

Sygn. akt: KIO 333/11
KIO 335/11

WYROK
z dnia 4 marca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Małgorzata Wilim

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **4 marca 2011 r.** w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia **25 lutego 2011 r.** do łącznego rozpoznania, wniesionych **18 lutego 2011 r.** przez:

A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) FCC CONSTRUCCIÓN, S.A., 08007 Barcelona, c/Balmes 36, Hiszpania (lider konsorcjum – pełnomocnik wykonawców), 2) Katowickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego „BUDUS” Spółka Akcyjna, 40-053 Katowice, ul. Barbary 21 (sygn. akt KIO 333/11),

B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) TORPOL spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 61-052 Poznań, ul. Mogileńska 10 G (lider konsorcjum – pełnomocnik wykonawców), 2) FEROCO Spółka Akcyjna, 60-324 Poznań, ul. Marcelińska 92/94, 3) Zakład Robót Komunikacyjnych – DOM w Poznaniu spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 60-715 Poznań, ul. Kolejowa 4, 4) „Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 42-400 Zawiercie, ul. Okólna 10 (sygn. akt KIO 335/11),

od czynności podjętych w postępowaniu o udzielenie zamówienia przez zamawiającego, którym jest: **PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna, 03-734 Warszawa, ul. Targowa 74 – Centrum Realizacji Inwestycji**

przy udziale:

Sygn. akt: KIO 333/11
KIO 335/11

wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) Budimex Spółka Akcyjna, 01-040 Warszawa, ul. Stawki 40 (lider konsorcjum – pełnomocnik wykonawców) 2) Tchas Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 02-674 Warszawa, ul. Marynarska 19 A, 3) „Eiffage Budownictwo Mitex” Spółka Akcyjna, 02-676 Warszawa, ul. Postępu 5A

– zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w sprawach sygn. akt: KIO 333/11 i KIO 335/11

oraz

wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) FCC CONSTRUCCIÓN, S.A., 08007 Barcelona, c/Balmes 36, Hiszpania (lider konsorcjum – pełnomocnik wykonawców), 2) Katowickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego „BUDUS” Spółka Akcyjna, 40-053 Katowice, ul. Barbary 21, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w sprawie sygn. akt KIO 335/11,

orzeka:

1. Oddala oba odwołania.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) FCC CONSTRUCCIÓN, S.A. z siedzibą w Barcelonie w Hiszpanii (lider konsorcjum – pełnomocnik wykonawców), 2) Katowickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego „BUDUS” Spółkę Akcyjną z siedzibą w Katowicach oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) TORPOL spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu (lider konsorcjum – pełnomocnik wykonawców), 2) FEROCO Spółkę Akcyjną z siedzibą w Poznaniu, 3) Zakład Robót Komunikacyjnych – DOM w Poznaniu spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu, 4) „Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR” spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zawierciu, i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty postępowania odwoławczego w wysokości **40000 zł 00 gr** (słownie: czterdzieści tysięcy złotych zero groszy) – kwot wpisów uiszczonych przez odwołujących, w tym:

- A. koszty w wysokości **20000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) – kwoty wpisu uiszczonego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) FCC CONSTRUCCIÓN, S.A. z siedzibą w Barcelonie w Hiszpanii (lider konsorcjum – pełnomocnik wykonawców), 2) Katowickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego „BUDUS” Spółkę Akcyjną z siedzibą w Katowicach,**
- B. koszty w wysokości **20000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) – kwoty wpisu uiszczonego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) TORPOL spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu (lider konsorcjum – pełnomocnik wykonawców), 2) FEROCO Spółkę Akcyjną z siedzibą w Poznaniu, 3) Zakład Robót Komunikacyjnych – DOM w Poznaniu spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu, 4) „Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR” spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zawierciu,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **7200 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy dwieście złotych zero groszy), w tym:
- A. koszty w wysokości **3600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) FCC CONSTRUCCIÓN, S.A. z siedzibą w Barcelonie w Hiszpanii (lider konsorcjum – pełnomocnik wykonawców), 2) Katowickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego „BUDUS” Spółkę Akcyjną z siedzibą w Katowicach na rzecz PKP Polskich Linii Kolejowych Spółki Akcyjnej z siedzibą w Warszawie,** stanowiącej uzasadnione koszty strony obejmujące wynagrodzenia pełnomocnika,
- B. koszty w wysokości **3600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) TORPOL spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu (lider konsorcjum – pełnomocnik wykonawców), 2) FEROCO Spółkę Akcyjną z siedzibą w Poznaniu, 3) Zakład Robót Komunikacyjnych – DOM w Poznaniu spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu, 4) „Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR” spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zawierciu na rzecz PKP Polskich Linii Kolejowych Spółki**

Sygn. akt: KIO 333/11
KIO 335/11

Akcyjnej z siedzibą w Warszawie, stanowiącej uzasadnione koszty strony obejmujące wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – PKP Polskie Linie Kolejowe S. A. z siedzibą w Warszawie przez swoje Centrum Realizacji Inwestycji prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759; zwanej dalej również „ustawą pzp” lub „ppz”), postępowanie o udzielenie zamówienia na „wykonanie robót budowlanych modernizacji linii nr 9 na odcinku od km 184,800 do km 236,920 objętym obszarem Lokalnego Centrum Sterowania z siedzibą w Łławie”.

9 lutego 2011 r. (pismem z tej daty) Zamawiający za pośrednictwem faksu przekazał wykonawcom, którzy złożyli oferty w postępowaniu zawiadomienie zawierające między innymi informacje o: wyborze jako najkorzystniejszej oferty konsorcjum w składzie: 1) Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie (lider konsorcjum – pełnomocnik wykonawców) 2) Tchas Polska spółka z o.o. z siedzibą w Warszawie, 3) „Eiffage Budownictwo Mitex” S.A. z siedzibą w Warszawie (zwanego dalej również „Konsorcjum Budimex”), sklasyfikowaniu na drugim miejscu w rankingu oferty konsorcjum w składzie: 1) TORPOL spółka z o.o. z siedzibą w Poznaniu (lider konsorcjum – pełnomocnik wykonawców), 2) FEROCO S.A. z siedzibą w Poznaniu, 3) Zakład Robót Komunikacyjnych – DOM w Poznaniu spółka z o.o. z siedzibą w Poznaniu, 4) „Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR” spółka z o.o. z siedzibą w Zawierciu (zwanego dalej również „Konsorcjum TORPOL”) oraz o wykluczeniu z postępowania konsorcjum w składzie: 1) FCC CONSTRUCCIÓN, S.A. z siedzibą w Barcelonie w Hiszpanii (lider konsorcjum – pełnomocnik wykonawców), 2) Katowickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego „BUDUS” S.A. z siedzibą w Katowicach (zwanego dalej również „Konsorcjum FCC CONSTRUCCIÓN”), oraz odrzuceniu jego oferty

A.

18 lutego 2011 r. Odwołujący Konsorcjum FCC CONSTRUCCIÓN wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od czynności Zamawiającego polegających na wykluczeniu go z postępowania i odrzuceniu jego oferty oraz na wyborze oferty Konsorcjum Budimex jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. Art. 87 ust. 1 pzp, art. 14 pzp w zw. z art. 56 oraz art. 65 § 1 i 2 Kodeksu cywilnego poprzez nieprzeprowadzenie rzetelnego badania i oceny całości oferty, a w konsekwencji przyjęcie, że wadium przedstawione przez Odwołującego nie zabezpieczało potencjalnych roszczeń Zamawiającego, które mogły powstać w okolicznościach wskazanych w art. 46 ust. 5 pkt 1

pzp.

2. Art. 24 ust. 2 pkt 2 w zw. z art. 46 ust. 5 pkt 1 i art. 82 ust. 3 pzp oraz art. 92 ust. 1 pkt 3 pzp poprzez wykluczenie Odwołującego z postępowania pomimo braku podstawy faktycznej i prawnej dla dokonania tej czynności oraz bez przedstawienia uzasadnienia faktycznego i prawnego tej czynności.
3. Art. 7 ust. 1 pzp poprzez: (a) nierzetelną ocenę dokumentów gwarancji wadialnych złożonych przez uczestników postępowania, jak również poprzez (b) stosowanie różnych kryteriów oceny gwarancji wadialnych w odniesieniu do poszczególnych wykonawców biorących udział w postępowaniu, a także poprzez (c) dokonywanie różnych ocen gwarancji wadialnych Odwołującego na poszczególnych etapach postępowania oraz (d) uznanie, że użyte w gwarancjach wadialnych złożonych przez Odwołującego sformułowanie „na warunkach określonych w Specyfikacji Przetargowej”, nie spełnia wymogów określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwanej dalej w skrócie „s.i.w.z.”) i przepisach pzp, w sytuacji, gdy tożsame sformułowanie było wcześniej akceptowane przez Zamawiającego w podobnych okolicznościach w 4 innych postępowaniach prowadzonych przez niego.
4. Art. 24 ust. 4 pzp poprzez uznanie oferty Odwołującego za odrzuconą w sytuacji, gdy brak było przesłanek do wykluczenia go z postępowania.
5. Art. 89 ust. 1 pkt. 5 pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego w sytuacji, gdy brak było przesłanek do dokonania takiej czynności w postępowaniu.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu i w konsekwencji odrzucenia oferty Odwołującego.
2. Unieważnienia czynności wyboru oferty Konsorcjum BUDIMEX jako najkorzystniejszej.
3. Dokonania ponownej oceny ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Odwołujący podniósł następujące okoliczności prawne i faktyczne uzasadniające wniesienie odwołania.

Opis warunków wypłaty zawarty w gwarancji umożliwia Zamawiającemu zatrzymanie wadium we wszystkich przypadkach określonych w art. 46 ust. 4a oraz ust. 5 pkt 1-3 pzp. Stanowisko Zamawiającego, wedle którego gwarancja jest wadliwa tylko z tego powodu, że opis warunku wypłaty odnoszący się do roszczenia Zamawiającego z art. 46 ust. 5 pkt 11 pzp zawiera słowo „Specyfikacja Przetargowa” zamiast „oferta”, jest nieuzasadnione. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, treść gwarancji bankowej wnoszonej jako wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie musi zawierać szczególnego, tj. określonego przepisami prawa, sformułowania warunków zapłaty, w tym w szczególności opisu, który jest dosłownym powtórzeniem (cytatem) przepisów art.

Sygn. akt: KIO 333/11
KIO 335/11

46 ust. 4a oraz ust. 5 pkt 1-3 pzp (Tak: wyrok KIO z 6 marca 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 209/09; wyrok KIO z 15 maja 2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 575/09 i KIO/UZP 595/09, wyrok KIO z 19 listopada 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 1564/09; wyrok KIO z 31 sierpnia 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1752/10, uchwała KIO z 24 września 2009 r., sygn. akt KIO/KD 33/09). Wymaganie takie może zostać nałożone na wykonawcę jedynie w postanowieniach s.i.w.z. (Tak: wyrok KIO z 6 marca 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 209/09), co jednak nie miało miejsca w przedmiotowej sprawie, gdyż minimalne wymagania treści gwarancji bankowej zawarte w s.i.w.z. nie zawierają wymagań w zakresie określonego brzmienia opisu warunków zapłaty zawartych w gwarancji. Dodatkowo pkt. 11.12 s.i.w.z. wskazuje, że „okoliczności przepadku wadium oraz zasady jego zaliczenia na poczet zabezpieczenia należytego wykonania umowy określa Ustawa”. Jeżeli zatem gwarancja stwierdza, że może ona być wykorzystana przez Zamawiającego w przypadku gdy Wykonawca „odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w Specyfikacji Przetargowej” to biorąc pod uwagę pkt. 11.12 s.i.w.z. oznacza to, że Zamawiający może pociągnąć gwarancję na podstawie tego punktu zawsze w sytuacjach, w których okoliczności przepadku wadium określa ustawa pzp, a w szczególności w przypadku art. 46 ust. 5 pkt. 1 pzp.

Stanowisko Zamawiającego wyrażone w uzasadnieniu decyzji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania mogłoby zostać uznane za słuszne jedynie wówczas, gdyby Zamawiający wykazał w oparciu o wykładnię warunków wypłaty gwarancji przeprowadzoną zgodnie z art. 65 § 1 i § 2 kc, że potencjalne roszczenia Zamawiającego wynikające z art. 46 ust. 5 pkt 1 pzp nie są nimi objęte (przesłanki uznania gwarancji bankowej za wadliwie złożone wadium wskazano w: wyroku KIO z dnia 2 lipca 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 757/09, wyroku Sądu Okręgowego w Krakowie z 13 listopada 2009 r., sygn. akt XII Ga 350/09, wyroku KIO z 13 lipca 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1324/10, wyroku KIO z 6 marca 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 209/09). Konkluzja taka stałaby jednak w oczywistej sprzeczności z dokonaną w świetle art. 56 i art. 65 § 1 i § 2 kc analizą skutków wystawienia i przedstawienia Zamawiającemu gwarancji. Wykładnię tą potwierdzają również okoliczności wystawienia gwarancji, tj. fakt wystawienia gwarancji w związku z ubieganiem się Konsorcjum o Zamówienie i „w celu wypełnienia warunków określonych w Specyfikacji Przetargowej”. Z zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej wynika wyraźnie, że Zamawiający nie przeprowadził powyższej analizy, a w lakonicznym uzasadnieniu brak jest jakiegokolwiek uzasadnienia faktycznego i prawnego dlaczego Zamawiający uznał, że treść warunków wypłaty nie spełnia wymogów określonych w pzp. Zamawiający nie przeprowadził zatem badania i oceny gwarancji, stanowiącej element oferty Konsorcjum, zgodnie z art. 87 pzp, jak

również zgodnie z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (art. 7 pzp), do czego był zobowiązany.

Z wykładni gwarancji, uzasadnionej również okolicznościami towarzyszącymi jej udzieleniu Gwarancji oraz przepisami pzp, wynika, że roszczenia Zamawiającego, które mogłyby powstać w wypadku odmowy zawarcia przez Odwołującego umowy na warunkach określonych w ofercie są należycie zabezpieczone (na prymat logiczno-funkcjonalnej wykładni treści gwarancji bankowej przedłożonej jako wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wskazał Sąd Okręgowy w Lublinie w wyroku z 29 czerwca 2009 r., sygn. akt IX Ga 109/09). Sformułowanie warunków wypłaty określa w rzeczywistości szersze spektrum sytuacji, w których Zamawiający może dochodzić zapłaty na podstawie gwarancji, aniżeli wymagają tego przepisy pzp. Wykładnia treści gwarancji powinna uwzględniać fakt, że s.i.w.z. określa maksymalny zakres zamówienia, które może być objęte umową o zamówienie publiczne zawieraną w postępowaniu (por. art. 140 ust. 1 oraz ust. 3 pzp), a zarazem zawiera minimalne wymagania i warunki, które muszą spełniać postanowienia oferty i umowy o zamówienie publiczne, z wyjątkiem ceny, którą wskazuje wykonawca w formularzu ofertowym (por. art. 36 ust. 1 pkt 12 -16 pzp). Oferta złożona przez wykonawcę musi odpowiadać treści s.i.w.z. (art. 82 ust. 3 pzp), tj. zawierać postanowienia zgodne z warunkami zawartymi w s.i.w.z., z doprecyzowaniem niezbędnych elementów potencjalnej umowy o zamówienie publiczne (w szczególności ceny). Wymóg ten powinno potwierdzać m.in. oświadczenie każdego wykonawcy o zaakceptowaniu warunków s.i.w.z. zawarte w formularzu ofertowym, które to oświadczenie Odwołujący złożył. Z kolei umowa zawierana na warunkach wskazanych w ofercie: nie może określać przedmiotu zamówienia w sposób szerszy, aniżeli określono w s.i.w.z. (zgodnie z art. 140 ust. 3 pzp umowa w części wykraczającej poza zakres s.i.w.z. byłaby objęta sankcją w postaci możliwości jej unieważnienia), oraz tak samo jak oferta, na warunkach której jest zawierana, musi odpowiadać co najmniej minimalnym warunkom zawartym w s.i.w.z. oraz zawierać dodatkowo cenę określoną w ofercie. Zatem odmowa zawarcia umowy o zamówienie publiczne na warunkach wskazanych w ofercie wybranej w postępowaniu o zamówienie publiczne jest zawsze zdarzeniem, które obiektywnie należy zakwalifikować jako odmowa zawarcia umowy na warunkach określonych w s.i.w.z., która zawiera minimalne wymogi, które musi spełnić oferta/umowa.

Ponadto s.i.w.z. określa również warunki, w których wykonawca ma obowiązek zawrzeć umowę (por. rozdział 26 s.i.w.z., który określa obowiązki wykonawcy, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą). Pochodną tego obowiązku jest odpowiedzialność wykonawcy z tytułu odmowy lub uniemożliwienia podpisania umowy, realizowana w drodze

zatrzymania wadium. Stąd odmowa zawarcia umowy o zamówienie publiczne na warunkach wskazanych w ofercie wybranej w postępowaniu o zamówienie publiczne jest zawsze tożsama z odmową zawarcia umowy na warunkach określonych w s.i.w.z.

Sytuacja, w której Odwołujący odmówiłoby zawarcia umowy o zamówienie publiczne w oparciu o złożoną przez siebie ofertę, stanowi jednocześnie spełnienie innego z warunków wypłaty, tj. okoliczności, w której zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Ewentualna odmowa zawarcia umowy przez Konsorcjum jest okolicznością, która uniemożliwia zawarcie umowy i jednocześnie jest przyczyną leżącą po stronie Odwołującego.

Z faktu wystosowania względem Odwołującego żądania uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 pzp należy w drodze domniemania faktycznego wywieść, że Zamawiający zaakceptował opis warunków wypłaty na wcześniejszym etapie postępowania. Zmiana stanowiska Zamawiającego w tym zakresie jest niezrozumiała i sprzeczna z przepisami pzp. Za poprawnością zaprezentowanej powyżej wykładni przemawia również fakt, że Zamawiający akceptował opis warunków zapłaty z użyciem słów „Specyfikacja Przetargowa” w gwarancjach bankowych przedstawionych przez FCC Construcción S.A. w innych prowadzonych przez siebie postępowaniach. Nieuzasadniona zmiana interpretacji warunków gwarancji przez Zamawiającego rodzi wątpliwości co do jego woli w zakresie prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia zgodnie z regułami uczciwej konkurencji (art. 7 ust. 1 pzp). Nie może być bowiem tak, że Zamawiający, będący profesjonalistą, odmiennie interpretując te same postanowienia gwarancji w różnych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, zmienia tym samym warunki postępowania wedle swego swobodnego uznania.

Zamawiający ocenił gwarancję wadialną przedstawioną przez Odwołującego z użyciem przyjętego przez siebie bez podstawy prawnej kryterium, zgodnie z którym treść gwarancji wadialnej przedstawianej w postępowaniu powinna dosłownie cytować przesłanki zatrzymania wadium opisane w art. 46 ust. 4a oraz ust. 5 pkt 1-3 pzp, mimo iż takiego wymogu nie zawarł w s.i.w.z. Podobne kryterium nie zostało zastosowane w odniesieniu do gwarancji wadialnej złożonej przez Konsorcjum BUDIMEX, która używa odpowiednio wyrazów „odmówi”, „stanie się” oraz „nie wniesie” zamiast wyrazów „odmówił”, „stało się” oraz „nie wniósł”, które zostały użyte w przepisach pzp. Wskazana różnica wpływa na wykładnię opisu wypadków zapłaty określonych w tej gwarancji ubezpieczeniowej. Stwarza ona rzeczywiste wątpliwości w zakresie oceny, czy gwarancja ta pozwalałaby na zaspokojenie roszczeń Zamawiającego, choćby z art. 46 ust. 5 pkt 2 pzp.

Brak było podstaw do odrzucenia przez Zamawiającego oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 5 pzp, bowiem przepis ten nie znajduje zastosowania w postępowaniach jednoetapowych, w tym w postępowaniach prowadzonych w trybie przetargu nieograniczonego, a jego zastosowanie ogranicza się do postępowań, w których wykonawcy mogą potencjalnie złożyć oferty po ich wcześniejszym wykluczeniu z postępowania (np. postępowanie prowadzone w trybie przetargu ograniczonego).

B.

Również 18 lutego 2011 r. Odwołujący Konsorcjum TORPOL wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od czynności Zamawiającego polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty, która winna zostać odrzucona, na zaniechanie przez niego czynności polegającej na wykluczeniu z postępowania Konsorcjum Budimex oraz na zaniechanie odrzucenia jego oferty. Na wypadek zakwestionowania podstawy do wykluczenia z postępowania Konsorcjum FCC CONSTRUCCIÓN, Odwołujący wniósł odwołanie na zaniechanie przez Zamawiającego odrzucenia oferty tego konsorcjum jako podlegającej odrzuceniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. Art. 24 ust. 2 pkt 44 pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Konsorcjum Budimex jako wykonawcy, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu.
2. Art. 87 ust. 2 pkt. 3 pzp poprzez nieuprawnione dokonanie poprawienia omyłek, które stanowią istotną zmianę oferty Konsorcjum Budimex.
3. Naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp poprzez zaniechanie odrzucenia ofert Konsorcjum Budimex oraz Konsorcjum FCC CONSTRUCCIÓN, których treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.
4. Art. 89 ust. 1 pkt 5 pzp poprzez zaniechanie odrzucenia ofert Konsorcjum Budimex oraz Konsorcjum FCC CONSTRUCCIÓN, zawierających błędy w obliczeniu ceny.
5. Naruszenie przepisów art. 7 ust. 1 i 3 pzp poprzez dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu niezgodnie z przepisami pzp w sposób naruszający uczciwą konkurencję oraz poprzez nierówne traktowanie wykonawców.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.
2. Dokonania powtórnej oceny ofert.
3. Odrzucenia oferty Konsorcjum Budimex, gdyż jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz zawiera błędy w obliczeniu ceny.
4. Wykluczenia z postępowania Konsorcjum Budimex oraz uznania jego oferty za odrzuconą, jako że nie wykazało spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a jedynie z ostrożności

procesowej wezwania Konsorcjum Budimex do uzupełnienia wskazanych poniżej w uzasadnieniu dokumentów i oświadczeń.

5. Odrzucenia oferty Konsorcjum FCC CONSTRUCCIÓN, gdyż jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz zawiera błędy w obliczeniu ceny.
6. Dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

Odwołujący podniósł następujące okoliczności prawne i faktyczne uzasadniające wniesienie odwołania.

Konsorcjum Budimex w swojej ofercie, dokonując wyceny poszczególnych elementów przedmiaru robót, pominęło następujące pozycje ofertowe: 1) na stronie 261 oferty pozycja nr 10.4.2.24., 2) na stronie 261 oferty pozycja nr 10.4.2.25., 3) na stronie 993 oferty pozycja nr 10.2.2.24., 4) na stronie 1613 oferty pozycja nr 10.1.2.24., 5) na stronie 1613 oferty pozycja nr 10.1.2.25., 6) na stronie 1885 oferty pozycja nr 5.1.1.5., 7) na stronie 766 oferty pozycja nr 9.1.2.11., 8) na stronie 816 oferty pozycja nr 12.1.2.26. Zamawiający pismem z dnia 13 stycznia 2011 r. wezwał Konsorcjum Budimex do złożenia wyjaśnień treści oferty w zakresie braku wyceny tylko niektórych z w/w czynności przedmiotu zamówienia. W odniesieniu do pozycji od 1) do 6) Konsorcjum Budimex w swoim wyjaśnieniu oświadczyło, że te „pozycje (...) są włączone do innych pozycji wypełnionego przedmiaru robót”. Pozostałe niewycenione pozycje nie stanowiły przedmiotu ani żądania Zamawiającego wyjaśnienia treści oferty, ani wyjaśnień wykonawcy Konsorcjum Budimex.

Konsorcjum Budimex w sposób dowolny – niezgodny z opisem sposobu obliczenia ceny wykreował swoją ofertę, dokonując wyceny tych samych rodzajów prac i czynności w zakresie jednej części zamówienia (jednego odcinka robót), a pomijając ich wycenę w zakresie innej części zamówienia (innego odcinka robót), twierdząc, że zostały włączone do innych pozycji. Wyjaśnienia takie są nie do przyjęcia, jako nieracjonalne i dowolne, biorąc pod uwagę całość postanowień s.i.w.z. Nie można zaakceptować wyceny Przedmiaru robót polegającej na tym, że Konsorcjum Budimex na jednym odcinku robót wycenia taki sam element rozliczeniowy pn. „montaż na słupach ograniczników niskonapięciowych podwójnych wraz połączeniami elektrycznymi” w ilości 8 szt. na kwotę 41 971, 20 pln (str. 623 oferty poz. 12.1.2.45), w ilości 10 szt. na kwotę 52 464,00 pln (str. 319 oferty pozycja nr 12.1.2.42), po czym nie wyceniając elementu w ilości 8 szt. w poz. nr 12.1.2.26 na stronie 816 oferty twierdzi, że włączyło element do innych pozycji. W ocenie Odwołującego prawdziwym twierdzeniem byłoby przyznanie, że Konsorcjum Budimex pomyliło się i nie wyceniło tychże pozycji w kilku miejscach przedmiarów. Identyczne wnioski przyniesie analiza braku wyceny kolejnych elementów rozliczeniowych w zestawieniu takich samych elementów na różnych odcinkach robót.

Niewątpliwym i bezsporne jest, że Zamawiający w pkt. 13.3 Instrukcji dla Wykonawców (IDW) – Tom I s.i.w.z. jednoznacznie wymagał wypełnienia wszystkich pozycji przedmiarów robót. Mając na względzie jedną z naczelných zasad procedury udzielania zamówień, wyrażoną w art. 7 ustawy pzp i traktującą o równym traktowaniu wszystkich wykonawców, nie można poddawać w wątpliwość, czy dowolnie interpretować przywołane postanowienie s.i.w.z. Dalsza treść postanowień zawarta w punkcie 13.3 IDW s.i.w.z. opisuje w jaki sposób postąpi Zamawiający na etapie realizacji zamówienia – dokonując płatności za czynności wycenione przez wykonawcę, a mianowicie: „Nie będą dokonywane jakiegokolwiek odrębne płatności za pozycje, których cena nie została podana w wypełnionym Przedmiarze Robót. Pozycje takie będą uznane za włączone do innych pozycji wypełnionego Przedmiaru Robót.” Postanowienie to należy odnieść jedynie do etapu realizacji Kontraktu, a dokładnie do sposobu rozliczenia wynagrodzenia, gdyż jego treść stanowi wyłączenie stosowania art. 630 ust. 1 kodeksu cywilnego, w zakresie rozliczania przedmiotowego zamówienia, skutkiem czego przewidziane w nim podstawy podwyższenia wynagrodzenia kosztorysowego nie będą miały zastosowania. W sposób oczywisty okoliczności te (sposób rozliczenia) mają wpływ na sposób obliczenia ceny oferty, stąd zasadność wprowadzenia takiego zapisu w części s.i.w.z., traktującego o sposobie obliczenia ceny. Niedopuszczalnym jednak jest twierdzenie jakoby powyższe postanowienie dawało podstawę do samodzielnego kreowania przedmiotu oferty, który musi odpowiadać przedmiotowi zamówienia. Dokonanie opisu przedmiotu zamówienia stanowi uprawnienie i obowiązek wyłącznie zamawiającego. Wykonawca nie ma więc prawa do jego kreowania w formie samodzielnych zmian polegających np. na łączeniu, czy dzieleniu albo braku wyceny czynności opisanych przedmiarem robót.

Odmienny pogląd nie mógłby się ostać z następujących zasadniczych przyczyn: po pierwsze, interpretacja przyjęta przez Konsorcjum Budimex, prowadziła do sytuacji, w której składane w postępowaniu oferty byłyby nieporównywalne; po drugie, wykonawca w sposób dowolny kreowałby sposób rozliczenia przedmiotu zamówienia niezależnie od ceny złożonej oferty, którą stanowi „suma cen wszystkich pozycji podanych w wypełnionym Przedmiarze Robót”. Wykonawca mógłby wycenić tylko część pozycji przedmiarowych, np. w zakresie odcinka robót realizowanego, jako pierwszy w ramach zamówienia publicznego, i w tej cenie uwzględnić czynności w zakresie pozostałej części zamówienia. To w praktyce mogłoby prowadzić do uzyskania przez wykonawcę całości wynagrodzenia już po wykonaniu pierwszej części zamówienia (jednego odcinka). Wbrew powszechnie obowiązującym przepisom może również zaistnieć sytuacja, w której strony umowy się na rozliczenie w formie wynagrodzenia kosztorysowego – wynagrodzenia za rzeczywiście wykonane ilości

robót określonych i wycenionych przedmiarem robót, wykonawca je zrealizowałby, a nie otrzymałby za nie wynagrodzenia zgodnie z przyjętym sposobem rozliczenia.

Powyższe argumenty dowodzą, że oferta Konsorcjum Budimex zawiera błędy obliczeniu ceny. Obok opisanej podstawy odrzucenia oferty Konsorcjum Budimex Zamawiający miał obowiązek odrzucić ofertę również jako nieodpowiadającą treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia z uwagi na poniższe. Zgodnie z art. 31 ust. 1 ustawy pzp zamawiający ma obowiązek opisać przedmiot zamówienia na roboty budowlane za pomocą dokumentacji projektowej i specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych. Zgodnie z definicją dokumentacji projektowej zawartą w § 4 Rozporządzenia z dnia 02 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych (...), jej część stanowi min. przedmiar robót. W związku z tym, że specyfikacja istotnych warunków przedmiotowego zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 3 ustawy pzp zamówienia zawiera opis przedmiotu zamówienia dokonany w powyższy sposób, to pominięcie przez wykonawcę czynności opisanej przedmiarem robót skutkuje tym, że jej treść nie odpowiada treści s.i.w.z., czego skutkiem winien być obowiązek odrzucenia oferty.

Konsorcjum Budimex w Załączniku nr 2 do s.i.w.z. - Załączniku do Oferty w wierszu „Okres Zgłaszania Wad” określiło roczny okres, podczas gdy wymagany przez Zamawiającego, zgodnie z Modyfikacją nr 9 do s.i.w.z. z 14 października 2010 r. był trzyletni okres zgłaszania wad. Zamawiający, pismem z dnia 23 listopada 2010 r. dokonał poprawki w trybie art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy pzp, zmieniając zaoferowany okres zgłaszania wad wskazany w ofercie przez Konsorcjum Budimex na okres 3-letni wymagany przez Zamawiającego, na co Konsorcjum Budimex wyraziło zgodę. W świetle wydanych dotychczas wyroków Krajowej Izby Odwoławczej stwierdzić można zarysowany pogląd określający, że poprawianie przez Zamawiającego tzw. innych omyłek uzależnione jest od występowania łącznie dwóch przesłanek. Po pierwsze Zamawiający musi stwierdzić, że ma do czynienia z pomyłką rozumianą jako niezamierzone działanie oferenta. Po drugie poprawienie takiej omyłki nie może - co wprost wynika z treści normy prawnej – powodować istotnych zmian w treści oferty. Dopiero zaistnienie obu przesłanek upoważnia Zamawiającego do dokonania poprawienia treści oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp. Z czynności podjętych przez Konsorcjum Budimex można wnioskować, że w tym zakresie doszło do omyłki po stronie oferenta (oświadczenie o zgodzie na dokonanie poprawki wyrażone w piśmie z dnia 23 listopada 2010 r.). Kwestią, która jednakże powinna zostać poddana pod rozagę Zamawiającego winna być jeszcze konieczność dokonania analizy, czy poprawienie takiej omyłki spowoduje istotną zmianę w treści oferty. Przekrój

orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje na powagę i doniosłość problemu, a także uwypukla rozbieżności interpretacyjne przywołanej normy prawnej. Pogłębiona analiza przypadku powinna doprowadzić jednak do wniosku, iż zmiana okresu gwarancji stanowi istotną zmianę oferty – a zatem nie może podlegać poprawieniu przez Zamawiającego w trybie art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy pzp. Przede wszystkim wskazać należy, że istotnym elementem umowy dla stron nie zawsze pozostają tylko tzw. *essentialia negotii*, elementy przedmiotowo istotne identyfikujące daną czynność jako określonego rodzaju stosunek prawny. Zamawiający szczegółowo w projektach umów dołączanych do specyfikacji określają swoje wymagania, w tym co do okresu gwarancji czy rękojmi. Zatem to wola stron (a do zawarcia umowy – wola zamawiającego) przesądzać będzie o elementach istotnych umowy co z kolei implikuje zmianę umowy jako istotną lub nieistotną. Zamawiający wyraźnie wskazał, że wymaga udzielenia przez wykonawców trzyletniego okresu zgłaszania wad, co determinuje wnioskowanie, iż dla Zamawiającego długość okresu zgłaszania wad stanowi element istotny umowy. Właściwą wykładnię należy oprzeć o porównanie treści norm zawartych w tym samym akcie prawnym jakim jest ustawa pzp. Ustawodawca posługuje się bowiem pojęciem „istotnej zmiany” chociażby w art. 144 ust. 1 ustawy pzp. Doświadczenie życiowe nie pozostawia wątpliwości, że gdyby wykonawca zwrócił się do zamawiającego o zmianę długości okresu gwarancji (okresu zgłaszania wad) po podpisaniu umowy, interpretacja ww. art. 144 ust. 1 pzp doprowadziłaby do jednoznacznego stwierdzenia, że taka zmiana stanowiłaby zmianę istotną umowy i mogłaby być dokonana wyłącznie w przypadku przewidzienia jej dokonania w s.i.w.z. i na warunkach tam wskazanych. Ważne jest również i to, że treść umowy o zamówienie publiczne jest tożsama z treścią złożonej oferty. Oznacza to, że powyższe wnioskowanie – o kwalifikacji określonych zmian postanowień umowy jako istotnych musi mieć identyczne znaczenie przy nadawaniu cechy istotności dla zmian dokonywanych w zakresie oferty. Przenosząc powyższe twierdzenia na grunt analizowanej sprawy wnioskować należy, że omyłka Konsorcjum Budimex w zakresie zaoferowanego okresu zgłaszania wad nie może zostać poprawiona w trybie art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy pzp, albowiem zmiana dokonana na skutek poprawki spowodowałaby istotną zmianę oferty, co stoi w sprzeczności z treścią normy.

Konsorcjum Budimex, którego oferta została wybrana, nie spełnia warunków udziału w postępowaniu – złożone przez niego oświadczenia i dokumenty nie potwierdzają ich spełnienia. Konsorcjum Budimex nie załączyło do oferty oświadczenia wynikającego z treści punktu 9.1.4 lit. b IDW s.i.w.z. na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania osobą zdolną do wykonania zamówienia odpowiadającą warunkom postawionym w punkcie 8.3.2 lit. a IDW s.i.w.z., w treści wprowadzonej przez

zamawiającego w formie Modyfikacji nr 2 s.i.w.z. z dnia 24 sierpnia 2010 r. Brak w złożonym przez Konsorcjum Budimex „Wykazie osób, którymi dysponuje Wykonawca i które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia”, w rubryce „Uprawnienia (należy podać specjalność i podstawę wydania)” oświadczenia, że osoba wskazana do pełnienia funkcji kierownika budowy – Pan Stanisław R. posiada uprawnienia w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń, w celu potwierdzenia spełnienia warunku określonego w punkcie 8.3.2 lit. a IDW s.i.w.z. Podobna sytuacja ma miejsce w stosunku do oświadczenia, że osoba wskazana do pełnienia funkcji kierownika budowy – Pan Bogdan W. posiada doświadczenie wymagane na potwierdzenie spełnienia warunku określonego w punkcie 8.3.2 lit. a IDW s.i.w.z. Z „Wykazu osób, którymi dysponuje Wykonawca (...)”, w części „Opis doświadczenia”, w rubryce „Okres trwania od data (m-c, rok) - do data (m-c, rok)” tylko w jednym miejscu wskazane daty pozwalają na obliczenie okresu posiadanego przez Pana Bogdana W. doświadczenia, z którego wynika jedynie okres 2 lat i 11 miesięcy. Pozostałe daty zostały zaokrąglone do lat, co nie pozwala na zweryfikowanie okresu doświadczenia. Ponadto wykazując zajmowane stanowisko przez Pana B. W. przy Modernizacji linii kolejowej E-20 (...) podane zostały trzy różne stanowiska bez wskazania jak długo pełnił funkcję kierownika budowy. Analogiczna sytuacja ma miejsce w następnym wierszu Wykazu dotyczącym Pana B. W., w którym wskazano pełnienie przez niego funkcji kierownika robót oraz inspektora nadzoru, bez podania okresu pełnienia każdej funkcji, w celu możliwości weryfikacji okresu wymaganego doświadczenia.

Pismo PKP PLK S.A. z dnia 14 stycznia 2010 r. pn. „List referencyjny” nie potwierdza oświadczenia wykonawców złożonego w pozycji 1 Załącznika Nr 6, że wykonawcy Konsorcjum Budimex spełniają warunek określony w punkcie 8.3.1 IDW s.i.w.z. w zakresie: budowy, przebudowy jednej stacji kolejowej posiadającej dwa tory główne zasadnicze oraz dwa tory główne dodatkowe oraz zabudowy 30 sztuk rozjazdów na podrozjazdnicach strunobetonowych.

Konsorcjum FCC CONSTRUCCIÓN dokonując wyceny Przedmiaru Robót we wszystkich pozycjach przedmiarowych znajdujących się na stronach oferty o numerach: 001184, 002404, 001585, w kolumnie „Cena jednostkowa PLN” podało cenę 3,99 pln. Są to błędy w obliczeniu ceny, których nie można poprawić, gdyż wartości pozycji przedmiarowych zostały obliczone, jako iloczyn ilości jednostek i ceny 3,99 pin (w każdej pozycji). W żaden sposób używając tylko działań matematycznych nie jest możliwe wyprowadzenie innej ceny jednostkowej. Nie jest możliwe wykonanie wymienionych na stronach 001184, 002404, 001585 elementów rozliczeniowych za cenę jednostkową 3,99 pin. Dowodem tego jest wycena takich samych lub porównywalnych elementów rozliczeniowych w ofercie

Konsorcjum FCC CONSTRUCCION na innych odcinkach robót. Są to ceny jednostkowe rządu nawet: 49 122,30 pln (rozbiórka torów (...) za km), 1 024 710,40 pln (montaż torów klasy 2 (...) za km), 976 864,00 pln (montaż torów klasy 3 (...) za km). Oferta ta zawiera zatem błędy w obliczeniu ceny i podlega odrzuceniu.

W kosztorysie ofertowym FCC CONSTRUCCION , strony oferty: 001008, 001210, 001211, 001984, wycena pozycji kosztorysowych została „scalona” – w konsekwencji został zmieniony sposób obliczenia ceny oraz zmieniony sposób rozliczenia kosztorysowego na ryczałtowy w tym zakresie. Uniemożliwia to wykonanie Zamawiającemu jego uprawnienia - rozliczenia się za faktycznie wykonane czynności i ilości przedmiotu zamówienia. Zamawiający nie posiada instrumentów ustawowych, żeby to poprawić. Treść oferty nie odpowiada treści s.i.w.z, co winno skutkować odrzuceniem oferty.

A.

2 marca 2010 r. Zamawiający wniósł do Krajowej Izby Odwoławczej odpowiedź na odwołanie w sprawie sygn. akt KIO 333/11, którą przekazał również Odwołującemu Konsorcjum FCC CONSTRUCCION – wnosząc o oddalenie odwołania.

Zamawiający wskazał, iż nie wymagał aby warunki zapłaty wadium określone w treści gwarancji bankowej były dosłownym powtórzeniem art. 46 ust. 4a oraz ust. 5 pzp i dlatego nie wykluczył z postępowania innych wykonawców, którzy złożyli gwarancje zabezpieczające zapłatę wadium w sytuacjach opisanych w tych przepisach. Wykluczył z powodu wadium, oprócz Odwołującego, jeszcze dwóch innych uczestników postępowania z uwagi na niespełnianie wymagań wskazanych w pzp i s.i.w.z. W gwarancji złożonej przez Konsorcjum FCC CONSTRUCCION wskazana w pkt. 1 przesłanka odmowy podpisania umowy na warunkach określonych Specyfikacji Przetargowej nie obejmuje w pełni przypadku wskazanego w przepisie art. 46 ust. 5 pkt 1 pzp, to jest odmowy podpisania umowy na warunkach określonych w ofercie. Należy uznać, że złożone wadium w zakresie pkt 1 gwarancji zabezpiecza interesy Zamawiającego jedynie w przypadku, gdy Odwołujący odmówiłby podpisania umowy na warunkach określonych w s.i.w.z., tj. przykładowo: w zakresie terminu wykonania zamówienia, formalności, które powinny zostać spełnione po wyborze oferty, istotnych postanowień umowy itp. Natomiast z przedłożonej gwarancji nie wynika zobowiązanie Banku do zapłaty na rzecz Zamawiającego kwoty wadium w przypadku odmowy przez Odwołującego zawarcia umowy na warunkach określonych w ofercie, która zgodnie z przepisem art. 66 § 1 kc stanowi oświadczenie woli zawarcia umowy, zawierające w tym przypadku istotne postanowienia umowy o roboty budowlane z art. 647 § 1 kc, a więc także wysokość umówionego wynagrodzenia. Jedynym dokumentem, który określa cenę za jaką Odwołujący zamierza wykonać zamówienie jest jego oferta, której nie może w tym

Sygn. akt: KIO 333/11
KIO 335/11

zakresie zastąpić niewypełniony formularz oferty załączony do s.i.w.z. Wobec tego gdyby Odwołujący pomimo wybrania jego oferty odmówił podpisania umowy na wykonanie robót budowlanych w cenie wskazanej w ofercie, Zamawiający nie mógłby żądać od Banku zapłaty wadium, gdyż pojęcie oferty nie mieści się w pojęciu s.i.w.z.

Gwarancja wystawiona przez Bank jest jednostronnym oświadczeniem woli Banku oraz wskazuje przesłanki, w których Zamawiający może żądać od Banku zapłaty wadium. Zobowiązanie gwaranta ma przy tym charakter abstrakcyjny i nie pozostaje w związku ze stosunkiem zobowiązaniowym między Zamawiającym a Wykonawcą. Krajowa Izba Odwoławcza konsekwentnie podkreśla w uzasadnieniach orzeczeń, iż możliwość dysponowania wadium przez Zamawiającego musi być pewna i jednoznacznie wynikać z postanowień zawartych w treści gwarancji bankowej. Zatem określenie warunków jej wypłaty musi być precyzyjne, jasne i jednoznaczne (Tak: wyrok KIO z 15 maja 2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 575/09 i KIO/UZP 595/09, wyrok KIO z 2 lipca 2009 r., sygn. akt KIO/UZO 757/2009).

Nie zasługuje na aprobatę stanowisko Odwołującego, iż zabezpieczenie interesów Zamawiającego w przypadku odmowy podpisania umowy na warunkach określonych w ofercie wynika z pkt. 3 gwarancji, będącego odzwierciedleniem przesłanki wskazanej w art. 46 ust. 5 pkt 3 pzp. W art. 46 ust. 5 pzp wskazane zostały 3 odrębne przypadki zatrzymania wadium przez zamawiającego po wyborze oferty najkorzystniejszej. Ustawodawca odróżnił sytuację odmowy zawarcia umowy na warunkach wskazanych w ofercie (cena, termin wykonania, okres rękojmi i gwarancji) od braku możliwości zawarcia umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. W pierwszym przypadku wyraźnie jest uwypuklony element braku woli wykonawcy zwracania umowy, w drugim chodzi o brak możliwości zawarcia umowy, nawet gdyby wola jej zawarcia istniała z obu stron, np. wykonawca utracił uprawnienia do prowadzenia danej działalności.

B.

3 marca 2010 r. Zamawiający wniósł do Krajowej Izby Odwoławczej odpowiedź na odwołanie w sprawie sygn. akt KIO 335/11, którą przekazał również Odwołującemu Konsorcjum TORPOL – wnosząc o oddalenie odwołania.

Zamawiający opisał sposób obliczenia ceny w rozdziale 13 IDW s.i.w.z., wskazując na wstępie, iż podana w ofercie cena brutto musi obejmować wszystkie koszty bezpośrednie i pośrednie, jakie poniesie Wykonawca z tytułu terminowego i prawidłowego wykonania całości przedmiotu zamówienia oraz podatek VAT (pkt. 13.1). Natomiast zgodnie z pkt. 13.3 Zamawiający wymagał złożenia wraz z ofertą Przedmiarów Robót z wycenionymi wszystkim pozycjami. Jednakże jako konsekwencję niewypełnienia przez danego wykonawcę

wszystkich pozycji pkt. ten wskazuje, iż będą one uznane za włączone do innych pozycji wypełnionego Przedmiaru Robót, a Zamawiający nie będzie dokonywał żadnych odrębnych płatności za niewycenione pozycje. Jednocześnie we wzorze umowy (Tom II s.i.w.z.), Zamawiający określił, iż za wykonanie robót budowlanych będących przedmiotem zamówienia, zobowiązany będzie do zapłaty wynagrodzenia w postaci całkowitej ceny brutto wyliczonej przez Wykonawcę w oparciu o przedmiar robót. Treść tych postanowień wskazuje jednoznacznie, iż Zamawiający w żadnym wypadku nie przewidział płatności za wykonanie umowy na podstawie kosztorysu. Wobec tego w niniejszym postępowaniu ceny wskazane w Przedmiarze Robót mają dla Zamawiającego charakter informacyjny, a dla wykonawcy stanowią podstawę oszacowania wynagrodzenia, a ewentualne uchybienia w tym zakresie nie mogą mieć wpływu na ważność oferty. Natomiast Odwołujący wychodzi z błędnego założenia, że płatność za wykonanie umowy nastąpi wyłącznie na podstawie kosztorysu i wyciąga błędny wniosek, że „pominięcie” jakiegokolwiek pozycji w Przedmiarze Robót lub wskazanie stawki 0,00 dyskwalifikuje złożoną ofertę jako niezgodną z s.i.w.z.

Konsorcjum Budimex złożyło ofertę zawierającą Przedmiar Robót wraz z wycenionymi wszystkimi pozycjami, w którym znalazły się pozycje z kwotą 0,00 zł. Zamawiający stoi na stanowisku, że pozycje ze stawką 0,00 zł również zostały wycenione i nie ma podstaw do stwierdzenia, że złożona oferta jest niezgodna z postanowieniami s.i.w.z., ani że zawiera błędy w obliczeniu ceny. Zamawiający upewnił się w trybie art. 87 ust. 1 pzp, że pozycje te zostały włączone do innych pozycji wypełnionego przedmiaru robót. Ponadto pozycje nazywane przez Odwołującego niewycenionymi pojawiają się w Przedmiarze Robót wielokrotnie, zatem nie ma podstaw by nie dać wiary wyjaśnieniom Konsorcjum Budimex. Wskazanie ceny „0” zł w danej pozycji skutkować może jedynie barkiem obowiązku ze strony Zamawiającego do zapłaty dodatkowego wynagrodzenia za pozycje tak wycenione, ponad cenę wskazaną w ofercie.

Konsorcjum Budimex popełniło omyłkę wskazując jednoroczny okres zgłaszania ewentualnych wad (okres rękojmi) zamiast okresu 3 letniego wskazanego w s.i.w.z. po jej modyfikacji. W okolicznościach tego konkretnego postępowania, wobec tego, że pierwotnie Zamawiający określił w s.i.w.z. jednoroczny okres, oraz biorąc pod uwagę, że treść oferty Konsorcjum Budimex w pozostałym zakresie była zgodna z s.i.w.z., wynika zamiar złożenia oferty zgodnej z wymaganiami Zamawiającego. Zamawiający mógł ją dostrzec i poprawić samodzielnie, bez udziału wykonawcy. Dokonana poprawa, na którą Konsorcjum Budimex wyraziło zgodę nie stanowi istotnej zmiany treści jego oferty. „Istotność” tą należy rozpatrywać w kontekście istotnych elementów umowy, w tym przypadku o roboty budowlane– wśród istotnych postanowień tej umowy wskazanych w art. 647 kc nie

występuje okres rękojmi. Również Zamawiający nie przewidział długości udzielonego okresu rękojmi jako kryterium oceny ofert. Zatem nieuprawnione jest twierdzenie, że dokonane poprawienie okresu zgłaszania wad stanowi istotną zmianę oferty, zwłaszcza, że nie wpłynęło w żaden sposób na cenę tej oferty.

Konsorcjum Budimex wskazało dwóch kierowników budowy: Stanisława R. i Bogdana W. oraz złożyło stosowne oświadczenie w zakresie posiadanych przez te osoby uprawnień. Zamawiający nie wymagał złożenia takiego oświadczenia w treści wykazu osób, w tabeli należało wpisać jedynie specjalność i podstawę wydania. Ponieważ Zamawiający żądał wskazania tylko jednej osoby, która spełnia wymagania z pkt. 8.3.2 IDW s.i.w.z., po stwierdzeniu, że Stanisław R. spełnia wszystkie warunki kierownika budowy, Zamawiający nie badał czy druga wskazana osoba również je spełnia.

W zakresie spełniania przez Konsorcjum Budimex warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, kwestionowane przez Odwołującego roboty były wykonywane na rzecz Zamawiającego, który dysponował w związku z tym dostateczną wiedzą na temat zakresu tych robót i prawidłowości ich wykonania.

Odnosnie zarzutów dotyczących Konsorcjum FCC CONSTRUCCIÓN – Zamawiający nie wzywał do złożenia wyjaśnień w zakresie okoliczności wskazanych w odwołaniu, gdyż konsorcjum i tak podlegało wykluczeniu z udziału w postępowaniu, a jego oferta odrzuceniu.

A i B.

21 lutego 2011 r., na skutek wezwania Zamawiającego i przekazania kopii odwołania Odwołującego Konsorcjum FCC CONSTRUCCIÓN, do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w sprawie sygn. akt KIO 333/11 następujący wykonawcy:

- Konsorcjum Budimex ,
 - ZUE S.A., 30-443 Kraków, ul. Jugowicka 6a.
- wnosząc o oddalenie odwołania.

21 lutego 2011 r., na skutek wezwania Zamawiającego i przekazania kopii odwołania Odwołującego Konsorcjum TORPOL, do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w sprawie sygn. akt KIO 335/11 następujący wykonawcy:

- Konsorcjum Budimex,
 - Konsorcjum FCC CONSTRUCCIÓN,
 - ZUE S.A., 30-443 Kraków, ul. Jugowicka 6a.
- wnosząc o oddalenie odwołania.

Żadna ze Stron w obu sprawach nie kwestionowała interesu Konsorcjum Budimex w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego, jednakże zarówno Odwołujący Konsorcjum FCC CONSTRUCCIÓN jak i Odwołujący Konsorcjum TORPOL, każdy w swojej sprawie, podnieśli na posiedzeniu okoliczność braku umocowania Marcina S. do podpisania zgłoszenia przystąpienia w imieniu Konsorcjum Budimex, wskazując na bezskuteczność dokonanego przystąpienia – do jego pisemnego zgłoszenia została bowiem załączona kopia pełnomocnictwa z 3 listopada 2010 r. (załączonego w oryginale do oferty Konsorcjum Budimex), z którego treści wynika, iż wygasło ono 11 lutego 2011 r. Wobec przedłożenia na posiedzeniu przez Konsorcjum Budimex do akt sprawy oryginału pełnomocnictwa z 1 stycznia 2011 r. udzielonego przez zarząd Budimex S.A. Marcinowi S., które obejmuje uprawnienie do składania przystąpień do postępowań odwoławczych wszczętych przez innych wykonawców, oraz biorąc pod uwagę, iż z treści pełnomocnictw udzielonych 12 października 2010 r. przez Tchas Polska spółka z o.o. i „Eiffage Budownictwo Mitex” S.A., wynika, iż ustanowiły one Budimex S.A. liderem konsorcjum tych trzech spółek, upoważnionym również do przystępowania do postępowań toczących się wskutek skorzystania ze środków ochrony prawnej przez inne podmioty – Izba stwierdziła, iż zgłoszenia przystąpień zostały podpisane przez osobę uprawnioną do działania w imieniu Konsorcjum Budimex. Uwzględniając nadto, że oba zgłoszenia przystąpienia zostały dokonane z zachowaniem 3-dniowego terminu i z zachowaniem wymogu przekazania ich kopii każdej ze Stron postępowania w obu sprawach (art. 185 ust. 2 pzp)– Izba dopuściła Konsorcjum Budimex do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego w sprawach sygn. akt: KIO 333/11 i KIO 335/11, jako uczestnika tego postępowania (przystępującego).

Natomiast choć żadna ze Stron w obu sprawach nie kwestionowała interesu ZUE S.A. z siedzibą w Krakowie w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego, jednakże obie Strony w obydwu sprawach oświadczyły, iż nie otrzymały kopii tych przystąpień, a pełnomocnik zgłaszającego przystąpienie obecny na posiedzeniu nie dysponował dowodem przeciwnym, przy braku takiego potwierdzenia w zgłoszeniach wniesionych do Prezesa KIO. Zważając na powyższe, jak również na fakt, iż z treści zgłoszenia przystąpienia nie wynika, iż jest ono złożone w imieniu całego konsorcjum, którego ZUE S.A. jest liderem – Izba nie dopuściła ZUE S.A. z siedzibą w Krakowie do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego w żadnej ze spraw, z uwagi na niedochowanie wymogu przewidzianego w art. 185 ust. 2 pzp.

Wobec braku zgłoszenia opozycji przez którąkolwiek ze Stron oraz wobec zgłoszenia przez przystąpienia do postępowania odwoławczego w ustawowym terminie i z zachowaniem wymogu przekazania jego kopii Stronom postępowania (art. 185 ust. 2 pzp),

Sygn. akt: KIO 333/11
KIO 335/11

Izba dopuściła Konsorcjum FCC CONSTRUCCIÓN do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego w sprawie sygn. akt KIO 335/11 jako uczestnika tego postępowania (przystępującego).

Ponieważ żadne z odwołań nie zawierało braków formalnych i wpisy zostały uiszczone przez każdego z Odwoływających – podlegały rozpoznaniu przez Izbę.

Wobec sprawdzenia w toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających, iż żadne z odwołań nie podlega odrzuceniu na podstawie którejkolwiek z przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp i braku zgłoszenia w tym zakresie odmiennych wniosków na posiedzeniu przez Strony, Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Odwoływający poparli w całości wniesione odwołania, Zamawiający podtrzymał wniosek o oddalenie obu odwołań, a Przystępujący w danej sprawie poparł stanowisko Zamawiającego.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestników postępowania, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron i Uczestników zawarte w odwołaniach, odpowiedziach na odwołania, zgłoszeniach przystąpienia do postępowania odwoławczego oraz oświadczenia i stanowiska wyrażone na rozprawie ustnie do protokołu, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 4 sierpnia 2010 r. pod nr 2010/S_149-230104, w tym samym dniu Zamawiający zamieścił to ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie na tablicy ogłoszeń oraz na swojej stronie internetowej (www.przetargi.plk-sa.pl), na której udostępnił również s.i.w.z..

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp i wynosi (bez zamówień uzupełniających): 1.207.629.400,00 zł, co stanowi równowartość 314.568.741,86 euro.

Wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia 4 sierpnia 2010 r., Izba rozpoznała odwołanie w oparciu o stan prawny uwzględniający wejście w życie ustaw: z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 206, poz.1591), oraz z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778).

W ocenie Izby zarówno Odwołującemu Konsorcjum FCC CONSTRUCCIÓN jak i Odwołującemu Konsorcjum TORPOL przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania w swojej sprawie, gdyż zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 pzp mają zarówno interes w uzyskaniu zamówienia oraz mogą ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp, wskazanych w odwołaniach. W ocenie Izby Odwołujący Konsorcjum FCC CONSTRUCCIÓN legitymuje się tym interesem, gdyż złożył ofertę z najniższą ceną, która jest jedynym kryterium oceny ofert, co stwarza mu realną szansę na uzyskanie zamówienia w razie niezasadności wykluczenia z postępowania, które jednocześnie naraziło go na szkodę z powodu niezyskania odpłatnego zamówienia publicznego. Natomiast Odwołujący Konsorcjum TORPOL, pomimo złożenia trzeciej pod względem ceny oferty, również legitymuje się tym interesem, gdyż uwzględnienie zarzutów jego odwołania dotyczących obu ofert zawierających niższą cenę, również stwarza mu realną możliwość uzyskania zamówienia, a niezgodne z przepisami: wybór oferty najkorzystniejszej i zaniechanie odrzucenia oferty najtańszej – naraża go na szkodę z powodu niezyskania odpłatnego zamówienia publicznego.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, która została również przekazana Izbie w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez Zamawiającego, w szczególności zaś przeprowadziła dowody z: ogłoszenia o zamówieniu, s.i.w.z., modyfikacji nr 2 i 9 do s.i.w.z., protokołu postępowania, oferty Konsorcjum FCC CONSTRUCCIÓN i kopii gwarancji wadialnych złożonych przez tego wykonawcę, Oferty Konsorcjum Budimex. Izba wzięła również pod uwagę inne pisma i dokumenty wymienione i omówione w treści uzasadnienia.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba wzięła również pod uwagę stanowiska i oświadczenia Stron i Uczestników złożone na piśmie w ramach środków ochrony prawnej i wyrażonych ustnie do protokołu w toku rozprawy.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniach i podlegających rozpoznaniu, Izba stwierdziła, iż żadne z odwołań nie może zostać uwzględnione.

A.

Pomimo wskazania w odwołaniu licznych przepisów, których naruszenia dopuścić się miał Zamawiający, istotą sporu w pierwszej sprawie jest zasadność wykluczenia przez

Zamawiającego Konsorcjum FCC CONSTRUCCIÓŃ na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 2 pzp z uwagi na stwierdzoną nieprawidłowość wniesionego wadium.

W s.i.w.z. wadium został poświęcony rozdział 11 Instrukcji dla wykonawców („IDW”). Zgodnie z pkt. 11.1 każdy wykonawca zobowiązany był zabezpieczyć swoją ofertę wadium w wysokości 10.000.000,00 zł, a pkt. 11.2 wskazywał, iż wadium musi być wniesione w formie zgodnej z art. 45 ust. 6 pzp. Odnośnie wadium wnoszonego w formie gwarancji, w pkt. 11.5 wskazano, że ma ona być co najmniej gwarancją bezwarunkową, nieodwoalną, płatną na pierwsze pisemne żądanie Zamawiającego. Z kolei w pkt. 11.6 określono, że gwarancje muszą zawierać (oprócz elementów właściwych dla tej formy, określonych przepisami prawa): nazwę i adres Zamawiającego, oznaczenie (numer) postępowania, określenie przedmiotu postępowania zgodny z pkt. 2.1 oraz termin ważności wadium – odpowiadający terminowi związania ofertą, zgodnie z pkt. 16.1. Wreszcie, w pkt. 11.12 wskazano, że „okoliczności przepadku wadium oraz zasady jego zaliczenia na poczet zabezpieczenia należytego wykonania umowy określa Ustawa”.

W *Gwarancji Bankowej nr 892/10/WAR* złożonej przez Konsorcjum FCC CONSTRUCCIÓŃ znalazły się następujące postanowienia:

„W związku ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia Publicznego na *wykonanie robót budowlanych modernizacji linii nr 9 na odcinku od km 184,800 do km 236,920 objętym obszarem Lokalnego Centrum Sterowania z siedzibą w Hławie nr referencyjny IROZA1-216/01/10/10-POLIŚ 7.1-1.3 (Specyfikacja Przetargowa)*, opracowaną przez Zamawiającego, FCC CONSTRUCCIÓŃ, S.A. (...) (Wykonawca) w celu wypełnienia warunków określonych w Specyfikacji Przetargowej zobowiązany jest dostarczyć Zamawiającemu, między innymi gwarancję bankową na pierwsze żądanie, która będzie zabezpieczać płatność należnego od Wykonawcy wadium z tytułu uczestnictwa w przetargu określonym w Specyfice Przetargowej.

Mając na uwadze powyższe, my Fortis Bank Polska S.A. z siedzibą w Warszawie (...), udzielamy niniejszym gwarancji bankowej do kwoty 10.000.000,00 PLN (...), na okres ważności od dnia (...) do dnia (...), oraz zobowiązujemy się w okresie ważności gwarancji nieodwoalnie i bezwarunkowo do zapłaty na rzecz Beneficjenta, w terminie nie przekraczającym 7 dni roboczych od daty otrzymania od Beneficjenta jego pierwszego pisemnego żądania zapłaty, zawierającego oświadczenie, że:

- 1) Wykonawca odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w Specyfikacji Przetargowej; lub
- 2) Wykonawca nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy; lub

- 3) zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy; lub
- 4) Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 Ustawy Prawo Zamówień Publicznych z dnia 29 stycznia 2004 r. (*Ustawa*), nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 tejże Ustawy, lub pełnomocnictw, i nie udowodnił, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie;

kwot wskazanych w żądaniu Beneficjenta do wysokości udzielanej gwarancji.

(...)

Niniejsza gwarancja podlega przepisom prawa polskiego”.

Zamawiający w zawiadomieniu o wykluczeniu Konsorcjum FCC CONSTRUCCIÓN, oprócz przytoczenia 4 przesłanek zatrzymania wadium (w brzmieniu bardzo zbliżonym do literalnej treści art. 45 ust. 5 i i 4a pzp), wskazał, iż przytoczony powyżej pkt. 1 wyliczenia zawartego w gwarancji używa sformułowania „na warunkach określonych w Specyfikacji Przetargowej”, natomiast zgodnie z art. 46 ust. 5 pkt 1 pzp powinno ono brzmieć „na warunkach określonych w ofercie”, co powoduje podleganie wykonawcy wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pzp.

Z powyższego wynika, iż niezasadny jest zarzut odwołania dotyczący naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 92 ust. 1 pkt 3 pzp, gdyż wskazał on uzasadnienie prawne i faktyczne swojej decyzji – nawet jeżeli jest ono zwięzłe, w sposób dostateczny informuje o zasadniczych powodach wykluczenia z postępowania. Jednak istotniejsze i kluczowe znaczenia dla rozstrzygnięcia o zasadności lub nie odwołania ma jednak stwierdzenie przez Izbę, czy wykluczenie z postępowania Konsorcjum FCC CONSTRUCCIÓN przez Zamawiającego było prawidłowe w okolicznościach niniejszej sprawy.

Na wstępie Izba stwierdza, iż podziela stanowisko doktryny i orzecznictwa (liczne wyroki wskazano w odwołaniu), iż treść gwarancji bankowej wnoszonej jako wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie musi zawierać sformułowania warunków uprawniających zamawiających do żądania wypłaty od jej wystawcy w sposób będący dosłownym powtórzeniem brzmienia przepisów art. 46 ust. 4 a i ust. 5 pzp. Jest tak w szczególności gdy postanowienia s.i.w.z., nie zawierają takiego nakazu, czy też jak w niniejszej sprawie, blankietowo odsyłają do przepisów ustawy, nie formułując zalecanego brzmienia opisu tych warunków, pozostawiając w tym zakresie pewną swobodę wykonawcom. Przebieg postępowania odwoławczego wykazał, iż *de facto* w tym zakresie nie ma również sporu pomiędzy Stronami. Odwołujący błędnie wyciągnął ze zwięzłego zawiadomienia o wykluczeniu z postępowania wnioski, iż Zamawiający wymagał

dosłownego przytoczenia przesłanek zatrzymania wadium w brzmieniu wskazanym w przepisach ust. 4a i 4 art. 46 pzp i na tym głównie oparł swój niezasadny zarzut naruszenia przez Zamawiającego zasady równego traktowania wykonawców przy ocenie prawidłowości poszczególnych wadium wniesionych w formie gwarancji. Zarówno w odpowiedzi na odwołanie, jak i na rozprawie Zamawiający wskazał, iż nie stawiał takiego wymagania od żadnego z wykonawców, czemu nie zaprzecza dokumentacja prowadzonego postępowania.

Gwarancja bankowa ma swoje źródło przepisach art. 81 do art. 84 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 roku Prawo bankowe (t.j. Dz. U. z 2002 r. Nr 72, poz. 665, z późn. zm.). Przepis art. 82 ust. 1 definiuje istotę gwarancji bankowej, wskazując, iż jest ona jednostronnym zobowiązaniem banku-gwaranta, że po spełnieniu przez podmiot uprawniony (beneficjenta gwarancji) określonych warunków zapłaty, które mogą być stwierdzone określonymi w tym zapewnieniu dokumentami, jakie beneficjent załączy do sporządzonego we wskazanej formie żądania zapłaty, bank ten wykona świadczenie pieniężne na rzecz beneficjenta gwarancji - bezpośrednio albo za pośrednictwem innego banku. Z przepisu art. 82 ust. 2 wynika, iż dla udzielenia i potwierdzenia gwarancji wymagana jest forma pisemna pod rygorem nieważności. W doktrynie przeważa przy tym stanowisko, iż gwarancja bankowa jest odrębną umową Prawa bankowego, która jednostronnie zobowiązuje bank. Natomiast przepis art. 84 Prawa bankowego wskazuje, iż do gwarancji bankowych stosuje się przepisy kodeksu cywilnego, zastrzegając, iż zobowiązanie banku ma zawsze charakter pieniężny. Ze szczerzej regulacji Prawa bankowego dotyczącej gwarancji wynika wniosek, iż precyzyjne ukształtowanie tego stosunku prawnego zależy od woli stron, w szczególności od gwaranta, który działa na polecenie zleceniodawcy (wykonawcy zainteresowanego udziałem w postępowaniu), który powinien działać według wskazówek Zamawiającego, który ma być beneficjentem świadczenia pieniężnego z gwarancji. Zatem treść dokumentu gwarancji powinna w sposób kompletny zakres obowiązków i uprawnień stron tego stosunku prawnego. Jednocześnie odesłanie do stosowania przepisów kodeksu cywilnego oznacza, co do zasady, możliwość stosowania reguł wykładni oświadczeń woli i umów wskazanych w art. 65 § 1 i 2 kodeksu cywilnego w odniesieniu do tej czynności prawnej.

Izba zważyła jednak, iż Odwołujący nie wykazał, jakie to okoliczności, w których zostało złożone oświadczenie gwaranta lub zasady współzycia społecznego czy też ustalone zwyczaje pozwalają na stwierdzenie, iż przesłanka określona wprost w gwarancji jako odmowa podpisania umowy na warunkach określonych w s.i.w.z. zawiera w sobie w przesłankę odmowy podpisania umowy na warunkach określonych w ofercie, o której mowa w przepisie art. 46 ust. 5 pkt 1 pzp. W niniejszej sprawie literalne brzmienie gwarancji jest bowiem jasne, zrozumiałe i nie wymaga wyinterpretowania z okoliczności towarzyszących

udzieleniu gwarancji (a to, że gwarancja została udzielona w związku z prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniem jest oczywiste i wprost wynika z jej treści, nie jest zatem żadną okolicznością towarzyszącą), czy badaniu zgodnego zamiaru stron. Wobec braku jakiegokolwiek odrębnego oświadczenia czy stanowiska gwaranta, nie sposób ustalić zgodnego zamiaru stron inaczej niż na podstawie dokumentu gwarancji przedstawionej Zamawiającemu. Jeżeli chodzi zaś o wolę Zamawiającego, to jest ona jasna – wymagał aż i tylko odzwierciedlenia w jej treści przesłanek zawartych w art. 46 ust. 4 a i 5 pzp. Wobec w sposób oczywisty odmiennego ukształtowania pierwszej przesłanki wskazanej z gwarancji w stosunku do przesłanki wynikającej z przepisu art. 46 ust. 5 pkt. 1 pzp, to na Odwołującym ciążył ciężar wykazania, iż ta przesłanka ustawowa objęta jest treścią przesłanki wskazanej w gwarancji. Odwołujący stawia przy tym Zamawiającemu nieprzystający do podnoszonej argumentacji zarzut naruszenia przepisu art. 87 ust. 1 pzp, który to przepis odnosi się do wyjaśniania treści merytorycznej zawartości oferty, a już nie do np. dokumentów składanych na potwierdzenie warunków podmiotowych, tym bardziej do wadium stanowiącego zupełnie odrębną czynność prawną od oferty. Ustawa pzp nie przewiduje również żadnego odrębnego trybu „wyjaśniania” treści dokumentu gwarancji, gdyż skuteczność i zakres zabezpieczenia wadialnego w formie gwarancji, mającej charakter zobowiązania abstrakcyjnego, odrębnego od zobowiązania z oferty, powinna w sposób jasny, pewny i jednoznaczny wynikać z treści dokumentu gwarancji wskazującego w sposób właściwy okoliczności, w których zamawiający będzie mógł skorzystać z zabezpieczenia wadialnego oferty.

Chybiona jest argumentacja odwołania, iż uzależnienie wypłaty z gwarancji od odmowy podpisania umowy na warunkach określonych w s.i.w.z. w oczywisty sposób wskazuje na szersze zabezpieczenie interesu Zamawiającego w stosunku do ustawowej przesłanki odmowy podpisania umowy na warunkach określonych w ofercie, gdyż to s.i.w.z. określa maksymalny zakres świadczenia wykonawcy, które może być objęte umową w sprawie zamówienia publicznego oraz minimalne wymagania i warunki, które muszą spełniać postanowienia oferty i umowy w sprawie zamówienia publicznego. Odwołujący niekonsekwentnie przy tym raz wskazuje, iż wynika to z wykładni logiczno-funkcjonalnej treści gwarancji, innym razem wskazuje, iż wystarczająca jest wykładnia literalna spornego postanowienia gwarancji. Odwołujący w sposób nieuzasadniony umniejsza decydujące znaczenie oferty jako oświadczenia woli wykonawcy zawarcia umowy na warunkach w niej wskazanych, będącego sposobem zawarcia umowy wskazanym w art. 66 § 1 kc. Według rozumowania Odwołującego, skoro z przepisów wynika, iż treść oferty ma odpowiadać treści s.i.w.z., to tym samym z góry należy przyjąć, że treść jego oferty jest zgodna, a z tej

zgodności ma z kolei wynikać tożsamość odmowy podpisania umowy na warunkach złożonej oferty z odmową podpisania na warunkach obowiązującej w postępowaniu s.i.w.z. Tymczasem badanie prawidłowości zabezpieczenia wadium następuje przed zbadaniem merytorycznej zgodności oferty z s.i.w.z., zatem jego skuteczność nie może być uzależniona od wyniku tego badania. Przede wszystkim jednak, choć treść oferty ma być zgodna z treścią s.i.w.z., to oferta jako oświadczenie woli wykonawcy określa w sposób decydujący i wiążący warunki, na których zobowiązuje się on wykonać zamówienie udzielane przez zamawiającego, w szczególności tylko i wyłącznie z oferty wynika konkretyzacja wynagrodzenia jakiego domaga się za swoje świadczenie wykonawca. Nie sposób zatem pominąć wagi oświadczenia woli wykonawcy w postaci oferty, która ma być zabezpieczona wadium na wypadek odmowy podpisania umowy na jej warunkach, i twierdzić, że prawidłowe jest ustanowienie zabezpieczenia, które odwołuje się, z pominięciem oferty, wyłącznie do oświadczenia woli Zamawiającego w postaci s.i.w.z., które było wyłącznie zaproszeniem do jej złożenia. Przy logice prezentowanej przez Odwołującego w ogóle zbędna byłaby oferta, wystarczające byłoby ogólne oświadczenie wykonawcy o akceptacji treści s.i.w.z., w tym warunków umowy i wyrażenie gotowości zawarcia umowy, bez podania ceny, gdyż przecież „każda cena jest zgodna z s.i.w.z”. Niesłuszne jest zatem stanowisko Odwołującego, iż odmowa podpisania umowy na warunkach złożonej oferty jest zawsze tożsama z odmową podpisania umowy na warunkach s.i.w.z.

Błędne jest także wskazywanie, że odwoływanie się przez gwarancję do warunków s.i.w.z. należy traktować tym samym jako odwołanie do wszelkich postanowień s.i.w.z., w tym do pkt. 11.12 IDW s.i.w.z., a skoro postanowienie to odsyła w zakresie okoliczności przypadku wadium do ustawy pzp, oznacza, że gwarancja obejmuje wszystkie przesłanki wskazane w przepisach art. 46 ust. 5 i 4a pzp. Tymczasem postanowienie s.i.w.z. w brzmieniu „okoliczności przypadku wadium oraz zasady jego zaliczenia na poczet zabezpieczenia należytego wykonania umowy określa Ustawa” (pzp), skoro, jak to sam przyznaje Odwołujący, nie wprowadza żadnego szczególnego wymagania w zakresie sformułowania warunków zapłaty w gwarancji, ma walor wyłącznie informacyjny. Jedynym sposobem by sformułowanie to nabrało charakteru „normatywnego” byłoby przeniesienie go wprost do gwarancji– wtedy i tylko wtedy można by uznać, że w sposób wiążący gwarant zobowiązał się do wypłacenia wadium we wszelkich okolicznościach przewidzianych ustawą pzp. następujące wskazanie informacyjne

W ocenie Izby nie zasługuje również na uwzględnienie stanowisko Odwołującego, iż przesłanka odmowy podpisania umowy na warunkach określonych w ofercie jest również objęta przesłanką niemożności zawarcia umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

W ten sposób Odwołujący domaga się od Zamawiającego, a następnie od Izby zajęcia stanowiska, iż spośród przesłanek przewidzianych przez ustawodawcę w art. 46 ust. 5 pzp, przesłanka wskazana w pkt. 1 jest zbędna i nie musi być brana pod uwagę przez wykonawców i zamawiających. Skład orzekający nie czuje się uprawniony do takiego zakwestionowania racjonalności ustawodawcy, a rolą Izby w niniejszej sprawie jest wyłącznie ocena czy zakwestionowane wadium wniesione przez Odwołującego obejmuje wszystkie przesłanki przewidziane w ustawie pzp, a nie rozstrzyganie czy któraś z przesłanek przewidzianych przez ustawodawcę jest zbędna. Izba zważyła przy tym, że w doktrynie powszechnie wskazuje się na odrębny charakter przesłanki z pkt. 3 ust. 5 art. 46. Stanowisku Odwołującego przeczy również dorobek doktryny. Generalnie wskazuje się, iż chodzi o sytuację tzw. zawinionej niemożności pierwotnej świadczenia (powstałej przed wyborem oferty a ujawnionej już po wyborze) i zawinionej przez wykonawcę niemożności następczej świadczenia. (powstałej już po wyborze oferty). Jako konkretny przykład podaje się sytuację, kiedy wykonawca utraci uprawnienia do wykonywania prac, wchodzących w zakres przedmiotu zamówienia, czy też nie otrzyma pozwoleń, do otrzymania których zobowiązał się w ofercie.

Bez znaczenia dla rozstrzygnięcia w niniejszej sprawie jest to czy Zamawiający wcześniej w innych prowadzonych postępowaniach akceptował zabezpieczenia wadium o analogicznej treści. Izba nie jest uprawniona do oceny postępowania Zamawiającego w innych postępowaniach, gdyż nie mieści się to w granicach kognicji Izby w niniejszej sprawie. Wbrew stanowisku zajętemu w odwołaniu, odmienne zachowanie Zamawiającego w innych prowadzonych postępowaniach nie może być substratem zarzutu naruszenia art. 7 pzp, gdyż naruszenia przez zamawiającego zasad równego traktowania wykonawców i przestrzegania zachowania uczciwej konkurencji ocenia się w ramach danego postępowania. Na marginesie trzeba jednak zauważyć, iż nie znajduje również uzasadnienia dalsze popełnianie błędów w prowadzonym postępowaniu oparte na ukształtowanej złej praktyce. Odnosnie prowadzenia przez Zamawiającego czynności związanych z badaniem oferty Odwołującego – żaden przepis tego nie zakazuje Zamawiającemu prowadzenia takich czynności, nawet jeżeli są one zbędne. Z kolei ich prowadzenie nie tworzy żadnego prawnie wiążącego domniemania, iż wadium zostało ocenione jako prawidłowe i nie może zostać już zakwestionowane.

B.

Nie potwierdził się zarzut, iż Konsorcjum Budimex powinno zostać wykluczone przez Zamawiającego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 pzp, gdyż nie wykazało spełnienia warunków udziału w postępowaniu dotyczących posiadania wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia.

W zakresie warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia określonego w pkt. 8.3.1 IDW s.i.w.z. w części dotyczącej elementów zakwestionowanych przez Odwołującego Konsorcjum TORPOL: wykonania budowy lub przebudowy jednej stacji kolejowej posiadającej dwa tory główne zasadnicze oraz dwa tory główne dodatkowe oraz zabudowy 30 szt. rozjazdów na podrozjazdnicach strunobetonowych, Konsorcjum Budimex wskazało w inwestycję wykonaną w okresie od 23 lipca 2007 r. do 2 grudnia 2009 r. na rzecz PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie, które w załączonym Liście referencyjnym z 14 stycznia 2010 r. (sygn. pisma IRR1a-024-5/2010) potwierdziły należyte i terminowe wykonanie tych robót związanych z modernizacją stacji Gdynia Osobowa - Etap I. Pomimo postawienia zarzutu, iż referencja nie potwierdza oświadczenia złożonego w wykazie, Odwołujący nie sprecyzował w odwołaniu z czego wywodzi konieczność zawarcia w treści referencji wystawionej po zakończeniu robót na początku 2010 r. elementów warunku określonych w przedmiotowym postępowaniu, ani nie wskazał czy i w jaki sposób treść dokumentu referencyjnego podważa treść wykazu potwierdzającą spełnianie przywołanych powyżej elementów warunku z pkt 8.3.1 IDW s.i.w.z. Natomiast na rozprawie Odwołujący TORPOL przed zamknięciem rozprawy wycofał zarzut odwołania dotyczący niewykazania przez Konsorcjum Budimex spełnienia tych elementów przywołanego warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia.

W odniesieniu do warunku dotyczącego dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, Izba ustaliła i wzięła pod uwagę, co następuje. IDW s.i.w.z. w pkt. 8.3.2 lit. a zawiera określenie szczegółowego warunku Zamawiającego w tym zakresie, natomiast w pkt.9.1.4 lit. a i b wskazano dokumenty, jakie należy złożyć na potwierdzenie tego warunku. Zamawiający od początku w pkt. 8.3.2. lit. a wymagał dysponowania na stanowisko Kierownika Budowy 1 osobą o wykształceniu wyższym technicznym i kwalifikacjach (doświadczeniu) opisanym jako „co najmniej 5 (pięć) lat doświadczenia, na stanowisku Kierownika Budowy/ Kierownika robót w rozumieniu Ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (t.j.: Dz. U. z 2006 r., Nr 156, poz. 1118 z późn. zm.) na robotach związanych z budową, przebudową/modernizacją infrastruktury kolejowej”, a jako pierwszy z dokumentów (lit. a pkt. 9.1.4) od początku wskazywał „wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu Zamówienia, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania Zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nich czynności, oraz informację o podstawie dysponowania tymi osobami (sporządzone zgodnie z Załącznikiem nr 5 do SIWZ)”. Natomiast w zakresie uprawnień Zamawiający w pkt. 8.3.2. lit. a wskazał pierwotnie „Uprawnienia budowlane do

kierowania robotami w specjalności kolejowej lub konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń”, oraz w pkt. 9.1.4 lit. b jako dokument „oświadczenie potwierdzające posiadanie uprawnień przez osobę wymienioną w tabeli w punkcie 8.3.2, wydane na podstawie ustawy Prawo budowlane (t.j.: Dz. U. z 2006 r., Nr 156, poz. 1118 ze zm.) oraz Rozporządzenia Ministra Transportu i Budownictwa z dnia 28 kwietnia 2006 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. z 2006 r., Nr 83, poz. 578 ze zm.) lub odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane, które zostały wydane na podstawie wcześniejszych przepisów”. Następnie pkt. 8.3.2. lit. a w zakresie uprawnień został zmieniony na zdanie: „Uprawnienia budowlane do kierowania robotami w specjalności kolejowej lub konstrukcyjno-budowlanej wydane na podstawie ustawy Prawo budowlane (t.j.; Dz. U. z 2006 r., Nr 156, poz. 1118 ze zm.) oraz Rozporządzenia Ministra Transportu i Budownictwa z dnia 28 kwietnia 2006 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. z 2006 r., Nr 83, poz. 578 ze zm.) lub odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane, które zostały wydane na podstawie wcześniejszych przepisów”, bez zmiany pkt. 9.1.4 lit. b. Wreszcie ostatecznie *Modyfikacją nr 2* z 24 sierpnia 2010 r. pkt. 8.3.2. lit. a w zakresie uprawnień otrzymał ostatecznie brzmienie „Uprawnienia budowlane do kierowania robotami w specjalności kolejowej lub konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń wydane na podstawie ustawy Prawo budowlane (t.j.; Dz. U. z 2006 r., Nr 156, poz. 1118 ze zm.) oraz Rozporządzenia Ministra Transportu i Budownictwa z dnia 28 kwietnia 2006 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. z 2006 r., Nr 83, poz. 578 ze zm.) lub które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów”, a pkt 9.1.4 lit. b: „oświadczenie potwierdzające posiadanie uprawnień przez osobę wymienioną w tabeli w punkcie 8.3.2, wydane na podstawie ustawy Prawo budowlane (t.j.: Dz. U. z 2006 r., Nr 156, poz. 1118 ze zm.) oraz Rozporządzenia Ministra Transportu i Budownictwa z dnia 28 kwietnia 2006 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. z 2006 r., Nr 83, poz. 578 ze zm.) lub które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów”.

Konsorcjum Budimex w złożonym wykazie wskazało dwie osoby proponowane na stanowisko Kierownika Budowy: Stanisława R. oraz Bogdana W. Z uwagi na oświadczenie przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie, potrzymane na rozprawie, iż ocenił spełnianie przez Konsorcjum Budimex warunku z pkt. 8.3.2 wyłącznie na podstawie badania wykazu w zakresie dotyczącym Stanisława R., uznając za zbędne badanie tego wykazu w odniesieniu do drugiej wskazanej osoby – zarzuty podniesione względem spełniania przez drugą osobę wymagań s.i.w.z. w zakresie wymaganego doświadczenia należy uznać za niepodlegające rozpatrzeniu przez Izbę jako przedwczesne. W odniesieniu do Stanisława R.

w wykazie podano, iż posiada on wykształcenie wyższe techniczne, wskazując następujące uprawnienia: po pierwsze, „Uprawnienia budowlane nr ewidencyjny SWK/0155/OHOKol/06 Do kierowania robotami budowlanymi w ograniczonym zakresie w specjalności kolejowej”, po drugie, „Nr ewid. KL – 107/86 Stwierdzenie przygotowania zawodowego do pełnienia samodzielnej funkcji kierownika budowy i robót w specjalności konstrukcyjno-budowlanej”, po trzecie, „Członek Świętokrzyskiej Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa o nr ewid. SWK/BO/1717/01”. W odniesieniu do Stanisława R. Odwołujący Konsorcjum TORPOL podniósł brak wskazania w wykazie przez Konsorcjum Budimex, iż osoba ta posiada uprawnienia w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń w rozumieniu § 17 ust. 1 rozporządzenia Ministra Transportu i Budownictwa z dnia 28 kwietnia 2006 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. z 2006 r., Nr 83, poz. 578, z późn. zm.). Odwołujący formułując swój zarzut pominął okoliczność, iż Zamawiający dopuścił oprócz tych uprawnień nabytych według aktualnie obowiązujących przepisów w zakresie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie, również posiadanie takich uprawnień wydanych na podstawie poprzednio obowiązujących przepisów. Zamawiający uwzględnił w ten sposób przepis art. 104 obowiązującej ustawy z 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane, zgodnie z którym osoby, które, przed dniem wejścia w życie ustawy, uzyskały uprawnienia budowlane lub właśnie stwierdzenie posiadania przygotowania zawodowego do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie, zachowują uprawnienia do pełnienia tych funkcji w dotychczasowym zakresie. Tymczasem z nazwy i oznaczenia stwierdzenia przygotowania zawodowego wymienionego w wykazie, wynika, iż Stanisław R. uzyskał je 1986 r., a zatem pod rządami ustawy z dnia 2 października 1974 r. Prawo budowlane (Dz. U. Nr 38, poz. 229, z późn. zm.). Zgodnie z przepisem art. 18 ust. 1 tej ustawy samodzielne funkcje techniczne w budownictwie mogły wykonywać osoby posiadające odpowiednie wykształcenie techniczne i praktykę zawodową, dostosowane do rodzaju, stopnia skomplikowania działalności i innych wymagań. Natomiast według przepisu § 13 ust. 1 rozporządzenia Ministra Gospodarki Terenowej i Ochrony Środowiska z dnia 20 lutego 1975 w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. Nr 8, poz. 46, z późn. zm.) stwierdzano między innymi posiadanie przygotowania zawodowego do pełnienia samodzielnej funkcji kierownika budowy w specjalności konstrukcyjno-budowlanej, która obejmowała budynki oraz inne budowle niewymienione między innymi w specjalności konstrukcyjno-inżynierskiej dotyczącej linii, węzłów i stacji kolejowych. Biorąc pod uwagę, iż w wykazie wskazano, iż Stanisław R. ma wykształcenie wyższe oraz datę nabycia uprawnień – wskazane przygotowanie zawodowe, upoważniające do wykonywania samodzielnej funkcji kierownika budowy i robót w specjalności konstrukcyjno budowlanej należy uznać za ważne

z mocy art. 104 obowiązującego Prawa budowlanego i odpowiadające wydawanym aktualnie pod jego rządami uprawnieniom budowlanym do kierowania robotami w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń.

Wobec tego, przy jednoczesnym załączeniu do oferty Konsorcjum Budimex odrębnego oświadczenia potwierdzającego posiadanie przez Stanisława R. uprawnień, wydanych na podstawie ustawy Prawo budowlane (t.j.: Dz. U. z 2006 r., Nr 156, poz. 1118 ze zm.) oraz Rozporządzenia Ministra Transportu i Budownictwa z dnia 28 kwietnia 2006 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. z 2006 r., Nr 83, poz. 578 ze zm.), lub odpowiadających im ważne uprawnienia budowlane, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów, która to część oświadczenia tyczy się uprawnień opisanych jako drugie w wykazie – brak jest podstaw do kwestionowania, iż Konsorcjum Budimex nie wykazało potwierdzenia spełniania warunku wskazanego w pkt. 8.3.2. lit. a IDW s.i.w.z. W ocenie Izby nie ma w tym zakresie żadnego znaczenia użycie w treści tego oświadczenia sformułowania sprzed modyfikacji pkt. 9.1.4 lit. b (zamiast „lub które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów”), gdyż można nawet uznać poprzednie sformułowanie za bardziej precyzyjne. Nadto istotne i decydujące znaczenie ma fatyczne merytoryczne potwierdzenie postawionego wymogu przez złożony wykaz i oświadczenie, niż dosłownie odzwierciedlenie brzmienia wzorca wskazanego w s.i.w.z., a więc zachowanie wymagania czysto formalnego.

Złożona przez Przystępującego Konsorcjum Budimex kopia dokumentu przyznającego uprawnienia wskazane w wykazie, to jest Stwierdzenia przygotowania zawodowego do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie Nr ewid. KL. 107/86, dodatkowo potwierdziła prawidłowość tych ustaleń. Zostały one bowiem wydane na podstawie § 5 ust. 1 pkt 1, § 13 ust. 1 pkt 2, § 7, § 6 ust. 1 i 3 przywołanego powyżej rozporządzenia MGTiOŚ z 20 lutego 1975, potwierdzając w szczególności, iż Stanisław R. jako inżynier budownictwa lądowego jest upoważniony do kierowania, nadzorowania i kontrolowania budowy i robót, kierowania i kontrolowania wytwarzania konstrukcyjnych elementów budowlanych oraz oceniania i badania stanu technicznego w zakresie wszelkich budynków oraz innych budowli, z wyłączeniem linii węzłów i stacji kolejowych, dróg oraz lotniskowych dróg startowych i manipulacyjnych, mostów, budowli hydrotechnicznych i wodno-melioracyjnych, co odpowiada wydawanym na podstawie aktualnie obowiązujących przepisów uprawnieniom do kierowania robotami w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń.

Nie potwierdził się również zarzut, iż oferta Konsorcjum Budimex powinna zostać odrzucona przez Zamawiającego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 pzp, gdyż przez pominięcie 8 pozycji przedmiarów jest niezgodna z treścią s.i.w.z. i zawiera błędy w obliczeniu ceny.

Opis sposobu obliczania ceny oferty zawiera rozdział 13 IDW s.i.w.z. Zgodnie z brzmieniem postanowienia pkt. 13.3: „Wykonawca musi dostarczyć wypełniony Przedmiar Robót. Wykonawca musi wycenić wszystkie pozycje Przedmiaru Robót. Nie będą dokonywane jakiegokolwiek odrębne płatności za pozycje, których cena nie została podana w wypełnionym Przedmiarze Robót. Pozycje takie będą uznane za włączone do innych pozycji wypełnionego Przedmiaru Robót”. W pkt. 13.4 wskazano, iż ceną oferty jest suma cen wszystkich pozycji podanych w wypełnionym Przedmiarze Robót. W Tomie IV *Przedmiary robót* w Części I *Podstawa wyceny ofert* w pkt.5 *Wycena pozycji w Przedmiarach robót* wskazano między innymi, iż „Każda pozycja ma być wyceniona lub jeśli jakieś pozycje pozostaną bez wyceny, to należy uznać, że wartość opisanych robót została uwzględniona w innym miejscu” (pkt 5.3) oraz, że „Ceny jednostkowe będą stałe i nie będą przedmiotem żadnych zmian w okresie trwania Umowy. Pozycje w wycenionych przedmiarach robót będą składały się na całkowitą sumę umowną” (pkt. 5.4).

Natomiast pkt. 13.5 IDW s.i.w.z. w zakresie sposobu zapłaty i rozliczenia za realizację zamówienia, odsyła do Tomu II s.i.w.z. czyli do *Warunków umowy*, na które składa się *Formularz umowy*, *Załącznik do umowy*, *Warunki ogólne umowy* („OWU”) i *Warunki szczególne umowy* („SWU”). Z § 3 *Formularza umowy* wynika, iż Zamawiający zapłaci za wykonanie robót budowlanych modernizacji linii nr 9 na odcinku od km 184,800 do km 236,920 objętym obszarem Lokalnego Centrum Sterowania z siedzibą w Łławie, na podstawie oferty wybranego wykonawcy, całkowitą cenę brutto, na którą składa się w ramach całkowitej ceny netto: wartość robót netto oraz kwota warunkowa. Kwota warunkowa została natomiast zdefiniowana w SWU, w Klauzuli 1 *Postanowienia ogólne*, w SubKlauzuli 1.1 *Definicje* w pkt. 1.1.4.10 jako „kwota, która służy w szczególności do pokrycia różnic pomiędzy ilością robót określoną w obmiarze, a ilością robót określoną w Przedmiarze Robót oraz do sfinansowania robót, które ujęte zostały w Projekcie Budowlanym a nie ujęte w Przedmiarze Robót. Natomiast Klauzula 12 *Obmiary i wycena* SWU, w postanowieniach SubKlauzuli 12.1 *Obowiązkowe obmiary Robót* i SubKlauzuli 12.2 *Metody obmiaru* – przewiduje obligatoryjnie prowadzenie obmiarów faktycznie wykonanych na podstawie zawartej umowy robót według wskazanych metod. Natomiast SubKlauzula 12.3 *Wycena*, wskazuje, iż „Jeżeli w Kontrakcie nie ustalono inaczej, to w celu uzgodnienia lub ustalenia Ceny Kontraktowej Inżynier winien postępować zgodnie z Subklauzulą 3.5 [*Określenia*] przez

wycenę każdego elementu robót, stosując pomiary uzgodnione lub ustalone zgodnie z powyższymi Subklauzulami 12.1 i 12.2 oraz odpowiednie stawki lub ceny dla danego elementu. Odpowiednia stawka lub cena dla każdego elementu robót winna być taka, jaka została zatwierdzona w Kontrakcie dla tego elementu lub, jeśli takiego nie ma, to ustalona dla podobnej roboty. Dla elementu roboty będzie jednak ustalona nowa stawka lub cena, jeśli: (a) (i) pomierzona ilość danego elementu zmieni się o więcej niż 10% w stosunku do ilości ustalonej dla tego elementu w Przedmiarze Robót lub innym Wykazie; (ii) ta zmiana ilości pomnożona przez cenę jednostkową ustaloną dla danego elementu przekroczy 0,01 % Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej; (iii), ta zmiana ilości bezpośrednio zmieni jednostkowy Koszt tego elementu o więcej niż 1% oraz (iv) dany element nie jest zaznaczony w Kontrakcie jako *element o stałej stawce(...)*”.

W kosztorysie ofertowym Konsorcjum Budimex w przypadku 6 pozycji (poz. 10.4.2.24 *Wykonanie pali wierconych Ø 800, L=10m, w wyciąganej rurze obsadowej z betonu klasy B30 wraz z jego zbrojeniem* i podwójna poz. 10.4.2.25 *Nawierzchnia asfaltowa Warstwa Wiążąca - asfaltobeton gr. 5 cm Warstwa ściernalna z SMA gr. 4 cm* – na stronie 261 oferty, poz. 12.1.2.26 *Montaż na słupach ograniczników niskonapięciowych podwójnych wraz z połączeniami elektrycznymi* na stronie 816 oferty, poz. 10.2.2.24 na stronie 993 oferty *Wykonanie pali wierconych Ø 1000, w wyciąganej rurze obsadowej z betonu klasy B30 wraz z jego zbrojeniem*, poz. 10.1.2.24 o takiej samej nazwie elementu rozliczeniowego i podwójnej poz. 10.1.2.25 *Nawierzchnia asfaltowa Warstwa Wiążąca gr. 4 cm z SMA Warstwa ściernalna gr. 5 cm z betonu asfaltowego* – na stronie 1613 oferty) wpisano jako ich cenę jednostkową i wartość (cena jednostkowa x ilość jednostek) kwotę „0,00” (zł), a dla jednej pozycji (poz. 9.1.2.11 *Zakup i instalacja szafy telekomunikacyjnej 19”* na stronie 766 oferty) wpisano cenę jednostkową „0,00” (zł), pozostawiając puste pole wartości. Jednocześnie w kosztorysie ofertowym Konsorcjum Budimex można odnaleźć pozycje o identycznej lub zbliżonej do powyżej przytoczonych nazw elementów rozliczeniowych, w których wskazano ceny jednostkowe sięgające, np. od 1107,37 do 1208,04 (zł za m) za *Wykonanie pali wierconych Ø 1000, w wyciąganej rurze obsadowej z betonu klasy B30*, aż do 1224,84 za wykonanie takich pali *wraz z jego zbrojeniem*, czy 5246,40 (zł za szt.) za *Montaż na słupach ograniczników niskonapięciowych podwójnych wraz z połączeniami elektrycznymi*. Natomiast w poz. 5.1.1.5 *Rozbiórka nawierzchni chodnikowej z płyt betonowych lub kostki betonowej z odwozem materiału z rozbiórki i utylizacją* na stronie 1885 oferty wpisano cenę jednostkową i wartość „0,00” dla łącznej ilości 1750 m² jednostek, jednak odrębnie dla *Kostki betonowej gr. 6 cm* w ilości 413,87 m² i *Płyt beton. 50x50x7cm* w

ilości 1335,7 m² – wpisano cenę jednostkową 7,63 (zł) i wartości odpowiadające jej przemnożeniu przez wskazane ilości.

Biorąc pod uwagę powyżej opisane ustalenia, Izba zważyła, iż nie można uznać, iż w ten sposób Konsorcjum Budimex złożyło ofertę, która jest sprzeczna z treścią s.i.w.z., ani też, że popełniło błąd w obliczeniu jej ceny. Przede wszystkim, nie sposób stwierdzić, iż doszło do pominięcia wymienionych powyżej pozycji kosztorysowych opisanych przedmiarem robót sporządzonym przez Zamawiającego jako element opisu przedmiotu zamówienia. Wbrew twierdzeniom Odwołującego TORPOL, z powyżej opisanego stanu faktycznego w tym zakresie, w sposób oczywisty wynika, iż pozycje te nie zostały pominięte, skoro zostały wprost ujęte (wpisane) w kosztorysie ofertowym Konsorcjum Budimex. Tym samym nie można również stwierdzić, iż doszło do pominięcia przez Przystępującego czynności opisanych w tych pozycjach przedmiarów robót.

Izba podziela również stanowisko, iż wpisanie kwoty „0,00” również stanowi wycenę, tyle że wynoszącą 0 zł. Izba zważyła przy tym, iż w sposób oczywisty dla każdej pozycji z ceną jednostkową 0 zł wartość pozycji również wynosi 0 zł, a zatem nie wymaga odrębnych wyjaśnień ustalenie, iż taka jest wartość dla poz. 9.1.2.11 *Zakup i instalacja szafy telekomunikacyjnej 19”* na stronie 766 oferty (dodatkowo występuje tam w ilości 1 szt., a zatem jej cena jednostkowa = wartości). Biorąc pod uwagę postanowienia s.i.w.z. zupełnie nieuprawnione jest domaganie się przez Odwołującego TORPOL by wszystkie pozycje przedmiaru o takich samych (lub nawet tylko zbliżonych) nazwach elementu rozliczeniowego, które nie mają takiej samej (a może tylko zbliżonej?) ceny jednostkowej, a w szczególności te wycenione na 0 zł, uznać za błędy w obliczeniu ceny oferty. Odwołujący nie wskazał na żadne postanowienie s.i.w.z., z którego wynikałby zakaz dokonywania odrębnej i zróżnicowanej wyceny poszczególnych pozycji dotyczących analogicznych elementów rozliczeniowych. Nie jest z pewnością takim postanowieniem pkt. 13.3 IDW s.i.w.z. zawarte w rozdziale dotyczącym sposobu obliczenia ceny oferty, gdyż nie zawiera ono w tej kwestii żadnej regulacji. Natomiast postanowienie to, po pierwsze – nakazuje złożyć w ofercie wypełniony przedmiar robót zawierający wycenę wszystkich jego pozycji (kosztorys ofertowy), po drugie – wskazuje na konsekwencje nieuczynienia zadość temu nakazowi w postaci braku odrębnej (innej niż wskazana w kosztorysie ofertowym) płatności, która siłą rzeczy występuje na etapie wykonania umowy, po trzecie – wskazuje, iż podstawą dla takiego działania w przyszłości jest przyjęcie domniemania, iż pozycje te są włączone do innych pozycji kosztorysu ofertowego (wycenione zostały adekwatnie w ramach tych innych pozycji). Z tym postanowieniem IDW s.i.w.z. zostało skorelowane postanowienie pkt. 5.3 Części I Tomu IV s.i.w.z. zawierającej przedmiary robót, wskazujące na alternatywę łączną

nakazu wyceny każdej pozycji lub uznania niewycenionych pozycji za uwzględnionych w wartości robót w innym miejscu. Wobec tego Odwołujący TORPOL w sposób nieuprawniony i dowolny domaga się wyrwania ze wskazanego powyżej kontekstu pierwszego zdania pkt. 13.3 IDW s.i.w.z. jako bezwzględnego zakazu niewycenienia jakiejkolwiek pozycji przedmiaru z równoczesnym uznaniem dalszych dwóch zdań za wyłącznie odnoszące się do etapu realizacji umowy i regulujących wyłączenie stosowania art. 630 § 1 kodeksu cywilnego przy jej rozliczaniu w zakresie możliwości podwyższenia wynagrodzenia kosztorysowego. Zabieg ten jest chybiony biorąc już pod uwagę, że wspomniany przepis kc dotyczy rodzaju prac w ogóle nieprzewidzianego w zestawieniu prac, natomiast w przytoczonych postanowieniach s.i.w.z. chodzi o elementy rozliczeniowe przewidziane w przedmiarze, dla których z jakichś powodów cena nie została w ogóle podana w kosztorysie ofertowym. Ponadto ostatnie postanowienie rozdziału 13 IDW s.i.w.z. wprost wskazuje, iżw zakresie sposobu rozliczenia i zapłaty za realizację zamówienia właściwe są postanowienia warunków umowy zawarte w Tomie II s.i.w.z.

Na podstawie treści postanowień przytoczonych lub opisanych w ustaleniach faktycznych Izby na użytek niniejszego uzasadnienia co do treści warunków umowy ustalonych w Tomie II s.i.w.z., przyznać jednak należy rację Odwołującemu Konsorcjum TORPOL co do tego, że wynagrodzenie za wykonanie umowy będzie miało charakter co najmniej mieszany, a zatem z elementami wynagrodzenia kosztorysowego – przewidziano bowiem kwotę warunkową na pokrycie, po pierwsze, różnicy między kwotą wynikającą z wycenionego w kosztorysie ofertowym przedmiaru a zakresem faktycznie wykonanych robót, ustalonym na podstawie dokonanych obmiarów. Pomimo iż możliwość zmian wynagrodzenia z powodu tych różnic jest limitowana wymogiem przekroczenia pewnej skali różnic ilościowo-wartościowych pomiędzy przedmiarem a obmiarem (przesłanki wskazane w subklauzuli 12.3 lit. a SWU), przeczy to jednak stanowisku Zamawiającego z odpowiedzi na odwołanie, iż mamy tu do czynienia z klasycznym wynagrodzeniem ryczałtowym, a obmiar służy wyłącznie na potrzeby rozliczenia kolejnych etapów realizacji i wystawieniu przejściowych świadectw płatności. W toku rozprawy Zamawiający złagodził zresztą swoje stanowisko w kierunku przyznania, iż wynagrodzenie za wykonanie umowy ma charakter mieszany. Na marginesie, w nawiązaniu do rozważań zawartych w poprzednim akapicie, zauważyć należy, iż drugim powodem ustanowienia kwoty warunkowej jest uwzględnienie na etapie realizacji zamówienia konieczności opłacenia prac nieujętych w ogóle w przedmiarach robót a wynikających z dokumentacji przetargowej – wbrew twierdzeniom Odwołującego Konsorcjum TORPOL, iż taką możliwość odnośnie umowy wyłącza rzekomo zdanie drugie postanowienia pkt. 13.3 IDW s.i.w.z. Natomiast realizacji tych kosztorysowych elementów wynagrodzenia

na etapie realizacji umowy nie stoi na przeszkodzie sposób wyceny dokonany przez Konsorcjum Budimex w zakresie pozycji zakwestionowanych w odwołaniu. Jedyną konsekwencją wycenienia nielicznych pozycji na 0 zł będzie potencjalna możliwość, iż pomimo tego, czy obmiar wykaże wykonanie tych robót na poziomie zwiększonym w stosunku do obmiaru, to Przystępujący nadal otrzyma za wykonanie tych pozycji 0 zł. Zważając na okoliczność, iż Konsorcjum Budimex wskazało na rozprawie pozycje, w których zrekompensowało sobie te „darmowe” pozycje, nie można mówić o „pokrzywdzeniu” wykonawcy „wbrew powszechnie obowiązującym przepisom”. Również wszystkie pozostałe zagrożenia wskazane w odwołaniu: nieporównywalność ofert złożonych w postępowaniu, dowolność kreowania sposobu rozliczenia przedmiotu zamówienia niezależnie od ceny złożonej oferty – są tylko hipotetycznymi rozważaniami nie mającymi oparcia w okolicznościach niniejszej sprawy. Po pierwsze, zgodnie z postanowieniami s.i.w.z. Zamawiający porównał ceny brutto ofert obliczone jako suma cen wszystkich pozycji podanych w wypełnionym przedmiarze robót. Po drugie, w ofercie Konsorcjum Budimex nie doszło wycenienia wyłącznie pozycji przedmiarowych w zakresie odcinka robót realizowanego jako pierwszy i nie dojdzie zatem w praktyce do uzyskania przez nie całości wynagrodzenia już po wykonaniu tego odcinka z zagrożeniem odstąpienia od realizacji pozostałych ze szkodą dla Zamawiającego.

Przede wszystkim jednak w ocenie Izby nie zasługuje na ochronę działanie Konsorcjum TORPOL, które wykazując *de facto* zaledwie 7 pozycji wycenionych na 0 zł, w skali przedmiaru robót obejmującego tysiące pozycji, domaga się ustalenia, iż doszło do złożenia oferty sprzecznej z treścią s.i.w.z. i zawierającą błędy w obliczeniu ceny. Izba zważyła przy tym, iż bez znaczenia jest chwiejne stanowisko Zamawiającego, który wpierw wprowadza postanowienia mające uchronić od konieczności odrzucenia ofert za takie czy nawet poważniejsze (brak w ogóle wyceny danej pozycji) i bardzo prawdopodobne przy tej skali przedmiaru „uchybień”, a następnie domaga się od wykonawców wyjaśnień, czy jest tak, jak to postanowił w pkt. 13. 3 IDW s.i.w.z. Zupełnie bez znaczenia i zbędne są w ocenie Izby są wreszcie dla rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie ustalenia czy i gdzie Konsorcjum Budimex uwzględniło lub zrekompensowało sobie te siedem na krzyż pozycji wycenionych na 0 zł w skali zamówienia, w którym podsumowanie tysięcy pozycji dało kwotę kilkuset milionów zł.

Podsumowując, wynikający z kosztorysowych elementów wynagrodzenia istotny dla treści złożonej oferty charakter cen jednostkowych w kosztorysie ofertowym nie przesądza o możliwości generalnego i oderwanego od okoliczności konkretnego przypadku zakazu zaferowania ceny jednostkowej oraz wartości prac w poszczególnych pozycjach przedmiaru

w wysokości 0 zł. Jest tak w szczególności w przypadku postępowań takich jak prowadzone przez Zamawiającego, które dotyczą robót budowlanych w znacznym rozmiarze i o znacznym stopniu skomplikowania, z przedmiarem robót na tysiące pozycji. W niniejszej sprawie, biorąc również pod uwagę postanowienia s.i.w.z., brak jest podstaw do przyjęcia, iż doszło do zaferowania świadczenia nieodpowiadającego treści s.i.w.z., ani tym bardziej, że wycena tego świadczenia obarczona jest błędem. W podobny sposób przy wynagrodzeniu kosztorysowym wypowiedziała się wcześniej KIO w uzasadnieniu wyroku z 5 października 2009 r. w sprawie sygn. akt KIO/UZP 1324/09.

Analogiczna przedstawiona powyżej przesądza również o tym, iż zarzut odwołania wskazujący na to, iż oferta Konsorcjum FCC CONSTRUCCIÓN powinna zostać odrzucona przez Zamawiającego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 pzp, gdyż na stronach 1184, 2404 i 1585 oferty dokonano wyceny różnych pozycji przedmiaru według ceny jednostkowej określonej zaledwie na 3,99 zł, przy analogicznych pozycjach wycenionych w innych miejscach na dużo poważniejsze kwoty, co ma stanowić niepodlegające poprawieniu błędy w obliczeniu ceny – jest bezzasadny.

Natomiast drugi zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum FCC CONSTRUCCIÓN na podstawie art. 89 ust. 1 pkt w pzp, pomimo dokonania „scalonej” wyceny pozycji kosztorysowych zamieszczonych na stronach 1008, 1210, 1211 i 1984, co uniemożliwi dokonanie rozliczenia kosztorysowego umowy oraz zmieniło sposób obliczenia ceny oferty przewidziany w s.i.w.z., wobec oświadczenia Zamawiającego, iż nie badał w tym zakresie oferty, powinien zostać uznany za przedwczesny. Jednakże Izba wzięła pod uwagę treść dokumentacji postępowania, z której wynika, iż Zamawiający pismem z 26 stycznia 2011 r. w bardzo obszernym zakresie dokonał poprawienia omyłek oczywistych pisarskich i rachunkowych oraz innych omyłek w ofercie Konsorcjum FCC CONSTRUCCIÓN, co nie byłoby możliwe bez dokładnego zbadania kosztorysu ofertowego.

Izba zatem ustaliła i zważyła, że zarzuty odwołania dotyczące „scalonych” pozycji oparte są na błędnych podstawach faktycznych. Odwołujący Konsorcjum TORPOL nie zadał sobie trudu by ustalić, że „scalona” cena jednostkowa w sposób zamierzony jest taka sama dla każdej ze „scalonych” pozycji, gdyż przemnożenie ilości jednostek każdej z pozycji z tą ceną, daje w rezultacie scaloną wartość łączną. Tylko ta ostatnia ma zatem charakter scalony (jest sumą wartości dla tych pozycji przedmiarowych z jednakową ceną jednostkową zamiast odrębnych wartości dla każdej z pozycji), co nie przeszkadza jednak w obliczeniu w sposób przewidziany w s.i.w.z. ceny oferty, która polega przecież na zsumowaniu cen wszystkich pozycji przedmiarów robót. Z kolei ponieważ dla każdej z tych pozycji podana

cena jednostkowa jest prawidłowa, to nie ma przeszkód dla ewentualnego ustalenia wynagrodzenia za wykonane faktycznie roboty z danej pozycji na zasadzie kosztorysowej, z uwzględnieniem ilości jednostek miary ustalonych przy obmiarze.

W załączniku nr 2 do IDW s.i.w.z. Zamawiający przygotował gotowy do wypełnienia formularz pn. *Załącznik do oferty* zawierający tabelę z trzema kolumnami opisanymi odpowiednio *Szczegóły*, *Sub-Klauzule Warunków Ogólnych i Szczególnych* oraz *Dane*, przy czym tylko dla dwóch parametrów z kolumny *Szczegóły* (*Nazwa i adres Wykonawcy* oraz *Nazwa i adres inżyniera*), przewidziano wpisanie odpowiednich danych przez wykonawców, w pozostałym zakresie dotyczącym kilkunastu pozycji kolumna *Dane* oraz *Sub-Klauzule Warunków Ogólnych i Szczególnych* była już wypełniona wydrukowanymi informacjami, które należało jedynie potwierdzić przez złożenie podpisu pod całą tabelą. W 6 wierszu tabeli wydrukowano w odpowiednich kolumnach: „Okres zgłaszania wad”, „1.1.3.7” oraz „1 rok”. *Modyfikacją nr 9* z 14 października 2010 r. Zamawiający wskazał, iż w kolumnie trzeciej tego wiersza „jest 1 rok, zmienia się na: 3 lata”, przy czym Zamawiający nie przygotował poprawionego formularza *Załącznika do oferty* do wykorzystania przez wykonawców.

Konsorcjum Budimex złożyło podpisany formularz w wersji przygotowanej przez Zamawiającego, pozostawiając wydrukowany okres zgłaszania wad jako 1 rok. Pismem z 23 listopada 2010 r. (nr IROZA1-216-01/ 10 – POLiŚ 7.1-1.3) Zamawiający zawiadomił o dokonaniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt. 3 pzp poprawienia w ofercie Konsorcjum Budimex 1-rocznego okresu zgłaszania wad wskazanego na okres 3-letni, na co Konsorcjum Budimex wyraziło tego samego dnia zgodę.

Izba zważyła, iż przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp obliguje zamawiających do dokonania poprawy innych niż oczywiste pisarskie i rachunkowe omyłek, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty. W doktrynie i orzecznictwie utrwalony jest pogląd, iż niezgodność treści oferty z treścią s.i.w.z., a także możliwość usunięcia takiej niezgodności w drodze poprawienia omyłek innych niż pisarskie i rachunkowe, powinna być odrębnie badana w każdym konkretnym przypadku, z uwzględnieniem całokształtu związanych z nim okoliczności. Ma to w szczególności zastosowanie do przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp, który nie określa enumeratywnego katalogu możliwych do poprawienia niezgodności i posługuje się nieostrą kategorią „istotności” jako granicy dopuszczalnych zmian treści oferty. Jest to o tyle istotne, iż poprawienie omyłek w treści oferty jest obligatoryjne dla zamawiającego w razie łącznego spełnienia następujących przesłanek: po pierwsze – ustalenia, że stwierdzona niezgodność treści oferty z treścią s.i.w.z. ma charakter omyłki, po drugie –

ustalenia, iż poprawienie tej omyłki nie spowoduje właśnie istotnych zmian treści złożonej oferty.

W ocenie Izby z całokształtu okoliczności wynika, iż wskazanie w złożonym przez Konsorcjum Budimex *Załączniku do oferty* rocznego okresu zgłaszania ma znamiona omyłki. Przemawia za tym okoliczność, iż działanie Konsorcjum Budimex sprowadzało się do podpisania przygotowanego przez Zamawiającego formularza z pozostawieniem wydrukowanych w nim informacji bez uwzględnienia wydłużenia wymaganego okresu rękojmi z 1 roku do 3 lat, przez co doszło do złożenia oświadczenia o merytorycznej treści odbiegającej od ostatecznych wymagań Zamawiającego. Modyfikacja s.i.w.z. w zakresie wymaganego okresu zgłaszania wad, niepołączona ze sporządzeniem poprawionego wzoru formularza, wobec postanowienia pkt. 12.6 s.i.w.z., w którym Zamawiający nie dopuścił dokonywania w treści załączonych (do s.i.w.z.) dokumentów jakichkolwiek zmian ich treści (skrótów, opuszczeń, skreśleń, poprawek lub dopisków za wyjątkiem miejsc wykropkowanych lub oznaczonych gwiazdką – wskazują na możliwość popełnienia omyłki w tych okolicznościach. Na przeszkodzie temu nie stoi oświadczenie Przystępującego, z którego wynika, iż z konfliktu racji: złożyć oświadczenie o treści odpowiadającej wymaganiom Zamawiającego czy też przestrzegać zakazu dokonywania jakichkolwiek skreśleń, poprawek i dopisków na przygotowanych formularzach – obiektywnie oceniając, dokonał wadliwego wyboru, przedkładając zachowanie wymagań czysto formalnych nad merytoryczną treść oświadczenia. Gdyby dokonał odmiennego wyboru – nie doszłoby do popełnienia omyłki wymagającej poprawienia. Na korzyść Konsorcjum Budimex przemawia także okoliczność, iż na mocy modyfikacji nr 9 do s.i.w.z. dotychczasową treść formularza 1 rok „zmieniła się” na 3 lata, zatem wobec równoczesnego złożenia na formularzu oferty w pkt. 1 oświadczenia o zapoznaniu się z treścią s.i.w.z. i akceptacji bez zastrzeżeń jej postanowień wraz z wyjaśnieniami i modyfikacjami, można to uznać za wyrażenie woli akceptacji również zmiany zadekretowanej w taki sposób przez Zamawiającego.

Natomiast istotność zmiany treści oferty Konsorcjum Budimex należy ocenić z uwzględnieniem specyfiki postępowania prowadzonego przez Zamawiającego, w tym wymagań s.i.w.z. dotyczących treści oferty i wpływu dokonanej poprawy na pozycję zajmowaną w rankingu ofert. W niniejszej sprawie Zamawiający z góry określił wymagany przez siebie okres gwarancji, nie pozostawiając w tym zakresie żadnego wyboru składającym ofertę wykonawcom, którzy mieli wyłącznie złożyć podpis pod wypełnionym już formularzem. Zamawiający przy tym sam wywołał możliwość popełnienia omyłki, wpiernikując wymagany wzór, którego nie poprawił w ślad za zmianą swojego wymagania w zakresie okresu rękojmi. Jednocześnie ponieważ okres gwarancji nie był elementem

ocenianym w ramach kryteriów oceny ofert, jego poprawienie nie wpłynie na pozycję zajmowaną w rankingu ofert uszeregowanym według kryterium ceny. Z powyżej poczynionych ustaleń Izby wynika nadto, iż na podstawie samej treści oferty, uwzględniając postanowienia zmodyfikowanej przez siebie s.i.w.z., Zamawiający był w stanie zidentyfikować właściwą treść oświadczenia woli Przystępującego, nawet bez żadnych wyjaśnień z jego strony. Wreszcie dokonanie poprawy omyłki popełnionej przez Konsorcjum Budimex nie spowodowało znaczącej ingerencji w treść złożonej przez niego oferty, gdyż nie wpłynęło ani na zadeklarowany przez Przystępującego termin wykonania zamówienia, ani na cenę oferty, ani na zakres oferowanego świadczenia. Popełniony przez Przystępującego błąd, choć nie jest oczywistą omyłką, to niewątpliwie mieści się w kategorii tzw. innej omyłki, możliwej do poprawienia na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp – w tym przypadku prawidłowo dokonany przez Zamawiającego przez przekreślenie pierwotnego brzmienia formularza i nadpisania treści zgodnej z wprowadzoną zmianą s.i.w.z.

W ocenie Izby Odwołujący Konsorcjum TORPOL w sposób nieuprawniony opiera wykładnię pojęcia „istotnych zmian w treści oferty” z przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp przez upatrywanie jego tożsamości z pojęciem „istotnych zmian postanowień zwartej umowy” z przepisu art. 144 ust. 1 pzp i wskazanie rzekomo nieodłącznej zależności, że skoro zakazana byłaby zmiana umowy w zakresie okresu gwarancji jako istotna zmiana umowy, to zakazane jest również poprawianie omyłki w treści oferty dotyczącej okresu gwarancji. Jest to zupełnie dowolne zestawienie dwóch różnych instytucji Prawa zamówień publicznych, z których obie dotyczą „istotnych zmian”, tyle tylko, że jedyna stała zależność między nimi jest taka, że dopiero po ustaleniu treści oferty z uwzględnieniem poprawienia omyłek w trybie art. 87 ust. 2 pzp wchodzi w życie zakaz wprowadzania do umowy opartej na tej treści istotnych zmian.

W podobnym stanie faktycznym za możliwością dokonania poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp omyłek dotyczących okresu gwarancji wynikającego z przygotowanego formularza wypowiedziała się poprzednio KIO w uzasadnieniu wyroku z 27 maja 2009 r. w sprawach sygn. akt: KIO/UZP 639/09 i KIO/UZP 659/09.

Wobec tego, że Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego przepisów wskazanych przez Odwołującego Konsorcjum FCC CONSTRUCCIÓN i Odwołującego Konsorcjum TORPOL – działając na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 pzp – orzekła, jak w sentencji.

**Sygn. akt: KIO 333/11
KIO 335/11**

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz zgodnie z przepisami § 6 w zw. z § 5 ust. 3 pkt 1 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. Nr 41, poz. 238) – obciążając tymi kosztami: Odwołującego Konsorcjum FCC CONSTRUCCIÓŃ w sprawie sygn. akt KIO 333/11, a Odwołującego Konsorcjum TORPOL w sprawie sygn. akt KIO 335/11, przy czym w obu przypadkach na koszty te złożył się: uiszczony wpis oraz uzasadnione koszty strony przeciwnej w postaci wynagrodzenia pełnomocnika – w każdej sprawie Izba ograniczyła wysokość wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego wynikającą z rachunków złożonych do akt spraw do kwoty 3600 zł, zgodnie z § 3 pkt 2 lit. b przywołanego rozporządzenia.

Przewodniczący:

.....