

**Sygn. akt: KIO/UZP 1260/09**

**KIO/UZP 1406/08**

**WYROK**

**z dnia 20 października 2009 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Jolanta Markowska**

**Członkowie: Lubomira Matczuk-Mazuś  
Magdalena Grabarczyk**

**Protokolant: Przemysław Śpiewak**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **15 października 2009r.** w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 października 2009 r. do łącznego rozpoznania,

wniesionych przez:

**A. Konsorcjum: ERBUD S.A., Wolff & Müller GmbH & Co. KG, 02-819 Warszawa, ul. Puławska 300A (sygn. akt. KIO/UZP 1260/09),**

**B. Konsorcjum: ERBUD S.A., Wolff & Müller GmbH & Co. KG, 02-819 Warszawa, ul. Puławska 300A (sygn. akt KIO/UZP 1406/09)**

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Wojewoda Podkarpacki, 35-959 Rzeszów, ul. Grunwaldzka 15** protestów:

**A. Konsorcjum: ERBUD S.A., Wolff & Müller GmbH & Co. KG, 02-819 Warszawa, ul. Puławska 300A z dnia 10 sierpnia 2009r.**

**B. Konsorcjum: ERBUD S.A., Wolff & Müller GmbH & Co. KG, 02-819 Warszawa, ul. Puławska 300A z dnia 27 sierpnia 2009r.**

przy udziale wykonawcy **WARBUD S.A., 02-342 Warszawa, al. Jerozolimskie 162A** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO/UZP 1260/09 i KIO/UZP 1406/09 po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

**1. uwzględnia odwołania i nakazuje zamawiającemu powtórzenie czynności oceny ofert z udziałem oferty odwołującego,**

**2. Kosztami postępowania obciąża Wojewodę Podkarpackiego, 35-959 Rzeszów, ul. Grunwaldzka 15 i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 462 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisów uiszczonych przez odwołujących się, w tym:
  - A** koszty w wysokości 2 231 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące dwieście trzydzieści jeden złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum: ERBUD S.A., Wolff & Müller GmbH & Co. KG, 02-819 Warszawa, ul. Puławska 300A,**
  - B** koszty w wysokości 2 231 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące dwieście trzydzieści jeden złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum: ERBUD S.A., Wolff & Müller GmbH & Co. KG, 02-819 Warszawa, ul. Puławska 300A,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 8 062 zł 00 gr 8 062 zł 00 gr (słownie: osiem tysięcy sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) stanowiącej uzasadnione koszty strony, w tym:
  - A** kwoty 4031 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące trzydzieści jeden złotych zero groszy) przez **Wojewodę Podkarpackiego, 35-959 Rzeszów, ul. Grunwaldzka 15** na rzecz **Konsorcjum: ERBUD S.A., Wolff & Müller GmbH & Co. KG, 02-819 Warszawa, ul. Puławska 300A,** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika,
  - B** kwoty 4031 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące trzydzieści jeden złotych zero groszy) przez **Wojewodę Podkarpackiego, 35-959 Rzeszów, ul. Grunwaldzka 15** na rzecz **Konsorcjum: ERBUD S.A., Wolff & Müller**

**GmbH & Co. KG, 02-819 Warszawa, ul. Puławska 300A**, stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika,

- 3) dokonać zwrotu kwoty 35 538 zł 00 gr (słownie: trzydzieści pięć tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołujących się, w tym:
- A** kwoty 17 769 zł 00 gr (słownie: siedemnaście tysięcy siedemset sześćdziesiąt dziewięć złotych zero groszy) na rzecz **Konsorcjum: ERBUD S.A., Wolff & Müller GmbH & Co. KG, 02-819 Warszawa, ul. Puławska 300A,**
  - B** kwoty 17 769 zł 00 gr (słownie: siedemnaście tysięcy siedemset sześćdziesiąt dziewięć złotych zero groszy) na rzecz **Konsorcjum: ERBUD S.A., Wolff & Müller GmbH & Co. KG, 02-819 Warszawa, ul. Puławska 300A.**

### **U z a s a d n i e n i e**

Zamawiający Wojewoda Podkarpacki prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. z 2007 r. Dz. U. Nr 223, poz. 1655 ze zm.), zwanej dalej Pzp, pn.: „Budowa drogowego przejścia granicznego w Budomierzu”. Postępowanie zostało wszczęte poprzez publikację ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym UE w dniu 16 września 2008 r. (nr ogłoszenia: 2008/S 179 - 238576).

W przedmiotowym postępowaniu, na skutek skarg wniesionych do sądu okręgowego przez zamawiającego i wykonawców, w tym odwołującego - Konsorcjum: ERBUD S.A., Wolff & Müller GmbH & Co. KG z siedzibą w Warszawie, zwanego dalej Konsorcjum ERBUD, na orzeczenie KIO z dnia 31 marca 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 319/09, KIO/UZP 320/09, KIO/UZP 321/09, Sąd Okręgowy w Rzeszowie wydał wyrok w dniu 24 czerwca 2009 r. sygn. akt VI Ga38/09, VI Ga 37/09, VI Ga 32/09, którym zmienił ww. wyrok KIO poprzez m.in. uwzględnienie w części skargi wniesionej przez odwołującego. Sąd nakazał zamawiającemu Wojewodzie Podkarpackiemu „unieważnienie czynności wyboru oferty WARBUD S.A. i powtórzenie czynności oceny ofert z udziałem oferty Konsorcjum ERBUD S.A., Wolff & Müller GmbH & Co. KG z przewidywanym postępowaniem wyjaśniającym w zakresie oferty złożonej przez to Konsorcjum oraz WARBUD S.A. w Warszawie.”

W dniu 16 lipca 2009 r. zamawiający powiadomił wykonawców o unieważnieniu wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez WARBUD S.A. i przystąpieniu do ponownego badania i oceny ofert złożonych przez WARBUD S.A. i Konsorcjum ERBUD.

Pismem z dnia 3 sierpnia 2009 r. zamawiający poinformował Konsorcjum ERBUD, iż poprawia w jego ofercie omyłki w pozycji 49 i 12 kosztorysu ofertowego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

A.

Po zapoznaniu się z powyższą informacją Konsorcjum ERBUD wniosło protest zarzucając zamawiającemu zaniechanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum ERBUD oraz zaniechanie wykonania wyroku Sądu Okręgowego w Rzeszowie z dnia 24 czerwca 2009 r. z uwagi na nie doprowadzenie oferty Konsorcjum ERBUD do zgodności z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący zarzucił naruszenie przepisów:

- a) art. 7 ust. 1 i ust. 3 oraz art. 87 ust. 2 pkt 3 i art. 91 ust. 1 Pzp poprzez nie zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w związku z zaniechaniem czynności poprawienia oferty odwołującego oraz zaniechaniem wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej,
- b) art. 7 ust. 1 w związku z art. 183 ust. 5 i 6 Pzp, poprzez nie wykonanie wyroku sądu i nie dokonanie czynności bezprawnie zaniechanej tj. doprowadzenia oferty odwołującego do zgodności z siwz po ostatecznym rozstrzygnięciu protestu,
- c) art. 7 ust. 1 Pzp w związku z art. 5 k.c. w związku z art. 14 Pzp poprzez naruszenie zasad współżycia społecznego oraz przepisów przywołanych w treści protestu.

Wniósł o doprowadzenie postępowania do jego zgodności z przepisami ustawy Pzp, poprzez: wykonanie wyroku sądu tj. przez poprawienie oferty odwołującego w taki sposób, aby doprowadzić jej treść do zgodności z siwz, powtórzenie czynności badania i oceny ofert. Odwołujący wskazał w uzasadnieniu, że Sąd Okręgowy w Rzeszowie w wyroku z dnia 24 czerwca 2009 r. sygn. akt VI Ga 38/09, VI Ga 37/09, VI Ga 33/09 zmienił wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 31 marca 2009 r. i nakazał zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty WARBUD S.A. oraz powtórzenie czynności oceny ofert z udziałem oferty Konsorcjum ERBUD z przewidywanym postępowaniem wyjaśniającym w zakresie oferty złożonej przez to Konsorcjum oraz WARBUD S.A. Odwołujący przytoczył zarzuty i żądania zawarte w proteście dnia 20 lutego 2009 r. i odwołaniu z dnia 11 marca 2009 r. uwzględnione przez Sąd Okręgowy. Stwierdził, że Sąd Okręgowy w pełni podzielił stanowisko KIO zawarte w uzasadnieniu wyroku, iż „brak w kosztorysie ofertowym ERBUD - Budynek Główny -"instalacja wentylacji i klimatyzacji" poz. 21, 22 i 61, w sytuacji gdy materiały te zostały wycenione w innych pozycjach tego samego kosztorysu oraz

kosztorysów dotyczących innych budynków - nie stanowi o niezgodności co do treści oferty i daje podstawę do jej poprawienia w trybie art. 87 ust 2 pkt 3 Pzp (co wymaga jednak ustalenia przez zamawiającego z wykonawcą w trybie wyjaśnień pewnych kwestii między innymi dotyczących identyczności przewidywanych materiałów)".

Odwołujący podniósł, że zamawiający pismem z dnia 3 sierpnia 2009 r., w sposób wprowadzający w błąd wezwał Konsorcjum ERBUD do wyrażenia zgody na poprawienie jedynie dwóch pozycji tj. 49 i 12, pomijając jedną pozycję dot. cokołu o wartości kilkuset złotych, stanowiącej 0,000013 % wartości oferty. Zwrócił uwagę na skalę błędów jakie do tej pory zamawiający poprawił w ofercie WARBUD S.A. zwiększając jej wartość o kilkadziesiąt tysięcy złotych. Zamawiający nie uznał, przy tym, że kwalifikują one ofertę do jej odrzucenia wobec niemożliwości ich wyjaśnienia lub poprawienia. Sama ich ilość i znaczące konsekwencje finansowe budzą wątpliwość co do zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Podniósł, że oferta WARBUD S.A. nadal zawiera błędy w kosztorysach, których do tej pory zamawiający nie stwierdził i nie poprawił np. w zakresie kosztorysu 3.1.16. Podniósł, że zamawiający nawet po wyroku sądu uchylił się od dokonania prawidłowego wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Konsorcjum ERBUD, która jako jedyna ważna, spełnia, po poprawieniu jej treści, wszystkie wymagania siwz.

Odwołujący wskazał także, że WARBUD S.A. od dawna nie jest związany swoją ofertą, gdyż nie złożył oświadczenia o wyrażeniu zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, wobec czego zasadne byłoby wykluczenie tego wykonawcy z postępowania.

Do postępowania wszczętego na skutek wniesienia protestu zgłosił przestąpienie WARBUD S.A., wnosząc o oddalenie protestu.

Zamawiający odrzucił protest. Stwierdził, że prowadzi w postępowaniu czynności zgodnie z wyrokiem wydanym w dniu 24 czerwca 2009 r. przez Sąd Okręgowy w Rzeszowie VI Wydział Gospodarczy. W dniu wniesienia protestu tj. 10 sierpnia 2009 r. zamawiający był w trakcie prowadzenia czynności badania i ponownej oceny ofert. Nie zaniechał więc wyboru jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum ERBUD skoro nie dokonał jeszcze czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w przedmiotowym postępowaniu.

W ocenie zamawiającego odwołujący oprotestował czynność polegającą na uznaniu tylko dwóch, a nie trzech pozycji dot. braków kosztorysowych. Zgodnie z uzasadnieniem wyroku Sądu Okręgowego w Rzeszowie zamawiający dokonał czynności ustalenia z wykonawcą, w trybie wyjaśnień, kwestii dotyczących identyczności przewidywanych materiałów. W toku tej czynności zamawiający uznał, że wentylator dachowy (poz. nr 22 i poz. nr 49) oraz cokół (poz. nr 61 i poz. nr 12) są takie same, a cokoły z pozycji 21 i 48 posiadają różne wymiary z uwagi na ich dostosowanie do wielkości otworów w dachu. Pozycja nr 21 kosztorysu "Instalacja wentylacji i klimatyzacji" - budynek główny dotyczy wykonania cokołu w systemie wentylacyjnym W1 c - I szt., zaś pozycja nr 48 - którą wskazuje

wykonawca jako pozycję tożsamą - dotyczy wykonania cokołu w systemie wentylacyjnym W3. W związku z powyższym gabaryt i konstrukcja cokołu z poz. nr. 21 - ilość 1 szt. jest nieporównywalna z gabarytem i konstrukcją cokołu wycenionego w poz. nr 48. Zamawiający nie może zatem uznać, że cokół z pozycji nr 21 wykonany do otworu w dachowym. 415x300 mm systemu W1c jest tożsamy z cokołem z pozycji nr 48 wykonanym do otworu o wym. 415x260 mm, co ma swoje odzworowanie w dokumentacji projektowej.

Zamawiający stwierdził także, że zwrócił się do Konsorcjum ERBUD o wyjaśnienie braku dodatkowych 98 pozycji w kosztorysie: "Oczyszczalnia ścieków - technologia + AKPiA + kontenery", które stwierdził w trakcie ponownego badania oferty. W odpowiedzi Konsorcjum ERBUD nie odniosło się merytorycznie do tej kwestii, nie wskazało, gdzie zostały wycenione brakujące pozycje. Zamawiający nie odnalazł w kosztorysach szczegółowych pozycji tożsamych z pozycjami brakującymi, celem ich ewentualnej poprawy.

Zamawiający zwrócił uwagę, że Sąd Okręgowy nakazał ponowne zbadanie dwóch wskazanych ofert, co przesądza o tym, że obie oferty uczestniczą w postępowaniu przetargowym. Wyjaśnił, że złożenie przez WARBUD S.A. przedłużonej gwarancji, jako formy złożonego wadium, jest równoznaczne z przedłużeniem terminu związania ofertą i żadne oświadczenie wykonawcy w tym zakresie nie jest wymagane.

Konsorcjum ERBUD wniosło odwołanie od rozstrzygnięcia protestu, w którym podtrzymało w całości zarzuty i argumentację z protestu. Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu wykonania wyroku poprzez poprawienie oferty odwołującego w taki sposób aby doprowadzić jej treść do zgodności z siwz, nakazanie powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

WARBUD S.A. przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania.

## B.

W dniu 19 sierpnia 2009 r. zamawiający poinformował wykonawców, w tym Konsorcjum ERBUD – odwołującego, o wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez WARBUD S.A. i o odrzuceniu oferty Konsorcjum ERBUD jako niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia tj. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Konsorcjum ERBUD wniosło protest wobec:

- 1) zaniechania wykluczenia WARBUD S.A oraz zaniechania odrzucenia jego oferty,
- 2) wyboru jako najkorzystniejszej oferty WARBUD S.A.
- 3) bezpodstawnego odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp.

Odwołujący wniósł w proteście o doprowadzenie postępowania do jego zgodności z przepisami ustawy Pzp m.in. poprzez unieważnienie czynności wyboru oferty

najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego, wykonanie wyroku Sądu, powtórzenie czynności badania i oceny ofert i w jej rezultacie wykonanie wyroku oraz odrzucenie oferty WARBUD S.A., dokonanie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Konsorcjum ERBUD.

W zakresie zaniechania odrzucenia oferty WARBUD S.A. odwołujący podniósł, co następuje:

WARBUD S.A. nie jest już uczestnikiem postępowania, gdyż nie złożył oświadczenia o wrażeńiu zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, a mimo to jest wybierany jako wykonawca, który złożył najkorzystniejszą ofertę. Brak czynności prawej (złożenia oświadczenia woli), zgodnie z art. 9 Pzp, nie może być konwalidowany, co powinno skutkować wykluczeniem tego wykonawcy. Zgodnie z art. 78 §1 k.c. w związku z art. 14 Pzp, dla zachowania formy pisemnej wystarczy złożenie własnoręcznego podpisu na dokumencie obejmującym treść oświadczenia woli. Skoro zatem zgoda, nie została wyrażona w formie pisemnej, to obowiązkiem zamawiającego jest wykluczenie wykonawcy z postępowania. WARBUD S.A. od 10 kwietnia 2009 r. nie jest związany swoją ofertą. Takie działanie urąga art. 5 k.c. w związku z 14 Pzp.

Odnosząc się do naruszenia art. 7 ust. 1 i ust. 3 oraz art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, poprzez nie zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w związku z nadużyciem ww. przepisów przez ich wadliwe zastosowanie w celu doprowadzenia oferty WARBUD S.A. do zgodności z siwz, a przez to uchylenia się od zastosowania wobec tej oferty art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp i jej odrzucenia, jako niezgodnej z siwz, wskazał na skalę błędów, jakie do tej pory zamawiający poprawił w ofercie WARBUD S.A. Wskazał, że ilość błędów i znaczące konsekwencje finansowe nie pozwalają na zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Zamawiający, po poprawieniu omyłek, zwiększył cenę tej oferty o ponad 37 tysięcy zł. Stwierdził, iż Sąd Okręgowy nakazał wyjaśnienie treści oferty, tymczasem zamawiający wykorzystał procedurę wyjaśnień, aby po raz kolejny zastosować tryb poprawienia omyłek w ofercie WARBUD S.A., czego Sąd już nie nakazał. Odwołujący wskazał, że WARBUD S.A. złożył ofertę, w której wiele pozycji było niedopowiedzianych, co stanowiłoby kolejną możliwość do zmian materiałowych na etapie realizacji zamówienia. Jako przykład wpodał pozycje z niepełnym opisem, których poprawienie nie było uprawnione:

- pokrycia dachowe,
- sufity podwieszane aluminiowe,
- rynny dachowe półokrągłe o śr. 12 cm,
- rynny spustowe okrągłe o śr. 12 cm,
- obróbki przy szerokości w rozwinięciu ponad 25 cm - z blachy ocynkowanej,

Zdaniem odwołującego, poprawienie ww. pozycji w ofercie WARBUD S.A. świadczy o negocjacjach pomiędzy stronami przedmiotu umowy.

Podkreślił, iż Sąd w wyroku stwierdził wyraźnie, że WARBUD S.A. wycenił jeden posterunek kontroli, zatem wykonanie wyroku Sądu może polegać tylko i wyłącznie na przenożeniu w załączniku B (strona 11 oferty WARBUD) wartości kosztorysu 3.1.16 (vide: strona 348 oferty) za jeden posterunek przez ilość posterunków tj. 10 (kolumna nr 4 kosztorys 3.1.16 - strona 11 oferty WARBUD).

Odnosząc się do naruszenia art. 7 ust.1 i ust. 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 Pzp, poprzez nie zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w związku z zaniechaniem czynności odrzucenia oferty WARBUD, pomimo że jej treść nie odpowiada treści siwz oraz zawiera błąd w obliczeniu ceny, wskazał, iż odnośnie Punktu Kontroli Indywidualnej - w dziale 6.1 nie uwzględniono odpowiedzi Inwestora zgodnie z pismem nr 49, poz. 12, pismo nr 17 poz. 3, Punktu Kontroli Wjazd + Wyjazd (dwa kosztorysy) - w dziale 6.1 nie uwzględniono odpowiedzi Inwestora zgodnie z pismem nr 49 poz. 12, pismo nr 17 poz. 3, Zagospodarowania terenu (przez drogi, place, parkingi zieleń) - brak jest podstaw wyceny dla poszczególnych 96 pozycji o wartości 18.400.327,04 PLN netto (kosztorys 2.2, strony oferty 268 – 272). Odwołujący dodał, że wykonawca usunął całą kolumnę z podstawami wyceny, co nie stanowi omyłki lecz świadome działanie wykonawcy.

Odnosząc się do kwestii odrzucenia oferty odwołującego podniósł, co następuje:

Brak w ofercie cokołu oraz konieczność poprawienia tej oferty nie powinna na tym etapie postępowania budzić jakichkolwiek wątpliwości. Zamawiający wbrew wyrokowi Krajowej Izby Odwoławczej oraz Sądu z tego samego powodu odrzucił po raz kolejny ofertę odwołującego.

Odwołujący wskazał na treść sentencji wyroku Sądu Okręgowego w Rzeszowie sygn. akt VI Ga 38/09, VI Ga 7/09, VI Ga 33/09 z dnia 24 czerwca 2009r „zmienia wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 31 marca 2009 r. w pkt 1 A i B oraz pkt 2 ppkt 2 A i B w ten sposób, że: B. uwzględnia odwołanie o sygn. akt KIOIVZP1320109 złożone przez Konsorcjum firm: ERBUD S.A. (Lider Konsorcjum) i Wolff& Muller GmbR & Co.KG z siedzibą dla Lidera Konsorcjum w Warszawie i nakazuje zamawiającemu Wojewodzie Podkarpackiemu unieważnienie czynności wyboru oferty WARBUD S.A. w Warszawie i powtórzenie czynności oceny ofert z udziałem oferty Konsorcjum ... [ERBUD] z przewidywanym postępowaniem wyjaśniającym w zakresie oferty - złożonej przez to Konsorcjum oraz WARBUD SA....”

Odwołujący przywołał treść zarzutów protestu i odwołania oraz orzeczenia KIO w tej sprawie. Stwierdził, że Sąd Okręgowy w pełni podzielił stanowisko KIO, że brak w kosztorysie ofertowym Konsorcjum ERBUD - budynek główny -"instalacja wentylacji i klimatyzacji" poz. 21, 22 i 61, w sytuacji gdy materiały te zostały wycenione w innych pozycjach tego samego kosztorysu oraz kosztorysów dotyczących innych budynków - nie



stanowi niezgodności co do treści oferty i daje podstawę do jej poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp (co wymaga jednak ustalenia przez zamawiającego z wykonawcą w trybie wyjaśnień pewnych kwestii między innymi dotyczących identyczności przewidywanych materiałów). Zamawiający wbrew powyższemu wyrokowi Sądu nie poprawił z niejasnych powodów jednej pozycji cokołu o wartości kilkuset złotych stanowiącej 0,000013 % wartości oferty. Odwołujący wskazał, że ceny wykonawcy WARBUD S.A. w kosztorysie "instalacji wentylacji i klimatyzacji" w poz. 21 i 48 są identyczne. Wskazał, że inną omyłką może stanowić pominięcie pozycji kosztorysowej ( por. wyrok KIO z dnia 16.01.2009 r KIO/UZP 1536/08). Za taką wykładnią przemawia również treść uzasadnienia do ustawy z dnia 04.09.2008 r. o zmianie ustawy Prawo Zamówień Publicznych.

Zwrócił uwagę, że zamawiający wadliwie odczytuje dokumentację projektową, gdyż we wskazanym miejscu pokazany jest otwór w stropie (dokumentacja i przedmiar dla robot budowlanych), a nie średnica czy wymiar cokołu (tj. dokumentacja dla robot instalacyjnych), z której wynika, że dla pozycji 21 i 48 należy nie tylko przyjąć ten sam KNR i nakłady, ale też podać analogiczne ceny (identycznie swoją ofertę ukształtował WARBUD).

Odnosząc się do braków w kosztorysie dotyczącym oczyszczalni ścieków w ofercie odwołującego podkreślił, że na temat oczyszczalni ścieków zamawiający przeprowadził procedurę wyjaśnień (pytania z dnia 3 grudnia 2008 r.) i wyjaśnienia te (z dnia 11 grudnia 2008 r.) uznał za wyczerpujące, gdyż jakiegokolwiek braki w ofercie, w tym zakresie, nie stały się podstawą odrzucenia oferty Konsorcjum ERBUD przy ocenie ofert w dniu 10 lutego 2009 r. Zamawiający nie może więc powoływać się na te okoliczności, skoro były mu one znane w dniu 3 grudnia 2008 r. Odwołujący wyjaśnił powyższe kwestie w piśmie z dnia 24 lipca 2009 r. (objętych tajemnicą przedsiębiorstwa). Podkreślił, że wytykane po 9 miesiącach po raz kolejny uchybienia nie powodują zmiany w treści oferty, nie wpływają na wysokość ceny oferty, ani na trudności w rozliczeniu tej inwestycji. Zaoferowana cena (kosztorys 4.1.10 Oczyszczalnia AKPIA+Kontenery) jest porównywalna z cenami innych ofert.

Ponadto, odwołujący oświadczył, że złożył w ofercie wszelkie oświadczenia zapewniające zabezpieczenie interesu zamawiającego w ramach zaoferowanej ceny, wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z projektem budowlanym i projektami wykonawczymi, szczegółowymi specyfikacjami technicznymi. Wskazał, że to na zamawiającym spoczywa ciężar dowodu (art. 188 ust. 1 Pzp oraz art. 14 Pzp w związku z art. 6 k.c.) niezgodności treści oferty z treścią siwz.

Na okoliczność naruszenia art. 5 k.c. w związku z art. 14 Pzp przywołał fragment wyroku Sądu Okręgowego w Rzeszowie, iż „Oferty obu tych wykonawców nie są sprzeczne z SIWZ zapewniają przedmiot realizacji zamówienia w całości.” Wskazał, że ratio legis art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jest odpowiednio eliminacja z postępowania ofert, na podstawie których nie można zrealizować danego zamówienia publicznego zgodnie z wymaganiami

zamawiającego oraz nie dających możliwości prawidłowego wykonania umowy w sprawie zamówienia publicznego. W tym przypadku zastosowanie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp daje pełną gwarancję wykonania wszystkich nałożonych przez postanowienia umowy w sprawie zamówienia publicznego na strony (zamawiającego i wykonawcę) obowiązków. Na poparcie swojego stanowiska przywołał orzeczenia KIO: KIO/UZP 225/08, KIO/UZP 195/08, KIO/UZP 192/08, KIO/UZP 280/08, KIO/UZP 22/08, KIO/UZP 192/08 i Sądu Okręgowego w Gliwicach, który w wyroku sygn. akt X Ga 23/07/za stwierdził, iż błędne podanie w kosztorysie ofertowym ilości robót w stosunku do przedmiaru stanowi rozbieżność, która "w istocie w żaden wpływa na możliwość dokonania rzetelnej oceny ofert". Oferta nie jest oświadczeniem woli złożonym "w próżni", in abstracto ale wynika z uwzględnienia całokształtu opisu przedmiotu zamówienia na roboty budowlane. Odwołujący zwrócił uwagę, że "formalizm postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie jest celem samym w sobie, a ma na celu realizację zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców" (wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z dnia 23.02.2007 roku, sygn. akt X Ga 23/07).

Do postępowania wszczętego na skutek wniesienia protestu zgłosił przestąpienie WARBUD S.A., wnosząc o oddalenie protestu.

Zamawiający odrzucił protest. Wyjaśnił, że prowadził czynności w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zgodnie z wyrokiem Sądu Okręgowego w Rzeszowie VI Wydział Gospodarczy wydanym w dniu 24 czerwca 2009 r. Po ponownym badaniu i ocenie ofert złożonych przez Konsorcjum ERBUD oraz WARBUD S.A. dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty firmy WARBUD S.A. jednocześnie odrzucając ofertę odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, jako nie odpowiadającą treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wyjaśnił w uzasadnieniu, że złożenie przez WARBUD S.A. przedłużonej gwarancji wadialnej obowiązującej do dnia 19 października 2009 r. jest równoznaczne z przedłużeniem terminu związania ofertą i żadne oświadczenie wykonawcy w tym zakresie nie jest wymagane. Wskazał na orzecznictwo sądowe: Wyrok Sądu Okręgowego z dnia 28 maja 2007 r. sygn. akt. XIX Ga 194/07. Stwierdził, że zarzut ten był podnoszony w proteście z dnia 10 sierpnia 2009 r. i zgodnie z art. 181 ust. 7 Pzp nie może być wykorzystany w kolejnym proteście.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego nie poprawienia kosztorysu 3.1.16 (10 posterunków kontroli) w ofercie WARBUD S.A. zamawiający podkreślił, że ten sam zarzut podnoszony był na rozprawie przed KIO w dniu 26 marca 2009 r. i w ocenie KIO nie znalazł swojego potwierdzenia, co zostało wskazane w uzasadnieniu wyroku KIO z dnia 31.03.2009 r.. Pomimo tego zamawiający zgodnie z wyrokiem Sądu Okręgowego w Rzeszowie z dnia 24 czerwca 2009 r. dokonał ponownej oceny oferty WARBUD S.A.

oraz wyjaśnień m.in. w tym zakresie. Złożone wyjaśnienia potwierdzają, że zaoferowana cena kosztorysowa dotyczyła 10 posterunków kontroli.

W kwestii zarzutu dotyczącego odrzucenia oferty odwołującego zamawiający wyjaśnił, że zgodnie z uzasadnieniem wyroku Sądu Okręgowego w Rzeszowie z dnia 24 czerwca 2009 r. dokonał czynności ustalenia z odwołującym w trybie wyjaśnień z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp kwestii dotyczących identyczności przewidywanych materiałów. W toku tej czynności zamawiający uznał, że wentylator dachowy (poz. nr 22 i poz. nr 49) oraz cokół (poz. nr 61 i poz. nr 12) są takie same, a cokoły z pozycji nr 21 i nr 48 posiadają różne wymiary z uwagi na ich dostosowanie do wielkości otworów w dachu. Pozycja nr 21 kosztorysu "Instalacja wentylacji i klimatyzacji" - budynek główny dotyczy wykonania cokołu w systemie wentylacyjnym W1c – 1 szt., zaś pozycja nr 48, którą wskazywał odwołujący jako tożsamą - dotyczy wykonania cokołu w systemie wentylacyjnym W3, więc gabaryt i konstrukcja cokołu z poz. nr 21 - ilość 1 szt. jest nieporównywalna z gabarytem i konstrukcją cokołu wycenionego w poz. nr 48. Zamawiający nie mógł uznać, że cokół z pozycji nr 21 wykonany do otworu w dachu o wym. 415x300 mm systemu W1c jest tożsamy z cokołem z pozycji nr 48 dot. systemu wentylacyjnego W3 wykonanym do otworu o wym. 415x260 mm, co ma swoje odzworowanie w dokumentacji projektowej.

Zamawiający podkreślił, że wystąpił do Konsorcjum ERBUD o wyjaśnienie braku dodatkowych 98 pozycji w kosztorysie: "Oczyszczalnia ścieków - technologia + AKPiA + kontenery", które stwierdził w trakcie ponownego badania oferty. W odpowiedzi Konsorcjum nie odniosło się do tej kwestii merytorycznie, nie wskazało, gdzie zostały wycenione brakujące pozycje. Zamawiający nie odnalazł w kosztorysach szczegółowych pozycji tożsamych z pozycjami brakującymi, celem ich ewentualnej poprawy, w związku z powyższym odrzucił ofertę jako niezgodną z treścią siwz. Zwrócił uwagę, że identyczną procedurę wyjaśnień zastosował w stosunku do oferty WARBUD S.A. w kwestii braków opisów pozycji kosztorysowych. Wyjaśnił, iż przede wszystkim podstawą odrzucenia oferty Konsorcjum ERBUD w dn. 10.02.2009 r. był brak 3 pozycji kosztorysowych, co zamawiający uznał wówczas za wystarczającą podstawą do odrzucenia oferty z uwagi na ich szczególny charakter. W związku z tym, że Sąd Okręgowy w Rzeszowie nakazał ponowną ocenę dwóch pozostałych w postępowaniu ofert, miał obowiązek dokonać ich oceny w całości. Podkreślił, że podstawową przesłanką odrzucenia oferty odwołującego jest brak identyczności i tożsamości cokołu w systemie wentylacyjnym W1c, a brak 98 pozycji uzasadnia odrzucenie oferty jako przesłanka dodatkowa.

Odnosząc się do kwestii braku 2038 pozycji kosztorysowych podkreślił, że zarówno KIO jak Sąd Okręgowy w Rzeszowie uznał, że zamawiający nie wymagał od wykonawców kosztorysów wyposażenia dla poszczególnych budynków i nie ma przepisów obligujących wykonawców przy sporządzaniu kalkulacji do określania cen jednostkowych poszczególnych

pozycji kosztorysowych, a ponadto, ww. zarzuty podnoszone były w poprzednich protestach i zgodnie z art. 181 ust. 7 Pzp nie mogą być wykorzystane w kolejnym proteście.

Pozostałe zarzuty dotyczące nie zapewnienia zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania, naruszenia zasad współzycia społecznego oraz zaniechania doprowadzenia oferty odwołującego do zgodności z siwz były podniesione w proteście z dnia 10 sierpnia 2009 r. i wcześniejszych protestach i zgodnie z ustawą Prawo zamówień publicznych nie mogą być ponownie podnoszone.

Odwołujący wniósł odwołanie od rozstrzygnięcia protestu. Podtrzymał w odwołaniu wszystkie zarzuty i podniósł naruszenie przez zamawiającego przepisów:

a) art. 7 ust. 1 i ust. 3 oraz art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, art. 9 Pzp oraz art. 91 ust. 1 Pzp poprzez nie zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w związku z zaniechaniem wykluczenia wykonawcy WARBUD S.A. i zaniechaniem odrzucenia tej oferty na podstawie 89 ust. 1 pkt 5 Pzp, z uwagi na nie złożenie oświadczenia o wyrażeniu zgody na przedłużenie terminu związania ofertą,

b) art. 7 ust. 1 i ust. 3 oraz art. 87 ust. 1 Pzp, art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp poprzez nie zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w związku z nadużyciem ww. przepisów przez ich wadliwe zastosowanie w celu doprowadzenia oferty WARBUD S.A. do zgodności z siwz, a przez to zaniechanie zastosowania wobec tej oferty art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, przez jej odrzucenie jako niezgodnej z siwz,

c) art. 7 ust. 1 i ust. 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 Pzp poprzez nie zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w związku z zaniechaniem czynności odrzucenia oferty WARBUD S.A., pomimo że jej treść nie odpowiada treści siwz oraz zawiera błąd w obliczeniu ceny,

d) art. 7 ust. 1 i 3 Pzp w związku z art. 183 ust. 5 i 6 Pzp poprzez nie wykonanie wyroku Sądu Okręgowego w Rzeszowie i nie dokonanie czynności bezprawnie zaniechanej tj. doprowadzenia oferty odwołującego do zgodności z siwz po ostatecznym rozstrzygnięciu protestu,

e) art. 7 ust. 1 w związku z art. 5 k.c. w związku z art. 14 Pzp poprzez naruszenie zasad współzycia społecznego oraz przepisów przywołanych w treści protestu i odwołania,

f) art. 7 ust. 1 i 3 w związku z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp i w związku z art. 183 ust. 5 i 6 Pzp z powodu zaniechania zastosowania tych przepisów w toku badania i oceny ofert oraz z zaniechaniem wykonania wyroku Sądu Okręgowego w Rzeszowie sygn. akt VI Ga 38/09, VI Ga 37/09, VI Ga 33/09 z dnia 24 czerwca 2009 r. i art. 5 k.c. w związku z art. 14 Pzp poprzez naruszenie zasad współzycia społecznego oraz przepisów przywołanych w treści protestu i odwołania.

Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego, wykonanie wyroku Sądu Okręgowego w Rzeszowie, powtórzenie czynności badania i oceny ofert i w jej rezultacie wykonanie wyroku Sądu Okręgowego w Rzeszowie, odrzucenie oferty WARBUD S.A. oraz dokonanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący podtrzymał argumentację przedstawioną w proteście, a dodatkowo stwierdził, iż nieuprawnione jest stanowisko zamawiającego, że w przypadku wezwania w trybie art. 85 ust. 2 Pzp brak w odpowiedzi złożenia oświadczenia w formie pisemnej jest bez znaczenia. Zamawiający ignoruje normę art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, który nakazuje wykluczyć wykonawcę zarówno w okolicznościach nie wniesienia wadium, jak i w przypadku nie wyrażenia zgody na przedłużenie okresu związania ofertą. Wyjaśnił także, iż protest z dnia 10 sierpnia b.r. wnoszony był w okolicznościach, gdy WARBUD S.A. nie był wybrany w tym postępowaniu, więc z ostrożności procesowej odwołujący wnioskował, aby zamawiający, przy najbliższej czynności badania i oceny ofert, dokonał wykluczenia WARBUD S.A. z postępowania i odrzucenia tej oferty, gdyż termin na wniesienie protestu na brak wykluczenia WARBUD S.A. można liczyć dopiero od dnia wyboru oferty tego wykonawcy, czyli od 19 sierpnia 2009 r. Odwołujący oświadczył, że zamawiający nie dokonywał z nim żadnych ustaleń odnośnie identyczności materiałów dla pozycji kosztorysowych podlegających poprawieniu oraz że nie potwierdzał, iż poz. 21 i 48 nie są takie same. Zwrócił uwagę, iż nazwy systemów wentylacyjnych nie mają znaczenia, liczy się to, czy dany cokol jest w innej części kosztorysu.

WARBUD S.A. przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza, w wyniku analizy dokumentów przedłożonych do akt sprawy, oryginalnej dokumentacji postępowania oraz wyjaśnień stron i uczestnika postępowania odwoławczego złożonych na rozprawie, ustaliła i zważyła, co następuje:

Oba odwołania zasługują na uwzględnienie.

KIO stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem prawnym w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp we wniesieniu obu odwołań. Izba uznała, że interes prawny odwołującego w uzyskaniu zamówienia mógłby doznać uszczerbku w przypadku potwierdzenia się naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp poprzez zaniechanie poprawienia w ofercie odwołującego innej omyłki podlegającej poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp oraz naruszenie przepisów ustawy Pzp poprzez dokonanie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty, podlegającej odrzuceniu, a także odrzucenia oferty odwołującego,

który zaoferował niższą cenę (zważywszy, że kryterium oceny ofert w przedmiotowym postępowaniu stanowi najniższa cena z wagą 100%). Odwołujący utraciłby w ten sposób możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia.

Zważywszy, że postępowanie o udzielenie zamówienia zostało wszczęte przez zamawiającego w dniu 16 września 2008 r. zgodnie z brzmieniem art. 4 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 171, poz. 1058), która weszła w życie w dniu 24 października 2008 r., do postępowania zastosowanie mają przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych w brzmieniu obowiązującym przed ww. nowelizacją ustawy z wyjątkiem przepisów dotyczących zmiany ogłoszeń, zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, poprawiania omyłek w ofercie i przesłanek odrzucenia oferty oraz przepisy działu VI ustawy Prawo zamówień publicznych, w brzmieniu nadanym ww. ustawą nowelizującą w odniesieniu do protestów wnoszonych od dnia wejście w życie ustawy oraz wnoszonych, w ich następstwie, odwołań i skarg.

#### A. (sygn. akt KIO/UZP 1260/09)

Pismem z dnia 3 sierpnia 2009 r. zamawiający poinformował Konsorcjum ERBUD, iż poprawia w jego ofercie braki dotyczące pozycji 22 i 61 poprzez zmianę ilości sztuk materiałów w pozycji 49 i 12. Powołał się przy tym na wyrok Sądu Okręgowego w Rzeszowie cyt. „brak w sytuacji, gdy materiały zostały wycenione w innych pozycjach tego samego kosztorysu oraz kosztorysów dotyczących innych budynków – nie stanowi o niezgodności co do treści oferty i daje podstawę do jej poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp”. W dniu 6 sierpnia 2009 r. Konsorcjum ERBUD wyraziło zgodę na poprawienie oferty w powyższym zakresie.

Z treści protestu i odwołania wynika, co odwołujący potwierdził w toku rozprawy, że odwołujący wniósł protest de facto wobec zaniechania przez zamawiającego w dniu 3 sierpnia 2009 r. dokonania czynności polegającej na poprawieniu w ofercie odwołującego braku pozycji nr 21 w kosztorysie ofertowym Budynek Główny "Instalacja wentylacji i klimatyzacji", dotyczącej wykonania cokołu pod podstawę dachową dla otworu w stropie 300x415 mm w układzie wentylacyjnym W1 c - 1 szt.

Zważywszy, że przeprowadzone przez zamawiającego postępowanie wyjaśniające dotyczyło trzech pozycji kosztorysu ofertowego złożonego przez odwołującego w ofercie tj. poz. 21, 22 i 61 (kosztorys „Budynek Główny – instalacja wentylacji i klimatyzacji”), które były przedmiotem zarzutu skargi odwołującego rozpoznawanej przez Sąd Okręgowy w Rzeszowie, natomiast jak wynika z treści zawiadomienia zamawiającego z dnia 3 sierpnia 2009 r. zamawiający poprawił jedynie dwie z tych pozycji, Izba uznała, że termin na

wniesienie protestu wobec zaniechania poprawienia braku jednej z pozycji objętych postępowaniem wyjaśniającym, należy liczyć od dnia 3 sierpnia 2009 r. Jednocześnie Izba uznała, że podniesiony w proteście i odwołaniu zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp, dotyczący zaniechania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej, jest przedwczesny, gdyż zamawiający w chwili wniesienia protestu znajdował się w toku czynności badania i oceny ofert, zmierzających do wyboru oferty najkorzystniejszej.

Zgodnie z uzasadnieniem wyroku Sądu Okręgowego w Rzeszowie zamawiający był zobowiązany do dokonania czynności wyjaśnień z odwołującym, w trybie art. 87 ust. 1 Pzp, kwestii dotyczących identyczności przewidywanych materiałów w pozycjach 21, 22 i 61 w ofercie odwołującego. Sąd Okręgowy jednoznacznie stwierdził w uzasadnieniu wyroku, że „podziela stanowisko KIO, że brak w kosztorysie ofertowym ERBUD S.A. – budynek główny – „instalacja wentylacji i klimatyzacji” poz. 21, 22 i 61, w sytuacji gdy materiały te zostały wycenione w innych pozycjach tego samego kosztorysu oraz kosztorysów dotyczących innych budynków – nie stanowi o niezgodności co do treści oferty i daje podstawę do jej poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp (co wymaga jednak ustalenia przez zamawiającego z wykonawcą w trybie wyjaśnień pewnych kwestii między innymi dotyczących identyczności przewidywanych materiałów)”. Powyższe stanowisko Sądu Okręgowego zostało potwierdzone w sentencji wyroku w pkt I B. Ponadto, Sąd uznał cyt. „Oferty obu tych wykonawców nie są, co trzeba podkreślić sprzeczne s SIWZ, zapewniają przedmiot realizacji zamówienia w całości”.

Zamawiający w dniu 20 lipca 2009 r. wezwał Konsorcjum ERBUD do wyjaśnienia braków w kosztorysie ofertowym pozycji 21, 22 i 61.

W odpowiedzi odwołujący wyjaśnił (pismo z dnia 24 lipca 2009 r.), iż brak pozycji jest wynikiem „olbrzymiej ilości pozycji kosztorysowych, wyjaśnień i modyfikacji SIWZ”, a także, że „identyczne cokoły i wentylator znajdują się w kosztorysie i wystarczy w tych odpowiednich pozycjach dodać po jednej sztuce tych materiałów, aby tym sposobem doprowadzić do zgodności treści oferty z treścią SIWZ”.

W wyniku dokonanego wyjaśnienia zamawiający uznał, że wentylator dachowy (poz. nr 22 i poz. nr 49) oraz cokół (poz. nr 61 i poz. nr 12) są takie same, a cokoły z pozycji 21 i 48 posiadają różne wymiary z uwagi na ich dostosowanie do wielkości otworów w dachu. Pozycja nr 21 kosztorysu "Instalacja wentylacji i klimatyzacji" - budynek główny dotyczy wykonania cokołu w systemie wentylacyjnym W1 c - 1 szt., zaś pozycja nr 48 - którą wskazuje wykonawca jako pozycję tożsamą - dotyczy wykonania cokołu w systemie wentylacyjnym W3. W związku z powyższym gabaryt i konstrukcja cokołu z poz. nr. 21 - ilość 1 szt. jest nieporównywalna z gabarytem i konstrukcją cokołu wycenionego w poz. nr 48. Zamawiający twierdził, że nie może zatem przyjąć, iż cokół z pozycji nr 21 wykonany do otworu w dachu o wym. 415x300 mm systemu W1c jest tożsamy z cokołem z pozycji nr 48

wykonanym do otworu o wym. 415x260 mm, co ma swoje odwzorowanie w dokumentacji projektowej.

Odwołujący w kosztorysie ofertowym 4.2 Budynek Główny - instalacja wentylacji i klimatyzacji nie ujął pozycji 21 (str. 936 oferty) natomiast w poz. 48 opisanej jako „cokół pod podstawę dachową fi 200 mm” zaoferował 1 szt. w cenie 244,20 zł (podstawa wyceny: KNR 2-170149-01). WARBUD S.A. w analogicznym kosztorysie ofertowym (str. 507 oferty) w poz. 21 wycenił „cokół pod podstawę dachową fi 200 mm” zaoferował 1 szt. w cenie 387,66 zł i w poz. 48 – identycznie (str. 508 oferty).

Odwołujący twierdził w toku postępowania, co potwierdziło się również w treści przedmiaru, przygotowanego przez zamawiającego jako element siwz w omawianym zakresie, że obie pozycje zostały opisane przez zamawiającego w przedmiarach w identyczny sposób, z poddaniem tej samej średnicy Dn 200 mm, przy wskazaniu tych samych podstaw wyceny KNR. W ocenie Izby zasadne jest wobec powyższego przyjęcie, iż obie pozycje zostały opisane i wycenione w ofercie w tożsamy sposób tj. przez użycie danych podanych przez zamawiającego w przedmiarze oraz zaoferowanie ceny w tej samej wysokości.

Biorąc pod uwagę treść wyjaśnień odwołującego, złożonych w dniu 24 lipca 2009 r., Izba uznała, że złożone wyjaśnienia uprawniają zamawiającego do dokonania poprawy w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp braku pozycji 21 kosztorysu poprzez dopisanie w kosztorysie 1 sztuki cokołu Dn 200 mm w cenie 244,20 zł i dokonania stosownej korekty ceny oferty odwołującego. Powyższy brak stanowi bowiem omyłkę, polegającą na niezgodności oferty z treścią specyfikacji, która nie powoduje istotnej zmiany w treści oferty, a ponadto jest możliwa do poprawienia przez zamawiającego bez konieczności ingerencji ze strony wykonawcy. Izba uznała, że zamawiający nie może, w trakcie postępowania, dokonywać interpretacji treści siwz, w tym przypadku przedmiarów, wbrew jednoznacznym zapisom w nim zawartym, w szczególności na niekorzyść wykonawcy. Okoliczności sprawy wskazują, że zamawiający w odniesieniu do WARBUD S.A. dopuścił możliwość wyceny materiału w jednakowej wysokości pozycji 21 i 48 przedmiaru, odmawiając takiej możliwości odwołującemu. Zamawiający dopuścił się zatem nie tylko reinterpretacji siwz po terminie składania ofert, ale również przyjętą przez siebie interpretację zastosował wybiórczo, wyłącznie w stosunku do odwołującego w celu odrzucenia jego oferty.

Wobec powyższego Izba uznała, że zarzut naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 7 ust. 1 i ust. 3 oraz art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, w związku z zaniechaniem czynności poprawienia omyłki w ofercie odwołującego, potwierdził się.

Izba nie stwierdziła naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 7 ust. 1 w związku z art. 183 ust. 5 i 6 Pzp, poprzez nie wykonanie wyroku Sądu i nie dokonanie czynności



doprowadzenia oferty odwołującego do zgodności z siwz po ostatecznym rozstrzygnięciu protestu.

W pierwszej kolejności należy podkreślić, że Izba nie jest organem uprawnionym do kontroli wykonania orzeczeń sądowych. Wskazać przy tym należy, iż stosownie do dyspozycji art. 4 ust. 2 ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw do protestów wnoszonych od dnia wejścia w życie ww. ustawy oraz do wnoszonych w ich następstwie odwołań i skarg stosuje się przepisy działu VI ustawy Prawo zamówień publicznych, w brzmieniu nadanym ww. ustawą nowelizującą. Zgodnie zatem z treścią przepisu art. 182 ust. 2 pkt 3 Pzp ostateczne rozstrzygnięcie protestów wniesionych w sprawach o sygn. akt KIO/UZP 319/09, KIO/UZP 320/09 i KIO/UZP 321/09 nastąpiło z dniem wydania wyroku Izby tj. w dniu 31 marca 2009 r. Poddanie postępowania w powyższym zakresie kontroli sądowej poprzez złożenie skargi do sądu stanowi uprawnienie stron, a dalsze czynności podejmowane przez zamawiającego w toku postępowania w sprawie zamówienia – po wydaniu wyroku przez Sąd Okręgowy, należą do właściwości rzeczowej KIO z mocy przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Wobec powyższego Izba rozpoznała zarzuty odwołania wyłącznie w zakresie czynności podjętych przez zamawiającego w toku postępowania, a także zaniechania czynności w toku postępowania, do których zamawiający jest zobowiązany z mocy ustawy Pzp.

W ustalonych okolicznościach sprawy Izba nie znalazła podstaw do stwierdzenia naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 Pzp w związku z art. 5 k.c. w związku z art. 14 Pzp poprzez naruszenie zasad współżycia społecznego.

#### B. (sygn. akt 1406/09)

Izba uznała, że nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i ust. 3 oraz art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, art. 9 Pzp oraz art. 91 ust. 1 Pzp, poprzez nie zapewnienie w postępowaniu zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w związku z zaniechaniem wykluczenia wykonawcy WARBUD S.A. z postępowania oraz w związku z zaniechaniem odrzucenia tej oferty na podstawie 89 ust. 1 pkt 5 Pzp z uwagi na nie złożenie przez wykonawcę oświadczenia o wyrażeniu zgody na przedłużenie terminu związania ofertą.

Izba uznała, że zarzut powyższy został podniesiony wobec zaniechania czynności wykluczenia w ustawowym terminie, pomimo że odwołujący w dniu 24 lipca 2009 r. stwierdził brak w dokumentacji postępowania oświadczenia WARBUD S.A. o wyrażeniu zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. Zgodnie z art. 180 ust. 1 Pzp protest wnosi się wobec czynności zamawiającego lub zaniechania dokonania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na mocy przepisów ustawy Pzp. Skoro zawiadomienie

o wykluczeniu wykonawcy, stosownie do art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp, zamawiający przekazuje wykonawcom niezwłocznie po wyborze oferty najkorzystniejszej, zatem dokonanie czynności wykluczenia wykonawcy lub zaniechanie dokonania tej czynności można stwierdzić dopiero wobec decyzji podjętej przez zamawiającego i zakomunikowanej wykonawcom.

Zgodnie z treścią art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp zamawiający wyklucza z postępowania wykonawców, którzy nie wnieśli wadium, w tym również na przedłużony okres związania ofertą lub nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą. Stosownie do treści art. 85 ust. 2 Pzp, w brzmieniu sprzed wejścia w życie ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 171, poz. 1058), w uzasadnionych przypadkach co najmniej na 7 dni przed upływem terminu związania ofertą zamawiający może tylko raz zwrócić się do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie tego terminu o oznaczony okres, nie dłuższy niż 60 dni. Ust. 3 ww. przepisu wskazuje, że odmowa wyrażenia zgody nie powoduje utraty wadium, a ust. 4, iż zgoda wykonawcy na przedłużenie okresu związania ofertą jest dopuszczalna tylko z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium albo jeżeli nie jest to możliwe, z wniesieniem nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą.

Izba ustaliła, na podstawie oświadczenia zamawiającego złożonego w toku rozprawy, któremu odwołujący nie zaprzeczył, że w toku postępowania zamawiający nie wzywał wykonawców do wyrażenia zgody na przedłużenie okresu związania ofertą. Jednocześnie z dokumentacji postępowania wynika, że zamawiający wzywał wykonawców do przedłużenia ważności wadium. i tak pismem z dnia 9 stycznia 2009 r. zamawiający wezwał wykonawców „do przedłużenia ważności wadium w terminie odpowiednim do upływu ważności”. W toku postępowania wykonawcy składali stosowne dokumenty potwierdzające ważność wadium na przedłużony okres, a niektórzy – również - oświadczenia o wyrażeniu zgody na przedłużenie okresu związania ofertą do upływu okresu ważności wniesionego przez nich wadium. Powyższe potwierdza np. treść pisma Konsorcjum ERBUD z dnia 23 marca 2009 r. oraz treść pisma Budimex-Dromex z dnia 18 marca 2009 r. W ocenie Izby warunkiem wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp jest dochowanie przez zamawiającego obowiązku wezwania wykonawcy do złożenia oświadczenia w trybie art. 85 ust. 2 Pzp. Izba uznała, że skoro zamawiający nie wzywał wykonawców do wyrażenia zgody na przedłużenie okresu związania ofertą, to nie miał następnie podstaw do oceny braku oświadczenia, a tym bardziej wykluczenia wykonawcy z powodu braku jego złożenia. Nieprawidłowe działanie zamawiającego nie może skutkować negatywnymi konsekwencjami dla wykonawców. W takich okolicznościach znajduje pełne uzasadnienie stanowisko Sądu Okręgowego w Katowicach wyrażone w wyroku z dnia 28 maja 2007 r. sygn. akt XIX Ga 194/07, że „złożenie wadium – w postaci gwarancji bankowej ważnej do określonego dnia jest jednocześnie wyrazem woli per facta concludentia

związania się ofertą do dnia uwidocznionego w gwarancji bankowej.” Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego, iż postanowienie zawarte w gwarancji złożonej przez WARBUD S.A. Nr 1195/2009/FIN, udzielonej przez SOCJETE GENERALE Spółka Akcyjna Oddział w Polsce z siedzibą w Warszawie w dniu 17 lipca 2009 r., o treści „Realizacja niniejszego zobowiązania do łącznej kwoty nie przekraczającej 1 000 000,00 PLN nastąpi wtedy i tylko wtedy, gdy: 1. Wykonawca po powiadomieniu go o akceptacji jego oferty przez zamawiającego, w okresie jej ważności: a) odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie lub [...]”, uzależnia skuteczność wniesionego zabezpieczenia od złożenia przez wykonawcę oświadczenia o wyrażeniu zgody na przedłużeniu okresu związania ofertą. W ocenie Izby uznanie, iż oferta jest ważna wówczas (w okresie), gdy została zabezpieczona poprzez wniesienie wadium, nie jest sprzeczne z tak sformułowanym postanowieniem.

Izba nie stwierdziła naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 7 ust. 1 i ust. 3 oraz art. 87 ust. 1 Pzp, art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp poprzez nie zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w związku z nadużyciem ww. przepisów przez ich wadliwe zastosowanie w celu doprowadzenia oferty WARBUD S.A. do zgodności z siwz oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, przez zaniechanie jej odrzucenia jako niezgodnej z siwz,

Pismem z dnia 20 lipca 2009 r. zamawiający wezwał WARBUD S.A. do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 Pzp, dotyczących różnic opisów pozycji kosztorysowych w złożonej przez WARBUD S.A. ofercie w zakresie pozycji wskazanych w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Rzeszowie jako podlegających wyjaśnieniu (str.48 wyroku). Zamawiający pismem z dnia 3 sierpnia 2009 r. poinformował WARBUD S.A. o poprawieniu w ofercie omyłek w kosztorysie ofertowym nr 1.5 Budynek Odpraw autobusów” w pozycjach 41 d7, 50d7, 47d7, 56d8, w kosztorysie 1.6 „Punkt kontroli Indywidualnej” poz. 23.d4, 24d4, 31.d5, w kosztorysie ofertowym 1.7 „Punkt Kontroli Indywidualnej” poz. 23.d4, 24.d4, 31.d5, w kosztorysie ofertowym 1.9 Punkt Kontroli Wyjazd” poz. 23.d4, 24.d4,31d5, w kosztorysie ofertowym 1.10 Punkt kontroli Wjazd” poz. 23.d4, 24.d4,31.d5, w kosztorysie ofertowym 1.13 Budynek TaxFree” poz. 46.d7, w kosztorysie ofertowym 1.14 Zadaszenie odpraw pojazdów ciężarowych poz. 13.d4, 19.d4.

W wyjaśnieniach złożonych przez WARBUD S.A. (pismo z dnia 23 lipca 2009 r.) wykonawca, powołując się na wytyczne zamawiającego zawarte w odpowiedziach na pytania wykonawców, potwierdził przyjęcie wymaganych materiałów i ich parametrów wskazując, iż zamawiający nie wymagał zmiany opisu pozycji kosztorysowych. Powyższe potwierdził w toku rozprawy zamawiający. Wykonawca wyjaśnił także, iż w ofercie (kosztorys ofertowy 3.1.16), w zakresie instalacji elektrycznych, wycenił 10 punktów kontroli, zgodnie

z wymogami siwz, na kwotę 410 301,77 zł. Wskazał, że wykonanie tych punktów kontroli zostało przewidziane w cenach jednostkowych kosztorysu ofertowego oraz zaznaczył w opisie kolumna 2 Tabeli Zbiorczej. WARBUD S.A. wskazał, że nie pomnożył wartości z kolumny 3 (kosztorysu) razy 10, gdyż „podane ilości kosztorysowe są ilościami dla prawidłowej ilości budynków tj. 10 szt.”. Zamawiający natomiast nie określił, że kwota z kosztorysu powinna być pomnożona przez 10. Zatem, wykonawca kwotę z kosztorysu uwzględniającą 10 szt. budynków pomnożył razy 1. W ocenie Izby, wyjaśnienia powyższe są spójne z treścią zawartą w powyższej pozycji kosztorysu i na ich podstawie zamawiający był uprawniony do uznania prawidłowości treści oferty WARBUD S.A. w omawianym zakresie. Istotny jest również fakt, że zaoferowana w tej pozycji cena nie odbiega od średniej ceny zaoferowanej w tym kosztorysie przez pozostałych wykonawców w przedmiotowym postępowaniu. Natomiast, dokonanie rachunku, co wskazał odwołujący, tj. aby pomnożyć wartość omawianego kosztorysu WARBUD S.A. razy 10, nie jest słuszne, gdyż powoduje, iż otrzymany wynik – wartość kosztorysowa w omawianym zakresie -stanowi ok. 10-krotność średniej ceny zaoferowanej przez pozostałych wykonawców w tym zakresie, a zatem zarówno z logicznego jak i ekonomicznego punktu widzenia zaoferowanie takiej ceny jest niewiarygodne, co wynika w sposób oczywisty z porównania ofert.

Przedstawione przez WARBUD S.A. wyjaśnienia potwierdziły zatem zgodność treści oferty w powyższym zakresie z wymaganiami zamawiającego. Wbrew twierdzeniu odwołującego, nie można uznać, że wyjaśnienia złożone przez WARBUD S.A. stanowiły negocjacje dotyczące treści oferty pomiędzy wykonawcą, a zamawiającym. Podkreślić należy, że zawarte w ofercie oświadczenia nie są sprzeczne z oświadczeniami złożonymi w ramach wyjaśnień, a zatem nie można mówić w tym przypadku o istnej zmianie treści oferty, która nie pozwala na dokonanie poprawienia wskazanych omyłek w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Wobec powyższego Izba nie stwierdziła wadliwego zastosowania przez zamawiającego przepisów art. 87 ust. 1 i 2 pkt 3 Pzp w celu doprowadzenia oferty WARBUD S.A. do zgodności z siwz, a w konsekwencji naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie jej odrzucenia, jako niezgodnej z siwz.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego skali poprawionych błędów w ofercie WARBUD S.A. wskazać należy, że przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp ani żaden inny przepis ustawy nie uzależnia możliwości poprawiania omyłek, w omawianym trybie, od ich ilości lub od łącznej ich wartości. Kryterium uznania danej omyłki za podlegającą poprawieniu jest jej istotność, pod względem wpływu na treść oferty. W ocenie Izby, treść przepisu nie daje podstawy do określania w sposób arbitralny arytmetycznych granic kwotowych bądź ilościowych pozwalających na uznanie omyłki za podlegającą poprawieniu. Podkreślić należy, że powyższe kwestie podlegać powinny ocenie każdorazowo w odniesieniu do

konkretnej sytuacji i warunków danego postępowania w sprawie zamówienia. Jako zasadę nadrzędną należy przy tym wskazać zachowanie przez zamawiającego w postępowaniu uczciwej konkurencji i równego traktowania wszystkich wykonawców, a także, co podkreślił w wyroku Sąd Okręgowy w Rzeszowie, zasadę przejrzystości i jawności postępowania. Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, że poprawienie omyłek w ofercie WARBUD S.A. powodujące zwiększenie ceny oferty o ponad 37 tysięcy zł w warunkach przedmiotowego postępowania nie stanowi o naruszeniu wskazanych przez odwołującego norm prawnych.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego nieuzasadnionego odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp Izba uznała, że zarzut powyższy zasługuje na uwzględnienie, a ponadto, że dokonana ww. czynność w okolicznościach ustalonych w sprawie, stanowi przejaw niezachowania w postępowaniu zasady równego traktowania wykonawców. Izba zważyła, co następuje.

Po pierwsze, w ramach rozpoznanego odwołania o sygn. akt KIO/UZP 1260/09 Izba uwzględniła zarzut dotyczący zaniechania poprawienia w ofercie odwołującego omyłki polegającej na braku pozycji 21 kosztorysu „Budynek Główny – instalacja wentylacji i klimatyzacji” w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Powyższa kwestia została omówiona w części A nn. uzasadnienia.

Po drugie, Izba uznała, że oferta odwołującego nie podlega odrzuceniu z powodu braku wyceny w ofercie odwołującego 98 pozycji kosztorysu nr 4.10 „Oczyszczalnia Ścieków”, jako nieodpowiadająca treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W odniesieniu do powyższych braków zamawiający przeprowadził postępowanie wyjaśniające w trybie art. 87 ust. 1 Pzp w grudniu 2008 r. W piśmie z dnia 3 grudnia 2008r. zamawiający zwrócił się o wyjaśnienie „czy wykonawca potwierdza wykonanie kompletnego obiektu oczyszczalni ścieków jak w dokumentacji projektowej jako oczyszczalni biologicznej z zastosowaniem technologii MBBR – złoża ruchomego „EvU-Perl” i pełnej tlenowej stabilizacji osadu nadmierne? W przedstawionej ofercie brak danych dotyczących technologii oferowanej oczyszczalni jak również brak potwierdzenia technologii zastosowanej w projekcie.” Odwołujący wyjaśnił (pismo z dnia 11 grudnia 2008 r.), iż potwierdza wykonanie obiektu zgodnie z wymaganiami zamawiającego określonymi w dokumentacji projektowej. Powyższe wyjaśnienia zostały przyjęte przez zamawiającego, czego wyrazem jest niepodniesienie ww. braków kosztorysu, jako podstawy odrzucenia oferty odwołującego w dniu 10 lutego 2009 r. Z treści wezwania do wyjaśnień wynika, że wobec stwierdzonych braków w kosztorysie wątpliwości zamawiającego dotyczyły jedynie zastosowania przez wykonawcę technologii określonej w projekcie, pomimo posiadania przez zamawiającego wówczas już pełnej wiedzy o braku pozycji kosztorysu. Powyższe wskazuje, że zamawiający nie uznał braków omawianych pozycji za niezgodność treści oferty z treścią siwz. Izba zważyła, że ta część zamówienia stanowi pewną zwartą całość technologiczną,

wycenioną przez odwołującego. Prawidłowe jej wykonanie polega na osiągnięciu efektu w postaci obiektu funkcjonującego zgodnie ze ściśle określoną technologią (mechanizmu oczyszczalni). Jego elementy są określone poprzez oznaczenie danej technologii, co odwołujący potwierdził składając stosowne oświadczenia. Podkreślić również należy, iż ponowne podnoszenie przez zamawiającego kwestii braków w ofercie, które były mu znane od kilku miesięcy i zostały wyjaśnione, przed pierwszą oceną ofert, stanowi przejaw nierównego traktowania wykonawców w postępowaniu, tj. naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp. Izba zważyła, że ani w informacji o wynikach postępowania, ani też na rozprawie zamawiający nie powołał przyczyn dla których zmienił wcześniej zajęte stanowisko (uznanie wyjaśnień odwołującego). Powyższe oraz sposób sformułowania podstaw odrzucenia oferty odwołującego, wskazujący przywoływane pominięcie jako dodatkową podstawę odrzucenia nakazuje ocenić czynność zamawiającego jako sprzeczną z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Tym bardziej, że zamawiający, na którym spoczywa ciężar dowodu w zakresie przesłanek odrzucenia, zgodnie z art. 188 ust. 1 Pzp, nie wywiódł i nie udowodnił niemożności realizacji przedmiotu zamówienia przez odwołującego, w szczególności w kontekście złożonych wyjaśnień.

Zarzut naruszenia przepisu art. 7 ust.1 i 3 Pzp w związku z art. 183 ust. 5 i 6 Pzp poprzez nie wykonanie wyroku Sądu Okręgowego w Rzeszowie i nie dokonanie czynności bezprawnie zaniechanej tj. doprowadzenia oferty odwołującego do zgodności z siwz po ostatecznym rozstrzygnięciu protestu, został podniesiony przez odwołującego w odwołaniu w sprawie sygn. akt 1260/09 i rozpoznany przez Izbę w pierwszej części uzasadnienia wyroku (część A uzasadnienia), wobec czego nie podlegał ponownemu rozpoznaniu. Stosownie do brzmienia art. 187 ust. 4 pkt 5 Pzp odwołanie nie podlega rozpoznaniu w zakresie okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie innego odwołania wniesionego przez tego samego odwołującego, w tym samym postępowaniu (odwołanie podlega odrzuceniu na posiedzeniu niejawnym, jeżeli żaden z zarzutów odwołania nie podlega rozpoznaniu na rozprawie).

W ustalonym, jak wyżej, stanie faktycznym Izba nie stwierdziła naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 7 ust.1 w związku z art. 5 k.c. w związku z art. 14 Pzp wobec nie potwierdzenia się naruszenia zasad współzycia społecznego.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 7 ust. 1 i 3 w związku z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp i w związku z art. 183 ust. 5 i 6 Pzp z powodu zaniechania zastosowania tych przepisów w toku badania i oceny ofert oraz w związku z zaniechaniem wykonania wyroku Sądu Okręgowego w Rzeszowie z dnia 24 czerwca 2009 r. i art. 5 k.c. w związku z art. 14 Pzp poprzez naruszenie zasad współzycia społecznego został rozpoznany przez

Izbę w sprawie sygn. akt 1260/09 (część A uzasadnienia), a wobec podniesienia w rozpoznanym odwołaniu tych samych okoliczności, przez tego samego wykonawcę w niniejszym postępowaniu zarzut powyższy nie podlegał ponownemu rozpoznaniu przez Izbę.

Omówione okoliczności sprawy uzasadniały uwzględnienie obu odwołań wobec potwierdzenia się naruszenia przez zamawiającego w toku postępowania przepisów art. 87 ust. 2 pkt 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 i w konsekwencji art. 7 ust. 1 Pzp, co miało istotny wpływ na wynik postępowania.

Biorąc za podstawę stan rzeczy, ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji na podstawie art.191 ust.1, ust. 1a i ust. 2 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zm.) stosownie do wyniku postępowania.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Rzeszowie**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....