

Sygn. akt KIO/UZP 21/09,

KIO/UZO 38/09,

KIO/UZO 41/09

WYROK

z dnia 23 stycznia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Kuciak

**Członkowie: Sylwester Kuchnio
Marek Koleśnikow**

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **20 stycznia 2009 r.** w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia **15 stycznia 2009 r.** do łącznego rozpoznania,

wniesionych przez:

- A. „ARBET” Sp. z o.o. Przedsiębiorstwo Budowlane, ul. Budowlana 3, 10-424 Olsztyn,**
- B. „PRZEMYSŁÓWKA” Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Holding Sp. z o.o., ul. Mickiewicza 21/23, 10-508 Olsztyn,**
- C. Konsorcjum firm: Warmińskie Przedsiębiorstwo Budowlane „ROMBUD” Sp. z o.o., KELLER Polska Sp. z o.o. Specjalistyczne Techniki Fundamentowe o/Gdynia, ul. Lubelska 37c, 10-408 Olsztyn,**

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie, ul. M. Oczapowskiego 2, 10-957 Olsztyn** protestów:

- A. „ARBET” Sp. z o.o. Przedsiębiorstwo Budowlane, ul. Budowlana 3, 10-424 Olsztyn z dnia 17 grudnia 2008 r.,**

B. „PRZEMYSŁÓWKA” Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Holding Sp. z o.o., ul. Mickiewicza 21/23, 10-508 Olsztyn z dnia 19 grudnia 2008 r.

C. Konsorcjum firm: Warmińskie Przedsiębiorstwo Budowlane „ROMBUD” Sp. z o.o., KELLER Polska Sp. z o.o. Specjalistyczne Techniki Fundamentowe, ul. Lubelska 37c, 10-408 Olsztyn z dnia 19 grudnia 2008 r.

przy udziale **„PRZEMYSŁÓWKA” Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Holding Sp. z o.o., ul. Mickiewicza 21/23, 10-508 Olsztyn** zgłaszającego swoje przystąpienie po stronie zamawiającego (sygn. akt KIO/UZP 41/09)

orzeka:

1. Uwzględnia odwołania i nakazuje unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

2. Kosztami postępowania obciąża Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie, ul. M. Oczapowskiego 2, 10-957 Olsztyn i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisów uiszczonych przez odwołujących się, w tym:
 - A** koszty w wysokości **1 524 zł 67 gr** (słownie: tysiąc pięćset dwadzieścia cztery złote sześćdziesiąt siedem groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **„ARBET” Sp. z o.o. Przedsiębiorstwo Budowlane, ul. Budowlana 3, 10-424 Olsztyn,**
 - B** koszty w wysokości **1 524 zł 67 gr** (słownie: tysiąc pięćset dwadzieścia cztery złote sześćdziesiąt siedem groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **„PRZEMYSŁÓWKA” Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Holding Sp. z o.o., ul. Mickiewicza 21/23, 10-508 Olsztyn,**
 - C** koszty w wysokości **1 524 zł 66 gr** (słownie: tysiąc pięćset dwadzieścia cztery złote sześćdziesiąt sześć groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum firm: Warmińskie Przedsiębiorstwo Budowlane „ROMBUD” Sp. z o.o., KELLER Polska Sp. z o.o. Specjalistyczne Techniki Fundamentowe o/Gdynia, ul. Lubelska 37c, 10-408 Olsztyn;**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **11 774 zł 00 gr** (słownie: jedenaście tysięcy siedemset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) stanowiącej uzasadnione koszty strony, w tym:
- A** kwoty **5 124 zł 67 gr** (słownie: pięć tysięcy sto dwadzieścia cztery złote sześćdziesiąt siedem groszy) przez **Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie, ul. M. Oczapowskiego 2, 10-957 Olsztyn** na rzecz **„ARBET” Sp. z o.o. Przedsiębiorstwo Budowlane, ul. Budowlana 3, 10-424 Olsztyn** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika,
 - B** kwoty **5 124 zł 67 gr** (słownie: pięć tysięcy sto dwadzieścia cztery złote sześćdziesiąt siedem groszy) przez **Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie, ul. M. Oczapowskiego 2, 10-957 Olsztyn** na rzecz **„PRZEMYSŁÓWKA” Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Holding Sp. z o.o., ul. Mickiewicza 21/23, 10-508 Olsztyn** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika,
 - C** kwoty **1 524 zł 66 gr** (słownie: tysiąc pięćset dwadzieścia cztery złote sześćdziesiąt sześć groszy) przez **Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie, ul. M. Oczapowskiego 2, 10-957 Olsztyn** na rzecz **Konsorcjum firm: Warmińskie Przedsiębiorstwo Budowlane „ROMBUD” Sp. z o.o., KELLER Polska Sp. z o.o. Specjalistyczne Techniki Fundamentowe o/Gdynia, ul. Lubelska 37c, 10-408 Olsztyn** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu od odwołania;
- ~~3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP, w tym~~
- ~~**A** kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx~~
 - ~~**B** kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx~~
 - ~~**C** kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx~~
- 4) dokonać zwrotu kwoty **55 426 zł 00 gr** (słownie: pięćdziesiąt pięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołujących się, w tym:
- A** kwoty **18 475 zł 33 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy czterysta siedemdziesiąt pięć złotych trzydzieści trzy grosze) na rzecz **„ARBET” Sp. z o.o. Przedsiębiorstwo Budowlane, ul. Budowlana 3, 10-424 Olsztyn,**

- B** kwoty **18 475 zł 33 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy czterysta siedemdziesiąt pięć złotych trzydzieści trzy grosze) na rzecz **„PRZEMYSŁÓWKA” Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Holding Sp. z o.o., ul. Mickiewicza 21/23, 10-508 Olsztyn,**
- C** kwoty **18 475 zł 34 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy czterysta siedemdziesiąt pięć złotych trzydzieści cztery grosze) na rzecz **Konsorcjum firm: Warmińskie Przedsiębiorstwo Budowlane „ROMBUD” Sp. z o.o., KELLER Polska Sp. z o.o. Specjalistyczne Techniki Fundamentowe o/Gdynia, ul. Lubelska 37c, 10-408 Olsztyn.**

U z a s a d n i e

Zamawiający, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „budowa pływalni wielozadaniowej I etap przy ul. Tuwima w Olsztynie na potrzeby Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego w Olsztynie”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w dniu 14 października 2008 r., w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, pod nr 2008/S 199-263838.

A.

W dniu 17 grudnia 2008 r. Przedsiębiorstwo Budowlane „ARBET” Sp. z o.o. wniosło protest wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawców: konsorcjum: Warmińskie Przedsiębiorstwo Budowlane „ROMBUD” Sp. z o.o. i Keller Polska Sp. z o.o. Specjalistyczne Techniki Fundamentów o/Gdynia, „PRZEMYSŁÓWKA” Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Holding Sp. z o.o., konsorcjum: Warmińskie Przedsiębiorstwo Budowlane S.A. i „VECTRA” S.A. lub zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez wymienionych wykonawców, co stanowi naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 1994 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), zwanej dalej ustawą Pzp: art. 7 ust. 1 i 3, art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 89 ust. 1 pkt 2.

Zdaniem Odwołującego się, oferta Konsorcjum: Warmińskie Przedsiębiorstwo Budowlane „ROMBUD” Sp. z o.o. i Keller Polska Sp. z o.o. Specjalistyczne Techniki Fundamentów o/Gdynia nie spełnia:

a) wymogów zawartych w SIWZ Rozdział V ust. 3, ponieważ Zamawiający, na podstawie § 2 pkt. 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane w związku z art. 22 ust. 1 pkt. 2 i art. 25 ust. 2 ustawy Pzp, wymagał załączenia dokumentów potwierdzających wykonanie "co najmniej dwóch zamówień o wartości nie

mniejszej niż 2.500.000,00 PLN bez podatku VAT każda, odpowiadających swoim rodzajem i wartością robotom budowlanym stanowiącym przedmiot niniejszego zamówienia. Roboty muszą dotyczyć wykonania robót ziemnych i palowania oraz robót żelbetowych monolitycznych". Tymczasem żadna z załączonych przez wykonawcę referencji nie potwierdza wykonania inwestycji, podczas której realizowane były roboty ziemne i palowanie oraz roboty żelbetowe monolityczne w ramach jednego zadania. Przedstawione przez oferenta referencje dotyczą "wycinków" robót realizowanych na różnych zadaniach inwestycyjnych nie mających ze sobą żadnych powiązań technologicznych i funkcjonalnych.

b) wymogów zawartych w SIWZ rozdział XI ust. 2, ponieważ wykonawca dokonał zmian w przedmiarach robót, a tym samym jego oferta nie odpowiada przedmiotowi zamówienia. Zamawiający w dniu 1 grudnia 2008 r., udzielając odpowiedzi na zadane przez oferentów pytanie nr 14 w piśmie z dnia 26 listopada 2008 r., wskazał: "Pytanie 14: W przedmiarze robót Roboty budowlane Lp. 2 Fundamenty poz. 6, 7, 8 przyjęto wykonanie stóp i ław fundamentowych z betonu kl. B-25, a zgodnie z dokumentacją techniczną rys. K-1 elementy te należy wykonać z betonu kl. B-30. Prosimy o wyjaśnienie którą klasę betonu należy przyjąć do wyceny realizacji. Odpowiedź: Należy przyjąć beton kl. B-30."

Tymczasem wykonawca nie uwzględnił powyższej zmiany i w pozycjach 6, 7, 8 uproszczonego kosztorysu ofertowego (str. 68 oferty) zastosował beton B-25, czyli materiał niezgodny z zapisami SIWZ.

Ponadto wykonawca w załączonym do oferty uproszczonym kosztorysie ofertowym robót sanitarnych (str. 82-86 oferty) dokonał następujących zmian:

- w poz. 14 wycenił "Kształtkę PE110/stal 100mm", natomiast zgodnie z przedmiarem robót sanitarnych załączonym przez Zamawiającego do SIWZ, powinien wycenić "Kształtkę PE110/stal 100mm",
- w poz. 19 wycenił "Układanie mieszanki betonowej (...), transport mieszanki pojemnikiem do betonu", natomiast Zamawiający wymagał "Układanie mieszanki betonowej ręczne (...)",
- w poz. 38 wycenił "Licznik ścieków Pati-MAG-SERW", natomiast Zamawiający wymagał "Licznik ścieków; ściekomierz elektromagnetyczny z zestawu GROM: ściekornierz PARTI-MAG-SERW-czujnik Dn 150, liczydło elektroniczne z oprogramowaniem umożliwiającym zdalne sterowanie i wykaz wyników pomiarów /montaż na ścianie w budynku/. Zdalny monitoring i rejestracja danych pomiarowych = GROM Flow Story 200 /GFS/-moduł telemetryczny MT 201 = OPROGRAMOWANIE WinRec. Uruchamianie systemu monitoringu i ściekomierza. Autoryzowana armatura montażowa."
- w poz. 48 wycenił "Kanały z rur kanalizacyjnych PVC o średnicy zewnętrznej 315 mm łączonych na wcisk", a powinien wycenić "Kanały z rur kanalizacyjnych PVC o średnicy zewnętrznej 200 mm łączonych na wcisk",

- w poz. 58 wycenił "Separator węglowodorów MAKO-B typ T NG 40/4800", natomiast powinien wycenić "Separator węglowodorów koalesencyjnych MAKO-B typ T NG 40/4800 zintegrowany z komorą szlamu 4800 l z włazem kl. D 400". Ponadto w tej pozycji wykonawca zmienił jednostkę miary na "t", a powinno być: "kpl.",
- w poz. 59 wycenił „Przeciski jednostopniowe o długości do 20 m rurami o średnicy nominalnej 600-800 mm w gruntach kategorii I-II”, a powinien wycenić „Przecisk sterowany R.O. Dn 500 w gruntach kat. III-IV na płozach typu M H=50”,
- w poz. 62 wycenił "Rury deszczowe z PVC średnicy 160 mm, wewnętrzne, o połączeniach wciskowych", a powinien wycenić "Rury deszczowe z PVC średnicy 110 mm, wewnętrzne, o połączeniach wciskowych"
- w poz. 64 wycenił "Ścieki z elementów betonowych na podsypce piaskowej. Grubość prefabrykatów 15cm", a powinien wycenić "Odwodnienie liniowe V 100 kanał z rusztem w poprzeczne mostki z żeliwa sferoidalnego w kl. C250 ze ściankami czołowymi, korytka ze spadkiem własnym"
- w poz. 74 wycenił "Rurociąg z PVC kanalizacyjnych o średnicy 225 mm (...)", a powinien wycenić "Rurociąg z PVC kanalizacyjnych o średnicy 220 mm (...)"
- w poz. 77 wycenił "Studnie rewizyjne w gotowym wykopie. Studnie o głębokości 3 m z kręgów betonowych o średnicy 1000 mm (...)", a powinien wycenić "Studnie rewizyjne w gotowym wykopie. Studnie o głębokości 3 m z kręgów betonowych o średnicy 800 mm (...)",

W związku z powyższym tak złożona oferta nie spełnia wymagań określonych przez Zamawiającego w SIWZ, gdyż uniemożliwia porównanie jej z innymi poprawnie złożonymi w przedmiotowym postępowaniu, ponieważ tego rodzaju błędy nie podlegają poprawieniu w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp. Powyższe stanowisko w sprawie potwierdza orzecznictwo Zespołów Arbitrów oraz Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt. UZP/ZO/0-132/07, UZP/ZO/0-2625/06, KIO/UZP/1405/07 i KIO/UZP/1440/07);

c) wymogów zawartych w SIWZ Rozdział XI ust. 1, ponieważ podana w formularzu ofertowym cena ofertowa brutto oraz wartość podatku VAT nie odpowiadają prawidłowemu wyliczeniu, a mianowicie: wartość oferty netto 3.240.741,69 zł pomnożona przez należny 22% podatek VAT daje wartość podatku 712.963,17 zł, a nie, jak wyliczył oferent 712.963,18 zł. Zsumowanie kwoty netto i prawidłowo naliczonego podatku VAT daje kwotę brutto 3.953.704,86 zł, a nie, jak wyliczył oferent 3.953.704,87 zł. W/w błędu w obliczeniu ceny nie można w tym przypadku poprawić na podstawie art. 87 ust. 2 pkt. 2) ustawy Pzp, gdyż nie jest omyłką rachunkową, czego dowodzi treść oferty. Wykonawca w Formularzu oferty (str. 1) dokonał zmiany poprzez zastosowanie dopisku: "UWAGA: kwota podatku VAT oraz kwota brutto to sumy odpowiednich kwot z poszczególnych kosztorysów". Dowodzi to, że wykonawca świadomie złożył ofertę o treści, której nie można uznać za omyłką rachunkową, gdyż tego rodzaju świadome działanie nie mieści się w definicji pojęcia "omyłka

rachunkowa". Wykonawca sam wykazał, że dokonał błędnego obliczenia ceny podkreślając swój błąd w formularzu.

2. Oferta "PRZEMYSŁÓWKA" Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Holding Sp. z o.o. nie spełnia:

a) wymogów zawartych w SIWZ Rozdział V ust. 3, ponieważ Zamawiający, na podstawie § 2 pkt. 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane w związku z art. 22 ust. 1 pkt. 2 i art. 25 ust. 2 ustawy Pzp wymagał załączenia dokumentów potwierdzających wykonanie "co najmniej dwóch zamówień o wartości nie mniejszej niż 2.500.000,00 PLN bez podatku VAT każda, odpowiadających swoim rodzajem i wartością robotom budowlanym stanowiącym przedmiot niniejszego zamówienia. Roboty muszą dotyczyć wykonania robót ziemnych i palowania oraz robót żelbetowych monolitycznych", tymczasem załączona na str. 6 oferty referencja nie potwierdza wykonania inwestycji, podczas której realizowane były roboty ziemne i palowanie oraz roboty żelbetowe monolityczne w ramach jednego zadania. Przedstawiona przez oferenta referencja dotyczy jedynie "wycinków" robót na danym zadaniu inwestycyjnym nie uwzględniając pełnego zakresu robót wymaganych w SIWZ;

b) wymogów zawartych w SIWZ Rozdział XI ust. 2, ponieważ wykonawca dokonał zmian w załączonych do oferty uproszczonych kosztorysach ofertowych "Roboty budowlane" str. 42-43 i "Rozbiórka stacji TRAF0" str. 45, poprzez nie wpisanie kolumny z "Numerem specyfikacji technicznej" wskazanej w przedmiarach załączonych do SIWZ. Wprawdzie zgodnie z dyspozycją art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp, zamawiający może poprawić błędy w ofercie, jednak w tym przypadku zamawiający nie skorzystał ze swoich uprawnień do czasu rozstrzygnięcia przetargu, a tym samym zobowiązany jest odrzucić ofertę jako niezgodną z SIWZ;

c) wymogów zawartych w SIWZ Rozdział XI ust. 2, ponieważ wykonawca dokonał zmian w przedmiarach robót, a tym samym jego oferta nie odpowiada przedmiotowi zamówienia. Zamawiający w dniu 1 grudnia 2008 r., udzielając odpowiedzi na zadane przez oferentów pytanie nr 4 w piśmie z dnia 26 listopada 2008 r., dodał do przedmiaru robót branży budowlanej pozycje 15 i 16. Tymczasem wykonawca nie uwzględnił powyższej zmiany w załączonym do oferty uproszczonym kosztorysie ofertowym (str. 43 oferty). W związku z powyższym tak złożona oferta nie spełnia wymagań określonych przez Zamawiającego w SIWZ, gdyż uniemożliwia porównanie jej z innymi poprawnie złożonymi w przedmiotowym postępowaniu, ponieważ tego rodzaju błędy nie podlegają poprawieniu w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp. Powyższe stanowisko w sprawie potwierdza orzecznictwo Zespołu

Arbitrów i Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt UZP/ZO/O-132/07, UZP/ZO/O-2625/06, KIO/UZP 1405/07 i KIO/UZP 1440/07).

Ponadto wykonawca załączył harmonogram robót i tabelę do fakturowania (str. 61 i 62 oferty), które zawierają inną cenę, niż wymagana przez Zamawiającego w SIWZ Rozdział XI ust. 1, który brzmi: "Wykonawca określi cenę kosztorysową zamówienia w PLN cyfrowo i słownie uwzględniając należny podatek VAT". Zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt. 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 o cenach (Dz. U. z 2001 r., Nr 97 poz. 1050) cena jest to wartość wyrażona w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest obowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę; w cenie uwzględnia się podatek od towarów i usług oraz podatek akcyzowy, (...). Natomiast oferent w przedmiotowym harmonogramie i tabeli do rozliczeń z Zamawiającym wpisał wartość 3.326.622,05 zł, a w ofercie na str. 1 podał wartość realizacji zamówienia 4.091.160,19 zł. W związku z powyższym nastąpiła niezgodność w cenie kosztorysowej jaką oferent przedstawił za wykonanie przedmiotowego zamówienia. Tego rodzaju błąd zgodnie z interpretacją ustawodawcy stanowi sztandarowy przykład błędu w obliczeniu ceny, który zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt. 6 ustawy Pzp dyskwalifikuje ofertę.

Ponadto wykonawca w załączonym do oferty uproszczonym kosztorysie ofertowym robót elektrycznych na str. 55-57 dokonał błędnego obliczenia ceny, gdyż mnożąc ilość danej czynności przez cenę jednostkową otrzymujemy wartości inne niż zawarte w przedmiotowej ofercie, np.

- poz. 6 str. 56 "Nasypanie warstwy piasku na dnie rowu (...)" oferent wycenił następująco:

ilość 165m * cena jednostkowa 4,77 zł = wartość 789,25 zł,

a według obliczeń powinno być:

ilość 165m * cena jednostkowa 4,77 zł = wartość 787,05 zł.

Po dokonaniu poprawnego przeliczenia w uproszczonym kosztorysie ofertowym wartość robót elektrycznych wynosi 72.592,71 zł netto, a nie jak wskazano 72.597,73 zł netto. W związku z powyższym wartość oferty powinna wynieść 4.058.472,78 zł brutto, a nie jak podał wykonawca 4.058.478,90 zł brutto lub 3.326.615,93 zł brutto. Zgodnie zaś z art. 89 ust. 1 pkt. ust. 6 ustawy Pzp, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny nie dające się usunąć w drodze poprawki oczywistej omyłki.

3. Oferta Konsorcjum: Warmińskie Przedsiębiorstwo Budowlane S.A. i "VECTRA" S.A. nie spełnia:

a) wymogów zawartych w SIWZ Rozdział V ust. 3, ponieważ Zamawiający wymagał załączenia dokumentów potwierdzających wykonanie "co najmniej dwóch zamówień o wartości nie mniejszej niż 2.500.000,00 PLN bez podatku VAT każda, odpowiadających swoim rodzajem i wartością robotom budowlanym stanowiącym przedmiot niniejszego

zamówienia. Roboty muszą dotyczyć wykonania robót ziemnych i palowania oraz robót żelbetowych monolitycznych (...)." Tymczasem załączona przez wykonawcę na str. 15 oferty referencja nie potwierdza wykonania inwestycji, podczas której realizowane były roboty ziemne i palowanie oraz roboty żelbetowe monolityczne w ramach jednego zadania. Przedstawiona referencja dotyczy jedynie "wycinków" robót na danym zadaniu inwestycyjnym, nie uwzględniając pełnego zakresu robót wymaganych w SIWZ. Zamawiający, na podstawie § 2 pkt. 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane w związku z art. 22 ust. 1 pkt. 2 i art. 25 ust. 2 ustawy Pzp, wymagał załączenia "wykazu robót budowlanych, o których mowa w Rozdziale IV ust. 2 SIWZ, wykonanych w okresie ostatnich pięciu lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia (...)", tymczasem z referencji (str. 13 oferty) w połączeniu z tabelą "Wykaz robót Zał. nr 4 do oferty" (str. 12 oferty) wynika, że roboty zostały rozpoczęte 30 marca 2003 r. i zakończone 20 listopada 2005 r., a zatem nie zostały wykonane tj. rozpoczęte i zakończone w okresie wymaganym przez Zamawiającego i ustawę Pzp. W tym miejscu należy zaznaczyć, że ustawodawca celowo ograniczył okres, z którego można wykazać realizacje dla spełnienia warunków udziału w postępowaniu o zamówienie publiczne. Jeżeli nie miałyby to znaczenia, ustawodawca nie określałby w sposób precyzyjny takiego wymagania.

b) wymogów zawartych w SIWZ Rozdział XI ust. 2, ponieważ wykonawca dokonał zmian w uproszczonym kosztorysie ofertowym robót sanitarnych (str. 84 oferty) poprzez zastosowanie innego niż Zamawiający określił materiału, a mianowicie poz. 14 „Kształtka PE110/stal 100mm”, natomiast zgodnie z przedmiarem robót sanitarnych załączonym przez Zamawiającego do SIWZ, powinien zastosować „Kształtkę PE110/stal 10mm”, a tym samym jego oferta nie odpowiada przedmiotowi zamówienia, W związku z powyższym tak złożona oferta nie spełnia wymagań określonych przez Zamawiającego w SIWZ, gdyż uniemożliwia porównanie jej z innymi poprawnie złożonymi w przedmiotowym postępowaniu, ponieważ tego rodzaju błędy nie podlegają poprawieniu w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp. Powyższe stanowisko w sprawie potwierdza wyrok Zespołu Arbitrów oraz Krajowej Izby Odwoławczej (syg. akt UZP/ZO/0-132/07, UZP/ZO/0-2625/06, KIO/UZP 1405/07 i KIO/UZP 1440/07).

c) wymogów SIWZ Rozdziału V. ust. 8 oraz Rozdziału VIII ust. 6 pkt. 6.4.1, a mianowicie Zamawiający, na podstawie § 2 pkt. 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane w związku z art. 22 ust. 1 pkt. 4, art. 24 ust. 1 pkt. 8 i art. 25 ust. 2 ustawy Pzp, wymagał w ofercie, w celu potwierdzenia spełnienia warunków SIWZ i ustawy Pzp, złożenia aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie

określonym w art. 24 ust. 1 pkt. 4-8 ustawy Pzp, a w przypadku składania oferty wspólnej w/w informację z KRK musiał złożyć każdy z wykonawców składających ofertę wspólną w imieniu własnym. Wykonawca nie załączył do oferty informacji z KRK dotyczących osób organu nadzoru, tj. p. Wiesława G., p. Romana g. i B.

Mając na uwadze powyższe Odwołujący się wniósł o: unieważnienie czynności polegającej na dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej, wykluczenie z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp, bądź odrzucenie ofert, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 i pkt. 6 ustawy, złożonej przez konsorcjum: Warmińskie Przedsiębiorstwo Budowlane „ROMBUD” Sp. z o.o. i Keller Polska Sp. z o.o. Specjalistyczne Techniki Fundamentów o/Gdynia, "PRZEMYSŁÓWKA" Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Holding Sp. z o.o., konsorcjum: Warmińskie Przedsiębiorstwo Budowlane S.A. i "VECTRA" S.A., dokonanie powtórnego badania i oceny ofert nie podlegających odrzuceniu oraz wyboru oferty najkorzystniejszej.

Do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu swoje przystąpienie zgłosiły: konsorcjum: Warmińskie Przedsiębiorstwo Budowlane „ROMBUD” Sp. z o.o. i Keller Polska Sp. z o.o. Specjalistyczne Techniki Fundamentów o/Gdynia, "PRZEMYSŁÓWKA" Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Holding Sp. z o.o.

Pismem z dnia 30 grudnia 2008 r. Zamawiający dokonał rozstrzygnięcia protestu, w ten sposób, że uznał zarzut zaofierowania niewłaściwej klasy betonu przez konsorcjum: Warmińskie Przedsiębiorstwo Budowlane „ROMBUD” Sp. z o.o. i Keller Polska Sp. z o.o. Specjalistyczne Techniki Fundamentowe o/Gdynia, w pozostałym zakresie protest oddalił.

W uzasadnieniu Zamawiający wskazał, że zgodnie z Rozdziałem IX SIWZ "Opis sposobu przygotowania ofert" 1. Oferta z załącznikami winna być sporządzona na określonym przez zamawiającego formularzu, lub zgodnie z treścią odpowiedniego formularza dołączonego do SIWZ. 2. Oferta winna być sporządzona w języku polskim, napisana na komputerze lub inną trwałą, czytelną techniką. Wszystkie kartki oferty powinny być trwale spięte, ponumerowane oraz parafowane przez osobę uprawnioną do występowania w imieniu Wykonawcy. Ewentualne poprawki w tekście oferty muszą być naniesione w czytelny sposób i parafowane przez osobę uprawnioną. 3. Każdy Wykonawca złoży tylko jedną ofertę zawierającą jedną jednoznacznie opisaną propozycję. Zamawiający udzielając odpowiedzi na zadane przez oferentów pytanie nr 14 w piśmie z dnia 26 listopada 2008 r. wskazał jednoznacznie, iż należy przyjąć beton klasy B-30. W związku z powyższym Zamawiający nie przyjął wyjaśnień Wykonawcy, zawartych w przystąpieniu do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu, jako zasługujących na uwzględnienie.

Zamawiający po analizie przedstawionych przez konsorcjum: Warmińskie Przedsiębiorstwo Budowlane „ROMBUD” Sp. z o.o. i Keller Polska Sp. z o.o. Specjalistyczne Techniki Fundamentowe o/Gdynia oraz "PRZEMYSŁÓWKA" Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego Holding Sp. z o.o., konsorcjum: Warmińskie Przedsiębiorstwo Budowlane S.A., „VECTRA” S.A. referencji uznał, iż odpowiadają one swoim rodzajem robotom stanowiącym przedmiot zamówienia i nie dotyczą "wycinków" robót realizowanych na różnych zadaniach inwestycyjnych nie mających ze sobą żadnych powiązań technologicznych i funkcjonalnych.

W przedmiocie dokonania zmian w kosztorysie ofertowym w stosunku do załączonych przedmiarów, Zamawiający nie podzielił zarzutów Odwołującego się, a dotyczących ofert złożonych przez: konsorcjum: Warmińskie Przedsiębiorstwo Budowlane „ROMBUD” Sp. z o.o. i Keller Polska Sp. z o.o. Specjalistyczne Techniki Fundamentowe o/Gdynia oraz "PRZEMYSŁÓWKA" Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego Holding Sp. z o.o., konsorcjum: Warmińskie Przedsiębiorstwo Budowlane S.A., „VECTRA” S.A., gdyż zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, oferta podlega odrzuceniu, jeżeli jej treść nie odpowiada treści SIWZ. Należy przez to rozumieć tylko sytuację, gdy oferta nie obejmuje swym zakresem całego przedmiotu zamówienia opisanego w SIWZ i przedmiarze robót. Tylko taka oferta może być uznana za nieodpowiadającą treści SIWZ. Jeżeli jednak zaoferowany przez Wykonawcę przedmiot zamówienia odpowiada przedmiotowi zamówienia opisanemu przez Zamawiającego (tak jest w tym przypadku) i zaspokaja jego oczekiwania i interesy co najmniej w zakresie określonym w SIWZ, to trudno taką ofertę ocenić jako nieodpowiadającą jej treści. Analogiczne stanowisko zajął Zespół Arbitrów w wyroku z 28 grudnia 2006 r. (sygn. UZP/ZO/O-2993/06).

Zamawiający podziela stanowisko konsorcjum: Warmińskie Przedsiębiorstwo Budowlane „ROMBUD” Sp. z o.o. i Keller Polska Sp. z o.o. Specjalistyczne Techniki Fundamentowe o/Gdynia, iż wg zasad rachunkowości cena brutto jest sumą poszczególnych składowych wartości brutto, a nie wynikiem obliczenia jej na podstawie wartości sumy ceny netto. Różnica 1 grosza wynika z zaokrągleń VAT w poszczególnych elementach składowych (kosztorysach). Należy również zauważyć, że fakturowanie wykonanych robót nie będzie dokonane jedną fakturą, lecz będzie odbywać się (zgodnie z zapisami przyszłej umowy) wg poszczególnych kolejnych elementów wykonania robót i wartości częściowe najprawdopodobniej w końcowym zsumowaniu dadzą sumę brutto podaną w formularzu ofertowym.

Zarzut braku wpisania odpowiednich numerów specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych, jest w ocenie Zamawiającego, bez znaczenia dla prawidłowości sporządzenia kosztorysu ofertowego, gdyż nie należą one do treści, ani też sposobu oferowanego wykonania robót budowlanych objętych przedmiotem zamówienia.

Jeśli chodzi o załączenie harmonogramu robót i tabeli do fakturowania zawierających inną cenę niż wymagał Zamawiający w SIWZ, wg Zamawiającego wykazane wartości netto robót zawarte w harmonogramie robót oraz tabeli do fakturowania nie stanowią błędu w obliczeniu ceny. Zamawiający w treści SIWZ nie określił wymagań formalnych co do sposobu przedstawienia tych dokumentów i przyjęcie przez Wykonawcę w tych dokumentach wartości netto przy jednoczesnym ścisłym określeniu prawidłowej stawki VAT, nie może stanowić okoliczności odrzucenia tak przygotowanej oferty.

W kwestii błędnego obliczenia ceny w uproszczonym kosztorysie ofertowym robót elektrycznych, w ocenie Zamawiającego, nie jest to błąd w obliczeniu ceny, lecz omyłka rachunkowa, którą Zamawiający winien poprawić w myśl art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. Zamawiający, biorąc pod uwagę treść art. 7 ust. 3 oraz art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, poprawi w ofercie oczywistą omyłkę rachunkową uwzględniając konsekwencje rachunkowe dokonanej poprawki, zawiadamiając niezwłocznie Wykonawcę.

W myśl postanowień przepisu art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy Pzp, wykonawca nie ma obowiązku załączania informacji z KRK dotyczących osób organu nadzoru. W artykule tym mowa jest jedynie o urzędującym członku organu zarządzającego.

W tym stanie rzeczy Zamawiający postanowił unieważnić czynność wyboru oferty najkorzystniejszej i powtórzyć czynność oceny ofert.

Z decyzją Zamawiającego nie zgodził się Odwołujący się i wniósł w dniu 7 stycznia 2009 r. odwołanie, w którym podtrzymał zarzuty i żądania zgłoszone w proteście, ponadto podniósł, iż „zarzuty sformułowane w proteście wskazywały ponadto na naruszenie art. 22 ust.1 pkt 2, art. 24 ust. 1 pkt 10, art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 26 ust. 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp”.

Odwołujący się podnosi, iż literalna wykładnia Rozdziału V pkt 3 SIWZ, nie budzi wątpliwości i powinna doprowadzić do interpretacji, iż referencje potwierdzające wykonanie określonych zadań inwestycyjnych powinny wyraźnie wskazywać na rodzaj zrealizowanych robót i jednocześnie potwierdzać wykonanie w każdym zadaniu robót ziemnych, palowania i robót żelbetowych monolitycznych łącznie. Tymczasem w kwestionowanych ofertach wykazano wykonanie poszczególnych rodzajów robót w odrębnych zadaniach, brak referencji, w której występowałyby wszystkie zakresy prac tj. roboty ziemne, palowanie i roboty żelbetowe monolityczne. Oczywiście jest, że żądanie Zamawiającego jest uzasadnione zakresem zamówienia stanowiącym przedmiot niniejszego postępowania, w którym występują wszystkie te rodzaje prac. Niezwykle istotne jest to, iż z uwagi na powiązania technologiczne i funkcjonalne robót I etapu budowy pływalni, wykonawcy powinni wykazać wykonanie wszystkich rodzajów robót w jednym zadaniu, zgodnie z zakresem opisanym w przedmiocie zamówienia. Gdyby przyjąć stanowisko Zamawiającego, to

warunek wykazania się wiedzą i doświadczeniem w swej istocie nie byłby powiązany z przedmiotem zamówienia.

Ponadto Odwołujący się zwraca uwagę, że Zamawiający nie dokonał w przedmiotowym postępowaniu odpowiednich korekt ofert, nie ocenił czy zachodzą podstawy do poprawienia omyłek w ofertach, nie stosował właściwych przepisów ustawy, ani też nie korygował ewentualnych omyłek w ofertach, podczas gdy ewidentnie występują w ofertach omyłki lub różnice w treści o innym charakterze, wymagające zastosowania właściwego przepisu prawa, aby ofertę zbadać i zakwalifikować poprawnie.

Ponadto Odwołujący się zauważa, iż rozstrzygnięcie protestu nastąpiło w dniu 30 grudnia 2008 r., w tym samym dniu nastąpiło powtórzenie czynności badania i oceny oferty oraz jednocześnie Zamawiający dokonał wyboru innego wykonawcy, zawiadamiając także w dniu 30 grudnia 2008r. o wyborze "Przemysłówka" PBP Holding Sp. z o.o. Z uwagi na jednoczesne wykonanie wszystkich czynności należy z ostrożności podnieść i zweryfikować, czy Zamawiający dokonał korekty oczywistej omyłki w zwycięskiej ofercie i czy, zgodnie z art. 87 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp, niezwłocznie zawiadomił o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona. Brak jest dowodu na to, że Zamawiający poprawnie wykonał czynność poprawienia oczywistej omyłki. Czynność bowiem wykonana jest poprawnie wówczas, gdy wykonawca zgodzi się na dokonane poprawki i zawiadomi o tym fakcie Zamawiającego. Nie wyrażenie zgody na poprawienie omyłki następuje w terminie 3 dni od dnia doręczenia zawiadomienia o poprawieniu omyłki, a w efekcie sprzeciwu wykonawcy powinno nastąpić odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, w brzmieniu nadanym ustawą z dnia 4 września 2008r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz innych ustaw (Dz. U. Nr 177, poz.1058). Skoro Zamawiający, wykonał wszystkie wymienione czynności w ciągu jednego dnia, to tym samym zachodzi podejrzenie nie wypełnienia trybu korygowania oczywistych omyłek i braku uzyskania zgody wykonawcy na poprawienie oferty.

Odwołujący się zauważa również, iż wykonawca konsorcjum: Warmińskie Przedsiębiorstwo Budowlane S.A. i „VECTRA” S.A. w przystąpieniu do protestu, wprost przyznaje celowe działanie: "W opisie pozycji 14 "kształtka PE 110/ stal 10 mm" poprawiono oczywistą omyłkę pisarską na opis" kształtka PE 110/stal100 mm" (...) Przyjmując, że jest to oczywisty błąd pisarski Zamawiającego i zgodnie z ustawą Pzp, poprawiono oczywistą omyłkę pisarską." Oczywiste jest, że Wykonawca postąpił niezgodnie z ustawą Pzp. Powinien, chociażby, tak jak to wielokrotnie czynił w przedmiotowym postępowaniu Odwołujący się, wyjaśnić nieścisłość z Zamawiającym w formie zapytania. W związku z powyższym, tak złożona oferta nie spełnia wymagań określonych przez Zamawiającego w SIWZ, gdyż uniemożliwia porównanie jej z innymi poprawnie złożonymi w przedmiotowym postępowaniu, ponieważ tego rodzaju błędy nie podlegają poprawieniu w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp.

Na podstawie zgromadzonych dokumentów w aktach sprawy, dokumentacji postępowania oraz po wysłuchaniu stron na rozprawie, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Odwołujący się legitymuje się interesem prawnym do wnoszenia środków ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp

Zamawiający w Rozdziale IV SIWZ określił warunki udziału w postępowaniu. O zamówienie mogli się ubiegać wykonawcy, którzy w zakresie doświadczenia wykazali, że „wykonali w ciągu ostatnich pięciu lat przed dniem wszczęcia postępowania co najmniej 2 (dwa) zamówienia o wartości nie mniejszej niż 2.500.000,00 PLN bez podatku VAT każda, odpowiadające swoim rodzajem robotom stanowiącym przedmiot niniejszego postępowania. Roboty muszą dotyczyć wykonania robót ziemnych i palowania oraz robót żelbetowych monolitycznych” (ust. 2). Na potwierdzenie spełniania przedmiotowego warunku wykonawcy zobowiązani byli przedstawić „wykaz robót budowlanych, o których mowa w Rozdziale IV ust. 2 wykonanych w okresie ostatnich pięciu lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej 2 (dwa) zamówienia o wartości nie mniejszej niż 2.500.000,00 PLN bez podatku VAT każda, odpowiadających swoim rodzajem i wartością robotom budowlanym stanowiącym przedmiot niniejszego zamówienia. Roboty muszą dotyczyć wykonania robót ziemnych i palowania oraz robót żelbetowych monolitycznych z podaniem ich przedmiotu, wartości, daty i miejsca wykonania oraz załączeniem dokumentów potwierdzających, że roboty te zostały wykonane należycie – wg załącznika nr 4”.

Istota sporu w tym przedmiocie sprowadza się do ustalenia zakresu robót, które spełniają wymagania Zamawiającego. Pojawia się bowiem pytanie, czy Zamawiającemu chodziło, w przedmiocie oczekiwanego doświadczenia, o dwa zamówienia, w ramach których (każdego z nich) wykonywano roboty ziemne, palowanie oraz roboty żelbetowe monolityczne, czy też wystarczyło wykazać dwa zamówienia w ramach których wykonywano wskazane roboty, ale nie wszystkie roboty musiały być wykonywane w toku realizacji każdej inwestycji. Jakkolwiek wykładnia gramatyczna postanowienia Rozdziału IV ust. 2 SIWZ nie pozwala na udzielenie jednoznacznej odpowiedzi na tak zadane pytanie, to jednak wykładania celowościowa pozwala ustalić właściwą treść spornej regulacji. Otóż, należało wykazać dwa zamówienia odpowiadające swoim rodzajem robotom stanowiącym przedmiot niniejszego postępowania. Minimalny zakres robót, których realizacją należało się wykazać określił Zamawiający (roboty ziemne, palowanie, roboty żelbetowe monolityczne), ale trzeba mieć na uwadze również fakt, że chodziło o roboty budowlane (zamówienie) odpowiadające

swoim rodzajem tym, które są przedmiotem zamówienia, a więc chodziło o roboty porównywalne z nimi. Robotami porównywalnymi z pewnością nie będą roboty budowlane, których przedmiotem jest jedynie część robót z katalogu określonego przez Zamawiającego. Realizując bowiem w ramach jednej inwestycji jedynie roboty ziemne, a w ramach kolejnej, palowanie i roboty żelbetowe monolityczne, uzyskuje się doświadczenie w przedmiocie realizacji robót budowlanych, ale jest to doświadczenie nieporównywalne z tym, gdzie w ramach jednej inwestycji wykonano zarówno prace ziemne, palowanie, jak i roboty żelbetowe monolityczne. Należy bowiem zauważyć, że w robotach budowlanych zakres robót, determinuje rodzaj przedsięwzięcia. W konsekwencji, oznacza to dla przykładu, że wykonanie robót ziemnych o wymaganej przez Zamawiającego wartości, nie jest doświadczeniem, które przesądza o zdolności do wykonania zamówienia w zakresie merytorycznym. Stąd też nieodzowne jest, w ocenie Krajowej Izby Odwoławczej, wykazanie realizacji pełnego zakresu prac wskazanych przez Zamawiającego w ramach każdej z dwóch wymaganych robót budowlanych.

Stanowisko powyższe potwierdza również dokonana wykładnia gramatyczna regulacji zawartej w Rozdziale V ust. 3 SIWZ. Postanowienie, iż roboty muszą dotyczyć wykonania robót ziemnych i palowania oraz robót żelbetowych monolitycznych z podaniem ich przedmiotu, wartości, daty i miejsca wykonania wskazuje, że roboty odnoszą się do zamówienia (inwestycji), zastosowano bowiem konstrukcję gramatyczną, w której robotę należy opisać przez przedmiot, wartość, datę i miejsce wykonania. I co najważniejsze, roboty te, a więc każda inwestycja, muszą dotyczyć wszystkich trzech prac.

W tym stanie rzeczy, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że postanowienie zawarte w Rozdziale V ust. 3 SIWZ nie pozostawia wątpliwości, jakie roboty budowlane miały być zawarte w wykazie sporządzonym w oparciu o załącznik nr 4 do SIWZ.

Rację więc należy przyznać Odwołującemu się, iż każdy z wykonawców zobowiązany był wykazać dwa zamówienia, w ramach których zrealizowano przynajmniej roboty ziemne, palowanie i roboty żelbetowe monolityczne. Nie można się jednak zgodzić z Odwołującym się, iż zakres wykazanej inwestycji powinien wynikać z przedstawionych referencji. Rozstrzygające w przedmiocie doświadczenia jest oświadczenie wykonawcy, bowiem to wykaz robót budowlanych należy przedstawić na potwierdzenie spełniania warunku wymaganego doświadczenia, zaś do wykazu należy dołączyć dokumenty potwierdzające, że roboty zostały wykonane należycie (Rozdział V, pkt 3 SIWZ). Z powyższego wynika, że referencje przedstawiane są na inną okoliczność. Służą bowiem innemu celowi. Tak więc dokumenty przedstawiane obok wykazu, mają jedynie umożliwić Zamawiającemu stwierdzenie, że określone zadanie wskazane w wykazie, zostało wykonane prawidłowo.

Brak więc szczegółowej specyfikacji robót, w ramach referencji załączonych do oferty złożonej przez konsorcjum: Warmińskie Przedsiębiorstwo Budowlane „ROMBUD” Sp. z o.o. i

Keller Polska Sp. z o.o. Specjalistyczne Techniki Fundamentowe o/Gdynia oraz konsorcjum: Warmińskie przedsiębiorstwo Budowlane S.A. i „VECTRA” S.A. nie może stanowić podstawy do oceny, że wykonawca ten nie spełnia warunku udziału w postępowaniu. Jak wskazuje bowiem doświadczenie nie zawsze inwestorzy przedstawiają pełny zakres zrealizowanych robót, często wymieniają jedynie roboty wiodące. Na marginesie należy jednak dodać, że nie zwalnia to Zamawiającego z dokonania oceny wykazu, zgodnie z treścią sformułowanego warunku, o czym było wyżej. Analogiczną argumentację należy odnieść również do oferty złożonej przez "PRZEMYSŁÓWKA" Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego Holding Sp. z o.o., z tym jednak zastrzeżeniem, że jeśli pomiędzy referencją (str. 6) a treścią wykazu (poz. 2) występuje rozbieżność, to faktu tego nie można pominąć. Należy bowiem zauważyć, że inwestor Michalin Polska S.A., w spornej referencji, w sposób wyczerpujący określił zakres robót, budzi zatem wątpliwości oświadczenie wykonawcy, który rozszerza ten zakres, o roboty nie wymienione w referencji, tj. roboty ziemne. Nie sposób więc taką niezgodność pominąć, nieodzowne jest wyjaśnienie powyższej okoliczności w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp i w zależności od treści złożonych informacji, ewentualne wezwanie, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do uzupełnienia wymaganych dokumentów i oświadczeń.

Jeśli idzie zaś o termin wykonania robót, to nie ulega wątpliwości, że Zamawiający zawarł jednoznaczne postanowienie w tym przedmiocie (Rozdział IV ust. 2, Rozdział V ust. 3 SIWZ). Wymagane roboty mają być wykonane w okresie ostatnich pięciu lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Nie ulega zatem wątpliwości, że termin ich realizacji, biorąc pod uwagę, że postępowanie zostało wszczęte w dniu 14 października 2008 r., musi przypadać na okres pomiędzy 14 października 2003 r. a 13 października 2008 r. W tych okolicznościach robota wykazana w poz. 1 załącznika nr 4 (str. 12 oferty), zawartego w ofercie konsorcjum: Warmińskie Przedsiębiorstwo Budowlane S.A. i „VECTRA” S.A. nie spełnia wymagań Zamawiającego. Nieodzowne jest zatem wezwanie wskazanego wykonawcy do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów w przedmiotowym zakresie, na podstawie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

W tym stanie rzeczy, Krajowa Izba Odwoławcza stoi na stanowisku, że zarzut naruszenia przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, nie potwierdził się, co więcej jest przedwczesny. W opinii Izby, jeśli okazałoby się, że pierwotna treść kwestionowanych ofert nie potwierdza spełniania spornego warunku, Zamawiający zobowiązany jest do zastosowania przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, również w sytuacji, gdy dokumenty i oświadczenia są do oferty dołączone i nie zawierają błędów. Krajowa Izba Odwoławcza nie badała jednak wykazów zrealizowanych zamówień zawartych w kwestionowanych ofertach pod kątem przedmiotu, gdyż ten został zakwestionowany w odniesieniu jedynie do referencji.

Krajowa Izba Odwoławcza nie podziela zarzutu Odwołującego się w przedmiocie nieprawidłowego wyliczenia ceny brutto oferty, w tym podatku VAT przez konsorcjum:

Warmińskie Przedsiębiorstwo Budowlane „ROMBUD” Sp. z o.o. i Keller Polska Sp. z o.o. Specjalistyczne Techniki Fundamentowe o/Gdynia. Należy bowiem zauważyć, że w Rozdziale XI SIWZ, w którym określono sposób obliczenia oferty, wyraźnie powiązano cenę oferty z ceną kosztorysową (ust. 1). Oznacza to, że cena oferty musi wynikać z kosztorysów ofertowych dołączonych do oferty, a których obowiązek dołączenia jest bezsporny. Prawidłowe zatem jest rozwiązanie przyjęte przez Wykonawcę, zgodnie z którym wartość netto, podatek VAT oraz wartość brutto oferty stanowi sumę tych wartości z kosztorysów ofertowych. Przyjęcie innego rozwiązania, nie tylko nie odpowiadałoby wymaganiom Zamawiającego, ale również powodowałoby różnicę w zakresie podatku VAT i wartości brutto z formularza ofertowego w odniesieniu do sumy tych wartości z przedmiotowych kosztorysów.

Przepis art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp nakłada na zamawiającego obowiązek odrzucenia oferty, w sytuacji, gdy jej treść nie odpowiada treści SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. W celu stwierdzenia niezgodności kosztorysu ofertowego z treścią SIWZ nie wystarczy stwierdzenie niezgodności z przedmiarem robót. Istotne znaczenie ma bowiem określenie w SIWZ sposobu sporządzenia przedmiotowego kosztorysu, a więc jego zakresu. Wskazany przez Odwołującego się Rozdział XI ust. 2 SIWZ, jako podstawa oceny jest nieadekwatny, bowiem dotyczy sposobu obliczenia ceny. Rozstrzygające znaczenie w tym przedmiocie ma Rozdział V ust. 12 SIWZ, zgodnie z którym uproszczony kosztorys ofertowy należy sporządzić na podstawie otrzymanej dokumentacji technicznej. Natomiast dokumentacji technicznej nie stanowi jedynie przedmiar robót, ale również projekt budowlany, projekt wykonawczy, specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót. Tak więc kosztorys ofertowy musi uwzględniać wymagania wynikające z wszystkich wymienionych dokumentów, a zatem musi być spójny nie tylko z przedmiarem robót. W tym kontekście należy rozpatrywać zarzuty podniesione wobec oferty złożonej przez konsorcjum: Warmińskie Przedsiębiorstwo Budowlane „ROMBUD” Sp. z o.o. i Keller Polska Sp. z o.o. Specjalistyczne Techniki Fundamentowe o/Gdynia. I tak w zakresie kwestionowanej poz. 14 kosztorysu ofertowego należy stwierdzić, że wykonawca zaoferował w istocie kształtkę PE110/stal 100 mm, a więc inną niż wynika to z przedmiaru robót (PE110/stal 10 mm), jednakże nie można pominąć faktu, że w projekcie wykonawczym branży sanitarnej, na rysunku nr 4, poz. 4 wskazano na kształtkę dokładnie tożsamą, z tą, którą wycenił wykonawca. Stąd też, wobec faktu, iż kosztorys należało sporządzić w oparciu o dokumentację techniczną, która jak wskazano wykazuje rozbieżności, nie sposób przyjąć, iż oferta w tym zakresie jest niezgodna z SIWZ. Wykonawca miał prawo uznać, wobec tak sformułowanego zapisu SIWZ, że to właśnie kształtka opisana w projekcie wykonawczym jest właściwa. Niekonsekwencja Zamawiającego w żadnym razie nie może obciążać Wykonawcy. Jeśli idzie o poz. 19 przedmiotowego kosztorysu, Zamawiający wymagał

ręcznego układania mieszanki betonowej, zaś wykonawca ujął w kosztorysie ofertowym układanie przedmiotowej mieszanki, jednakże wprost nie wskazał, że odbywać się to będzie ręcznie, tylko dodał, że transport mieszanki nastąpi za pomocą pompy do betonu. Co więcej jest to zgodne ze Szczegółową specyfikacją techniczną 04.00.00 p. 4.1, gdzie dopuszcza się podawanie i układanie mieszanki przy pomocy pompy do betonu lub innych środków zaakceptowanych przez inspektora nadzoru. Nieścisłości w treści dokumentacji technicznej Zamawiającego, nie mogą stanowić o niezgodności oferty z treścią SIWZ, z powodów o których była mowa wyżej. Opisanie poz. 38 kosztorysu ofertowego w sposób który nie jest identyczny z tym z przedmiaru robót, również nie może być podstawą do stwierdzenia niezgodności, o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Jak wskazano wyżej, taki wymóg nie wynika z postanowień SIWZ, a ponadto przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, daje możliwość Zamawiającemu poprawienia omyłek polegających na niezgodności oferty z SIWZ, które nie powodują istotnych zmian w treści oferty. Niewłaściwy opis pozycji kosztorysowej z pewnością należy zaliczyć do katalogu tych omyłek. Argumentację powyższą należy odnieść również do pozostałych kwestionowanych pozycji kosztorysu ofertowego, gdzie niezgodność występuje, w istocie między przedmiotowym kosztorysem a przedmiarem, ale wynika ona z przyjęcia przez wykonawcę, że prawidłowe rozwiązania obrazuje nie przedmiar a projekt wykonawczy i specyfikacje techniczne, a wobec rozbieżności między wskazanymi dokumentami i postanowienia SIWZ, zgodnie z którym kosztorys ma być sporządzony w oparciu o dokumentację techniczną, należy przyjąć rozwiązanie wykonawcy, jako uprawnione.

Konkludując należy stwierdzić, że wykazane niezgodności kosztorysu z przedmiarem robót nie stanowią podstawy do odrzucenia oferty. Jeśli opis pozycji nie jest zgodny z przedmiarem, ale czyni zadość wymaganiom wynikającym z specyfikacji technicznych czy też projektów wykonawczych, to nie ma potrzeby go korygować. Jeśli zaś, dla przykładu kształtka o podanych wymiarach w przedmiarze robót nie występuje, a została wyceniona w kosztorysie ofertowym, to należy omyłkę taką poprawić w trybie art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. Jeśli zaś opis pozycji w kosztorysie ofertowym nie oddaje charakteru prac ujętych w przedmiarze, jak i specyfikacji technicznej, to omyłka powinna zostać poprawiona w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Stanowisko powyższe zachowuje swoją aktualność w zakresie zarzutów tego samego rodzaju podniesionych w odniesieniu do konsorcjum: Warmińskie Przedsiębiorstwo Budowlane S.A. i „VECTRA” S.A.

Jednocześnie należy zauważyć, że powołane przez Odwołującego się w niniejszej sprawie orzecznictwo jest nieadekwatne ze względu na zmianę stanu prawnego. W istocie, wskazywane przez Odwołującego się błędy mogłyby stanowić o niezgodności oferty z treścią SIWZ w poprzednim stanie prawnym, w którym ustawodawca dopuszczał, oprócz poprawiania oczywistych omyłek pisarskich, jedynie omyłki rachunkowe.

W tych okolicznościach stwierdzić należy, że nie ujęcie w ofercie złożonej przez "PRZEMYSŁÓWKA" Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego Holding Sp. z o.o., w kosztorysie dotyczącym robót budowlanych i rozbiórki stacji TRAF0, kolumny z numerem specyfikacji technicznej, nie stanowi niezgodności z treścią SIWZ, bowiem jak wskazano wyżej, brak wymogu w SIWZ, iż kosztorys ofertowy powinien stanowić idealne odzwierciedlenie przedmiaru robót. Brak przedmiotowej kolumny nie powoduje jakichkolwiek wątpliwości, co do tego jakie roboty zostały wycenione. Prace te bowiem zostały przez wykonawcę wyspecyfikowane.

Trafny natomiast jest zarzut Odwołującego się, zgodnie z którym w kosztorysie branży budowlanej, zawartym w ofercie złożonej przez "PRZEMYSŁÓWKA" Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego Holding Sp. z o.o., brak pozycji 15 i 16. Nie ma bowiem wątpliwości, że pismem z dnia 26 listopada 2008 r. (odpowiedź na pytanie nr 4) Zamawiający dokonał modyfikacji SIWZ, precyzując iż kosztorys ofertowy należy uzupełnić właśnie o przedmiotowe pozycje, które dotyczą wykonania płyt fundamentowych żelbetowych oraz przygotowania i montażu zbrojenia elementów budynków i budowli – pręty żebrowane. Jednakże nie można pominąć faktu, że przedmiotowe roboty zostały przez wykonawcę ujęte i wycenione w kosztorysie szczegółowym (poz. 57 kosztorysu branży sanitarnej), dołączonym do przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu. W tych okolicznościach należy przyjąć, że w istocie mamy do czynienia z niezgodnością co do formy. Nie występuje bowiem brak przedmiotowych robót, ale ich ujęcie w innej pozycji kosztorysowej. Przeciwny pogląd pozostawałby w sprzeczności z przepisem art. 5 k.c.

Krajowa Izba Odwoławcza nie podziela zarzutu Odwołującego się, iż "PRZEMYSŁÓWKA" Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego Holding Sp. z o.o. w harmonogramie robót i tabeli do fakturowania zawarła inną cenę niż wynika to z Rozdziału XI ust. 1 SIWZ. Otóż, wskazane postanowienie dotyczy sposobu obliczenia ceny oferty, odnosząc ją do ceny kosztorysowej. Brak natomiast jakichkolwiek wytycznych w przedmiocie sporządzenia harmonogramu robót, czy też tabeli do fakturowania. Z Rozdziału V ust. 12 SIWZ wynika jedynie obowiązek dołączenia przedmiotowych dokumentów do oferty. W tych okolicznościach brak podstaw do twierdzenia, że w tym zakresie, treść oferty nie odpowiada treści SIWZ.

W przedmiocie błędu w obliczeniu ceny w poz. 6 kosztorysu elektrycznego (str. 56 oferty), zawartego w ofercie wykonawcy "PRZEMYSŁÓWKA" Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego Holding Sp. z o.o., Krajowa Izba Odwoławcza stoi na stanowisku, że jest to oczywista omyłka rachunkowa, którą Zamawiający obowiązany jest poprawić w trybie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. Popełniony błąd jest bowiem wynikiem nieprawidłowego działania

mnożenia, a nie ulega wątpliwości, że iloczyn dwóch liczb daje jedną, zawsze tę samą wartość. Oczywistość przedmiotowej omyłki nie powinna budzić wątpliwości, a skoro tak, to Zamawiający ma obowiązek uwzględnić konsekwencje rachunkowe dokonanych poprawek. Chodzi więc o poprawienie wartości, na które wpływ miały popełnione błędy.

W związku z powyższym, wobec potwierdzenia się okoliczności braku wymaganego doświadczenia przez konsorcjum: Warmińskie Przedsiębiorstwo Budowlane S.A. i „VECTRA” S.A., zarzut naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, znalazł potwierdzenie. Zaś zarzut naruszenia przepisów art. 24 ust. 2 pkt 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, należy uznać za chybiony.

Krajowa Izba Odwoławcza pozostawiła bez rozpoznania zarzuty naruszenia przepisów art.: 22 ust. 1 pkt 2, art. 24 ust. 1 pkt 10, art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, gdyż nie były zawarte w proteście, a zgodnie z przepisem art. 191 ust. 3 ustawy Pzp, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były przedmiotem protestu.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 191 ust. 1 i 1a oraz art. 191 ust. 2 pkt 1 i 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp w zw. z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 z późn. zm.), uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego się w kwocie 3 600,00 zł.

B.

W dniu 19 grudnia 2008 r. „PRZEMYSŁÓWKA” Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Holding Sp. z o.o. wniosło protest wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz zaniechania odrzucenia przedmiotowej oferty oraz wszystkich pozostałych ofert, co stanowi naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 i 3, art. 26 ust. 3, art. 87 ust. 1 i 2 pkt 1-3, art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

W treści złożonej oferty zostało złożone oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu przez Warmińskie Przedsiębiorstwo Budowlane "ROMBUD " Sp. z o.o. z uchybieniem zasad reprezentacji wynikających z załączonego odpisu KRS. Wobec wymogu reprezentacji Spółki przez dwóch członków zarządu działających łącznie, złożone oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu podpisane wyłącznie przez

Prezesa Zarządu Pana Romana G. nie może być uznane za ważne. Zamawiający tym samym był obowiązany, na mocy treści art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wezwać wskazanego Wykonawcę do uzupełnienia złożonego oświadczenia pod rygorem wykluczenia go z postępowania i utraty wniesionego wadium.

Ponadto, wskazany wyżej wykonawca złożył ofertę, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia:

- na stronie 68 oferty w pozycji nr 6, 7 i 8 kosztorysu ofertowego zaoferowano wykonanie wymaganych robót z zastosowaniem betonu B-25, gdzie Zamawiający w sposób jednoznaczny wymagał wykonania wskazanego zakresu robót z zastosowaniem betonu B-30;
- na stronie 71 oferty w pozycji 10 kosztorysu ofertowego Wykonawca oferuje wywiezienie gruzu z rozebranych konstrukcji bez wymaganej przez Zamawiającego utylizacji;
- na stronie 82 oferty w pozycji 3 kosztorysu ofertowego nie uwzględniono zakresu robót wymaganego, w udzielonej przez Zamawiającego odpowiedzi z dnia 26 listopada 2008 r. na zadane pytanie nr.2, gdzie Zamawiający wymagał wykonania: „Podłoże o gr. 16 cm metoda stabilizacji cementem - 474 m² - wymagana jest poduszka betonowa gr. 40 cm;
- na stronie 82 oferty w pozycji 14 kosztorysu ofertowego zaoferowano Kształtkę PE 110/stal 100mm, przy wymaganej przez Zamawiającego kształtce PE 110/stal 10mm;
- na stronie 82 oferty w pozycji 15 kosztorysu ofertowego Wykonawca nie wskazał numeru katalogowego zaworu antyskażeniowego;
- na stronie 82 oferty w pozycji 19 kosztorysu ofertowego brak jest informacji czy zakres robót obejmuje układanie mieszanki betonowej pod wymagane bloki oporowe obejmujące 4 zasuwy;
- na stronie 82 oferty w pozycji 24 kosztorysu ofertowego zaoferowano oznakowanie trasy wodociągu ułożonego w ziemi taśmą z tworzywa sztucznego bez wymaganej wtopionej ścieżki metalicznej ze stali nierdzewnej;
- na stronie 83 oferty w pozycji 31 kosztorysu ofertowego nie uwzględniono zakresu robót wymaganego, w udzielonej przez Zamawiającego odpowiedzi z dnia 26 listopada 2008 r. na zadane pytanie nr 2, gdzie Zamawiający wymagał wykonania: „Podłoże o gr. 16 cm metoda stabilizacji cementem - 285 m² - wymagana jest poduszka betonowa gr. 40 cm;
- na stronie 83 oferty w pozycji 38 kosztorysu ofertowego zaoferowano wyłącznie wykonanie i dostawę licznika ścieków Parti-MAG-SERW wobec wymaganego innego, znacznie szerszego zakresu obejmującego również m.in. czujnik On 150, liczydło elektroniczne z oprogramowaniem, zdalny monitoring i rejestrację danych pomiarowych

GROM Flow Story 200 (GFS), moduł telemetryczny MT 201 wraz z oprogramowaniem Win Rec, uruchomienie systemu monitoringu i ściekomierza oraz autoryzowaną armaturę montażową;

- na stronie 84 oferty w pozycji 42 kosztorysu ofertowego nie uwzględniono zakresu robót, wymaganego w udzielonej przez Zamawiającego odpowiedzi z dnia 26 listopada 2008 r. na zadane pytanie nr 2, gdzie Zamawiający wymagał wykonania: „Podłoże o gr. 16 cm metoda stabilizacji cementem - 1759 m² -wymagana jest poduszka betonowa gr. 40 cm;
- na stronie 84 oferty w pozycji 48 kosztorysu ofertowego zaoferowano wykonanie kanałów z rur kanalizacyjnych PVC o średnicy zewnętrznej 315 mm, gdzie Zamawiający wymagał zastosowania rur o średnicy 300 mm;
- na stronie 84 oferty w pozycji 52 kosztorysu ofertowego wykonawca oferuje wykonanie próby szczelności kanałów o średnicy 250 mm, gdzie Zamawiający wymagał wykonania próby dla kanałów o średnicy 225 mm;
- na stronie 84 oferty w pozycji 58 kosztorysu ofertowego oferowany jest wyłącznie separator węglowodorów MAKO-B typ T NG 40/4800, którego wartość Wykonawca wycenił w oparciu o wagę wskazując jednostkę rozliczeniową "t" tonę. Oferowany separator jest bez wymaganej zintegrowanej komory szlamu 4800 l oraz bez wymaganego wjazdu żeliwnego klasy 0400;
- na stronie 84 oferty w pozycji 62 kosztorysu ofertowego Wykonawca oferuje wykonanie rur deszczowych z PVC o średnicy 160 mm, wewnętrzne, o połączeniach wciskowych, gdzie Zamawiający wymagał wykonania rur spustowych z PCW o średnicy 110 mm;
- na stronie 84 oferty w pozycji 64 kosztorysu ofertowego, oferowane jest wykonanie ścieków z elementów betonowych na podsypce piaskowej o grubości prefabrykatów 15 cm. Zamawiający wymagał wykonania odwodnienia liniowego V100 kanał z rusztem w poprzeczne mostki z żeliwa sferoidalnego w kl. C 250 ze ściankami czołowymi, korytka ze spadkiem własnym.
- na stronie 85 oferty w pozycji 74 kosztorysu ofertowego, oferowane jest wykonanie rurociągu kanalizacyjnego z PVC o średnicy nominalnej 225mm, gdzie Zamawiający wymagał wykonania rurociągu o średnicy 200mm;
- na stronie 85 oferty w pozycji 77 i 78 oraz na stronie 86 pozycje od 80 do 88 kosztorysu ofertowego opisy oferowanego zakresu robót nie odpowiadają wymaganiom Zamawiającego;

Biorąc pod uwagę wskazane wyżej oferowane odmienne od wymaganego wykonanie

przedmiotu zamówienia, a w szczególności zastosowanie odmiennych od wymaganych rozwiązań wykonania przedmiotu zamówienia, Zamawiający był zobowiązany do podjęcia czynności, o których mowa w treści art. 89 ust.1 pkt.2 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty złożonej przez konsorcjum: Warmińskie Przedsiębiorstwo Budowlane "ROMBUD" Sp. z o.o. i KELLER Polska Sp. z o.o. Specjalistyczne Techniki Fundamentowe o/Gdynia.

W pierwszej kolejności Zamawiający, zdaniem Odwołującego się, uprawniony był do wyjaśnienia treści oferty na podstawie art. 87 ust.1 ustawy Pzp. Jednocześnie należy zauważyć, iż na Zamawiającym spoczywa również obowiązek dokonania czynności, o których mowa w treści art. 87 ust.2 pkt. 1 ustawy Pzp, poprawienia oczywistych omyłek pisarskich, do których można zakwalifikować niewłaściwe zastosowanie jednostek miary, bądź wyraźną i oczywistą błędną pisownię. Spośród wskazanych wyżej okoliczności powodujących odrzucenie oferty, część jest możliwa do poprawienia przez Zamawiającego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp. Jednakże większość z podniesionych zarzutów kierowanych w stosunku do treści oferty stanowi podstawę do jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp i nie kwalifikuje się do zastosowania przepisu wynikającego z art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp.

Niezależnie od powyższego Odwołujący się podnosi, iż pozostali wykonawcy, którzy złożyli oferty w przedmiotowym postępowaniu nie uwzględnili wymagań Zamawiającego wynikających m. in. z treści pisma z dnia 26 listopada 2008 r. Każdy z wykonawców, za wyjątkiem Odwołującego się, nie zawarł w swej ofercie wyceny zgodnej z treścią udzielonej odpowiedzi na pytanie nr 2. Zgodnie z wyjaśnieniem Zamawiającego wykonawcy zobowiązani byli uwzględnić w kosztorysie ofertowym:

- "Przyłącze wodociągowe" pozycja 3 - .Podłoże o gr. 16 cm metoda stabilizacji cementem - 474 m² - wymagana jest poduszka betonowa gr. 40 cm;
- "Przyłącze kanalizacji sanitarnej" pozycja 31 - .Podłoże o gr. 16 cm metoda stabilizacji cementem - 285 m² - wymagana jest poduszka betonowa gr. 40 cm;
- "Przyłącze wodociągowe" pozycja 42 - .Podłoże o gr. 16 cm metoda stabilizacji cementem - 1759 m² - wymagana jest poduszka betonowa gr. 40 cm;

Złożone w postępowaniu oferty, których treść nie odpowiada wyżej wskazanemu opisowi, zgodnemu co do treści wyjaśnień, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w zakresie poszczególnych pozycji wskazanych wyżej robót, podlegają odrzuceniu na podstawie art. 89 ust.1 pkt. 2 ustawy Pzp.

Zamawiający biorąc pod uwagę treść art. 7, a w szczególności ust. 3 mając na uwadze

dbałość o środki publiczne i uniknięcie zawarcia umowy obciążonej wadą, która to z mocy art. 146 ust.1 pkt. 6 ustawy Pzp będzie nieważna, obowiązany jest do powtórzenia czynności badania ofert, licząc się z ewentualną koniecznością unieważnienia postępowania przetargowego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt. 1 ustawy Pzp.

Biorąc powyższe pod uwagę Odwołujący się wniósł o: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz odrzucenie oferty najkorzystniejszej, dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej, ewentualnie unieważnienie postępowania, w przypadku, gdy wszystkie oferty podlegać będą odrzuceniu.

Do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu swoje przystąpienie zgłosiło konsorcjum: Warmińskie Przedsiębiorstwo Budowlane „ROMBUD” Sp. z o.o. i KELLER Polska Sp. z o.o. Specjalistyczne Techniki Fundamentowe o/Gdynia.

Pismem z dnia 30 grudnia 2008 r. Zamawiający protest rozstrzygnął, w ten sposób, że uznał zarzut zaofierowania niewłaściwej klasy betonu w ofercie złożonej przez konsorcjum: Warmińskie Przedsiębiorstwo Budowlane „ROMBUD” Sp. z o.o. i KELLER Polska Sp. z o.o. Specjalistyczne Techniki Fundamentowe o/Gdynia, w pozostałym zakresie protest oddalił.

Z decyzją Zamawiającego nie zgodził się Odwołujący się i wniósł w dniu 9 stycznia 2009 r. odwołanie, w którym podtrzymał zarzuty i żądania zgłoszone w proteście, w zakresie nie uwzględnionym przez Zamawiającego.

Na podstawie zgromadzonych dokumentów w aktach sprawy, dokumentacji postępowania oraz po wysłuchaniu stron na rozprawie, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Odwołujący się legitymuje się interesem prawnym do wnoszenia środków ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Należy bowiem zauważyć, że wybór oferty najkorzystniejszej do czasu ostatecznego rozstrzygnięcia protestu może być wzruszony.

W zakresie zarzutów dotyczących niezgodności treści oferty konsorcjum: Warmińskie Przedsiębiorstwo Budowlane „ROMBUD” Sp. z o.o. i KELLER Polska Sp. z o.o. Specjalistyczne Techniki Fundamentowe o/Gdynia z SIWZ (str. 4-6 odwołania pkt 1-17)

pozostają aktualne rozważania Krajowej Izby Odwoławczej uczynione w zakresie rozpoznawania zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, podniesionego w odwołaniu wniesionym przez „ARBET” Sp. z o.o. (pkt A uzasadnienia wyroku). Podkreślić jedynie należy, że dokonywanie poprawienia omyłek w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, nie może powodować zmiany w kalkulacji określonej pozycji kosztorysowej. Zmiana może dotyczyć wyłącznie opisu danej roboty. Prezentowane stanowisko należy odnieść również do poz. 3 „Przyłącza wodociągowego”, poz. 31 „Przyłącza kanalizacji sanitarnej” oraz poz. 42 „Przyłącza wodociągowego”. W istocie, zgodnie z twierdzeniem Odwołującego się, Zamawiający rozszerzył opis wskazanych pozycji, jednocześnie zakres robót. Oprócz podłoża o grubości 16 cm, wymagał wykonania poduszki betonowej o grubości 40 cm. Jednakże, w ocenie Izby, nie uwzględnienie poduszki betonowej w opisie przedmiotowych pozycji nie może prowadzić do odrzucenia oferty na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, ze względu na regulację przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej jedynie brak pozycji kosztorysowej, a więc jednocześnie brak wyceny w jakimkolwiek zakresie tej pozycji, stanowiłby o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, powyższego braku nie dałoby się bowiem usunąć w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

W tych okolicznościach, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że zarzut naruszenia przepisu art. 87 ust. 2 pkt 1 i 3 ustawy Pzp znalazł potwierdzenie, a w konsekwencji również zarzut naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

Zadaniem Krajowej Izby Odwoławczej, Zamawiający nie miał obowiązku wzywać wykonawców do wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Działanie powyższe nie znajduje uzasadnienia w sytuacji, kiedy konieczne jest dokonanie poprawienia omyłek w opisie pozycji kosztorysowych. Należy bowiem uznać, że wyrażenie zgody na poprawienie omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, w istocie skutkuje potwierdzeniem zakresu wycenionych robót. Skorzystanie więc z trybu wyjaśnień oferty prowadziłoby do potwierdzenia okoliczności, które i tak musiałyby być potwierdzone na gruncie poprawiania omyłek, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Zaś dublowanie czynności nie ma jakiegokolwiek racjonalnego uzasadnienia.

Zarzut naruszenia przepisu art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp nie znalazł potwierdzenia, gdyż Odwołujący się nie wykazał oczywistych omyłek rachunkowych w kwestionowanych ofertach.

Zarzut naruszenia przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp jest niezrozumiały, z uwagi na fakt, że Zamawiający wezwał do uzupełnienia nieprawidłowego oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu przez Warmińskie Przedsiębiorstwo Budowlane „ROMBUD” Sp. z o.o. i wykonawca ten zadośćuczynił wezwaniu.

Wobec zajętego przez Izbę stanowiska, w przedmiocie rozpatrywanego odwołania, również zarzut naruszenia przepisu art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp należy uznać za chybiony

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 191 ust. 1 i 1a oraz art. 191 ust. 2 pkt 1 i 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp w zw. z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 z późn. zm.), uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego się w kwocie 3 600,00 zł.

C.

W dniu 19 grudnia 2008 r. Odwołujący się zgłosił przystąpienie do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu przez Przedsiębiorstwo Budowlane „ARBET” Sp. z o.o. z „żądaniem odrzucenia protestu przynajmniej w części dotyczącej zarzutów protestującego (...).”

W uzasadnieniu Odwołujący się podniósł, iż posiada wymagane przez Zamawiającego doświadczenie oraz że przedmiotowy warunek wykonawcy ubiegający się wspólnie o zamówienie muszą spełniać łącznie.

W ocenie Odwołującego się, nie uwzględnienie przez Konsorcjum w kosztorysie betonu kl. B-30 jest zarzutem bezpodstawnym, gdyż beton jest przyjęty prawidłowo - w kosztorysie w wersji elektronicznej jest uwzględniony beton B-30, w nakładach do pozycji 6, 7, 8. Natomiast w opisie pozycji 6, 7, 8 jest pomyłka pisarska - zamiast B-30 jest wpisany B-25. Zamawiający, mając wgląd do wersji elektronicznej, nie podnosił tej kwestii, jako nie mającej istotnego znaczenia.

Pozostałe zarzuty dotyczące kosztorysów - inaczej opisanych pozycji w kosztorysie na roboty sanitarne - są również bezpodstawne, gdyż zgodnie z Rozdziałem XI ust. 2 SIWZ, ogólna cena kosztorysowa powinna obejmować wszystkie koszty wykonania robót bezpośrednio wynikających z przedmiarów robót oraz robót, których wykonanie niezbędne jest dla prawidłowego wykonania przedmiotu umowy oraz jego użytkowania, zgodnie z obowiązującymi przepisami i przy zastosowaniu polskich norm i warunków technicznych wykonania i odbioru robót. Zaś zgodnie z ust. 4, wszystkie ceny określone przez wykonawcę zostaną ustalone na okres ważności umowy i nie będą podlegały zmianom. Ponadto należy wziąć pod uwagę, że przedmiot zamówienia jest opisany w SIWZ przede wszystkim za

pomocą szczegółowych specyfikacji technicznych i projektu, zaś przedmiary służą jedynie ustaleniu ilości poszczególnych robót. Każdy z oferentów ma obowiązek wycenić te ilości robót przede wszystkim zgodnie z przedmiotowymi specyfikacjami i projektem. Treść tekstowa przedmiarów ma charakter umowny i skrótowy i nie jest w stanie wyczerpująco opisać przedmiotu zamówienia, ani nawet poszczególnych robót. Literalne interpretowanie tekstu przedmiarów, bez uwzględnienia kontekstu pozostałych wymogów SIWZ, jest działaniem chybionym i pozbawionym sensu.

Odwołujący się szczegółowo wyjaśnia różnice między kosztorysem ofertowym i przedmiarem oraz przyczynę ich powstania, wskazując na niezgodności między przedmiarem a szczegółowymi specyfikacjami technicznymi.

Zarzut, że cena podana w formularzu ofertowym jest nieprawidłowo wyliczona, jest również zarzutem bezpodstawnym i chybionym. Według zasad rachunkowości cena brutto jest sumą poszczególnych składowych wartości brutto, a nie wynikiem obliczenia jej na podstawie wartości sumy ceny netto. Toteż podana na formularzu cena brutto jest prawidłowo obliczona. Różnica 1 grosza wynika z zaokrąglenia VAT w poszczególnych elementach składowych. Fakturowanie wykonanych robót będzie się odbywać wg poszczególnych kolejnych elementów i one po zsumowaniu dadzą sumę brutto określoną w formularzu ofertowym.

Do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu swoje przystąpienie zgłosiła „PRZEMYSŁÓWKA” Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Holding Sp. z o.o.

Pismem z dnia 30 grudnia 2008 r. Zamawiający protest uwzględnił w zakresie niewłaściwej klasy betonu zastosowanej przez Odwołującego się, w pozostałym zakresie protest oddalił.

Z decyzją Zamawiającego nie zgodził się Odwołujący się i wniósł w dniu 7 stycznia 2009 r. odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 1 i 3 ustawy Pzp.

Zgodnie z Rozdziałem V poz. 12 SIWZ, Zamawiający żądał złożenia kosztorysu uproszczonego w formie zarówno papierowej, jak i elektronicznej. Jednocześnie w Rozdziale XI SIWZ w ust. 3, ponownie przywołał konieczność sporządzenia uproszczonego kosztorysu ofertowego w wersji papierowej i elektronicznej na nośniku CD. Konsekwencją wydruku kosztorysu ofertowego uproszczonego jest skalkulowanie właściwego kosztorysu w formie pełnej - takiej jaka została zapisana na nośniku CD i dostarczona dla Zamawiającego wraz z ofertą. W kosztorysie w wersji elektronicznej, wyraźnie można zweryfikować klasę betonu,

jaka została przyjęta do kalkulacji - zestawienie materiałów - pozycja 4 - beton zwykły B-30, co jest bezspornie zgodne z wymaganiami Zamawiającego. W wydruku kosztorysu uproszonego omyłkowo pozostała pozycja beton klasy B-25, co należy tłumaczyć tylko jako błąd zarówno oczywistej omyłki pisarskiej lub innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z SIWZ, ale niepowodującej istotnych zmian treści oferty.

Dodatkowo Zamawiający w treści formularza ofertowego wyraźnie zażądał złożenia oświadczenia "że w cenie oferty zostały uwzględnione wszystkie koszty wykonania zamówienia i realizacji przyszłego świadczenia umownego" - co bezspornie oznacza, że przyjęta kalkulacja obciąża za ewentualne błędy tylko przyszłego wykonawcę. Jednocześnie brak wyraźnego określenia formy wynagrodzenia w robotach budowlanych i złożone zacytowane wyżej oświadczenie należy odczytywać jako intencję Zamawiającego o wynagrodzeniu ryczałtowym.

Na podstawie zgromadzonych dokumentów w aktach sprawy, dokumentacji postępowania oraz po wysłuchaniu stron na rozprawie, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Odwołujący się legitymuje się interesem prawnym do wnoszenia środków ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza nie podziela stanowiska Zamawiającego, iż błąd w opisie pozycji kosztorysowej dyskwalifikuje ofertę. W żaden sposób nie można też mówić, w tych okolicznościach o ofercie wariantowej. Prawdą jest, że Zamawiający w piśmie z dnia 26 listopada 2008 r., udzielając odpowiedzi na pytanie 14, wskazał, że dla wyceny robót budowlanych (poz. 6, 7, 8) należy przyjąć beton klasy B-30. Odwołujący się we wskazanych opisach pozycji kosztorysowych nie uwzględnił przedmiotowej okoliczności, jednakże błąd ten mieści się w kategorii omyłek polegających na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty. Wymaga zatem poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Dostarczenie kosztorysu również na nośniku CD nie ma rozstrzygającego znaczenia dla sprawy. Potwierdza jedynie domniemanie, iż beton klasy B-25 został wpisany omyłkowo, co wynika ze szczegółowej specyfikacji kwestionowanych pozycji kosztorysowych zawartych w kosztorysie w wersji elektronicznej.

W przedmiotowej sprawie nie chodzi więc o rozstrzygnięcie, którą wersję kosztorysu uznać należy za prawidłową. Istota sprawy sprowadza się bowiem do oceny, czy popełniona omyłka mieści się w katalogu, o którym mowa w art. 87 ust. 2 ustawy Pzp.

Zamawiający odrzucając ofertę Odwołującego się, z powodów wyżej wskazanych, wykazał dużą niekonsekwencję w ocenie ofert. Omyłki o podobnym charakterze Zamawiający zaliczył do kategorii błędów, o których była mowa wyżej i dotyczy to zarówno oferty Odwołującego się, jak i pozostałych wykonawców, zaś z niewiadomych powodów uznał, że przedmiotowy błąd nie kwalifikuje się do poprawienia.

Wskazane postępowanie Zamawiającego powoduje, że zarzut naruszenia przepisów art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 87 ust. 2 pkt 3 i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp należy uznać za uzasadniony.

Na marginesie należy zauważyć, że Zamawiający przedwcześnie dokonał czynności ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej. Zgodnie bowiem z dyspozycją przepisu art. 185 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp, zamawiający powtarza oprotestowaną czynność po ostatecznym rozstrzygnięciu protestu, jeżeli co najmniej jedno ze zgłoszonych żądań nie zostało uwzględnione. Niezwłoczne powtórzenie oprotestowanej czynności byłoby możliwe, jedynie w sytuacji, gdyby wszystkie żądania protestu zostały uwzględnione, co w niniejszym stanie faktycznym nie miało miejsca.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 191 ust. 1 i 1a oraz art. 191 ust. 2 pkt 1 i 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp. Jednocześnie ze względu na treść § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 z późn. zm.) i wobec faktu nie przedstawienia rachunku na okoliczność wynagrodzenia pełnomocnika, do kosztów postępowania odwoławczego nie zaliczono przedmiotowego wynagrodzenia. Wskazany przepis nie daje podstaw do uwzględnienia wynagrodzenia pełnomocnika na podstawie innych dokumentów niż rachunek, stąd też przedstawienie umowy zlecenia należy uznać za niewystarczające.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 oraz z 2008 r. Nr 171, poz. 1058) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Olsztynie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*