

WYROK
z dnia 30 września 2010r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

Członkowie: Justyna Tomkowska

Paweł Trojan

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na posiedzeniu/ rozprawie w dniu/~~w dniach~~ 30 września 2010r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia: ERBUD Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Puławska 300A, MAXI - STAR Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Uścikówiec nr 4, MAXI - STAR Konstruktor Tomasz Kaczmarek, Uścikówiec nr 4** od rozstrzygnięcia przez Zamawiającego **Gminę Miasto Szczecin Biuro ds. Zamówień Publicznych Urzędu Miasta Szczecin w Szczecinie, pl Armii Krajowej 1** protestu z dnia 27 sierpnia 2010r.

przy udziale konsorcjum **Wrocławskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego nr 2 „WROBIS” Spółka Akcyjna z siedzibą we Wrocławiu, ul. Szewska 3, ACCIONA INFRAESTRUCTURAS spółka Akcyjna z siedzibą w Madrycie Avienda de Europa 18 Prague Emprearial la Moraleja, Mostostal Warszawa Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Konstruktorska 11a, Mostostal Puławy Spółką Akcyjną z siedzibą w Puławach – Azoty ul. Budowlanych 5** zgłaszającego swój udział w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert z udziałem oferty odwołującego oraz wezwanie odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy, co do rozbieżności pomiędzy**

wartością poszczególnych pozycji TER Budynek A – Branża elektryczna, a wartości ujawnionej w Tabeli Elementów Scalonych w wierszu 6

2. kosztami postępowania obciąża **Gminę Miasto Szczecin Biuro ds. Zamówień Publicznych Urzędu Miasta Szczecin w Szczecinie, pl Armii Krajowej 1**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4.444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia: ERBUD Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Puławska 300A, MAXI - STAR Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Uścikówiec nr 4, MAXI - STAR Konstruktor Tomasz Kaczmarek, Uścikówiec nr 4**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **8 044 zł 00 gr** (słownie osiem tysięcy czterdzieści cztery złote zero groszy) przez **Gminę Miasto Szczecin Biuro ds. Zamówień Publicznych Urzędu Miasta Szczecin w Szczecinie, pl Armii Krajowej 1** na rzecz **wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia: ERBUD Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Puławska 300A, MAXI - STAR Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Uścikówiec nr 4, MAXI - STAR Konstruktor Tomasz Kaczmarek, Uścikówiec nr 4** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu uzasadnionych kosztów zastępstwa przez pełnomocnika i wpisu,
- 3) dokonać wpłaty kwoty xxx zł xx. gr (słownie: xxxx) przez xxxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 15 556 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia: ERBUD Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Puławska 300A, MAXI - STAR Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Uścikówiec nr 4, MAXI - STAR Konstruktor Tomasz Kaczmarek, Uścikówiec nr 4**

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego na budowę ogólnomiejskiej hali widowiskowo - sportowej wraz z obiektami towarzyszącymi przy ul. Szafera w Szczecinie " zostało wszczęte przez Gminę Miasto Szczecin Biuro ds. Zamówień Publicznych Urzędu Miasta Szczecin w Szczecinie, pl Armii Krajowej 1 ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 24 października 2009r. za numerem 2009/S 206-296082.

W dniu 17 sierpnia 2010r. zamawiający poinformował o wynikach postępowania i o odrzuceniu oferty wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia: ERBUD Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Puławska 300A, MAXI - STAR Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Uścikówiec nr 4, MAXI - STAR Konstruktor Tomasz Kaczmarek, Uścikówiec nr 4.

W dniu 27 sierpnia 2010r. na czynność odrzucenia oferty wnieśli protest wykonawcy ubiegający się wspólnie o udzielenie zamówienia: ERBUD Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Puławska 300A, MAXI - STAR Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Uścikówiec nr 4, MAXI - STAR Konstruktor Tomasz Kaczmarek, Uścikówiec nr 4 – dalej odwołujący. Zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. prawo zamówień publicznych Dz. U. t.j. z 2007r. nr 223 poz. 1655 ze zm. – dalej ustawy), poprzez błędne jego zastosowanie, art. 89 ust. 1 pkt 6) ustawy poprzez błędne jego zastosowanie, art. 87 ust. 2 ustawy poprzez zaniechanie jego zastosowania, art. 7 ust. 1 ustawy poprzez nierówne traktowanie wykonawców w analogicznych sytuacjach. Wniósł o unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz odrzucenia oferty odwołującego, ponownego dokonania badania i oceny ofert, uznania, że oferta odwołującego nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2) i 6) ustawy PZP, uznania, że oferta konsorcjum wykonawców: W.P.B.P. Nr 2 WROBIS S.A. <lider>.ACCIONA INFRAESTRUCTURAS S.A. (partner), MOSTOSTAL WARSZAWA S.A. (partner), MOSTOSTAL PUŁAWY S.A. (partner) - dalej: „Konsorcjum WROBIS" podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy, prawidłowego zastosowania art. 87 ust. 2 ustawy PZP, poprawienia nieistotnej omyłki polegającej na niezgodności oferty z treścią SIWZ, dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty odwołującego.

Odwołujący wskazał, że jego oferta jest ofertą korzystniejszą cenowo od oferty wybranej i w ramach jedyne kryterium ceny powinna być wybrana. w razie uwzględnienia protestu. Tym samym, rozstrzygnięcie protestu poprzez zmianę decyzji Zamawiającego i uznanie, że oferta odwołującego nie podlega odrzuceniu z przedmiotowego postępowania leży w interesie odwołującego, jako wykonawcy, którego oferta jest najkorzystniejsza pod względem kryteriów oceny ofert. Wskazał także, że nie zachodzą żadne przesłanki odrzucenia protestu

wynikające z art. 180 ust.7 ustawy. Podkreślił, że załączył do oferty dokument pełnomocnictwa (karty: 173 - 179 oferty odwołującego), w których treści w wskazano na uprawnienie do wnoszenia środków ochrony prawnej, a ważności tych pełnomocnictw zamawiający nie kwestionował. Odwołujący wskazał, że Zamawiający odrzucił ofertę odwołującego w oparciu o dwie przesłanki -zaniechanie wycenienia pozycji 259 - 263 kosztorysu ofertowego - podstawa prawna odrzucenia oferty - art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy i nieprawidłową kalkulację oferty, która zaistniała ze względu na ww. braki pozycji 259 - 263 kosztorysu, co świadczyć ma o tym, iż oferta ta zawiera błędy w obliczeniu ceny, których nie można poprawić na podstawie art. 87 ustawy - podstawa prawna odrzucenia oferty - art. 89 ust. 1 pkt 6) ustawy. Odwołujący podniósł, że nie zgadza się z twierdzeniem, że wobec podanego wyżej uzasadnienia faktycznego i prawnego należało przyjąć za prawidłowy wniosek, że treść jego oferty nie odpowiada treści SIWZ, a dodatkowo oferta dotknięta jest niemożliwym do poprawienia błędem w obliczeniu ceny i jako taka podlega odrzuceniu. Zamawiający, według odwołującego, nie uwzględnił bowiem możliwości sanowania ofert dotkniętych nieistotnymi z punktu widzenia zakresu zamówienia omyłkami polegającymi na niezgodności oferty z SIWZ, tj. regulacji wynikającej z jednej z nowelizacji przepisów o zamówieniach publicznych, która weszła w życie w dniu 24 października 2008r. oraz bogatego rzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej wypracowanego po tej dacie, a także podglądów doktryny. Nadto podniósł, że uznana za najkorzystniejszą oferta złożona przez Konsorcjum WROBIS nie zawiera ceny jednostkowej w pozycji nr 10 Tabeli Elementów Rozliczeniowych - Roboty Drogowe (strona 161 oferty). Tym czasem, zgodnie z modyfikacją ogłoszenia o zamówieniu z dnia 1 czerwca 2010r.: „W Rozdziale VIII Sposób obliczenia ceny oferty punkt V sekcja I ppkt 4 otrzymuje brzmienie: „ 4) Stawka lub cena powinna być wpisana do każdej pozycji TER-a ". Powyższym uchylono pierwotne brzmienie ww. punktu z SIWZ, który wcześniej stanowił: „Stawka lub cena powinna zostać wpisana przy każdej pozycji TER-a niezależnie od tego czy podano tam ilość czy też nie. Będzie uznane, że koszt pozycji, przy której wykonawca nie wpisał stawki lub ceny jest pokryty przez inne stawki i ceny wpisane w TER ".

Ze względu na uchylenie powyższego zdania i zastąpienie go obowiązkiem wycenienia każdej pozycji TER-a, niezależnie od tego czy jej ilość (obmiar) wynosi „0" czy też jakąś inną wartość, oferta Konsorcjum WROBIS powinna zostać odrzucona. Alternatywnie, z ostrożności wskazać należy, że jeżeli Zamawiający dokonał interpretacji postanowień zmienionej 1 czerwca 2010r. SIWZ na korzyść tego wykonawcy - podobną interpretację winien zastosować w stosunku do odwołującego i również uznać, że drobne zaniechania w zakresie wycenienia poszczególnych pozycji jego oferty nie skutkują jej odrzuceniem i uzupełnić te pozycje ceną jednostkową o wartości „0,00". Odwołujący powołał postanowienia rozdziału VIII siwz „ Sposób obliczenia ceny oferty": Wskazał, że „ Ceny ofertową ustala się

na podstawie wypełnionej Tabeli Elementów Rozliczeniowych (TER) opartej o zintegrowane opisy przedmiarów robót, dokumentację projektową i specyfikacją techniczną." - pkt 1. w części I. „ Warunki ogólne ”, str. 8 SIWZ. Zamawiający w siwz opisał szczegółowo jakie elementy składają się na ceny jednostkowe dla danej pozycji przedmiarowej TER - część II. „ Warunki ogólne ”, str. 9 SIWZ. Na stronie 11 SIWZ w części III. „Ustalenie ceny ofertowej” wskazano zaś w pkt 6., że: Wykonawca zobowiązany test na wezwanie, zamawiającego przedstawić szczegółowe kalkulacje poszczególnych pozycji TER w czasie trwania projektu jak i po wyborze wykonawcy do

czasu rozliczenia kontraktu."Powyższe postanowienia SIWZ wynikają bowiem z faktu, że poszczególne pozycje TER są jedynie uproszczoną formą podania do wiadomości uczestników postępowania informacji na temat ceny danej pozycji, pod opisem której kryje się szereg szczegółowych informacji, podpozycji i działań matematycznych, które zgodnie z zasadami kosztorysowania należy uwzględnić aby uzyskać wartość danej pozycji TER. według odwołującego, zarzut Zamawiającego sprowadza się do tego, że w załączonym do oferty odwołującego kosztorysie brak wyceny pięciu pozycji TER, co w ocenie zamawiającego skutkuje koniecznością uznana, że tak złożona oferta jest niezgodna z treścią SIWZ. Odwołujący wskazał, że jego kosztorys liczy około 170 stron i 4212 pozycji i zamawiający przed odrzuceniem oferty powinien był zbadać, czy brakujące pozycje nie są wycenione w innych miejscach kosztorysu. Zdaniem odwołującego wynikało to ze strony 11 SIWZ w części III.„Ustalenie ceny ofertowej” w pkt 6. Odwołujący podniósł, że pominięte pozycje kosztorysu są na tyle typowe, że można było uzupełnić ich ceny jednostkowe poprzez wpisanie prawidłowo opisanych i wycenionych innych pozycji z kosztorysu. Według odwołującego, z bogatego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, dotyczącego art. 87 ust. 2 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2) i 7) ustawy PZP w zakresie poprawiania oczywistych omyłek pisarskich, rachunkowych i innych omyłek polegających na niezgodności oferty z SIWZ niepowodujących istotnych zmian w treści oferty wynika, że jeżeli zamawiający może wycenić wartość brakującej w danym miejscu pozycji kosztorysowej w oparciu o cenę tej pozycji podanej w innym miejscu kosztorysu ofertowego, to w ten właśnie sposób powinno się samodzielnie, bez konsultacji z wykonawcą jedynie w oparciu o dostępne elementy jego oferty uzupełnić ofertę o wycenione w innych jej miejscach pozycje kosztorysu. Wszystkie pominięte pozycje dotyczą budynku A, natomiast pozycje, którymi można je zastąpić zawarte są w TER dla innych budynków. Podniósł, że nia ma to znaczenia dla ostatecznego rozliczenia, bo zamawiający rozliczy się z wykonawcą metoda obmiarową, stąd ważna jest cena jednostkowa, a nie obmiar. Pozycja 259 w TER dla budynku A - pominięta omyłkowo przez Protestującego w jego ofercie może zostać zastąpiona pozycją 121 z TER dla budynku C (Branża elektryczna -str. 94 oferty). Zamawiający przyjął ten sam rodzaj przewodu: DY 750V. Nic nie stoi więc na przeszkodzie, aby cenę pozycji nr 121 z TER dla budynku C

przyjąć dla brakującej pozycji nr 259 TER dla budynku A. Pozycja 260 w TER dla budynku A - pominięta omyłkowo przez Protestującego w jego ofercie może zostać zastąpiona pozycją 121 z TER dla budynku C (Branża elektryczna -str. 94 oferty). Pomimo różnych opisów w KNR-ach (przewód kabelkowy, przewód wtynkowy), w opisie przedmiotu zamówienia Zamawiający przyjął ten sam rodzaj przewodu: DY 750V.

Oдноśnie różnicy w przekrojach zastosowanych przewodów (pominięta pozycja nr 260 - DY 750V 4 mm², a w 121 pozycji TER dla budynku C - DY 750V 6 mm²): przedmiotem zamówienia w tej pozycji jest dokładnie ten sam rodzaj kabla, którego różnica przekroju nie wpływa na parametry techniczne i cenę. Pozycja 261 w TER dla budynku A - pominięta omyłkowo przez Protestującego w jego ofercie może zostać zastąpiona pozycją 172 z TER dla budynku B (Branża elektryczna -str. 73 oferty). TER-budynek A Pozycja 263 w TER dla budynku A może zostać zastąpiona pozycją 125 z TER dla budynku C (Branża elektryczna str. 94 oferty). W brakującej pozycji w budynku A występuje w pozycji materiałowej: zacisk do rur nr 540001 firmy Dehn, natomiast w odpowiedniku: Złącza uniwersalne. W przedmiotowej pozycji 263 TER zastosowanie znajduje zaoferowanie przez odwołującego w pozycji 125 TER dla budynku C złącza uniwersalnego. Takie rozwiązanie w pełni wynika z opisu w projekcie budowlano-wykonawczym Budynków: A, B i C oraz szkiców połączeń wyrównawczych dodatkowych (Bud. A - załącznik nr VIII/I - w załączeniu, Bud. B - rys. E-42 - w załączeniu, Bud. C-rys. E-23 - w załączeniu) iż należy użyć tych samych zacisków (zacisk do rur nr 540001 f-my Dehn) do wykonania dodatkowych połączeń wyrównawczych w łazience. Sama możliwość ujęcia niewycenionych w kosztorysie pozycji TER poprzez ich zastąpienie takimi samymi pozycjami w innych miejscach kosztorysu została potwierdzona wieloma orzeczeniami Krajowej Izby Odwoławczej. Możliwość zastępowania brakujących pozycji pozycjami równoważnymi lub zbliżonymi pozycjami także potwierdzają liczne orzeczenia, jak wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 października 2009r. (sygn akt: KIO/UZP 1284/09). Odwołujący wskazał na na treść znowelizowanego art 89 ust. 1 pkt 2) ustawy PZP, który od dnia 24 października 2008r. oraz art. 87 ust. 2 ustawy PZP. Odwołujący powołał także wyjaśnienia UZP w „Prawie Zamówień Publicznych po nowelizacji z dnia 4 września 2008r.” pod redakcją Jacka Sadowego - Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w Warszawie (Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2008) w rozdziale „Odformalizowanie procedur „otwartych” w nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych” (str. 111 i nast):oraz opinię UZP „Poprawianie omyłek na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 1-3 ustawy Prawo zamówień publicznych w świetle orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej.” (WWW.uzp.gov.pl), wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia z dnia 28 stycznia 2009 r., (sygn. akt 59/09), Według odwołującego uzupełnienie ceny pięciu pozycji na 4212 pozycji kosztorysu uznać należy za nieznaczny ingerencję w treść oferty. Zamawiający winien więc poprawić opisane wyżej pozycje, pobierając dane z pozycji przedstawionych powyżej jako

odpowiadające pozycjom, których omyłkowo nie podano. Powyższa zmiana treści oferty odwołującego jest nieistotna z punktu widzenia skali zamówienia oraz oszczędności wynikającej z różnicy w cenie oferty odwołującego (139.887.973,68 zł brutto) i cenie oferty uznanej za najkorzystniejszą (145.286.997,56 zł brutto). Różnica pomiędzy wartością ww. ofert wynosi aż 5399.023,88 zł brutto, co stanowi aż 432% wartości umowy i nie może być bez znaczenia dla zamawiającego. Podkreślił, że zmiana regulacji w zakresie art. 89 ust. 1 pkt 2) oraz art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy podyktowana była sytuacjami faktycznymi zbliżonymi do sytuacji jaka ma miejsce w przedmiotowym postępowaniu. Zastosowanie normy prawnej zawartej w znowelizowanym artykule 87 ust. 2 pkt 3) ustawy PZP do poprawienia nieistotnej niezgodności oferty z SIWZ, według odwołującego, uznać należy za działanie korzystne dla zamawiającego i zgodne z kierunkiem zmian w zakresie stosowania przepisów ustawy PZP. Działanie takie w pełni realizuje bowiem zamiar prawodawcy, albowiem pięć pozycji kosztorysowych warte jest w sumie około 6.000.00 zł brutto na 139.887.973.68 zł brutto wartości oferty, co stanowi około 0.0043 % wartości oferty.

Powołał się także na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 31 marca 2009r., w którym wprost wskazano, że: możliwe jest w takiej sytuacji skorzystanie z art. 87 ust. 1 ustawy 3.11) Odwołujący wskazał, że dysponuje plikiem z programu Microsoft Excel, w którego treści zawarte są wszystkie pozycje TER, w tym pozycje 259 - 263 branży elektrycznej w budynku A. Suma na końcu wszystkich pozycji tego kosztorysu uwzględnia wartości poszczególnych pięciu, pominiętych w pisemnej, ofercie pozycji i jest zgodna z wartością końcową oferty. Odwołujący sporządził także opinię prywatną biegłego ekonomisty, z której według odwołującego wynika, że wartość oferty w obu wersjach jest taka sama, brak jest błędów matematycznych w zastosowanych formułach, ale w wersji papierowej, w porównaniu do wersji elektronicznej, brak jest następujących pozycji, na łączną kwotę 4 847, 71 zł netto. W wersji papierowej brak jest cen jednostkowych 5 pozycji z wersji elektronicznej czyli Budynek A, A-instalacja elektryczna, pozycje 259-263. Pewne pozycje, w wersji elektronicznej charakteryzują się w większym stopniu uszczegółowieniem, tzn .wartości podawane są do kilkunastu miejsc po przecinku, natomiast w wersji papierowej - do dwóch miejsc po przecinku. Nie zmienia to jednak w żaden sposób wartości oferty.

Dokonując analizy otrzymanych materiałów biegły ekonomista oświadczył, że 5 brakujących pozycji z wersji papierowej musiało być ujętych przed wydrukiem w wersji elektronicznej. W przeciwnym przypadku wartości obydwu wersji oferty przetargowej nie byłyby takie same. Jakakolwiek późniejsza ingerencja w wersję elektroniczną doprowadziłaby do powstania różnicy w wartościach obydwu ofert. Podsumowując odwołujący podniósł, że podał kilka sposobów poprawienia treści swojej oferty. Konsekwencją każdego z przyjętych sposobów poprawienia oferty odwołującego będzie konieczność dokonania sumowania tak wpisanych do kosztorysu pozycji i ustalenia ostatecznej ceny oferty, która nie będzie się praktycznie

różniła od podanej przez odwołującego ceny za wykonanie całego przedmiotu zamówienia. Z opinii biegłego wynika, że wartość tych brakujących pozycji została uwzględniona w wartości ceny oferty odwołującego. Różnice będą więc co najwyżej wynikały z zaokrągleń podanych kwot do dwóch miejsc po przecinku i niewielkich (obliczanych wręcz w setkach złotych) różnic pomiędzy wartością poszczególnych pozycji a wartością pozycji zbliżonych lub analogicznych. Różnica ta nie wpłynie jednak na kolejność ofert ocenionych według przyjętego kryterium ich oceny, tj. cena - 100%. W dalszym ciągu oferta odwołującego będzie najtańsza. Zamawiający, według odwołującego, dysponuje wszelkimi danymi pozwalającymi na samodzielne obliczenie wartości i ustalenie zakresu rzeczowego oferty odwołującego w oparciu o dane pochodzące z innych pozycji kosztorysu., co daje mu podstawę do skorzystania z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy – orzeczenie Izby z dnia 8.06.2009r. sygn. akt: KIO/UZP 664/09, wyrok Izby z dnia 26.05.2009r. sygn. akt: KIO/UZP 634/09. Protest został odpisany przez prokurenta – pełnomocnika lidera Konsorcjum zgodnie z pełnomocnictwem z dnia 8 września 2010r., zgodnie z pełnomocnictwami załączonymi do wniosku (str. 83-84 pełnomocnictwo konsorcjalne dla ERBUD podpisane zgodnie z zasadami reprezentacji każdego z konsorcjantów ustalonymi na podstawie załączonych do wniosku odpisów z KRS oraz zaświadczenia z EDG, przy czym za ERBUD podpisał się pełnomocnik działający w oparciu o pełnomocnictwo udzielone przez dwóch członków zarządu z 7 września 2009r.)

W dniu 30 sierpnia 2010r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu protestu i wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu protestacyjnym, przy czym konsorcjum Wrocławskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego nr 2 „WROBIS” Spółka Akcyjna z siedzibą we Wrocławiu, ul. Szewska 3, ACCIONA INFRAESTUCTURAS Spółka Akcyjna z siedzibą w Madrycie Avienda de Europa 18 Praque Emprearial la Moraleja, Mostostal Warszawa Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Konstruktorska 11a, Mostostal Puławy Spółka Akcyjna z siedzibą w Puławach – Azoty ul. Budowlanych 5 otrzymał wezwanie w dniu 31 sierpnia 2010r.

W dniu 31 sierpnia 2010r. do postępowania protestacyjnego przystąpiło konsorcjum Wrocławskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego nr 2 „WROBIS” Spółka Akcyjna z siedzibą we Wrocławiu, ul. Szewska 3, ACCIONA INFRAESTUCTURAS Spółka Akcyjna z siedzibą w Madrycie Avienda de Europa 18 Praque Emprearial la Moraleja, Mostostal Warszawa Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Konstruktorska 11a, Mostostal Puławy Spółka Akcyjna z siedzibą w Puławach – Azoty ul. Budowlanych 5 wskazując na swój interes prawny w przystąpieniu polegający na ochronie swojej pozycji jako wykonawcy wybranego oraz wnosząc o oddalenie protestu w całości. Przystąpienie zostało podpisane przez dwóch członków zarządu lidera konsorcjum, zgodnie z pełnomocnictwami załączonymi do wniosku na stronach 009 – 024 wystawionymi przez osoby upoważnione do reprezentacji

poszczególnych członków konsorcjum na zasadach wynikających z ich dokumentów rejestrowych załączonych na stronach 029-068 wniosku.

Kopia przystąpienia została przekazana odwołującemu w dniu 31 sierpnia 2010r.

W dniu 2 września 2010r. do postępowania protestacyjnego przystąpiło Konsorcjum Warbud Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 162A, Zeman Hale Dachy Fasady Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Świętochłowicach, ul. Katowicka 24 żądając uwzględnienia protestu w zakresie żądania unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i dokonania ponownego badania i oceny ofert oraz odrzucenia oferty konsorcjum Wrobis i oddalenia protestu w pozostałej części. Przystępujący wskazał także na swój interes prawny jako wykonawcy, którego oferta nie została odrzucona i który w przypadku wyeliminowania wykonawcy wybranego i utrzymania w mocy decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego ma szansę na uzyskanie zamówienia. Podniósł, że zarzut protestu dotyczący zaniechania odrzucenia oferty wybranej jest uzasadniony, bo zamawiający wskazał w pkt 1 rozdziału VIII siwz, że oferta musi zawierać wszystkie elementy zgodne z opisem przedmiotu zamówienia, a w myśl pkt 2 należy cenę obliczyć wypełniając tabelę elementów rozliczeniowych. Oferta wybrana nie zawiera w pozycji nr 10 w TER ceny jednostkowej, co powoduje, że jej treść nie odpowiada treści pkt V.1.4 rozdziału VIII siwz i powinna być odrzucona. Wskazał ponadto, że z uwagi na przytoczone wyżej postanowienia siwz, zamawiający prawidłowo odrzucił ofertę odwołującego i tym zakresie protest nie zasługuje na uwzględnienie. Przystąpienie zostało podpisane przez członka zarządu i prokurenta upoważnionych do reprezentacji łącznej zgodnie z

Kopia przystąpienia została przekazana odwołującemu w dniu 2 września 2010r. faksem.

W dniu 6 września 2010r. zamawiający rozstrzygnął protest oddalając go w całości. W uzasadnieniu zamawiający stwierdził zgodnie z postanowieniami Rozdziału V pkt 1 ppkt 2 wykonawca do oferty miał dołączyć tabelę elementów rozliczeniowych, która miała być wypełniona zgodnie z zasadami określonymi w Rozdziale VIII SIWZ - Sposób obliczenia ceny oferty.

Protestujący złożył ofertę wraz z Tabelą Elementów Rozliczeniowych, która nie zawierała jednej strony kalkulacji. Zamawiający stoi na stanowisku, że brak uwzględnienia w ofercie części Tabeli Elementów Rozliczeniowych powoduje, że oświadczenie woli wykonawcy jest niepełne a jego uzupełnienie nie mogłoby się odbyć bez dodatkowych negocjacji ze składającym ofertę. Ustosunkował się jednak do argumentacji odwołującego i dokonał analizy zaproponowanego zastąpienia brakujących pozycji innymi występującymi w TER. Porównał ceny podane przez różnych wykonawców pozycjach 259 i 260 budynek A oraz 121 budynek C i stwierdził, że pozycje 259 i 260 budynku A oraz 121 budynku C nie są identyczne a różnice pomiędzy nimi powodują, że nie można przyjąć adekwatności ich cen

jednostkowych. Nie mogą więc być wpisane w miejsce brakujących pozycji. W pozycjach 259 i 260 budynku A oraz 121 budynku C występują różnice opisów i nakładów pracy niezbędnych na wykonanie niniejszych pozycji czy innych materiałów niezbędnych na wykonanie niniejszych pozycji, np.:

- w przypadku pozycji 259 wykonanie 1 m zgodnie z przedmiarami wymaga około 3, 27 minuty a na wykonanie pozycji 121 niezbędny jest nakład 2,83 minuty.
- w przypadku pozycji 260 zastosowane są różne materiały (260 - przewód elektryczny o przekroju 4mm² i 261 - przewód elektryczny o przekroju 6mm²)

Zarówno 279 m jak i 562 m wykutych w bruździe „niebetonowej” jest o wiele bardziej kosztowne i czasochłonne niż wykucie 60m odcinka w podłożu betonowym. Ponadto proponowana przez Protestującego zamiana przewodu DY-750V 4mm² z pozycji 260 na przewód DY-750V 6 mm² z pozycji 121 spowoduje różnicę w cenie za przewód. Porównał także ceny dla pozycji 261 i 262 budynek A oraz pozycji 172 budynek B i wskazał, że podstawową trudnością w bezpośrednim przepisaniu cen jednostkowych z poz. 172 do brakujących jest to, że pozycja 172 jest scalona. Dopiero suma prac z pozycji 261 i 262 odpowiadałaby opisowi z pozycji 172. Jednakże przy rozliczeniu kosztorysowym istotne jest i było zamierzone żądanie podania przez wykonawców oddzielnie cen jednostkowych w poz. 261 i 262. Na podstawie ceny jednostkowej w poz. 172 nie ma możliwości ustalenia bez negocjacji z wykonawcą jakie będą ceny jednostkowej po jej rozdzieleniu. Po otwarciu ofert Zamawiający nie może również połączyć dwóch pozycji TER (261 i 262) i zastąpić ich jedną -z ceną z pozycji 172.

Porównanie łącznej wartości pozycji 261 i 262 z cenami z pozycji 172 również wskazuje, że są to prace o innej charakterystyce i wartości co uniemożliwia postawienie wniosku, że są to pozycje tożsame. Puszki podane w pozycji nr 262 TER Budynek A - Branża elektryczna są Innego typu niż puszk podane w pozycji 172 TER Budynek B - branża elektryczna. Wobec tego nie jest możliwe zastąpienie zsumowanych pozycji 261 i 262 TER Budynek A - branża elektryczna z pozycją nr 172 TER Budynek B - branża elektryczna. Zamawiający porównał także ceny dla pozycji 263 budynek A oraz pozycji 125 budynek C. Zamawiający na podstawie analizy obydwu pozycji stwierdził, w oparciu o katalogi KNR, że nakłady pracy potrzebne do wykonania niniejszych prac są takie same. Nie mniej jednak, jak wynika z cen zaofertowanych przez Wykonawców nie są to prace tożsame, gdyż w swoich ofertach odmiennie wycenili niniejsze pozycje. Zamawiający stoi na stanowisku, że gdy nie ma tożsamyh identycznych pozycji do dokonania wyceny, to zamawiający nie ma możliwości dokonania poprawek i zmuszony jest odrzucić ofertę. Poprawianie w ofercie omyłek, na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy musi mieć pewne granice, które wyznacza obowiązek równego traktowania wykonawców i zachowania zasady przejrzystości i jawności postępowania przy zachowaniu zasad logiki. Niedopuszczalne jest doprowadzenie, w toku

dokonywania poprawek, do sytuacji w której wykonawcy będą mieli różniące się od siebie oferty. Taka sytuacja stanowiłaby naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania (KIO/1516/08). Niedopuszczalne jest, według zamawiającego, uznanie za omyłkę w treści oświadczenia wykonawcy, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, braku wyceny którejs z pozycji kosztorysu ofertowego, brakująca cena jednostkowa uniemożliwia dokonania wyceny pozycji, a zatem zamawiający nie jest w stanie ustalić prawidłowej treści oświadczenia woli. W takiej sytuacji dokonanie poprawek wiązałoby się z uzupełnieniem treści oferty po upływie terminu do jej złożenia. Wystąpienie omyłki nie może pozostawiać wątpliwości co do zamierzonej treści oświadczenia wykonawcy. Brak cen jednostkowych, bez względu na ich wysokość, nie może być uznane za omyłkę a za istotny brak oświadczenia, którego uzupełnienia nie dopuścił ustawodawca (KIO/UZP 476/09).

Odnosząc się do dowodów odwołującego w postaci wersji elektronicznej TER i opinii eksperta, zamawiający wskazał, że pomiędzy cenami jednostkowymi w wersji elektronicznej brakujących pozycji a cenami jednostkowymi, których przyjęcia domaga się odwołujący nie występuje zgodność. Przykładowo: odwołujący wnosi aby w pozycji 263 TER Budynek A, branża elektryczna wpisać cenę jednostkową z poz. Nr 125 Budynek C, tj. 8,06 PLN, podczas gdy wersja elektroniczna brakującej pozycji została wyceniona na 15,28 PLN. Stąd nie może to przemawiać za koniecznością dokonania poprawek, których domaga się odwołujący. W opinii zamawiającego nie zasługują również na uwzględnienie zarzuty odwołującego co do wybranej oferty Konsorcjum WROBIS. Jak wynika z Tabeli Elementów Rozliczeniowych, wykonawca wybrany nie złożył oferty w zakresie pozycji nr 10 - Roboty Drogowe. Przede wszystkim pozycja nr 10 - Roboty Drogowe nie zawiera żadnego obmiaru - została „wyzerowana” i nie będzie występować podczas realizacji przedmiotu zamówienia. Z przyczyn technicznych zamawiający nie usunął bezpośrednio całego wiersza, a chcąc zachować ciągłość i porządek w numeracji, poprzez obmiar 0 wskazał, że ta pozycja nie występuje. W związku z tym jakiegokolwiek uchybienia w zakresie przedmiotowej pozycji nie mają wpływu na prawidłowość i porównywalność złożonych ofert. Opisane przez odwołującego modyfikacje SIWZ zmierzały właśnie do zniesienia obowiązku wyceny każdej pozycji, bez względu czy zawierała obmiar czy też nie. W przekazanej pierwotnie wykonawcom specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w Rozdziale VIII -sposób obliczenia ceny oferty, zamawiający umieścił zapis, że „stawka lub cena powinna zostać wpisana przy każdej pozycji TER-a, niezależnie od tego, czy podano tam ilość czy też nie. Będzie uznane, że koszt pozycji, przy których Wykonawca nie wpisał stawki lub ceny, jest pokryty przez inne stawki i ceny wpisane w TER.* Powyżej przytoczony zapis został zmieniony 31 maja 2010 roku w związku z dokonaną modyfikacją. Po zmianie zapis otrzymał brzmienie: „stawka lub cena powinna zostać wpisana przy każdej pozycji TER-a”. Skoro przedmiotowa pozycja zawierała obmiar 0, to przez tą czynność została usunięta z zakresu

przedmiotu zamówienia. Zamawiający, dokonując niniejszej modyfikacji, chciał uniknąć sytuacji, w której wykonawca miałby obowiązek wycenienia prac wychodzących poza zakres przedmiotu zamówienia.

W dniu 16 września 2010r. wniósł odwołanie odwołujący za pośrednictwem placówki pocztowej operatora publicznego podtrzymując zarzuty zawarte w proteście i wnosząc o unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz odrzucenia oferty odwołującego, ponownego dokonania badania i oceny ofert, uznania, że oferta odwołującego nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2) i 6) ustawy PZP, uznania, że oferta konsorcjum wykonawców: W.P.B.P. Nr 2 WROBIS S.A. <lider>.ACCIONA INFRAESTRUCTURAS S.A. (partner), MOSTOSTAL WARSZAWA S.A. (partner), MOSTOSTAL PUŁAWY S.A. (partner) - dalej: „Konsorcjum WROBIS” podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy, prawidłowego zastosowania art. 87 ust. 2 ustawy PZP, poprawienia nieistotnej omyłki polegającej na niezgodności oferty z treścią SIWZ, dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty odwołującego. Podtrzymał twierdzenia i argumentację zawartą w proteście. Odwołanie zostało podpisane tak jak protest. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 16 września 2010r.

Zamawiający w dniu 17 września 2010r. poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania i wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 17 września 2010r. do postępowania odwoławczego przystąpiło po stronie zamawiającego konsorcjum WROBIS wskazując na swój interes prawny w przystąpieniu polegający na ochronie swojej pozycji jako wykonawcy wybranego oraz wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Przystąpienie zostało podpisane przez Tadeusza Chodorowskiego prezesa zarządu lidera konsorcjum upoważnionego do jednoosobowej reprezentacji zgodnie z pełnomocnictwami załączonymi do wniosku na stronach 009 – 024 wystawionymi przez osoby upoważnione do reprezentacji poszczególnych członków konsorcjum na zasadach wynikających z ich dokumentów rejestrowych załączonych na stronach 029-068 wniosku.

Kopia przystąpienia została przekazana zamawiającemu w dniu, a odwołującemu w dniu

W dniu 29 września 2010r. do postępowania protestacyjnego przystąpiło Konsorcjum Warbud żądając uwzględnienia protestu w zakresie żądania unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i dokonania ponownego badania i oceny ofert oraz odrzucenia oferty konsorcjum Wrobis i oddalenia protestu w pozostałej części. Przystępujący wskazał także na swój interes prawny jako wykonawcy, którego oferta nie została odrzucona i który w przypadku wyeliminowania wykonawcy wybranego i utrzymania w mocy decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego ma szansę na uzyskanie zamówienia. Podniósł, że zarzut protestu dotyczący zaniechania odrzucenia oferty wybranej jest uzasadniony, bo zamawiający wskazał w pkt 1 rozdziału VIII siwz, że oferta musi zawierać wszystkie elementy

zgodne z opisem przedmiotu zamówienia, a w myśl pkt 2 należy cenę obliczyć wypełniając tabelę elementów rozliczeniowych. Oferta wybrana nie zawiera w pozycji nr 10 w TER ceny jednostkowej, co powoduje, że jej treść nie odpowiada treści pkt V.1.4 rozdziału VIII siwz i powinna być odrzucona. Wskazał ponadto, że z uwagi na przytoczone wyżej postanowienia siwz, zamawiający prawidłowo odrzucił ofertę odwołującego i tym zakresie protest nie zasługuje na uwzględnienie. Przystąpienie zostało podpisane przez członka zarządu i prokurenta upoważnionych do łącznej reprezentacji WARBUD – lidera działającego w oparciu o

Kopia przystąpienia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu w dniu 29 września 2010r.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny :

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. ogłoszenia o zamówieniu publicznym, specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami, zapytań i wyjaśnień do siwz oraz modyfikacji treści siwz, wniosku i oferty odwołującego, wniosku i oferty przystępującego Konsorcjum Wrobis oraz wniosku przystępującego Konsorcjum Warbud, informacji o wyniku postępowania, protokołu postępowania wraz z załącznikami.

W rozdziale V w pkt 1 pkt 2 zamawiający zobowiązał wykonawców do załączenia tabeli elementów rozliczeniowych. W rozdziale VIII siwz zamawiający przewidział sposób obliczenia ceny oferty i w pkt 1 postanowił, że oferta musi zawierać wszystkie elementy zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia i w pkt 2 postanowił, że cenę należy obliczyć wypełniając tabelę elementów rozliczeniowych (TER). Cena ofertowa jest sumą wartości elementów rozliczeniowych. Wartość elementu rozliczeniowego należy obliczyć poprzez pomnożenie ilości jednostek obmiarowych podanych w TER przez cenę jednostkową zawierającą wszystkie niezbędne do wykonania jednostki elementu rozliczeniowego. W pkt 3 zamawiający postanowił, że wykonawca ustali cenę jednostkową za element rozliczeniowy wymieniony w TER, w oparciu o dokumentację projektową, przedmiary robót, specyfikację techniczną wykonania i odbioru robót budowlanych, technologię wykonania i warunki terenowe. W pkt 4, że ceny jednostkowe będą cenami scalonymi zawierającymi wszystkie koszty wykonania elementu rozliczeniowego wymienionego w TER. W pkt. 5. I. 2 rozdziału VIII siwz wprowadził postanowienie, że ilości podane w TER są szacunkowe i tymczasowe i podaje się je w celu zapewnienia wspólnej podstawy dla składania ofert. Podstawą płatności będą ilości robót obmierzonych. W pkt. 5.I.4 wskazano, że stawka lub cena powinna zostać wpisana przy każdej pozycji TER-a, niezależnie od tego, czy podano tam ilość czy też nie. Będzie uznane, że koszt pozycji, przy których wykonawca nie wpisał stawki lub ceny jest pokryty przez inne stawki lub ceny wpisane w TER. W rozdziale VIII pkt. 5.III siwz zamawiający wskazał, że wartości uzyskane w poszczególnych działach TER należy wpisać

w odpowiednich, opisanych pozycjach w Tabeli Elementów Scalonych (jest to tabela pomocnicza). Cenę oferty należy obliczyć na podstawie pozycji i ilości zawartych w TER oraz cen jednostkowych (netto) skalkulowanych przez wykonawcę zgodnie z zasadami podanymi powyżej. Tak ustaloną cenę końcową należy powiększyć o podatek VAT. W pkt. 11 rozdziału VIII zamawiający przewidział, że błąd w obliczeniu ceny, którego nie można poprawić na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy spowoduje odrzucenie oferty. Zgodnie z rozdziałem X pkt. 6 zamawiający zobowiązał się poprawić w tekście oferty oczywiste omyłki pisarskie oraz oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta zostanie poprawiona. Zgodnie z pkt 7 rozdziału X zamawiający zobowiązał się także do poprawy w tekście oferty innych omyłek polegających na niezgodności treści oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta zostanie poprawiona.

W Tabeli Elementów Rozliczeniowych – Budynek A – Branża Elektryczna Ogólnomiejska Hala Widowiskowo Sportowa w Szczecinie, przy ul. Szafera, załączonej do siwz w pozycji 259 ujawniono przewody kabelkowe o łącznym przekroju żył do CU-6/Al.-12 mm² układane w brzdach na podłożu nie beton – przewód DY-750V 6mm² 279 metry, w pozycji 260 ujawniono przewody kabelkowe o łącznym przekroju żył do CU-6/Al.-12 mm² układane w brzdach na podłożu nie beton – przewód DY-750V 4mm² 562 metry, w pozycji 261 – przygotowanie podłoża do mocowania osprzętu przez przykręcenie do kołków plast. W podłożu gazobetonowym – 31 szt, w pozycji 262 ujawniono montaż na gotowym podłożu puszek 75x75 i 85x 105 z tworzywa szt. Z wymiennymi wylotami o il. Wylotów 4 i przekroju przewodów do 4mm² – mocowanych przez przykręcenie analogia – zacisk połączeń wyrównawczych – 31 szt. W pozycji 263 ujawniono montaż na rurach o śr. Do 30 mm uchwytów uziemiających skręcanych 120 szt.

W Tabeli Elementów Rozliczeniowych – Budynek B – Branża Elektryczna Ogólnomiejska Hala Widowiskowo Sportowa w Szczecinie, przy ul. Szafera, załączonej do siwz w pozycji 172 wskazano montaż na podłożu puszek 75x75 i 85x105 z tworzywa szt. Z wymiennymi wylotami o ilości wylotów 4 i przekroju szt. 2,

W Tabeli Elementów Rozliczeniowych – Budynek C – Branża Elektryczna Ogólnomiejska Hala Widowiskowo Sportowa w Szczecinie, przy ul. Szafera, załączonej do siwz w pozycji 121 wskazano przewody izolowane jednożyłowe – układane w tynku (podłoże betonowe) – przewód DY-750V6mm² – 60metrów i w pozycji 125 ujawniono montaż na rurach Sr. Do 30 mm uchwytów uziemiających skręcanych – rynien kablowych z inst. Wyrównawczą – 24 szt.

W Tabeli Elementów Rozliczeniowych – Roboty drogowe- Ogólnomiejska Hala Widowiskowo Sportowa w Szczecinie, przy ul. Szafera, w wierszu 10 siwz wskazano – mechaniczne

ścinanie drzew z karczowaniem pni o średnicy od 10 do powyżej 75 cm z wywożeniem dłuźyc, karpiny i gałęzi w miejsce uzyskane przez wykonawcę – ilość 297 szt. ilość

W odpowiedzi na pytanie do siwz z dnia 21 maja 2010r. w pkt 113 stwierdził, że wykonawca nie musi dokonywać opłaty a wycinkę drzew, gdyż zamawiający dokonał już wycinki drzew w 2006r., na co potwierdzeniem jest stosowny zapis w dzienniku budowy. Zamawiający modyfikuje TER – roboty drogowe pozycje nr 10 z ilości 297 szt. na szt.0.W odpowiedzi na pytania z dnia 31 maja 2010r. w rozdziale VIII zamawiający dokonał modyfikacji pkt 5.I.4 nadając mu brzmienie „Stawka lub cena powinna być wpisana w każdej pozycji TER-a”.

W ofercie odwołującego na stronie 52 oferty znajduje się Tabela Elementów Rozliczeniowych – Budynek A – Branża Elektryczna Ogólnomiejska Hala Widowiskowo Sportowa w Szczecinie, przy ul. Szafera, gdzie ostatnia pozycja tabeli jest nr 258 – montaż na rurach śr. do 100 mm mostków bocznikujących łączonych na obejmymy. Strona ta nosi numer tabeli 48. Na stronie 53 znajduje się Tabela Elementów Rozliczeniowych – Budynek B – Konstrukcja Ogólnomiejska Hala Widowiskowo Sportowa w Szczecinie, przy ul. Szafera, która rozpoczyna się liczbą porządkową 1 usunięcie warstwy ziemi urodzajnej (humusu) o grub. do 15 cm. Strona ta nosi numer tabeli 50.

W Tabeli Elementów Rozliczeniowych – Budynek B – Branża Elektryczna Ogólnomiejska Hala Widowiskowo Sportowa w Szczecinie, przy ul. Szafera, załączonej do oferty w pozycji 172 wskazano montaż na podłożu puszek 75x75 i 85x105 z tworzywa szt. Z wymiennymi wylotami o ilości wylotów 4 i przekroju szt. 2, cena jednostkowa 26,05 wartość pozycji 52,10

W Tabeli Elementów Rozliczeniowych – Budynek C – Branża Elektryczna Ogólnomiejska Hala Widowiskowo Sportowa w Szczecinie, przy ul. Szafera, załączonej do oferty w pozycji 121 wskazano przewody izolowane jednożyłowe – układane w tynku (podłoże betonowe) – przewód DY-750V6mm² – 60metrów cena jednostkowa 3,04, wartość pozycji 182,45 i w pozycji 125 ujawniono montaż na rurach Sr. Do 30 mm uchwytów uziemiających skręcanych – rynien kablowych z inst. Wyrównawczą – 24 szt. , cena jednostkowa 8,06, wartość pozycji 193,42.

Na stronie 5 oferty znajduje się tabela elementów scalonych, w której w liczbie porządkowej 6 wskazano numery stron tabel rozliczeniowych dla budynku A branży elektrycznej i Są to numery od 34 do 49. Wartość netto całej inwestycji wynosi 114 662 273,51zł.

W ofercie wybranej na stronie 161 oferty znajduje się Tabela Elementów Rozliczeniowych – Roboty drogowe- Ogólnomiejska Hala Widowiskowo Sportowa w Szczecinie, przy ul. Szafera, gdzie w wierszu 10 – mechaniczne ścinanie drzew z karczowaniem pni o średnicy od 10 do powyżej 75 cm z wywożeniem dłuźyc, karpiny i gałęzi w miejsce uzyskane przez

wykonawcę w miejscu ilość wskazano 0,00, a w kolumnie cena jednostkowa PLN (netto) i Wartość PLN (netto) nie wskazano żadnych wielkości.

Izba postanowiła dopuścić dowód z płyty CD z kosztorysem załączonym do oferty na okoliczność wykazania, że w cenie netto oferty odwołującego zawarte są pozycje 259-263 dla budynku A – branża elektryczna.

Bud. A-załącznik nr VIII/I,, Bud. B-rys. E-42, Bud. C-rys. E-23 na okoliczność wykazania tożsamości prac z pozycji 259-262 dla budynku A oraz pozycji 172 dla budynku B i pozycji 121 i 125 dla budynku C w branży elektrycznej, Izba uznała jako nie mający istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia postępowania, którego istota sprowadza się do rozstrzygnięcia o charakterze prawnym braku pozycji TER-a, oraz o możliwości zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy do usunięcia braku pozycji TER-a.

Opinia biegłego z dziedziny ekonomii - dra nauk ekonomicznych Uniwersytetu Szczecińskiego - p. Piotra S., jako dokument prywatny sporządzony na zlecenie odwołującego została przez Izbę potraktowana jako stanowisko odwołującego w postępowaniu.

Ekspertyza dla ERBUD S.A. z dnia 14 września 2010r. jako dokument prywatny sporządzony na zlecenie odwołującego została przez Izbę potraktowana jako stanowisko odwołującego w postępowaniu.

Izba dopuściła dowody ze strony 105 i 161 oferty przystępującego Wrobis oraz pisma zamawiającego z dnia 4 sierpnia 2010r. do Wrobis i odpowiedzi Wrobis z dnia 5 sierpnia 2010r. uznając, iż dowodzi on zakresu w jakim oferta Wrobis podlegała wyjaśnieniom oraz wskazuje na rodzaj braków tej oferty z zakresie poszczególnych pozycji TERa.

Izba dopuściła dowody z ofert handlowych dotyczących kabli o przekroju 6mm² i 4 mm², aczkolwiek uznała, że dowody te nie mają istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia którego istota sprowadza się do rozstrzygnięcia o charakterze prawnym braku pozycji TER-a, oraz o możliwości zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy do usunięcia braku pozycji TER-a.

Izba oddaliła wniosek dowody o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego specjalności budowlanej kosztorysowej na okoliczność udowodnienia, że pozycje wskazane w odwołaniu w ofercie Odwołującego mogą być uznane za pozycje analogiczne do pozycji 259-263 oferty Odwołującego, z uwagi na to, że dla uwzględnienia żądań odwołującego istotne znaczenie ma możliwość zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy w stanie faktycznym, w którym w ofercie odwołującego brak jest pozycji TER nr 259-263, a zatem jest to spór dotyczący interpretacji i zastosowania przepisu prawa, który nie wymaga wiadomości specjalnych, dopiero w konsekwencji uznania, że przepis ten ma zastosowanie, zamawiający w drugiej kolejności poszukiwałby pozycji analogicznych TERa. Ponadto zakreślona teza dowodowa jest niemożliwa do wykonania, gdyż odwołujący żąda oceny pozycji wskazanych w

odwołaniu jako analogiczne z pozycjami 259-263 oferty, podczas, gdy tych pozycji właśnie w ofercie odwołującego brak, zatem biegły nie dysponowałby materiałem porównawczym.

Izba zważyła, co następuje

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek określonych w art. 187 ust. 4 ustawy, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba uznała, że odwołujący ma interes prawny w uzyskaniu zamówienia, gdyż złożył ofertę, która zawiera korzystniejszą cenę przy kryterium najniższej ceny, niż oferta wybrana. Odwołanie zmierza do zakwestionowania czynności zamawiającego, jaką było odrzucenie oferty odwołującego i do przywrócenia tej oferty do postępowania. Zatem w przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołującego miałby on szansę na uzyskanie zamówienia. Odwołujący może ponieść szkodę na skutek czynności zamawiającego w postaci utraty zysku zakładanego w ramach przedmiotowej umowy. Przesłanka materialno prawna dopuszczalności odwołania z art. 179 ust. 1 ustawy została wypełniona.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy, poprzez błędne jego zastosowanie, art. 89 ust. 1 pkt 6) ustawy poprzez błędne jego zastosowanie, art. 87 ust. 2 ustawy poprzez zaniechanie jego zastosowania

Zarzut zasługuje na uwzględnienie. Bezsporne pomiędzy stronami jest to, że w ofercie odwołującego brak jest pozycji 259-263 TER Budynek A branża elektryczna, oraz sam zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty wskazał, że braki w ofercie wynikają najprawdopodobniej z tego, że wykonawca przez omyłkę nie załączył do oferty całej jednej strony TER. Według numeracji wprowadzonej przez Wykonawcę, który samodzielnie ponumerował każdą ze stron złożonej oferty, brakująca strona musiałaby być oznaczona numerem 53. Tymczasem tym numerem w ofercie wykonawcy oznaczona jest następna część TER – Budynek B – Konstrukcja. Na podstawie numeracji wykonawcy jednoznacznie można stwierdzić, że nie załączył on brakującej strony do oferty. Ustalenia poczynione w tym zakresie przez zamawiającego zostały potwierdzone przez odwołującego i są prawidłowe. Pomędzy stronami spór osadzał się jednak o ocenę faktu niezłączenia jednej strony TER. Zamawiający uznał, że jest to błąd w obliczeniu ceny. Jednakże poza podaniem podstawy prawnej tj. art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy oraz wskazaniem, że skoro brakuje stron, to cena jest źle obliczona nie wykazał na czym jego zdaniem polega błąd w obliczeniu ceny. Przede wszystkim zamawiający nie podjął się zbadania, czy podana przez odwołującego cena tej pozycji w Tabeli Elementów Scalonych w wierszu 6 odpowiada wartości pozycji wynikającej z sumowania pozycji 1-258 TERa Budynek A branża elektryczna. Gdyby bowiem dokonał

takiego badania uznałyby, że zachodzą rozbieżności pomiędzy tymi dwoma cenami na kwotę 4 847,71zł. Izba zauważa, że z tej różnicy powinna u zamawiającego pojawić się wątpliwość, czy wykonawca skalkulował w swojej ofercie jeszcze jakieś pozycje poza pozycjami 1-258, jeśli tak to jakie i jakie ceny w zakresie tych dodatkowo skalkulowanych pozycji obliczył. Ta wątpliwość powinna być podstawą wyjaśnień treści złożonej oferty w trybie art. 87 ust. 1 ustawy, albowiem dopiero po takim wyjaśnieniu uzyskałby pewność, co do tego, czy cena oferty nie została prawidłowo skalkulowana. Przede wszystkim Izba zwraca uwagę na charakter Tabeli Elementów Rozliczeniowych. Tabela ta nie miała charakteru kosztorysu ofertowego, nie miała także służyć jako rozliczenie robót wykonanych w wyniku umowy o zamówienie publiczne. Miała natomiast pełnić dwojaką rolę z jednej strony jako informacja o elemencie rozliczeniowym dla którego należy obliczyć cenę jednostkową i o szacunkowej i przyjętej wyłącznie na potrzeby postępowania ilości elementów rozliczeniowych, a więc jako dokument pomocniczy mający służyć obliczeniu ceny oferty oraz jako informacja dla zamawiającego na etapie wykonania robót o wysokości cen jednostkowych za dany element rozliczeniowy, których wartość powinna być obliczona zgodnie z dokonanym obmiarem. Cena zatem obliczona przez wykonawców miała być sumą wszystkich wartości elementów rozliczeniowych i zamawiający podejmując decyzję o odrzuceniu oferty odwołującego z powodu błędów w obliczeniu ceny oraz z powodu tego, że treść oferty nie odpowiada treści siwz nie podjął się uzasadnienia, z czego wywiódł, że odwołujący skalkulował cenę z pominięciem wymaganych elementów rozliczeniowych. Nadto należy zauważyć, że sam zamawiający brak strony TER-a traktował jako omyłkę, przypadkowe i niezawinione działanie odwołującego w tym zakresie niewątpliwie wypełniona była przesłanka innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją. Należy zatem rozważyć, czy omyłka ta powodowała istotną zmianę w treści oferty. Izba zauważa, że poza dopisaniem brakujących pozycji i ustaleniem w jaki sposób powinien być dokonany rozdział kwoty 4 847,71zł., co mogło być dokonane w trybie art. 87 ust. 1 ustawy, pomiędzy pięć pozycji elementów rozliczeniowych zmiana nie wpłynęłaby, ani na cenę netto oferty, gdyż w cenie tej ujęto wymagane pięć pozycji ani na zakres zobowiązania odwołującego, gdyż odwołujący w pkt 1 i 4 formularza ofertowego oświadczył, że oferuje wykonanie zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia i na warunkach płatności określonych w siwz oraz zobowiązał się do podpisania umowy na warunkach określonych we wzorze umowy. Ponadto Izba zauważa, że omyłka polegająca na nie załączeniu do TER pięciu pozycji o łącznej wartości 4 847,71zł. w odniesieniu do ceny netto tej oferty wynoszącej 114 662 273,51zł. jest omyłką nie powodującą istotnych zmian w jej treści. Izba uznała, że pominięcie w treści TER pięciu pozycji nie powoduje, że treść oferty nie odpowiada treści siwz, gdyż odwołujący zobowiązał się wykonać przedmiot zamówienia opisany w siwz, dokonał kalkulacji wszystkich pozycji elementów rozliczeniowych, a jedynie nie dał temu wyrazu w formie odzwierciedlenia tej

informacji na papierze. Jednakże z wartości ceny ofertowej netto wynika, że wykona on wszystkie prace zawarte w dokumentacji projektowej, STWiORB, oraz przedmiarach. Izba uznała zatem, że zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy poprzez ich zastosowanie i art. 87 ust. 2 pkt 3 poprzez jego niezastosowanie oraz Izba stoi na stanowisku, że zamawiający zaniechał skorzystania z uprawnienia wyjaśnień do treści oferty w trybie art. 87 ust. 1 ustawy podczas gdy istniały rozbieżności pomiędzy dokumentem Tabela Elementów Scalonych i TER Budynek A –branża elektryczna, co do ceny netto w wierszu 6 TES.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy poprzez nierówne traktowanie wykonawców w analogicznych sytuacjach.

Zarzut zasługuje na uwzględnienie. W ocenie Izby nie ma znaczenia dla oceny sytuacji wykonawców, czy pozycja TER była zamieszczona w ofercie, ale nie wypełniona, czy też pozycji tej nie było, ale z obliczeń matematycznych poszczególnych elementów rozliczeniowych można było wywieść, że cena netto za całość zamówienia uwzględnia elementy nie zawarte w ofercie. W obu przypadkach Izba uważa, że okoliczności te dawały zamawiającemu możliwość skorzystania z art. 87 ust. 1 ustawy. W szczególności Izba stoi na stanowisku, że odmienne traktowanie wykonawców w takiej sytuacji stanowiło naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy. Wprawdzie art. 87 ust. 1 ustawy jest uprawnieniem zamawiającego, ale nie jednakowe korzystanie z niego w odniesieniu do poszczególnych wykonawców nie może być uznane za prawidłowe. Izba uznała, że zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 ustawy odmiennie traktując sytuacje braków w pozycjach TER w zależności od ilości informacji brakującej.

O kosztach rozstrzygnięto stosownie do wyników postępowania odwoławczego na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 pzp nakazując Zamawiającemu pokryć Odwołującemu uzasadnione koszty zastępstwa przez pełnomocnika i wpisu.

Za uzasadnione Izba uznała koszty Odwołującego z tytułu uiszczanego wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika zgodnie z rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. nr 128 poz. 886).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od

dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Szczecinie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....