oferty odwołującego złożonej w postępowaniu polegającej na pominięciu wyceny pozycji:
 - Most km 550+699 w m. Kokotek na cieku bez nazwy: poz. 12a – kotwy talerzowe,

- Most km 556+323 w m. Tworóg na cieku Blaszyńówka: poz. 10a – pręty wklejane i poz. 10b – kotwy talerzowe wklejane;

2) podjętych w postępowaniu czynności zamawiającego:

- a) odrzucenia oferty odwołującego, jako niezgodnej w swej treści z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia będącego przedmiotem postępowania,
- b) wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty innego wykonawcy.

Zdaniem odwołującego zamawiający naruszył:

- 1) art. 87 ust. 1 i ust. 2 pkt 3 Pzp;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp;
- 3) art. 91 ust. 1 Pzp;
- 4) w konsekwencji także art. 7 ust. 1 Pzp.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
- 2) unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego;
- 3) powtórzenia czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu, w tym oferty odwołującego,
- 4) poprawienia w tej ofercie innej omyłki polegającej na pominięciu w załączonym do oferty kosztorysie ofertowym pozycji: – Most km 550+699 w m. Kokotek na cieku bez nazwy; poz. 12a – kotwy talerzowe i Most km 556+323 w m. Tworóg na cieku Blaszyńówka; poz. 10a – pręty wklejane i 10b – kotwy talerzowe;
- 5) wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Argumentacja odwołującego

Część I.

1. W Instrukcji dla wykonawców (dalej IDW), zawartej w t. I specyfikacji zamawiający zastrzegł m.in., że:

- 1) wykonawca powinien wyliczyć cenę oferty w oparciu o kosztorys ofertowy sporządzony na formularzu 2.2 określonym w rozdziale 2 IDW, na podstawie przedmiarów robót, których formularze zamieszczone są w t. V specyfikacji (pkt 9.1 IDW);
- 2) wykonawca, obliczając cenę oferty, musi uwzględniać w kosztorysie ofertowym wszystkie pozycje przedmiarowe opisane w przedmiarach robót oraz zgłosić zamawiającemu przed terminem składania ofert wszystkie błędy ujawnione m.in. w przedmiarach robót (pkt 9.4 IDW);
- 3) koszty towarzyszące wykonaniu przedmiotu zamówienia, których w przedmiarach robót i tabeli wartości elementów scalonych nie ujęto w odrębnych pozycjach, wykonawca

powinien ująć w cenach jednostkowych pozycji opisanych w przedmiarach robót (pkt 9.6 IDW).

Dowód: IDW znajdująca się dokumentacji postępowania.

2. W toku postępowania do zamawiającego wpłynęło szereg uwag, pytań i wniosków od wykonawców. Zagadnienia te dotyczyły m.in. niejasności i pominięć w przedmiarach robót, na które zamawiający reagował wprowadzeniem stosownych zmian do specyfikacji. I tak w szczególności jeden z wykonawców zwrócił zamawiającemu uwagę, że w formularzu kosztorysu ofertowego dla obiektów: most w km 550+669 w m. Kokotek na cieku bez nazwy oraz most w km 556+323 w m. Tworóg nad ciekiem Blaszyńówka brak jest pozycji do wyceny kotew talerzowych kap chodnikowych oraz że specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót, zawarte w t. IV specyfikacji, nie obejmują specyfikacji dotyczącej tych elementów.

Autor tej uwagi nie wskazał, że w formularzu kosztorysu ofertowego dla wskazanych wyżej obiektów mostowych zamawiający powołał specyfikację techniczną wykonania i odbioru robót M-12.01.01 „Pręty zbrojeniowe”, która przed dokonaną przez zamawiającego zmianą jej treści, omówioną niżej, nie odnosiła się do kotew talerzowych.

W skierowanych do wykonawców pismach znak GDDKiA-07KA/R2/418/148/2012 i znak GDDKiA-0/KA/R2/418/149/2012, oba pisma z 9 marca 2012 r., zamawiający odniósł się do powyższej uwagi, oznaczonej jako pytanie nr 19, stwierdzając, że:

- 1) kotwy talerzowe oraz pręty wklejane ujęto w specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót M-12.01.01 „Pręty zbrojeniowe”;
- 2) zmienia się postanowienie pkt 7.2 specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót M-12.01.01 „Pręty zbrojeniowe” w ten sposób, że zawarty w tym postanowieniu zwrot w brzmieniu: „Jednostką obmiarową jest jeden kg wykonanego zbrojenia ze stali danej klasy, zgodnie z dokumentacją projektową” zastępuje się zwrotem w brzmieniu: „Jednostką obmiarową jest jeden kg wykonanego zbrojenia ze stali danej klasy, zgodnie z dokumentacją projektową wraz z kotwami talerzowymi”;
- 3) wycenę kotew talerzowych dla mostu w km 550+669 w m. Kokotek na cieku bez nazwy ująć należy w poz. 6 „pręty zbrojeniowe” kosztorysu ofertowego dla tego mostu, przyjmując ich wagę jako iloczyn 68 szt. x 5 kg/szt.;
- 4) wycenę kotew talerzowych oraz prętów wklejanych dla mostu w km 556+323 w m. Tworóg nad ciekiem Blaszyńówka ująć należy w poz. 6 „pręty zbrojeniowe” kosztorysu ofertowego dla tego mostu, przyjmując wagę kotew talerzowych jako iloczyn 20 szt. x 5 kg/szt., a wagę prętów wklejanych w wysokości 105 kg.

Ponadto do powołanego wyżej pisma znak GDDKiA-0/KA/R2/418/149/2012 z 9 marca 2012 r. Zamawiający załączył zmieniony formularz kosztorysu ofertowego, określając go jako „wersję ujednoczoną po zmianach”. W części dotyczącej mostu w km 550+669 w m. Kokotek na

cieku bez nazwy oraz mostu w km 556+323 w m. Tworóg nad ciekim Blaszyńówka ów zmieniony formularz ma takie same brzmienie jak formularz kosztorysu ofertowego zawarty w rozdziale 2 IDW.

Dowód: – pismo zamawiającego do wykonawców znak GDDKiA-O/KA/R2/418/148/2012 z 9 marca 2012 r. znajdujące się w dokumentacji postępowania,

- pismo zamawiającego do wykonawców znak GDDKiA-O/KA/R2/418/149/2012 z 9 marca 2012 r. znajdujące się w dokumentacji postępowania,

- specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót M-12.01.01 „Pręty zbrojenio-we” w t. IV SIWZ znajdująca się w dokumentacji postępowania,

- formularz kosztorysu ofertowego zawarty w rozdziale 2 IDW znajdującej się w dokumentacji postępowania,

- zmieniony formularz kosztorysu ofertowego załączony do pisma zamawiającego do wykonawców znak GDDKiA-O/KA/R2/418/149/2012 z 9 marca 2012 r. znajdujący się w dokumentacji postępowania.

3. W pismach do wykonawców znak GDDKiA-O/KA/R2/418/222/2012 i znak GDDKiA-O/KA/R2/418/221/2012, oba pisma z 21 marca 2012 r., zamawiający:

- 1) ustosunkował się do kolejnych uwag, pytań i wniosków wykonawców do treści specyfikacji, nie dotyczących jednak przedmiarów robót i formularza kosztorysu ofertowego w części odnoszącej się do mostu w km 550+669 w m. Kokotek na cieku bez nazwy i mostu w km 556+323 w m. Tworóg nad ciekim Blaszyńówka;
- 2) zmienił w związku ze stanowiskiem zajęтым wobec tych uwag, pytań i wniosków niektóre postanowienia specyfikacji.

Ponadto do powołanego wyżej pisma znak GDDKiA-O/KA/R2/418/221/2012 z 21 marca 2012 r. Zamawiający załączył zmieniony po raz kolejny formularz kosztorysu ofertowego, określając go jako „wersję ujednoliconą po zmianach”. W owym zmienionym formularzu zamawiający:

- 1) wprowadził pozycje, które nie występowały w formularzu kosztorysu ofertowego zawartego w rozdziale 2 IDW i w formularzu zmienionego kosztorysu ofertowego załączonego do pisma zamawiającego do wykonawców znak GDDKiA-O/KA/R2/418/149/2012 z 9 marca 2012 r., a mianowicie:
 - a) w części dotyczącej mostu w km 550+669 w m. Kokotek na cieku bez nazwy – pozycję 12a „kotwy talerzowe – 68 szt.”,
 - b) w części dotyczącej mostu w km 556+323 w m. Tworóg nad ciekim Blaszyńówka - pozycję 10a „Pręty wklejane – 400 szt.” i pozycję 10b „Kotwy talerzowe wklejane – 20 szt.”;

- 2) powołał przy powyższych pozycjach specyfikację techniczną wykonania i odbioru M-13.02.03.

Jako okoliczności istotne dla dalszych wywodów odwołujący podniósł, że:

- 1) wprowadzenie do formularza kosztorysu ofertowego wskazanych wyżej pozycji nie było implikowane ani uwagami, pytaniami i wnioskami wykonawców, do których zamawiający ustosunkował się w piśmie znak GDDKiA-0/KA/R2/418/**222**/2012 z 21 marca 2012 r., ani zmianami w specyfikacji, jakie zamawiający wprowadził pismem znak GDDKiA-0/KA/R2/418/**221**/2012 z 21 marca 2012 r. w związku ze stanowiskiem zajęтым wobec tych uwag, pytań i wniosków;
- 2) powołana przy wskazanych wyżej pozycjach wprowadzonych do zmienionego formularza kosztorysu ofertowego specyfikacja techniczna wykonania i odbioru M-13.02.03 „Umocnienie powierzchni betonem” dotyczy innych robót niż roboty związane z montażem kotew talerzowych i prętów wklejanych ani
- 3) w pismach znak GDDKiA-0/KA/R2/418/**221**/2012 i znak GDDKiA-0/KA/R2/418/**222**/2012 z 21 marca 2012 r., ani w jakichkolwiek innych oświadczeniach i informacjach składanych wykonawcom zamawiający nie anulował:
 - a) zmiany specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót M-12.01.01 „Pręty zbrojeniowe” wprowadzonej pismem zamawiającego do wykonawców znak GDDKiA-0/KA/R2/418/**149**/2012 z 9 marca 2012r;
 - b) dyspozycji zawartej w piśmie GDDKiA-0/KA/R2/418/**148**/2012 z 9 marca 2012 r., aby:
 - wycenę kotew talerzowych dla mostu w km 550+669 w m. Kokotek na cieku bez nazwy ujęć w poz. 6 „pręty zbrojeniowe” kosztorysu ofertowego dla tego mostu, przyjmując ich wagę jako iloczyn 68 szt. x 5 kg/szt.;
 - wycenę kotew talerzowych oraz prętów wklejanych dla mostu w km 556+323 w m. Tworóg nad ciekiem Blaszyńówka ujęć należy w poz. 6 „pręty zbrojeniowe” kosztorysu ofertowego dla tego mostu, przyjmując wagę kotew talerzowych jako iloczyn 20 szt. x 5 kg/szt., a wagę prętów wklejanych w wysokości 105 kg.

Dowód: – pismo zamawiającego do wykonawców znak GDDKiA-0/KA/R2/418/**221**/2012 z 21 marca 2012 r. znajdujące się w dokumentacji postępowania,

- pismo zamawiającego do wykonawców znak GDDKiA-0/KA/R2/418/**222**/2012 z 21 marca 2012 r. znajdujące się w dokumentacji postępowania,
- zmieniony formularz kosztorysu ofertowego załączony do pisma zamawiającego do wykonawców znak GDDKiA-0/KA/R2/418/**221**/2012 z 21 marca 2012 r. znajdujący się w dokumentacji postępowania,

- specyfikacja techniczna wykonania i odbioru M-I 3.02.03 „Umocnienie powierzchni betonem” w t. IV specyfikacji znajdująca się w dokumentacji postępowania.

4. Oferta odwołującego była najkorzystniejsza spośród ofert złożonych w postępowaniu, w którym jedynym kryterium oceny ofert była cena (patrz pkt 13.1 IDW), bowiem oferowała wykonanie zamówienia będącego przedmiotem postępowania za najniższą cenę.

Dowód: – oferta odwołującego znajdująca się w dokumentacji postępowania,

- protokół postępowania znajdujący się w dokumentacji postępowania,
- IDW znajdująca się w dokumentacji postępowania.

5. Działając zgodnie z dyspozycją zamawiającego, zawartą w jego piśmie do wykonawców znak GDDKiA-0/KA/R2/418/148/2012 z 9 marca 2012 r. oraz zgodnie ze zmianą specyfikacji technicznej wykonania i odbioru M-12.01.01 „Pręty zbrojeniowe” wprowadzoną przez zamawiającego pismem do wykonawców znak GDDKiA-0/KA/R2/418/149/2012 z 9 marca 2012 r., której to dyspozycji i zmiany zamawiający, jak to już wyżej zaznaczono, nigdy nie anulował – odwołujący w kosztorysie ofertowym załączonym do swojej oferty złożonej w postępowaniu wycenił:

- 1) kotwy talerzowe dla mostu w km 550+669 w m. Kokotek na cieku bez nazwy w poz. 6 „pręty zbrojeniowe” kosztorysu ofertowego dla tego mostu, przyjmując ich wagę jako iloczyn 68 szt. x 5 kg/szt;
- 2) kotwy talerzowe i pręty wklejane dla mostu w km 556+323 w m. Tworóg nad ciekiem Blaszyńówka w poz. 6 „pręty zbrojeniowe” kosztorysu ofertowego dla tego mostu, przyjmując wagę kotew talerzowych jako iloczyn 20 szt. x 5 kg/szt., a wagę prętów wklejanych w wysokości 105 kg.

W kosztorysie tym odwołujący nie wycenił w części dotyczącej mostu w km 550+669 w m. Kokotek na cieku bez nazwy pozycji 12a „kotwy talerzowe – 68 szt.”, a w części dotyczącej mostu w km 556+323 w m. Tworóg nad ciekiem Blaszyńówka – pozycji 10a „Pręty wklejane – 400 szt.” i pozycji 10b „Kotwy talerzowe wklejane – 20 szt.”, wprowadzonych do formularza kosztorysu ofertowego w jego wersji załączonej do pisma zamawiającego do wykonawców znak GDDKiA-0/KA/R2/418/221/2012 z 21 marca 2012 r. Pomijając wycenę tych pozycji – odwołujący wyszedł z założenia, że wprowadzenie ich do formularza kosztorysu ofertowego było wynikiem niedopatrzania zamawiającego. Założenie to odwołujący wywiódł z następujących przesłanek:

- 1) zamawiający wcześniej, tj. w piśmie do wykonawców znak GDDKiA-0/KA/R2/418/148/2012 z 9 marca 2012 r., wydał dyspozycję, i nigdy tej dyspozycji nie anulował, by wyceny kotew talerzowych dla mostu w km 550+669 w m. Kokotek na cieku bez nazwy dokonać w poz. 6 „pręty zbrojeniowe” kosztorysu ofertowego dla tego

mostu, zaś wyceny kotew talerzowych i prętów wklejanych dla mostu w km 556+323 w m. Tworóg nad ciekim Blaszyńówka dokonać w poz. 6 „pręty zbrojeniowe” kosztorysu ofertowego dla tego mostu;

- 2) zmieniona pismem zamawiającego do wykonawców znak GDDKiA-0/KA/R2/418/149/2012 z 9 marca 2012 r. specyfikacja techniczna wykonania i odbioru M-12.01.01 „Pręty zbrojeniowe”, powołana przy poz. 6 „pręty zbrojeniowe” formularza kosztorysu ofertowego dla mostu w km 550+669 w m. Kokotek na cieku bez nazwy oraz przy poz. 6 „pręty zbrojeniowe” formularza kosztorysu ofertowego dla mostu w km 556+323 w m. Tworóg nad ciekim Blaszyńówka, jest adekwatna do nazwy tych pozycji obmiarowych i ich zakresu ustalonego w piśmie zamawiającego do wykonawców znak 0/KA/R2/418/148/2012 z 9 marca 2012 r.;
- 3) specyfikacja techniczna wykonania i odbioru M-13.02.03 „Umocnienie powierzchni betonem”, powołana w wersji formularza kosztorysu ofertowego załączonego do pisma zamawiającego do wykonawców znak GDDKiA-0/KA/R2/418/221/2012 z 21 marca 2012 r. przy poz. 12a „kotwy talerzowe” w części tego kosztorysu dotyczącej mostu w km 550+669 w m. Kokotek na cieku bez nazwy oraz w poz. 10a „pręty wklejane” i 10b „Kotwy talerzowe wklejane” w części tego kosztorysu dotyczącej mostu w km 556+323 w m. Tworóg nad ciekim Blaszyńówka w ogóle nie dotyczy prętów i kotew.

6. Pismem znak GDDKiA-0/KA/R2/418/367/2012 z 17 kwietnia 2012 r., które odwołujący otrzymał faksem 18 kwietnia 2012 r. zamawiający poinformował odwołującego o rozstrzygnięciu postępowania, w tym o:

- 1) odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, wobec jej niezgodności ze specyfikacją, która to niezgodność polega na pominięciu wyceny poz. 12a „kotwy talerzowe” kosztorysu ofertowego dla mostu w km 550+669 w m. Kokotek na cieku bez nazwy oraz poz. 10a „pręty wklejane” i poz. 10b „kotwy talerzowe wklejane” kosztorysu ofertowego dla mostu w km 556+323 w m. Tworóg nad ciekim Blaszyńówka;
- 2) odrzuceniu oferty innego wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, wobec niezgodności tej oferty ze specyfikacją, która to niezgodność polega na rozbieżności ilości niektórych jednostek obmiarowych w załączonym do niej kosztorysie ofertowym z ilościami tych jednostek w przedmiarach robót;
- 3) wyborze oferty innego wykonawcy oferującego wykonanie zamówienia będącego przedmiotem postępowania za cenę o prawie 570.000 zł wyższą niż cena zaoferowana w ofercie odwołującego.

Zamawiający tego rozstrzygnięcia postępowania nie poprzedził ani zażądaniem od odwołującego na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp wyjaśnień dotyczących jego oferty, ani poprawieniem w tej ofercie na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp innych omyłek polegających na jej niezgodności ze specyfikacją.

Dowód: – pismo zamawiającego do odwołującego znak GDDKiA-0/KA/R2/418/367/2012 z 17 kwietnia 2012 r. znajdujące się w dokumentacji postępowania,
– protokół postępowania znajdujący się w dokumentacji postępowania.

Część II.

Mając na uwadze okoliczności opisane w części I uzasadnienia odwołujący podnosi, co następuje:

1. Zamawiający wielokrotnie zmieniał specyfikację, a w szczególności stanowiący jej element formularz kosztorysu ofertowego, czyniąc to w sposób niekonsekwentny, stwarzający możliwość różnych interpretacji i mogący wręcz wprowadzić wykonawców w błąd, co odwołujący wykazał i szczegółowo omówił w części I pkt 2, 3 i 5 uzasadnienia. Konsekwencje takiego działania zamawiającego nie mogą obciążać wykonawców, co dobitnie podkreślono w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej sygn. akt KI02594/11; KIO 2602/11 z 19 grudnia 2011 r., w którego uzasadnieniu stwierdza się m.in., co następuje, cyt.: „**Wykonawcy nie powinni ponosić negatywnych konsekwencji nieprecyzyjnego brzmienia specyfikacji.** Jeśli zatem zamawiający tak ukształtował postępowanie, że postanowienia opracowanej specyfikacji wprowadzały wykonawców w błąd i dawały możliwość różnej interpretacji jej postanowień, czego następstwem mogło być odrzucenie oferty, zamawiający powinien podjąć starania w celu zniwelowania skutków takiego działania i przyjąć na siebie konsekwencje własnej niestaranności, bowiem w przeciwnym wypadku skutkami nieprecyzyjnego brzmienia specyfikacji zostaliby obciążeni wykonawcy. Przenoszenie ciężaru i skutków braku precyzji zamawiającego na wykonawców, przejawiające się odrzuceniem oferty stanowiłoby nadużycie prawa, które nie zasługuje na ochronę. Postępowanie o zamówienie jest postępowaniem w obrocie profesjonalnym, wykonawcy powinni zatem wykazać należyłą staranność przejawiającą się zawodowym charakterem ich działalności, co determinuje oczekiwanie dokładnego zapoznania się z dokumentami postępowania, starannego ich przeanalizowania ale staranność ta nie może sięgać tak daleko, by stawiać wobec wykonawców postulat wniosku na podstawie niejednoznacznych w treści dokumentów postępowania o intencji zamawiającego”.

2. Odwołujący, kierując się racjonalną interpretacją kolejnych zmian wprowadzanych przez zamawiającego w formularzu kosztorysu ofertowego, szczegółowo omówioną w części I pkt 5 uzasadnienia, wycenił w kosztorysie ofertowym załączonym do swojej oferty złożonej w postępowaniu pozycje w tym kosztorysie pominięte w innych pozycjach tego kosztorysu, a tym

samym zadeklarował wykonanie całości zamówienia będącego przedmiotem postępowania i tę całość wycenił. W tej sytuacji odrzucenie przez zamawiającego oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jest niezasadne.

Stanowisko odwołującego jest zbieżne z poglądami wyrażonymi w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej sygn. akt KIO 2749/11; KIO 2756/11; KIO 2763/11 z 10 stycznia 2012 r., w którego uzasadnieniu stwierdza się m.in., co następuje, cyt.: „Zamawiający może dokonać odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jedynie w sytuacji ustalenia w sposób niebudzący wątpliwości, że oferta wykonawcy nie zapewni realizacji zamierzonego i opisanego w specyfikacji celu, a zaoferowane świadczenie nie odpowiada wyrażonym w treści specyfikacji wymaganiom. Sprzeczność treści oferty z treścią specyfikacji zachodzi wówczas, gdy przedmiot zaoferowany w ofercie nie odpowiada przedmiotowi zamówienia i rozbieżności te dotyczą istotnych elementów”.

3. W realiach postępowania wyznaczonych przez wielokrotne wprowadzanie przez zamawiającego mogących budzić wątpliwości interpretacyjne zmian w formularzu kosztorysu ofertowego było nie tylko prawem, lecz obowiązkiem zamawiającego zwrócić się do odwołującego na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp z żądaniem wyjaśnienia przyczyn pominięcia w kosztorysie ofertowym załączonym do oferty odwołującego wyceny niektórych pozycji kosztorysowych. Stanowisko takie zbieżne jest zarówno z poglądami wyrażonymi w cytowanym wyżej wyroku Krajowej Izby Odwoławczej sygn. akt KIO 2749/11; KIO 2756/11; KIO 2763/11 z 10 stycznia 2012 r., jak i w wyroku sygn. akt KIO 689/11 z 14 kwietnia 2011 r., w którego uzasadnieniu stwierdza się m.in., co następuje, cyt.: „Brak [...] podstaw do wnioskowania, że nieujęcie pewnych pozycji (co jest równoznaczne ze skumulowaniem ich wyceny pod innymi pozycjami) jest tożsame z oświadczeniem o zamiarze niewykonania pewnych prac zastosowania materiałów świadczącym o niezgodności oferty ze specyfikacją”.

Zaniechanie w tej sytuacji przez zamawiającego zażądania od odwołującego omawianego wyjaśnienia stanowiło ewidentne naruszenie art. 87 ust. 1 Pzp.

4. Zamawiający nawet bez wyjaśnienia przez odwołującego przyczyn pominięcia w kosztorysie ofertowym załączonym do oferty odwołującego złożonej w postępowaniu wyceny niektórych pozycji kosztorysowych mógł na podstawie tego kosztorysu dokonać takiej wyceny w drodze poprawienia na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp innych omyłek niepowodujących istotnych zmian w treści oferty. Zważyć bowiem należy, że – jak to szczegółowo opisano w pkt 5 części I uzasadnienia – odwołujący w swoim kosztorysie ofertowym:

- 1) w poz. 6 „pręty zbrojeniowe” kosztorysu ofertowego dla mostu w km 550+669 w m. Kokotek na cieku bez nazwy wycenił za pomocą ceny jednostkowej netto 3,10 zł/kg zarówno pręty zbrojeniowe jak i kotwy talerzowe, przyjmując wagę kotew talerzowych

jako iloczyn 68 szt. x 5 kg/szt. = 340 kg – zgodnie z dyspozycją zamawiającego zawartą w jego piśmie do wykonawców znak GDDKiA-0/KA/R2/418/148/2012 z 9 marca 2012 r.

- 2) w poz. 6 „pręty zbrojeniowe” kosztorysu ofertowego dla mostu w km 556+323 w m. Tworóg nad ciekim Blaszyńówka wycenił za pomocą ceny jednostkowej 3,10 zł/kg zarówno pręty zbrojeniowe jak i pręty wklejane i kotwy talerzowe wklejane, przyjmując wagę prętów wklejanych w wysokości 105 kg i wagę kotew talerzowych wklejanych jako iloczyn 20 szt. x 5 kg/szt. = 100 kg – zgodnie z dyspozycją zamawiającego zawartą w piśmie do wykonawców znak GDDKiA-0/KA/R2/418/148/2012 z 9 marca 2012 r.;

Dane te umożliwiły zamawiającemu:

- 1) ustalenie wartości netto kotew talerzowych dla mostu w km 550+669 w m. Kokotek na ciekim bez nazwy i wpisanie tej wartości do niewycenionej poz. 12a „kotwy talerzowe” kosztorysu ofertowego dla tego mostu z jednoczesnym stosownym pomniejszeniem wartości netto poz. 6 „pręty zbrojeniowe” kosztorysu ofertowego dla tego mostu;
- 2) ustalenie wartości netto prętów wklejanych dla mostu w km 556+323 w m. Tworóg nad ciekim Blaszyńówka i wpisanie tej wartości do niewycenionej poz. 10a „pręty wklejane” kosztorysu ofertowego dla tego mostu oraz ustalenie wartości netto kotew talerzowych wklejanych i wpisanie tej wartości do niewycenionej poz. 10b „kotwy talerzowe wklejane” kosztorysu ofertowego dla tegoż mostu, z jednoczesnym stosownym pomniejszeniem wartości netto poz. 6 „pręty zbrojeniowe” kosztorysu ofertowego dla tego mostu.

W efekcie omawianych ustaleń wartość netto i cena brutto oferty odwołującego nie uległaby zmianie i nie zmieniłoby się jej miejsce w rankingu ofert złożonych w postępowaniu. W tej sytuacji oraz wobec utrwalonej linii orzecznictwa sądowego i Krajowej Izby Odwoławczej interpretującego przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp – zaniechanie przez zamawiającego poprawienia oferty odwołującego w sposób wyżej opisany stanowiło ewidentne naruszenie tego przepisu.

5. Wybranie przez zamawiającego jako najkorzystniejszej spośród ofert złożonych w postępowaniu oferty innego wykonawcy oferującej wykonanie zamówienia za cenę wyższą o niemal 570.000 zł niż cena oferowana w ofercie odwołującego, stanowiło w sytuacji, gdy oferta odwołującego nie podlegała odrzuceniu, ewidentne naruszenie art. 91 ust. 1 Pzp.

6. Odwołujący stwierdza, że zamawiający przeprowadził postępowanie w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, przez co naruszył również przepis art. 7 ust. 1 Pzp.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu **26 kwietnia 2012 r.** (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom **27 kwietnia 2012 r.** (art. 185 ust. 1 *in initio* Pzp).

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia **[1] DROMET sp. z o.o. z siedzibą w Częstochowie, [2] PW Banimex sp. z o.o. z siedzibą w Będzinie, [3] PH-U Larix sp. z o.o. z siedzibą w Lublińcu** złożyli: 1) Prezesowi KIO, 2) zamawiającemu i 3) odwołującemu – zgłoszenie przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania **07.05.2012 r.** po stronie zamawiającego (art. 185 ust. 2 Pzp). Pismo zostało złożone po upływie terminu 3 dni od powiadomienia o wniesieniu odwołania, czyli wykonawca nie mógł stać się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie 9 maja 2012 r. wnosząc o oddalenie odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy – Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie jest zasadne.

W ocenie Izby zostały wypełnione łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.

Izba postanowiła dopuścić, jako dowód, dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

Izba ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) nie jest sporny.

W ocenie składu orzekającego Izby zarzut pierwszy – naruszenia art. 87 ust. 1 Pzp przez zaniechanie dokonania czynności zażądania od odwołującego wyjaśnień dotyczących

pominięcia w kosztorysie ofertowym załączonym do oferty odwołującego złożonej w postępowaniu wyceny trzech wskazanych pozycji – zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający w rozpoznawanym postępowaniu widząc brak trzech pozycji w kosztorysie ofertowym odwołującego uznał, że oferta ta jest niezgodna ze specyfikacją i odrzucił tę ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Mimo takiej możliwości, wskazanej w art. 87 ust. 1 zdanie pierwsze Pzp, zamawiający nie zażądał od wykonawcy wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty.

W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Ze względu na brzmienie art. 87 ust. 1 zdanie pierwsze Pzp zamawiający nie ma obowiązku żądania wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty. Jednak w rozpoznawanym przypadku zamawiający postępując z należytą starannością, z której zamawiający nie może być zwolniony, powinien podjąć próbę wyjaśnienia przyczyn pominięcia w kosztorysie ofertowym najtańszej oferty trzech pozycji na ogólną kwotę około 30.000 zł, wobec ceny ofertowej opiewającej na kwotę około 22.600.000 zł i następnej – 23.160.000 zł, czyli w wartościach względnych zamawiający zauważył odstępstwo o wartości około 0,12% w stosunku do kwoty oferowanej w ofercie tańszej o około 2,5% od następnej oferty.

Zamawiający założył, że cyt. »W sytuacji kiedy zamawiający zamieszcza na stronie internetowej tzw. „ślepy” kosztorys ofertowy w celu zapewnienia wykonawcom rzetelnego przygotowania oferty, pominięcie przez wykonawcę w kosztorysie pewnych elementów, daje podstawę do twierdzenia, że pominięcie to było działaniem zamierzonym i nie mieści się w granicach pojęcia omyłki, o której w art. 87 ust. 2 Pzp«. Jednak takie założenie nie jest zgodne z obowiązkiem zachowania należytej staranności, gdyż ustawodawca dał możliwość zamawiającemu dokonania poprawy omyłek w nieograniczonym zakresie, byle tylko poprawy nie powodowały istotnych zmian w treści oferty.

Skład orzekający Izby stwierdza, że wobec zaistniałego stanu faktycznego zamawiający przez zaniechanie zażądania od wykonawcy wyjaśnień pominięcia w kosztorysie ofertowym naruszył unormowanie art. 87 ust. 1 zdanie pierwsze Pzp i w związku z tym zarzut pierwszy zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie składu orzekającego Izby zarzut pierwszy – naruszenia art. 87 ust. 1 Pzp przez zaniechanie dokonania czynności zażądania od odwołującego wyjaśnień dotyczących pominięcia w kosztorysie ofertowym załączonym do oferty odwołującego złożonej w postępowaniu wyceny trzech wskazanych pozycji – zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie składu orzekającego Izby zarzut drugi – naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp przez zaniechanie dokonania poprawienia innej omyłki w kosztorysie ofertowym załączonym do oferty odwołującego w trzech wskazanych pozycjach – zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający w rozpoznawanym postępowaniu widząc brak trzech pozycji w kosztorysie ofertowym odwołującego uznał, że oferta ta jest niezgodna ze specyfikacją i odrzucił tę ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Natomiast pisemnie w treści odwołania oraz ustnie na rozprawie odwołujący stwierdza, że rzeczywiście pominął trzy pozycje kosztorysowe, jednak odpowiednie ilości prętów i kotw zostały wycenione przez odwołującego w innych miejscach kosztorysu zgodnie z pismem z 9 marca 2012 r., którego zamawiający nigdy nie anulował. W związku z tym, zdaniem odwołującego, zamawiający może w tych trzech miejscach kosztorysu [(1) Most km 550+699 w m. Kokotek na cieku bez nazwy: poz. 12a – kotwy talerzowe, (2) Most km 556+323 w m. Tworóg na cieku Blaszyńówka: poz. 10a – pręty wklejane i (3) poz. 10b – kotwy talerzowe wklejane] poprawić te omyłki wykonawcy na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp jako inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Poprawa ta nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty, szczególnie że ostateczna cena oferty nie ulegnie zmianie.

W związku z powyższym skład orzekający Izby stwierdza, że zamawiający zaniechał zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp – poprawienia w ofercie odwołującego innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, gdy poprawienie omyłek nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty.

Jednocześnie skład orzekający Izby stwierdza, że wyjaśnienia odwołującego, że do powstania omyłki przyczyniły się wielokrotne zmiany i objaśnienia specyfikacji dokonane przez zamawiającego przed terminem składania ofert nie mogą być brane pod uwagę. Zamawiający szczegółowo wyjaśnił problemy, z którymi zwracali się wykonawcy oraz przekazał wykonawcom jednolity tekst formularza kosztorysu, do którego wykonawcy mieli tylko wpisać odpowiednie wartości. Jeżeli wykonawcy mieliby jeszcze jakieś wątpliwości mogli nimi dzielić się z zamawiającym. Zgodnie z art. 38 ust. 1a Pzp zamawiający może udzielić wyjaśnień nawet na wniosek złożony do zamawiającego tuż przed upływem terminu składania ofert. W rozpoznawanym przypadku odwołujący nie zwrócił się o wyjaśnienia do zamawiającego, ale również popełnione błędy w ofercie odwołującego kwalifikują się na poprawę, zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, gdyż nie spowodują istotnych zmian w treści oferty.

Wobec powyższego, w ocenie składu orzekającego Izby zarzut drugi – naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp przez zaniechanie dokonania poprawienia innej omyłki w trzech miejscach kosztorysu ofertowego – zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie składu orzekającego Izby zarzut trzeci – naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez odrzucenie oferty odwołującego, jako niezgodnej w swej treści z treścią specyfikacji – zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający w rozpoznawanym postępowaniu widząc brak trzech pozycji w kosztorysie ofertowym odwołującego uznał, że oferta ta jest niezgodna ze specyfikacją i odrzucił tę ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Jednak zamawiający nie podjął próby wyjaśnienia powstałych odstępstw w kosztorysie ofertowym odwołującego od modelowego kosztorysu, zgodnie z art. 87 ust. 1 zdanie pierwsze Pzp. Ponadto zamawiający nie podjął próby dokonania poprawy wskazanych pozycji w kosztorysie ofertowym odwołującego jako innych omyłek, zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

To na zamawiającym ciąży obowiązek zbadania oferty, a w przypadku wystąpienia nieścisłości w ofercie, których zamawiający nie może samodzielnie rozwikłać, zamawiający został uprawniony do żądania od wykonawców wyjaśnień, na podstawie art. 87 ust. 1 zdanie pierwsze Pzp. Samo żądanie wyjaśnień nie może być poczytane jako próba negocjacji, zabronionych przepisem art. 87 ust. 1 zdanie drugie Pzp. Dopiero reakcja zamawiającego na wyjaśnienia może być uznana za próbę negocjacji między stronami bądź – próbę dokonania zmiany treści oferty. Jednak nie każda zmiana treści oferty jest zakazana tym przepisem. Zamawiający ma obowiązek poprawienia w ofercie omyłek, które są unormowane w art. 87 ust. 2 Pzp.

Zamawiający odstąpił od obowiązku poprawienia w ofercie odwołującego omyłek (innych omyłek, zgodnie z art. 87 ust. 3 Pzp) i w związku z tym nie mógł właściwie dokonać następnej czynności – odrzucenia oferty, gdyż po właściwym poprawieniu omyłek oferta nie spełniała warunków, aby zamawiający ją odrzucił na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

W związku z tym skład orzekający Izby stwierdza, że zarzut trzeci – naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez odrzucenie oferty odwołującego, jako niezgodnej w swej treści z treścią specyfikacji – zasługuje na uwzględnienie, gdyż oferta odwołującego – po poprawieniu w niej omyłek, zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp – nie podlega odrzuceniu, bo treść tej oferty będzie odpowiadać treści specyfikacji.

W ocenie składu orzekającego Izby zarzut czwarty – naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp przez wybór, jako najkorzystniejszej, oferty innego wykonawcy – zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający w rozpoznawanym postępowaniu widząc brak trzech pozycji w kosztorysie ofertowym odwołującego uznał, że oferta ta jest niezgodna ze specyfikacją i odrzucił tę ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Zamawiający zaniechał poprawienia w tej ofercie omyłek, do czego był zobowiązany na podstawie art. 87 ust. 2 Pzp, i odrzucił ofertę odwołującego, przez co niewłaściwie przeprowadził czynność wyboru najkorzystniejszej oferty, gdyż wybierał najkorzystniejszą ofertę spośród niewłaściwie zawężonej puli ofert.

Jednak to zamawiający dokonuje wyboru i z tego względu powinien powtórzyć czynność oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty spośród wszystkich ofert podlegających ocenie i wyborowi. W rozpoznawanym przypadku zamawiający dokonał wyboru spośród ofert, wśród których bezpodstawnie nie znalazła się oferta odwołującego.

Wobec powyższego w ocenie składu orzekającego Izby zarzut czwarty – naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp przez wybór, jako najkorzystniejszej, oferty spośród nie wszystkich ofert, które powinny podlegać ocenie – zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący nie wykazał, że nie przeprowadził postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, czyli że zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 Pzp.

Zamawiający naruszył art. 87 ust. 1 i ust. 2 pkt 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 art. 91 ust. 1 Pzp.

Z powyższych względów uwzględniono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w kwocie 3 600, 00 zł zgodnie z § 3 pkt 1 i pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....