

Sygn. akt: KIO 332/11

WYROK
z dnia 1 marca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **28 lutego 2011 r.** w Warszawie odwołania z dnia 18 lutego 2011 r. wniesionego przez wykonawcę **MAX BOGL Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie, ul. Światowida 6, 71-726 Szczecin**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Port Lotniczy „Rzeszów-Jasionka” Sp. z o.o. z siedzibą w Jasionce, Jasionka 942, 36-002 Jasionka**

przy udziale wykonawcy **BUDIMEX S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnić czynność wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazuje powtórzyć czynności badania i oceny ofert.**

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Port Lotniczy „Rzeszów-Jasionka” Sp. z o.o. z siedzibą w Jasionce, Jasionka 942, 36-002 Jasionka**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczone przez wykonawcę **MAX BOGL Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie, ul. Światowida 6, 71-726 Szczecin**, tytułem kosztów postępowania odwoławczego;
- 2) dokonać wpłaty kwoty 23 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez zamawiającego **Port Lotniczy „Rzeszów-Jasionka” Sp. z o.o. z siedzibą w Jasionce, Jasionka 942, 36-002 Jasionka** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 i Nr 161, poz. 1078) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Rzeszowie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający Port Lotniczy „Rzeszów-Jasionka” Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie, 36-002 Jasionka 942 wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Rozbudowa i modernizacja równoległej drogi kołowania i dróg szybkiego zejścia« realizowana w ramach projektu Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko pn. »Port lotniczy Rzeszów – rozbudowa i modernizacja infrastruktury lotniskowej«.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 i Nr 161, poz. 1078) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

06.11.2011 r. ukazało się ogłoszenie o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich pod nrem 2011/S 261-331652.

09.02.2011 r. zamawiający zawiadomił o:

wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy BUDIMEX S.A. z siedzibą w Warszawie.

18.02.2011 r. wykonawca, zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 lit. a Pzp, Max Bogl Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie, ul. M. Śniegockiego 4-6, 52-414 Wrocław wniósł do Prezesa KIO odwołanie na naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez błędne przyjęcie, że treść oferty BUDIMEX S.A. odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwanej dalej specyfikacją;
- 2) wyrażonej w art. 7 ust. 1 Pzp zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców przez wybór oferty, która nie obejmuje zobowiązania do wykonania całego przedmiotu zamówienia, a co za tym idzie oferty, która nie może stanowić oferty najkorzystniejszej w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych oraz postanowień specyfikacji.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
- 2) odrzucenia oferty wykonawcy BUDIMEX S.A. oraz
- 3) dokonania ponownej oceny i badania oferty, a następnie wybór jako najkorzystniejszej oferty odwołującego.

Argumentacja odwołującego

9 lutego 2011 r. zamawiający poinformował odwołującego o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę BUDIMEX S.A. z siedzibą w Warszawie. Oferta odwołującego znalazła się na drugim miejscu na liście rankingowej.

Oferta wykonawcy BUDIMEX S.A., jako oferta, której treść jest sprzeczna z treścią specyfikacji, podlega odrzuceniu.

Zgodnie z postanowieniem punktu 14.3.1 lit. k specyfikacji – Instrukcji dla wykonawców kompletna oferta wykonawcy zawierać powinna Wyceniony wykaz cen. Wykaz cen, który wykonawcy biorący udział w postępowaniu mieli wycenić i dołączyć do oferty, zawarty był w części IV specyfikacji i składał się z trzech tabeli – „Wykaz cen nr 1 – Pozycje ogólne” (cztery pozycje), „Wykaz cen nr 2 – Droga kołowania – równoległa” (dziesięć pozycji) oraz „Wykaz cen – Zestawienie Zbiorcze”.

Ostatnia ze wskazanych tabeli, tj. „Wykaz cen – Zestawienie Zbiorcze”, stanowiła podsumowanie danych z pierwszych dwóch wykazów i należało do niej wpisać sumy kwot wykazanych w tych właśnie wykazach. Wartości z „Wykazu cen – Zestawienie Zbiorcze” stanowiły, po ich zsumowaniu, cenę ofertową (koszt budowy), która zgodnie z postanowieniem punktu 24.1 specyfikacji – Instrukcji dla wykonawców „miała uwzględniać wszystkie wymagania specyfikacji oraz obejmować wszelkie koszty, jakie poniesie wykonawca z tytułu należytej oraz zgodnej z obowiązującymi przepisami realizacji przedmiotu zamówienia”.

Pismem z 8 grudnia 2010 r. zatytułowanym „Modyfikacja treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia” zamawiający zmienił treść specyfikacji w następujący sposób, cyt.: „SIWZ – Część IV – Wykaz cen (str. 439) w tabeli – Wykaz cen nr 2 – dodaje się pkt 11 o następującej treści:

11 Wykonanie analizy porealizacyjnej* 1.1.3, 1.3.1. PFU [Program Funkcjonalno-Użytkowy] ryczałt 1

* Kwota za analizę porealizacyjną będzie wypłacona wykonawcy w przypadku, gdy właściwy organ nałoży na zamawiającego obowiązek wykonania takiej analizy”.

W wyniku wskazanej powyżej zmiany specyfikacji wykonawcy biorący udział w postępowaniu zobowiązani byli do sporządzenia Wycenionego Wykazu Cen stanowiącego element oferty w oparciu o Wykaz cen nr 2 zawierający dodatkową pozycję nr 11, czego nie uczynił wykonawca BUDIMEX S.A. Jego wycena cen z wykazu nr 2 zawarta na stronie 74 oferty została wykonana w oparciu o wzór wykazu sprzed wskazanej modyfikacji specyfikacji zawierający 10 pozycji, co pozwala na stwierdzenie, iż koszt wykonania analizy porealizacyjnej, wbrew wyraźnym oczekiwaniom zamawiającego, nie został wyceniony przez wykonawcę BUDIMEX S.A. i doliczony przez tego wykonawcę do ceny ofertowej. Cena wskazana przez wykonawcę BUDIMEX S.A. w formularzu oferty jest sumą kwot wskazanych

w wykazie cen nr 1 i nr 2, w których nie wymienia się ceny za wykonanie analizy porealizacyjnej. Wykonawca BUDIMEX S.A. nie zaoferował zamawiającemu wykonania tego elementu prac.

Oznacza to, że treść oferty wykonawcy BUDIMEX S.A. nie odpowiada treści specyfikacji, co powinno skutkować odrzuceniem oferty tego wykonawcy.

Nie zgodność oferty wykonawcy BUDIMEX S.A. ze specyfikacją nie może zostać usunięta przez zastosowanie przez zamawiającego przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Wskazany przepis dopuszcza wyłącznie poprawienie przez zamawiającego w ofercie wykonawcy innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją, jeżeli czynność ta nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty wykonawcy. Choć wskazany przepis budzi liczne wątpliwości interpretacyjne zgodnie przyjmuje się w orzecznictwie arbitrażowym, że omyłka, o której mowa, musi mieć po pierwsze charakter niezamierzony. „Omyłka” jest to niedokładność spowodowana niezawinionym błędem osoby lub urządzenia technicznego, np. programu komputerowego. Omyłką w tym znaczeniu nie będzie więc celowe, chociażby wynikające z niewiedzy, działanie człowieka (por. wyrok KIO z 18 maja 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 780/10). W rozpoznawanej sprawie trudno przyjąć, iż wykonawca BUDIMEX S.A. jedynie „omyłkowo” nie poszerzył wykazu cen nr 2 o pozycję nr 11, a w rzeczywistości chciał i zaoferował wykonanie analizy porealizacyjnej, np. przez wycenienie tego elementu prac w innych pozycjach wykazu.

Jednak zmiana przedmiotu świadczenia, a taka *de facto* sytuacja zaistniała w rozpoznawanej sprawie, stanowi istotną zmianę oferty niedopuszczalną w świetle art. 87 ust. 1 *in fine* Pzp (wyrok KIO z 21 kwietnia 2010 r., sygn. akt KIO 550/10).

Po drugie, aby można było mówić o innej omyłce wykonawcy, która nadaje się do poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, to pomimo wystąpienia omyłki nie może być wątpliwości co do zamierzonej treści oświadczenia wykonawcy. Powyższy wniosek wypływa z założenia, iż inne omyłki wykonawcy powinny mieć taki charakter, by czynności ich poprawy zamawiający mógł dokonać samodzielnie, bez udziału wykonawcy. Z treści oferty powinien więc wynikać zamiar złożenia przez wykonawcę oferty zgodnej z wymogami specyfikacji, a zamawiający na podstawie tej treści musi posiadać wszystkie dane niezbędne do dokonania poprawy omyłki nie ingerując w sposób istotny w treść oferty. Jest to o tyle istotne, o ile zamawiający nie ma możliwości prowadzenia jakichkolwiek negocjacji z wykonawcą, wykonawca nie może też składać nowych oświadczeń – także w zakresie uzupełniania podania ceny i wytworzenia tym samym oferty o odmiennej treści niż pierwotnie złożona (por. wyrok KIO z 29 marca 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 336/10; KIO/UZP 337/10, wyrok KIO z 14 kwietnia 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 447/10). Wola wykonawcy wyrażona w ofercie, kształtująca przyszłe zobowiązania umowne nie może być także modyfikowana w

wyniku wyjaśnień składanych zamawiającemu w trybie art. 87 ust. 1 Pzp (wyrok KIO z 22 kwietnia 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 466/10).

Odnosząc to do stanu faktycznego sprawy należy stwierdzić, że niezależnie od wyjaśnień, jakie mógłby złożyć wykonawca BUDIMEX S.A., niewycenienie przez niego pozycji nr 11 wykazu cen nr 2 nie może zostać „poprawione” przez zamawiającego na zasadzie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp ani innych przepisów ustawy. Zamawiający zapoznając się z ofertą tego wykonawcy nie może być pewny, że wykonawca w ogóle chciał zaoferować wykonanie analizy porealizacyjnej, a co za tym idzie nie ma on podstaw do samodzielnego ustalenia, jaką cenę wykonania tego elementu prac zaoferował wykonawca BUDIMEX S.A. Jeżeli koszt wykonania tego opracowania został uwzględniony przez wykonawcę BUDIMEX S.A. w cenie ofertowej, to powstaje pytanie, w których pozycjach i w jakiej wysokości został on wyceniony. Jeżeli natomiast przyjąć, że wykonawca ten jedynie „omyłkowo” nie doliczył ceny tej pozycji do swojego ryczałtu to i tak nie wiadomo, jaka kwota powinna zostać doliczona do zaoferowanego ryczałtu. Co więcej, w świetle wyroku KIO z 4 maja 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 621/10, możliwość ingerencji zamawiającego w takiej sytuacji w cenę ofertową jest wyłączona. W wyroku tym stwierdza się, że „cena oferty należy do jej *essentiaia negotii*; ma charakter przedmiotowo istotny elementarny, identyfikujący zobowiązanie wykonawcy. Wprowadzenie jakichkolwiek poprawek w tej części oferty zawsze będzie powodowało istotną zmianę jej treści. Tym samym brak jest możliwości zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp”.

W orzecznictwie arbitrażowym stwierdza się również konsekwentnie, że brak wskazania w kosztorysie pozycji i jej wyceny należy uznać za niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji, przy czym jest to brak, który nie może podlegać poprawie jako omyłka niepowodująca istotnych zmian w treści oferty, w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp (por. wyrok KIO z 8 kwietnia 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 476/10, wyrok KIO z 18 maja 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 780/10). Orzeczenia te dotyczą wprawdzie tych wypadków, gdy wynagrodzenie wykonawcy ma charakter kosztorysowy, jednak nie może budzić wątpliwości, że podobna zasada powinna obowiązywać przy wynagrodzeniu ryczałtowym, gdy wysokość ryczałtu określana jest przez wykonawcę w oparciu o wycenę poszczególnych rodzajów prac. W takiej sytuacji nieobjęcie przez wykonawcę ryczałtem niektórych pozycji z wykazu cen nie może być uznane za równoznaczne z oświadczeniem wykonawcy, iż danych prac wykonawca nie przewiduje lub że wycenił je w innych pozycjach (por. wyrok KIO z 08 kwietnia 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 476/10). Opisanej powyżej niezgodności treści oferty wykonawcy BUDIMEX S.A. nie można pominąć powołując się na treść ogólnego oświadczenia wykonawcy zawartego w formularzu oferty, iż „gwarantuję wykonanie całości niniejszego zamówienia zgodnie z treścią: specyfikacji, wyjaśnień do specyfikacji oraz jej modyfikacji”.

Jak słusznie stwierdza KIO w wyroku z 12 listopada 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 1396/09: „Izba nie podziela poglądu odwołującego, jakoby zaoferował wykonanie całego przedmiotu zamówienia, przez sam fakt akceptacji wzoru umowy oraz złożenia oświadczenia w formularzu ofertowym, iż zapoznał się ze specyfikacją oraz jej załącznikami i wykona przedmiot zamówienia zgodnie z zawartymi w nich wymaganiami. Zgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, nie jest okolicznością, którą można wywodzić na podstawie samego oświadczenia wykonawcy, jeżeli pozostałe dokumenty oferty – wymagane załączniki, określające zakres rzeczowy świadczenia usługi, wyceny jednostkowe czynności składających się na całość zamówienia, nie potwierdzają złożonego oświadczenia. Dlatego też, jeżeli całość dokumentacji oferty, odnosząca się do istotnych elementów zamówienia – jego zakresu, sposobu wykonania i wyceny, nie spełnia wymagań zawartych w specyfikacji, oświadczenie o zgodności oferty z wymaganiami specyfikacji, nie wpływa na ocenę merytoryczną zawartości oferty, jest natomiast przejawem jej niespójności i wewnętrznej sprzeczności” (por. też wyrok KIO z 3 lutego 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 108/09).

Zmiana specyfikacji, która nie została uwzględniona przez wykonawcę BUDIMEX S.A. w jego ofercie była zmianą celową, wprowadzoną w interesie zamawiającego, a co za tym idzie nie wskazanie przez wykonawcę BUDIMEX S.A. ceny wykonania analizy porealizacyjnej jest dla zamawiającego, w realiach sprawy, istotną pomyłką. Zamawiający świadomie zobowiązał wykonawców do odrębnego wycenienia kosztu wykonania analizy porealizacyjnej licząc się z taką możliwością, iż to opracowanie nie będzie wykonywane, jeżeli obowiązek taki nie będzie nałożony na zamawiającego decyzją właściwego organu (*vide* podpis pod tabelą wprowadzającą modyfikację specyfikację). Uwzględnienie tego kosztu w innych kosztach realizacji umowy, przy wynagrodzeniu ryczałtowym, nie byłoby więc rozwiązaniem korzystnym dla zamawiającego. W razie nie wykonywania analizy porealizacyjnej nie tylko nie istniałby żaden mechanizm umożliwiający zamawiającemu zmniejszenie wynagrodzenia należnego wykonawcy o koszt niewykonania tego opracowania, ale i koszt ten byłby niemożliwy do ustalenia. Również z tego powodu ewentualna argumentacja wykonawcy BUDIMEX S.A. wskazująca na wycenienie przedmiotowego opracowania w innej pozycji wyceny powinna zostać uznana za chybioną.

Zaznaczenia wymaga w tym miejscu, iż wykonawcy kalkulując cenę ryczałtową mają pewną swobodę w kształtowaniu poszczególnych elementów ryczałtu, a co za tym idzie mogli rzeczywiste koszty wykonania analizy porealizacyjnej „przerzucić” na inne pozycje wyceny. Nawet jednak w tym przypadku zobowiązani byli do wymienienia w wycenie nr 2 pozycji nr 11, przy czym najlepiej o takim sposobie rozumienia postanowień specyfikacji świadczy oferta wykonawcy SKANSKA S.A. Wskazany wykonawca zamieścił w swoim wycenionym Wykazie Cen pozycję nr 11 wykazu nr 2 wyceniając ją na kwotę 1 zł plus VAT.

17.02.2011 r. odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

17.02.2011 r. zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom (art. 185 ust. 1 *in initio* Pzp).

21.02.2011 r. (poniedziałek) wykonawca **Budimex SA z siedzibą w Warszawie, ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa** złożył:

- (1) Prezesowi KIO,
- (2) zamawiającemu i
- (3) odwołującemu

– zgłoszenie przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (art. 185 ust. 2 Pzp).

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy – Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie jest zasadne.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby wykluczył, że wypełniona została którakolwiek z przesłanek odrzucenia odwołania ustanowiona w art. 189 ust. 2 Pzp.

Następnie skład orzekający Izby ustalił, że odwołujący posiada interes w złożeniu środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp.

Izba postanowiła dopuścić dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem oraz – złożoną przez odwołującego »Informację o wynikach kontroli NIK«.

W ocenie Izby zostały wypełnione łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzuty – naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp – przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy BUDIMEX S.A. ze względu na błędne przyjęcie,

że treść tej oferty odpowiada treści specyfikacji oraz – naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp – przez nierówne traktowanie wykonawców i wybór oferty, która nie obejmuje wszystkich istotnych elementów, które były wymagane w specyfikacji – zasługują na uwzględnienie.

Zamawiający ustanowił w ust. 1 str. 434 preambuły części IV specyfikacji, że cyt.: »Płatności za Wszystkie pozycje Robót zostaną dokonane na podstawie ustalonej kwoty ryczałtowej [...]. Opisy poszczególnych pozycji podane w Podziale Ceny Kontraktowej (w poszczególnych Wykazach Cen) nie powinny być traktowane jako ograniczające zobowiązania Wykonawcy wynikające z kontraktu na wykonanie Robót [...]«.

Ponadto zamawiający ustanowił w ostatnim akapicie ust. 2 str. 435 preambuły części IV specyfikacji, że cyt. »Domniemywa się, że Wykonawca znając zakres projektów, robót i celu ich wykonania uwzględni w cenie wszystkie elementy, których wykonanie jest konieczne do wypełnienia zadania objętego tą umową«.

Jednak w odróżnieniu od zakresu przedmiotu zamówienia, który zgodnie z wyżej zacytowanymi postanowieniami został jednoznacznie ustanowiony bez zawarcia żadnego postanowienia, że może on ulec zmianie i w związku z tym nie mógł ulec zmianie (ograniczeniu), zamawiający w dziedzinie płatności wydzielił dwie grupy. Zamawiający ustanowił ten wymóg pismem z 08.12.2010 r. przez dodanie w Wykazie cen nr 2 pkt 11 o treści: »Wykonanie analizy porealizacyjnej«, a treść tego punktu została uzupełniona integralnym przypisem, cyt. »Kwota za analizę porealizacyjną będzie wypłacona wykonawcy w przypadku, gdy właściwy organ nałoży na zamawiającego obowiązek wykonania takiej analizy«.

Zgodnie z art. 44 ust. 3 pkt 3 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. Nr 157, poz. 1240 oraz z 2010 r. Nr 28, poz. 146, Nr 96, poz. 620, Nr 123, poz. 835, Nr 152, poz. 1020 oraz Nr 238, poz. 1578) zamawiający powinien wydatkować środki pieniężne w wysokościach i terminach wynikających z wcześniej zaciągniętych zobowiązań. W związku z tym zamawiający musi dokładnie określić w umowie kwoty zobowiązań. W rozpoznawanym przypadku wynikają one z ogólnej, ryczałtowej ceny ofertowej, ale i ze szczegółowego wskazania (wymaganego w pkt 11 Wykazu cen), do czego zostali zobowiązani wykonawcy pismem z 08.12.2010 r.

Przystępujący w swojej ofercie jedynie zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia za oferowaną cenę i nie wydzielił żadnej kwoty, za zdarzenie przyszłe i niepewne, którym jest nałożenie na zamawiającego obowiązku wykonania analizy porealizacyjnej przez właściwy organ.

Zamawiający przewidując ten składnik wynagrodzenia w specyfikacji nałożył na wykonawców obowiązek wskazania w ofercie kwoty za analizę porealizacyjną, bez względu na wysokość tej kwoty. Zamawiający nakładając jakikolwiek obowiązek na wykonawców

jednocześnie nakłada na siebie obowiązek badania ofert zgodnie ze wszystkimi postanowieniami specyfikacji.

W rozpoznawanym postępowaniu przystępujący pominął w swojej ofercie wskazanie kwoty za analizę porealizacyjną, a zamawiający, który w specyfikacji wymagał wskazania tej kwoty, musi badać jej wskazanie we wszystkich ofertach, zgodnie z zasadą równego traktowania wykonawców, określoną w art. 7 ust. 1 Pzp. Zamawiający w trakcie badania ofert zaniechał badania ofert w kwestii wykazania w ofertach kwot za analizę porealizacyjną.

W związku z powyższym skład orzekający Izby stwierdza, że zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp – przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy BUDIMEX S.A. ze względu na błędne przyjęcie, że treść tej oferty odpowiada treści specyfikacji oraz – naruszył art. 7 ust. 1 Pzp – przez nierówne traktowanie wykonawców i wybór oferty, która nie obejmuje wszystkich istotnych elementów, które były wymagane w specyfikacji.

Zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp.

Przepis art. 7 ust. 1 Pzp brzmi: »Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców«.

Przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp brzmi: »Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli [...]jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3«

Z powyższych względów uwzględniono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w kwocie 3 600,00 zł zgodnie z § 3 pkt 1 i pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....