

Sygn. akt KIO/UZP 319/09

Sygn. akt KIO/UZP 320/09

Sygn. akt KIO/UZP 321/09

WYROK
z dnia 31 marca 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Stręciwilk

**Członkowie: Marek Koleśnikow
Stanisław Sadowy**

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 marca 2009 r. w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 marca 2009 r. do łącznego rozpoznania, wniesionych przez:

A. Budimex Dromex S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa;

B. Konsorcjum firm: ERBUD S.A. (Lider Konsorcjum) i Wolf & Muller GmbH & Co.KG z siedzibą dla Lidera Konsorcjum: ul. Puławska 300A, 02-819 Warszawa,

C. Konsorcjum firm: Skanska S.A. (Lider Konsorcjum), Skanska Cz.a.s. i Exbud Skanska S.A. z siedzibą dla Lidera Konsorcjum: Al. Solidarności 34, 25-323 Kielce

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Wojewodę Podkarpackiego, ul. Grunwaldzka 15, 35-959 Rzeszów** protestów z dnia 19 lutego 2009 r.(sygn. akt: KIO/UZP 319/09) i 20 lutego 2009 r. (sygn. akt: KIO/UZP 320/09 i KIO/UZP 321/09)

przy udziale wykonawców:

- A. Warbud S.A., Al. Jerozolimskie 162A, 02-342 Warszawa i Konsorcjum firm: ERBUD S.A. (Lider Konsorcjum) i Wolf & Muller GmbH & Co.KG z siedzibą dla Lidera Konsorcjum: ul. Puławska 300A, 02-819 Warszawa, zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego oznaczonego sygn. akt: KIO/UZP 319/09 po stronie zamawiającego;**

- B. Warbud S.A., Al. Jerozolimskie 162A, 02-342 Warszawa i Budimex Dromex S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa, zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego oznaczonego sygn. akt: KIO/UZP 320/09 po stronie zamawiającego;**

- C. Warbud S.A., Al. Jerozolimskie 162A, 02-342 Warszawa i Konsorcjum firm: ERBUD S.A. (Lider Konsorcjum) i Wolf & Muller GmbH & Co.KG z siedzibą dla Lidera Konsorcjum: ul. Puławska 300A, 02-819 Warszawa, zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego oznaczonego sygn. akt: KIO/UZP 321/09 po stronie zamawiającego oraz Budimex Dromex S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego oznaczonego sygn. akt: KIO/UZP 321/09 po stronie odwołującego;**

orzeka:

- 1.**

- A. uwzględnia odwołanie o sygn. akt: KIO/UZP/ 319/09, złożone przez Budimex Dromex S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa i nakazuje Zamawiającemu dokonanie czynności ponownego badania i oceny ofert z udziałem oferty Odwołującego,**

- B. oddala odwołanie o sygn. akt: KIO/UZP/ 320/09, złożone przez Konsorcjum firm: ERBUD S.A. (Lider Konsorcjum) i Wolf & Muller GmbH & Co.KG z siedzibą dla Lidera Konsorcjum: ul. Puławska 300A, 02-819 Warszawa,**

- C. oddala odwołanie o sygn. akt: KIO/UZP/ 321/09, złożone przez Konsorcjum firm: Skanska S.A. (Lider Konsorcjum), Skanska Cz.a.s. i Exbud Skanska S.A. z siedzibą dla Lidera Konsorcjum: Al. Solidarności 34, 25-323 Kielce,**

2. kosztami postępowania obciąża:

Wojewodę Podkarpackiego, ul. Grunwaldzka 15, 35-959 Rzeszów

Konsorcjum firm: ERBUD S.A. (Lider Konsorcjum) i Wolf & Muller GmbH & Co.KG z siedzibą dla Lidera Konsorcjum: ul. Puławska 300A, 02-819 Warszawa

Konsorcjum firm: Skanska S.A. (Lider Konsorcjum), Skanska Cz.a.s. i Exbud Skanska S.A. z siedzibą dla Lidera Konsorcjum: Al. Solidarności 34, 25-323 Kielce

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisów uiszczonych przez odwołujących się, w tym:
 - A** koszty w wysokości **1 524 zł 66 gr** (słownie: jeden tysiąc pięćset dwadzieścia cztery złote sześćdziesiąt sześć groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Budimex Dromex S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa,**
 - B** koszty w wysokości **1 524 zł 67 gr** (słownie: jeden tysiąc pięćset dwadzieścia cztery złote sześćdziesiąt siedem groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum firm: ERBUD S.A. (Lider Konsorcjum) i Wolf & Muller GmbH & Co.KG z siedzibą dla Lidera Konsorcjum: ul. Puławska 300A, 02-819 Warszawa,**
 - C** koszty w wysokości **1 524 zł 67 gr** (słownie: jeden tysiąc pięćset dwadzieścia cztery złote sześćdziesiąt siedem groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum firm: Skanska S.A. (Lider Konsorcjum), Skanska Cz.a.s. i Exbud Skanska S.A. z siedzibą dla Lidera Konsorcjum: Al. Solidarności 34, 25-323 Kielce**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **7 524 zł 66 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset dwadzieścia cztery złote sześćdziesiąt sześć groszy) stanowiącej uzasadnione koszty stron, w tym:
 - A** kwoty **5 124 zł 66 gr** (słownie: pięć tysięcy sto dwadzieścia cztery złote sześćdziesiąt sześć groszy) przez **Wojewodę Podkarpackiego, ul. Grunwaldzka 15, 35-959 Rzeszów** na rzecz **Budimex Dromex S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa,** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu zwrotu kosztów postępowania zaliczonych z kwoty uiszczonego wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika,

- B** kwoty **1 200 zł 00 gr** (słownie: jeden tysiąc dwieście złotych zero groszy) przez **Konsorcjum firm: ERBUD S.A. (Lider Konsorcjum) i Wolf & Muller GmbH & Co.KG z siedzibą dla Lidera Konsorcjum: ul. Puławska 300A, 02-819 Warszawa** na rzecz **Wojewody Podkarpackiego, ul. Grunwaldzka 15, 35-959 Rzeszów** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
- C** kwoty **1 200 zł 00 gr** (słownie: jeden tysiąc dwieście złotych zero groszy) przez **Konsorcjum firm: Skanska S.A. (Lider Konsorcjum), Skanska Cz.a.s. i Exbud Skanska S.A. z siedzibą dla Lidera Konsorcjum: Al. Solidarności 34, 25-323 Kielce** na rzecz **Wojewody Podkarpackiego, ul. Grunwaldzka 15, 35-959 Rzeszów** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać zwrotu kwoty **55 426 zł 00 gr** (słownie: pięćdziesiąt pięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołujących się, w tym:
- A** kwoty **18 475 zł 34 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy czterysta siedemdziesiąt pięć złotych trzydzieści cztery grosze) na rzecz **Budimex Dromex S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa,**
- B** kwoty **18 475 zł 33 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy czterysta siedemdziesiąt pięć złotych trzydzieści trzy grosze) na rzecz **Konsorcjum firm: ERBUD S.A. (Lider Konsorcjum) i Wolf & Muller GmbH & Co.KG z siedzibą dla Lidera Konsorcjum: ul. Puławska 300A, 02-819 Warszawa,**
- C** kwoty **18 475 zł 33 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy czterysta siedemdziesiąt pięć złotych trzydzieści trzy grosze) na rzecz **Konsorcjum firm: Skanska S.A. (Lider Konsorcjum), Skanska Cz.a.s. i Exbud Skanska S.A. z siedzibą dla Lidera Konsorcjum: Al. Solidarności 34, 25-323 Kielce.**

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Budowę drogowego przejścia granicznego w Budomierzu”, którego dotyczą odwołania wniesione przez:

- 1) Budimex Dromex S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „*Budimex Dromex*” lub „*Odwołujący*”), sygn. akt: KIO/UZP 319/09;
- 2) Konsorcjum firm: ERBUD S.A. (Lider Konsorcjum) i Wolf & Muller GmbH & Co.KG z siedzibą dla Lidera Konsorcjum w Warszawie (dalej: „*Erbud*” lub „*Odwołujący*”), sygn. akt: KIO/UZP 320/09;

3) Konsorcjum firm: Skanska S.A. (Lider Konsorcjum), Skanska Cz.a.s. i Exbud Skanska S.A. z siedzibą dla Lidera Konsorcjum w Kielcach (dalej: „Skanska” lub „Odwołujący”), sygn. akt: KIO/UZP 321/09, zostało wszczęte w trybie przetargu nieograniczonego, poprzez publikację ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym UE w dniu 16 września 2008 r. (nr ogłoszenia: 2008/S 179 - 238576). Postępowanie to prowadzi Wojewoda Podkarpacki, zwany dalej: „Zamawiającym”, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. z 2007 r. Dz. U. Nr 223, poz. 1655 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”.

W postępowaniu tym Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, tj. oferty złożonej przez Warbud S.A., z siedzibą w Warszawie (dalej: „Warbud”). Informację o tym fakcie Zamawiający zawarł w piśmie z dnia 10 lutego 2009 r., które zamieścił na swojej stronie internetowej w dniu 11 lutego 2009 r. Jednocześnie też w dniu 12 lutego 2009 r. skierował do wykonawców, których oferty zostały odrzucone, pismo informujące o tych okolicznościach. Pismo takie zostało skierowane do odwołujących się Budimex Dromex i Erbud.

W dniu 20 lutego 2009 r. do Zamawiającego wpłynęły trzy protesty:

1. złożony przez Budimex Dromex dotyczący czynności Zamawiającego polegających na:
 - 1) odrzuceniu jego oferty z powodu jej niezgodności z treścią SIWZ w zakresie: braków w kosztorysie „roboty uzupełniające” – roboty budowlane co do braku opisu pozycji 1.20.21, co w jego ocenie powinno stanowić podstawę do dokonania poprawienia omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 1 lub 3 ustawy Pzp;
 - 2) odrzuceniu jego oferty z powodu jej niezgodności z treścią SIWZ w zakresie: braków w kosztorysie roboty budowlane „budynek główny” co do braku pozycji 1.1., dotyczącej usunięcia humusu, co w jego ocenie powinno stanowić podstawę do dokonania poprawienia omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp;
 - 3) braku spełniania warunku udziału w postępowaniu z załącznika E, co do przedłożenia w wyniku żądania uzupełniania dokumentów referencji od użytkownika budynku, a nie od Inwestora, co w jego ocenie stanowi naruszenie art. 89 ustawy Pzp, wskazanego jako podstawę dokonanej przez Zamawiającego czynności;
 - 4) odrzuceniu jego oferty z powodu jej niezgodności z treścią SIWZ w zakresie 12 miesięcznego okresu gwarancji na urządzenia wchodzące w zakres przedmiotu zamówienia, w sytuacji gdy SIWZ oraz jej

wyjaśnienia dawały podstawę do wskazania 36 miesięcznego okresu gwarancji i rękojmi wyłącznie na roboty budowlane oraz niezależnie od powyższego, innego terminu dotyczącego okresu gwarancji na urządzenia;

- 5) nierównym traktowaniu wykonawców w postępowaniu poprzez dokonanie poprawek w ofercie Warbud, a ich niedokonanie w ofercie Budimex Dromex, a poprzez to naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

2. złożony przez Erbud, dotyczący czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na:

- 1) braku wskazania uzasadnienia faktycznego i prawnego do odrzucenia jego oferty, a poprzez to naruszenie przepisów art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp;
- 2) braku zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej, a poprzez to naruszenie art. 7 ust. 1 i art. 92 ust. 1 ustawy Pzp;
- 3) odrzuceniu jego oferty z powodu jej niezgodności z treścią SIWZ, ze względu na braki w branży sanitarnej – wentylacja mechaniczna co do braków poz. 21 dotyczącej cokołu pod podstawę dachową Dn 200 – 1 szt., poz. 22 dotyczącej wentylatora dachowego o wydajności 1020 m³/h, poz. 61 dotyczącej cokołu pod podstawę dachowa Dn 125 – 1 szt., a przez to naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jak również art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wyjaśnienia treści oferty Erbud;
- 4) braku poprawienia omyłek w ofercie Erbud, które stały się podstawą odrzucenia tej oferty, przez co Zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z art. 87 ust. 1 i art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp;
- 5) odrzuceniu oferty Erbud z uwagi na nadmierny formalizm postępowania o udzielenie zamówienia, czym Zamawiający naruszył przepis art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 5 KC w związku z art. 14 ustawy Pzp;
- 6) zaniechaniu wykluczenia z postępowania wykonawcy Warbud z powodu niespełnienia przez niego warunku doświadczenia, czym Zamawiający naruszył przepisy art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp oraz art. 24 ust. 2 pkt 3 w związku art. 22 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy Pzp, art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, a związku z tym art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy, który podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu;

- 7) zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy Warbud pomimo, że ta oferta nie odpowiada treści SIWZ i zawiera błędy w obliczeniu ceny z powodu braku jednostkowej wyceny wyposażenia wchodzącego w zakres przedmiotu zamówienia oraz błędy w kosztorysie ofertowym, polegające bądź na niepełnym opisie pozycji, złych jednostkach miary i ilości, bądź też braku zmiany opisu pozycji w związku z modyfikacją SIWZ, jak również z powodu braku wyceny 10 posterunków kontroli, czym Zamawiający naruszył przepisy art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy Pzp, wskazując jednocześnie, że błędy te nie nadają się do poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp;
 - 8) zaniechaniu odrzucenia oferty Budimex Dromex z powodu niezgodności jej treści z treścią SIWZ oraz błędu w obliczeniu ceny polegającego na braku wyceny jednostkowej wyposażenia wchodzącego w zakres przedmiotu zamówienia, czym Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy Pzp.
3. złożony przez Skanska dotyczący czynności i zaniechania Zamawiającego polegających na:
- 1) zaniechaniu wykluczenia z udziału w postępowaniu Warbud z powodu nie spełnienia przez tego wykonawcę warunku doświadczenia poprzez brak przeliczenia wykazywanych w euro wartości kontraktów według przelicznika z rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 19 grudnia 2007 r. w sprawie średniego kursu złotego w stosunku do euro stanowiącego podstawę przeliczania wartości zamówień publicznych (Dz. U. Nr 241, poz. 1763) oraz wykazania się zamiast jedną realizacją budynku trzema odrębnymi kontraktami międzynarodowymi;
 - 2) zaniechaniu odrzucenia oferty Warbud z powodu jej niezgodności z treścią SIWZ, co do treści kosztorysów ofertowych w czterech pozycjach nieuwzględniających modyfikacji SIWZ dokonanej przez Zamawiającego, czym Zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Do postępowania protestacyjnych na skutek wezwania Zamawiającego z dnia 23 lutego 2009 r. swoje przystąpienia, odpierając podniesione zarzuty złożył Warbud (do wszystkich trzech protestów), a także, co do protestu Budimex Dromex - Konsorcjum Erbud i Skanska, co do protestu Erbud – Budimex Dromex i Skanska oraz co do protestu Skanska – Budimex Dromex i Erbud – wszystkie przystąpienia złożone zostały w dacie 26 luty 2009 r.

Zamawiający rozpatrując złożone protesty w pismach z dnia 5 marca 2009 r. oddalił je w całości. W uzasadnieniu rozstrzygnięć poszczególnych protestów Zamawiający zwrócił uwagę na następujące okoliczności:

1. co do protestu Budimex Dromex:

- 1) Brak opisu w kosztorysie ofertowym pozycji 1.20.21 - roboty uzupełniające - roboty budowlane - to istotna wada oferty, która nie może być skorygowana przez Zamawiającego, albowiem brak opisu dla tej pozycji uniemożliwia stwierdzenie zakresu zaoferowanych robót, to natomiast skutkuje odrzuceniem oferty albowiem nie jest rzeczą Zamawiającego domniemywanie rodzaju robót, które zostały zaoferowane w tej pozycji.
- 2) W kosztorysie roboty budowlane Budynek Główny - całkowity brak pozycji 1.1, co skutkuje przyjęciem, iż przedmiot zamówienia zaoferowany przez Budimex Dromex w kosztorysie ofertowym jest niezgodny z SIWZ, w szczególności wobec wynagrodzenia wykonawcy przyjętego w przedmiotowym postępowaniu, co znajduje potwierdzenie w SIWZ, w tym projekcie umowy, tj. wynagrodzenia kosztorysowego, co skutkowało niedopuszczalnością przyjęcia korekt tych braków w kosztorysie ofertowym na zasadzie art. 87 ust 2 ustawy Pzp.
- 3) Zgodnie z ustawą Pzp brak pozycji kosztorysowej, a więc jednocześnie wyceny w jakimkolwiek zakresie stanowi o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ i takiego braku nie da się usunąć w trybie art. 87. ust. 3 pkt 3 ustawy Pzp.
- 4) Zamawiający w treści SIWZ ustanowił warunek udziału w postępowaniu dot. doświadczenia, w którym wymagał, aby Wykonawca wykazał się „wykonaniem z należyłą starannością w okresie ostatnich 5 lat robót budowlanych odpowiadających swoim rodzajem i wartością robotom budowlanym, stanowiącym przedmiot niniejszego zamówienia, oraz dysponowanie potencjałem techniczno - produkcyjnym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia". Zamawiający określił iż uzna, że Wykonawca posiada niezbędne doświadczenie, jeżeli wykaże, iż w ciągu ostatnich 5 lat wykonał minimum: dwie realizacje budynku lub grupy budynków stanowiących jedną całość o wartości 120 000 000,00 PLN netto każde oraz jedną realizację budynku lub grupy budynków stanowiących jedną całość o wartości 60 000 000,00 PLN netto łącznie z robotami drogowymi w zakresie wykonania nawierzchni betonowych o powierzchni min. 20 000 m². Na potwierdzenie tego warunku Zamawiający zażądał wykazu robót wraz z dokumentami potwierdzającymi, że wymienione w wykazie inwestycje zostały wykonane z należyłą starannością. Budimex Dromex załączył do oferty protokół odbioru robót na inwestycji: „Budowa siedziby Operatora Sytemu Przesyłkowego w Bielawie k/Warszawy". Z załączonego

protokołu wynika jednoznacznie, iż prace te nie zostały wykonane z należytą starannością i nieterminowo. W tym stanie rzeczy Zamawiający wezwał Budimex Dromex do uzupełnienia dokumentu, potwierdzającego, że prace te zostały wykonane z należytą starannością i terminowo. W odpowiedzi na to wezwanie Budimex Dromex przedłożył referencje od użytkownika obiektu, a nie Inwestora, z którym została zawarta umowa. Zgodnie z protokołem odbioru prace na powyższej inwestycji zostały wykonane w oparciu o umowę pomiędzy PSE-Serwis, a Budimex Dromex z dnia 23.12.2004r. wraz z aneksami. Biorąc pod uwagę powyższe Zamawiający przyjął, iż Budimex Dromex nie złożył w wyznaczonym terminie dokumentu potwierdzającego spełnienie warunku udziału w postępowaniu.

- 5) Zamawiający wymagał 36-miesięcznej gwarancji na oferowane urządzenia i wyposażenie, to jest równej okresowi gwarancji na wykonane roboty budowlane. Oferta Budimex Dromex zawiera 12-miesięczny okres gwarancji na urządzenia i wyposażenie, co skutkuje jej niezgodnością z treścią SIWZ. W pkt 2 lit. a „Zasad gwarancji i rękojmi na wykonany przedmiot umowy” - zał. nr 18 jest wyraźny zapis, że „jeżeli gwarancja na zamontowane urządzenia lub element wyposażenia obiektów, wystawiona przez ich producentów jest krótsza od gwarancji zaoferowanej przez Wykonawcę dla przedmiotowej inwestycji (w tym przypadku Budimex Dromex zaoferował 36 m-cy), to koszty ewentualnych urządzeń w okresie gwarancji dla Inwestycji Wykonawca w kalkulowuje w koszt zadania”. Oznacza to, że wymagany okres gwarancji na urządzenia jest taki sam, jak na roboty budowlane i wynosi zgodnie z udzielonymi odpowiedziami - 36 m-cy. Ponadto w punkcie 2 lit. d „Zasad gwarancji i rękojmi na wykonany przedmiot umowy” - zał. nr 18 do oferty jest napisane, iż przegląd w okresie gwarancji i rękojmi nastąpi po upływie pierwszego roku eksploatacji, a następne przeglądy po upływie kolejnego roku użytkowania budynków, budowli i robót - dot. to pełnego zakresu robót z punktów 1 i 2. Wszyscy pozostali wykonawcy udzielili gwarancji zgodnie z zapisami SIWZ, tj. 36 miesięcy, a tylko Budimex Dromex wystawił inny okres gwarancji.

2. co do protestu Erbud

- 1) Oferta Erbud została odrzucona na podstawie art. 89. ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, gdyż jej treść nie odpowiada treści SIWZ. W ofercie tej w kosztorysie ofertowym Budynek Główny – „Instalacja wentylacji i klimatyzacji” brakuje pozycji nr 21, 22 i 61. Przedmiar robót instalacji wentylacji został opracowany przez Zamawiającego w układzie z rozbiciem na poszczególne układy i systemy wentylacyjne. W poszczególnych układach wyspecyfikowano elementy wchodzące w skład danego układu i stanowiące całość systemu, a co za tym idzie, warunkujące prawidłowe jego funkcjonowanie.

Intencją było rozliczanie robót w oparciu o zrealizowane całościowo systemy wentylacyjne. Brak w kosztorysie ofertowym pozycji nr 21 i 22, zawierających cokół pod podstawę dachową i wentylator dachowy wskazuje wyraźnie, iż w swojej ofercie Erbud nie zawarło tych elementów. Powoływanie się na fakt, iż pozycje te są ujęte w pozycjach nr 48 i 49 kosztorysu ofertowego jest błędem, ponieważ pozycje te odnoszą się już do innego systemu wentylacyjnego, który w swoim zakresie jest kompletny. Analogicznie brak pozycji nr 61, zawierającej podstawę dachową pod wentylator. Brak wyceny w jakimkolwiek zakresie, stanowi o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ i powyższego braku nie można usunąć w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

- 2) Co do zarzutów Erbu, dotyczących braku wskazania podstawy prawnej odrzucenia oferty oraz uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty, Zamawiający wyjaśnił, że w piśmie informującym o odrzuceniu oferty Erbud konkretnie wskazał braki w kosztorysach ofertowych - co jest uzasadnieniem faktycznym, a wskazanie konkretnego artykułu ustawy Pzp jest wskazaniem podstawy prawnej. Treść pisma, w ocenie Zamawiającego, zawiera jednoznaczne uzasadnienie faktyczne odrzucenia oferty. Wskazanie w piśmie podstawy do odrzucenia oferty to art. 89 ustawy Pzp oraz szczegółowe dookreślenie braków nie pozostawiają wątpliwości, że odrzucenie nastąpiło w oparciu o ust. 1 pkt 2 art. 89 ustawy Pzp.
- 3) Co do zaniechania czynności odrzucenia oferty wybranej to Zamawiający stwierdził, że brak było podstaw prawnych do takiej kwalifikacji oferty Warbud. W ocenie Zamawiającego obie referencje dotyczące Budowy Centrum Handlowo - Rozrywkowego POZNAŃ PLAZA oraz budowy Zespołu Handlowo - Usługowego Galeria Kazimierz potwierdzają spełnienie warunku w zakresie wymaganego doświadczenia i potwierdzają, że prace zostały wykonane z należyłą starannością. W ocenie Zamawiającego referencja firmy Warbud - nr 6 dot. „Modernizacji i rozbudowy międzynarodowego Przejścia Granicznego w Kuźnicy Białostockiej” również potwierdza spełnienie warunku w zakresie wymaganego doświadczenia. W załączonej referencji zostały w sposób precyzyjny rozbite powierzchnie nawierzchni betonowej w ilości 30 291,70 m² oraz nawierzchnie z kostki betonowej w ilości 8 669,87 m². W związku z powyższym Zamawiający nie widział podstaw do podważenia tych referencji.
- 4) Co do braku kosztorysów wyposażenia w ofercie firmy Warbud Zamawiający wyjaśnia, iż zgodnie z odpowiedziami Zamawiający jasno określił, iż wyposażenie należy wycenić zgodnie z przedmiarem, w oparciu o dane z projektu. Zakres wyposażenia, który należało wycenić był szczegółowo wyspecyfikowany w dokumentacji technologicznej. W żadnej ze swoich odpowiedzi Zamawiający nie

wspomniał, aby do kosztorysów ofertowych załączyć szczegółowy wykaz wyposażenia, tak jak to zrobiło Erbud jako jedyny wykonawca. Erbud wycenił wyposażenie zgodnie z odpowiedziami Zamawiającego (w oparciu o dane z projektu), a jako dodatkowy element do kosztorysów ofertowych załączył wykaz wyposażenia wraz z cenami. Zamawiający podkreśla, iż jest to dodatkowy element, który Erbud dołączyło do kosztorysu ofertowego, a którego Zamawiający w żadnych odpowiedziach nie wymagał. Dodatkowo Zamawiający wyjaśnia, iż firma Warbud do oferty dołączyła karty katalogowe zaoferowanego wyposażenia w zakresie jaki żądał Zamawiający, które potwierdzają zgodność wyposażenia z wymaganiami SIWZ.

- 5) Co do zarzutów dot. kosztorysów ofertowych firmy Warbud Zamawiający podtrzymał stanowisko, iż oferta została złożona zgodnie z wymogami SIWZ. Wskazane przez Erbud pozycje kosztorysowe zostały złożone zgodnie z przedmiarem robót załączonym do SIWZ, w związku z powyższym Zamawiający nie znalazł podstaw do odrzucenia oferty.
- 6) W sprawie zarzutu dot. naruszenia zasad współzycia społecznego Zamawiający wyjaśnił, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na realizację zadań pn. „Budowa Drogowego Przejścia Granicznego w Budomierzu” prowadzone jest zgodnie z ustawą Pzp i, w ocenie Zamawiającego, nie jest w żaden sposób sprzeczne z zasadami dobrego współzycia społecznego.

3. co do protestu Skanska

- 1) Zamawiający nie wskazał w wyniku wyjaśnień treści SIWZ, że podstawą do przeliczania waluty z euro na PLN w zakresie wykazywanego doświadczenia będzie rozporządzenie Rady Ministrów w sprawie średniego kursu złotego w stosunku do euro. Zamawiający określił tylko, że walutę należy przeliczać zgodnie z Pzp. Natomiast w przypadku wykazywanego doświadczenia w ofercie Warbud istotne znaczenia miała wartość wykazana w wykazie, a referencje miały jedynie potwierdzać należyte wykonanie tego zamówienia.
- 2) Co do zarzutu niezgodności w kosztorysach oferty Warbud, Zamawiający ocenił, że nie kwalifikują one tej oferty do odrzucenia, gdyż zostały przyjęte zgodnie z wyjaśnieniami Zamawiającego. Zamawiający wyjaśniając SIWZ poprzez doprecyzowanie opisu poszczególnych pozycji nie żądał zmiany tych opisów w formularzach przedmiarowych, w tym samym skutków związanych z niezmodyfikowaniem pozycji przedmiarowych nie można przenosić na wykonawcę i powyższe nie może skutkować odrzuceniem oferty.

W związku z rozstrzygnięciem protestu wszyscy trzej wykonawcy składający protesty złożyli odwołania do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, przekazując jednocześnie ich kopie Zamawiającemu. W odwołaniach, co do zasady, zostały potrzymane zarzuty i argumentacja z protestów. Odwołujący jednocześnie złożyli wnioski o:

1. Budimex Dromex:

- 1) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty Warbud;
- 2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
- 3) nakazanie Zamawiającemu niezwłoczne powtórzenie czynności badania i oceny ofert;
- 4) nakazanie Zamawiającemu dokonania wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

2. Erbu:

- 1) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty Wsrbud jako najkorzystniejszej oraz odrzucenie tej oferty z przyczyn wskazanych w proteście i odwołaniu,
- 2) nakazanie Zamawiającemu dokonanie czynności ponownej oceny ofert, w tym: unieważnienie czynności odrzucenia oferty Erbud, dokonanie odrzucenia oferty Budimex Dromex także z powodów opisanych w proteście i odwołaniu oraz nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności wyboru oferty Erbud jako najkorzystniejszej.

3. Skanska:

- 1) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
- 2) nakazanie Zamawiającemu dokonanie ponownej oceny ofert,
- 3) nakazanie Zamawiającemu wykluczenia Warbud z przedmiotowego postępowania w związku z nie potwierdzeniem spełnienia warunku udziału w postępowaniu w postaci nie wykazania się wymaganym przez Zamawiającego doświadczeniem;
- 4) nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty Warbud w związku z faktem, iż jej treść nie odpowiada treści SIWZ, a jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji;
- 5) nakazanie Zamawiającemu dokonanie ponownej oceny ofert oraz dokonanie wyboru oferty Skanska jako najkorzystniejszej oferty spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

Do postępowania odwoławczego swoje przystąpienia złożyły:

1. do odwołania Budimex Dromex:
 - 1) Warbud w dniu 23 marca 2009 r. – po stronie Zamawiającego;
 - 2) Erbud w dniu 23 marca 2009 r. – po stronie Zamawiającego w zakresie zarzutów odnoszących się do oferty Warbud;
 - 3) Skanska w trakcie posiedzenia KIO w dniu 26 marca 2009 r. po stronie Zamawiającego w zakresie zarzutów dotyczących Warbud.
2. do odwołania Erbu:
 - 1) Warbud w dniu 23 marca 2009 r. – po stronie Zamawiającego;
 - 2) Budimex Dromex w dniu 24 marca 2009 r. – po stronie Zamawiającego w zakresie zarzutów, dotyczących odrzucenia oferty Budimex Dromex i po stronie Odwołującego Erbud w zakresie zarzutów dotyczących zaniechania wykluczenia z postępowania Warbud;
 - 3) Skanska w trakcie posiedzenia KIO w dniu 26 marca 2009 r. po stronie Zamawiającego.
3. do odwołania Skanska:
 - 1) Warbud w dniu 23 marca 2009 r. – po stronie Zamawiającego;
 - 2) Erbud w dniu 23 marca 2009 r. – po stronie Zamawiającego w zakresie zarzutów odnoszących się do oferty Warbud;
 - 3) Budimex Dromex w dniu 23 marca 2009 r. – po stronie Odwołującego Skanska.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym przede wszystkim zapisy SIWZ wraz z jej wyjaśnieniami i modyfikacjami, treść ofert odwołujących się i firmy Warbud oraz korespondencję Zamawiającego z wykonawcami, prowadzoną w trakcie badania i oceny ofert, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron i uczestników postępowania, wyrażone w protestach, odwołaniach i rozstrzygnięciach protestów, przystąpieniach do postępowań toczących się w wyniku złożenia protestów i do postępowań odwoławczych oraz złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje.

Rozpatrywane przez Izbę trzy odwołania zostały rozpoznane łącznie w związku z treścią zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 marca 2009 r., wydanego w tym przedmiocie.

W związku z okolicznością, iż niniejsze postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zostało wszczęte przed datą wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 171, poz. 1058), mając jednak na względzie przepis art. 4 ust. 2 przywołanej ustawy oraz okoliczność złożenia protestów w niniejszej sprawie w dniu 20 lutego 2009 r., (tj. po wejściu w życie przepisów nowelizacyjnych), skład orzekający Izby podjął rozstrzygnięcie w niniejszej sprawie, stosując przepisy działu VI ustawy w brzmieniu ustalonym przez przepisy wskazanej ustawy.

Skład orzekający Izby rozpatrując złożone odwołania w pierwszej kolejności ustalił skuteczność następujących przystąpień do postępowań odwoławczych:

1. Co do odwołania o sygn. akt: KIO/UZP 319/09, złożonego przez Budimex Dromex:
 - przystąpienie złożone przez Warbud po stronie Zamawiającego;
 - przystąpienie złożone przez Erbud po stronie Zamawiającego;
2. Co do odwołania o sygn. akt: KIO/UZP 320/09, złożonego przez Erbud:
 - przystąpienie złożone przez Warbud po stronie Zamawiającego;
 - przystąpienie złożone przez Budimex Dromex – wobec oświadczenia, złożonego przez pełnomocnika Budimex Dromex w trakcie posiedzenia Izby oraz uwzględniając przepis art. 184 ust. 4 i 5 ustawy Pzp po stronie Zamawiającego w zakresie zarzutów dotyczących odrzucenia oferty Budimex Dromex.
3. Co do odwołania o sygn. akt: KIO/UZP 321/09, złożonego przez Skanska:
 - przystąpienie złożone przez Warbud po stronie Zamawiającego;
 - przystąpienie złożone przez Erbud po stronie Zamawiającego;
 - przystąpienie złożone przez Budimex Dromex po stronie Odwołującego Skanska.

Tym samym skład orzekający Izby uznał, że wskazani wykonawcy stali się uczestnikami poszczególnych postępowań odwoławczych.

Jednocześnie też skład orzekający Izby nie dopuścił do udziału w postępowaniach odwoławczych o sygn. akt: KIO/UZP 319/09 oraz KIO/UZP 320/09 wykonawcy Skanska, zgłaszającego przystąpienia do tych postępowań po stronie Zamawiającego. Podstawą takiej decyzji Izby było złożenie wskazanych przystąpień po upływie terminu, wynikającego

z art. 184 ust. 4 ustawy Pzp oraz innemu niż określony przez przywołany przepis podmiotowi. Przystąpienia Skanska zostały złożone po otwarciu posiedzenia Izby w dniu 26 marca 2009 r. składowi orzekającemu Izby, zamiast - do czasu otwarcia posiedzenia - Prezesowi Urzędu Zamówień Publicznych.

W drugiej kolejności skład orzekający Izby nie znalazł podstaw do odrzucenia żadnego z rozpoznawanych odwołań w związku z tym, że nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 187 ust. 4 ustawy Pzp. Skład orzekający Izby uznał, że rozstrzygnięcie protestów we wszystkich sprawach, w tym w szczególności w zakresie odwołania w sprawie o sygn. akt: KIO/UZP 319/09, gdzie w trakcie posiedzenia został złożony formalny wniosek o odrzucenie tego odwołania, zostało dokonane przez Zamawiającego w terminie (tj. 5 marca 2009 r.). Skład orzekający Izby uznał, że w niniejszym stanie faktycznym podstawą do złożenia protestu może być, w przypadku przetargu nieograniczonego i treści art. 92 ust. 1 ustawy Pzp, zawiadomienie wykonawcy o okolicznościach określonych we wskazanym przepisie, a nie informacja zamieszczona na stronie internetowej. Stosownie do art. 92 ust. 2 ustawy Pzp, informacja na stronie internetowej, zgodnie z przywołanym przepisem, obliuguje Zamawiającego do upublicznienia jedynie informacji określonej w ust. 1 pkt 1 tego przepisu, tj. informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty. Zamieszczenia na stronie internetowej wszystkich informacji, o których mowa w art. 92 ust. 1 pkt 1-3 ustawy Pzp nie może skutkować uznaniem, że termin na oprotestowanie tych czynności, w związku z art. 180 ust. 2 ustawy Pzp, rozpoczyna bieg od zamieszczenia informacji na stronie internetowej. Wykonawcy, składający oferty w postępowaniu, nie mają bowiem pewności, kiedy Zamawiający zamieści informacje na stronie internetowej. Podstawą możliwości powzięcia informacji o podstawach do złożenia protestu na czynność odrzucenia oferty (jak to miało miejsce w przypadku sprawy odwołania Budimex Dromex) jest data indywidualnego powiadomienia wykonawców o wynikach postępowania w trybie przepisu art. 92 ust. 1 ustawy Pzp.

W związku z brakiem podstaw do odrzucenia któregokolwiek ze złożonych odwołań skład orzekający Izby zobowiązany był do ich merytorycznego rozpoznania.

Skład orzekający Izby w tym zakresie w pierwszej kolejności podjął ustalenia, co do oceny interesu prawnego po stronie tego wykonawców składających odwołania, warunkującego możliwość rozpoznania zarzutów, uznając, że w każdym z przypadków - oceniając tę okoliczność na moment składania środków ochrony prawnej - została

wypełniona przesłanka wynikająca z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Uwzględniając powyższe Izba rozpatrzyła podniesione w poszczególnych odwołaniach zarzuty.

Odwołanie o sygn. akt: KIO/UZP 319/09

Rozpatrując odwołanie Budimex Dromex Izba ustaliła, że zasługuje ono na uwzględnienie.

Co do zarzutu bezpodstawnego odrzucenia oferty Odwołującego z powodu jej niezgodności z treścią SIWZ w zakresie braków co do braku opisu pozycji 1.20.21 w kosztorysie „roboty uzupełniające” – roboty budowlane, skład orzekający Izby ustalił, że zarzut ten zasługuje na uwzględnienie. Brak opisu jednej pozycji w kosztorysie ofertowym, nawet w sytuacji przyjęcia w postanowieniach SIWZ – jak to było w niniejszym postępowaniu – wynagrodzenia kosztorysowego, nie może stanowić podstawy do odrzucenia oferty, w szczególności, że pozycja ta została przez Budimex Dromex prawidłowo wyceniona. W ocenie Izby powyższa niezgodność stanowi oczywistą omyłkę pisarską polegającą na oczywistym pominięciu opisu pozycji, która została przez Zamawiającego opisana w postanowieniach SIWZ. Oczywista omyłka pisarska jest to nie tylko fizyczne wprowadzenie omyłkowego zapisu w treści oferty, który nasuwa się samoczynnie, poprzez pierwszy ogląd danego dokumentu. Oczywista omyłka pisarska polega również na pominięciu określonego zapisu, w szczególności poprzez techniczne, często komputerowe i automatyczne przesunięcie tekstu, czy też pominięcie fragmentu tekstu, który – jak wskazuje kontekst i całość dokumentu - powinien znaleźć się w danym dokumencie. Powyższe w szczególności dotyczy zestawień o charakterze tabelarycznym, a w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane charakter takiego zestawienia ma kosztorys ofertowy. W kosztorysie takim wielość pozycji może doprowadzić do mechanicznego pominięcia opisu którejś z nich, co w kontekście podstawowego dokumentu, w oparciu o który przygotowany jest kosztorys ofertowy, jakim w takim zakresie jest przedmiar robót, stanowi o oczywistości takiego pominięcia. Co najwyżej w sytuacji wątpliwości, co do faktycznego zamiaru wykonawcy sporządzającego kosztorys z takim brakiem, zamawiający powinien ewentualnie wyjaśnić tę wątpliwość w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, a nie od razu odrzucać ofertę. Powyższe należy rozważać w kontekście konkretnej sprawy i stanu faktycznego. Niewątpliwie bowiem wykonawcy zobowiązani są do skrupulatnego wypełniania wymogów SIWZ i dochowania należytej staranności przy sporządzaniu kosztorysów ofertowych, niemniej jednak przy dużej ilości pozycji takiego kosztorysu, brak opisu pojedynczej pozycji kosztorysu, tym bardziej przy właściwej jej wycenie, należy potraktować

w kategoriach oczywistej omyłki pisarskiej, która powinna być poprawiona przez Zamawiającego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp.

Z taką sytuacją mieliśmy właśnie do czynienia w niniejszej sprawie, gdzie – w ocenie Izby – winien mieć zastosowanie przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, w brzmieniu nadanym przepisami przywołanej na wstępie nowelizacji ustawy Pzp z września 2008 r., pomimo wszczęcia postępowania, którego dotyczą rozpatrywane odwołania, przed wejściem jej przepisów w życie, jednak uwzględniając w tym przedmiocie treść art. 4 ust. 1 tej nowelizacji.

Budimex Dromex dokonał wyceny kwestionowanej pozycji kosztorysu ofertowego w oparciu o dopuszczalną analizę własną wykonawcy i brak jest podstaw do uznania, że w tym zakresie została wyceniona inna pozycja niż opisana przez Zamawiającego w przedmiarze robót. Tym samym – w ocenie Izby – wskazana niezgodność kosztorysu z SIWZ powinna być uznana jako oczywista omyłka pisarska, podlegająca poprawieniu we wskazanym powyżej trybie.

Brak podania podstawy wyceny poprzez wskazanie odpowiedniego nr KNRu – jak podnosił Warbud w trakcie rozprawy – nie może prowadzić do uznania, że dany wykonawca (Budimex Dromex) dokonał wyceny innej niż określona w przedmiarze pozycja. Okoliczność ta w żaden sposób nie została wykazana tak przez Zamawiającego, jak i Przystępujących Warbud i Erbud. Odwołujący natomiast udowodnił, że dokonał wyceny kwestionowanej pozycji w oparciu o opis określony w przedmiarze.

Argument Zamawiającego wskazany w rozstrzygnięciu protestu i podtrzymany na rozprawie o tym, że nie jest możliwe dokonanie poprawienia omyłek pisarskich w treści kosztorysu, przy przyjęciu przez Zamawiającego kosztorysowego charakteru wynagrodzenia, również nie zasługuje – w ocenie Izby – na uwzględnienie. Okoliczność kosztorysowego charakteru wynagrodzenia umownego nie wyklucza zastosowania przepisu art. 87 ust. 2 ustawy Pzp, pozwalającego na poprawianie m.in. oczywistych omyłek pisarskich w treści oferty. Kosztorysowy charakter wynagrodzenia umownego sprowadza się, najprościej rzecz ujmując, do określenia, że wynagrodzenie przysługujące wykonawcy będzie ustalane i rozliczane w oparciu o ceny jednostkowe określone w poszczególnych pozycjach kosztorysu. Powyższe nie oznacza jednak, że w zakresie tych pozycji nie jest możliwe popełnienie omyłki pisarskiej o charakterze oczywistej nieścisłości, pominięcia, czy powtórzenia.

Co do zarzutu odrzucenia oferty Budimex Dromex z powodu jej niezgodności z treścią SIWZ w zakresie braków w kosztorysie roboty budowlane „budynek główny”, co do braku pozycji 1.1., dotyczącej usunięcia humusu, skład orzekający Izby uznał, że zarzut ten zasługuje na uwzględnienie z podobnych co powyżej względów, jednakże w oparciu

o odmienną podstawę prawną. Skład orzekający Izby uznał bowiem, że w powyższym zakresie mamy do czynienia z niezgodnością z treścią SIWZ kosztorysu ofertowego Odwołującego, mającej charakter omyłki, a więc niecelowego, tj. z zamiarem wprowadzenia określonego zapisu, działania wykonawcy, która to omyłka nie ma jednak charakteru zasadniczego i nadaje się do poprawienia, nie powodując istotnych zmian w treści oferty. Omyłka ta, pomimo iż prowadzi wprost do stwierdzenia niezgodności oferty z SIWZ, podlega poprawieniu w trybie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

W niniejszym stanie faktycznym w ofercie Budimex Dromex doszło do następującego biegu zdarzeń. Odwołujący powielił w treści kwestionowanego kosztorysu dwie pozycje – 2 i 3, co stwierdził sam Zamawiający, informując Odwołującego w piśmie z dnia 19 grudnia 2008 r. o poprawieniu tej niezgodności, poprzez wykreślenie pozycji 3. Odwołujący wyraził zgodę na poprawienie tej omyłki, wskazując jednocześnie na właściwy kierunek działania, który powinien być przyświecać Zamawiającemu, dokonującemu wskazanych czynności – mianowicie doprowadzeniu, poprzez tę czynność, do zgodności treści oferty Odwołującego z treścią SIWZ. W tym jednak przypadku Zamawiający uznał, że - poprzez wykreślenie wskazanej pozycji - dochodzi do niezgodności oferty z SIWZ, z uwagi na brak ujęcia w kosztorysie poz. 1. Tymczasem pozycja 1 został przez Odwołującego wyceniona prawidłowo (co do jednostki obm., ceny jednostkowej oraz wartości), choć jej opisu faktycznie nie było, ponieważ opis z tej pozycji właściwy był dla pozycji 2, natomiast zapis w pozycji 2 i 3 właściwy był dla pozycji 3. W tym zakresie zatem doszło do niewłaściwego opisanie przez Odwołującego w efekcie trzech pozycji kosztorysu ofertowego choć ich wycena była dokonana i przeprowadzona prawidłowo.

Odwołujący, otrzymując pismo od Zamawiającego, w którym ten zwrócił się do niego o oprowanie omyłek polegających na niezgodności treści oferty z SIWZ mógł i powinien był przypuszczać, że Zamawiający doprowadzi w tym trybie do zgodności merytorycznej jego oferty (kosztorysu) z treścią SIWZ (przedmiar). Przepis art. 87 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp ma bowiem służyć takiemu właśnie celowi. Przypisywanie odmiennego celu oraz skutku, do którego ma prowadzić skorzystanie przez Zamawiającego z tego przepisu, czyniłoby ten przepis, a tym samym ustawodawcę, nieracjonalnym. Zamawiający, jeśli wywodził z wykreślenia poz. 3 kosztorysu ofertowego Odwołującego, okoliczność niezgodności oferty z SIWZ, powinien był zanim dokonana tej poprawki wyjaśnić tę rozbieżność z wykonawcą w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Wskazana niezgodność dotyczyła – jak się w efekcie okazało – wyłącznie niezgodności co do opisu pozycji, a nie co do wyceny, ponieważ ta była dokonana przez Budimex Dromex w sposób prawidłowy, czego zresztą nie kwestionował wprost także sam Zamawiający.

Co do zarzutu nie spełniania warunku udziału w postępowaniu przez Budiemx Dromex w zakresie doświadczenia wykonawcy i nie przedłożenia właściwych dokumentów na tę okoliczność, skład orzekający Izby uznał, że zarzut ten potwierdził się.

W pierwszym rzędzie, przystępując do oceny tego zarzutu, stwierdzić należy, że faktycznie Zamawiający, biorąc pod uwagę swoje uzasadnienie w tym zakresie, powinien był wykluczyć wykonawcę z postępowania z powodu nie przedłożenia właściwego dokumentu, a więc na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, bądź stwierdzając niespełnienie warunku udziału na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp. Odrzucenie oferty w takim stanie faktycznym wyłącznie na podstawie art. 89 ustawy Pzp należy uznać za nieprawidłowość, która mogłaby mieć wpływ na postawienie w tym zakresie Zamawiającemu konkretnego zarzutu, gdyby się okazało się, że wykonawca z tego tytułu poniósł jakiś uszczerbek w jego interesie. W tym jednak przypadku o takiej sytuacji nie możemy mówić. Odwołujący słusznie wywiódł, że wyeliminowanie go z udziału w postępowaniu w oparciu o wskazane uzasadnienie faktyczne związane jest z oceną spełniania warunków udziału w postępowaniu. Niezależnie jednak od powyższego skład orzekający Izby, oceniając zasadność wyeliminowania z tego powodu z postępowania firmy Budimex Dromex, uznał tę czynność za niezasadną. Jak wynika z treści postanowień SIWZ Zamawiający postawił warunek udziału w postępowaniu, co do doświadczenia, gdzie zażądał od wykonawców przedłożenia dokumentów – referencji od inwestorów, które miały potwierdzać terminowość i należyte wykonanie inwestycji. Przedłożone na wezwanie Zamawiającego referencje, co do inwestycji pn.: „Budowa siedziby Operatora Systemu Przesyłowego w Bielawie k/Warszawy” wystawione zostały przez PSE Operator S.A., tj. jest inwestora bezpośredniego inwestycji, podczas gdy pierwotnie w przedłożonym wraz z ofertą protokole odbioru tej inwestycji jako inwestor figurowało PSE Serwis Sp. o.o. Skład orzekający Izby przychylił się w tym zakresie do argumentacji podniesionej przez Odwołującego, że PSE Serwis Sp. z o.o., występujące jako inwestor zastępczy i działające w imieniu i na rzecz inwestora bezpośredniego pełniło jedynie funkcję swego rodzaju pełnomocnika inwestora bezpośredniego (PSE Operator S.A.). Okoliczność, iż aktualnie – jak stwierdził Zamawiający – PSE Operator S.A. jest użytkownikiem budynku nie ma znaczenia. Istotnym jest bowiem, że budynek ów wykonywany był na jego rzecz, nad czym czuwał w jego imieniu inwestor zastępczy. Powyższe ma tym bardziej istotne znaczenie dla oceny spełnienia tego warunku udziału w postępowaniu przez Odwołującego z uwagi na to, że Zamawiający wprost zażądał w SIWZ przedłożenia dokumentu referencji, wystawionych przez inwestora. Choć powyższe postanowienie nie może być oceniane pozytywnie w kontekście opisu sposobu spełniania warunku (w świetle obowiązujących przepisów ustawy Pzp i aktów wykonawczych wydanych na jej podstawie Zamawiający może żądać dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie zamówienia bez wskazywania konkretnie rodzaju takiego dokumentu oraz

ewentualnie jego treści) to brak sprecyzowania w SIWZ o jakiego inwestora chodziło nie może wpływać w sposób negatywny na sytuację wykonawcy w postępowaniu.

Co do zarzutu odrzucenia oferty Budimex Dromex z powodu podania w ofercie odmiennego okresu gwarancji na urządzenia i wyposażenie budynków niż przewidziany w SIWZ, skład orzekający Izby stwierdził, że zarzut ten potwierdził się.

Skład orzekający Izby dokonał analizy zapisów SIWZ pod kątem ustalenia właściwego okresu gwarancji. Powyższa analiza, jak również weryfikacja dokonanych modyfikacji SIWZ oraz wyjaśnień jej treści nie pozwala na stwierdzenie, że termin gwarancji na urządzenia i wyposażenie budynków był identyczny co termin gwarancji i rękojmi na wykonane roboty budowlane. Na takie rozumienie wymogów Zamawiającego nie wskazują odpowiedzi na zapytania do SIWZ, na które powoływał się Przystępujący Warbud (zestawy odpowiedzi na zapytania: zestaw 14 - odpowiedź 2, zestaw 41- odpowiedź 15 i zestaw 49 – odpowiedź F). Odpowiedzi, których udzielał Zamawiający na konkretne w tym zakresie zapytania wykonawcy, były wymijające i wprowadzające w błąd wykonawców, tym samym nie mogą wywoływać wobec nich negatywnych skutków. Za takim rozumieniem zapisów SIWZ odnośnie gwarancji na urządzenia, jakie wskazywał Zamawiający i Przystępujący Warbud, nie może przemawiać również okoliczność, że pozostali wykonawcy w postępowaniu, składając swoje oferty, przewidzieli identyczny – 36 miesięczny termin gwarancji i rękojmi zarówno na roboty budowlane, jak i urządzenia i wyposażenie.

Przywoływane w trakcie rozprawy zapisy załącznika nr 18 do oferty („Zasady gwarancji i rękojmi na wykonany przedmiot umowy”) lit. d, wskazują wyłącznie na przeglądy w okresie gwarancji i rękojmi po upływie każdego kolejnego roku, co nie potwierdza, iż Zamawiający nie dopuszczał 12-miesięcznego okresu gwarancji w tym zakresie. W tym zapisie mówi się bowiem przeglądach co do każdego kolejnego roku w zakresie wykonanych budynków, co wskazuje wprost na roboty budowlane i dłuższy w tym zakresie wymagany okres gwarancji, natomiast nie wyklucza krótszego okresu przy zamawianym wyposażeniu.

Podobna sytuacja jest także w zapisach pkt 2 lit. a załącznika nr 18. Co do zawartego tam postanowienie Zamawiający i Przystępujący z jednej strony, a z drugiej strony Budimex Dromex wywodzą odmienne skutki. Postanowienie tam zawarte, że: jeżeli gwarancja na zamontowane urządzenia lub element wyposażenia obiektów, wystawiona przez ich producentów jest krótsza od gwarancji zaoferowanej przez wykonawcę dla przedmiotowej inwestycji, to koszty ewentualnych urządzeń w okresie gwarancji dla inwestycji wykonawca ma wkalkulować w koszt zadania, pozwalają – w ocenie Izby – na stwierdzenie, że Zamawiający dopuszczał możliwość zaoferowania innego, tj. krótszego okresu gwarancji na urządzenia z jedynym wszakże warunkiem, tzn. koszty z tym związane (koszty związane

z serwisem tych urządzeń w okresie gwarancji dla inwestycji) wykonawca ma wkalkulować w cenę ofertową, co Budimex Dromex – jak oświadczył w ofercie – uczynił.

Również przywoływany zapis § 15 ust. 4 projektu umowy nie może stanowić o wymogu Zamawiającego co do 3 letniego okresu gwarancji również na wyposażenie. Zapis ten odnosi się do zabezpieczenia należytego wykonania umowy i zatrzymania 30% tego zabezpieczenia na zabezpieczenie roszczeń z tytułu gwarancji i rękojmi (art. 151 ust. 2 ustawy Pzp), a nie do wymaganego okresu gwarancji wprost na wyposażenie. Wskazany tam okres 3 lat dotyczy bezsprzecznie wymaganego przez Zamawiającego okresu gwarancji na roboty budowlane i nie może być przenoszony na wyposażenie. Sam załącznik nr 18 przygotowany przez Zamawiającego przewidywał wyszczególnienie dwóch odrębnych okresów gwarancji na roboty budowlane i urządzenia. Dywagacje Warbud, co do celu, dla którego Zamawiający wprowadził w załączniku nr 18 dwa odrębne miejsca na wpisanie okresu gwarancji, że powyższe mogło służyć zabezpieczeniu się Zamawiającego przed innym okresem gwarancji na urządzenia na etapie realizacji umowy, nie są niczym uzasadnione. Zaprzeczył im zresztą sam Zamawiający, twierdząc, że prawdopodobnie znalazły się tam omyłkowo.

Skoro zatem Zamawiający takie rozróżnienie wprowadził, nie wprowadzając jednocześnie wprost zapisu dotyczącego wymaganego okresu gwarancji na wyposażenie, przy braku konkretnej odpowiedzi na zapytania w tym zakresie składane przez wykonawców na etapie SIWZ, powyższe nie może wywoływać negatywnych skutków dla wykonawców skutkujących odrzuceniem oferty z powodu jej niezgodności z SIWZ w tym zakresie.

Uwzględniając powyższe stwierdzić należało, że potwierdziły się zarzuty podnoszone przez Budimex Dromex w odwołaniu, w tym również dotyczące naruszenia zasady równego traktowania wykonawców w postępowaniu, poprzez dokonanie poprawek w ofercie Warbud, a ich niedokonanie w ofercie Budimex Dromex.

Odwołanie o sygn. akt: KIO/UZP 320/09

Rozpatrując odwołanie Erbud Izba ustaliła, że nie zasługuje ono na uwzględnienie.

Co do zarzutu braku wskazania uzasadnienia faktycznego i prawnego do odrzucenia oferty Erbud, a poprzez to naruszenie przepisów art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, skład orzekający uznał, że zarzut ten potwierdził się. Zgodnie z przepisem art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w przetargu nieograniczonym Zamawiający powinien, uwzględniając w tym również wynikającą z przepisów ustawy Pzp, zasadę koncentracji postępowania, poinformować wszystkich

wykonawców, którzy złożyli swoje oferty o dokonanej ocenie ofert i jej wynikach, tym samym również o wyborze ofert najkorzystniejszej, a także o ewentualnych wykluczeniach wykonawców z postępowania, bądź odrzuceniach ich ofert, podając w tym zakresie uzasadnienie faktyczne i prawne. Stwierdzić należy, że informacja pisemna skierowana do Odwołującego w piśmie z dnia 12 lutego 2009 r. nie zawierała wszystkich elementów, o których stanowi przywołany przepis. Szczątkowe wskazanie podstaw faktycznych odrzucenia oferty Erbud jest niewątpliwie naruszeniem wskazanego przepisu, niemniej jednak wystarczyło to Odwołującemu na obronę swoich interesów w postępowaniu.

Uwzględniając powyższe, pomimo potwierdzenia się zarzutów, z uwagi jednak na treść art. 191 ust. 1a ustawy Pzp, odwołanie nie może zostać uwzględnione przez Izbę, ponieważ ewentualne powtórzenie czynności związanych z poinformowaniem Odwołującego o podstawach faktycznych i prawnych odrzucenia jego oferty nie będzie miało wpływu na wynik postępowania. Stwierdzone naruszenie mogłoby skutkować uwzględnieniem odwołania przez Izbę i nakazaniem Zamawiającemu dokonania tych czynności bez uchybień obowiązującemu przepisowi art. 92 ust. 1 ustawy Pzp, w sytuacji gdyby naruszenie to uniemożliwiło Odwołującemu obronę swoich interesów związanych z odrzuceniem jego oferty. W niniejszym stanie faktycznym jednak Erbud słusznie wywiodło, że jego oferta została odrzucona z powodu określonej niezgodności z treścią SIWZ, czemu nie zaprzeczył Zamawiający. Odwołujący skutecznie zatem mógł skorzystać w tym zakresie ze środków ochrony prawnej.

Zarzut dotyczący braku zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej, a poprzez to naruszenie art. 7 ust. 1 i art. 92 ust. 1 ustawy Pzp, również potwierdził się, jednak podobnie jak przy rozpatrywaniu wcześniejszego zarzutu – z analogicznych przyczyn – nie może to skutkować uwzględnieniem odwołania.

Co do zarzutu odrzuceniu oferty Erbud z powodu jej niezgodności z treścią SIWZ, ze względu na braki w branży sanitarnej – wentylacja mechaniczna, co do braków poz. 21 dotyczącej cokołu pod podstawę dachową Dn 200 – 1 szt., poz. 22, dotyczącej wentylatora dachowego o wydajności 1020 m³/h, poz. 61, dotyczącej cokołu pod podstawę dachową Dn 125 – 1 szt., a przez to naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jak również art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wyjaśnienia treści oferty Erbu, w ocenie Izby potwierdził się.

Skład orzekający uznał potwierdzenie się tego zarzutu w zakresie braku żądania przez Zamawiającego wyjaśnienia treści oferty Erbud w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. W ocenie Izby brak wyceny w kosztorysie ofertowym Odwołującego cokołów dachowych oraz wentylatora dachowego we wskazanych pozycjach, podczas gdy materiały te zostały

wycenione w innych pozycjach tego samego kosztorysu oraz kosztorysów dotyczących innych budynków nie stanowi o niezgodności co do treści oferty, a co najwyżej o niezgodności co do formy i mogłoby stanowić podstawę, po ustaleniu przez Zamawiającego, omyłkowego charakteru tej niezgodności, poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, poprzez – jak wskazywał sam Odwołujący dopisanie po jednej sztuce materiału w każdej z trzech pozycji. Powyższe podlegałoby jednak ustaleniu przez Zamawiającego w trybie wyjaśnień z wykonawcą, czy wymagane materiały są identyczne, tj. dotyczą tych samych ciągów wentylacyjnych, co poddawane było głośno podczas rozprawy przez Przystępującego Warbud, bez potwierdzenia jednak tej okoliczności przez samego Zamawiającego.

Potwierdzenie przywołanego zarzut nie mogło jednak skutkować uwzględnieniem odwołania Erbud z uwagi na treść art. 191 ust. 1a ustawy Pzp. Nakazanie w związku z powyższym czynności związanych wyjaśnieniem treści oferty Erbud oraz poprawą jej treści nie doprowadzi w tym zakresie do wyboru oferty Erbud, której cena jest mniej korzystna od ceny ofertowej Odwołującego Budimex Dromex przywróconego na podstawie niniejszego orzeczenia do postępowania. Uwzględniając powyższe stwierdzone naruszenie pozostaje bez wpływu na wynik postępowania, tj. wybór oferty najkorzystniejszej.

Co do zarzutu odrzuceniu oferty Erbud z uwagi na nadmierny formalizm postępowania o udzielenie zamówienia, czym – w ocenie Erbud - Zamawiający naruszył przepis art. 7 ust. 1 w związku z art. 5 KC w związku z art. 14 ustawy Pzp, skład orzekający Izby, podtrzymując ustalenia jak powyżej, nie stwierdził naruszenia przepisów przy tej szczególnej kwalifikacji prawnej wskazanej przez Odwołującego. Przywoływanie różnych podstaw prawnych, w tym w szczególności norm o charakterze ogólnym, przy jednoczesnej konkretyzacji podstaw prawnych zarzutów, w ocenie Izby, nie jest uzasadnione i prowadzi do nadmiernego korzystania ze swoich praw, związanych ze składaniem środków ochrony prawnej przez wykonawców. W niniejszym stanie faktycznym słusznie Erbud zaskarżyło czynność Zamawiającego, polegającą na odrzuceniu jego oferty, bez skorzystania co najmniej procedury wyjaśnień treści oferty, wskazując przy tym na konkretne przepisy ustawy Pzp, które zostały w tym przypadku naruszone, a tym samym również Erbu wskazało na naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp). Uwzględniając powyższe powoływanie się po raz wtóry na naruszenie przywołanej zasady udzielania zamówień publicznych oraz przepisu art. 5 KC w związku z art. 14 ustawy Pzp, bez skarżenia innej czynności Zamawiającego, czy też innego przepisu materialnego ustawy Pzp, nie wywołuje negatywnych skutków po stronie Odwołującego. Zwrócić należy również uwagę na odesłanie w art. 14 ustawy Pzp do

stosowania przepisów Kodeksu cywilnego w postępowaniu o zamówienie publiczne, jedynie w sytuacji, w której przepisy ustawy Pzp nie stanowią inaczej. W ocenie Izby podnoszone wcześniejsze zarzuty i wskazania naruszeń konkretnych przepisów ustawy Pzp w sposób wystarczający chronią interes wykonawcy we wskazanym zakresie, zatem odwoływanie się do normy generalnej Kodeksu cywilnego wyłącznie poprzez przepis odsyłający z ustawy Pzp (art. 14 ustawy Pzp), nie może być ocenione przez Izbę pozytywnie.

Co do zarzutu zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawcy Warbud z powodu niespełnienia przez niego warunku doświadczenia, czym Zamawiający – w ocenie Erbud - naruszył przepisy art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp oraz art. 24 ust. 2 pkt 3 w związku art. 22 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy Pzp, art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, a związku z tym art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy, który podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu nie potwierdził się.

Odwołujący w tym zakresie nie wykazał - a to na nim spoczywa ciężar udowodnienia faktów, z których wywodzi określone skutki prawne – iż wykazane w ofercie Warbud prace nie mieszczą się w zakresie wykonania nawierzchni betonowej, co do robót drogowych, czy też, że załączone dokumenty nie potwierdzają jednocześnie należytego i terminowego ich wykonania. Twierdzenia Odwołującego w tym zakresie są gołosłowne i niczego nie dowodzą. Są to jedynie przypuszczenia Erbu, oparte przede wszystkim na twierdzeniu, że z załączonych referencji nie wynika szczegółowy zakres realizacji przedmiotu zamówienia. W tym zakresie należy podkreślić, że powyższe informacje mogą wynikać z innego dokumentu, składanego na potwierdzenie spełniania warunku doświadczenia wykonawcy, mianowicie wykazu wykonanych prac, co ma miejsce w przypadku tego dokumentu w ofercie Warbud. Z treści dokumentu referencji powinno jedynie wynikać, że określone prace zostały wykonane należycie. W tym zakresie nie jest również – zgodnie z obowiązującymi przepisami przede wszystkim rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz forma, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 87, poz. 605 ze zm.) – wymagane, aby musiały to być referencje oraz aby ewentualnie te referencje potwierdzały jeszcze w sposób szczególny terminowość wykonania prac. Jeśli nawet Zamawiający postawił w tym zakresie bardziej obojętne warunki nie mogą one stanowić podstawy wywodzenia negatywnych skutków dla wykonawców bowiem naruszałoby to zasadę uczciwej konkurencji.

Skald orzekający Izby zwraca jedynie uwagę, że gdyby Zamawiający powziął ewentualnie wątpliwości, co do spełniania tego warunku udziału w postępowaniu mógłby w tym zakresie skorzystać z prawa do żądania wyjaśnień treści dokumentów

potwierdzających spełnianie warunków w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Prowadzona procedura udzielenia zamówienia publicznego nie wskazuje jednak na takie wątpliwości Zamawiającego, a Odwołujący nie przedstawił w tym zakresie żadnych dowodów, tym samym zarzut nie potwierdził się.

Co do zarzutu zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Warbud, pomimo że oferta ta nie odpowiada treści SIWZ i zawiera błędy w obliczeniu ceny z powodu braku jednostkowej wyceny wyposażenia wchodzącego w zakres przedmiotu zamówienia oraz błędy w kosztorysie ofertowym, polegające bądź na niepełnym opisie pozycji, złych jednostkach miary i ilości, bądź też braku zmiany opisu pozycji w związku z modyfikacją SIWZ, jak również z powodu braku wyceny 10 posterunków kontroli, czym Zamawiający – w ocenie Erbud - naruszył przepisy art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy Pzp, skład orzekający Izby uznał, że zarzut ten nie potwierdził się.

Odnosząc się do kwestii związanych z brakiem w ofercie Warbud szczegółowej – jednostkowej – wyceny wyposażenia, Izba uznała, że wymóg taki nie wynikał z żadnych postanowień SIWZ, jak również z wyjaśnień SIWZ udzielonych przez Zamawiającego. Przywoływane odpowiedzi na zapytania do SIWZ, w tym również odpowiedź z 7 listopada 2008 r., wskazują na konieczność wyceny wyposażenia w całości, nie było tam natomiast wymogu wskazywania cen jednostkowych tego wyposażenia.

Odwołujący, podnosząc ten zarzut na rozprawie przytaczał treść § 9 ust. 6 projektu umowy, z którego wynika, iż rozliczenie robót będzie dokonywane według rzeczywistego obmiaru z natury, w oparciu o ryczałtowe ceny jednostkowe w pozycjach przedmiarowych z kosztorysu ofertowego. Z powyższego Odwołujący wywodzi konieczność rozliczenia wyposażenia również w oparciu o ceny jednostkowe, wskazując przy tym, że w przeciwnym razie nie będzie możliwe rozliczenie tego wyposażenia i wypłata wynagrodzenia w przypadku ewentualnej zmiany umowy, odstąpienia od realizacji umowy w pełnym zakresie (§ 4, 18 i 19 projektu umowy). Odwołujący wskazuje tutaj na zdarzenie przyszłe i niepewne oraz wyjątkowe związane z realizacją umowy (zmiana umowy, odstąpienie), natomiast Zamawiający twierdzi, że w takich przypadkach rozliczenie wyposażenia będzie następowało na podstawie przygotowanego harmonogramu z wybranym w postępowaniu wykonawcą. Tym samym skład orzekający Izby dał wiarę oświadczeniu Zamawiającego, że będzie mógł dokonać rozliczenia tej inwestycji w przypadku podpisania umowy. Niemniej jednak powyższe pozostaje jedynie na marginesie rozważań dotyczących podnoszonego zarzutu. Podstawowym jest ustalenie składu orzekającego Izby, że Zamawiający nigdzie w SIWZ, jak i wyjaśnieniach jej treści nie postawił warunku przedłożenia wraz z ofertą szczegółowej wyceny jednostkowej wyposażenia, w związku z czym aktualnie na tym etapie

postępowania nie może wprowadzić takiego postanowienia SIWZ, choćby wydawało się ono najbardziej pożądanym i korzystnym dla niego z punktu widzenia łatwości rozliczeń z wybranym wykonawcą. Okolicznością przemawiająca za tym nie będzie również to, że Odwołujący Erbud złożył z własnej inicjatywy dokument takiej jednostkowej wyceny.

Co do argumentów Odwołującego, że na str. od 348 do 351 kosztorysu ofertowego Warbud, wyceniono zamiast 10, jeden posterunek kontroli analiza SIWZ oraz ofert złożonych w postępowaniu pozwala na jednoznaczną ocenę, że Zamawiający faktycznie wymagał wyceny 10 posterunków kontroli. Natomiast sposoby dokonania tej wyceny były różne w różnych ofertach z racji dopuszczających taką możliwość postanowieniach SIWZ. Co najwyżej moglibyśmy w tym zakresie mówić o uchybieniu co do formy, a nie co do treści oferty, co nie może skutkować odrzuceniem oferty z powodu jej niezgodności z treścią SIWZ, czy też błędu w obliczeniu ceny.

Co do analogicznych, jak w odniesieniu do Warbud zarzutów, podniesionych przez Erbud, a dotyczących zaniechania odrzucenia oferty Budimex Dromex z powodu niezgodności jej treści z treścią SIWZ oraz błędu w obliczeniu ceny, polegającego na braku wyceny jednostkowej wyposażenia wchodzącego w zakres przedmiotu zamówienia, czym Zamawiający – jak wskazał Odwołujący - dopuścił się naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy Pzp, skład orzekający uznał, że one również, ze wskazaniem przytoczonej powyżej argumentacji, nie potwierdziły się.

Odwołanie o sygn. akt: KIO/UZP 321/09

Rozpatrując odwołanie Skanska Izba ustaliła, że nie zasługuje ono na uwzględnienie.

Co do zarzutu zaniechania wykluczenia z udziału w postępowaniu Warbud z powodu nie spełnienia przez tego wykonawcę warunku doświadczenia, poprzez brak przeliczenia wykazywanych w euro wartości kontraktów według przelicznika z rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 19 grudnia 2007 r. w sprawie średniego kursu złotego w stosunku do euro stanowiącego podstawę przeliczania wartości zamówień publicznych (Dz. U. Nr 241, poz. 1763) oraz wykazania się zamiast jedną realizacją budynku, trzema odrębnymi kontraktami międzynarodowymi, skład orzekający Izby uznał, że zarzut ten nie potwierdził się.

W tym zakresie nie jest możliwe stwierdzenie, że obowiązujące przepisy ustawy Pzp pozwalają wprost stosować przelicznik z przywołanego rozporządzenia. Rozporządzenie to ma służyć innemu celowi, wykorzystywane jest bowiem do przeliczania wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia, a nie wartości wykonanych robót budowlanych wyrażonych w euro i przeliczanych na PLN. Zamawiający w SIWZ, jak i wyjaśnieniach jej treści, nie wskazał również na obowiązek stosowania tych przepisów. Ogólne odesłanie do przepisów ustawy Pzp nie powala na jednoznaczne stwierdzenie, że taką praktykę przy ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu przyjmie on. Wyjaśnienia SIWZ też tego nie zmieniły. W związku z powyższym, że przyjęcie aktualnie takiego sposobu przeliczania doświadczenia zawodowego prowadziłoby do nierównego traktowania wykonawców, skład orzekający uznał, że jest to niedopuszczalne. Za wiarygodne, potwierdzające spełnianie warunku doświadczenia, skład orzekający Izby uznał dowody przedłożone przez Warbud, potwierdzające wartość zamówienia według faktycznie uzyskiwanych płatności w złotych z faktur przeliczanych w dniu ich wystawiania.

Co do zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Warbud z powodu jej niezgodności z treścią SIWZ, co do treści kosztorysów ofertowych w czterech pozycjach nieuwzględniających modyfikacji SIWZ dokonanych przez Zamawiającego, a dotyczących braku wyceny określonej, zmienionej, ilości rynien i rur oraz świetlików i drzwi, czym – w ocenie Skanska - Zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, skład orzekający Izby uznał, że zarzut ten nie potwierdził się.

Wskazane nieścisłości w kosztorysie Warbud mogą faktycznie świadczyć o niegodności oferty z SIWZ, którą ewentualnie można byłoby ustalić na podstawie wyjaśnień uzyskanych w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Niemniej jednak – w ocenie składu orzekającego Izby – wykazywane błędy nadają się do poprawienia trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, o co jednak Odwołujący nie wnosił. Z tych też względów oraz z uwagi na treść art. 191 ust. 1a ustawy Pzp, ewentualne uwzględnienie w tym zakresie odwołania byłoby nieuzasadnione z uwagi na to, że pozostawałoby to bez wpływu na wynik postępowania, bowiem, zgodnie z oceną Izby oferta Budimex Dromex – najtańsza w postępowaniu – została przywrócona do tego postępowania.

Mając powyższe na uwadze i działając na podstawie art. 191 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 191 ust. 1a ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

Izba, działając na podstawie § 28 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 2 października 2007 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 187, poz. 1327 ze zm.) w związku z art. 187 ust. 1 ustawy Pzp, wydała w niniejszej sprawie orzeczenie łączne.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania. Jednocześnie też skład orzekający Izby, uwzględniając treść § 4 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zm.), uznał za uzasadnione - na podstawie przedłożonych do akt sprawy rachunków - koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika przez:

- 1) Zamawiającego, w sprawach odwoławczych oznaczonych sygn. akt: KIO/UZP 320/09 i KIO/UZP 321/09 oraz
- 2) Odwołującego Budimex Dromex, w sprawie odwoławczej oznaczonej sygn. akt: KIO/UZP 319/09.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Rzeszowie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....