

Sygn. akt: KIO 2058/12

WYROK

z dnia 8 października 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: członek Krajowej Izby Odwoławczej: **Barbara Bettman**

Protokolant: **Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **8 października 2012 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej dnia **26 września 2012 r.** przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Przedsiębiorstwo Inżynieryjnych Robót Kolejowych „TOR- KRAK” Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie i Przedsiębiorstwo „UNIDRO” S.A. z siedzibą w Łodzi, działających przez lidera: Przedsiębiorstwo inżynieryjnych Robót Kolejowych „TOR-KRAK” Sp. z o.o., ul. Rydlówka 5, 30-363 Kraków, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Miasto Łódź - Zarząd Dróg i Transportu, 90-447 Łódź, ul. Piotrkowska 175, przy udziale konsorcjum wykonawców:****

Kral Sp. z o.o. (lider) ul. M. Curie- Skłodowskiej 12/14, 90-505 Łódź,

Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne Łódź Sp. z o.o.,

Przedsiębiorstwo Drogowo-Budowlane „KEMY” Sp. z o.o.,

„INFRA-TEC Serwis” Sp. z o.o.,

- zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu:

1.1. unieważnienie czynności wyboru oferty konsorcjum wykonawców: **Kral Sp. z o.o., Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne Łódź Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Drogowo-Budowlane „KEMY” Sp. z o.o., „INFRA-TEC Serwis” Sp. z o. o.,**

2.2. dokonanie ponownej oceny ofert i wyboru oferty, poprzedzone procedurą poprawy

omyłek kosztorysu ofertowego konsorcjum wykonawców: **Kral Sp. z o.o., Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne Łódź Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Drogowo-Budowlane „KEMY” Sp. z o.o., „INFRA-TEC” Sp. z o.o.,**

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Miasto Łódź - Zarząd Dróg i Transportu, 90-447 Łódź, ul. Piotrkowska 175,**

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000,00 zł** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego: **Przedsiębiorstwo Inżynieryjnych Robót Kolejowych „TOR- KRAK” Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie i Przedsiębiorstwo „UNIDRO” S.A. z siedzibą w Łodzi,** działających przez lidera: **Przedsiębiorstwo inżynieryjnych Robót Kolejowych „TOR-KRAK” Sp. z o.o., ul. Rydlówka 5, 30-363 Kraków,** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od zamawiającego **Miasta Łódź - Zarządu Dróg i Transportu, 90-447 Łódź, ul. Piotrkowska 175,** na rzecz odwołującego **Przedsiębiorstwa Inżynieryjnych Robót Kolejowych „TOR- KRAK” Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie i Przedsiębiorstwa „UNIDRO” S.A. z siedzibą w Łodzi,** działających przez lidera: **Przedsiębiorstwo inżynieryjnych Robót Kolejowych „TOR-KRAK” Sp. z o. o., ul. Rydlówka 5, 30-363 Kraków,** kwotę **20 000,00 zł** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) z tytułu zwrotu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Łodzi.**

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie:

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na „Przebudowę torów tramwajowych w ciągu ul. Przybyszewskiego - Puszkina na odcinku od Al. Rydza-Śmigłego do ul. Rokicińskiej w Łodzi, Etap II: Przebudowa torów tramwajowych w ul. Przybyszewskiego - Puszkina na odcinku od Al. Rydza-Śmigłego do ul. Puszkina”, ogłoszonym 22 maja 2012 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2012/S 96-1600480, dnia 26 września 2012 r. zostało wniesione w formie pisemnej odwołanie przez konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Inżynieryjnych Robót Kolejowych „TOR- KRAK” Spółka z o.o. z siedzibą w Krakowie i Przedsiębiorstwo „UNIDRO” S.A. z siedzibą w Łodzi, w kopii przekazane zamawiającemu w dniu 24 września 2012 r.

Złożenie odwołania nastąpiło skutkiem powiadomienia w dniu 17 września 2012 r. za pośrednictwem faksu i elektronicznie o wyborze oferty konsorcjum wykonawców: Kral Sp. z o.o., Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne Łódź Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Drogowo-Budowlane „KEMY” Sp. z o.o., „INFRA-TEC Serwis” Sp. z o.o. oraz o sklasyfikowaniu oferty odwołującego na drugiej pozycji według ustalonych kryteriów oceny.

Wobec podjętych czynności oraz zaniechania czynności, odwołujący zarzucił zamawiającemu: Miastu Łódź - Zarządowi Dróg i Transportu w Łodzi naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 ze zm.), dalej zwanej Pzp, tj.

1) art. 89 ust. 1 pkt. 2 w zw. z art. 38 ust. 1 i ust. 4 Pzp, przez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej - oferty podlegającej odrzuceniu - z uwagi na jej niezgodność ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia,

2) art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp, przez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w wyniku czego doszło do nieuzasadnionego uprzywilejowania podmiotu, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, mimo, iż udzielenie zamówienia temu podmiotowi nastąpiło z naruszeniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

Powołując się na naruszenie swego interesu w uzyskaniu zamówienia, odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
- 2) powtórzenia czynności badania, oceny ofert i wyboru oferty,

- 3) odrzucenia oferty złożonej przez konsorcjum: Kral Sp. z o.o., Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne Łódź Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Drogowo-Budowlane „KEMY” Sp. z o.o., „INFRA-TEC Serwis” Sp. z o.o.,
- 4) nakazanie zamawiającemu równego traktowania wszystkich podmiotów ubiegających się o udzielenie zamówienia, w sposób umożliwiający zachowanie zasad uczciwej konkurencji.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań odwołujący podał, iż według poczynionych przez niego ustaleń oferta wybranego wykonawcy zawiera szereg nieprawidłowości oraz jest niezgodna z treścią SIWZ, czego zamawiający nie uwzględnił dokonując jej wyboru. Zamawiający w trybie art. 38 ustawy Pzp w dniu 29.06.2012 r. udzielił wyjaśnień na zapytania wykonawców i dokonał w trybie art. 38 ust. 4 Pzp zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia:

- 1) w dniu 17.05.2012 roku przez m.in. dokonanie zmiany przedmiarów (wyjaśnienie zestaw IX odpowiedź 4 i zestaw XI odpowiedź 1), załączając je do przedmiotowych wyjaśnień z 29.06.2012 r. w wersji nieedytowalnej i edytowalnej. Zamawiający wskazał przy tym jednoznacznie na stronie ostatniej wyjaśnień z 29.06.2012 r., iż „Wykonawca ubiegający się o zamówienie zobowiązany jest do uwzględnienia w ofercie treści udzielonych odpowiedzi i wprowadzonych zmian, złożenia oferty na zmienionych Formularzach nr 1 i 2, obliczenia ceny zgodnie ze zmienionymi przedmiarami”. Powyższe zmiany SIWZ zostały przekazane Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich w trybie art. 38 ust. 4a pkt. 2 Pzp.
- 2) wskutek dalszych pytań wykonawców zamawiający w dniu 17.07.2012 r. udzielił dalszych wyjaśnień precyzując w odpowiedzi 1 na pytanie 1 z zestawu V, że „...wersja nieedytowalna przekazanych przedmiarów jest wersją obowiązującą”. Zgodnie z opublikowanym przedmiarem (dostępnym na stronie internetowej) pod adresem, jak niżej: <http://zdit.uml.lodz.pl/pl/strona/Przetargi/178/qsPcateRoryid-&year=2012-06>), kosztorys ofertowy wykonawcy winien zawierać następujące kolumny: 1. Liczba porządkowa 2. Podstawa wyceny 3. Nr spec. Techn. 4. Opis 5. Jedn. miary 6. Ilość 7. Cena 8. Wartość. Kolumna 2. Podstawa wyceny winna wskazywać odpowiednie pozycje KNR.

Oferta konsorcjum wykonawców: Kral Sp. z o.o., która została wybrana jako najkorzystniejsza:

- 1) nie zawiera kolumny 2 kosztorysu ofertowego w ogóle, co odwołujący uznał za bardzo istotne uchybienie albowiem bez wskazania konkretnego numeru KNR nie wiadomo

jakie czynności składają się na opisane dalej roboty, a tym samym nie wiadomo jakie czynności zawiera podana cena jednostkowa i wartość opisanych robót. Nie wiadomo zatem również co składa się na podaną przez tego oferenta cenę, która jest podstawą wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej. W wyniku tego przedmiotowa oferta jest nieporównywalna z pozostałymi ofertami,

2) niezależnie od powyższego w kosztorysie ofertowym dotyczącym sygnalizacji ulicznej - pozycja 55 - oferent wskazał cenę za sztukę, a nie za komplet, zatem wartość podana jest zaniżona, bowiem powinno być w takim razie 7 500 zł (komplet to dwie szt.) a nie 3750 zł.

Odwołujący wskazywał też na inne błędy omawianej oferty, a to:

a) błąd w oznaczeniu specyfikacji w kosztorysie torowym - poz.172 d.4.8. - jest: „D-03.02” a powinno być „D-03.02.01a”

b) błąd w specyfikacji w kosztorysie odwodnienia drogi - poz.78 d.2 - przedmiar nie podaje specyfikacji MPK wpisano natomiast: „SST pkt Nr 5.4.1”.

Również i te błędy świadczą o wyborze oferty nie odpowiadającej wymaganiom SIWZ, i jako takie stanowią o naruszeniu przez zamawiającego art. 89 Pzp.

Wybór jako najkorzystniejszej - oferty zawierającej kosztorys bez podania podstawy wyceny w oparciu o KNR stanowi również o nierównym traktowaniu wykonawców i narusza art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp - jak zaznaczał odwołujący.

3) Dalej odwołujący argumentował, że oferta „Podwykonawcy” jest niezgodna z SIWZ również z uwagi na to, iż załączone przez konsorcjum odpisy z KRS podmiotów wchodzących w jego skład nie zostały podbite „za zgodność z oryginałem” przez te podmioty czego wyraźnie wymaga SIWZ - pkt.7.3.2. w zw. z pkt. 7.4.lit.a specyfikacji. Fakt ten odwołujący również poczytał za naruszenie art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp.

Niezależnie od powyższego, odwołujący podnosił, że oferta wykonawcy, którą uznano za najkorzystniejszą, nie odpowiada treści SIWZ uzupełnionej wskazanymi wyżej odpowiedziami zamawiającego. *„Oferta nieodpowiadająca treści siwz to taka, która jest sporządzona odmiennie, niż określają to postanowienia siwz. Odmienność ta powinna przejawiać się przede wszystkim w zakresie proponowanego przedmiotu zamówienia i sposobu jego realizacji. Może przejawiać się też w innym sposobie sporządzenia oferty, niż żądał zamawiający, przy czym powinny to być elementy składające się na treść oferty, odnoszącą się do jej aspektów formalnych i materialnych, ale nie do sposobu spełnienia obydwu aspektów.”* [PZP Komentarz J. Pieróg teza 4 do art.89 Pzp za system LEGALIS].

Mając na uwadze powyższe, odwołujący wskazywał, że ofertę konsorcjum, którą zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą należało odrzucić jako niezgodną z SIWZ po myśli art. 89 ust. 1 pkt. 2 w zw. z art. 38 ust. 1 i ust. 4 Pzp.

Jako dowody swoich twierdzeń - odwołujący przywołał:

- 1) SIWZ z 17.05.2012 r.,
- 2) wyjaśnienia zamawiającego z 29.06.2012 r.,
- 3) wyjaśnienia zamawiającego z 17.07.2012 r.,
- 4) przedmiar w wersji nieedytowalnej (umieszczony na stronach internetowych zamawiającego: <http://zdit.uml.lodz.pl/pl/strona/Przetargi/178/qs7categoryid=&y ear=2012-06>),
- 5) ofertę nr 5.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 25 września 2012 r. pismem z dnia 27 września 2012 r. z kopią przesłaną stronom, pisemne przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca wybrany – konsorcjum: Kral Sp. z o.o., Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne Łódź Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Drogowo-Budowlane „KEMY” Sp. z o.o., „INFRA-TEC Serwis” Sp. z o. o., wnosząc o oddalenie odwołania i utrzymanie czynności wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej.

Przystępujący wskazywał, że odwołanie jest bezzasadne, gdyż zamawiający dokonał wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu działając w sposób całkowicie zgodny z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych i przygotowaną przez siebie dokumentacją przetargową.

Przystępujący nie zgodził się z zarzutami, że jego oferta powinna zostać odrzucona przez zamawiającego z uwagi na jej niezgodność ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, gdyż kosztorys sporządzony przez przystępującego nie zawierał wyceny w oparciu o KNR. Zdaniem przystępującego argument ten nie zasługuje na uwzględnienie. Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 czerwca 2011 r. (KIO sygn. akt 1125/11) niezgodność treści oferty z treścią SIWZ ma miejsce w sytuacji, gdy zaoferowany przedmiot zamówienia nie odpowiada temu opisanemu w specyfikacji, co do zakresu, ilości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu zaspokajającym oczekiwania i interes zamawiającego. Sporządzona przez przystępującego oferta była natomiast zgodna z treścią SIWZ – jak zapewniał. Zgodnie z orzecznictwem za niezgodność z treścią SIWZ nie może być uznane prezentowanie treści w ofercie w sposób inny niż oczekiwany przez zamawiającego. W ocenie przystępującego, odwołujący zarzuca kwestionowanej ofercie jedynie uchybienia formalne. Uchybienia formalne nie są jednoznaczne z niezgodnością co do treści SIWZ i nie są podstawą odrzucenia oferty. Przystępujący przekonywał, że spełnił wszystkie wymogi ustalone przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Na bieżąco śledził etapy postępowania oraz znał wyjaśnienia udzielane przez zamawiającego na zapytania wykonawców. Przystępujący miał wiedzę na temat wszelkich zmian dokonywanych przez

zamawiającego w SIWZ w związku z czym oferta została dostosowana do tych zmian. Zacytowany przez odwołującego komentarz na stronie 5 odwołania nie odnosi się do złożonej przez przystępującego oferty, gdyż zakres przedmiotu zamówienia i sposób realizacji wynika jasno ze złożonej oferty, a „uchybień” (cytat za odwołującym) nie zmienia treści oferty i sposobu realizacji przyjętego przez zamawiającego (Formularz nr.1, m.in. pkt 1,2 i 3 oferty oraz pozostałe, a także w całości Formularz nr 2).

Odnosząc się natomiast do zarzucanych braków w ofercie takich jak: brak podbicia odpisów z KRS za zgodność z oryginałem oraz błąd w specyfikacji w kosztorysie torowym czy odwodnienia drogi polegający na wskazaniu niewłaściwej pozycji, potraktował przystępujący jako nie stanowiący podstawy do odrzucenia oferty przez zamawiającego. Omyłki tego rodzaju są możliwe do poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Zaznaczył, że od dnia 28.06.2012 r. Ministerstwo Sprawiedliwości uruchomiło system teleinformatyczny umożliwiający bezpłatny dostęp do aktualnych informacji o podmiotach wpisanych do Krajowego Rejestru Sądowego z możliwością samodzielnego wydruku komputerowego-odpowiadającego stanowi aktualnemu. Dokumentem tym zastąpić można płatny aktualny odpis z KRS. Za niezasadny poczytał również zarzut odwołującego dotyczący pozycji nr 55 w kosztorysie sporządzonym przez przystępującego. Tu również wskazał, że jest to niedopatrzenie, błąd niezamierzony, który nie ma wpływu na ważność złożonej oferty. W swoich orzeczeniach Krajowa Izba Odwoławcza podkreśla, że okolicznością relatywnie często spotykaną przy robotach budowlanych i wymaganiu złożenia kosztorysu - jest pominięcie pewnych pozycji lub kwot w poszczególnych pozycjach kosztorysu. Pominięcia te następują częstokroć z powodu przeoczenia. Takie sytuacje mają charakter omyłki, które nie stanowią przyczyny odrzucenia oferty (wyrok z dnia 4 marca 2011 r. sygn. akt KIO 333/11, KIO 335/10, z dnia 5 października 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 1324/09). Wskazuje się ponadto, że niewłaściwe jest utożsamianie pominięcia pozycji, nieodzwierciedlenia jej nazwy czy ilości jednostek w kosztorysie wykonawcy, z nieobjęciem treścią oświadczenia woli wykonawcy całego przedmiotu zamówienia. Analogiczną decyzję podjął Sąd Okręgowy w Gliwicach, który w wyroku z dnia 23.02.2007 r. sygn. akt: X Ga 23/07 orzekł, iż odstępstwo w zakresie żądanych przedmiarem ilości stanowiące różnicę wynoszącą 5 m³ ziemi, co w efekcie wpłynęło na podwyższenie ceny oferty wykonawcy o kwotę 399,56 zł, przy oferowanej cenie 1 894 462,42 zł, nie przesądza, iż wskazana rozbieżność powoduje nieporównywalność ofert. Sąd stwierdził, że niewielka rozbieżność w sposób oczywisty nie wpływała na możliwość porównania ofert. Sąd zamieścił w wyroku stwierdzenie, że *„Formalizm postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie jest celem samym w sobie, a ma na celu realizację zasad Pzp. Stąd przy wykładni i stosowaniu przepisów ustawy należy brać pod uwagę cel ustawy, wyznaczony m.in. treścią cytowanego przepisu”*. Sąd wskazał na zastosowanie w takim przypadku normy art. 5 K.c., iż niedopuszczalne jest

nadużycie prawa i naruszenie zasad współżycia społecznego.

Przystępujący stwierdził, że różnice między dyspozycją SIWZ a jego ofertą, na które wskazuje odwołujący, nie mają wpływu na ocenę oferty, a potwierdzają jedynie, że odwołanie ma charakter klasycznego działania zmierzającego do wymuszenia na zamawiającym wyboru dużo droższej oferty odwołującego (ponad 3,2 mln PLN) i zaprzeczają celom przyświecającym ustawie Prawo zamówień publicznych. W związku z powyższym wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania w oparciu o postanowienia art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba postanowiła dopuścić konsorcjum wykonawców: Kral Sp. z o.o., Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne Łódź Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Drogowo-Budowlane „KEMY” Sp. z o.o., „INFRA-TEC Serwis” Sp. z o.o., do udziału w postępowaniu odwoławczym, po stronie zamawiającego. Interes wykonawcy w popieraniu stanowiska zamawiającego jest niewątpliwy skoro dotyczy utrzymania w mocy czynności wyboru złożonej oferty.

Zamawiający nie uwzględnił odwołania. W odpowiedzi z dnia 4 października 2012 r. złożonej na rozprawie zajął stanowisko, iż nie zachodziły podstawy do uwzględnienia któregośkolwiek z zarzutów. Stwierdził, że wykonawca wybrany, zważając na treść oferty, zaoferował przedmiot zamówienia spełniający wymagania SIWZ. W odniesieniu do argumentów odwołującego - wskazywał, że w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w pkt 16.6 zawarto następujący zapis: *„Wykonawca tworząc kosztorys ofertowy winien oddzielnie wycenić każdą pozycję wymienioną w przedmiarach robót określając cenę jednostkową netto i wartość netto dla tej pozycji. Podsumowanie kosztorysu ofertowego winno zawierać sumę wartości netto wszystkich jego pozycji.”* Następnie zamieszczono w SIWZ wzór kosztorysu ofertowego, zgodnie z którym miał on posiadać 6 kolumn o następujących tytułach: nr, nazwa, jednostka miary, ilość, cena jednostkowa netto, wartość netto (kol. 4X5). We wzorze tym nie ma wymogu zamieszczania pozycji KNR.

Następnie w odpowiedziach na pytanie wykonawcy (zestaw V): *czy kosztorysy ofertowe mają posiadać kolumnę z nr SST czy też wystarczy wersja bez kolumn z nr SST?* Zamawiający udzielił odpowiedzi: *„Kosztorysy ofertowe mają posiadać kolumnę z nr SST tak jak w wersji PDF nowych przedmiarów - wersja nieedytowalna przekazanych przedmiarów jest wersją obowiązującą.”*

Z powyższego wynika, iż zamawiający uznał, iż tylko nr SST są dla niego istotne. Wprawdzie w wersji nieedytowalnej nowych przedmiarów znajdują się pozycje KNR, ale ich niezamieszczenie w kosztorysie ofertowym jest tylko uchybieniem formalnym, bez znaczenia dla zamawiającego o czym świadczy odpowiedź na przytoczone pytanie wykonawcy. Nie zgodził się ze zdaniem odwołującego, że *„bez wskazania konkretnego numeru KNR nie wiadomo jakie czynności składają się na opisane dalej roboty, a tym samym nie wiadomo jakie czynności zawiera podana cena jednostkowa i wartość opisanych robót”*

Po pierwsze, zamawiający zauważył, iż wykonawca w każdej pozycji kosztorysu ofertowego podawał odpowiedni numer SST, która w wystarczająco określa zakres robót objęty daną pozycją kosztorysu ofertowego.

Po drugie, przedmiar robót jest dokumentem wtórnym i w żaden sposób nie wyznacza zakresu robót, jaki jest obowiązany wykonać wykonawca. Zakres ten zawsze jest określony dokumentacją projektową i zasadami sztuki budowlanej (art. 649 K.c.). Tak też przyjęła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 14 kwietnia 2011 roku (Sygn. akt KIO 689/11), która w uzasadnieniu stwierdziła: *„Powyższe wynika także z istoty przedmiaru robót, który sam w sobie nie definiuje szczegółowego zakresu roboty budowlanej, ale służy jak najwierniejszemu, w miarę możliwości odzwierciedleniu składających się na daną robotę budowlaną nakładów, robocizny, materiałów, które opisane są w projekcie budowlanym oraz projektach wykonawczych. (...) Zawarte w przedmiarze robót zestawienia mają zobrazować skalę roboty budowlanej i służyć pomocą wykonawcom w oszacowaniu kosztów inwestycji, wobec czego przedmiarowi robót można przypisać wyłącznie charakter dokumentu pomocniczego, który służy przede wszystkim do czynności skalkulowania kosztów realizacji zadania, a nie wyszczególnienia materiałów i prac, jakie składają się na zamówienie.”* Z tych powodów nie jest słuszny argument odwołującego, iż braki w kosztorysie ofertowym - jeżeli brak numeru KNR w ogóle można uznać za brak - świadczą, iż wykonawca nie wykona całego zakresu robót z danej pozycji. Kosztorys ofertowy to dokument o znaczeniu finansowym, służy do kalkulacji kosztów realizacji zadania, a nie wskazywaniu jakie prace w ramach zamówienia i w ramach danej pozycji ma zamiar wykonać wykonawca.

Po trzecie, wykonawca złożył oświadczenie zawarte w formularzu ofertowym, iż poznał i w pełni bez żadnych zastrzeżeń akceptuje treść SIWZ (wraz z załącznikami, w tym dokumentacją projektową), a także, że oferuje wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z warunkami zapisanymi w SIWZ, obowiązującymi przepisami prawa oraz zasadami sztuki budowlanej. Zamawiający stwierdził, iż nie ma podstawy przyjąć, iż oświadczenie powyższe

nie zostało złożone w sposób świadomy.

Po czwarte, podnosił że w myśl art. 192 ust. 2 Pzp odwołanie może być uwzględnione tylko w przypadku, gdy doszło do naruszenia przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. W niniejszej sprawie nawet przyjmując, zdaniem zamawiającego – błędne stanowisko odwołującego, iż jest to błąd w treści oferty, to należy stwierdzić, iż ma on charakter mało istotnej omyłki, która mogłaby podlegać sanowaniu w trybie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, po uprzednim ich wyjaśnieniu na zasadzie przepisu art. 87 ust. 1 zd.1 ustawy Pzp. Odwołujący w żaden sposób nie wykazał w jaki sposób niepoprawienie tej omyłki miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Stanowisko takie zamawiający uznał za zgodne orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, która w uzasadnieniu wyroku z dnia 11 lutego 2011 r. (sygn. akt KIO 186/11) stwierdziła, iż *„nieścisłości co do nomenklatury i oznaczeń w KNR-ach nie mają wpływu na ocenę oferty, a tym bardziej na zakres zaoferowanego przez Przystępującego przedmiotu zamówienia”*.

Zamawiający nie podzielił również poglądu odwołującego, iż należało odrzucić wybraną ofertę, gdyż odpisy z KRS złożone przez wybranego wykonawcę nie zostały potwierdzone za zgodność z oryginałem. Zdaniem zamawiającego jest to błędny wniosek. W myśl znowelizowanej ustawy z dnia 20 sierpnia 1997 roku o Krajowym Rejestrze Sądowym (tj. Dz. U. Z 2007 roku, Nr 168, poz. 1186 z późn. zm.). *„Pobrane samodzielnie wydruki komputerowe aktualnych informacji o podmiotach wpisanych do Rejestru mają moc zrównaną z mocą dokumentów wydawanych przez Centralną Informację, o których mowa w ust 3, jeżeli posiadają cechy umożliwiające ich weryfikację z danymi zawartymi w Rejestrze”* (art. 4a tejże ustawy). Z powyższego wynika, iż odpis wygenerowany elektronicznie zawiera wszystkie cechy właściwe dokumentowi urzędowemu. Taki też odpis złożył w niniejszej sprawie wybrany wykonawca.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów, iż wybrana oferta zawiera błędy w kosztorysie ofertowym: w części dotyczącej sygnalizacji świetlnej. Odwołujący wskazuje, iż oferent w pozycji 55 wskazał cenę za sztukę, a nie za komplet. Zdaniem zamawiającego było bezsporne to, iż wykonawca sporządzający kosztorys ofertowy - poprzez komplet rozumiał dwie sztuki. Świadczy o tym adnotacja w części opisowej kosztorysu (komplet to 2 sztuki), a także znaczenia słowa komplet. Słowo „komplet” jest definiowane w słowniku języka polskiego jako „zbiór, zespół przedmiotów stanowiących pewną całość; np. komplet bielizny pościelowej, komplet mebli” (Słownik Języka Polskiego pod redakcją Mieczysława

Szymczaka PWN Warszawa 1978). Z powyższego wynika, iż słowo komplet może obejmować dwie sztuki konkretnej rzeczy i tak też je rozumiał zamawiający.

W odniesieniu do kosztorysu torowego przystępującego, odwołujący podnosi, iż w poz. 172 d.4.8. jest oznaczenie SST D-03.02, a powinno być D-03.02.01a. Zamawiający wyjaśniał, iż pozycja D-03.02 obejmuje szerszy zakres niż pozycja D-03.02.01a, a ponadto nie jest to uchybienie, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia (art. 192 ust. 2 Pzp).

W kosztorysie dotyczącym odwodnienia drogi - ostatni argument odwołującego uznał za niezrozumiały dla zamawiającego - z niewiadomych powodów odwołujący powołuje się na specyfikację MPK.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody: z protokołu postępowania, z ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia z wyjaśnieniami, oferty przystępującego. Nadto Izba rozważyła stanowiska stron i uczestnika przedstawione w pismach oraz do protokołu rozprawy.

Rozpatrując odwołanie w granicach podnoszonych zarzutów stosownie do art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba ustaliła, co następuje.

Przedmiot zamówienia obejmuje: „Przebudowę torów tramwajowych w ciągu ul. Przybyszewskiego - Puszkina na odcinku od Al. Rydza-Śmigłego do ul. Rokicińskiej w Łodzi, Etap II: Przebudowa torów tramwajowych w ul. Przybyszewskiego - Puszkina na odcinku od Al. Rydza-Smigłego do ul. Puszkina.”

Punkt 11.3. SIWZ Opis sposobu przygotowania oferty. Wykonawca przedstawia ofertę zgodnie z wymaganiami i treścią SIWZ. Wzory w formie formularzy załączonych do niniejszej SIWZ winny być wypełnione zgodnie z tymi wzorami, co do treści oraz opisu kolumn i wierszy.

Punkt 12. SIWZ Zawartość oferty. Oferta musi zawierać m.in.:

- 12.1. Formularz oferty – wypełniony zgodnie z podanym wzorem;
- 12.2. Formularz cenowy – wypełniony zgodnie z podanym wzorem;
- 12.3. Kosztorysy ofertowe sporządzone na podstawie przedmiarów według wzoru przedstawionego w punkcie 16.6. SIWZ.

Punkt 16. SIWZ. Cenę oferty stanowi suma cen brutto wskazanych w formularzu cenowym nr 2 za wykonanie przedmiotu zamówienia (...). Cena brutto zamówienia winna być wyliczona na formularzu cenowym nr 2 z podziałem na branże. Wyceny każdej z branż należy dokonać w oparciu o przedmiary robót przekazane przez zamawiającego. Wykonawca tworząc

kosztorys ofertowy winien oddzielnie wycenić każdą pozycję wymienioną w przedmiarach robót, określając cenę jednostkową netto oraz wartość netto dla tej pozycji. Podsumowanie kosztorysu ofertowego winno zawierać sumę wartości netto zgodnie z przedstawionym wzorem obejmującym kolumny: nr, nazwa, jednostka miary, cena jednostkowa, wartość netto.

Pkt 16.7. Przedmiary robót należy odczytywać łącznie z innymi dokumentami kontraktowymi. Przyjmuje się, iż wykonawca dokładnie zapoznał się ze szczegółowym opisem robót jakie mają być wykonane oraz sposobem ich wykonania (...).

Pkt. 16.8. Ilości podane w każdej pozycji przedmiaru stanowią szacunkową ilość każdej z robót, które będą wykonywane na podstawie umowy i są podawane jako podstawa do obliczenia ceny oferty.

Pkt. 16.9. Wykonawca obliczając cenę musi uwzględnić w kosztorysach ofertowych wszystkie pozycje przedmiarowe, opisane w przedmiarach robót. Wykonawca nie może samodzielnie wprowadzać zmian do przedmiarów robót. Wszystkie błędy ujawnione w STWiORB oraz w przedmiarach robót – wykonawca winien zgłosić zamawiającemu przed terminem określonym w pkt 14 Instrukcji dla wykonawców. Brak wypełnienia i określenia wartości w każdej pozycji oraz dokonanie zmian w przedmiarach robót spowoduje odrzucenie oferty, z wyjątkiem omyłek, o których mowa w rozdziale 19.3.

16.10. Ceny jednostkowe określone przez wykonawcę w ofercie nie będą zmieniane w toku realizacji zamówienia i nie będą podlegały waloryzacji.

Punkt 19.3. SIWZ przewiduje poprawę w treści ofert na zasadach art. 87 ust. 2 ustawy Pzp.

Kryterium oceny ofert stanowiła:

- cena - waga 70%,
- termin wykonania - skrócenie terminu realizacji - 30%.

Formularz oferty nr 1, obejmował ogólnie - zadeklarowanie czasu realizacji zamówienia oraz podanie ceny ofertowej brutto za przedmiot zamówienia zgodnie z wzorem umowy i postanowieniami SIWZ.

Formularz oferty - cenowy nr 2, obejmował rozbić cenę brutto w podziale na branże. W formularzu tym wykonawca składał oświadczenie, że powyższe koszty obliczono na podstawie przedmiarów robót przekazanych przez zamawiającego zgodnie z załączonym kosztorysem ofertowym utworzonym przez wykonawcę, który stanowi integralną część niniejszego formularza cenowego.

W § 11 ust. 1 wzoru umowy podano, że strony ustalają, iż za wykonanie przedmiotu umowy zamawiający zapłaci wynagrodzenie ustalone na podstawie cen jednostkowych wyszczególnionych w kosztorysie ofertowym oraz ilości rzeczywiście wykonanych i odebranych robót. Ust. 2. Szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy za wykonanie przedmiotu zamówienia, zgodnie ze złożoną ofertą wynosi (...) zł. Za roboty niewykonane, choć objęte

kosztorysem ofertowym wynagrodzenie nie przysługuje. W przypadku, gdyby wynagrodzenie wykonawcy miało przekroczyć kwoty określone w ust. 2, strony mogą dokonać zmiany tej kwoty w drodze aneksu do umowy.

Strony zgodnie przyznały, iż ustalone wynagrodzenie w tym postępowaniu ma charakter kosztorysowy.

Zamawiający potwierdził, że przedmiar załączony jako dowód przez odwołującego do odwołania - jest aktualny, obowiązujący i obejmuje zmiany, które zamawiający wprowadził do tego przedmiaru wyjaśnieniami do SIWZ, stanowi wydruk dostępny na stronie internetowej zamawiającego – o nazwie „przedmiar w wersji nieedytowalnej – wersja ostateczna”.

W odpowiedziach na zapytania do SIWZ z 29.06.2012 r.

Zestaw IX pytanie 4 – zamawiający zmienił przedmiar na sterowanie i ogrzewanie zwrotnic.

Zestaw XI pytanie 1 – zamawiający zmienił przedmiar dotyczący robót torowych.

Na str. 33 wyjaśnień do SIWZ z 29.06.2012 r. zamawiający podał „Wykonawca ubiegający się o zamówienie zobowiązany jest do uwzględnienia w ofercie treści udzielonych odpowiedzi i wprowadzonych zmian, złożenia oferty na zmienionych formularzach nr 1 i 2, obliczenia ceny oferty zgodnie ze zmienionymi przedmiarami.”

Odwołujący przyznał, że odstępstw od sposobu wypełnienia formularza nr 1 i 2 w ofercie przystępującego nie stwierdził.

W odpowiedzi z dnia 17.07.2012 r. na pytanie 1 zestawu V, zamawiający podał, że „Kosztorysy ofertowe składane do oferty mają posiadać nr SST tak jak w wersji PDF nowych przedmiarów – wersja nieedytowalna przekazanych przedmiarów jest wersją obowiązującą. Wersja edytowalna przekazanych przedmiarów została zamieszczona na stronie internetowej w celu pomocniczym, ułatwienia wyceny wykonawcom.”

Zamawiający przyznał, że w udostępnionych wykonawcom przedmiarach obowiązujących umieścił kolumnę „podstawa wyceny”, w której podał oznaczone nr KNR. Dla określonych branż podał również nr szczegółowej specyfikacji technicznej. Podtrzymał swoje wyjaśnienia w piśmie z dnia 17 lipca 2012 r., że wykonawca zobowiązany był sporządzić kosztorys ofertowy z podaniem obydwu podstaw wyceny. W piśmie tym zamawiający stwierdził wprost, że ma być podana podstawa SST i zaznaczył, że wersja nieedytowalna przekazanych przedmiarów jest wersją obowiązującą, a więc obejmowała wskazanie jako podstawy wyceny również KNR.

Przedmiar – branża – tory, poz. 172 d.4.8 przewiduje nr specyfikacji technicznej – D-03.02.01a. Wykonawca wybrany podał nr specyfikacji – D-03.02. - odstępstwo dotyczy nie podania całego oznaczenia nr SST.

Przedmiar – branża – sygnalizacja uliczna – pozycja 55 D.2.3. przewiduje montaż konsol sygnalizatorów ulicznych na maszcie (2 konsole w komplecie) – jednostka miary kpl – razem 25 kompletów. Wykonawca wybrany podał: pozycja 55 D.2.3., SST 4.2.1 montaż konsol sygnalizatorów ulicznych na maszcie (2 konsole w komplecie) – (szt) razem 25. Cena jednostkowa 150,00; wartość – 3750,00 zł.

Przedmiar – branża – odwodnienie drogi – pozycja 78.D.2. przewiduje wywóz ziemi samochodami samowyładowczymi. Jako podstawa wyceny został podany KNR –W 4-01.0109-08, ilość 910,230m³. Wykonawca wybrany podał postawę wyceny SST pkt nr 5.4.1. ilość m³ - 910,230. Zarzut dotyczył nie podania specyfikacji MPK. Odwołujący oświadczył, iż wycofuje ten zarzut.

Przystępujący wypełnił formularz ofertowy oraz formularz cenowy zgodnie z podanymi wzorami załącznika nr 1 i nr 2 do SIWZ.

Okolicznością bezsporną stanowiło, że przedstawione odpisy z KRS jako dokumenty rejestrowe podmiotów wchodzących w skład konsorcjum przystępującego zostały poświadczane za zgodność przez lidera konsorcjum, nie zostały zaś potwierdzone za zgodność przez samych uczestników konsorcjum. W SIWZ pkt 7.3.2, żądany był aktualny odpis właściwego rejestru, a zgodnie z pkt 7.4 litera a wymagane dokumenty winny być złożone przez każdego wykonawcę. Pełnomocnictwo zawarte w dokumentach oferty przystępującego dla lidera konsorcjum - upoważnia do podpisania oferty i wszystkich załączników towarzyszących i złożenia ich zamawiającemu.

Szacunkowa wartość przedmiotu zamówienia wynosiła – 36 585 206,11 zł bez zamówień uzupełniających. Wartość kosztorysowa inwestycji wynosi – 45 460 809,31 zł. brutto. Jest to kwota jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia.

Z protokołu postępowania wynika, że oferty złożyli:

I. Konsorcjum:

1. Kral Sp. z o. o. (lider konsorcjum),
2. Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne - Łódź Sp. z o.o.
3. Przedsiębiorstwo Drogowe-Budowlane „KEMY” Sp. z o.o.
4. „INFRA-TEC Serwis” Sp. z o.o.

- oferta otrzymała - 70.00 pkt w zakresie kryterium „cena oferty - 70%” i 30 pkt w kryterium „skrócenia terminu realizacji - 30 %”, co łącznie dało 100 pkt.

II. Konsorcjum:

1. Przedsiębiorstwo Inżynierskich Robót Kolejowych „TOR - KRAK” Sp. z o.o. (lider konsorcjum),
2. Przedsiębiorstwo „UNIDRO” S.A.

- oferta otrzymała łącznie: 94,65 pkt (64,65 pkt + 30 pkt);

III. Konsorcjum:

1. TOR-KAR-SSON Sp. z o.o. - lider konsorcjum,

2. Przedsiębiorstwo Drogowe Lambdar Sp. z o.o.

3. Przedsiębiorstwo TOR-KAR-SSON Zbigniew Kargul

Oferta otrzymała łącznie: 91,78 pkt (61,78 pkt+ 30 pkt);

IV. Aldesa Construcciones S. A.,

oferta otrzymała łącznie 87,99 pkt (58,49 pkt+ 29,50 pkt);

V. TORPOL S.A.

oferta otrzymała łącznie 62,08 pkt (47,08pkt + 15,00 pkt);

VI. Konsorcjum:

1. NDI S.A. - lider konsorcjum,

2. Construcciones y Promociones Balzola, Sociedad Anonima,

oferta otrzymała łącznie: 86,17 pkt (56,17 pkt + 30 pkt);

VII. Strabag Sp. z o.o.

Oferta otrzymała łącznie: 57,33 pkt (57,33 pkt + 00,00 pkt).

Izba zważyła, co następuje.

Odwołujący mógł zarzucać, iż zaskarżona czynność zamawiającego narusza jego interes w uzyskaniu zamówienia z uwagi na fakt, iż złożył ofertę niepodlegającą odrzuceniu - drugą według ustalonej klasyfikacji i w wypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania oraz wyeliminowania oferty przystępującego, zachodziłaby możliwość wyboru tej oferty do realizacji zamówienia. Odwołujący jako uczestnik przedmiotowego postępowania przetargowego posiada zatem interes w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, a co za tym idzie legitymację do korzystania ze środków ochrony prawnej, skoro wykazywał, iż zamawiający z naruszeniem ustawy Pzp zaniechał czynności odrzucenia oferty przystępującego, uniemożliwiając tym wybór złożonej oferty - uprawiający do zawarcia umowy o realizację zamówienia - narażając odwołującego na poniesienie związanej z tym szkody.

Przechodząc do podstaw rozstrzygnięcia należało zważyć, że w sytuacji gdy oferta jest składana przez kilku wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie w trybie art. 23 ustawy Pzp, uczestnicy konsorcjum winni w dokumentacji oferty - w zależności od swego statusu, przedstawić stosowne dokumenty rejestrowe, co wynikało również z postanowień SIWZ – pkt 7.3.2. Okolicznością bezsporną pozostawało, że przystępujący konsorcjum Kral Sp. z o. o. - lider konsorcjum złożył odpisy z KRS dla parterów konsorcjum: Miejskiego

Przedsiębiorstwa Komunikacyjnego - Łódź Sp. z o.o., Przedsiębiorstwa Drogowo-Budowlanego „KEMY” Sp. z o.o., „INFRA-TEC Serwis” Sp. z o.o., poświadczono za zgodność z oryginałem przez lidera konsorcjum przystępującego, zgodnie z umocowaniem dla lidera przedstawionym w dokumentach oferty.

W ocenie Izby, interpretacja odwołującego odnośnych postanowień SIWZ, że każdy z uczestników konsorcjum powinien poświadczyc za zgodność z oryginałem przedkładany odpis własnego aktu rejestrowego - jest nieprawidłowa, gdyż z mocy art. 23 ust. 3 Pzp przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie. Izba uznała zatem, że dokumenty rejestrowe uczestników konsorcjum przystępującego – zostały przedstawione w prawidłowej formie, poświadczono przez lidera konsorcjum umocowanego do tej czynności udzielonym jemu pełnomocnictwem – zgodnie z postanowieniami SIWZ.

Na tle wyżej przytoczonych wymagań zamawiającego przedstawionych w SIWZ i badanej oferty konsorcjum: Kral Sp. z o. o. (lider konsorcjum), Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne - Łódź Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Drogowe-Budowlane „KEMY” Sp. z o.o., „INFRA-TEC Serwis” Sp. z o.o. przypomnienia wymagała definicja treści oferty. Za treść oferty uznaje się zobowiązanie wykonawcy do spełnienia na rzecz zamawiającego oznaczonego w SIWZ świadczenia, w sposób opisany i za oferowaną cenę. Zobowiązanie takie z mocy art. 66 § 1 K.c. w związku z art. 14 ustawy Pzp, ma postać oświadczenia złożonego w formie pisemnej, gdyż taką szczególną formę dla ważności tej czynności wyznacza art. 82 ust. 2 ustawy Pzp, jednocześnie stanowiąc w ust. 3 tej normy, iż treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Istotne warunki zamówienia – *essentialia negotii* przyszłej umowy w rozumieniu art. 66 § 1 K.c. określa zamawiający w dokumentacji postępowania.

Treść oferty, na gruncie przedmiotowego postępowania, wyznaczają zatem formularz ofertowy – ogólny według wzoru załącznika nr 1 oraz formularz ofertowy nr 2 – formularz cenowy do oferty. Ponadto, do treści oferty przynależy kosztorys ofertowy wykonawcy, gdyż wynagrodzenie w przedmiotowym postępowaniu ma charakter kosztorysowy w rozumieniu art. 629 K.c. w związku z art. 14 ustawy Pzp, zatem zarówno ceny jednostkowe – według których zostaną rozliczone faktycznie wykonane roboty budowlane, jak i cena całkowita oferty statuuja jej istotne postanowienia. Cena kosztorysowa oferty, winna być natomiast obliczona w oparciu ujednolicony zakres rzeczowy robót (w tym nakłady określone przywołanymi w przedmiarze podstawami wyceny – KNR, SST).

Za istotną treść oferty, zgodnie z utrwalonym znaczeniem tego terminu, uznaje się za konieczne do spełnienia z punktu widzenia istotnych postanowień SIWZ - wymagania zamawiającego, których brak skutkuje odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2

ustawy Pzp - bez możliwości jej konwalidacji, za wyjątkiem prostowania omyłek, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Inne omyłki w ofercie - pisarskie, rachunkowe - podlegają poprawie w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 1 i 2 ustawy Pzp.

Samo złożenie podpisu wykonawcy pod formularzem ogólnym i cenowym oferty nie jest wystarczające do przyjęcia, iż wykonawca zrealizuje zamówienie zgodnie z istotnymi postanowieniami SIWZ – tak jak zadeklarował to przystępujący, i tym samym objął realizację zobowiązania treścią swojej oferty, skoro zachodzi niezgodność ze szczegółowymi postanowieniami kosztorysu ofertowego. Wykonawca zobowiązał się wykonać roboty budowlane zgodnie z przekazaną mu dokumentacją. Stosownie do przepisów § 4 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (Dz. U. Nr 202, poz. 2072, ze zm.) dokumentacja projektowa obejmuje także przedmiar robót, który według § 6 tegoż rozporządzenia zawierać powinien zestawienie przewidywanych do wykonania robót podstawowych w kolejności technologicznej ich wykonania wraz z ich szczegółowym opisem lub wskazaniem podstaw ustalających szczegółowy opis oraz wskazaniem właściwych specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych, z wyliczeniem ilości jednostek przedmiarowych robót podstawowych.

Z przytoczonych w materiale dowodowym sprawy postanowień specyfikacji istotnych wymagań zamawiającego wynika, iż zamawiający żądał sporządzenia kosztorysu ofertowego w sposób w pełni zgodny z przekazanym przedmiarem w wersji nieedytowalnej – zawierającej podstawy wyceny w oparciu o podane numery KNR, jak i SST, co gwarantowało porównywalność ofert, zarówno w aspekcie rzeczowym jak i cenowym.

Zamawiający wypełnił obowiązek określony w art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, to jest dokonał opisu przedmiotu zamówienia w sposób jasny, wyczerpujący z podaniem wszystkich wymagań co koniecznej zawartości treści oferty, jak i wszelkich wymaganych dokumentów, a opis ten nie był przedmiotem zastrzeżeń ze strony wykonawców i na etapie oceny ofert nie podlegał weryfikacji.

Postępowanie dowodowe wykazało, że oferta - w tym kosztorys ofertowy przystępującego, nie była w całości zgodna z wytycznymi SIWZ. Należało zatem ustalić na ile były to omyłki podlegające sprostowaniu w trybie art. 87 ust. 2 ustawy Pzp.

Zdaniem Izby, w zakresie w jakim kosztorys ofertowy wykonawcy powinien powtarzać (powielać) zapisy przedmiaru, i nie stanowi oświadczenia własnego wykonawcy, statuującego treść oferty (np. określenia cen jednostkowych) wybrana oferta konsorcjum Kral Sp. z o. o. kwalifikuje się do poprawy w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 1 i pkt 3 ustawy Pzp.

Przedmiotem zarzutów, nie były objęte odstępstwa zakresu realizacji zamówienia, czy użytych materiałów, wskutek pominięcia niektórych pozycji przedmiaru, czy też ich zmiany w kosztorysie ofertowym przystępującego.

W odniesieniu do pozycji 55 D.2.3., SST 4.2.1 montaż konsol sygnalizatorów ulicznych na maszcie (2 konsole w komplecie) – jednostka miary szt. – razem 25, cena jednostkowa 150,00; wartość – 3 750,00 zł, ilość kompletów została podana prawidłowo. Należy jedynie oznaczenie jednostek miary „sztuk” zmienić na prawidłowe „kpl” – tak jak w przedmiarze, pozostawiając cenę jednostkową – jako cenę kompletu konsol sygnalizatorów ulicznych oraz ich wartość w danej pozycji.

Przedmiar – branża – tory, poz. 172 d.4.8 przewiduje nr specyfikacji technicznej – D-03.02.01a. Skoro wykonawca wybrany podał nr specyfikacji – D-03.02., należy przyjąć że omyłka dotyczy niepodania całego oznaczenia odnośnej SST, precyzującej opis danej pozycji robót. Omyłka taka podlega sprostowaniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, jako przypadkowe opuszczenie części oznaczania podstawy wyceny w danej pozycji kosztorysu.

Zarzut, że przedmiar – branża – odwodnienie drogi – pozycja 78.D.2. przewidująca wywóz ziemi samochodami samowyladowczymi, gdzie jako podstawa wyceny został podany KNR –W 4 -01. 0109-08, ilość 910,230 m³, a wykonawca wybrany – nie podał specyfikacji MPK - nie został przez odwołującego podtrzymany.

W odniesieniu do zarzutu pominięcia w kosztorysie ofertowym przystępującego wskazania odnośnych numerów KNR, Izba wyraża pogląd, że brak ten kwalifikuje się do poprawy w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Odwołujący nie zarzucał, że przystępujący pominął którekolwiek pozycje przedmiaru, czy nawet zmienił ich kolejność. Postawa wyceny w postaci kolumny pominiętych numerów KNR zidentyfikowana może być podwójnie – poprzez liczbę porządkową pozycji i odpowiadający numer SST. Oznacza to, że zamawiający dokonując sprostowania tej omyłki polegającej na opuszczeniu kolumny podstawy wyceny – KNR – w kosztorysach branżowych, gdzie podstawa ta występuje – powinien zawiadomić wykonawcę o dokonaniu poprawy w taki sposób, tj. poprzez oświadczenie, że przyjmuje oznaczenia KNR w kosztorysie ofertowym przystępującego zgodne z przedmiarem - nawet bez rzeczywistego wpisywania w ofercie przystępującego pominiętych numerów KNR, co byłoby nadmiernym i zbędnym utrudnieniem, biorąc pod uwagę obszerność kosztorysu.

Wykonawca, w którego ofercie zamawiający dokonuje poprawy w oznaczony sposób, może na to nie wyrazić swej zgody, wówczas oferta podlega odrzuceniu, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Niezależnie od tego, czy omyłki i inne niezgodności w ofercie wykonawcy mają charakter formalny, czy też merytoryczny – w stopniu kwalifikującym się do poprawy, zamawiający nie może dokonać wyboru takiej oferty do realizacji zamówienia – bez wyczerpania obligatoryjnej procedury poprawy oferty.

Zarówno zamawiający, jak i wykonawcy związani są ustalonymi w SIWZ warunkami sprzedaży oferty i określenia jej treści, a zamawiający na etapie oceny ofert nie może od tych warunków czynić żadnych odstępstw bez względu na to czy mają one charakter merytoryczny, czy też formalny. Przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp stanowi natomiast, że zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty – niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

W ocenie izby, dokonanie nakazanych zmian nie spowoduje niedopuszczalnej zmiany treści oferty względem treści SIWZ.

Stwierdzone naruszenie przepisów ustawy Pzp, miało istotny wpływ na wynik postępowania, skoro zamawiający dokonał wyboru oferty konsorcjum Kral Sp. z o.o. (lider) mimo, że bez dokonania jej poprawy treść wymienionej oferty nie odpowiadała treści SIWZ.

Wybór oferty konsorcjum przystępującego w jej obecnym kształcie, bez uprzedniego wyczerpania dyspozycji art. 87 ust. 2 ustawy Pzp, naruszył wskazane w odwołaniu przepisy, tj.:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp, przez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty, której treść wskazuje na niezgodność ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia,
- 2) w konsekwencji wybór taki uchybia przepisom art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia - w związku naruszeniem przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Postanowienia art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, pozwalają na uwzględnienie odwołania, jeżeli Izba stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Wynik postępowania nie jest na moment orzekania w tej sprawie ustalony, gdyż wiąże się z uprzednim dokonaniem poprawy oferty przystępującego.

W tym stanie rzeczy Izba uwzględniła odwołanie o czym orzekła na podstawie art. 192 ust. 1, ust, 2 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp.

Izba zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrot kosztów uiszczanego wpisu stosownie do postanowień § 3 i 5 ust 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów

z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....