

Sygn. akt: KIO 350/11

WYROK
z dnia 4 marca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Małgorzata Wilim

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 marca 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez wykonawcę **Konsorcjum: Skanska S.A., Skanska a.s., z siedzibą dla Lidera 01-518 Warszawa, ul. Gen. J. Zajączka 9**, od czynności zamawiającego, którym jest **Górnośląskie Towarzystwo Lotnicze S.A., 40-161 Katowice, Al. Korfantego 38**,

przy udziale wykonawcy **Max Bögl Polska Sp. z o.o., 52-414 Szczecin, ul. M. Śniegockiego 4-6**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie

2. Kosztami postępowania obciąża Konsorcjum: Skanska S.A., Skanska a.s., 01-518 Warszawa, ul. Gen. J. Zajączka 9

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Konsorcjum: Skanska S.A., Skanska a.s., 01-518 Warszawa, ul. Gen. J. Zajączka 9**,
- 2) dokonać wpłaty kwoty 3 932 zł 50 gr (słownie: trzech tysięcy dziewięciuset trzydziestu dwóch złotych pięćdziesięciu groszy) przez **Konsorcjum:**

Skanska S.A., Skanska a.s., 01-518 Warszawa, ul. Gen. J. Zajączka 9, na rzecz Górnośląskiego Towarzystwa Lotniczego S.A., 40-161 Katowice, Al. Korfantego 38, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu.

Stosownie do art. 198 a ust. 1 i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) 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
do wyroku sygn. akt KIO 350/11

W **dniu 21 lutego 2011 roku** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w oparciu o art. 180 ust. 1 w związku z art. 179 ust. 1 ustawy z dnia 29.01.2004 r. „Prawo zamówień publicznych” (tekst jedn. Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 ze zm. - zwanej dalej „ustawą Pzp”) złożono odwołanie w imieniu wykonawców – konsorcjum firm - **Skanska SA** z siedzibą w Warszawie oraz **Skanska a.s.** z siedzibą w Pradze (Czechy) w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Zamawiającego **Górnośląskie Towarzystwo Lotnicze S.A.** z siedzibą w Katowicach.

Odwołanie dotyczy czynności podjętych i zaniechanych przez Zamawiającego z **10 lutego 2011 roku** (wybór oferty najkorzystniejszej) w sprawie rozstrzygnięcia przetargu nieograniczonego, którego przedmiot stanowią: *Roboty budowlane obejmujące rozbudowę płaszczyzny postoju samolotów PPS 1 w kierunku wschodnim wraz z modernizacją dróg kołowania E1, E2 i D w Międzynarodowym Porcie Lotniczym „Katowice” w Pyrzowicach* realizowanych w ramach zadanie pod nazwą: *„Port lotniczy w Katowicach - rozbudowa i modernizacja infrastruktury lotniskowej i portowej”* polegających na: nieuzasadnionym wyborze oferty Max Bögl Polska sp. z o.o. w Szczecinie, chociaż oferta ta nie była najkorzystniejsza, zaniechaniu przez Zamawiającego wykluczenia wykonawcy Max Bögl Polska sp. z o.o. w Szczecinie, oraz zaniechaniu przez Zamawiającego odrzucenia oferty wykluczonego wykonawcy - firmy Max Bögl Polska sp. z o.o. w Szczecinie.

Czynnościom Zamawiającego zarzucono naruszenie:

- 24 ust. 2 pkt 2 w zw. z art. 85 ust. 4 oraz 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp – poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy, który nie wniósł lub nie przedłużył ważności wadium na przedłużony okres związania ofertą i w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty wykluczonego wykonawcy,
- art. 24 ust. 2 pkt 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp - poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy, który złożył nieprawdziwe informacje mogące mieć wpływ na wynik postępowania i w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty wykluczonego wykonawcy,
- art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp- poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu i w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty wykluczonego wykonawcy,
- art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy, której treść nie odpowiada treści SIWZ,
- art. 7 ust. 1, i art. 91 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy, który winien zostać wykluczony z postępowania, a jego

oferta odrzucona.

Odwołujący wskazywał, że posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż jego oferta jest najkorzystniejsza zgodnie z art. 91 ustawy Pzp. Najniższa cena była jedynym kryterium oceny ofert w niniejszym postępowaniu, a oferta Odwołującego zawiera obecnie najniższą cenę spośród ważnych ofert w niniejszym postępowaniu, ponieważ wykonawca, który zaoferował najniższą cenę (Max Bögl Polska sp. z o.o. w Szczecinie) powinien zostać wykluczony z postępowania i jego oferta posiada inne wady skutkujące jej odrzuceniem z uwagi na jej niezgodność z ustawą Pzp oraz SIWZ. Natomiast szkoda, jaką Odwołujący może ponieść w wyniku naruszenia przez Zamawiającego w/w przepisów ustawy Pzp, polega na pozbawieniu Odwołującego realnych korzyści finansowych wynikających z możliwości uzyskania przez niego przedmiotowego zamówienia.

Wartość przedmiotowego zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Ogłoszenie ukazało się w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem Dz. U./S S124 - 190207-2010-PL w dniu 30.06.2010 roku.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienie czynności wyboru oferty Max Bögl Polska sp. z o.o. w Szczecinie jako najkorzystniejszej;
- powtórzenie czynności badania i oceny ofert i dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej;
- wykluczenie Max Bögl Polska sp. z o.o. z postępowania i odrzucenie jego oferty z uwzględnieniem wszystkich okoliczności stanowiących podstawę wykluczenia i odrzucenia oferty tej firmy.

I. ZARZUT BEZPODSTAWNEGO ZANIECHANIA WYKLUCZENIA MAX BÖGL POLSKA SP. Z O.O. I ODRZUCENIA JEGO OFERTY NA PODSTAWIE ART. 24 UST. 2 PKT 2 W ZW Z ART. 89 UST. 1. P. 5 USTAWY PZP.

Wykonawca Max Bögl Polska sp. z o.o. pismem z dnia 25.01.2011 roku przedłużył termin związania ofertą o 90 dni, nie przedłużając jednocześnie ważności wadium ani nie wnosząc nowego wadium. W uzasadnieniu tej czynności powołał art. 46 ust. 3 ustawy Pzp.

W pierwszej kolejności Odwołujący podnosił, że podstawą prawną przedłużenia terminu związania ofertą z inicjatywy wykonawcy jest art. 85 ust. 2 i 4 ustawy Pzp, a nie art. 46 ust. 3 ustawy Pzp, który stanowi wyłącznie podstawę działania Zamawiającego.

Prawidłowość działania Max Bögl Polska sp. z o.o. w tym zakresie powinna być badana w aspekcie zgodności z art. 85 ust. 2 i 4. W świetle bowiem ustawy Pzp wykonawca zobowiązany jest do wykazywania aktywności w kwestii zabezpieczenia swojego interesu brania udziału w postępowaniu zmierzającego do pozyskania zamówienia i nie jest wystarczającym, aby biernie oczekiwał na wezwania ze strony Zamawiającego w tym zakresie.

Analizując natomiast treść art. 85 ust. 2 i 4 należy stwierdzić, że wykonawca może samodzielnie przedłużyć termin związania ofertą, ale zgodnie z ust. 4: przedłużenie terminu 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. Jeżeli przedłużenie terminu związania ofertą dokonywane jest po wyborze oferty najkorzystniejszej, obowiązek wniesienia nowego wadium lub jego przedłużenia dotyczy jedynie wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza.

Dzień 25.01.2011 roku, kiedy Max Bögl Polska sp. z o.o. dokonał przedłużenia terminu związania ofertą nie był dniem „po wyborze” oferty najkorzystniejszej, ale „przed wyborem”, w trakcie procesu badania i oceny ofert, ponieważ wybór oferty najkorzystniejszej nastąpił dopiero 10.02.2011 roku. Na skutek wyroku KIO z dnia 27.12.2010 roku (sygn. KIO/2661/2662/2663/10) unieważniona została czynność wyboru oferty Budimex S.A. z dnia 1.12.2010. Oznacza to, że zaistniał taki stan prawny, jakby ta czynność nigdy nie nastąpiła (skutek nieważności czynności prawnej). Postępowanie „powróciło” więc do etapu badania i oceny ofert. Znajdując się z kolei na tym etapie postępowania, Max Bögl Polska sp. z o.o. zobowiązany był do przedłużenia terminu związania ofertą wraz z przedłużeniem ważności wadium (lub wniesieniem nowego), jeśli skutecznie i zgodnie z ustawą Pzp chciał dokonać tego przedłużenia. W tym miejscu Odwołujący powołał się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej (wyrok KIO z 2009-02-06 KIO/UZP 119/09). Z uwagi na powyższe należało dojść do jednoznacznego wniosku, że skoro Max Bögl Polska sp. z o.o. nie przedłużył ważności wadium ani nie wniósł nowego wadium wraz ze złożeniem oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą - powinien zostać wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

Niezależnie od przywołanych argumentów, w niniejszym stanie faktycznym zastosowanie przez Zamawiającego art. 46 ust. 3 ustawy nie mogło mieć miejsca. Wybór najkorzystniejszej oferty w wyniku odwołań z dnia 10.12.2010 roku nastąpił bowiem dopiero 10.02.2011 roku, kiedy terminy związania ofertą wykonawców, którym zwrócono wadium na podstawie art. 46 ust. 1 - upłynęły 7.02.2011 roku (z uwzględnieniem okresu zawieszenia w czasie postępowania odwoławczego: 17 dni). Gdyby Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej do dnia 7.02.2011 roku, do którego terminy związania ofertą wykonawców, którym zwrócono wadium na podstawie art. 46 ust. 1 były jeszcze w mocy, wyłoniony w tym czasie wykonawca mógłby dostarczyć nowe wadium na wezwanie Zamawiającego. Czynność wyboru jednak w wyżej określonym czasie nie nastąpiła. Wykonawcy chcący brać dalszy udział w postępowaniu winni z własnej inicjatywy przedłużyć termin związania ofertą, ale już w sytuacji prawnej po ogłoszeniu wyroku KIO z 27.12.2010 - w sytuacji, w której decyzja o wyborze oferty najkorzystniejszej nie istnieje, a postępowanie znajduje się na etapie badania i oceny ofert. Obowiązują więc zasady przedłużania terminu związania ofertą wraz z przedłużeniem lub

wniesieniem wadium zgodnie z art. 85 ust. 2 i 4 zd 1 ustawy Pzp.

W część końcowej Odwołujący z całą stanowczością podkreślił, że przepisy art. 46 ust. 1 i 3 oraz art. 85 ust. 4 zd 2 ustawy Pzp stanowią wyjątek od zasady ciągłości wadium wnoszonego w postępowaniu przez wykonawców. W związku z tym przepisy te trzeba interpretować ściśle i stosować wyłącznie do sytuacji w nich określonych (tak też w wyroku KIO z 14.05.2010 - KIO/UZP759/10). Zatem wybór oferty Max Bögl Polska sp. z o.o. dokonany w dniu 10.02.2011 roku nastąpił bez podstawy prawnej, bo w okresie nieskutecznego przedłużenia przez tego wykonawcę terminu związania ofertą, jak wykazano to wcześniej.

Z ostrożności, Odwołujący podniósł dalsze zarzuty skutkujące wadliwością decyzji o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Max Bogi Polska sp. z o.o.

II. ZARZUT BEZPODSTAWNEGO ZANIECHANIA WYKLUCZENIA MAX BÖGL POLSKA SP. Z O.O. I ODRZUCENIA JEGO OFERTY NA PODSTAWIE ART. 24 UST. 2 PKT 3 I 4 W ZW Z ART. 89 UST. 1 PKT 5 USTAWY.

A. ZARZUT DOTYCZĄCY ZŁOŻENIA NIEPRAWDZIWYCH INFORMACJI

Odwołujący wskazywał, że Zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą ofertę wykonawcy, który przedłożył dokumenty mające potwierdzać, że znajduje się on w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia, zawierające nieprawdziwe informacje mogące mieć wpływ na wynik postępowania.

Zgodnie z pkt IV.4.b) SIWZ Zamawiający oświadczył, że uzna warunek polegający na znajdowaniu się przez Wykonawcę w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia za spełniony, jeżeli Wykonawca będzie ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności na sumę ubezpieczenia nie niższą niż 50.000.000 PLN. Wykonawca na potwierdzenie spełnienia powyższego warunku udziału w postępowaniu zobowiązany był na podstawie pkt V.A.11 SIWZ dołączyć do oferty opłaconą polisę, a w przypadku jej braku inny dokument potwierdzający, że Wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności i związanej z przedmiotem zamówienia na sumę ubezpieczenia nie niższą niż 50.000.000 PLN.

Max Bögl Polska sp. z o.o. wraz z ofertą przedłożył sporządzony przez HDI-Gerling Industrie Versicherung AG w języku niemieckim dokument „Versicherungsbestätigung” oraz tłumaczenie tego dokumentu - „Potwierdzenia ubezpieczenia” - na język polski.

Odwołujący zwrócił uwagę na istotną rozbieżność w treści pomiędzy tymi dwoma dokumentami, tj. w wersji polskojęzycznej „Potwierdzenia ubezpieczenia” (na stronie pierwszej, pierwszy akapit od dołu - lit. b)) pojawia się zapis limitujący odpowiedzialność Ubezpieczyciela za szkody majątkowe do kwoty 5.000.000 Euro za każde zdarzenie i maksymalne rocznie do kwoty 10.000.000 Euro, co powoduje, iż zdaniem Odwołującego, wykonawca nie spełnia warunków SIWZ dotyczących kwoty ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej. Z kolei w wersji niemieckojęzycznej przedmiotowego dokumentu zapis ten w ogóle nie został

umieszczony, co uprawnia do uznania, iż wykonawca złożył nieprawdziwe informacje w kwestii dotyczącej wykazania spełniania warunku polegającego na znajdowaniu się przez wykonawcę w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia.

Oceniając oryginalny tekst polisy w j. niemieckim oraz jego tłumaczenie na j. polski należy dojść do wniosku, że wykonawca Max Bögl Polska sp. z o.o. w Szczecinie dopuścił się niedozwolonej manipulacji treścią oryginału dokonując tłumaczenia w zakresie tekstu nieistniejącego w oryginale. W ramach tłumaczenia dopisał limity kwotowe, których nie było w oryginale, co jest niedopuszczalne w świetle ustawy.

Odwołujący podkreślił, iż zgodnie z ugruntowanym poglądem doktryny, jak i judykatury ocenie podlegają nieprawdziwe informacje zawarte w oświadczeniach i dokumentach składanych przez wykonawcę, np. we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, ofercie, wyjaśnieniach treści oferty itd. Jeżeli informacje nieprawdziwe mają lub mogą mieć wpływ na wynik postępowania - a więc dotyczą warunków zarówno podmiotowych, jak i w związku z przedmiotem zamówienia - Zamawiający ma obowiązek wykluczenia wykonawcy z postępowania. Co więcej, podanie przez wykonawcę nieprawdziwych informacji w ofercie nie można uznać za "błąd", a dokument zawierający nieprawdziwą informację za podlegający uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Przyczyny przedstawienia nieprawdziwej informacji pozostają bez znaczenia dla wywołania skutków wykluczenia wykonawcy z postępowania, określonych przepisem art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp (por. wyrok KIO z dnia 12 października 2009 r. w sprawie KIO/UZP 1223/09).

Podanie nieprawdziwej informacji, nie podlega przy tym konwalidacji przez umożliwienie wykonawcy przedstawienia w miejsce dokumentu niezgodnego z prawdą, innego dokumentu, który potwierdziłby spełnienie wymagań udziału w postępowaniu, określonych specyfikacją istotnych warunków zamówienia (por. postanowienie KIO z 18.05.2010 r., nr KIO/UZP 834/10). Uzupełnieniu w myśl art. 26 ust. 3 ustawy Pzp podlega dokument niezłożony, lub dokument wadliwy, zaś takiego charakteru nie ma dokument zawierający nieprawdziwe dane. Stanowisko powyższe potwierdza wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 października 2008 r. w sprawie sygn. akt: KIO/UZP 1098/08. Z kolei z wyroku z dnia 28 września 2009 r. w sprawie KIO/UZP 1161/09 wynika, że w przypadku, gdy wykonawca złożył w ofercie nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania, Zamawiający ma bezwzględny obowiązek wykluczyć tego wykonawcę z postępowania o udzielenie zamówienia.

W sprawie niniejszej fakt wykazania stosownym dokumentem określonym w SIWZ posiadanego ubezpieczenia w żądanej wysokości był jednym z elementów, niezbędnych do uznania, iż wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu. Posiadanie wymaganego ubezpieczenia determinowało więc udział jednego z wykonawców w postępowaniu, co w przypadku, gdy wykonawca ten zaoferował najniższą cenę, w oczywisty sposób wpływało na wynik postępowania.

Ponadto zwrócono uwagę, iż przepis art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp nie uzależnia wykluczenia wykonawcy, który przedstawił informacje nieprawdziwe, od wykazania winy tego wykonawcy. Zamawiający nie ma obowiązku ustalania, czy działanie wykonawcy ma charakter zawiniony, czy też nie. W takim przypadku nie można zastosować art. 26 ust. 3 ustawy Pzp i dokonać wezwania Wykonawcy do uzupełnienia dokumentów, bowiem podanie nieprawdziwych informacji nie można uznać za "błąd" podlegający uzupełnieniu - jest to bowiem samoistna przesłanka wykluczenia. Nie można uzależniać przyporządkowania do kategorii "nieprawdziwych informacji" bądź do kategorii "błędu" od okoliczności, czy podanie informacji niezgodnych z rzeczywistością wynikało z winy umyślnej, czy z niedbalstwa Wykonawcy, jeżeli nieprawdziwe są informacje co do wymaganego przez Zamawiającego parametru granicznego, przesądzającego o spełnieniu warunku udziału w postępowaniu: waga tego rodzaju informacji w postępowaniu o udzielenie zamówienia jest tak duża, że nie można twierdzić, że nie zostały podane celowo.

B. ZARZUT DOTYCZACY BRAKU POTWIERDZENIA SPEŁNIENIA WARUNKU UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU

Odwolujący nie odstępując od twierdzenia, że Zamawiający winien wykluczyć Max Bögl Polska sp. z o.o. z postępowania z uwagi na złożenie nieprawdziwych informacji i podtrzymując argumentację dotyczącą braku podstaw do uzupełnienia dokumentu w tym zakresie, z ostrożności podniósł, że ani dokumenty dołączone do oferty Max Bögl Polska sp. z o.o. mające potwierdzać spełnienie warunku właściwego ubezpieczenia, ani te - dostarczone w wyniku żądania do złożenia wyjaśnień nie potwierdzają spełnienia warunku określonego w pkt IV.4.b) SIWZ.

Max Bögl I Polska sp. z o.o. wraz z ofertą przedłożył sporządzony w dacie 22.04.2010 r. przez HDI-Gerling Industrie Versicherung AG w języku niemieckim dokument „Versicherungsbestätigung” oraz tłumaczenie tego dokumentu - „Potwierdzenia ubezpieczenia” - na język polski. W dokumencie tym widnieje zapis, iż „potwierdzenie zostało wydane jedynie w celu informacyjnym i nie przenosi na właściciela żadnych praw”. Dokument ten, o treści opisanej powyżej w p. A odwołania nie został uznany przez Zamawiającego jako wystarczający i zgodny z wymogami SIWZ, co znalazło wyraz w wezwaniu Max Bögl Polska sp. z o.o. do przedłożenia prawidłowego dokumentu.

Pismem z dnia 20.01.2011 r., nr GTL/DZM/183/2011, Zamawiający wezwał Max Bögl Polska sp. z o.o. do uzupełnienia brakujących dokumentów, tj. opłaconej polisy potwierdzającej ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia i dowodów zapłaty wymaganych składek.

Max Bögl Polska sp. z o.o. w odpowiedzi na w/w wezwanie Zamawiającego pismem z dnia 02.02.2011 r., nr MB/WR/ET/1445/2010 podniósł, iż nie był zobowiązany do przedłożenia polisy, albowiem jest objęty ubezpieczeniem grupy kapitałowej, do której należy i nie jest

podmiotem zawierającym umowę ubezpieczenia, a co za tym idzie - polisa „zgodnie z praktyką ubezpieczycieli” wydana jest podmiotowi zawierającemu ubezpieczenie w imieniu grupy kapitałowej. Wykonawca wskazał przy tym, iż „w dacie składania oferty nie dysponował dokumentem polisy (...) a jedynie dokumentem potwierdzającym objęcie go ubezpieczeniem”.

Max Bögl Polska sp. z o.o. z ostrożności do wyjaśnień dołączył jednakże dwa nowe dokumenty (sporządzone w języku angielskim, oba wraz z tłumaczeniem na j. polski), tj.

1) potwierdzenie ubezpieczenia nr 66901402-01014 z dnia 27.01.2011 r., które zdaniem Wykonawcy jest odpowiednikiem polisy oraz

2) potwierdzenie dot. polisy ubezpieczeniowej nr 66901402-01014 z dnia 27.01.2011 r.

1. Przedłożone - w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego - przez Max Bögl Polska sp. z o.o. dokumenty (tj. potwierdzenie ubezpieczenia nr 66901402-01014 z dnia 27.01.2011 r. oraz potwierdzenie dot. polisy ubezpieczeniowej nr 66901402-01014 z dnia tej samej daty) są niezgodne z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w związku z wymogami określonymi przez Zamawiającego w pkt IV.4.b) i pkt V.A.11 SIWZ. ponieważ nie potwierdzają spełniania przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, nie później niż na dzień, w którym upłynął termin składania ofert.

2. Z załączonego przez Max Bögl Polska sp. z o.o. do oferty potwierdzenia ubezpieczenia nr 66901402-01014 z dnia 22.04.2010 r. nie wynika, iż Wykonawca posiada na dzień składania ofert, opłacone na kwotę nie niższą niż 50.000.000 PLN, ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Ponadto treść tego dokumentu - w odniesieniu do treści przedłożonych przez Wykonawcę dokumentów, o których mowa w pkt 1 - nasuwa uzasadnione wątpliwości co do rzeczywistej treści polisy, na podstawie której przedmiotowy dokument został wydany.

Ad. 1)

Wskazano, iż pomimo wezwania przez Zamawiającego do przedłożenia opłaconego dokumentu polisy potwierdzającego ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę ubezpieczenia nie niższą niż 50.000.000 PLN, wykonawca nie przedłożył żądanego dokumentu, a jedynie do swych wyjaśnień dołączył dwa nowe dokumenty w wersji anglojęzycznej (każde z tłumaczeniem na język polski), a mianowicie: potwierdzenie ubezpieczenia nr 66901402-01014 z dnia 27.01.2011 r. oraz potwierdzenie dot. polisy ubezpieczeniowej nr 66901402-01014 z dnia tej samej daty.

Dołączony do wyjaśnień Max Bögl Polska sp. z o.o. nowy dokument, tj. potwierdzenie ubezpieczenia nr 66901402-01014 z dnia 27.01.2011 r. - w wersji anglojęzycznej, z tłumaczeniem na język polski - jest niezgodny z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, albowiem nie potwierdza spełniania przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, nie później niż na dzień, w którym upłynął termin składania ofert.

Dokument ów dotyczy bowiem okresu po dacie złożenia oferty (data wystawienia dokumentu - 27.01.2011 r., data wygaśnięcia ubezpieczenia -1.01.2012 r.).

Co więcej, dodatkowo wskazać należy, iż Zamawiający żądał od Max Bögl Polska sp. z o.o. przedłożenia polisy, której nie otrzymał w odpowiedzi na żądanie. Przedłożony zamiast polisy dokument w tłumaczeniu zawiera inne oznaczenie firmy współubezpieczonej niż Max Bögl Polska sp. z o.o. (Max Bögl Bauservice GmbH &CoKG), a także dokument ten zawiera odmienne postanowienia odnoszące się do wysokości sum ubezpieczenia od tych, które widnieją w potwierdzeniu ubezpieczenia załączonym do oferty, tj. pojawia się zapis o ograniczeniu za szkody dot. uszkodzenia ciała osób i majątkowe łącznie 50.000.000 Euro za każde zdarzenie oraz za szkody finansowe 5.000.000 Euro za każde zdarzenie, a z kolei w potwierdzeniu załączonym do oferty dotyczącym poprzedniego okresu widnieje zapis: sumy ubezpieczenia za każde zdarzenie - ryczałtowo za szkody dot. osób i/albo majątkowe - 50.000.000 Euro za każde zdarzenie i 100.000.000 Euro roczne maksymalne odszkodowania oraz za szkody majątkowe - 5.000.000 Euro za każde zdarzenie i 10.000.000 Euro roczne maksymalne odszkodowanie. Dokument ten zawiera odmienne sformułowanie od tego, które zamieszczono w potwierdzeniu ubezpieczenia załączonym do oferty o podstawie wydania tego dokumentu, tj. iż „potwierdzenie zostało wydane w oparciu o umowę ubezpieczenia (...)”, a w potwierdzeniu załączonym do oferty dotyczącym poprzedniego okresu widnieje zapis „potwierdzenie zostało wydane jedynie w celu informacyjnym i nie przenosi na właściciela żadnych praw”.

Z kolei drugi przedłożony przez Wykonawcę dokument, tj. potwierdzenie dot. polisy ubezpieczeniowej nr 66901402-01014 z 27.01.2011 r. (wystawiony nie na rzecz Wykonawcy, lecz na rzecz Max Bögl I Bauservice GmbH) wskazuje, iż ochrona ubezpieczeniowa z umowy nr 66901402-01014 obowiązuje od dnia 01.01.2008 r., zaś składka za kolejny okres obowiązywania, tj. 1.01.2011 r. do 31.01.2011 r. została uregulowana.

Z uwagi jednak, chociażby na w/w rozbieżności odnośnie zakresu ubezpieczenia, wysokości ubezpieczenia i ograniczeń w ubezpieczeniu pojawiających się w dwóch powyższych potwierdzeniach dot. kolejnych okresów ubezpieczenia - nie sposób uznać, iż dokument ten miałby potwierdzać fakt, iż na dzień składania oferty Wykonawca posiadał opłacone na kwotę nie niższa niż 50.000.000 PLN ubezpieczenie wymagane przez Zamawiającego w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia.

Uznać zatem należy, iż:

- przedłożone - w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego - przez, Max Bögl Polska sp. z o.o. dokumenty są niezgodne z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z wymogami określonymi przez Zamawiającego w pkt IV.4.b) i pkt V.A.11 SIWZ, albowiem nie potwierdzają spełniania przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, nie później niż na dzień, w którym upłynął termin składania ofert;

- Wykonawca nie wykonał wezwania Zamawiającego i nie wykazał stosownym dokumentem, iż w dacie składania oferty posiada ubezpieczenie OC w wymaganej wysokości w zakresie prowadzonej działalności i związanej z przedmiotem zamówienia

Ad. 2)

Odwołujący zarzucił także, iż z załączonego przez Max Bögl Polska sp. z o.o. do oferty potwierdzenia ubezpieczenia nr 66901402-01014 z dnia 22.04.2010 r. nie wynika, iż Wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności i związanej z przedmiotem zamówienia na sumę ubezpieczenia nie niższą niż 50.000.000 PLN.

W przedmiotowym dokumencie jakkolwiek w pkt a) widnieje zapis, z którego wynika, iż sumy ubezpieczenia za każde zdarzenie zostało określone ryczałtowo za szkody dot. osób i/albo majątkowe na 50.000.000 Euro za każde zdarzenie i 100.000.000 Euro roczne maksymalne odszkodowania, to jednak - co istotne - w pkt b) zamieszczono zapis limitujący odpowiedzialność Ubezpieczyciela za szkody majątkowe do kwoty 5.000.000 Euro za każde zdarzenie i 10.000.000 Euro roczne maksymalne odszkodowanie. Tym samym warunek co do wysokości tegoż ubezpieczenia nie został spełniony przez Wykonawcę.

Z potwierdzenia tego nie wynika, iż przedmiotowy dokument potwierdza posiadanie ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Jakkolwiek kwestie te, tj. czynności objęte ubezpieczeniem, zakres ubezpieczenia, jak i warunki umowy ubezpieczenia, reguluje potwierdzenie dołączone przez Wykonawcę wraz z wyjaśnieniami, ale jak już wskazano w pkt ad. 1) niniejszego odwołania - dokument ten dotyczy okresu po dacie składania ofert, a tym samym nie potwierdza, że wskazane w nim informacje były aktualne na dzień składania ofert.

W takiej sytuacji Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego winien był - celem wykazania spełniania warunków w zakresie kwoty i zakresu ubezpieczenia:

- przedłożyć polisę, lub inny dokument, z którego jednoznacznie, w sposób nie budzący żadnych wątpliwości wynikałoby, iż Wykonawca na dzień składania ofert był ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę ubezpieczenia nie niższą niż 50.000.000 PLN. Z niezrozumiałych przyczyn Wykonawca tego nie uczynił.

Nie sposób zatem uznać, iż Wykonawca spełnia warunki SIWZ w zakresie wymaganej wysokości kwoty ubezpieczenia OC, jak i zakresu tego ubezpieczenia.

Podkreślono przy tym, iż treść złożonego do oferty potwierdzenia ubezpieczenia - w odniesieniu do treści przedłożonych przez Wykonawcę dokumentów, o których mowa w pkt 1 - nasuwa uzasadnione wątpliwości co do rzeczywistej treści i warunków polisy, na podstawie której przedmiotowy dokument został wydany. Z treści w/w dokumentów wynika, iż dotyczą one polisy nr 66901402-01014, co do której istnieje możliwość corocznego przedłużenia. Zupełnie

niezrozumiałym zatem są pojawiające się rozbieżności, o których mowa w pkt ad. 1) niniejszego odwołania, w zakresie wysokości ubezpieczenia i ograniczeń w ubezpieczeniu pojawiających się w dwóch powyższych potwierdzeniach ubezpieczenia dotyczących kolejnych okresów ubezpieczenia.

W załączonym do oferty potwierdzeniu ubezpieczenia istnieje zapis, z którego wynika wysokość sumy ubezpieczenia za każde zdarzenie - ryczałtowo za szkody dot. osób i/albo majątkowe - 50.000.000 Euro za każde zdarzenie i 100.000.000 Euro roczne maksymalne odszkodowania oraz limitujący zapis ograniczający odpowiedzialność za szkody majątkowe - 5.000.000 Euro za każde zdarzenie i 10.000.000 Euro roczne maksymalne odszkodowanie. Z kolei z potwierdzenie ubezpieczenia dotyczącego kolejnego rocznego okresu, tj. od 1.01.2011r., zawiera zapis o ograniczeniu sum ubezpieczenia za szkody dot. uszkodzenia ciała osób i majątkowe łącznie 50.000.000 Euro za każde zdarzenie oraz za szkody finansowe 5.000.000 Euro za każde zdarzenie.

Zgodnie z ugruntowanym stanowiskiem doktryny jak i judykatury, dokumenty przedstawiane na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu winny w sposób jednoznaczny i nie budzący wątpliwości potwierdzać spełnienia wymagań określonych przez Zamawiającego, a tym samym dokumenty, na podstawie, których dokonuje się kwalifikacji wykonawców do udziału w postępowaniu, nie powinny pozostawiać dowolności interpretacyjnych, a wynikające z nich potwierdzenie spełnienia warunków nie można oprzeć na domniemaniach i przypuszczeniach (tak np. KIO w wyroku z dnia 2.09.2008 r., sygn. KIO/UZP 854).

Reasumując, bezspornym zatem winno być w ocenie Odwołującego, iż Max Bögl Polska sp. z o.o. nie wykazał spełnienia jednego z warunków udziału w postępowaniu polegającego na znajdowaniu się przez Wykonawcę w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia. Powyższe skutkować winno wykluczeniem oferty Max Bögl Polska sp. z o.o. i w konsekwencji odrzuceniem oferty tegoż Wykonawcy za odrzuconą (art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp).

III. ZARZUT ZANIECHANIA PRZEZ ZAMAWIAJĄCEGO ODRZUCENIA OFERTY MAX BÖGL POLSKA SP. Z O.O. NA PODSTAWIE ART. 89 UST. 1 PKT 2 USTAWY.

A. NIEZGODNOŚĆ POLEGAJĄCA NA NIEPRAWIDŁOWYM SPORZĄDZENIU FORMULARZA OFERTOWEGO ORAZ NIEDOŁĄCZENIU DO KOSZTORYSU OFERTOWEGO NARZUTÓW I TABELI ELEMENTÓW SCALONYCH.

W p. IX SIWZ „Opis sposobu przygotowania oferty” lit. C Zamawiający sformułował swoje żądania odnośnie elementów oferty, m.in:

- a) formularz oferty, sporządzony na podstawie wzoru stanowiącego załącznik nr 2 do niniejszej SIWZ,
- b) kosztorysy ofertowe sporządzone na podstawie niniejszej SIWZ.

Ad a)

Zamawiający wymagał, aby formularz ofertowy został sporządzony zgodnie z wzorem i w sposób przez niego podany. Wykonawca Max Bögl Polska sp. z o.o. nie dopełnił tego wymogu i złożył w ofercie formularz przygotowany niezgodnie z postanowieniami SIWZ. Przede wszystkim załącznik do formularza oferty powinien zawierać wszystkie wypełnione rubryki zgodnie z treścią uwagi wpisanej na wzorcu: UWAGA dla Wykonawców! Należy wypełnić puste rubryki w Załączniku do Formularza Oferty".

W ofercie Max Bögl Polska sp. z o.o. załącznik do Formularza oferty nie zawiera : Uwagi j.w. oraz wbrew przedmiotowej uwadze, Max Bögl Polska sp. z o.o. pozostawił w tym dokumencie puste dwie rubryki:

1. Nazwa, adres pocztowy i elektroniczny Inżyniera,
2. Normalne Godziny Pracy

Ze względu na fakt, że niewypełnienie przedmiotowych rubryk nie można traktować w kategorii błędu, nie jest dopuszczalne uzupełnienie tych braków w trybie art. 87 ust. 2 ustawy Pzp. Nie wiadomo bowiem, jaką treść wpisałby wykonawca w puste miejsca, gdyby postąpił zgodnie z postanowieniami SIWZ i wypełnił rubryki. Zamawiający nie ma możliwości wezwać wykonawcy do uzupełnienia braków i nie posiada kompetencji do składania oświadczeń za wykonawcę (wyrok KIO z 1.06.2010, sygn. KIO/UZP 1008/10).

Ad b)

Z uwagi na fakt, że wymóg dotyczący kosztorysów określony został zbyt ogólnikowo, Zamawiający doprecyzował go udzielając odpowiedzi na pytania wykonawców w tej kwestii pismem z dnia 01.07.2010 w odpowiedzi na pytanie 1 stwierdzając, że „do oferty należy załączyć kosztorys ofertowy opracowany metodą kalkulacji uproszczonej obejmujący co najmniej stronę tytułową, kalkulację uproszczoną (l.p., podstawa wyceny, opis, j.m., ilość, cena jednostkowa, wartość), zestawienie materiałów, sprzętu i robocizny, narzuty oraz tabelę elementów scalonych."

Następnie w piśmie z 30.07.2010, na pytanie nr 45 oraz 111 wyłączył obowiązek załączania do kosztorysu zestawienia materiałów, sprzętu i robocizny, odpowiadając: „z uwagi na wymóg sporządzenia kosztorysów metodą kalkulacji uproszczonej, załączenie zestawienia RMS nie jest obligatoryjne". Nie został natomiast zniesiony wymóg dołączenia przez wykonawców do kosztorysów narzutów oraz tabeli elementów scalonych.

W obliczu powyższego nie ma wątpliwości, że każdy wykonawca miał obowiązek wypełnić wymóg SIWZ i dołączyć do kosztorysu ofertowego narzuty oraz tabelę elementów scalonych. Dokument ten nie podlega uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp z uwagi na to, że jest dokumentem przedmiotowym i stanowi treść oferty. Brak możliwości uzupełnienia tego rodzaju dokumentu potwierdza również wyrok Sądu Okręgowego w Tarnowie z 25.06.2009 (sygn. V GA 40/09).

Wykonawca Max Bögl Polska sp. z o.o. nie dopełnił obowiązku dołączenia do kosztorysu narzutów i tabeli elementów scalonych. W konsekwencji - złożył ofertę, której treść nie odpowiada treści SIWZ i z tego powodu Zamawiający winien tę ofertę odrzucić.

Zaniechanie Zamawiającego w tym zakresie naruszyło przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nierówne potraktowanie wszystkich wykonawców. Oferta Max Bögl Polska sp. z o.o. pomimo przedmiotowych niezgodności, została uznana za sporządzoną prawidłowo na równi z ofertami wykonawców, którzy dopełnili wymogu i dołączyli narzuty i tabelę elementów scalonych oraz przygotowali kompletny formularz ofertowy zgodnie z SIWZ.

W podsumowaniu Odwołujący stwierdził, że decyzja Zamawiającego o rozstrzygnięciu przetargu jest niezgodna z ustawą Prawo zamówień publicznych, a także godzi w interes prawny Odwołującego, zatem niniejsze odwołanie jest w pełni uzasadnione i zasługuje na uwzględnienie.

W dniu **23 lutego 2011 roku** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej na postawie art. 185 ust. 2 ustawy Pzp zgłoszono przystąpienie do postępowania przez wykonawcę Max Bögl Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie po stronie Zamawiającego do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia przez Konsorcjum firm: Skanska S.A. z siedzibą w Warszawie oraz Skanska a.s. z siedzibą w Pradze, Czechy (zwane dalej „Konsorcjum Skanska” lub „Odwołującym”) odwołania od czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty wykonawcy Max Bögl Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie jako najkorzystniejszej i wniesiono o oddalenie przedmiotowego odwołania w całości.

Przystępujący do postępowania wskazał, że został wezwany przez Zamawiającego do wzięcia udziału w postępowaniu pismem przesłanym faksem w dniu 21 lutego 2011 r., a co za tym idzie termin do złożenia niniejszego oświadczenia o przystąpieniu został zachowany.

Przystępujący do postępowania podniósł, że ma interes w rozstrzygnięciu niniejszego postępowania na korzyść Zamawiającego, bowiem oferta Przystępującego do postępowania jest ofertą najkorzystniejszą z ofert złożonych w powyżej wskazanym postępowaniu o udzielenie zamówienia, a nadto została ona sporządzona w sposób prawidłowy i odpowiada wymogom SIWZ. W tej sytuacji Przystępujący do postępowania musi podjąć wszelkie przewidziane prawem kroki zmierzające do uznania swojej oferty za najkorzystniejszą.

W uzasadnieniu przystąpienia Przystępujący wskazał, że z zarzutami Odwołującego zawartymi w odwołaniu nie sposób się zgodzić.

W odniesieniu do kwestii ponownego wniesienia wadium, podniósł, że zaznaczenia wymaga, iż przepis art. 85 ust. 4 ustawy Pzp stanowi wprawdzie, iż przedłużenie terminu 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. W drugim zaś zdaniu przywołanego przepisu mówi się jednak, że jeżeli

przedłużenie terminu związania ofertą dokonywane jest po wyborze oferty najkorzystniejszej, obowiązek wniesienia nowego wadium lub jego przedłużenia dotyczy jedynie wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza. Wykładni zacytowanego przepisu, na co jednoznacznie wskazuje uzasadnienie do ustawy nowelizującej, która zmieniła cytowany przepis oraz cel, jakiemu służyło wprowadzenie tej zmiany do ustawy Pzp, nie można dokonywać w oderwaniu do przepisu art. 46 ust. 3 ustawy Pzp. Wskazany przepis przesądza, iż wykonawca, któremu zwrócono wadium po wyborze najkorzystniejszej oferty, ma obowiązek ponownego wniesienia wadium, jeżeli w wyniku rozstrzygnięcia odwołania jego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza. Okoliczność, iż Przystępujący do postępowania złożył oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą po wydaniu wyroku przez KIO w sprawie o sygn. akt KIO/2661/10, którym unieważniono czynność wyboru najkorzystniejszej oferty przez Zamawiającego, jest więc bez znaczenia dla sposobu rozumienia przepisu art. 85 ust. 4 ustawy Pzp. Oświadczenie to jest bowiem nadal składane przez Przystępującego do postępowania po pierwotnym wyborze najkorzystniejszej oferty i w sytuacji, gdy jego oferta na mocy przepisu art. 46 ust. 3 ustawy Pzp nie musi być zabezpieczona wadium, co niewątpliwie stanowi wyjątek od zasady.

W tej sytuacji, zdaniem Przystępującego, nie można mieć wątpliwości, że Przystępujący do postępowania nie był zobowiązany do wniesienia z własnej inicjatywy nowego wadium w sytuacji, gdy jego oferta nie została wybrana jako najkorzystniejsza w rozumieniu art. 46 ust. 3 ustawy Pzp i nie zażądał tego Zamawiający.

W kwestii posiadania przez Przystępującego do postępowania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej z tytułu prowadzonej działalności w zakresie i w wysokości odpowiadającym zapisom SIWZ, zaznaczono, iż Odwołujący w sposób wybiórczy traktuje poszczególne dokumenty przedłożone przez Przystępującego do postępowania na potwierdzenie spełnienia tego warunków udziału w postępowaniu. Tymczasem dokumenty te, traktowane łącznie, w sposób bezsporny potwierdzają, że Przystępujący do postępowania spełnia warunek udziału w postępowaniu, a rzekome nieprawdziwe informacje zawarte w jego dokumentach mają co najwyżej charakter drobnych nieścisłości wynikających z faktu, iż dokumenty te zostały wydane w różnym czasie, w różnym celu i przez różne osoby działające w imieniu ubezpieczyciela, a następnie były tłumaczone na język polski. Nie może jednak budzić wątpliwości, iż przedłożone przez Przystępującego do postępowania dokumenty potwierdzają, że Przystępujący do postępowania jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę wymaganą przez Zamawiającego.

Przystępujący do postępowania nie zgodził się również z zarzutem, iż jego oferta nie odpowiada treści SIWZ w zakresie wskazania w ofercie narzutów. Jak Przystępujący do postępowania wskazywał obszernie w poprzednio złożonym przystąpieniu do postępowania

odwoławczego toczącego się m. in. w wyniku złożenia odwołania przez Odwołującego (sprawa o sygn. akt KIO/2661/10), Zamawiający wycofał się z obowiązku wskazania przez wykonawców w ich ofertach informacji o narzutach, poprzestając na wymogu złożenia kosztorysu opracowanego metodą kalkulacji uproszczonej, a co za tym idzie oferta Przystępującego do postępowania odpowiada wymogom SIWZ.

W tym stanie rzeczy odwołanie Konsorcjum Skanska winno zostać oddalone w całości.

W toku prowadzonej rozprawy Przystępujący złożył pismo procesowe dodatkowo uzasadniające jego stanowisko, natomiast Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ, ofert złożonych w postępowaniu, dokumentów złożonych przez strony na rozprawie i włączonych w poczet materiału dowodowego, stanowisk i oświadczeń stron zaprezentowanych w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, iż Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w złożeniu odwołania, gdyż złożył nie podlegającą odrzuceniu ofertę w postępowaniu, a zatem potwierdzenie się zarzutów w stosunku do czynności i zaniechań Zamawiającego, w tym wykluczenie wykonawcy wybranego i odrzucenie oferty Przystępującego oznaczałoby dla Odwołującego możliwość uzyskania zamówienia i podpisania niepodlegającej unieważnieniu umowy, na warunkach, które umożliwią jej wykonanie. Tym samym wypełniona została materialnoprawna przesłanka do rozpoznania odwołania, wynikająca z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Po drugie ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, skierowała odwołanie na rozprawę.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Przystępujący Max Bögl Polska Sp. z o.o. złożył wraz z ofertą dokument o tytule „Potwierdzenie ubezpieczenia” wystawiony przez ubezpieczyciela HDI-Gerling Industrie Versicherung AG wraz z tłumaczeniem na język polski. Z dokumentu wynikał fakt opłacenia składki na ubezpieczenie oraz suma gwarancyjna o wysokości 50 000 000,00 euro ryczałtowo za szkody dotyczące osób i/lub majątkowe, a także o wysokości 100 000 000,00 euro za roczne maksymalne odszkodowanie.

W dniu 20 stycznia 2011 roku wykonawca został wezwany przez Zamawiającego do uzupełniania brakującego dokumentu, tj. opłaconej polisy, potwierdzającej, że jest on ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę ubezpieczenia nie niższą niż 50 000 000,00 zł.

Odpowiadając na wezwanie wykonawca złożył potwierdzenie ubezpieczenia nr 66901402-01014 oraz oświadczenie HDI Gerling, że zgodnie z Ogólnymi Warunkami Umowy Ubezpieczeniowej ochrona ubezpieczeniowa obowiązuje od dnia 01.01.2008 roku. Dokumenty sporządzono w języku angielskim i złożono wraz z tłumaczeniem na język polski. Z potwierdzenia ubezpieczenia (certyfikatu) wynikał zakres umowy ubezpieczenia. Ponadto wykonawca wyjaśnił, iż jest objęty ubezpieczeniem grupy kapitałowej, do której należy, a zatem nie jest podmiotem zawierającym umowę ubezpieczenia w imieniu własnym. Zgodnie z przyjętą praktyką nie otrzymuje on własnego dokumentu polisy rozumianego jako dokument potwierdzający zawarcie umowy ubezpieczenia.

Ustalono również, iż pismem z dnia 25 stycznia 2011 roku Przystępujący przedłużył termin związania ofertą o 90 dni nie przedłużając jednocześnie ważności wadium, ani nie wniósł nowego wadium. Powołał się na art. 46 ust. 3 ustawy Pzp. Natomiast Odwołujący twierdził, że podstawą przedłużenia terminu związania ofertą z inicjatywy wykonawcy powinien być art. 85 ust. 2 i 4 ustawy Pzp, co oznacza, że przedłużenie terminu związania ofertą przed wyborem oferty najkorzystniejszej (a taki nastąpił w dniu 10 lutego 2011 roku) możliwe jest jedynie z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium.

Po dokonaniu w dniu 10 lutego 2011 roku wyboru oferty najkorzystniejszej, tj. oferty Przystępującego, Zamawiający również w dniu 10 lutego 2011 roku „w związku z prawomocnym rozstrzygnięciem odwołania na niezgodną z przepisami ustawy czynność Zamawiającego, polegającą na wykluczeniu wykonawcy z postępowania, w wyniku którego to rozstrzygnięcia po dokonaniu czynności badania i oceny ofert oferta wykonawcy została wybrana jako najkorzystniejsza”, na podstawie art. 46 ust. 3 ustawy Pzp wezwał wykonawcę do ponownego wniesienia wadium w terminie 7 dni od dnia doręczenia pisma. Jednocześnie wraz z informacją o wyborze oferty najkorzystniejszej Zamawiający zawiadomił wykonawców biorących udział w postępowaniu o unieważnieniu pierwotnego wyboru i unieważnieniu czynności wykluczenia wykonawców.

Z analizy oferty Przystępującego wynika także, iż przedłożone przez niego kosztorysy sporządzone metodą kalkulacji uproszczonej nie zawierają narzutów oraz tabeli elementów scalonych oraz wykonawca ten nie wypełnił dwóch rubryk w formularzu oferty, którego wzór stanowił załącznik do SIWZ.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła, że odwołanie nie mogło zostać uwzględnione.

Zarzut bezpodstawnego zaniechania wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp i nie odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy

Pzp z powodu nieprzedłużenia ważności wadium w związku z przedłużeniem terminu związania ofertą.

Zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie

Zgodnie z art. 46 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający zwraca wadium wszystkim wykonawcom niezwłocznie po wyborze oferty najkorzystniejszej lub unieważnieniu postępowania, z wyjątkiem wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza. Zgodnie zaś z art. 46 ust. 3 ustawy Pzp Zamawiający żąda wniesienia wadium przez wykonawcę, któremu zwrócono wadium na podstawie ust. 1, jeżeli w wyniku rozstrzygnięcia odwołania jego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza. Wykonawca wnosi wadium w terminie określonym przez Zamawiającego.

Zgodnie natomiast z art. 85 ust. 4 ustawy Pzp przedłużenie terminu 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. Jeżeli przedłużenie terminu związania ofertą dokonywane jest po wyborze oferty najkorzystniejszej, obowiązek wniesienia nowego wadium lub jego przedłużenia dotyczy jedynie wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza.

Powyższe przepisy zostały znowelizowane ustawą z dnia 5 listopada 2009 roku. Z uzasadnienia do projektu nowelizacji wynika, że (...) „niezasadne oraz stanowiące znaczne obciążenie finansowe jest przetrzymywanie do chwili zawarcia umowy wadium wykonawców, których oferty nie zostały uznane za najkorzystniejsze, proponuje się, aby na podstawie art. 46 ust. 1 nowelizacji zamawiający zwracał wadium wszystkim wykonawcom niezwłocznie po wyborze oferty najkorzystniejszej lub unieważnieniu postępowania, z wyjątkiem wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza. (...). Zaproponowane rozwiązanie umożliwi wykonawcom odzyskanie środków pieniężnych albo zwrot dokumentów gwarancji lub poręczenia do ich wystawców, a tym samym wpłynie pozytywnie na sytuację finansową oraz możliwość ubiegania się o inne zamówienia. Z powyższą zmianą wiąże się propozycja nadania nowego brzmienia art. 85 ust. 4, zgodnie z którą obowiązek wniesienia nowego wadium lub jego przedłużenie w związku z przedłużeniem terminu związania ofertą dotyczy wyłącznie wykonawcy, którego oferta została wybrana najkorzystniejsza”.

Mając na uwadze cel wprowadzenia przywołanej powyżej regulacji oraz stan faktyczny w przedmiotowym postępowaniu, można wyprowadzić wniosek, że w takim przypadku, jaki zaistniał w prowadzonym postępowaniu dopuszczalny będzie wybór oferty wykonawcy, która nie była zabezpieczona wadium przez cały czas od momentu jej złożenia do zawarcia umowy o zamówienie publiczne, co było skutkiem zmiany konfiguracji oferty uznanej za najkorzystniejszą wynikłej z wyroku z 27 grudnia 2010 roku oraz obowiązku zastosowania się przez Zamawiającego do dyspozycji art. 46 ust. 1 ustawy Pzp. Jest to

niewątpliwie jednak sytuacja wyjątkowa. Trudno bowiem byłoby przyjąć inną interpretację powyższego przepisu w tym postępowaniu i stwierdzić, że zamierzeniem ustawodawcy było doprowadzenie do takiego stanu, który różnicuje sytuację wykonawcy w zależności od tego, czy termin związania ofertą upływa pomiędzy datą ogłoszenia orzeczenia KIO o unieważnieniu czynności jego wykluczenia a datą wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej w wyniku wyroku KIO, od sytuacji wykonawcy, który znajduje się w identycznej sytuacji ale zamawiający zdążył dokonać wyboru oferty takiego wykonawcy jako najkorzystniejszej przed upływem terminu związania ofertą w związku z wykonaniem wyroku KIO.

Co do zasady zatem przepisy wyraźnie nakazują Zamawiającemu zwrot wadium po wyborze oferty najkorzystniejszej zaś dopiero wybór innej oferty w wyniku **powtórzenie badania i oceny ofert w związku z rozstrzygnięciem odwołania** skutkuje obowiązkiem żądania ponownego wniesienia wadium.

Dlatego też skład orzekający Izby zgodził się ze stanowiskiem Przystępującego, że zwrot użyty w art. 85 ust. 4 zdanie 2 ustawy Pzp „po wyborze oferty najkorzystniejszej” w związku z przedłużeniem terminu związania ofertą rozumieć należy jako każde przedłużenie tego terminu dokonywane po pierwotnym wyborze oferty, nawet jeżeli jest to oświadczenie składane przez wykonawcę, któremu wadium zostało zwrócone a pierwotny wybór oferty został zakwestionowany w wyniku korzystania przez wykonawców ze środków ochrony prawnej. Wniosek taki potwierdza stanowisko doktryny wyrażone tezą, że „brak obowiązku wniesienia wadium przy przedłużaniu terminu związania ofertą przez wykonawców, których oferty nie zostały uznane za najkorzystniejsze, nie oznacza, że ich oferta nie może w konsekwencji czynności przyszłych być uznana za najkorzystniejszą. Sytuacja taka może mieć miejsce w przypadku korzystania ze środków ochrony prawnej (wówczas kwestie wniesienia wadium reguluje art. 46 ust. 3)” (tak Dzierżanowski Włodzimierz, Komentarz do ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, [w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, 2010, wyd. IV oraz Stefan Babiaryz [w:] Stefan Babiaryz, Zbigniew Czarnik, Paweł Janda, Piotr Pełczyński, Prawo zamówień publicznych, Komentarz, Wydanie 1, LexisNexis, Warszawa, 2010).

Konkludując, w prowadzonym postępowaniu wszystkie dokonywane czynności między wydaniem wyroku KIO z dnia 27 grudnia 2010 roku a ponownym wyborem oferty najkorzystniejszej dokonany w dniu 10 lutego 2011 roku były czynnościami wykonywanymi po wyborze oferty najkorzystniejszej, a wobec tego do przedłużania ważności wadium miał zastosowanie art. 46 ust. 3 ustawy Pzp a do przedłużania terminu związania ofertą zastosować należało regulację art. 85 ust. 4 zdanie 2 ustawy Pzp ponieważ wybór jako oferty najkorzystniejszej oferty Przystępującego dokonany w wyniku rozstrzygnięcia odwołania (art.

46 ust. 3 ustawy Pzp) miał miejsce dopiero w dniu 10 lutego 2011 roku. A zatem w przedmiotowym postępowaniu mieliśmy do czynienia z sytuacją wyboru oferty najkorzystniejszej w wyniku rozstrzygnięcia odwołania, czyli czynności wtórnej po pierwotnym wyborze oferty. W tym przypadku wykonawca miał prawo uważać, że dokonuje czynności przedłużenia terminu związania ofertą po wyborze oferty najkorzystniejszej. Nie można bowiem wymagać od wykonawców, aby domyślali się czynności unieważnienia wyboru oferty w działaniach Zamawiającego, który wystąpił do wykonawców o wyjaśnienie treści złożonych ofert i uzupełnienie dokumentów. Z powodu niewyartykułowania wprost działań czy zamierzeń Zamawiającego wykonawcy nie mogą ponosić negatywnych konsekwencji, które prowadzić miałyby do ich wykluczenia z postępowania.

Skład orzekający Izby podkreśla jednocześnie, że wyrok KIO z dnia 27 grudnia 2010 roku nie unieważnił i nawet nie nakazywał unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Wyrokiem tym nakazano unieważnienie czynności wykluczenia wykonawców z postępowania. Nie można zatem zgodzić się z twierdzeniami Odwołującego, że na skutek wyroku KIO z dnia 27 grudnia 2010 roku unieważniona została czynność wyboru oferty Budimex i zaistniał taki stan prawny, jakby ta czynność nigdy nie nastąpiła, a postępowanie powróciło do etapu badania i oceny ofert. Dokonywane przez Zamawiającego czynności następowały na skutek nakazania unieważnienia czynności wykluczenia wykonawcy.

W świetle powyższego działania Zamawiającego i przede wszystkim Przystępującego uznać należało za prawidłowe.

Zarzuty bezpodstawnego zaniechania wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy Pzp i nie odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp z powodu złożenia nieprawdziwych informacji i nie potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Zarzuty nie zasługiwały na uwzględnienie.

Skład orzekający Izby pragnie zauważyć, iż w przedmiotowej sprawie podziela stanowisko wyrażone w odpowiedzi na odwołanie i podtrzymane na rozprawie przez Zamawiającego i w jej ocenie złożone przez Przystępującego w ofercie dokumenty ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej z tytułu prowadzonej działalności potwierdzają spełnianie warunków postawionych przez Zamawiającego w SIWZ odnośnie wykazania się dokumentem potwierdzającym ubezpieczenie wykonawcy od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności na kwotę nie mniejszą niż 50 000 000,00 zł.

Po pierwsze, Izba podziela i przyjmuje za własne stanowisko wyrażone w wyroku KIO z 6 października 2010 roku o sygn. akt 2097/10, gdzie wyraźnie stwierdzono, że wykonawca

uprawniony był do posłużenia się innym niż polisa dokumentem potwierdzającym spełnianie przez niego warunków udziału w postępowaniu. W przypadkach, gdy umowa ubezpieczenia obejmuje kilka podmiotów, to polisę posiada podmiot zawierający umowę ubezpieczenia w imieniu innych podmiotów, pozostałe zaś podmioty korzystają w takim przypadku z dowodów wtórnych. A zatem w prowadzonym postępowaniu uprawnione było złożenie zarówno dokumentu o tytule „potwierdzenia ubezpieczenia” wraz z ofertą, jak też przedłożenie dokumentu „potwierdzenia ubezpieczenia” oraz oświadczenia ubezpieczyciela wraz ze składanymi wyjaśnieniami.

Po drugie skład orzekający Izby podziela również stanowisko Zamawiającego oraz Przystępującego w zakresie odnoszącym się do konieczności oceny łącznej wszystkich przedłożonych dokumentów. Taka ocena dokumentów prowadzić mogła do pozytywnej weryfikacji wykonawcy w zakresie spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania odpowiedniej zdolności ekonomicznej. Z dokumentów załączonych do oferty wynika fakt objęcia Przystępującego ochroną ubezpieczeniową od odpowiedzialności cywilnej, fakt opłacenia składki od tego ubezpieczenia oraz wysokość sumy ubezpieczeniowej. Z dokumentów i oświadczeń złożonych w wyniku wyjaśnień wynika zakres ubezpieczenia, fakt obowiązywania umowy od 2008 roku oraz fakt opłacenia składki, a także we wszystkich dokumentach i oświadczeniach istnieje tożsamość numeru umowy ubezpieczenia. Nie sposób zgodzić się z twierdzeniami Odwołującego, iż przedłożone dokumenty nie potwierdzają spełniania warunku udziału w postępowaniu na dzień składania ofert ze względu na występujące w nich rozbieżności czy też nieścisłości. Słusznie zauważono, iż dokumenty te wystawiane były w różnym czasie, przez różne osoby i w różnych językach. Data wynikająca z dokumentów przedłożonych wraz wyjaśnieniami jest natomiast datą wystawienia tych dokumentów jednakże z faktu tego nie można wyprowadzić wniosku, iż tylko dlatego że pochodzi ona z okresu po dacie składania ofert, nie zawiera ona informacji aktualnych na dzień składania oferty. Zgodnie bowiem z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp dokumenty składane w wyniku wyjaśnień mogą nosić (być wystawione) datę późniejszą jednak muszą potwierdzać spełnianie warunków udziału na dzień składania ofert. Co więcej Odwołujący nie wskazał, które informacje zawarte w przedłożonych dokumentach były nieaktualne w momencie złożenia oferty i przez to nie potwierdzały spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Zauważyć także należy, iż przedłożone wraz z ofertą potwierdzenie ubezpieczenia wskazuje, iż wysokość ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej odnosi się do sumy ubezpieczenia za każde zdarzenie do wysokości 50 000 000,00 euro oraz 100 000 000,00 euro rocznie za zdarzenia łącznie. Odnosząc się do argumentów Odwołującego o sublimatach zaznaczonych w przedłożonych dokumentach i ograniczających odpowiedzialność ubezpieczyciela zauważyć należy, iż zgodnie z brzmieniem SIWZ

Zamawiający nie wymagał od wykonawców ubezpieczenia przedmiotu działalności będącego przedmiotem postępowania, a ubezpieczenia prowadzonej działalności w zakresie zgodnym z przedmiotem zamówienia. Przystępujący przedstawił dokumenty, z których wynika, iż objęty jest on ubezpieczeniem z sumą ubezpieczenia na kwotę 50 000 000,00 euro a więc na kwotę znacznie przewyższającą kwotę wymaganą na dzień upływu terminu składania ofert.

Skład orzekający Izby odnosząc się do zarzutów i stanu faktycznego zaistniałego w przedmiotowym postępowaniu stwierdził, że Zamawiający określił warunek udziału w postępowaniu i żądając w tym zakresie określonego dokumentu wymagał, aby dokument potwierdzał ubezpieczenie wykonawcy w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej w zakresie związanym z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną nie mniejszą niż 50 000 000,00 zł, nie ograniczając jednocześnie konieczności spełniania tego warunku przy jakiś dodatkowych obostrzeniach. Izba ustaliła, że dokumenty obejmują ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej związanej z przedmiotem zamówienia, a zatem Przystępujący wykazał, że dysponuje ubezpieczeniem w wymaganym zakresie. Ubezpieczenie od odpowiedzialności świadczy jedynie o potencjalnych możliwościach finansowych wykonawcy i nie oznacza, że z całej kwoty Zamawiający będzie mógł skorzystać, bo może zdarzyć się i tak, że ubezpieczyciel ze wskazanej kwoty będzie zmuszony wypłacić odszkodowanie na rzecz jednego lub nawet kilku podmiotów. Nie jest tutaj bowiem wymagane ubezpieczenie konkretnej inwestycji, a wyłącznie w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej.

Tym samym skład orzekający Izby uznał, że ocena posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej dokonana przez Zamawiającego w zakresie oferty Przystępującego podczas oceny ofert była prawidłowa i wykonawca ten nie powinien być z tego powodu wykluczony z udziału w postępowaniu.

Z tych także powodów nie uwzględniono i nie uznano za udowodniony zarzutu dotyczącego złożenia nieprawdziwych informacji. Odwołujący nie przedstawił w tym zakresie żadnych dowodów na poparcie swojej tezy, nie wskazał nawet w jakiej części, czy też w jakim zakresie przedłożone informacje należało uznać za nieprawdziwe.

Przepis art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp stanowi, że z postępowania wyklucza się wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Nieprawdziwe informacje polegają na podaniu nie odpowiadających rzeczywistości faktów, a nie na błędnej interpretacji czy kwalifikacji faktów, które są ujawniane i wiadome (np. zamawiającemu). Złożona informacja musi mieć rzeczywisty, realny wpływ na wynik postępowania i być niezgodna z rzeczywistością w sposób nie

budzący żadnych wątpliwości (za wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 czerwca 2009 roku, sygn. akt *KIO/UZP 666/09, 667/09, 668/09, 669/09*).

Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że działania Przystępującego na dzień składania ofert czy też działania późniejsze były celowe i miały wprowadzać Zamawiającego w błąd a wykonawcy składającemu informacje umożliwić uzyskanie zamówienia na podstawie nieprawdziwych danych. Zgodnie z Dyrektywą 2004/18/WE wykonawcę wyklucza się jeżeli „jest on winny poważnego wprowadzenia w błąd”. W ocenie Izby nie wykazano, że sytuacja taka nie miała miejsca w prowadzonym postępowaniu. Samo istnienie rozbieżności między złożonymi dokumentami, których istnienia Przystępujący nie neguje, nie świadczy o przedłożeniu nieprawdziwych informacji, które mogły mieć wpływ na wynik postępowania.

Zarzuty bezpodstawnego zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp z powodu niezgodności treści oferty polegającej na nieprawidłowym sporządzeniu formularza ofertowego oraz niedołączeniu do kosztorysu ofertowego narzutów i tabeli elementów scalonych.

Zarzuty nie zasługiwały na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, iż użyte przez ustawodawcę w przepisie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp sformułowania „treść oferty” i „treść siwz” jednoznacznie wskazują na aspekt merytoryczny obu dokumentów. Treść SIWZ to przede wszystkim zawarty w opisie przedmiotu zamówienia opis wymagań Zamawiającego, które mają być zaspokojone w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia przez zawarcie i zrealizowanie z należytą starannością umowy. Treść oferty natomiast to jednostronne zobowiązanie wykonawcy do zrealizowania przedmiotu zamówienia na rzecz Zamawiającego, jeśli oferta złożona przez wykonawcę zostanie uznana za najkorzystniejszą i zostanie z nim zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. O zgodności treści oferty z treścią SIWZ przesądza ich porównanie. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ należy oceniać z uwzględnieniem pojęcia oferty zdefiniowanego w art. 66 Kodeksu cywilnego, czyli niezgodności oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami Zamawiającego w odniesieniu do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia. Decyzja Zamawiającego o odrzuceniu oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp musi mieć uzasadnienie w merytorycznej ocenie oferty, a nie być skutkiem sformalizowanego podejścia do postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wyżej wymieniony pogląd jest ugruntowany w orzecznictwie Izby (*por. m.in. wyrok KIO z dnia 8 września 2008 r. sygn. akt KIO/UZP 883/08, wyrok KIO z dnia 6 marca 2008 r. sygn. akt KIO/UZP 151/08, wyrok KIO z dnia 30 marca 2010 r. w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 228/10*).

Przenosząc powyższe rozważania na grunt rozpatrywanej sprawy, zauważyć należy, iż Zamawiający wyjaśniał wątpliwości wykonawców dotyczące treści formularza oferty w trybie art. 38 ustawy Pzp, pismem z dnia 30 lipca 2010 roku. Odpowiadając na pytania nr 94 oraz 95 Zamawiający udzielił jednoznacznych odpowiedzi, iż po pierwsze godziny pracy będą przedmiotem roboczego uzgodnienia z Inżynierem oraz po drugie, że Zamawiający jest w trakcie wyboru Inżyniera Kontraktu. Z odpowiedzi wynikało zatem, że dane te nie są i nie będą znane w momencie składania ofert przez wykonawców w przedmiotowym postępowaniu. Dlatego też w ocenie składu orzekającego uprawnionym było pozostawienie dwóch kwestionowanych rubryk pustymi. Równie indyferentną informacją byłoby wpisanie w te rubryki treści odpowiedzi udzielonej przez Zamawiającego lub informacji, że dane te nie są znane lub że będą ustalone w momencie podpisywania umowy. Fakt pozostawienia rubryk pustych lub, jak sugerował na rozprawie Odwołujący powtórzenia w nich odpowiedzi Zamawiającego, nie mógł wpłynąć na merytoryczną ocenę oferty Przystępującego. Pominiętym informacjom nie sposób przyznać charakteru merytorycznego, który wpływa na treści oferty. Dane te nie stanowią o skuteczności złożenia oferty w postępowaniu.

Odnosnie niezłączenia do oferty kosztorysu ofertowego narzutów oraz tabeli elementów scalanych, przywołać należy informacje przekazane wykonawcom przez Zamawiającego w trybie art. 38 wraz z odpowiedziami na pytania nr 45 i pytanie nr 111 z dnia 1 lipca 2010 roku oraz 30 lipca 2010 roku. Wykonawcy wnosili o odstąpienie załączenia do kosztorysu ofertowego, który miał być opracowany metodą kalkulacji uproszczonej dodatkowych zestawień R, M, S, itp. Zamawiający udzielił odpowiedzi, iż z uwagi na wymóg sporządzenia kosztorysów metodą kalkulacji uproszczonej, załączenie zestawienia RMS nie jest obligatoryjne. Izba podzieliła w tym zakresie stanowisko Zamawiającego, że oprócz złożenia kosztorysu opracowanego metodą kalkulacji uproszczonej, wykonawcy nie byli zobowiązani do składania innych zestawień.

Zestawienia, w tym również zestawienia RMS, narzutów czy też tabela elementów scalonych są opracowaniami wtórnymi do sporządzonej kalkulacji i nie wpływają na merytoryczną wartość i ocenę treści oferty pod względem jej zgodności z treścią SIWZ. Co znamienne, Odwołujący nie podnosił, że sporządzony przez Przystępującego kosztorys, na podstawie którego określono cenę oferty, która była jedynym kryterium oceny ofert w postępowaniu, zawiera jakieś braki lub błędy w poszczególnych pozycjach, że nie ujęte są wszystkie niezbędne czynniki wpływające na cenę danej pozycji. Przystępujący opracował kosztorys ofertowy przez wskazanie cen jednostkowych i podanych przez Zamawiającego jednostek i ilości przedmiarowych i tylko do tego, w ocenie składu orzekającego, był zobowiązany. Co nie oznacza jednak, że zestawienie robocizny, materiałów, sprzętu oraz

narzutów, w tym kosztów pośrednich, zysku, kosztów zakupu, nie jest w złożonym kosztorysie uproszczonym ujęte.

Stwierdzić zatem można, iż merytorycznym wymogiem Zamawiającego wynikającym z SIWZ było to, aby wykonawca zobowiązał się do świadczenia usługi zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia i na warunkach określonych we wzorze umowy. Wymóg ten znalazł odzwierciedlenie w treści oferty złożonej przez Przystępującego a zatem wnioski Odwołującego w zakresie konieczności odrzucenia oferty z powodu niezgodności jej treści z treścią SIWZ nie były zasadne.

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie wydającym niniejsze orzeczenie nie dopatrzyła się naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, mających wpływ na wynik postępowania w zakresie wskazanym w odwołaniu, które pozwoliłoby na uwzględnienie odwołania i z powyższych względów, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 3 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), tj. stosownie do wyniku postępowania uwzględniając koszty strony (Zamawiającego) obejmujące wynagrodzenie pełnomocnika Zamawiającego w maksymalnej wysokości dopuszczonej rozporządzeniem, tj. 3 600,00 zł oraz koszty związane z dojazdem na wyznaczoną rozprawę Izby w wysokości 332,50 zł.

Przewodniczący:

.....