

Sygn. akt: KIO/385/11
Sygn. akt: KIO/386/11
Sygn. akt: KIO/393/11
Sygn. akt: KIO/406/11

WYROK
z dnia 11 marca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 marca 2011 r. w Warszawie odwołań skierowanych zarządzeniem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 marca 2011 r. do łącznego rozpoznania, wniesionych przez:

- A. **Konsorcjum w składzie: FEROCO S.A. (lider), TORPOL Sp. z o.o., Zakład Robót Komunikacyjnych-DOM w Poznaniu Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Napraw i Utrzymania Infrastruktury Kolejowej Sp. z o.o. z siedzibą lidera: ul. Wołczyńska 24, 60-003 Poznań - w dniu 25 lutego 2011 r. (sygn. akt: KIO/385/11),**
- B. **Konsorcjum w składzie: Strabag Sp. z o.o. (lider), Strabag Rail GmbH, HERMANN KIRCHNER Polska Sp. z o.o., VIAMONT DSP a.s., TRAKCE a.s., TRAKCE-TOR Sp. z o.o. z siedzibą lidera: ul. Parzniewska 10, 08-500 Pruszków - w dniu 25 lutego 2011 r. (sygn. akt: KIO/386/11),**
- C. **Konsorcjum w składzie: FCC CONSTRUCTION S.A. (lider), Katowickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Budus S.A., Przedsiębiorstwo Napraw i Utrzymania Infrastruktury Kolejowej Sp. z o.o., z siedzibą lidera: c/Balmes 36, 08007 Barcelona, Hiszpania - w dniu 25 lutego 2011 r. (sygn. akt: KIO/393/11),**
- D. **Konsorcjum w składzie: Mostostal Warszawa S.A. (lider), Acciona Infraestructuras S.A., TOR-KAR-SSON Sp. z o.o. z siedzibą lidera: ul. Konstruktorska 11 A, 02-673 Warszawa - w dniu 25 lutego 2011 r. (sygn. akt: KIO/406/11),**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Centrum Realizacji Inwestycji, ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa,**

przy udziale wykonawców:

- **Konsorcjum w składzie: Trakcja Polska S.A. (lider), PKP Energetyka S.A., Przedsiębiorstwo Napraw Infrastruktury sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Robót Mostowych „Mosty Łódź S.A., „INTOP Warszawa” Sp. z o.o., Pomorskie Przedsiębiorstwo Mechaniczno-Torowe Sp. z o.o. z siedzibą lidera: ul. Złota 59, 00-120 Warszawa, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w sprawach o sygn. akt KIO/385/11, KIO/386/11, KIO/393/11, KIO/406/11;**
- **Konsorcjum w składzie: FEROCO S.A. (lider), TORPOL Sp. z o.o., Zakład Robót Komunikacyjnych-DOM w Poznaniu Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Napraw i Utrzymania Infrastruktury Kolejowej Sp. z o.o. z siedzibą lidera: ul. Wołczyńska 24, 60-003 Poznań, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w sprawach o sygn. akt KIO/386/11, KIO/393/11, KIO/406/11;**
- **Konsorcjum w składzie: Strabag Sp. z o.o. (lider), Strabag Rail GmbH, HERMANN KIRCHNER Polska Sp. z o.o., VIAMONT DSP a.s., TRAKCE a.s., TRAKCE-TOR Sp. z o.o. z siedzibą lidera: ul. Parzniewska 10, 08-500 Pruszków, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, w sprawach o sygn. akt KIO/385/11, KIO/393/11;**
- **Konsorcjum w składzie: FCC CONSTRUCTION S.A. (lider), Katowickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Budus S.A., Przedsiębiorstwo Napraw i Utrzymania Infrastruktury Kolejowej Sp. z o.o., z siedzibą lidera: c/Balmes 36, 08007 Barcelona, Hiszpania, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w sprawie o sygn. akt KIO/385/11;**

orzeka:

1. oddala odwołania w pkt A, B, C, D;

2. kosztami postępowania obciąża:

A. Konsorcjum w składzie: FEROCO S.A. (lider), TORPOL Sp. z o.o., Zakład Robót Komunikacyjnych-DOM w Poznaniu Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Napraw

i Utrzymania Infrastruktury Kolejowej Sp. z o.o. z siedzibą lidera: ul. Wołczyńska 24, 60-003 Poznań,

- B. Konsorcjum w składzie: Strabag Sp. z o.o. (lider), Strabag Rail GmbH, HERMANN KIRCHNER Polska Sp. z o.o., VIAMONT DSP a.s., TRAKCE a.s., TRAKCE-TOR Sp. z o.o. z siedzibą lidera: ul. Parzniewska 10, 08-500 Pruszków,**
- C. Konsorcjum w składzie: FCC CONSTRUCTION S.A. (lider), Katowickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Budus S.A., Przedsiębiorstwo Napraw i Utrzymania Infrastruktury Kolejowej Sp. z o.o., z siedzibą lidera: c/Balmes 36, 08007 Barcelona, Hiszpania,**
- D. Konsorcjum w składzie: Mostostal Warszawa S.A. (lider), Acciona Infraestructuras S.A., TOR-KAR-SSON Sp. z o.o. z siedzibą lidera: ul. Konstruktorska 11 A, 02-673 Warszawa,**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych kwotę w wysokości 80 000 zł 00 gr (słownie: osiemdziesiąt tysięcy złotych zero groszy), w tym:
 - A. kwotę w wysokości **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Konsorcjum w składzie: FEROCO S.A. (lider), TORPOL Sp. z o.o., Zakład Robót Komunikacyjnych-DOM w Poznaniu Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Napraw i Utrzymania Infrastruktury Kolejowej Sp. z o.o. z siedzibą lidera: ul. Wołczyńska 24, 60-003 Poznań** tytułem wpisu od odwołania, stanowiącego koszty postępowania odwoławczego,
 - B. kwotę w wysokości **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Konsorcjum w składzie: Strabag Sp. z o.o. (lider), Strabag Rail GmbH, HERMANN KIRCHNER Polska Sp. z o.o., VIAMONT DSP a.s., TRAKCE a.s., TRAKCE-TOR Sp. z o.o. z siedzibą lidera: ul. Parzniewska 10, 08-500 Pruszków,** tytułem wpisu od odwołania, stanowiącego koszty postępowania odwoławczego,
 - C. kwotę w wysokości **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Konsorcjum w składzie: FCC CONSTRUCTION S.A. (lider), Katowickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Budus S.A., Przedsiębiorstwo Napraw i Utrzymania Infrastruktury Kolejowej Sp. z o.o., z siedzibą lidera: c/Balmes 36, 08007 Barcelona, Hiszpania** tytułem wpisu od odwołania, stanowiącego koszty postępowania odwoławczego,
 - D. kwotę w wysokości **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Konsorcjum w składzie: Mostostal Warszawa S.A.**

(lider), Acciona Infrastrukturas S.A., TOR-KAR-SSON Sp. z o.o. z siedzibą lidera: ul. Konstruktorska 11 A, 02-673 Warszawa, tytułem wpisu od odwołania, stanowiącego koszty postępowania odwoławczego,

2) dokonać wpłaty:

A. kwoty w wysokości **17 zł 00 gr** (słownie: siedemnaście złotych zero groszy) przez **Konsorcjum w składzie: FEROCO S.A. (lider), TORPOL Sp. z o.o., Zakład Robót Komunikacyjnych-DOM w Poznaniu Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Napraw i Utrzymania Infrastruktury Kolejowej Sp. z o.o. z siedzibą lidera: ul. Wołczyńska 24, 60-003 Poznań na rzecz PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Centrum Realizacji Inwestycji, ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa** stanowiącej koszty postępowania odwoławczego poniesione przez stronę z tytułu opłaty skarbowej.

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

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO/385/11

Sygn. akt: KIO/386/11

Sygn. akt: KIO/393/11

Sygn. akt: KIO/406/11

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

Zamawiający: PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Centrum Realizacji Inwestycji w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „wykonanie robót budowlanych modernizacji linii nr 9 na odcinku od km 236,920 do km 287,700 objętym obszarem Lokalnego Centrum Sterowania z siedzibą w Malborku”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2010/S 149-230101 w dniu 4 sierpnia 2010r.

W dniu 15 lutego 2011r. zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty, złożonej przez Konsorcjum: Trakcja Polska S.A., PKP Energetyka S.A., Przedsiębiorstwo Napraw Infrastruktury sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Robót Mostowych „Mosty Łódź S.A., „INTOP Warszawa” Sp. z o.o., Pomorskie Przedsiębiorstwo Mechaniczno-Torowe Sp. z o.o., zwane dalej „Konsorcjum Trakcja Polska”. Na drugiej pozycji sklasyfikowano ofertę złożoną przez Konsorcjum firm: FEROCO S.A. (lider), TORPOL Sp. z o.o., Zakład Robót Komunikacyjnych-DOM w Poznaniu Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Napraw i Utrzymania Infrastruktury Kolejowej Sp. z o.o., zwane dalej „Konsorcjum FEROCO”, a na trzeciej pozycji – ofertę złożoną przez Konsorcjum firm: OHL ZS a.s., Przedsiębiorstwo Robót Komunikacyjnych w Krakowie S.A., ZUE S.A., zwane dalej Konsorcjum ZUE. Zamawiający odrzucił m.in. następujące oferty:

- ofertę złożoną przez Konsorcjum firm: Budimex S.A. (lider) , Tchas Polska Sp. z o.o., Eiffage Budownictwo Mitex S.A. z powodu niezgodności treści oferty z treścią siwz na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, gdyż w przetargu nr 1 przedmiar robót nr 4 Roboty budowlane, Obiekt: A1 st. Prabuty, odwołujący nie dokonał poprawki w poz. 4.1.1.1.8 w zakresie nazwy elementu rozliczeniowego „ekrany akustyczne" i ich ilości „szt. 6" na „tablice peronowe" - „szt. 4".

- ofertę złożoną przez Konsorcjum firm: Strabag Sp. z o.o. (lider), Strabag Rail GmbH, HERMANN KIRCHNER Polska Sp. z o.o., VIAMONT DSP a.s., TRAKCE a.s., TRAKCE-TOR Sp. z o.o., zwane dalej „Konsorcjum Strabag” – na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, z uwagi na brak w ofercie przedmiaru „Przebudowa drogi wojewódzkiej nr 515 – ul. De Gaulla w Malborku” przedmiar robót nr 12 (przetarg nr 2) „Gospodarka zielenią”. Na wezwanie zamawiającego wykonawca złożył wyjaśnienia w dniu 26 stycznia 2011 r. Zamawiający uznał, że wykonawca popełnił błąd nie wyceniając brakującego w ofercie przedmiaru. Brak ten nie podlega uzupełnieniu w świetle art. 87 ust. 2 Pzp.

- ofertę złożoną przez Konsorcjum firm: Mostostal Warszawa S.A. (lider), Acciona Infraestructuras S.A., TOR-KAR-SSON Sp. z o.o., zwane dalej „Konsorcjum Mostostal” – na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp z uwagi na fakt, iż: (1) w przetargu nr 2, przedmiar robót nr 8, linia odbiorów nieatrakcyjnych - brak przedmiarów częściowych dla obiektu A3 st. Malbork (rozd. 8.4-8.6), brak zestawienia zbiorczego dla obiektu B4 Malbork-Szymanowo. Na wezwanie zamawiającego wykonawca udzielił wyjaśnień w dniu 25 stycznia 2011 r. przesyłając brakujące przedmiary. Zamawiający uznał, że wykonawca nie wyceniając przedmiaru w ofercie popełnił błąd, który nie podlega poprawie w trybie art. 87 ust. 2 Pzp, (2) wykonawca nie załączył do oferty wykazu typów i systemów urządzeń srk do zabudowy. W ramach wyjaśnień z dnia 27 stycznia 2011 r. wykonawca przesłał wykaz i wyjaśnił, iż omyłkowo nie dołączył wykazu do oferty. Zamawiający uznał, że uzupełnienie wykazu w trybie art. 26 ust. 3 Pzp nie jest możliwe, a jego brak stanowi błąd w ofercie niepodlegający poprawie w trybie art. 87 ust. 2 Pzp.

- ofertę złożoną przez Konsorcjum firm: FCC CONSTRUCTION S.A., Katowickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Budus S.A., Przedsiębiorstwo Napraw i Utrzymania Infrastruktury Kolejowej Sp. z o.o., zwane dalej „Konsorcjum FCC” – na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp z uwagi na fakt, iż w przetargu nr 1 i 2, przedmiary robót nr 12 Gospodarka zielenią w ofercie brak jest przedmiarów robót dla poszczególnych dróg i ulic (Gospodarka zielenią poza granicami objętymi decyzją o ustaleniu lokalizacji inwestycji celu publicznego). Wykonawca udzielił wyjaśnień w dniu 27 stycznia 2011 r. Zamawiający uznał, że brak wyceny przedmiaru stanowi błąd w ofercie niepodlegający poprawie w trybie art. 87 ust. 2 Pzp.

Ponadto, zamawiający wykluczył Konsorcjum FCC z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 i odrzucił ofertę w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp, uznając, że złożona przez wykonawcę gwarancja bankowa, stanowiąca zabezpieczenie oferty wadium, nie obejmuje okoliczności, o której mowa w art. 46 ust. 5 pkt 1 Pzp, gdyż zawiera zapis „na warunkach określonych w Specyfikacji Przetargowej” zamiast „na warunkach określonych w ofercie”.

Sygn. akt: KIO/ 385/11

Konsorcjum Feroco wniosło odwołanie wobec czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz zaniechania:

- odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum ZUE z uwagi na niezgodność treści oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia,
- ponownej oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej,
- wykluczenia z postępowania Konsorcjum Trakcja Polska.

Z ostrożności, na wypadek wniesienia odwołań wobec odrzucenia i wykluczenia z postępowania przez Konsorcjum Leonhard Weiss, Konsorcjum Budimex, Konsorcjum Strabag, Konsorcjum Mostostal, Konsorcjum FCC, odwołujący podniósł zaniechanie przez zamawiającego odrzucenia ww. ofert na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp.

Odwołujący zarzucił naruszenie przez zamawiającego przepisów:

- art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp w związku z art. 85 ust. 4 Pzp, przez zaniechanie wykluczenia z postępowania Konsorcjum Trakcja Polska, z powodu niewniesienia wadium na przedłużony okres związania ofertą jednocześnie z przedłużeniem okresu związania ofertą,
- art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp, przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Trakcja Polska, podlegającego wykluczeniu z postępowania,
- art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, przez dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty niezgodnie z przepisami ustawy Pzp, w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
2. powtórzenia oceny ofert;
3. wykluczenia z postępowania Konsorcjum Trakcja Polska oraz uznania tej oferty za odrzuconą,
4. odrzucenia oferty Konsorcjum Trakcja Polska, gdyż jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz zawiera błędy w obliczeniu ceny,
5. odrzucenia oferty Konsorcjum ZUE, gdyż jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
6. dokonania wyboru oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej.

Odwołujący podniósł w uzasadnieniu zarzut braku jednoczesnego przedłużenia wadium przez Konsorcjum Trakcja Polska wskazując, że wykonawca pismem z dnia 17 lutego 2011 r., złożył oświadczenie, iż przedłuży okres związania ofertą do dnia 31 marca 2011 r. jednocześnie informując, że aneks do gwarancji wadialnej zostanie dostarczony do dnia 26 lutego 2011 r., co potwierdza, że Konsorcjum Trakcja Polska nie dokonało jednocześnie dwóch czynności, tj. przedłużenia okresu związania ofertą oraz przedłużenia okresu ważności wadium (przynajmniej do dnia 31 marca 2011 r.). Zdaniem odwołującego, z treści art. 85 ust. 4 Pzp wynika, że czynności te powinny zostać dokonane w tym samym czasie (łącznie). Należy zatem uznać, że Konsorcjum Trakcja Polska dokonało czynności przedłużenia okresu związania ofertą z naruszeniem przepisu art. 85 ust. 4 Pzp, co skutkować powinno wykluczeniem wykonawcy z postępowania w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt. 2 Pzp.

Ponadto, oferta Konsorcjum Trakcja Polska nie odpowiada treści siwz oraz zawiera błędy w obliczeniu ceny, a zatem podlega odrzuceniu w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 Pzp. Odwołujący wskazał, że Konsorcjum Trakcja Polska dokonując wyceny poszczególnych

elementów przedmiaru robót, pominęło znaczną liczbę pozycji. Zamawiający pismem z dnia 25 stycznia 2011 r. wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień w powyższym zakresie. Konsorcjum Trakcja Polska wyjaśniło, że „wszystkie pozycje wycenione na 0,00, o które pytał zamawiający, pozostają z taką wartością. Zakres robót ujętych w tych pozycjach został wyceniony w innych pozycjach oferty”. Nadto, wykonawca wskazał, że dodatkowe wartości przy pozycjach przedmiarowych np. na stronie 737 oferty są oczywistymi omyłkami pisarskimi i załączył kopię stron 602 i 604 oferty z parafami osób umocowanych do podpisania oferty, przy odręcznych korektach naniesionych na przedmiary. Odwołujący wskazał, że część niewycenionych pozycji nie stanowiło przedmiotu wyjaśnień treści oferty.

Odwołujący podniósł także, że Konsorcjum Trakcja Polska w sposób dowolny, niezgodny z opisem sposobu obliczenia ceny, zmieniło swoją ofertę, dokonując wyceny tych samych rodzajów prac i czynności w zakresie jednej części zamówienia, a pomijając ich wycenę w innej, twierdząc, że zostały włączone do innych pozycji. Złożone przez wykonawcę wyjaśnienia są lakoniczne - wykonawca nie wskazał w jakich pozycjach zakwestionowane pozycje zostały wycenione. W ten sposób doszło do swoistej negocjacji w zakresie ceny. Nie do zaakceptowania jest przyjęcie, że skoro zamawiający w siwz wymagał wypełnienia pozycji - co oznacza, iż musiał mieć wiedzę o cenach jednostkowych - by później na etapie oceny ofert wybiórczo z tego obowiązku zrezygnował i to w stosunku do Konsorcjum Trakcja Polska. Zamawiający w pkt. 13.3 Instrukcji dla Wykonawców - tom I siwz jednoznacznie wymagał wypełnienia wszystkich pozycji przedmiarów robót. Dalsza treść postanowień zawarta w tym punkcie opisuje w jaki sposób nastąpi dokonanie płatności za czynności wycenione przez wykonawcę, wyłączając stosowanie art. 630 ust. 1 k.c. w zakresie rozliczania zamówienia (podstawy podwyższenia wynagrodzenia kosztorysowego nie będą miały zastosowania). W sposób oczywisty okoliczności te mają wpływ na sposób obliczenia ceny oferty. Powyższe argumenty dowodzą, że oferta Konsorcjum Trakcja Polska zawiera błędy w obliczeniu ceny, które nie podlegają poprawieniu w trybie art. 87 Pzp.

W związku z tym, że specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera opis przedmiotu zamówienia dokonany zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 3 Pzp, to pominięcie przez wykonawcę czynności opisanej przedmiarem robót skutkuje tym, że jej treść nie odpowiada treści siwz.

Odwołujący wskazał także, że przedłożone przez Konsorcjum Trakcja Polska przedmiary robót zawierają liczne niezgodności w opisie pozycji, które nie stanowiły przedmiotu wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 Pzp. W większości przypadków, niezgodności pozycji przedmiaru robót z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w siwz, mają charakter istotny, bowiem brakuje istotnych elementów identyfikujących pozycję przedmiaru robót, brakuje kluczowych elementów składających się na daną pozycję, co nasuwa wniosek, że istotna część elementów przedmiotu zamówienia nie została w ogóle wyceniona

w ofercie. Kategoria ww. omyłek nie kwalifikuje ich do poprawy w trybie art. 87 ust. 2 pkt. 3 Pzp i stanowi o niezgodności treści oferty z treścią siwz.

Odwołujący wskazał, że analogiczne niezgodności treści oferty z siwz znajdują się w ofertach złożonych przez: Konsorcjum ZUE, Konsorcjum Budimex, Konsorcjum Strabag, Konsorcjum Mostostal, Konsorcjum Leonhard Weiss: Również w przypadku tych ofert niezgodności wskazane nie stanowiły przedmiotu wyjaśnień, zaś okoliczności te nie zostały uwzględnione przy dokonywaniu czynności odrzucenia ofert.

Odwołujący podniósł także, że w części pozycji przedmiaru robót, zamiast terminu 30 miesięcy, Konsorcjum Trakcja Polska wskazało inny okres realizacji zamówienia, co jest niezgodne z pkt. 3 siwz. Niezgodności tej nie można poprawić w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, a tym samym również z tych względów oferta podlega odrzuceniu.

Niezgodności polegające na wskazaniu w wybranych pozycjach przedmiaru robót innego okresu realizacji zamówienia niż okres 30 miesięcy występuje także w ofertach Konsorcjum Budimex, Konsorcjum Leonhard Weiss, Konsorcjum ZUE oraz Konsorcjum FCC, co nie zostało uwzględnione przez zamawiającego jako przesłanka odrzucenia ofert na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp.

Wykonawcy Konsorcjum Trakcja Polska, Konsorcjum FCC, Konsorcjum Strabag, Konsorcjum Budimex zgłosili swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania.

Sygn. akt: KIO/ 386/11

Konsorcjum Strabag wniosło odwołanie wobec czynności odrzucenia złożonej oferty. Odwołujący zarzucił naruszenie przepisów:

- art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp, przez przyjęcie, iż treść oferty odwołującego nie odpowiada treści siwz,
- art. 7 Pzp, przez nieuprawnione różnicowanie sytuacji wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego,
- unieważnienia czynności wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty Konsorcjum Trakcja Polska,
- powtórzenia oceny ofert i wyboru oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał, iż oferta odwołującego zawiera trzecią w kolejności cenę, co oznacza, że gdyby oferta odwołującego została oceniona prawidłowo, tj. nie zostałaby odrzucona, stanowiłaby ofertę najkorzystniejszą w świetle przyjętego w postępowaniu kryterium oceny

ofert. W wyniku dokonanej oceny ofert, wykonawcy, których oferty zawierały niższą cenę zostali odpowiednio:

- Konsorcjum FCC CONSTRUCCION – wykluczony, a jego oferta odrzucona;
- Konsorcjum Budimex – oferta odrzucona za błąd taki sam jak w ofercie odwołującego. Dodatkowo, co nie wynika z uzasadnienia decyzji o odrzuceniu oferty tego wykonawcy, w Załączniku Nr 2 do siwz - załącznik do oferty, wykonawca ten podał niezgodny z wymaganym w siwz „okres zgłaszania wad”, a zatem oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Odwołujący wskazał, że odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp możliwe jest wyłącznie, gdy oferowane świadczenie (treść oferty) nie spełnia opisanych w siwz wymagań merytorycznych.

W ocenie odwołującego, tak rozumiana niezgodność oferty z siwz w przedmiotowej sprawie nie zachodzi. Brak w ofercie przedmiaru „Przetarg nr 2, przedmiar robót nr 12, Gospodarka zielenią” zamawiający interpretuje, jako niedokonanie wyceny tego przedmiaru, a w konsekwencji niezgodność treści oferty z siwz. Zdaniem odwołującego, taka interpretacja sprzeczna jest z udzielonymi przez odwołującego wyjaśnieniami, że roboty objęte tym przedmiarem zostały wycenione w przedmiarze: Przetarg nr 2, Przedmiar Robót nr 3 - roboty Drogowe - Obiekt: A3 - Stacja Malbork, Rozdział nr 3.1: Przebudowa DW nr 515 w m. Malbork.

Zamawiający nie podał, na jakiej podstawie nie uznał powyższych wyjaśnień i nie uzasadnił, że oferta nie obejmuje wykonania przedmiotu zamówienia, w tym prac opisanych w ww. przedmiarze. Odwołujący oświadczył, że dokonał wyceny pozycji z niezłączonego fragmentu przedmiaru w innych, powiązanych przedmiotowo, pozycjach wycenionego przedmiaru, które wskazał w wyjaśnieniach. Jest to wycena innych elementów składających się na wykonie przedmiotu, którego dotyczyły niewymienione pozycje przedmiaru, tj. wycena prac zawartych w przedmiarze „Przetarg nr 2, Przedmiar Robót nr 3 - roboty Drogowe - Obiekt: A3 - Stacja Malbork, Rozdział nr 3.1: Przebudowa DW nr 515 w m. Malbork”.

Dodatkowo odwołujący wskazał, że pozycje od 1.1 do 5.6 - ujęte zostały w pozycji nr 2 "Zdjęcie humusu i darniny o grubości 0,3 m z wywiezieniem nadmiaru na odkład" przedmiaru „Przetarg nr 2, Przedmiar Robót nr3 - roboty Drogowe - Obiekt: A3 - Stacja Malbork, Rozdział nr 3.1: Przebudowa DW nr 515 w m. Malbork" i znajdują się na stronie 0918 oferty, natomiast pozycje nr 6.1 i 6.2 - zostały ujęte w pozycji nr 15 "Wykonanie wykopów w gruntach nieskalistych z wywiezieniem urobku na odl. do 20 km." przedmiaru „Przetarg nr 2, Przedmiar Robót nr3 - roboty Drogowe - Obiekt: A3 - Stacja Malbork, Rozdział nr 3.1: Przebudowa DW nr 515 w m. Malbork" i znajdują się na stronie 0918 oferty.

Prace te zostały więc wycenione w ofercie, a brak jest jedynie dla nich przedmiaru robót. Tego typu brak nie może stanowić niezgodności oferty z siwz, co do treści. Treść

oferty, rozumianej, jako zobowiązanie do wykonania całości robót składających się na przedmiot zamówienia, wyznaczają bowiem nie tylko prace wyszczególnione w przedmiarach robót, co potwierdza (1) treść pkt 3 Formularza oferty, zgodnie z którym wykonawca zobowiązuje się wykonać przedmiot zamówienia zdefiniowany w Specyfikacjach Technicznych Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych (STWiORB), Przedmiarze Robót oraz Dokumentacji Projektowej oraz (2) treść Klauzuli 14.1 Warunków Ogólnych Umowy, zgodnie z którą wszelkie ilości, jakie mogą być ustalone w Przedmiarze Robót lub w innym Wykazie są ilościami szacunkowymi i nie należy ich brać pod uwagę, jako ilości rzeczywistych i prawidłowych robót, których wykonania wymaga się od wykonawcy.

Odrzucenie oferty jest niezasadne z punktu widzenia treści siwz. Zgodnie z pkt 13.3 zamawiający przewidział konieczność dokonania wyceny wszystkich pozycji Przedmiaru Robót (co odwołujący uczynił) oraz wskazał jednocześnie, że „(...) nie będą dokonywane jakiegokolwiek odrębne płatności za pozycje, których cena nie została podana w wypełnionym Przedmiarze Robót. Pozycje takie będą uznane za włączone do innych pozycji wypełnionego Przedmiaru Robót (...)”. Zapis ten dopuszcza więc przeniesienie wyceny określonych pozycji do innych elementów wycenionego przedmiaru, co wyłącza możliwość uznania oferty przygotowanej w taki sposób, za niezgodną z treścią siwz. Brak stwierdzony w ofercie odwołującego może więc być rozpatrywany, w świetle powyższych zapisów, co najwyżej jako niezgodność co do formy, a tym samym nie może stanowić podstawy do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp.

Wykonawcy Konsorcjum Trakcja Polska, Konsorcjum Feroco, Konsorcjum Budimex zgłosili swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania.

Wykonawca Konsorcjum FCC zgłosiło przystąpienie po stronie odwołującego z uwagi na tożsamość podstawy odrzucenia oferty odwołującego i oferty Konsorcjum FCC.

Sygn. akt: KIO/ 393/11

Konsorcjum FCC wniosło odwołanie wobec czynności: wykluczenia odwołującego z postępowania, co skutkowało odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp, wobec odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz wyboru oferty Konsorcjum Trakcja Polska, jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów:

- art. 87 ust. 1, art. 14 Pzp w zw. z art. 56 oraz art. 65 § 1 i § 2 k.c., przez nieprzeprowadzenie rzetelnego badania i oceny oferty, a w konsekwencji przyjęcie, że wadium przedstawione przez odwołującego nie zabezpiecza potencjalnych roszczeń

- zamawiającego w okolicznościach wskazanych w art. 46 ust. 5 pkt 1 Pzp,
- art. 24 ust. 2 pkt 2 w zw. z art. 46 ust. 5 pkt 1 i art. 82 ust. 3 Pzp oraz art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp, przez wykluczenie odwołującego z postępowania, a także brak podania uzasadnienia faktycznego i prawnego tej decyzji,
 - art. 7 ust. 1 Pzp, przez nierzetelną ocenę dokumentów gwarancji wadialnych, złożonych przez wykonawców, stosowanie różnych kryteriów oceny ww. dokumentów w odniesieniu do poszczególnych wykonawców, dokonywanie różnych ocen gwarancji wadialnej odwołującego na poszczególnych etapach postępowania oraz uznanie, że użyte w gwarancjach wadialnych sformułowanie „na warunkach określonych w Specyfikacji Przetargowej” nie spełnia wymogów określonych w siwz i przepisach Pzp, w sytuacji, gdy tożsame sformułowanie było wcześniej akceptowane przez zamawiającego w podobnych okolicznościach w innych postępowaniach;
 - art. 24 ust. 4 Pzp, przez uznanie oferty odwołującego za odrzuconą w sytuacji, gdy brak przesłanek do wykluczenia odwołującego z postępowania;
 - art. 89 ust. 1 pkt. 5 Pzp, przez odrzucenie oferty odwołującego w sytuacji, gdy brak przesłanek do dokonania takiej czynności;
 - art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp oraz art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp, przez odrzucenie oferty odwołującego oraz brak podania uzasadnienia faktycznego i prawnego tej decyzji;
 - art. 91 ust. 1 w zw. z art. 2 pkt 5 Pzp, przez uznanie, że oferta odwołującego nie jest ofertą najkorzystniejszą.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego z postępowania i w konsekwencji, odrzucenia złożonej oferty;
- unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp;
- unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
- powtórzenia czynności oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego;
- obciążenie zamawiającego kosztami postępowania.

Odwołujący wskazał, że do oferty został dołączony oryginał gwarancji bankowej wystawionej w dniu 16 listopada 2010 r. przez Fortis Bank Polska S.A. z siedzibą w Warszawie. Z treści gwarancji wynika, że została ona wystawiona w związku z uczestnictwem FCC Construcción S.A. w postępowaniu i w celu wypełnienia przez FCC Construcción S.A. wymogów określonych w siwz, przy czym dokument siwz został zdefiniowany w treści gwarancji jako „Specyfikacja Przetargowa”. W treści gwarancji Fortis Bank Polska S.A. zobowiązał się nieodwołalnie i bezwarunkowo do zapłacenia na rzecz zamawiającego wymaganej kwoty (do wysokości 10.000.000 PLN), w terminie 7 dni roboczych od daty otrzymania od zamawiającego jego pierwszego żądania zapłaty, zawierającego oświadczenie, że nastąpiła jedna

z następujących okoliczności („Warunki Wypłaty”):

- „ 1) Wykonawca odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w Specyfikacji Przetargowej; lub
- 2) Wykonawca nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania ww. umowy; lub
- 3) zawarcie ww. umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy; lub
- 4) Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 Ustawy Prawo Zamówień Publicznych z dnia 29 stycznia 2004 r. („ Ustawa ”), nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 tejże Ustawy, lub pełnomocnictw, i nie udowodnił, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie. ”

Oferta odwołującego zawiera także oświadczenie o zaakceptowaniu w pełni i bez zastrzeżeń postanowień siwz dla zamówienia, wyjaśnień do siwz oraz modyfikacji.

Odwołujący podniósł, że oferta odwołującego była poddana przez zamawiającego badaniu i ocenie, a jakiegokolwiek przyczyny wykluczenia odwołującego z postępowania nie ujawniły się na tamtym etapie postępowania.

Odwołujący wskazał także, że warunki zapłaty w gwarancjach wadialnych złożonych przez Konsorcjum Budimex oraz Konsorcjum Leonhard także nie są tożsame językowo z opisem przesłanek zatrzymania wadium, zawartym w art. 46 ust. 4a i ust. 5 Pzp. Pomimo to, zamawiający nie zakwestionował opisu warunków zapłaty zawartego w tych gwarancjach, ani nie wykluczył tych wykonawców.

Ponadto, w ciągu ostatniego roku spółka FCC Construcción S.A. brała udział w 4 innych postępowaniach prowadzonych przez zamawiającego, w których ewentualne roszczenia zamawiającego związane z uczestnictwem FCC Construcción S.A. w tych postępowaniach zostały zabezpieczone gwarancjami bankowymi wystawionymi przez Fortis Bank Polska S.A. oraz Deutsche Bank Polska S.A., które zawierały opis warunków zapłaty językowo tożsame z opisem Warunków Wypłaty zawartym w gwarancji złożonej w tym postępowaniu. W żadnym z tych postępowania zamawiający nie kwestionował treści złożonego wadium, przy czym wszystkie specyfikacje istotnych warunków zamówienia w ww. postępowaniach zawierały ten sam, za wyjątkiem kwoty gwarancyjnej, katalog wymagań dotyczących wadium składanego w formie gwarancji bankowej (katalog zawarty w punktach 11.2, 11.5, 11.6).

Uzasadniając zarzut naruszenia art. 14 Pzp w zw. z art. 56 oraz art. 65 § 1 i § 2 k.c. oraz naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 w zw. z art. 46 ust. 5 pkt 1 i art. 82 ust. 3 Pzp, a także naruszenia art. 87 ust. 1 Pzp i art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp odwołujący stwierdził, iż opis Warunków Wypłaty zawarty w gwarancji umożliwia zamawiającemu zatrzymanie wadium we wszystkich przypadkach określonych w art. 46 ust. 4a oraz ust. 5 pkt 1-3 Pzp. Zdaniem odwołującego, stanowisko zamawiającego, wedle którego gwarancja jest wadliwa tylko z tego powodu, że opis Warunku Wypłaty odnoszący się do roszczenia zamawiającego

z art. 46 ust. 5 pkt 1 Pzp zawiera słowo „Specyfikacja Przetargowa” zamiast „oferta”, jest nieuzasadnione i narusza wymienione przepisy.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, treść gwarancji bankowej, wnoszonej jako wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, nie musi zawierać określonego przepisami prawa sformułowania warunków zapłaty, w tym w szczególności opisu, który jest dosłownym powtórzeniem treści przepisów. Wymaganie takie może zostać nałożone na wykonawcę jedynie w postanowieniach siwz, co jednak nie ma miejsca w przedmiotowej sprawie.

Dodatkowo, pkt. 11.12 siwz wskazuje, że „okoliczności przypadku wadium oraz zasady jego zaliczenia na poczet zabezpieczenia należytego wykonania umowy określa Ustawa”. Jeżeli zatem, gwarancja stwierdza, że może być wykorzystana przez zamawiającego w przypadku, gdy wykonawca „odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w Specyfikacji Przetargowej”, to biorąc pod uwagę pkt. 11.12 siwz oznacza to, że zamawiający może skorzystać z gwarancji w sytuacjach, w których okoliczności przypadku wadium określa ustawa Pzp, a w szczególności art. 46 ust. 5 pkt. 1 Pzp.

Zamawiający nie wykazał, że potencjalne roszczenia wynikające z art. 46 ust. 5 pkt 1 Pzp nie są objęte Warunkami Wypłaty określonymi w gwarancji. Zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt. 3 Pzp, w przypadku wykluczenia wykonawcy z postępowania, zamawiający powinien przedstawić uzasadnienie faktyczne i prawne. W uzasadnieniu przedstawionym przez zamawiającego brak jest jakiegokolwiek uzasadnienia faktycznego i prawnego dlatego zamawiający uznał, że treść Warunków Wypłaty nie spełnia wymogów określonych w Pzp, co dowodzi, że zamawiający nie przeprowadził badania i oceny gwarancji zgodnie z art. 87 Pzp, jak również zgodnie z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, do czego był zobowiązany.

Odwołujący wskazał, że sformułowanie Warunków Wypłaty w złożonej gwarancji określa w rzeczywistości szersze spektrum sytuacji, w których zamawiający może dochodzić zapłaty na podstawie gwarancji, aniżeli wymagają tego przepisy Pzp. Wykładnia treści gwarancji powinna uwzględniać fakt, że siwz określa zarówno maksymalny zakres zamówienia jak i minimalne wymagania i warunki, które muszą spełniać postanowienia oferty i umowy o zamówienie publiczne, z wyjątkiem ceny, którą wskazuje wykonawca w formularzu ofertowym. Oferta złożona przez wykonawcę musi odpowiadać treści siwz, z doprecyzowaniem niezbędnych elementów potencjalnej umowy o zamówienie publiczne (w szczególności ceny), co potwierdza m.in. oświadczenie wykonawcy o zaakceptowaniu warunków siwz zawarte w formularzu ofertowym. Z kolei umowa zawierana na warunkach wskazanych w ofercie nie może określać przedmiotu zamówienia w sposób szerszy, aniżeli określono w siwz oraz tak samo jak oferta, na warunkach której jest zawierana, musi odpowiadać co najmniej minimalnym warunkom zawartym w siwz oraz zawierać cenę.

Biorąc pod uwagę powyższe okoliczności odwołujący podkreślił, że odmowa zawarcia

umowy o zamówienie publiczne na warunkach wskazanych w ofercie wybranej w postępowaniu o zamówienie publiczne jest zawsze zdarzeniem, które obiektywnie należy zakwalifikować jako odmowa zawarcia umowy na warunkach określonych w siwz, ponieważ siwz zawiera minimalne wymogi, które musi spełnić oferta/umowa.

Ponadto, siwz określa warunki, w których wykonawca ma obowiązek zawrzeć umowę. Pochodną tego obowiązku jest odpowiedzialność wykonawcy z tytułu odmowy lub uniemożliwienia podpisania umowy, realizowana w drodze zatrzymania wadium. Stąd odmowa zawarcia umowy o zamówienie publiczne na warunkach wskazanych w ofercie wybranej w postępowaniu jest zawsze tożsama z odmową zawarcia umowy na warunkach określonych w siwz. Sytuacja, w której odwołujący odmówiłby zawarcia umowy w oparciu o złożoną ofertę, stanowiłaby jednocześnie spełnienie jednego z Warunków Wypłaty, tj. okoliczności odmowy zawarcia umowy o zamówienie publiczne na warunkach wskazanych „w Specyfikacji Przetargowej”.

Przeprowadzona w zgodzie z art. 65 § 1 k.c. i art. 36, art. 82 ust. 3 oraz art. 140 ust. 1 i ust. 3 Pzp logiczno-semantyczna wykładnia Warunków Wypłaty prowadzi do konkluzji, że bank byłby zobowiązany do zapłaty na rzecz zamawiającego sumy wskazanej w gwarancji w sytuacji, o której mowa w art. 46 ust. 5 pkt 1 Pzp. Wykładnię tę potwierdzają również okoliczności wystawienia gwarancji, tj. fakt wystawienia gwarancji w związku z ubieganiem się Konsorcjum o zamówienie i „w celu wypełnienia warunków określonych w Specyfikacji Przetargowej”.

Za poprawnością takiej wykładni przemawia również fakt, że zamawiający wystosował żądanie uzupełnienia dokumentów oraz wezwał do przedstawienia wyjaśnień, co oznacza, że zamawiający zaakceptował opis Warunków Wypłaty na wcześniejszym etapie postępowania. Zmiana stanowiska w tym zakresie jest niezrozumiała i sprzeczna z przepisami Pzp.

Ponadto, zamawiający akceptował opis warunków zapłaty z użyciem słów „Specyfikacja Przetargowa” w gwarancjach bankowych przedstawionych przez FCC Construcción S.A. w innych postępowaniach, a zatem nie miał dotychczas wątpliwości co do prawidłowości treści gwarancji. Nieuzasadniona zmiana interpretacji warunków gwarancji przez zamawiającego rodzi wątpliwości co do woli zamawiającego w zakresie prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia zgodnie z regułami uczciwej konkurencji (art. 7 ust. 1 Pzp).

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp odwołujący uzasadnił także tym, że zamawiający ocenił gwarancję wadialną przedstawioną przez odwołującego wg przyjętego bez podstawy prawnej kryterium, aby treść gwarancji wadialnej dosłownie cytowała przesłanki zatrzymania wadium opisane w art. 46 ust. 4a oraz ust. 5 pkt 1-3 Pzp, mimo iż takiego wymogu nie zawiera siwz. Podobne kryterium nie zostało jednak zastosowane wobec gwarancji wadialnych złożonych przez Konsorcjum Budimex oraz Konsorcjum Leonhard Weiss. W szczególności gwarancja wadialna Konsorcjum Leonhard Weiss zawiera dodatkowy, w stosunku do

ustawowych, warunek wypłaty kwoty gwarancji, tj. poinformowanie wykonawcy w terminie związania ofertą o wyborze jego oferty, natomiast gwarancja ubezpieczeniowa złożona przez Konsorcjum Budimex używa wyrazów „odmówi”, „stanie się” oraz „nie wniesie” zamiast wyrazów „odmówił”, „stało się” oraz „nie wniósł”, które zostały użyte w przepisach Pzp. Z powyższego wynika, że zamawiający nie zastosował jednolitego kryterium oceny gwarancji wadialnych złożonych przez odwołującego, Konsorcjum Budimex oraz Konsorcjum Leonhard Weiss.

Zdaniem odwołującego, z uwagi na brak przesłanek do wykluczenia odwołującego z postępowania, zamawiający naruszył również art. 24 ust. 4 Pzp, natomiast przepis art. 89 ust. 1 pkt. 5 Pzp znajduje zastosowanie w postępowaniach dwuetapowych, a nie w postępowaniach prowadzonych w trybie przetargu nieograniczonego.

Odwołujący podniósł ponadto brak podstaw do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp z uwagi na fakt, że oferta w części „Przedmiary robót nr 12 Gospodarka Zielenią” dla przetargów nr 1 i 2 nie zawiera przedmiarów robót dla poszczególnych dróg oraz ulic w zakresie gospodarki zielenią poza granicami objętymi decyzją o ustaleniu lokalizacji inwestycji celu publicznego, tj. „poza granicami ULI”.

Wyjaśnił, że nie wyszczególnił wskazanych pozycji z uwagi na liczne niejasności w dokumentacji postępowania, za które Konsorcjum nie ponosi odpowiedzialności i które nie mogą obciążać Konsorcjum, a także charakter prac, które wiążą się ściśle z przygotowaniem terenu pod budowę i są zgodnie z siwz włączone w wycenę innych pozycji, tj. w wycenę robót polegających na budowie poszczególnych dróg - zgodnie ze złożonymi wyjaśnieniami z dnia 27 stycznia 2011 r.

Wskazał, że zamawiający wielokrotnie zmieniał i uzupełniał siwz w dokumentach zawierających odpowiedzi na pytania wykonawców, co powodowało liczne niejasności w zakresie aktualnej treści siwz i znacznie utrudniało przygotowanie oferty. Zmiany i uzupełnienia były często chaotyczne, a informacje o zamierzonych zmianach i uzupełnieniach zazwyczaj nie zawierały wzmianki o zmianie siwz i były niespójne, co dotyczyło w szczególności Tomu IV „Przedmiar Robót” w zakresie rozdziału „Przedmiary Robót nr 12 – Gospodarka Zielenią”:

Odwołujący podniósł, że zmiany Przedmiarów Robót powinny być dokonywane w trybie zmiany siwz. Natomiast „wyjaśnienie” z 20 października 2010 r. ogłoszone w trybie art. 38 ust. 1 i ust. 2 Pzp nie zawierało oświadczenia o zmianie/uzupełnieniu siwz. Należy zatem przyjąć, że opublikowanie plików z 20 października 2010 r. nie stanowiło zmiany siwz i odwołujący nie był zobowiązany do uwzględnienia w ofercie plików opublikowanych w tym dniu. Pliki te nie były przygotowane w formie gotowej do wypełnienia, tj. brak było kolumn „cena jednostkowa” oraz „łączna wartość”. Pliki podsumowujące kosztorysy zawarte w Rozdziale 12 - Gospodarka

Zielenią dla poszczególnych odcinków („Przetargów 1 i 2”), zawierały formułę, która nie uwzględniała pozycji związanych z Gospodarką Zielenią poza ULI. W plikach tych brak było miejsca na podanie wartości dla pozycji związanych z Gospodarką Zielenią poza ULI, tj. dla pozycji na 20 odcinkach robót.

Powyższe okoliczności wskazują, że odwołujący miał prawo i obowiązek oprzeć ofertę na Przedmiarze Robót w wersji opublikowanej w dniu 5 października 2010 r. pod nazwą „Ostateczny przedmiar robót LCS Malbork z dnia 05.10.2010r.”, ogłoszonej jako ujednolicony i ostateczny Przedmiar Robót, a pozostałe pozycje uwzględnić w cenach innych pozycji.

Odwołujący podkreślił, że opublikowane w dniu 20 października 2010 r. pliki dotyczące Gospodarki Zielenią poza ULI uniemożliwiały logiczne i zgodne z siwz wyszczególnienie w ofercie pozycji związanych z Gospodarką Zielenią poza ULI. Pliki te, a w szczególności arkusze podsumowujące w formacie Microsoft Excel sugerowały wręcz wypełnianie przedmiaru w sposób sprzeczny z siwz.

Biorąc pod uwagę fakt, że oferty składane przez wykonawców zawierały około 2500 stron, postępowanie zamawiającego praktycznie uniemożliwiło wyodrębnienie w Przedmiarze Robót skądinąd mało istotnych pozycji Gospodarki Zielenią poza ULI i skutkowało ich wyceną w innych pozycjach przedmiaru złożonego przez Konsorcjum, co wykonawca potwierdził w wyjaśnieniach.

Ponadto, siwz nie wymagała wyodrębnienia i wyceny wszystkich pozycji Przedmiaru Robót. Wskazują na to choćby postanowienia Rozdziału 13 siwz „Opis sposobu obliczenia ceny” Ewentualny brak wyceny pozycji skutkowało uznaniem takiej pozycji za włączoną do innych pozycji Przedmiaru Robót, zaś na cenę oferty składają się ceny wszystkich pozycji podanych w wypełnionym Przedmiarze Robót. Powyższą konkluzję potwierdzają również sformułowania zawarte w Tomie IV siwz (Część 1 Podstawa wyceny oferty”, pkt 2.5, pkt 5.1, 5.2, 5.3).

Zdaniem odwołującego, wyjaśnienia z 27 stycznia 2011 r., jak również treść siwz i treść oferty odwołującego w zakresie oświadczeń zawartych w „Tomie IV siwz - Podstawy wyceny oferty”, świadczą o tym, że odwołujący zobowiązał się w ofercie do wykonania czynności Gospodarki Zielenią poza ULI, gdyż czynności te są niezbędne do osiągnięcia poszczególnych efektów robót budowlanych, a wykonawca przejmuje na siebie ryzyko ponoszenia kosztów robót niezbędnych do osiągnięcia efektów zamierzonych w umowie. Odwołujący uwzględnił koszt wykonania tych robót w odpowiednich przedmiarach robót głównych, co wyraźnie potwierdził w wyjaśnieniach. Działanie to nie wymaga poprawiania w trybie art. 87 ust 2 Pzp.

Odwołujący wskazał, że jego oferta jest porównywalna z innymi ofertami, gdyż zawiera wycenę prac związanych z Gospodarką Zielenią poza ULI. Wartość tych prac stanowi jedynie niewielki ułamek wartości całego zamówienia.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp odwołujący uzasadnił tym, że w przypadku oferty

złożonej przez Konsorcjum Budimex, zamawiający nie uwzględnił faktu, że wskazany w tej ofercie „okres zgłaszania wad” wynosi 1 rok, gdy wymagania siwz (modyfikacja nr 7 treści siwz z dnia 14 października 2010 r. wprowadzona przez w trybie art. 38 pkt 4 Pzp) przewidywały wymóg określenia w gwarancji 3-letniego okresu zgłaszania wad.

W uzasadnieniu zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 2 pkt 5 Pzp, przez uznanie, że oferta odwołującego nie jest najkorzystniejsza, odwołujący podał, iż w świetle kryterium oceny ofert w postępowaniu, jakim jest cena, oferta odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą, gdyż odwołujący nie podlega wykluczeniu, a złożona przez niego oferta nie podlega odrzuceniu, natomiast zamawiający odmówił wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej.

Wykonawcy: Konsorcjum Trakcja Polska, Konsorcjum Feroco, Konsorcjum Strabag zgłosili swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania.

Sygn. akt: KIO/ 406/11

Konsorcjum Mostostal wniosło odwołanie wobec: czynności odrzucenia oferty odwołującego i wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Konsorcjum Trakcja Polska oraz wobec zaniechania dokonania wyboru oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił naruszenie przepisów:

- art. 7 ust. 1 Pzp, przez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób, który nie zapewnia zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
- art. 26 ust 3 Pzp, przez zaniechanie jego zastosowania;
- art. 87 ust. 1 Pzp, przez zaniechanie jego zastosowania;
- art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, przez odrzucenie oferty odwołującego;
- art. 91 ust. 1 Pzp, przez dokonanie wyboru oferty Konsorcjum Trakcja Polska pomimo, iż ofertą najkorzystniejszą jest oferta odwołującego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenia czynności badania i oceny ofert; wyboru jako najkorzystniejszej oferty odwołującego, zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania.

Odwołujący wskazał, iż ma interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż złożył ofertę najkorzystniejszą w świetle kryteriów oceny ofert zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (kryterium cena - 100%). Ponieważ oferty wykonawców, którzy złożyli oferty tańsze zostały odrzucone, to oferta odwołującego jest najkorzystniejsza. Oferta wykonawcy wybranego jest ofertą droższą od oferty odwołującego, co oznacza, że unieważnienie czynności odrzucenia

oferty odwołującego i nakazanie ponownej oceny ofert umożliwi wybór tej oferty jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał, że w ofercie wycenił realizację robót objętych przedmiarami częściowymi dla obiektu A3 st. Malbork obejmujących rozdział nr 8.4. 8.5. i 8.6, na co wskazuje str. 850 oferty, gdzie znajduje się zestawienie z łącznymi cenami przewidzianymi dla robót wskazanych w rozdziałach nr 8.4. 8.5. i 8.6. Przedmiaru Robót Nr 8. Nie ma zatem żadnych wątpliwości, iż oferta obejmuje roboty wskazane w rozdziałach nr 8.4., 8.5. i 8.6. Przedmiaru Robót Nr 8. Nie może być przy tym żadnych wątpliwości o jaki zakres rzeczowy robót chodzi, bowiem każda z cen łącznych (w kolumnie pt. „Wartość”) dotyczy określonych i sprecyzowanych zakresów robót opisanych w kolumnie pt. „Wyszczególnienie”.

Odwołujący wskazał na postanowienia pkt 13.3 IDW, w związku z którymi mamy do czynienia z uchybieniami formalnymi oferty, niż z przypadkiem jej merytorycznej sprzeczności z treścią siwz.

Zdaniem odwołującego nie może być także przyczyną odrzucenia oferty brak zbiorczego zestawienia (przedmiaru) dla obiektu B4 Malbork – Szymankowo, gdyż jest ono wyłącznie arytmetycznym działaniem polegającym na zsumowaniu poszczególnych pozycji wycenionego przedmiaru. Konsorcjum Mostostal w swojej ofercie wyceniło wszystkie pozycje przedmiaru dla obiektu B4 Malbork – Szymankowo, nie ma zatem wątpliwości, iż jego zobowiązanie obejmuje całość robót przewidzianych w opisie przedmiotu zamówienia.

Wadliwość oferty sprowadza się w tym przypadku tylko do zamieszczenia sumy tych pozycji w dodatkowym miejscu, a zatem jest to tylko nieco odmienna forma przekazu informacji, ale jej odmienność nie uniemożliwia określenia wyceny robót dokonanej przez Konsorcjum Mostostal. Zgodnie z pkt 13.3. IDW Konsorcjum Mostostal wyceniło wszystkie pozycje Przedmiaru Robót, a brak podsumowania nie oznacza sprzeczności jej treści z siwz.

Odwołujący wskazał, iż ewentualne wątpliwości zamawiającego co do zakresu zobowiązania zawartego w ofercie mogły być rozwiane przy zastosowaniu instytucji wyjaśnienia treści oferty (art. 87 ust. 1 Pzp).

W odniesieniu do kolejnej podstawy odrzucenia oferty odwołującego tj. niezłączenia do oferty wykazu typów i systemów urządzeń stacyjnych, liniowych i przejazdowych do zabudowy, który w ocenie zamawiającego nie może być uzupełniany w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, odwołujący wskazał, iż ww. wykaz nie był wymagany w żadnym z postanowień siwz. Obowiązek załączenia takiego wykazu został sformułowany w drodze odpowiedzi na pytania wykonawców do siwz (odp. na pytania nr 487, 458, 441 oraz 440).

Odwołujący podniósł, iż nawet, gdyby uznać, że odpowiedzi na pytania do siwz doprowadziły do powstania obowiązku złożenia wykazu typów i systemów urządzeń stacyjnych, liniowych i przejazdowych do zabudowy, to w świetle obowiązującego prawa nie ma przeszkód, aby wezwać wykonawcę do uzupełnienia tego dokumentu w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Zakres

dokumentów podlegających uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 Pzp określa art. 25 ust. 1, który wskazuje m.in., iż w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego (art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp). Katalog dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp ma charakter otwarty, jak stanowi § 5 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817).

Ocena treści wykazu typów i systemów urządzeń stacyjnych, liniowych i przejazdowych do zabudowy w kontekście postanowień art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp wskazuje, iż jest to właśnie tzw. dokument przedmiotowy, który służy uzyskaniu przez zamawiającego informacji na temat oferowanych urządzeń.

Odwołujący podniósł na zakończenie, iż opisane czynności i zaniechania zamawiającego naruszały podstawową zasadę udzielania zamówień publicznych wyrażoną w art. 7 ust. 1 Pzp z uwagi na odrzucenie oferty odwołującego.

Wykonawcy Konsorcjum Trakcja Polska, Konsorcjum Feroco, Konsorcjum Budimex zgłosili swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania.

Wykonawca Konsorcjum FCC zgłosiło przystąpienie po stronie odwołującego z uwagi na tożsamość podstawy odrzucenia oferty odwołującego i oferty Konsorcjum FCC.

Zamawiający złożył do akt sprawy odpowiedzi na powyższe odwołania, przesyłając ich kopie odwołującym i przystępującym. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołań, jako niezasadnych.

W sprawie o sygn. akt KIO/385/11 zamawiający wyjaśnił, co następuje:

Wadium zostało wniesione przez Konsorcjum Trakcja Polska w postaci gwarancji ubezpieczeniowej i pierwotnie obejmowało okres od 17 listopada 2010 r. do 15 lutego 2011 r. Pismem z dnia 9 lutego 2011 r. Konsorcjum Trakcja Polska przedłożyło aneks nr 1, na mocy którego przedłużono okres obowiązywania ww. gwarancji do 26 lutego 2011 r. Pismem z dnia 17 lutego 2011 r. Konsorcjum Trakcja Polska przedłużyło termin związania ofertą do dnia 31 marca 2011 r. i zobowiązało się do przedłożenia kolejnego aneksu do gwarancji do dnia 26 lutego 2011 r., tj. do upływu okresu ważności wadium. Aneks do gwarancji ubezpieczeniowej, przedłużający okres tej gwarancji, został złożony w dniu 21 lutego 2011 r., tj. przed upływem obowiązywania gwarancji. W związku z tym uznać należy, że ciągłość zabezpieczenia oferty wadium została zachowana.

Zamawiający w pkt 13 Tom 1 Instrukcji dla Wykonawców (IDW) wymagał złożenia w ofercie wypełnionego Przedmiaru Robót oraz wyceny wszystkich pozycji przedmiaru. Zamawiający zastrzegł, iż nie będą dokonywane jakiegokolwiek odrębne płatności za pozycje, których cena nie została podana w wypełnionym przedmiarze robót. Pozycje takie zostały uznane za włączone do innych pozycji wypełnionego przedmiaru robót.

Konsorcjum Trakcja Polska wypełniła wszystkie pozycje Przedmiaru Robót, przy czym wskazało w części z nich wartość 0,00. W celu wyjaśnienia wątpliwości co do treści oferty zamawiający wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 Pzp, chcąc mieć pewność, że wykonawca wycenił wszystkie pozycje. Zamawiający uznał, że oferta została sporządzona zgodnie z wymaganiami IDW. Wskazanie w pozycjach Przedmiaru Robót 0,00 zł uznać należy za prawidłowe, gdyż wykonawca odniósł się do każdej pozycji wymaganej przez zamawiającego. Ponadto, w wyjaśnieniach wykonawca potwierdził, że wszystkie pozycje wycenione na 0,00 zł, pozostają z taką wartością, a zakres robót ujętych w tych pozycjach został wyceniony w innych pozycjach.

Odnosząc się do zarzutu, że oferta Konsorcjum Trakcja Polska zawiera błędy w obliczeniu ceny, zamawiający wyjaśnił, że oferta została sporządzona zgodnie z wymaganiami określonymi w IDW i nie zawiera ww. błędów.

Ustosunkowując do twierdzeń, że istnieją pozycje w ogóle nie wycenione przez Konsorcjum Trakcja Polska w przedmiarze robót podał, że nie wypełniono jedynie tych pozycji, których zamawiający i tak nie żądał, albowiem nie były one objęte zakresem niniejszego postępowania. Nie wypełnienie przedmiotowych pozycji w przedmiarach częściowych nie rzutuje na wartość oferty.

Jednocześnie, we wzorze umowy (Tom II siwz), zamawiający określił, iż za wykonanie robót budowlanych będących przedmiotem zamówienia, zobowiązany będzie do zapłaty wynagrodzenia - całkowitej ceny brutto wyliczonej przez wykonawcę w oparciu o Przedmiar Robót, co oznacza, że zamawiający nie przewidział płatności za wykonanie umowy na podstawie kosztorysu. Pomimo, iż cena za wykonanie przedmiotu zamówienia nie jest ceną kosztorysową, to płatności będą następowały po zakończeniu określonych etapów prac, zgodnie z postanowieniami SubKLAUZULI 14.3. Warunków Szczególnych Umowy, a ponadto dane zawarte w Przedmiarze Robót niezbędne są do obmiaru i wyceny robót zgodnie z SubKLAUZULĄ 12.1. Warunków Szczególnych Umowy. Oczywistym jest, że przy wykonywaniu umowy, której wartość sięga blisko miliarda złotych, zarówno zamawiający jak i wykonawca, posługują się danymi zawartymi w wypełnionym Przedmiarze Robót, celem prowadzenia wzajemnych rozliczeń, ale zasady te nie mogą być utożsamiane z zastosowaniem ceny kosztorysowej. Natomiast Odwołujący wychodzi z błędnego założenia, że płatność za wykonanie umowy nastąpi wyłącznie na podstawie kosztorysu i, co za tym idzie, wyciąga

błędny wniosek, że „pominięcie” jakiejkolwiek pozycji w Przedmiarze Robót lub wskazanie stawki 0,00 zł dyskwalifikuje złożoną ofertę jako niezgodną z siwz.

Co więcej, stosownie do treści subKLAUZULI nr 13.5 Warunków Szczególnych Umowy, zamawiający przewidział możliwość zastosowania instytucji kwoty warunkowej, która służy w szczególności do pokrycia różnic pomiędzy ilością robót określoną w obmiarze, a ilością robót określoną w Przedmiarze Robót oraz do sfinansowania robót, które ujęte zostały w Projekcie Budowlanym, a nie ujęte w Przedmiarze Robót. Powyższe potwierdza charakter informacyjny Przedmiaru Robót, a zarazem wyklucza możliwość zapłaty wynagrodzenia, które nie było zaakceptowane wcześniej przez zamawiającego.

W związku z powyższym, cena zaoferowana przez wykonawców powinna zawierać wynagrodzenie za wykonanie całego zadania, a każdy z wykonawców ponosi ryzyko zaoferowania ceny, która pozwoli mu na prawidłowe wykonanie umowy oraz zapewni spodziewany zysk.

Odnosząc się do zarzutu niewskazania przez Konsorcjum Trakcja Polska pełnych nazw wycenionych pozycji wyjaśnił, że przedmiar robót jest dokumentem, w którym określa się ilość i wartość poszczególnych robót. Analiza przedmiaru robót Konsorcjum Trakcja Polska nie daje podstaw do uznania, że wykonawca pominął jakiejkolwiek roboty opisane przedmiarem robót. Zamawiający może zidentyfikować wszystkie pozycje m. in. przez weryfikację wpisanych numerów poszczególnych pozycji. Zamawiający potraktował tę niezgodność jako niezgodność mającą wyłącznie charakter formalny.

Zamawiający wyjaśnił, że w pkt 3 IDW określił termin realizacji zamówienia na 30 miesięcy od daty rozpoczęcia, przy czym termin ten jest terminem granicznym, ostatecznym do zakończenia robót budowlanych. W wymienionych w odwołaniu pozycjach kosztorysowych, wykonawcy samodzielnie mieli wpisać liczbę miesięcy, którą przewidują na realizację danego zadania (zgodnie z opisem polecenia w przedmiarze robót „wstawienie liczby miesięcy odpowiadających czasowi robót”). Zamawiający nie negocjował żadnych terminów wpisanych w wymaganych pozycjach, ponieważ mieściły się one w maksymalnie określonym terminie realizacji zamówienia.

W sprawie o sygn akt KIO/386/11 zamawiający wyjaśnił, iż wezwał odwołującego do wyjaśnienia treści oferty w przedmiocie braku przedmiarów - Przetarg nr 2, Gospodarka zielenią, przedmiar „Przebudowa DW nr 515 - ul. De Galla w Malborku. Odwołujący wskazał, iż nie wypełnił tych pozycji przedmiaru, ale wycenił je w innych pozycjach. Tym samym potwierdził, że wymóg zamawiającego w kwestii obowiązku wypełnienia wszystkich pozycji przedmiaru, nie został spełniony. Zamawiający nie mógł uznać wyjaśnień odwołującego, bowiem odwołujący wskazał, że pominięte przez niego pozycje Przedmiaru Robot nr 12 zostały wycenione w Rozdziale nr 3.1.: Przebudowa drogi wojewódzkiej nr 515 w m. Malbork,

poz. 2. Usunięcie humusu i darniny określone w tej pozycji dotyczy usunięcia wierzchniej warstwy gleby przerośniętej i związanej korzeniami roślinnymi oraz warstwy próchniczej, zatem powyższe roboty, w żadnym zakresie nie są z związane z wycinką drzew i krzewów, o których to pracach mowa w Przedmiarze Robót nr 12. Zdaniem zamawiającego, uznanie wyjaśnień stanowiłoby naruszenie postanowień siwz. Zamawiający wskazał, że odwołujący nie tyle pominął niektóre pozycje Przedmiaru Robót lecz w ogóle nie załączył do oferty „Przedmiaru Robót nr 12 na Przetarg 2, Gospodarka zielenią”. Zamawiający, w pkt 13.3 IDW wskazał konsekwencje pominięcia pozycji w Przedmiarze Robót, przez niewpisanie ceny, a zatem nie przewidział negatywnych skutków dla wykonawców, którzy pominęli niektóre pozycje w przedmiarze. Niezgodność oferty z siwz była na tyle istotna, że zamawiający nie mógł postąpić inaczej niż odrzucić ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

W przedmiocie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum Budimex z powodu podania w Załączniku nr 2 jednorocznego okresu zgłaszania wad, zamawiający wskazał, iż niezgodność ta została poprawiona na podstawie art. 87 ust 2 pkt 3 Pzp. Podstawą poprawienia omyłki był fakt, iż przed otwarciem ofert doszło do modyfikacji załącznika nr 2 w wyniku czego został zmieniony okres roczny zgłaszania wad na okres trzyletni, co wiązało się z modyfikacją załącznika nr 2 do siwz. Złożenie przez wykonawcę niezmienionego załącznika nie może stanowić podstawy odrzucenia oferty, jako niezgodnej z siwz. Zamawiający zauważył, iż nie zezwolił wykonawcom na wprowadzanie jakichkolwiek poprawek czy skreśleń do formularza, a tym samym przyczynił się do wywołania omyłki. Zamawiający podkreślił, że postępowanie prowadzone było z poszanowaniem zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

W sprawie o sygn. akt KIO/393/11 zamawiający wskazał, co następuje.

W zakresie zarzutów dotyczących zabezpieczenia oferty wadium zamawiający wskazał, iż zgodnie z art. 46 ust. 5 Pzp jedną z przesłanek zatrzymania wadium jest sytuacja, w której wykonawca, którego oferta została wybrana, odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach wskazanych w ofercie.

Stosownie do dyspozycji art. 140 Pzp, zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem wskazanym w ofercie. Oferta złożona przez wykonawcę zawiera zapewnienie zrealizowania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymogami zamawiającego, a także zawiera określenie ceny, za jaką wykonawca zobowiązuje się realizować przedmiot zamówienia. Siwz jest podstawowym dokumentem, który przygotowuje zamawiający, w celu przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Dokument ten służy przede wszystkim wykonawcom, do przygotowania i sporządzenia ofert odpowiadających potrzebom zamawiającego.

Złożone przez odwołującego wadium (w zakresie pkt 1 gwarancji) zabezpiecza interesy zamawiającego jedynie w przypadku, gdy odwołujący, którego oferta została wybrana, odmówiłby podpisania umowy na warunkach wskazanych w siwz. Gwarancja nie przewiduje zobowiązania banku do zapłaty kwoty wadium, w przypadku, gdyby odwołujący odmówił zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach wskazanych w ofercie. Aby zabezpieczenie było skuteczne treść gwarancji bankowej powinna obejmować wszystkie przypadki, w których zamawiający ma prawo zatrzymać wadium, wskazane w art. 46 ust. 4a i ust. 5 Pzp. Zamawiający nie podzielił stanowiska odwołującego, jakoby przypadek, o którym mowa w art. 46 ust. 5 pkt 1 Pzp był w pełni objęty postanowieniami przedłożonej gwarancji.

Zamawiający podkreślił, że gwarancja bankowa jest dokumentem, którego treść w sposób zupełny i wyczerpujący określa kształt zobowiązania banku - gwaranta. W związku z powyższym, zamawiający przy interpretacji warunków zapłaty wskazanych w gwarancji, nie może brać pod uwagę wszelkich okoliczności związanych z prowadzonym postępowaniem oraz czynności dokonywanych z odwołującym.

Zamawiający zgodził się ze stanowiskiem, iż warunki zapłaty wadium określone w gwarancji bankowej nie muszą stanowić dosłownego powtórzenia postanowień art. 46 ust. 4a oraz ust. 5 Pzp. Zamawiający uznał jednak, że gwarancja przedstawiona przez odwołującego nie zabezpiecza jego interesów.

Nieuzasadnione jest również domniemanie faktyczne zaprezentowane w odwołaniu, albowiem z faktu, iż zamawiający wzywał wykonawcę do uzupełnienia braków w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, nie można wnioskować, że zamawiający „na wcześniejszym etapie postępowania” zaakceptował gwarancję jako poprawną.

Bez związku ze sprawą pozostają zarzuty w przedmiocie przedłożenia analogicznych gwarancji bankowych przez odwołującego w innych postępowaniach. Okoliczność powyższa nie ma żadnego wpływu na ocenę przez zamawiającego ważności wadium przedłożonego przez odwołującego w niniejszym postępowaniu.

Zamawiający wskazał, że uznał za prawidłowe wadia wniesione przez innych wykonawców, które nie zawierały w swojej treści dosłownie przytoczonych przepisów Pzp, jeżeli zabezpieczały interesy zamawiającego w przypadkach wskazanych w art. 46 ust. 4a i 5 Pzp.

Zdaniem zamawiającego zarzut udzielenia wielokrotnych wyjaśnień do siwz jest chybiony, gdyż zamawiający ma obowiązek udzielenia odpowiedzi na pytania wykonawców, zgodnie z art. 38 ust. 1 Pzp. Podobnie ustawa przewiduje możliwość modyfikacji siwz (art. 38 ust. 4 Pzp). Zauważył, że obszerność dokumentacji przetargowej spowodowana jest cechami przedmiotu zamówienia i wymagała dokonywania aktualizacji i uzupełnień, modyfikacji siwz oraz udzielania odpowiedzi na liczne pytania wykonawców.

Odwołujący nie przedłożył przedmiaru robót nr 12, w zakresie gospodarki zielenią poza granicami ULI. Zamawiający nie mógł uznać, że powyższe prace zostały włączone do innych pozycji, gdyż w całym Przedmiarze nie było kategorii, w których mogłyby być ujęte prace związane z gospodarką zielenią poza granicami ULI. Zamawiający nie mógł również uznać wyjaśnień zawartych w piśmie z dnia 27 stycznia 2011 r. za wystarczające, ponieważ brak jest podstaw do uznania, że w ramach pojęcia „roboty drogowe” znajdują się również prace polegające na usuwaniu drzew i krzewów.

W sprawie o sygn. akt KIO/406/11 zamawiający wyjaśnił, jak poniżej.

W wyjaśnieniach z dnia 25 stycznia 2011 r. odwołujący wskazał, że częściowe przedmiary robót dla obiektu A3 -stacja Malbork zostały wykonane, natomiast nie zostały załączone do oferty, pomimo faktu, że zamawiający żądał ich przedłożenia. Odwołujący jednoznacznie podał, że wykonał jedynie podsumowanie przedmiaru. Jednocześnie przyznał, że w ogóle nie przedłożył przedmiaru robót linii nr 8 dla obiektu B4 -Malbork-Szymankowo i wskazał, że wycena tych robót została ujęta w innym miejscu oferty, przy czym zdaniem zamawiającego roboty te nie zostały wycenione. Ponadto, odwołujący przyznał, że zestawienie zbiorcze Przedmiaru Robót dla obiektu A4 - stacja Szymankowo została przez omyłkę zamieszczona przed przedmiarami dotyczącymi tego obiektu. Odwołujący załączył do pisma częściowy przedmiar robót dla obiektu A3 oraz brakującą stronę podsumowania dla obiektu B4. W związku z powyższym, zdaniem zamawiającego uznać należy, że odwołujący przyznał, że złożona przez niego oferta jest niepełna, a tym samym nieprawidłowa.

Zamawiający zaznaczył, że celem przedłożenia częściowych przedmiarów robót było wykazanie wartości poszczególnych robót, co w konsekwencji prowadziło do uzyskania „podsumowania stacji”, a następnie „podsumowania ogólnego” całości robót. Zamawiający chciał znać koszt każdej pozycji po to by istniała możliwość dokonania akceptacji wartości robót zgłaszanych przez wykonawcę wykonującego umowę, do obioru.

Z przedłożonego Przedmiaru Robót nie wynikała ostateczna cena wartości robót ofertowania przez odwołującego. Przedstawiona przez odwołującego wycena nie może być uznana za kalkulację wszystkich elementów rozliczeniowych, a jej uzupełnienie w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia doprowadziłoby do zmiany treści złożonej oferty.

Z oferty odwołującego nie wynikało, by przedmiar robót dla obiektu B4 Malbork-Szymankowo został ujęty w którymkolwiek miejscu Przedmiaru Robót. Uchybienia odwołującego nie dotyczą jedynie strony formalnej oferty i nie mogą zostać uznane za omyłkę pisarską podlegającą poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2 Pzp.

Zamawiający wskazał, że żądanie podania typów urządzeń srk stacyjnych i liniowych sprecyzowane zostało w pkt 2.3. Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych.

Odnosząc się do twierdzeń, że zamawiający powinien wezwać odwołującego do uzupełnienia tego dokumentu na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp podał, że dokument ten nie jest objęty zakresem art. 25 ust. 1 Pzp, albowiem nie został ujęty w warunku udziału w postępowaniu, ani w siwz ani w ogłoszeniu o zamówieniu. W kontekście dokumentów odnoszących się do przedmiotu zamówienia zauważył, że uzupełnienie dokumentów potwierdzających cechy oferowanych produktów, usług czy robót budowlanych nie może prowadzić do zmiany treści złożonej oferty. Zamawiający podniósł, iż nawet gdyby uznać, że żądanie ww. wykazu objęte jest treścią art. 25 ust. 1 Pzp, to i tak nie było podstaw do żądania jego uzupełniania, gdyż oferta polegała odrzuceniu z innych przyczyn.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając załączoną do akt sprawy dokumentację postępowania, jak również biorąc pod uwagę wyjaśnienia stron oraz uczestników postępowania złożone podczas rozprawy, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołania wniesione przez Konsorcjum Feroco, Konsorcjum Strabag, Konsorcjum FCC i Konsorcjum Mostostal nie zasługują na uwzględnienie.

Zważywszy, że wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczą rozpoznawane odwołania, nastąpiło po dniu wejścia w życie ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2009 r. Nr 223, poz.1778) w sprawie znajdują zastosowanie przepisy Pzp w brzmieniu znowelizowanym.

Wobec braku stwierdzenia przesłanek uzasadniających odrzucenie odwołań, Izba przeprowadziła rozprawę, merytorycznie je rozpoznając.

Izba ustaliła, że odwołujący: Konsorcjum Feroco, Konsorcjum Strabag, Konsorcjum FCC oraz Konsorcjum Mostostal legitymują się uprawnieniem do wniesienia odwołania, zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Odwołujący wykazali, że posiadają interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz że mogliby ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp, wskazanych we wniesionych odwołaniach.

Izba ustaliła, iż do postępowania odwoławczego skutecznie przystąpili po stronie zamawiającego, działając na podstawie art. 185 ust. 2 Pzp, wykonawcy: Konsorcjum Trakcja Polska w sprawach o sygn. akt KIO/385/11, KIO/386/11, KIO/393/11, KIO/406/11,

Konsorcjum Feroco w sprawach o sygn. akt KIO/386/11, KIO/393/11, KIO/406/11, Konsorcjum Strabag w sprawach o sygn. akt KIO/385/11, KIO/393/11 oraz Konsorcjum FCC w sprawie o sygn. akt KIO/385/11.

Izba uznała, że interesu w przystąpieniu po stronie odwołującego nie wykazało Konsorcjum FCC w sprawach o sygn. akt KIO/386/11 i KIO/406/11. Rozstrzygnięcie odwołań wniesionych przez Konsorcjum Strabag i Konsorcjum Mostostal na korzyść tych wykonawców, nie może wywoływać skutków prawnych wobec przystępującego. Pomimo, że oferty odwołujących, jak i oferta przystępującego zostały odrzucone w oparciu o tę samą podstawę prawną, to interesy wykonawców zaprezentowane w odwołaniach są sprzeczne.

Izba stwierdziła, że Konsorcjum Budimex nie przystąpiło skutecznie do postępowania z uwagi na zgłoszenie przystąpień w sprawach o sygn. akt KIO/385/11, KIO/386/11, KIO/406/11 przez osobę, działającą na podstawie pełnomocnictwa z dnia 3 listopada 2010 r., które wygasło przed datą wniesienia przystąpień.

Sygn. akt: KIO/ 385/11

Izba uznała za niezasadny zarzut dotyczący naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 w związku z art. 85 ust. 4 Pzp, przez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Trakcja Polska z postępowania, wobec braku jednoczesnego przedłużenia ważności wadium wraz z przedłużeniem terminu związania ofertą.

Konsorcjum Trakcja Polska wniosło wadium w postaci gwarancji ubezpieczeniowej, która pierwotnie obejmowała okres od 17 listopada 2010 r. do 15 lutego 2011 r. Pismem z dnia 9 lutego 2011 r. wykonawca przedłożył zamawiającemu aneks nr 1, na mocy którego przedłużono okres obowiązywania ww. gwarancji do dnia 26 lutego 2011 r. Pismem z dnia 17 lutego 2011 r. Konsorcjum Trakcja Polska przedłużyło termin związania ofertą do dnia 31 marca 2011 r. i zobowiązało się, iż do dnia 26 lutego 2011 r., tj. do upływu okresu ważności wadium, przedłoży kolejny aneks do przedmiotowej gwarancji ubezpieczeniowej. Stosowny aneks do złożonej gwarancji ubezpieczeniowej, przedłużający okres tej gwarancji, został złożony w dniu 21 lutego 2011 r., tj. przed upływem okresu obowiązywania złożonej gwarancji. Powyższy stan faktyczny nie był sporny pomiędzy stronami. Spór dotyczył wyłącznie kwestii, czy obie czynności, w świetle art. 85 ust. 4 Pzp powinny być dokonane łącznie.

Zgoda wykonawcy na dalsze związanie ofertą w postępowaniu, co do zasady, może rodzić skutki prawne tylko wówczas, gdy wraz z jej wyrażeniem wykonawca przedłuża okres ważności wadium lub wnosi nowe wadium na przedłużony okres. Zgodnie z art. 85 ust. 4 Pzp przedłużenie okresu związania ofertą jest dopuszczalne tylko z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium, albo jeśli nie jest to możliwe, z wniesieniem nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą. Przepis powyższy nakłada na

wykonawcę obowiązek przedłużenia (złożenia) wadium wówczas, gdy wykonawca przedłuży termin związania ofertą. W ocenie Izby, dla wypełnienia wymogu „jednoczesności” obu czynności, o których mowa w tym przepisie, wystarczające jest jeśli obie czynności zostaną dokonane przed upływem terminu związania ofertą, tak aby zachowana była ciągłość zabezpieczenia oferty wadium w całym okresie związania wykonawcy złożoną ofertą. Czynności nie muszą być zatem dokonane w jednym czasie (łącznie), ale w takim czasie, aby wymogi: związania ofertą oraz zabezpieczenia oferty ważnym wadium były spełnione jednocześnie i w sposób nieprzerwany. W ustalonym stanie faktycznym bezspornie jest, iż Konsorcjum Trakcja Polska zachowało ciągłość związania ofertą oraz zabezpieczenia oferty wadium, co spełnia przesłankę jednoczesności, określoną w art. 85 ust. 4 Pzp.

Izba stwierdziła, że ma podstaw do uznania, że Konsorcjum Trakcja Polska dokonało czynności przedłużenia okresu związania ofertą z naruszeniem przepisu art. 85 ust. 4 Pzp, a tym samym podstaw do wykluczenia Konsorcjum Trakcja Polska z postępowania w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp, a także uznania oferty za odrzuconą.

Izba uznała, że nie potwierdził się zarzut zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum Trakcja Polska na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i pkt 6 Pzp, jako, że treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia i zawiera błąd w obliczeniu ceny.

W specyfikacji istotnych warunków zamówienia w Części 1 „Podstawa wyceny oferty” zamawiający wskazał, że: „Przedmiary robót muszą być czytane wraz ze wszystkimi innymi Specyfikacjami Istotnych Warunków Zamówienia Publicznego i będzie uważać się, że Wykonawca w pełni zapoznał się ze szczegółowymi opisami Robót, jakie mają być wykonane, oraz sposobem ich wykonywania. Całość Robót ma być wykonana zgodnie z ich rzeczywistym celem i znaczeniem oraz w sposób całkowicie zadowolający Zamawiającego”.

Zgodnie z pkt. 2.5 „Przy uzgodnieniu dopłat lub zmian w Umowie, obmiary będą wykonywane na tych samych podstawach, jakie zastosowano dla przygotowanych Przedmiarów Robót, a wszystkie roboty nie wymienione szczegółowo w Przedmiarach Robót będą potraktowane jako włączone w ceny różnych pozycji”

Zgodnie z pkt 5.1 „Ceny i stawki wpisane w Przedmiarach Robót muszą w pełni obejmować wartość robót opisanych w danej pozycji, łącznie ze wszystkimi wydatkami i kosztami, które mogą być niezbędne przy wykonaniu i dla wykonania opisanych Robót, wraz ze wszystkimi tymczasowymi robotami i instalacjami, które mogą być konieczne, oraz wszelkim ryzykiem, odpowiedzialnością i zobowiązaniami przedstawionymi lub wyrażonymi w dokumentacji, na których bazuje Oferta. Będzie się uważać, że koszty wejścia na plac budowy, narzuty, zyski oraz dodatki za wszystkie zobowiązania są rozłożone równo na wszystkie stawki jednostkowe.”

W pkt 5.2 ustalono, że cena ofertowa uwzględnia roboty, zobowiązania, płatności i wydatki ponoszone przez wykonawcę, w tym wszystkie płatności, zobowiązania, nieprzewidziane koszty ryzyko narzucone przez wszystkie i każdy z osobna dokument Umowy wraz z załącznikami (Akt Umowy, Warunki Umowy, Specyfikacje Pisma dotyczące przetargu i wszystkie pisma okólne, a także rysunki - dokumentację SIWZ), a także koszty i wydatki ponoszone na wszystkie roboty i wszystkie materiały, urządzenia, maszyny nie wymienione w przedmiarze, robociznę i usługi konieczne do wykonania, zabezpieczenia i utrzymania zaplanowanych robót. Zgodnie natomiast z pkt 5.3 wykonawcy mieli wycenić każdą pozycję „lub jeśli jakieś pozycje pozostaną bez wyceny, to należy uznać, że wartość opisanych robót została uwzględniona w innym miejscu”.

W Klauzuli 14.1 Warunków Ogólnych Umowy zamawiający postanowił, że wszelkie ilości jakie mogą być ustalone w Przedmiarze Robót lub w innym Wykazie są ilościami szacunkowymi i nie należy ich brać pod uwagę jako ilości rzeczywistych i prawidłowych robót, których wykonania wymaga się od wykonawcy.

Zgodnie z pkt 13.3 Instrukcji dla Wykonawców zamawiający przewidział konieczność dokonania wyceny wszystkich pozycji Przedmiaru Robót. Wskazał jednocześnie, że „(...) nie będą dokonywane jakiegokolwiek odrębne płatności za pozycje, których cena nie została podana w wypełnionym Przedmiarze Robót. Pozycje takie będą uznane za włączone do innych pozycji wypełnionego Przedmiaru Robót (...)”.

We wzorze umowy (Tom II siwz) zamawiający określił, iż za wykonanie robót budowlanych będących przedmiotem zamówienia, zobowiązany będzie do zapłaty wynagrodzenia - całkowitej ceny brutto wyliczonej przez wykonawcę w oparciu o przedmiar robót. Zgodnie z postanowieniami Subklauzuli 14.3. Warunków Szczególnych Umowy płatności będą następowały po zakończeniu określonych etapów prac, a dane zawarte w Przedmiarze Robót niezbędne są do obmiaru i wyceny robót zgodnie z Subklauzulą 12.1. Ponadto, stosownie do treści subklauzuli 13.5, zamawiający przewidział możliwość zastosowania instytucji „kwoty warunkowej”, która służy w szczególności do pokrycia różnic pomiędzy ilością robót określoną w obmiarze, a ilością robót określoną w Przedmiarze Robót oraz do sfinansowania robót, które ujęte zostały w Projekcie Budowlanym, a nie ujęte w Przedmiarze Robót. Przy czym kwota ta będzie użyta, w całości lub w części, tylko zgodnie z poleceniami Inżyniera i odpowiednio do tego całkowita suma zapłacona wykonawcy będzie zawierać tylko takie kwoty (za pracę, dostawy lub usługi, do których odnoszą się Kwoty Warunkowe), jakie odpowiadają uprzednim poleceniom Inżyniera.

Powyższe postanowienia siwz potwierdzają, że wypełnienie przez wykonawcę Przedmiaru Robót ma istotne znaczenie w przedmiotowym postępowaniu, zarówno z punktu widzenia informacyjnego jak i z punktu widzenia przewidzianego sposobu rozliczenia wykonanych prac. Postanowienia te wskazują, że zamawiający nie przewidział za wykonanie

umowy wynagrodzenia kosztorysowego (według obmiarów powykonawczych), jednak przyjęty sposób rozliczenia, zawiera pewne elementy rozliczenia kosztorysowego na poszczególnych etapach wykonania robót, dla którego niezbędne są dane zawarte w wypełnionym Przedmiarze Robót.

Zamawiający w pkt. 13.3 IDW jednoznacznie wymagał wypełnienia wszystkich pozycji przedmiarów robót. Postanowienie powyższe dopuszcza jednocześnie przeniesienie wyceny określonych pozycji do innych elementów wypełnionego przedmiaru. Przedmiar może być uznany za wypełniony natomiast wówczas, gdy każda z pozycji przedmiaru jest określona. Jednocześnie, jedynie w przypadku gdy cena nie została podana w wypełnionym Przedmiarze Robót, to pozycje takie mogą być uznane za włączone do innych pozycji wypełnionego Przedmiaru Robót. Zauważyć należy, że wymogi wypełnienia przedmiaru i braku wskazania ceny jednocześnie mogą być spełnione tylko wówczas, gdy - po pierwsze, wszystkie przedmiary są załączone do oferty i wszystkie pozycje są wypełnione, a po drugie gdy pewne pozycje nie zawierają ceny.

Konsorcjum Trakcja Polska złożyło w ofercie przedmiary, przy czym w części pozycji podano „0,00” jako wartość wyceny. Zamawiający pismem z dnia 25 stycznia 2011 r. wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień w zakresie braku wyceny w ofercie części pozycji zawartych w przedmiarach robót. Wykonawca w złożonym w dniu 26 stycznia 2011 r. wyjaśnieniu oświadczył m.in, że „wszystkie pozycje wycenione na 0,00, o które pytał zamawiający, pozostają z taką wartością. Zakres robót ujętych w tych pozycjach został wyceniony w innych pozycjach oferty.”

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba uznała, że złożone przez Konsorcjum Trakcja Polska przedmiary zostały wypełnione w całości, jak wymagał zamawiający w pkt 13. 3 IDW. Pozycje, w których wpisano 0,00 należy uznać za niewycenione. Nie sposób bowiem przyjąć, iż 0,00 stanowi cenę za wykonanie jakichkolwiek robót. Na podstawie postanowienia pkt 13.3 IDW należy uwzględnić złożone przez wykonawcę wyjaśnienia, że roboty ujęte w pozycjach wycenionych na 0,00 zł zostały wycenione w innych pozycjach przedmiaru. Nie stanowi wady tych wyjaśnień ich lakoniczność - wyjaśnienia są jasne i zrozumiałe, a treści siwz lub w wezwaniu do złożenia wyjaśnień brak jest wymagania, aby wykonawca wskazał konkretne pozycje, w których roboty niewycenione zostały zawarte, co podnosił odwołujący. Złożone przez Konsorcjum Trakcja Polska wyjaśnienia nie stanowią zmiany treści złożonej oferty, a jedynie jej potwierdzenie.

Nie sposób podzielić opinii odwołującego, iż zamawiający wybiórczo, tylko w stosunku do Konsorcjum Trakcja Polska, zrezygnował z wymagania zawartego w siwz odnośnie wypełnienia pozycji przedmiaru, co zdaniem odwołującego jest tożsame z podaniem cen jednostkowych. Zauważyć należy, że zamawiający wyraźnie dopuścił w pkt

13.3 IDW możliwość braku wyceny poszczególnych pozycji oraz rozróżnił pojęcie „wypełnienie przedmiaru” od pojęcia „podanie ceny”.

W oparciu o dokonane ustalenia, jak wyżej Izba uznała, że treść oferty Konsorcjum Trakcja Polska jest zgodna w omówionym zakresie z treścią siwz oraz nie zawiera błędów w obliczeniu ceny. Oferta obejmuje bowiem wykonanie całego zakresu prac, zgodnie z wymaganiami zamawiającego zawartymi w siwz. Wycena tych robót została dokonana przez wykonawcę w oparciu o postanowienia specyfikacji.

Zarzut dotyczący niezgodności treści oferty z treścią siwz z uwagi na fakt, iż złożone przez Konsorcjum Trakcja Polska przedmiary robót zawierają liczne niezgodności w opisie pozycji przedmiarowych, Izba uznała także za niezasadny.

Izba ustaliła, że „braki” w opisie części pozycji przedmiarowych występują w przedmiarach złożonych przez Konsorcjum Trakcja Polska, a także w ofertach innych wykonawców: Konsorcjum ZUE, Konsorcjum Leonhard Weiss, Konsorcjum Budimex, Konsorcjum Strabag, Konsorcjum Mostostal. Charakter wskazanych przez odwołującego „braków” wskazuje wyraźnie, że są one następstwem zastosowania programu do kosztorysowania, który nie umożliwia wydrukowania pełnych opisów pozycji. Powyższe potwierdził zamawiający, a odwołujący tym okolicznościom nie zaprzeczył. Stwierdzone uchybienia w zakresie opisu poszczególnych pozycji należy uznać zatem za niezgodności wyłącznie formalne, które nie mają wpływu na ocenę merytorycznej zawartości oferty. Biorąc pod uwagę cały dokument przedmiaru, nie ma wątpliwości, iż poszczególne pozycje wypełnionych przedmiarów odpowiadają pozycjom przedmiarów opracowanych przez zamawiającego. Zawierają one informacje pozwalające na identyfikację wszystkich robót, zgodnie z przedmiarem zamawiającego co do rodzaju, ilości i kolejności technologicznej robót. Należy zatem uznać, że ww. oferty odpowiadają zakresowi zamówienia opisanemu przez zamawiającego w przedmiarach robót, a tym samym brak jest podstawy do odrzucenia oferty Konsorcjum Trakcja Polska oraz pozostałych ofert w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp.

Izba uznała także za niezasadny zarzut dotyczący niezgodności treści oferty Konsorcjum Trakcja Polska oraz wykonawców Konsorcjum Budimex, Konsorcjum Leonhard Weiss, Konsorcjum ZUE oraz Konsorcjum FCC z siwz z uwagi na podanie w części pozycji przedmiaru robót zamiast terminu 30 miesięcy, jako okresu realizacji zamówienia przewidzianego przez zamawiającego, innego okresu wykonania robót.

Izba zważyła, że termin realizacji zamówienia: 30 miesięcy od daty rozpoczęcia został ustalony w pkt 3 Instrukcji dla Wykonawców i zgodnie z Subklauzulą 8.1 Warunków Ogólnych jest to maksymalny termin realizacji zamówienia. Zgodnie z opisem zawartym w przedmiarze robót „wstawienie liczby miesięcy odpowiadających czasowi robót”, we wskazanych przez

odwołującego pozycjach kosztorysowych, wykonawcy samodzielnie mieli wpisać liczbę miesięcy, którą przewidują na realizację danego zadania. Podane przez wykonawców w przedmiarach robót terminy realizacji poszczególnych etapów robót są zgodne zatem z wymaganiami siwz, ponieważ nie przekraczają terminu maksymalnego 30 miesięcy na realizację całego przedmiotu zamówienia, co jest uzasadnione także z punktu widzenia technologicznego - poszczególne etapy robót muszą trwać krócej, niż wykonanie całego zakresu robót.

W związku z niepotwierdzeniem się zarzutów w zakresie zaniechania wykluczenia Konsorcjum Trakcja Polska z postępowania oraz zaniechania odrzucenia oferty tego wykonawcy Izba nie stwierdziła naruszenia przepisów art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, przez dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty.

Sygn. akt: KIO/ 386/11

Zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp, przez przyjęcie, iż treść oferty odwołującego Konsorcjum Strabag nie odpowiada treści siwz, z powodu niezłączenia do oferty przedmiaru „Przetarg nr 2, przedmiar robót nr 12, Gospodarka zielenią” Izba uznała za niezasadny.

W świetle postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, omówionych w niniejszym uzasadnieniu powyżej, niezłączenie przez wykonawcę do oferty przedmiaru „Przetarg nr 2, przedmiar robót nr 12, Gospodarka zielenią Przebudowa Drogi Wojewódzkiej nr 515 - ul. De Galla w Malborku ” należy ocenić jako niezgodność treści oferty z treścią siwz.

Wskazać należy w szczególności na treść Klauzuli 14.1 Warunków Ogólnych Umowy, zgodnie z którą wszelkie ilości jakie mogą być ustalone w przedmiarze robót lub w innym wykazie są ilościami szacunkowymi i nie należy ich brać pod uwagę, jako ilości rzeczywistych i prawidłowych robót, których wykonania wymaga się od wykonawcy. Posytanowienie powyższe potwierdza, że złożone w ofercie przedmiary mają istotne znaczenie przy rozliczeniu zrealizowanych robót. Dlatego zgodnie z pkt 13.3 IDW zamawiający przewidział konieczność dokonania wyceny wszystkich pozycji przedmiaru robót, z zastrzeżeniem, że „(...) nie będą dokonywane jakiegokolwiek odrębne płatności za pozycje, których cena nie została podana w wypełnionym Przedmiarze Robót. Pozycje takie będą uznane za włączone do innych pozycji wypełnionego Przedmiaru Robót (...)”. Jak Izba ustaliła powyżej w niniejszym uzasadnieniu, zapis ten dopuszcza przeniesienie wyceny określonych pozycji do innych elementów wypełnionego przedmiaru, wówczas gdy wszystkie pozycje przedmiaru zostały wypełnione.

W świetle powyższego brak złożenia całości wymaganego przedmiaru należy ocenić jako nieuwzględnienie w ofercie robót wchodzących w zakres przedmiotu zamówienia, stosownie do wymagań zamawiającego. Brak części przedmiaru w ofercie niesie ze sobą ponadto brak wymaganych w siwz danych, koniecznych do rozliczenia robót zgodnie z postanowieniami siwz. Jest to zatem niezgodność treści oferty z postanowieniami specyfikacji w zakresie merytorycznym. Jednocześnie stwierdzony brak nie może podlegać uzupełnieniu, gdyż stanowiłoby to niedozwoloną zmianę treści złożonej oferty. „Brak” nie stanowi omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, a zatem nie może podlegać poprawie w tym trybie.

Wyjaśnienia odwołującego z dnia 20 stycznia 2011 r., że roboty z: „Przetarg nr 2, Gospodarka zielenią -przedmiar „Przebudowa DW nr 515 - ul. De Galla w Malborku” zostały wycenione w: Przetarg nr 2, Przedmiar Robót nr 3 - roboty Drogowe - Obiekt: A3 - Stacja Malbork, Rozdział nr 3.1: Przebudowa DW nr 515 w m. Malbork” nie mogą być uwzględnione. Z treści złożonej oferty nie wynika, że odwołujący uwzględnił w ofercie roboty, których przedmiar nie został złożony, a wobec tego w świetle treści oferty uwzględnienie wyjaśnień stanowiłoby istotną zmianę oferty. Wskazać też trzeba, że ogólne oświadczenie wykonawcy o spełnieniu wymagań zamawiającego zgodnie z siwz nie może stanowić, wobec niezłożenia części przedmiaru, że wykonawca zaoferował przedmiot zamówienia w pełnym zakresie.

Odnosząc się do stanowiska odwołującego zauważyć należy na marginesie, że to nie zamawiający powinien uzasadnić wykonawcy, że złożona oferta faktycznie nie obejmuje prac opisanych w przedmiarze „Przetarg nr 2, Gospodarka zielenią - przedmiar „Przebudowa DW nr 515 - ul. De Galla w Malborku”. Fakt uwzględnienia całości przedmiotu zamówienia powinien jednoznacznie wynikać z treści oferty.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba uznała za słuszną decyzję zamawiającego, iż oferta złożona przez odwołującego podlega odrzuceniu w oparciu o 89 ust 1 pkt 2 Pzp. W konsekwencji nie potwierdził się także zarzut naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 7 Pzp, przez nieuprawnione różnicowanie sytuacji wykonawców ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia.

Sygn. akt: KIO/ 393/11

Izba uznała, że zamawiający w sposób uzasadniony wykluczył odwołującego Konsorcjum FCC z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 2 Pzp, tj. z uwagi na brak wniesienia wadium w terminie składania ofert. W konsekwencji oferta złożona przez

Konsorcjum FCC podlega uznaniu za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 Pzp. Izba ustaliła i zważyła przy tym, jak poniżej.

Postanowienie zawarte w pkt 11.12 Rozdziału 11 siwz przewiduje, że „okoliczności przepadku wadium oraz zasady jego zaliczenia na poczet zabezpieczenia należytego wykonania umowy określa Ustawa”.

Zgodnie natomiast z art. 46 ust. 5 pkt 1 Pzp zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana:

- 1) odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie,
- 2) nie wniósł zabezpieczenia należytego wykonania umowy,
- 3) zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

Konsorcjum FCC załączyło do oferty gwarancję bankową wystawioną w dniu 16 listopada 2010 r. przez Fortis Bank Polska S.A. z siedzibą w Warszawie. Z treści ww. gwarancji wynika, że została ona wystawiona w związku z uczestnictwem FCC Construcción S.A. w postępowaniu i w celu wypełnienia przez FCC Construcción S.A. wymogów określonych w siwz. W treści gwarancji dokument siwz został zdefiniowany jako „Specyfikacja Przetargowa”.

W ww. gwarancji Fortis Bank Polska S.A. zobowiązał się nieodwołalnie i bezwarunkowo do zapłacenia na rzecz zamawiającego kwoty do wysokości 10.000.000 PLN, w terminie 7 dni roboczych od daty otrzymania od zamawiającego jego pierwszego żądania zapłaty, zawierającego oświadczenie, że nastąpiła jedna z następujących okoliczności („Warunki Wypłaty”):

- „ 1) Wykonawca odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w Specyfikacji Przetargowej; lub
- 2) Wykonawca nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania ww. umowy; lub
- 3) zawarcie ww. umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy; lub
- 4) Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 Ustawy Prawo Zamówień Publicznych z dnia 29 stycznia 2004 r. („Ustawa”), nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 tejże Ustawy, lub pełnomocnictw, i nie udowodnił, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie.”

Przyczyną uznania przez zamawiającego, że ww. gwarancja nie zabezpiecza roszczeń zamawiającego była okoliczność, że w pkt 1 „warunków wypłaty” określonych w gwarancji wskazano, iż zapłata kwoty wadium nastąpi m.in. w przypadku, gdy odwołujący odmówi podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego „na warunkach określonych w Specyfikacji Przetargowej”, a nie „na warunkach określonych w ofercie”, tj. niezgodnie z wymogiem ustawy wynikającym z art. 46 ust. 5 pkt 1 Pzp.

Izba podziela pogląd prezentowany w odwołaniu przez odwołującego, utrwalony w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, iż treść gwarancji bankowej, wnoszonej jako wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, nie musi zawierać literalnego przytoczenia treści przepisów prawa, sformułowania warunków zapłaty, w tym w szczególności opisu, który jest dosłownym powtórzeniem (cytatem) przepisów art. 46 ust. 4a oraz ust. 5 pkt 1-3 Pzp.

W przedmiotowym postępowaniu nie sposób jednak postawić zamawiającemu zarzutu, że wymagał, aby zobowiązania wynikające z gwarancji miały treść dokładnie zacytowaną z przepisów ustawy Pzp. Powyższego wymogu nie zawierają postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zdaniem Izby, odwołujący błędnie przyjął, iż podstawą zakwestionowania przez zamawiającego ważności wadium jest nieprzytoczenie w gwarancji treści przepisu art. 46 ust. 5 pkt 1 Pzp.

Dokonana przez zamawiającego w toku postępowania ocena treści złożonych przez wykonawców gwarancji wadium potwierdza jednoznacznie, zgodnie z wyjaśnieniami złożonymi przez zamawiającego na rozprawie, że nie stawiał w postępowaniu takiego wymagania. Odnosząc się w szczególności do treści przykładowych gwarancji złożonych przez Konsorcjum Budimex i Konsorcjum Leonhard Weiss, powołanych przez odwołującego, należy zauważyć, iż dokumenty te zawierają określenia odrębne od zwrotów użytych w przepisach ustawy Pzp, na co wskazywał także sam odwołujący. Mimo to gwarancje te zostały uznane przez zamawiającego jako spełniające wymagania ustawy Pzp i siwz. Zamawiający uznał, że nie stanowi nieprawidłowości, iż gwarancja wadium złożona przez Konsorcjum Leonhard zawiera dodatkowy, w stosunku do ustawowych, warunek wypłaty kwoty gwarancji, gdyż nie ma to wpływu na fakt, iż wszystkie ustawowe warunki wypłaty kwoty gwarancji zostały zapewnione. Podobnie z punktu widzenia skuteczności gwarancji zapłaty wadium na warunkach określonych w ustawie Pzp, złożonej przez Konsorcjum Budimex, użycie w treści gwarancji wyrazów „odmówi”, „stanie się”, „nie wniesie” zamiast „odmówił”, „stało się” oraz „nie wniósł” nie jest niezgodne z przepisami art. 46 ust. 4a oraz ust. 5 Pzp, ponieważ dokument gwarancji odnosi się do stanu w przyszłości, wskazując okoliczności, które dopiero mogą nastąpić.

Nie sposób przy tym podzielić zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp, przez niezastosowanie przez zamawiającego w odniesieniu do wszystkich wykonawców ubiegających się o zamówienie takich samych reguł oceny złożonych przez nich gwarancji wadium, a tym samym nierównego traktowania wykonawców przy dokonywaniu oceny dokumentów gwarancyjnych. Zarzut ten jest oparty wyłącznie na błędnym przeświadczeniu odwołującego, iż treść gwarancji była oceniana przez zamawiającego wyłącznie pod względem zgodności z literalnym brzmieniem przepisów ustawy Pzp, co w rzeczywistości nie miało miejsca.

Błędny jest także pogląd odwołującego, iż z faktu, że zamawiający pismem z dnia 22

grudnia 2010 r. wezwał Konsorcjum FCC w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia pełnomocnictw można wywodzić, że na tym etapie postępowania wadium zostało uznane przez zamawiającego za spełniające wymagania ustawy Pzp. Trzeba zauważyć, że w toku badania ofert wiele czynności, zmierzających np. do wyjaśnienia lub uzupełnienia składanych w ofercie dokumentów, jest dokonywanych równolegle, z uwagi na szybkość i ekonomikę postępowania. Przepisy ustawy Pzp regulujące postępowanie zamawiającego przy dokonywaniu czynności badania i oceny ofert nie ograniczają swobody zamawiającego, co do kolejności wykonywania odpowiednich czynności, za wyjątkiem art. 26 ust. 3, który zwalnia zamawiającego z obowiązku wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów, o których mowa w tym przepisie jedynie w sytuacji, gdy dana oferta pomimo ich złożenia podlega odrzuceniu albo gdy postępowanie podlega unieważnieniu, co nie oznacza że zakazuje dokonania tej czynności.

Brak jest także podstawy prawnej by wywodzić skutki prawne, w zakresie oceny treści gwarancji w przedmiotowym postępowaniu, z faktu, że zamawiający w innych postępowaniach nie wykluczył odwołującego pomimo, że składane w tych postępowaniach gwarancje bankowe miały taką samą treść w zakresie opisu warunków zapłaty, jak gwarancja złożona w tym przetargu. W świetle ustawy Pzp zamawiający nie jest związany oceną dokumentów dokonywaną w innych postępowaniach, nawet wówczas, gdy treść tych dokumentów jest taka sama.

Izba uznała, że niezasadny jest również zarzut dotyczący naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp. W uzasadnieniu decyzji o wykluczeniu odwołującego podano uzasadnienie prawne i faktyczne w zwięzłej formie, mimo to, w ocenie Izby, w sposób dostateczny informuje ono co do zasadniczych powodów wykluczenia wykonawcy. Krótka forma uzasadnienia nie dowodzi również, że zamawiający nie przeprowadził rzetelnego badania i oceny gwarancji. Zauważyć należy, że gwarancja wadialna nie jest dokumentem, który może podlegać wyjaśnieniu w trybie art. 87 ust. 1 Pzp, co podnosił odwołujący, gdyż dokument ten nie stanowi treści oferty.

Zródłem gwarancji bankowej są przepisy art. 81 do art. 84 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe (Dz. U. z 2002 r. Nr 72, poz. 665, z późn. zm.). Przepis art. 82 ust. 1 ww. ustawy definiuje gwarancję bankową jako jednostronne zobowiązanie banku-gwaranta, iż po spełnieniu przez podmiot uprawniony (beneficjenta gwarancji) określonych warunków zapłaty, które mogą być stwierdzone określonymi w tym zapewnieniu dokumentami, jakie beneficjent załączy do sporządzonego we wskazanej formie żądania zapłaty, bank ten wykona świadczenie pieniężne na rzecz beneficjenta - bezpośrednio albo za pośrednictwem innego banku. Z przepisu art. 82 ust. 2 ww. ustawy wynika, że dla udzielenia i potwierdzenia gwarancji wymagana jest forma pisemna pod rygorem nieważności. W doktrynie przeważa stanowisko, iż gwarancja bankowa jest odrębną umową Prawa bankowego, która jednostronnie zobowiązuje bank.

Przepis art. 84 ww. ustawy wskazuje, iż do gwarancji bankowych stosuje się przepisy kodeksu cywilnego, zastrzegając, iż zobowiązanie banku ma zawsze charakter pieniężny.

W świetle przepisów regulujących kwestie dotyczące gwarancji bankowej precyzyjne ukształtowanie tego stosunku prawnego zależy w znacznej mierze od woli stron, w szczególności od gwaranta, który działa na polecenie zleceniodawcy. Zleceniodawcą w tym przypadku jest wykonawca zainteresowany udziałem w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, który powinien działać zgodnie z wymaganiami zamawiającego, jako beneficjenta gwarancji. Biorąc pod uwagę powyższe, należy zauważyć, że treść dokumentu gwarancji powinna w sposób kompletny, precyzyjny i jednoznaczny określać zakres obowiązków i uprawnień gwaranta i beneficjenta gwarancji.

Odesłanie przy instytucji gwarancji do stosowania przepisów kodeksu cywilnego oznacza możliwość stosowania reguł wykładni oświadczeń woli i umów określonych w art. 65 § 1 i 2 k.c. w odniesieniu do tej czynności prawnej.

Opierając się na orzecznictwie SN należy zauważyć, iż utrwalone zostały zasady, że „Przy wykładni woli stron ujętej w umowie pisemnej sens oświadczeń ustala się przyjmując za podstawę wykładni przede wszystkim tekst dokumentu, a podstawowe znaczenie przypada językowym regułom znaczeniowym. Wykładni poszczególnych wyrażzeń dokonuje się zarazem z uwzględnieniem całego kontekstu oraz związków treściowych występujących między postanowieniami zawartymi w tekście, a zatem nie można przyjąć takiego znaczenia interpretowanego zwrotu, które pozostawałoby w sprzeczności z pozostałymi składnikami wypowiedzi zawartymi w tekście umowy. [...] Prawidłowa, pełna i wszechstronna wykładnia postanowień umowy nie może bowiem pomijać treści zwerbalizowanej na piśmie, ponieważ sformułowania i pojęcia, a także sama semantyka i struktura aktu umowy są jednym z istotnych wykładników woli stron, pozwalają ją poznać i ocenić. Wykładnia umowy nie może prowadzić do stwierdzeń pozostających w sprzeczności z jej treścią (vide: wyrok SN z dnia 18 marca 2008 r., II CSK 336/07, niepubl., wyrok SN z dnia 23 kwietnia 2009 r., IV CSK 558/08, wyrok SN z dnia 17 grudnia 2008 r., I CSK 250/08).

Jak zauważył również Sąd Najwyższy w treści postanowienia z dnia 30 października 2008 r. sygn. akt II CSK 263/08 „Wykładnia oświadczenia woli służy jedynie uściśleniu użytych pojęć, nie zaś uzupełnieniu dostrzeżonych po złożeniu oświadczenia woli braków, czy zmianie sensu użytych określeń i zwrotów. Granicę wykładni oświadczeń woli wyznacza m.in. treść art. 77 § 1 k.c.". Wykładnia oświadczenia woli nie może zmierzać do ustalenia treści tego oświadczenia odmiennej niż wynika to z treści zwerbalizowanej w tym dokumencie. Zmiana bowiem lub uzupełnienie umowy zawartej w formie pisemnej, zgodnie z art. 77 § 1 k.c. wymaga zachowania tej formy.

W świetle powyższych poglądów, należy zauważyć, iż literalne brzmienie badanej w tym postępowaniu umowy gwarancyjnej jest jasne i jednoznaczne. Określenie „Specyfikacja Przetargowa” jest pojęciem znacząco odmiennym od pojęcia „oferta”. Nie sposób przyjąć za słuszną interpretacji prezentowanej przez odwołującego, iż pojęcia te należy, zgodnie z zamiarem stron i okolicznościami towarzyszącymi udzieleniu gwarancji, utożsamić. W oceni Izby w świetle art. 77 § 1 k.c. zastąpienie w treści gwarancji zwrotu „Specyfikacja Przetargowa” zwrotem „oferta” wymagałoby zmiany umowy zawartej pomiędzy bankiem a wykonawcą przy zachowaniu formy pisemnej. Dlatego też Izba uznała, że złożone przez odwołującego na rozprawie pismo Fortis Bank z dnia 24 lutego 2011 r. nie zawiera wykładni treści gwarancji lecz jej zmianę.

Izba nie zgodziła się z argumentacją, iż uzależnienie wypłaty z gwarancji od odmowy podpisania umowy na warunkach określonych w siwz obejmuje szersze zabezpieczenie interesu zamawiającego w stosunku do ustawowej przesłanki odmowy podpisania umowy na warunkach określonych w ofercie. Zauważyć trzeba, że oferta, jako oświadczenie woli wykonawcy, określa istotne elementy umowy jak: w szczególności wynagrodzenie, przedmiot świadczenia wykonawcy, które niewątpliwie muszą być zgodne z warunkami określonymi w siwz. Wyłącznie z oferty wynika konkretyzacja świadczenia wykonawcy i wysokość wynagrodzenia z tytułu wykonania zamówienia. Jak wynika z przepisów ustawy Pzp, oferta wykonawcy podlega zabezpieczeniu wadium m.in na wypadek odmowy podpisania umowy na jej warunkach. W świetle przepisów Kodeksu cywilnego, oferta i specyfikacja istotnych warunków zamówienia są odrębnymi oświadczeniami składanymi przez różne podmioty – w pierwszym przypadku przez wykonawcę, a w drugim – przez zamawiającego. Oświadczenie zamawiającego stanowi zaproszenie do złożenia oferty i zawiera wymagania zamawiającego, natomiast oferta jest propozycją zawarcia umowy na warunkach w niej określonych.

Nie sposób też uznać, że przesłanka odmowy podpisania umowy na warunkach określonych w ofercie jest objęta także przesłanką braku możliwości zawarcia umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, co twierdził odwołujący. Przesłanki wskazane w art. 46 ust. 5 w pkt 1 i w pkt 3 Pzp mają całkowicie odmienny zakres. Określona w pkt 1 przesłanka dotyczy sytuacji gdy wykonawca nie wyraża woli zawarcia umowy, natomiast przesłanka określona w pkt 3 ww. przepisu dotyczy sytuacji związane z wystąpieniem okoliczności, niezależnych od woli wykonawcy, lecz dotyczących wykonawcy, które powodują, że umowa nie może zostać zawarta.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba uznała, że treść Warunków Wypłaty w pkt 1 gwarancji złożonej przez Konsorcjum FCC nie spełnia wymogów określonych w art. 46 ust. 5 pkt 1 Pzp. Roszczenia zamawiającego, które mogłyby powstać w wypadku odmowy zawarcia przez Konsorcjum FCC umowy o udzielenie zamówienia na warunkach określonych w ofercie

Konsorcjum FCC nie zostały przez gwarancję zabezpieczone.

Nie sposób uznać w ustalonych okolicznościach tej sprawy, że zamawiający nie przeprowadził rzetelnej analizy treści gwarancji. Izba stwierdziła, że zamawiający ocenił gwarancję wadliwą przedstawioną przez Konsorcjum FCC stosownie do wymogów zawartych w art. 46 ust. 5 pkt 1 Pzp.

W związku z potwierdzeniem się przesłanki do wykluczenia Konsorcjum FCC z postępowania, jak wskazano powyżej, oferta podlegała uznaniu za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 Pzp. Izba podzieliła przy tym stanowisko odwołującego, iż przepis art. 89 ust. 1 pkt. 5 Pzp nie znajduje zastosowania w postępowaniach jednoetapowych, w tym w postępowaniach prowadzonych w trybie przetargu nieograniczonego, natomiast jego zastosowanie ogranicza się do postępowań, w których wykonawcy mogą potencjalnie złożyć oferty po ich wcześniejszym wykluczeniu z postępowania. Jednak nieprawidłowe zastosowanie ww. przepisu nie miało i nie może mieć jakiegokolwiek wpływu na wynik postępowania, a tym samym nie może stanowić podstawy uwzględnienia odwołania, stosownie do brzmienia art. 192 ust. 2 Pzp.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp w wyniku odrzucenia oferty Konsorcjum FCC z uwagi na niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia Izba uznała, że zarzut ten jest niezasadny.

Oferta złożona przez odwołującego, w części „Przedmiary robót nr 12 Gospodarka Zielenią” dla przetargów nr 1 i 2 nie zawiera przedmiarów robót dla poszczególnych dróg oraz ulic w zakresie gospodarki zielenią poza granicami objętymi decyzją o ustaleniu lokalizacji inwestycji celu publicznego, tj. „poza granicami ULI”.

W świetle postanowień siwz, które zostały omówione w niniejszym uzasadnieniu w odniesieniu do zarzutów niezgodności treści ofert z treścią siwz dotyczących pozostałych wykonawców, odwołujący był zobowiązany do wypełnienia i złożenia w ofercie przedmiarów dotyczących Gospodarki Zielenią poza ULI. Wprowadzenie do siwz pozycji w zakresie Gospodarki Zielenią poza ULI nastąpiło w trybie art. 38 ust. 1 i ust. 2 Pzp, tj. w trybie wyjaśnień treści siwz, a zatem stanowiło skuteczną i obowiązującą wykonawców zmianę siwz.

W świetle postanowień specyfikacji, brak złożenia przedmiarów należy uznać za brak uwzględnienia oraz wyceny przez wykonawcę w ofercie robót objętych przedmiarem Gospodarki Zielenią poza ULI. Brak ten stanowi podstawę do odrzucenia oferty jako niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia z uwagi na fakt, że brak ten nie może zostać poprawiony w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp jako inna niezgodność treści oferty ze specyfikacją, niepowodująca istotnej zmiany treści oferty, co potwierdza ugruntowane w tym zakresie orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej. Brak może podlegać jedynie uzupełnieniu, a uzupełnienie treści oferty stanowi niedopuszczalną zmianę treści oferty w rozumieniu art. 87

ust. 1 Pzp. Brak nie może być uzupełniony przez zamawiającego samodzielnie, tj. bez ingerencji wykonawcy. Wyjaśnienia odwołującego z 27 stycznia 2011 r., nie znajdując oparcia w treści oferty wprowadzają do oferty nową treść. Dlatego też wyjaśnienia złożone przez Konsorcjum FCC nie mogły być uwzględnione przez zamawiającego. Prowadziłoby to faktycznie do zmiany treści złożonej oferty, która zgodnie ze złożonymi przedmiarami nie obejmuje robót, opisanych przez zamawiającego w przedmiarach dla poszczególnych dróg oraz ulic w zakresie gospodarki zielenią poza granicami objętymi decyzją o ustaleniu lokalizacji inwestycji celu publicznego w części „Przedmiary robót nr 12 Gospodarka Zielenią” dla przetargów nr 1 i 2. Niezłożenie przedmiarów, stosownie do postanowień specyfikacji, nie może być uznane za równoznaczne z dokonaniem wyceny robót, objętych brakującymi przedmiarami w innych pozycjach przedmiarów, które zostały złożone i wycenione.

Zarzuty wobec niejasności postanowień siwz, podnoszone dodatkowo przez odwołującego Izba uznała za spóźnione.

Nie można się zgodzić także z odwołującym, że siwz nie wymagała wyodrębnienia i wyceny wszystkich pozycji Przedmiaru Robót. Z postanowień 13.3-13.4 Rozdziału 13 siwz wynika jednoznacznie, że wycena wszystkich pozycji Przedmiaru Robót była obowiązkowa, zaś ewentualny brak wyceny (0,00zł) odpowiedniej pozycji skutkowało uznaniem takiej pozycji za włączoną do innych pozycji Przedmiaru Robót, zaś na cenę oferty składają się ceny wszystkich pozycji podanych w wypełnionym Przedmiarze Robót. Powyższe potwierdzają również sformułowania zawarte w Tomie IV siwz.

Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego, iż zamawiający z naruszeniem art. 92 ust. pkt 3 Pzp nie przedstawił odwołującemu pełnego uzasadnienia faktycznego i prawnego odrzucenia oferty. Zawiadomienie zawiera bowiem wskazanie podstawy prawnej oraz okoliczności faktyczne stanowiące podstawę dokonanej oceny. W ocenie Izby, brak wymaganego przez odwołującego stopnia szczegółowości argumentacji, nie uniemożliwił odwołującemu złożenia prawidłowego odwołania.

Izba nie podzieliła zarzutu naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 7 ust. 1 Pzp, z uwagi na nieuwzględnienie przez zamawiającego, iż w ofercie Konsorcjum Budimex wskazano „okres zgłaszania wad” - 1 rok, gdy wymagania siwz przewidywały 3-letni okres zgłaszania wad, co stanowi oczywistą sprzeczność treści oferty Konsorcjum Budimex z treścią siwz. Izba zważyła, że zamawiający wprowadził zmieniony okres zgłaszania wad w wyniku wyjaśnień treści siwz, przy czym nie dokonał w tym zakresie zmiany formularza oferty. Jednocześnie w postępowaniu obowiązywał zakaz dokonywania przez wykonawców samodzielnie zmian w treści ww. formularza. Wobec powyższego należało uznać, że niezgodność treści oferty z siwz w powyższym zakresie była wynikiem sprzeczności postanowień zawartych w specyfikacji. W takim przypadku wykonawca w żadnym razie nie

może ponosić negatywnych konsekwencji błędnych działań zamawiającego. Uwzględniając istotne znaczenie popełnionych przez siebie błędów, zamawiający słusznie wyjaśnił ten element oferty i dokonał poprawy treści oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Biorąc pod uwagę, iż zarzuty odwołania nie potwierdziły się zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 2 pkt 5 Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej należało uznać za niezasadniony.

Sygn. akt: KIO/ 406/11

Izba uznała, iż fakt, że odwołujący Konsorcjum Mostostal w ofercie wycenił realizację robót, pomimo niezłączenia w ofercie przedmiarów cząstkowych dla obiektu A3 st. Malbork obejmujących rozdział nr 8.4. 8.5. i 8.6, co potwierdza znajdujące się na str. 850 oferty zestawienie z łącznymi cenami przewidzianymi dla robót wskazanych w rozdziałach nr 8.4. 8.5. i 8.6. Przedmiaru Robót Nr 8, nie może stanowić o zgodności treści oferty z siwz w powyższym zakresie. Przeczy temu treść postanowień specyfikacji, w tym także postanowienie zawarte w pkt 13.3 IDW. W świetle postanowień siwz nie było dopuszczalne pominięcie przez wykonawcę poszczególnych pozycji lub rozdziału Przedmiaru Robót, pomimo podania łącznej wartości wszystkich pozycji objętych tym rozdziałem.

W ocenie Izby, powyższe nie może być uznane za uchybienia jedynie formalne (prezentacyjne) oferty. O merytorycznej sprzeczności z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia świadczy fakt, iż zgodnie z wymaganiami siwz przedmiary cząstkowe były wymagane przez zamawiającego dla celów rozliczenia wykonanych prac.

Izba uznała natomiast, że w świetle postanowień siwz w przedmiotowym postępowaniu nie można przyjąć, że treść oferty nie odpowiada treści siwz, z powodu niezłożenia w ofercie zbiorczego zestawienia (przedmiaru) dla obiektu B4 Malbork - Szymankowo. Zbiorcze zestawienie pozycji przedmiarowych jest jedynie de facto wynikiem przeprowadzenia działania arytmetycznego, polegającego na zsumowaniu poszczególnych pozycji wycenionego przedmiaru. Wymagana przez zamawiającego informacja w powyższym zakresie jest dostępna zatem w ofercie odwołującego. Tym samym zamawiający dysponuje informacjami umożliwiającymi dokonanie takiego zsumowania.

Podstawę do stwierdzenia, że oferta odwołującego jest niezgodna z treścią siwz stanowi jednak niezłączenie do oferty wykazu typów i systemów urządzeń stacyjnych, liniowych i przejazdowych do zabudowy, który był wymagany zgodnie z postanowieniem STWIOR, które zostały zmienione wyjaśnieniem zawartym w odpowiedzi na pytanie 440 z dnia 17 września 2011 r. (odp. na pytania nr 487, 458, 441 oraz 440).

W świetle wymagań siwz nie można uznać, iż wykaz typów i systemów urządzeń stacyjnych stanowi dokument, tzw. przedmiotowy w rozumieniu art. 25 ust. 1 Pzp i przepisów rozporządzenia z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. nr 226, poz 1817), który może podlegać uzupełnieniu w toku badania i oceny ofert w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. W przedmiotowym postępowaniu ww. wykaz służy uzyskaniu przez zamawiającego informacji jakie typy systemów (urządzeń) wykonawca przewidział w ramach wykonania przedmiotu zamówienia do zabudowy. Jest to zatem dokument, który stanowi skonkretyzowanie przedmiotu oferty w powyższym zakresie, a tym samym element oferty – oświadczenia woli wykonawcy co do oferowanego świadczenia. Ponadto, należy zauważyć, że dokument ten nie był wymieniony w ogłoszeniu i siwz, jako dokument wymagany w celu potwierdzenia, że oferowany przedmiot zamówienia spełnia wymagania zamawiającego, stosownie do brzmienia art. 25 ust. 1 Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła, że nie nastąpiło naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, przez odrzucenie oferty odwołującego. Izba nie znalazła podstaw, by uznać, że dokumenty, których odwołujący nie złożył w ofercie podlegają uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 Pzp lub wyjaśnieniu na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp.

Odwołujący nie wykazał w konsekwencji naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób, który nie zapewnia zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Odwołujący tym samym nie wykazał także naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp, poprzez dokonanie wyboru oferty Konsorcjum Trakcja Polska jako najkorzystniejszej.

Biorąc pod uwagę ustalony stan rzeczy, Izba oddaliła rozpoznawane łącznie odwołania, działając na podstawie art. 192 ust. 1 i ust. 8 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp z uwzględnieniem postanowień § 3 pkt 1, § 5 ust. 4 i § 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

. Przewodniczący: