

Sygn. akt: KIO 1567/15

## WYROK

z dnia 30 lipca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska**

**Protokolant: Paweł Puchalski**

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 30 lipca 2015 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 lipca 2015r. przez **wykonawcę Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Spółka Akcyjna z siedzibą w Gliwicach, pl. Piastów 10** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gminę Miasto Oświęcim w Oświęcimiu, ul. Legionów 15**

przy udziale **wykonawcy Chemobudowa – Kraków Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie, ul. Klimeckiego 24** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 1567/15 po stronie odwołującego

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Bielskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Spółka Akcyjna z siedzibą w Bielsku-Białej, ul. Warszawska 5 i Energopol Trade Opole spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Opolu, ul. Gosławicka 2** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 1567/15 po stronie zamawiającego

**orzeka:**

- 1. oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża **wykonawcę Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Spółka Akcyjna z siedzibą w Gliwicach, pl. Piastów 10** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Spółka Akcyjna z siedzibą w Gliwicach, pl. Piastów 10** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **wykonawcy Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Spółka Akcyjna z siedzibą w Gliwicach, pl. Piastów 10** na rzecz zamawiającego **Gminy Miasto Oświęcim w Oświęcimiu, ul. Legionów 15** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie : trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu kosztów zastępstwa prawnego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 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 w **Krakowie**.

**Przewodniczący:** .....

**Uzasadnienie**

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na rozbudowę i przebudowę Krytej Pływalni w Oświęcimiu przy ul. Chemików 2 zostało wszczęte przez zamawiającego ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 21 marca 2015r. za numerem 2015/S 057-098536.

W dniu 13 lipca 2015r. zamawiający poinformował wykonawców o wynikach postępowania tj. o wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Bielskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Spółka Akcyjna z siedzibą w Bielsku-Białej, ul. Warszawska 5 i Energopol Trade Opole spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Opolu, ul. Gosławicka 2 (dalej wykonawca wybrany) oraz m. in. o odrzuceniu oferty wykonawcy Mostostal Zabrze Gliwickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Spółka Akcyjna z siedzibą w Gliwicach, Pl. Piastów 10 (dalej odwołujący) na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późna. zm. poz. 984, 1047 i 1473, z 2014 r. poz. 423, 768, 811, 915 i 1146, 1232 oraz z 2015 r. poz. 349, poz. 478 – dalej ustawy). Jako uzasadnienie faktyczne podstawy wykluczenia zamawiający wskazał postanowienia cz. I rozdziału 5 pkt. 1 .2. siwz oraz wskazał, że odwołujący w pozycji nr 2 Wykazu wykonanych zamówień wskazał na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu wykonanie budowy hali widowiskowo - sportowej w Krakowie - Czyżynach załączając jednocześnie do oferty zobowiązanie do użyczenia zasobów wiedzy i doświadczenia w tym zakresie, podmiotu trzeciego - AWBUD S.A. Do oferty załączono również protokół odbioru końcowego z dnia 4 października 2013r., sporządzony pomiędzy wykonawcą przedmiotowej inwestycji - Mostostal Warszawa S.A. a podwykonawcą - AWBUD S.A. Z dokumentów załączonych do oferty nie wynika, czy użyczący - biorący udział w realizacji przedmiotowej inwestycji jako podwykonawca wykonał roboty budowlane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończył w zakresie odpowiadającym opisowi warunku udziału w postępowaniu określonego w punkcie 5.1.2 ppkt 2 części I siwz.

Pismem z dnia 1 lipca 2015r. zamawiający wezwał w trybie art. 26 ust. 3 ustawy odwołującego do uzupełnienia dokumentów w celu potwierdzenia spełniania wyżej opisanego warunku udziału w postępowaniu. Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego przedstawił Wykaz wykonanych zamówień oraz protokół odbioru końcowego inwestycji pn. Budowa Nowoczesnej Hali Widowiskowo - Sportowej w Gliwicach sporządzony pomiędzy wykonawcą tej inwestycji MIRBUD S.A., a podwykonawcą AWBUD S.A.

Jednakże przedłożone na wezwanie zamawiającego dokumenty również nie potwierdzają spełnienia warunku posiadania wiedzy i doświadczenia w zakresie określonym w siwz. Ponadto odwołujący nie przedstawił dokumentów potwierdzających, że przedłożone zobowiązanie do użyczenia zasobów zostało podpisane przez osoby umocowane do reprezentowania podmiotu. Zamawiający wskazał, że w związku z nie wykazaniem spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia w przedmiotowym postępowaniu odwołujący podlega wykluczeniu. Zgodnie z art 24 ust 4 ustawy jego ofertę uznaje się za odrzuconą. Co do podstawy odrzucenia oferty zamawiający podał, że zgodnie z treścią pkt 12 części I siwz cenę oferty należało obliczyć na podstawie kosztorysu ofertowego (część C wg Spisu zawartości oferty) sporządzonego metodą szczegółową wg przedmiaru robót. Do wyliczenia ceny służą projekt budowlany i wykonawczy, przedmiar robót, specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót. W ofercie odwołującego, brak w załączonych do oferty kosztorysach wyceny części pozycji w stosunku do przedmiarów robót. W treści siwz jak i w wyjaśnieniach dodatkowych zamawiający wielokrotnie wskazywał, na wymóg kompletności kosztorysu ofertowego. Kosztorys ofertowy złożony przez odwołującego nie spełnia wyżej przedstawionego wymogu, gdyż brak w nim 22 pozycji przedmiarowych. W związku z powyższym zamawiający zwrócił się w dniu 1 lipca 2015r. w trybie art. 87 ust. 1 ustawy do odwołującego wzywając go do wyjaśnień treści oferty w przedmiotowym zakresie. W treści udzielonych wyjaśnień odwołujący, w ocenie zamawiającego, zawarł dwa sprzeczne ze sobą co do treści oświadczenia wskazując jednocześnie, iż wskazana w ofercie cena zawiera wszelkie elementy niezbędne do wykonania przedmiotu zamówienia oraz, z drugiej strony, iż wskazanych w treści wezwania pozycji faktycznie nie ujęto w załączonym kosztorysie, wskazując, iż zamawiający winien dokonać samodzielnie wyliczenia tych pozycji oraz powiększyć o wyliczoną wartość cenę oferty. Sprzeczność zawartych w piśmie oświadczeń nie pozwalała zamawiającemu ustalić stanu faktycznego sprawy.

W dniu 23 lipca 2015r. odwołujący wniósł odwołanie na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, zaniechanie jej odrzucenia oraz na czynność wykluczenia odwołującego i odrzucenia jego oferty i zaniechanie jej poprawy. Odwołanie zostało podpisane przez wiceprezesa i członka zarządu ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do odwołania. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu bezpośrednio w dniu 23 lipca 2015r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie: art. 7 ust. 1 i 3, art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 24 ust. 4, art. 89 ust 1 pkt 2, art. 87 ust. 2 pkt 3, art. 92 ust. 1 pkt 2) ustawy.

Wniósł o:

1. uwzględnienie niniejszego odwołania,
2. unieważnienie czynności zamawiającego polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej wykonawcy wybranego

3. unieważnienie czynności zamawiającego polegającej na wykluczeniu odwołującego i odrzuceniu oferty odwołującego,

4. nakazanie zamawiającemu ponownego przeprowadzenia czynności badania i oceny ofert z udziałem oferty odwołującego, odrzucenie oferty wykonawcy wybranego i wyboru najkorzystniejszej oferty zgodnie z warunkami siwz,

6. zasądzenie kosztów postępowania od zamawiającego na rzecz odwołującego.

W uzasadnieniu odwołujący podniósł, że ma interes prawny do wnoszenia niniejszego odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy co potwierdza ugruntowane orzecznictwo KIO, m. in. wyrok z dnia 31 marca 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 309/10. Odwołujący legitymuje się ponieważ w przypadku gdyby odwołanie zostało uwzględnione przez Krajową Izbę odwoławczą to oferta odwołującego jako druga w kolejności klasyfikacji ofert w tym postępowaniu przetargowym powinna zostać wybrana jako oferta najkorzystniejsza - wygrywająca przetarg. Działanie zamawiającego spowodowało brak możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia przez odwołującego.

W ocenie odwołującego zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem art. 7 ust. 1 i 3 i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Treść oferty podmiotów wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Bielskiego Przedsiębiorstwa Budownictwa Przemysłowego S.A. i Energopol Trade Opole Sp. z o.o. nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej siwz) - harmonogram rzeczowo-finansowy prowadzenia robót będących przedmiotem zamówienia (załącznik E do oferty wg spisu zawartości oferty) tj. nie spełnia warunków w zakresie określonych przez zamawiającego wymogów jego sporządzenia - Część I pkt 3 ppkt 4) siwz (strony 4-6 siwz).

Zgodnie z tymi postanowieniami siwz „Wykonawca zobowiązany jest sporządzić i załączyć do oferty harmonogram rzeczowo-finansowy prowadzenia robót będących przedmiotem zamówienia. Harmonogram winien przedstawiać kolejność wykonywania poszczególnych etapów robót z podaniem dat rozpoczęcia i zakończenia wykonywania poszczególnych zakresów robót w okresie 01.07.2015 r. - 31.08.2017 r., wraz ze wskazaniem wysokości zaangażowania środków finansowych dla każdego etapu z podziałem na środki kwalifikowane i niekwalifikowane. Harmonogram winien być sporządzony z uwzględnieniem wszystkich postanowień niniejszej siwz, w tym części V - wzór umowy, a w szczególności poniższych założeń (...)” (strona 5 siwz). Zamawiający określił także czym są koszty kwalifikowane i koszty niekwalifikowane oraz przedstawił ustalony udział poszczególnych rodzajów kosztów w całości środków przeznaczonych na realizację zadania: „Środki przeznaczone na sfinansowanie zadania będącego przedmiotem zamówienia dzielą się na koszty kwalifikowane i koszty niekwalifikowane:

- udział kosztów kwalifikowanych wynosi 88,87 % całości środków przeznaczonych na realizację zadania,

- udział kosztów niekwalifikowanych wynosi 11,13% całości środków przeznaczonych na realizację zadania.

Koszty niekwalifikowane dotyczą następujących części przedmiotu zamówienia: (...). Pozostały zakres przedmiotu zamówienia finansowany będzie w ramach środków kwalifikowanych. Wysokość dofinansowania z Funduszu Rozwoju Kultury Fizycznej nie przekroczy poziomu 49,99% wysokości kosztów kwalifikowanych.” (strona 4 siwz).

Dodatkowo, zamawiający określił sankcje w przypadku gdy zawartość harmonogramu nie będzie uwzględniać opisanych w siwz proporcji, w postaci podstawy do odrzucenia oferty zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy (strona 6 siwz): „Nieuwzględnienie powyższych proporcji w harmonogramie stanowiącym załącznik E wg spisu zawartości oferty będzie stanowić podstawę do odrzucenia oferty zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Rzeczowo-finansowy harmonogram robót i finansowania, o którym mowa w §5 ust. 1 Części V siwz — wzór umowy, musi być zgodny z harmonogramem rzeczowo- finansowym stanowiącym załącznik E wg spisu zawartości oferty.”

Natomiast stosownie do treści § 5 ust. 1 wzoru umowy: „Przedłożony zamawiającemu harmonogram rzeczowo-finansowy musi być zgodny i stanowić jedynie rozwinięcie i uszczegółowienie harmonogramu rzeczowo-finansowego złożonego jako załącznik E wraz z ofertą wykonawcy. Ponadto, bez zmian w stosunku do harmonogramu rzeczowo-finansowego załączonego do oferty winien uwzględniać proporcje pomiędzy zaangażowaniem i wydatkowaniem środków kwalifikowanych i niekwalifikowanych przeznaczonych na sfinansowanie przedmiotu niniejszej umowy. Jeżeli w związku z obiektywnymi przesłankami, w szczególności związanymi z aspektami technologicznymi robót budowlanych stanowiących przedmiot niniejszej umowy, uwzględnienie w harmonogramie rzeczowo-finansowym procentowej wysokości zaangażowania środków kwalifikowanych w sposób wskazany przez zamawiającego jest niemożliwe należy przyjąć, iż wskazane procentowe zaangażowanie środków stanowi wartość maksymalne dla danego roku i niezaangażowanie w danym roku środków kwalifikowanych musi zostać uwzględnione w latach następnych i ostatecznie zbilansowane w ostatnim okresie inwestycji, z zastrzeżeniem pozostałych postanowień niniejszej umowy i okresów rozliczeniowych oraz płatności przejściowych i proporcji pomiędzy płatnościami przejściowymi i płatnością ostateczną.”

Rozwiewając wątpliwości wykonawców w zakresie wielkości środków finansowych przeznaczonych na realizację zadania, co do wielkości których odnoszą się wymogi do sporządzenia harmonogramu (proporcje) zamawiający wyjaśnił w treści pisma z dnia 3 kwietnia 2015 r. w odpowiedzi na pytania 8, 9, 10, że wykonawcy winni traktować cenę oferty za wykonanie całego przedmiotu zamówienia jako 100% środków przeznaczonych na realizację zadania.

Taki sam wniosek, według odwołującego, można wywieść z treści cytowanego wyżej § 5 ust. 1 wzoru umowy, a to w szczególności dlatego, że harmonogram ofertowy ma być zgodny z harmonogramem będącym załącznikiem do umowy.

Harmonogram załączony do oferty wykonawcy wybranego zawiera następujący podział w zakresie kosztów kwalifikowanych i kosztów niekwalifikowanych:

- koszty kwalifikowane wynoszą: netto 31 398 101,68 zł, brutto 38 619 665,07 zł, co stanowi 81,69% całości środków przeznaczonych na realizację zadania (a nie 88,87% zgodnie z wymogami siwz);

- koszty niekwalifikowane: netto 7 036 700,35 zł, brutto 8 655 141,43 zł, co stanowi 18,31% całości środków przeznaczonych na realizację zadania (a nie 11,13% zgodnie z wymogami siwz);

Kwota netto oferty: 38 434 302,03 zł, brutto : 47 274 806,50 zł.

Zdaniem odwołującego gdyby procentowy udział kosztów kwalifikowanych i niekwalifikowanych w harmonogramie załączonym do oferty wykonawcy wybranego był podzielony zgodnie z zapisami siwz to:

- koszty kwalifikowane (88,87%) powinny wynosić netto: 34 157 008,56 zł, brutto: 42 013 120,53zł,

- koszty niekwalifikowane (11,13%) powinny wynosić netto: 4 277 793,47 zł, brutto 5 261 685,97zł.

Jako dowód odwołujący powołał wyliczenia własne przedstawione w tabelach stanowiących załącznik nr 1 i 2 do odwołania.

Z powyższego w ocenie odwołującego jednoznacznie wynika, że harmonogram załączony do oferty przez wykonawcę wybranego jest niezgodny z treścią siwz w zakresie cytowanych powyżej zapisów tejże siwz - udział kosztów kwalifikowanych i kosztów niekwalifikowanych w całości środków przeznaczonych na realizację zadania nie jest zgodny z założeniami/wymogami zamawiającego zawartymi w siwz.

Stosownie do treści art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy zamawiający winien odrzucić ofertę wykonawcy, jeżeli jej treść nie odpowiada treści siwz, z zastrzeżeniem przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Z przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy wynika, że zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty z siwz, niepowodujące istotnych zmian w ofercie. W przedmiotowej sprawie wykonawca wybrany popełnił, zdaniem odwołującego, w harmonogramie załączonym do oferty nieusuwalny błąd, nie pozwalający zamawiającemu na skorzystanie z przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Zamawiający nie mógł poprawić tego błędu ponieważ zmiana wartości udziału kosztów kwalifikowanych i niekwalifikowanych w całości środków przeznaczonych na realizację zadania, w powiązaniu z podziałem kolejności robót w związku z okresową możliwością

prowadzenia robót oraz zaangażowaniem środków finansowych wykonawcy w poszczególnych latach ustalonym przez zamawiającego w siwz oraz ustalonych proporcji pomiędzy płatnościami przejściowymi a płatnością ostateczną, wymagałaby od zamawiającego, według odwołującego, sporządzenia nowego harmonogramu, co stanowczo wykraczałoby poza dyspozycję art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy (podobnie w wyroku KIO z dnia 05.05.2011 r., sygn. akt KIO 839/11).

Dodatkowo w treści siwz zamawiający uprzedził wykonawców o konsekwencjach wystąpienia sytuacji, gdy zawartość harmonogramu załączonego do oferty nie będzie uwzględniać opisanych w siwz proporcji (w tym i ustalonego udziału kosztów kwalifikowanych i kosztów niekwalifikowanych w całości środków przeznaczonych na realizację zadania).

Przez zaniechanie czynności odrzucenia oferty wykonawcy wybranego, zamawiający, zdaniem odwołującego, doprowadził do sytuacji, że oferta podlegająca odrzuceniu została uznana przez niego za ofertę najkorzystniejszą w tym postępowaniu. Wybór ten narusza wprost art. 7 ust. 3 ustawy, zgodnie z którym zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

A zatem mając na uwadze brzmienie art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy, w ocenie odwołującego, zamawiający nie przeprowadził postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

W zakresie naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy przez wykluczenie odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, odwołujący podniósł, że zamawiający jako uzasadnienie wykluczenia podał, że przedłożone przez odwołującego na jego wezwanie dokumenty dotyczące pozycji 2 wykazu również nie potwierdzają spełnienia warunku posiadania wiedzy i doświadczenia w zakresie opisanym w siwz oraz że odwołujący nie przedstawił dokumentów potwierdzających, że przedłożone zobowiązanie do użyczenia zasobów zostało podpisane przez osoby umocowane do reprezentowania podmiotu.

Odwołujący nie zgodził się ani ze sposobem przedstawienia przez zamawiającego przebiegu sprawy, w tym treści złożonego pisma na ww wezwanie, ani z oceną zamawiającego co do niewykazania spełnienia przez odwołującego warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia. Odwołujący wskazał, że część I pkt 5.1.2 siwz opisuje warunki do spełnienia przez wykonawców w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia:

„Zamawiający uzna powyższy warunek za spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończył:

1) minimum 1 robotę budowlaną polegającą na: budowie lub przebudowie lub remoncie obiektu sportowo-rekreacyjnego z basenem wewnętrznym (krytym) o powierzchni lustra



wody min. 300 m<sup>2</sup> wraz z infrastrukturą towarzyszącą o wartości wykonanych robót minimum 20 000 000,00 zł brutto w zakres, której wchodziło minimum wykonanie robót związanych z wykonaniem/remontem/przebudową niecki basenu wraz z instalacjami: uzdatniania wody, wentylacyjną i elektryczną.

2) minimum 1 robotę budowlaną polegającą na budowie lub przebudowie obiektu kompleksu sportowego o kubaturze min. 50.000 m<sup>3</sup>, o wartości wykonanych robót minimum 10 000 000,00 zł brutto.”

Wykaz wykonanych zamówień załączony przez odwołującego do oferty zawierał 2 pozycje. Pierwsza dotyczyła spełnienia cytowanego powyżej warunku z ppkt 1) siwz, a druga pozycja dotyczyła spełnienia warunku z ppkt 2) siwz. Co do pierwszej pozycji Wykazu (...) na potwierdzenie ppkt 1) zamawiający nie miał zastrzeżeń, uznał, że warunek w tej części jest spełniony. Natomiast w zakresie spełnienia przez odwołującego ww ppkt 2) zamawiający wezwał odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy, pismem z dnia 1 lipca 2015 r. do uzupełnienia dokumentów między innymi - Wykazu wykonanych zamówień wraz z dowodami. W treści tego wezwania zamawiający stwierdził, że w pozycji nr 2 Wykazu (...) zostało wskazane wykonanie budowy hali widowiskowo-sportowej w Krakowie -Czyżynach oraz że do oferty załączono zobowiązanie do użyczenia zasobów wiedzy i doświadczenia w tym zakresie podmiotu trzeciego - AWBUD S.A. Dalej wymieniał, że do oferty załączono również protokół odbioru końcowego z dnia 4 października 2013 r. sporządzony pomiędzy wykonawcą przedmiotowej inwestycji - Mostostal Warszawa S.A. a podwykonawcą - AWBUD S.A. Zamawiający stwierdził, że z dokumentów załączonych do oferty nie wynika, czy użyczający - biorący udział w realizacji przedmiotowej inwestycji jako podwykonawca wykonał zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończył roboty budowlane w zakresie określonym w punkcie 5.1.2 ppkt 2 części I siwz.

Tak brzmiała treść wezwania z art. 26 ust. 3 ustawy w zakresie uzupełnienia Wykazu wykonanych zamówień wraz z dowodami. Zamawiający nie wskazał w zakresie jakich parametrów przedstawiona w Wykazie (...) w poz. 2 robota budowlana miała nie odpowiadać zapisom siwz. Wskazał natomiast, że z dokumentów załączonych nie wynika, że robota ta została wykonana zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończona. W tej sytuacji gdy dokumentem potwierdzającym wykonanie roboty budowlanej z ppkt 2) był protokół odbioru końcowego z dnia 4 października 2013 r. zawierający adnotacje o występujących usterkach, odwołujący rozumiał, że zamawiający ma jedynie wątpliwości w zakresie należytego wykonania robót budowlanych. Na tę okoliczność odwołujący przedłożył 33 protokoły usunięcia usterek potwierdzające, że usterki zostały usunięte i że miały charakter nieistotny.

Dodatkowo, skoro było to wezwanie z art. 26 ust. 3 ustawy, a nie wezwanie do złożenia wyjaśnień z art. 87 ust. 1 ustawy, z ostrożności procesowej odwołujący przedstawił Wykaz

wykonanych zamówień uzupełniony o poz. 3 tj. budowę Nowoczesnej Hali Widowiskowo-sportowej PODIUM w Gliwicach.

Jako dowody odwołujący powołał pismo zamawiającego z dnia 1 lipca 2015 r. (w aktach zamawiającego) i własne pismo z dnia 6 lipca 2015 r. (w aktach zamawiającego).

Wskazał, że w orzecznictwie przyjmuje się, że wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy musi być jednoznaczne i precyzyjne, w szczególności zamawiający musi dokładnie opisać, dlaczego uznał dokument za wadliwy lub niepełny i w jaki sposób oczekuje, iż wykonawca usunie stwierdzone uchybienie. tak.: Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 maja 2012 r. KIO 727/12 KIO 731/12 KIO 735/12 KIO 744/12 KIO 745/12 lexisNexis nr 3893107 oraz wyrok KIO z dnia 14 marca 2014 roku, sygn. akt: KIO 395/14).

W tej sytuacji zaskoczeniem dla odwołującego było stwierdzenie zawarte w jego piśmie z dnia 13 lipca 2015r. - Zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej; wykonawcach wykluczonych z postępowania; wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, że „przedłożone na wezwanie zamawiającego dokumenty również nie potwierdzają spełnienia warunku posiadania wiedzy i doświadczenia w zakresie opisanym w siwz”. Po złożonych wyjaśnieniach i uzupełnionych protokołach usunięcia usterek odwołujący nie widzi podstaw do uznania, że zamówienie z poz. 2 Wykazu (...) miało nie spełniać warunku opisanego w siwz w zakresie punkcie 5.1.2 ppkt 2 części I siwz. To samo dotyczy poz. 3 uzupełnionego Wykazu (...).

W uzasadnieniu wykluczenia odwołującego zamawiający nie wskazał w jakim zakresie zamówienie z poz. 3 Wykazu (...) nie odpowiada przywołanym postanowieniom siwz.

Podsumowując odwołujący podkreślił, że uzasadnienie wykluczenia odwołującego jest lakoniczne, niezrozumiałe i niekompletne. Nie wynika z niego w jakim zakresie zamówienia z Wykazu (...) z poz. 2 i poz. 3 nie potwierdzają, że odwołujący nie spełnia warunków udziału w postępowaniu.

Dodatkowo odwołujący zwrócił uwagę na bezpodstawny zarzut zamawiającego, mający mieć wpływ na jego wykluczenie, że odwołujący nie przedstawił dokumentów potwierdzających, że przedłożone zobowiązanie do użyczenia zasobów zostało podpisane przez osoby umocowane do reprezentowania podmiotu. Z żadnego zapisu siwz nie wynika obowiązek załączenia do oferty takiego dokumentu, a i sam zamawiający nie wzywał odwołującego w tym zakresie.

Zamawiający naruszył zatem, w ocenie odwołującego, przepis art. 92 ust. 1 pkt 2) ustawy, zgodnie z którym niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający jednocześnie zawiadamia wykonawców, którzy złożyli oferty między innymi o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej; wykonawcach wykluczonych z postępowania; wykonawcach, których oferty zostały odrzucone nie zawiera pełnego uzasadnienia faktycznego i prawnego.

Z analizy dokumentów postępowania znajdujących się u zamawiającego, odwołujący dowiedział się, że pismem z dnia 1 lipca 2015 r. zamawiający zwrócił się do Agencji Rozwoju Miasta SA w Krakowie z prośbą o udzielenie informacji kto wykonywał robotę budowlaną polegającą na budowie hali widowiskowo-sportowej w Krakowie -Czyżynach i czy ta robota została wykonana w sposób należyty, zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończona, a także jaki zakres robót (rodzaj) i w jakiej kwocie wykonywał AWBUD S.A. i czy roboty zrealizowane przez AWBUD S.A. zostały wykonane w sposób należyty, zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone. Dodatkowo zamawiający napisał „Państwa ocena zrealizowanych przez AWBUD S.A. robót będzie bardzo pomocna przy ocenie i badaniu ofert pod względem warunków udziału w postępowaniu”.

Określenia zawarte w tym piśmie zamawiającego także wskazują, że zamawiający oczekiwał potwierdzenia, czy AWBUD S.A. należycie wykonał roboty. Zamawiający pozyskał też informacje o zakresie robót (rodzaju) wykonanych przez AWBUD S.A. na budowie hali widowiskowo-sportowej w Krakowie -Czyżynach.

Jako dowody odwołujący powołał pismo zamawiającego z dnia 1 lipca 2015 r. do Agencji Rozwoju Miasta SA w Krakowie (w aktach zamawiającego), oraz pismo Agencji Rozwoju Miasta SA w Krakowie z dnia 9 lipca 2015 r. (w aktach zamawiającego).

Odwołujący może się jedynie domyślać, że być może zamawiający oceniając zamówienia z poz. 2 i poz. 3 ww Wykazu uznał, że zakres robót tych zamówień nie odpowiada zapisom siwz. Jednak analiza treści sformułowań zawartych w Część I pkt 5.1.2 ppkt 1 i ppkt 2 siwz dla odwołującego jest i była jednoznaczna. Na potwierdzenie spełniania każdego z wymienionych ppkt- ów wykonawca miał przedstawić po 1 robocie budowlanej. W ppkt 1 Zamawiający szczegółowo opisuje zakres takiej roboty budowlanej, natomiast w ppkt 2 ogranicza się jedynie do określenia parametrów kubatury i wartości wykonanych robót. W żadnym miejscu ppkt 2 nie ma mowy o tym, że taką „robotą budowlaną” miałyby być wykonanie kompleksowej realizacji inwestycji. Dodatkowo pojęcie „robota budowlana” użyte w tym warunku przez zamawiającego nie zostało przez niego zdefiniowane w treści siwz, a nie istnieje definicja legalna tego pojęcia. Jest to pojęcie z języka potocznego, budowlanego i w takim znaczeniu robotą budowlaną jest każde zamówienie na wykonanie robót budowlanych bez względu na zakres zlecenia. Na potwierdzenie takiego rozumienia pojęć zawartych w zapisach Części I pkt 5.1.2 ppkt 1 i ppkt 2 siwz odwołujący przedstawił analizę językoznawczą.

W ocenie odwołującego, zamówienia opisane w Wykazie wykonanych zamówień w poz. 2 i poz. 3 potwierdzają, że odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, a zatem zamawiający naruszał przepis art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy

W zakresie zarzutu dotyczącego bezprawnego odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, odwołujący podniósł, że z lakonicznego uzasadnienia dokonania czynności odrzucenia oferty wynika, że Kosztorys ofertowy złożony przez odwołującego nie spełnia wymogu kompletności, gdyż brak w nim 22 pozycji przedmiarowych. Zamawiający przywołał, że pismem z dnia 1 lipca 2015 r. wezwał odwołującego do wyjaśnień treści oferty w przedmiotowym zakresie w trybie art. 87 ust. 1 ustawy. Ocena wyjaśnień odwołującego została sprowadzona przez zamawiającego do stwierdzenia, że odwołujący złożył dwa sprzeczne ze sobą co do treści oświadczenia wskazując jednocześnie, że wskazana w ofercie cena zawiera wszelkie elementy niezbędne do wykonania przedmiotu zamówienia oraz z drugiej strony, iż wskazanych w treści wezwania pozycji faktycznie nie ujęto w załączonym kosztorysie, wskazując, iż zamawiający winien dokonać samodzielnie wyliczenia tych pozycji oraz powiększyć o wyliczoną wartość cenę oferty. Zamawiający konkludując stwierdził, że sprzeczność zawartych w piśmie oświadczeń nie pozwala zamawiającemu ustalić stanu faktycznego sprawy.

Odwołujący potwierdził, że zamawiający pismem z dnia 1 lipca 2015 r. zwrócił się do odwołującego o złożenie wyjaśnień dotyczących treści załącznika C do oferty (kosztorys ofertowy) w zakresie braków wymienionych w piśmie pozycji.

Pismem z dnia 6 lipca 2015 r. odwołujący złożył obszernie wyjaśnienia w zakresie brakujących pozycji. Wbrew twierdzeniom zamawiającego pismo to nie zawierało sprzecznych ze sobą oświadczeń.

Istotnie odwołujący potwierdził, że przez złożenie oferty zobowiązał się wobec zamawiającego do wykonania całego przedmiotu zamówienia zgodnie z dokumentacją przetargową i podkreślił, że intencją jego jest realizacja zamówionego przez zamawiającego zadania w całości.

W zakresie zaś brakujących pozycji, faktycznie odwołujący potwierdził ten brak, wskazując na omyłkowe nieuzupełnienie 22 pozycji przez osoby przygotowujące ofertę. Z uwagi natomiast na to, że wszystkie brakujące pozycje mają swoje tożsame odpowiedniki w innych pozycjach kosztorysu ofertowego odwołującego, odwołujący wskazał, że braki te winny ulec uzupełnieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Wszystkie braki mają bowiem charakter drobnych omyłek, nie powodujących istotnych zmian w treści oferty, a zakres informacji wskazanych w ofercie pozwalał zamawiającemu na samodzielną ich poprawę.

Jako dowody odwołujący powołał pismo zamawiającego z dnia 1 lipca 2015 r. (w aktach zamawiającego) oraz pismo odwołującego z dnia 6 lipca 2015 r. (w aktach zamawiającego).

W zawiadomieniu o wyborze oferty najkorzystniejszej; zamawiający nie odnosił się ani jednym słowem do kwestii poprawy omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Jako podstawę prawną dokonania czynności odrzucenia oferty odwołującego zamawiający podał art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy, zamawiający, w ocenie odwołującego, pominął jednak istotną część tego przepisu a mianowicie „z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3”. Przywołane pismo nie zawiera pełnego uzasadnienia dokonania czynności odrzucenia oferty. Brak jest jakiegokolwiek analizy/uzasadnienia faktycznego i prawnego w zakresie drugiej części treści przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Zamawiający, zdaniem odwołującego, naruszył zatem przepis art. 92 ust. 1 pkt 2) ustawy, zgodnie z którym niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający jednocześnie zawiadamia wykonawców, którzy złożyli oferty między innymi o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Zamawiający miał, według odwołującego, obowiązek przeprowadzenia badania spełnienia przesłanek ww przepisu pozwalających mu na poprawę omyłki i w konsekwencji miał obowiązek poprawienia tejże omyłki w związku z faktem, że przesłanki takie wystąpiły (co zostanie potwierdzone w dalszej części odwołania).

Zamiast tego zamawiający odrzucając ofertę odwołującego podał, że nie udało mu się ustalić stanu faktycznego sprawy i tym stwierdzeniem uznaje, że wypełnił ciężące na nim obowiązki w zakresie badania i oceny ofert.

Odwołujący nie zgadza się z taką oceną sprawy. Zamawiający ma bowiem obowiązek wszechstronnego zbadania sprawy i nie może poprzestać na stwierdzeniu, że nie udało mu się ustalić stanu faktycznego sprawy. Działanie zamawiającego narusza prawa odwołującego, a co za tym idzie odwołujący może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Stanowisko odwołującego, w jego ocenie, potwierdza orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej oraz Sądów Okręgowych:

- wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 18.03.2013, sygn. akt KIO 476/13
- wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 07.08.2014, sygn. akt KIO 1515/14
- wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie, sygn. akt XII GA 429/09

W ocenie odwołującego doszło do zaistnienia przesłanek obligujących zamawiającego do dokonania poprawy omyłki w kosztorysie ofertowym odwołującego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Stosownie do brzmienia art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty.

Brak 22 pozycji w kosztorysie ofertowym odwołującego jest zdaniem odwołującego omyłką, niezamierzonym pominięciem. Takie też oświadczenie złożył odwołujący w piśmie z dnia 6

lipca 2015 r. Nie sposób wywodzić inaczej w sytuacji gdy cały kosztorys ofertowy składał się z 3.287 pozycji, a oferta została złożona przez odwołującego z zamiarem realizacji opisanego w siwz zadania - taka była jego intencja przy składaniu oferty. Odwołujący oświadczył też, że jego oferta dotyczy całego przedmiotu zamówienia i taki też przedmiot chce wykonać. Inne rozumienie tych oświadczeń przez zamawiającego jest błędne i sprzeczne z intencjami odwołującego. „Niewłaściwe jest utożsamianie pominięcia wyceny danej pozycji kosztorysu z nieobjęciem treścią oświadczenia woli wykonawcy całego przedmiotu zamówienia. Postępowanie o zamówienie publiczne, co do zasady realizuje się przez przystąpienie do jednostronnie określonych przez zamawiającego warunków, zaś przedmiot tego zamówienia jest przez zamawiającego narzucony. Wykonawcy mają zazwyczaj tylko swobodę zaoferowania świadczenia w formie odpowiedniej dla danej specyfiki robót.” (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 7 sierpnia 2014, sygn. akt KIO 1515/14).

Zgodnie z jednoznacznym poglądem KIO, na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 PZP dopuszczalne jest m. in. korygowanie kosztorysów ofertowych zawierających braki w wycenie pozycji kosztorysowych (wyrok KIO z dnia 8 października 2014 roku, sygn. akt KIO 1959/14). Tryb ten jest wykorzystywany bardzo często do korygowania nieprawidłowości w kosztorysach. Jedynym ograniczeniem zakresu poprawiania omyłek jest skutek w postaci zmiany treści oferty, która nie jest istotna.

Poprawienie niezgodności oferty w zakresie pominięcia 22 pozycji w kosztorysie ofertowym nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty. Ocena istotności ewentualnych zmian w treści oferty ma w każdym przypadku charakter indywidualny, (wyrok KIO sygn. akt 354/13).

W tym przypadku 22 pozycje kosztorysowe stanowią w ogólnej liczbie 3.287 wszystkich pozycji kosztorysowych zaledwie 0,67%, a więc ułamek procenta.

Odwołujący dodatkowo podkreślił, że poprawienie jego omyłek spowoduje jedynie niewielki wzrost ceny ofertowej tj. wyłącznie o kwotę brutto 260 488,34 zł, co stanowi jedynie 0,5% ceny ofertowej. Nie ma natomiast w orzecznictwie KIO wątpliwości, iż zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy może powodować zmianę ceny wskazanej w ofercie. Jedynie tytułem przykładu należy wskazać, że w wyroku z dnia 24 października 2012 roku KIO przyjęła, że "przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 PZP nie zawiera ograniczeń co do wnoszenia poprawek w kosztorysie powodujących zmianę wynagrodzenia. Przepisu tego nie można odczytywać jako zakazu dokonywania zmian w zakresie istotnych elementów oferty, jakim jest cena" (wyrok KIO z dnia 24 października 2012r., sygn. akt KIO 2200/12).

Nie jest też przeszkodą do poprawienia omyłki w kosztorysie ofertowym fakt, że w tym przetargu Zamawiający przewidział kosztorysową formę wynagrodzenia. wyrok KIO z dnia 5 maja 2011, sygn. akt KIO 822/11, wyrok KIO z dnia 23 listopada 2011, sygn. akt KIO 522/11, wyrok SO w Katowicach z dnia 1 marca 2010 r., sygn. akt XIX Ga 18/10, wyrok KIO z dnia

30 czerwca 2010 r., sygn. akt KIO 1127/10, wyrok KIO z dnia 12 sierpnia 2010 r., sygn. akt KIO 1610/10).

Zamawiający, zatem w ocenie odwołującego, miał wystarczające przesłanki do dokonania czynności poprawienia tzw. innej omyłki w oparciu o dane zawarte w ofercie oraz w wyjaśnieniach odwołującego. Poprawienie omyłki w kosztorysie ofertowym odwołującego nie ma charakteru istotnego, a fakt, że odwołujący w drodze wyjaśnień udzielonych zamawiającemu wskazał na potrzebę poprawienia omyłki nie oznacza, że strony prowadziły niedopuszczalne, w świetle art. 87 ust. 1 zd. drugie ustawy, negocjacje dotyczące złożonej oferty.

W tej sytuacji zaniechanie przez zamawiającego dokonania poprawy omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy oraz odrzucenie jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, w ocenie odwołującego, stanowi naruszenie przepisów ustawy, które ma wpływ na wynik postępowania.

W dniu 24 lipca 2015r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania przekazując jego kopię i wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 27 lipca 2015r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca wybrany. Zgłoszenie zostało podpisane przez prezesa i członka zarządu Bielskiego Przedsiębiorstwa Budownictwa Przemysłowego Spółka Akcyjna z siedzibą w Bielsku – Białej, ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji tego podmiotu, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do zgłoszenia. Bielskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Spółka Akcyjna z siedzibą w Bielsku – Białej działało jako lider konsorcjum na podstawie pełnomocnictwa z dnia 17 kwietnia 2015r. udzielonego przez partnera i reprezentowanego przez prezesa zarządu ujawnionego w KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji. Zgłoszenie przystąpienia zostało przekazane zamawiającemu i odwołującemu w dniu 27 lipca 2015r. drogą faksową.

Przystępujący podał, że informację o wniesieniu odwołania uzyskał od zamawiającego drogą elektroniczną w dniu 27 lipca 2015 r. Przystępujący oświadczył, że ma interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia złożonego odwołania na korzyść zamawiającego, gdyż w wyniku prawidłowo przeprowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego to jego oferta została uznana jako najkorzystniejsza. Ponieważ odwołujący domaga się jej odrzucenia to ewentualne uwzględnienie odwołania może doprowadzić do zmiany decyzji zamawiającego, a tym samym pozbawienia przystępującego możliwości uzyskania zamówienia i doznania szkody.

Wniósł o:

- nieuwzględnienie zarzutów podnoszonych przez odwołującego i oddalenie złożonego odwołania,

- zasądzenie od odwołującego na rzecz przystępującego kosztów postępowania wg norm przepisanych.

W ocenie przystępującego złożone odwołanie jako całkowicie bezzasadnie i stanowiące próbę kwestionowania wyników prawidłowo przeprowadzonego postępowania przetargowego nie zasługuje na uwzględnienie.

Przystępujący w pełni podziela i popiera twierdzenia i argumenty zamawiającego, które legły u podstaw decyzji o wyborze oferty przystępującego jako oferty najkorzystniejszej i spełniającej wymogi określone w siwz, jak również i te, które doprowadziły do wykluczenia z postępowania odwołującego i odrzucenia jego oferty zawarte w zawiadomieniu z dnia 13 lipca 2015. r.

Odnosząc się do kwestionowania prawidłowości i zgodności oferty przystępującego z treścią siwz, to przystępujący zwrócił uwagę, że zgodnie z jej zapisami w pkt 3 Część I „Opis przedmiotu Zamówienia” ppkt 3.1/4 w zakresie w jakim wskazują na sposób i źródła finansowania zadania inwestycyjnego, mają wyłącznie charakter informacyjny i wynikają z procentowego rozkładu tych kosztów w budżecie zamawiającego. Przystępujący w harmonogramie dokonał podziału kosztów na kwalifikowane i niekwalifikowane zgodnie z zakresem rzeczowym wskazanym w siwz przez zamawiającego, czego rezultatem było uzyskanie wynikowych kwot podziału kosztów na kwalifikowane i niekwalifikowane, z których można obliczyć procentowy udział tych kosztów w wartości całego zadania. Brak jest wymogu w siwz jak i również wyraźnej sankcji z tytułu uzyskania innego, niż podane w niniejszym punkcie przez zamawiającego, procentowego udziału kosztów kwalifikowanych i niekwalifikowanych. Odmienna interpretacja przywołanych zapisów siwz prowadziłaby bezpośrednio do naruszenia podstawowych zasad uczciwej konkurencji jak również swobody wyceny robót przez poszczególnych wykonawców, a pośrednio także do naruszenia zasad swobody działalności gospodarczej.

W punkcie nr 3 „Opis przedmiotu zamówienia” ppkt 3.1 / 4) / d) zamawiający wskazał, iż każdy wykonawca musi uwzględnić w harmonogramie zaangażowaniem środków finansowych w konkretnie wskazanym rozbiciu procentowym, na poszczególne lata. Tylko i wyłącznie ten wymóg zamawiającego obłożony został sankcją w postaci odrzucenia oferty zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy za jego niedotrzymanie, co wprost wynika z wykładni systemowej dokumentu. Zastrzeżenie bowiem skutku w postaci odrzucenia oferty, o którym mowa w ppkt 3.1 / 4) / d) odnosi się wyłącznie do tej jednostki redakcyjnej treści siwz, w ramach której został zamieszczony. Tym samym powyższy wymóg w postaci wymaganego przez zamawiającego zaangażowania środków finansowych na poszczególne lata został spełniony przez przystępującego.

Ponieważ postanowienia siwz nie mogą być interpretowane rozszerzająco ani też na niekorzyść wykonawcy (vide: KIO 879/14 z dnia 20 maja 2014), niezasadnym jest, zdaniem



przystępującego, przyjęcie jakoby zwrot „nieuwzględnienie powyższych proporcji” bez wyraźnego odwołania do wcześniejszych konkretnych (dokładnie wyszczególnionych) punktów odnosił się do jakichkolwiek innych niż bezpośrednio wskazanych powyżej jednostek redakcyjnych treści siwz.

Ponadto, odwołujący bezzasadnie przywołał na uzasadnienie swoich twierdzeń „odpowiedzi na pytania nr 8, 9, 10” udzielone przez zamawiającego na etapie postępowania przetargowego gdyż dotyczą one procentowego zaangażowania środków finansowych na poszczególne lata, a nie jak on wskazał -procentowego podziału na koszty kwalifikowane i niekwalifikowane.

Chybiony jest również zarzut odwołującego, iż w przypadku posiadania innego udziału procentowego kosztów kwalifikowanych i niekwalifikowanych, nie jest możliwe uzyskanie efektu w postaci takiego miesięcznego podziału płatności, aby ostatnia część wynagrodzenia przysługująca wykonawcy wynosiła 10% wynagrodzenia należnego wykonawcy. W siwz zamawiający wymagał jedynie przedstawienia w harmonogramie podziału na etapy robót przy założeniu, że należy spełnić taki warunek, co przystępujący uczynił. Zgodnie z częścią V siwz „Wzór umowy” par. 5 ust 1 pkt 1.1 wykonawca, którego oferta została wybrana dopiero na 7 dni od daty zawarcia umowy zobowiązany jest przedłożyć uszczegółowiony harmonogram rzeczowo-finansowy, zgodny co do istoty z harmonogramem załączonym do oferty, uwzględniający między innymi harmonogram płatności w rozbiciu miesięcznym.

Po złożeniu oferty żaden wykonawca nie może interpretować postanowień siwz w sposób powodujący negatywne skutki dla innego oferenta tylko dlatego, że dane wymaganie może być rozumiane na dwa sposoby. Jeżeli zatem wątpliwości nie zostały usunięte na etapie postępowania przetargowego w trybie zadawania pytań kierowanych do zamawiającego na podstawie art. 38 ustawy, to na etapie oceny ofert każdy dopuszczalny sposób rozumienia danego wymagania, o ile jest zgodny z celem postępowania, musi być dopuszczony przez zamawiającego (vide: KIO 2393/13 z dnia 25 października 2013).

Wbrew twierdzeniom odwołującego oferta przystępującego spełniła w powyższym zakresie wszystkie stawiane przez siwz wymagania, a mianowicie:

1. przedstawiła Harmonogram rzeczowo-finansowy prowadzenia robót przy założeniu płatności częściowych, oraz tak aby ostatnia część wynagrodzenia wynosiła 10%, obejmujących kolejność wykonywania poszczególnych etapów robót z podaniem dat ich rozpoczęcia i zakończenia wraz ze wskazaniem wysokości zaangażowania środków finansowych dla każdego etapu robót z podziałem na środki kwalifikowane i niekwalifikowane;
2. uwzględniła wskazane przez zamawiającego terminy realizacji zadania na obiekcie wyłączonym z użytku;

3. przyjęła w Harmonogramie wymagane przez zamawiającego procentowe zaangażowanie środków finansowych w poszczególnych latach - które to wyłącznie opatrzone były sankcją odrzucenia oferty w razie ich nie uwzględnienia, w związku z czym przystępujący uważa, że brak było podstaw do jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust 2 ustawy.

Odnosnie zarzutów odwołania dotyczących wykluczenia z postępowania na podstawie art, 24 ust. 2 pkt 4 ustawy przystępujący podniósł, że odwołujący nie wykazał aby ze strony zamawiającego doszło do naruszenia przepisów ustawy przy dokonywaniu oceny oferty w zakresie wymagań siwz określonych w Części I pkt 5.1.2 a dotyczących posiadania wiedzy i doświadczenia. Zarówno dokumenty dołączone do oferty jak i uzupełnione w trybie art. 26 ust. 3 ustawy wymogów siwz, w ocenie przystępującego, nie spełniły obligując tym samym zamawiającego do podjęcia decyzji o wykluczeniu odwołującego z postępowania.

W ocenie przystępującego podnoszone zarzuty co do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z uwagi na niekompletność kosztorysu ofertowego są całkowicie chybione. Zdaniem odwołującego brak w ofercie 22 pozycji przedmiarowych miał być poprawiony przez zamawiającego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Niewątpliwie poprawki w tym trybie opierają się na trudnym do zdefiniowania pojęciu czym są zmiany „nie powodujące istotnych zmian w treści oferty”. Pomocne w tym pozostaje jednak orzecznictwo, które jak w uzasadnieniu wyroku KIO z dnia 26 listopada 2008r. sygn. akt KIO/UZP1277/08 wskazuje, że cyt. „że sam fakt, iż omyłka dotyczy ceny - czyli istotnego elementu oferty - nie powoduje, że ma ona charakter istotny w stosunku do całej oferty. W celu oceny kwestii, czy dana omyłka ma charakter istotny, należy zauważyć przede wszystkim jakie konsekwencje będzie miało poprawienie danej oferty, tzn. ile wyniesie wartość zmiany, jak również ile pozycji będzie musiało ulec poprawie”.

W niniejszej sprawie, zdaniem przystępującego, mamy do czynienia ze znaczną ilością błędów, których poprawienie w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3, tak jak tego chce odwołujący, było niedopuszczalne. Dokonanie takich poprawek, bezpodstawnie bagatelizowanych przez odwołującego, stanowiłoby niewątpliwą zmianę treści oferty a tym samym naruszenie art. 87 ust. 1 i art. 7 ustawy.

W dniu 27 lipca 2015r. drogą elektroniczną do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego zgłosił swój udział wykonawca Chemobudowa – Kraków Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie, ul. Klimeckiego 24. Zgłoszenie zostało dokonane w zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy wybranego. Zgłaszający się wskazał, że ma interes w rozstrzygnięciu na korzyść odwołującego, gdyż jego oferta została sklasyfikowana na drugiej pozycji w rankingu ofert, a uwzględnienie odwołania w zakresie, w którym zgłaszający przystąpił pozwoli mu na uzyskanie zamówienia. Zgłoszenie zostało opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym złożonym przez pełnomocnika

działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 27 lipca 2015r. udzielonego przez członka zarządu i prokurenta ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do zgłoszenia. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu faksem w dniu 27 lipca 2015r.

W dniu 29 lipca 2015r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o:

- oddalenie odwołania jako bezzasadnego w całości;
- dopuszczenie dowodów przytoczonych w treści uzasadnienia odpowiedzi na odwołanie;
- zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego kosztów postępowania w tym kosztów zastępstwa procesowego wg norm przypisanych.

W zakresie zarzutu wyboru oferty wybranej zamawiający podniósł, że oferta tego wykonawcy po rzetelnej i wnikliwej jej analizie dokonanej w toku badania i oceny ofert, uznana została za spełniającą wszystkie wymogi określone przez zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu, nie zachodzą żadne z przesłanek, które skutkować by mogły wykluczeniem wykonawcy bądź odrzuceniem jego oferty a ponadto jest ofertą najkorzystniejszą w prowadzonym postępowaniu, zatem wybór wykonawcy jest jak najbardziej zasadny.

Odnosząc się do zarzutu zaniechania odrzucenia oferty wybranej zamawiający wskazał, że zarzut w całości oparty jest na niewłaściwym rozumieniu zapisu lit d) znajdującej się na 6 str. siwz, a wynikającym z błędnej interpretacji przywołanego zapisu dokonanej z pominięciem podstawowych zasad wykładni. Zadanie będące przedmiotem zamówienia finansowane będzie z dwóch źródeł, tj. środków własnych zamawiającego (11,13% - z przeznaczeniem na sfinansowanie tzw. kosztów niekwalifikowanych) oraz z Funduszu Rozwoju Kultury Fizycznej (88,87 % -z przeznaczeniem na sfinansowanie tzw. kosztów kwalifikowanych), o czym zamawiający poinformował wykonawców w stosownym zapisie siwz (pkt 3.1.4, str. 4 siwz). W dalszej części siwz określono wymóg zgodnie, z którym wykonawcy zobowiązani byli do sporządzenia i załączenia do oferty harmonogramu rzeczowo -finansowego, przygotowanego z uwzględnieniem wskazań określonych w tym zakresie przez zamawiającego, Treść tekstu siwz wiążąca w tym zakresie wykonawców sporządzających oferty nie wskazuje na bezwzględnie obowiązujący nakaz właściwego procentowego rozdziału tych środków na kwalifikowane i niekwalifikowane. U podstaw takiego stanowiska u zamawiającego legło założenie, że z punktu widzenia wykonawcy realizującego zamówienie faktem o znikomym znaczeniu jest źródło, z którego finansowane jest należne mu wynagrodzenie, a właściwy rozdział środków jest wewnętrzną sprawą zamawiającego, Zupełnie inną, obustronnie wiążącą doniosłość ma kwestia rozdziału środków w przestrzeni czasowej realizacji zadania, opisana w lit d) na str 6 siwz. Specyfika umowy na mocy której zamawiający otrzymuje dofinansowanie wymusza na zamawiającym dbałość o właściwe tempo realizowania inwestycji co wprost przekłada się na angażowanie środków. Jednym ze

sposobów służących realizacji tego celu jest podział środków przeznaczonych na finansowanie zadania na poszczególne lata jego realizacji, który zgodnie ze wspomnianym wyżej zapisem siwz, bezwzględnie winien zostać uwzględniony w harmonogramie rzeczowo-finansowym. Aby podnieść rangę tak przedstawionego wymogu a dodatkowo właściwie uczulić w tej kwestii wykonawców, zamawiający w zdaniu drugim omawianego zapisu nadmieniał, jakimi konsekwencjami obarczona będzie oferta, która nie spełni wymogu właściwego rozdziału zaangażowanych środków finansowych w poszczególnych latach realizacji zadania, Konsekwencje te, tj. odrzucenie oferty na mocy art 89 ust 1 pkt 2 ustawy określone są tylko i wyłącznie w odniesieniu do nieprawidłowości oferty, a ściślej harmonogramu, w którym nie uwzględniono, że dla robót zrealizowanych w 2015 r. zaangażowanie środków finansowych wynosi 25,87%, w roku 2016 35.63% a w 2017 38/30%. Wyraźnie i dobitnie wskazuje na to użycie wyrażenia jednoznacznie wskazującego na powyższe proporcje, jak i miejsce, w którym zapis o konsekwencji wadliwego harmonogramu zamieszczono, znajdujące się bezpośrednio pod wskazanymi wielkościami procentowymi W zapisie tym jasno wskazano jaki rodzaj i charakter wad skutkował będzie ziszczeniem surowych dla wykonawcy konsekwencji. Tylko spójna interpretacja przywołanego zapisu daje podstawę do podniesienia twierdzenia, czy przesłanki zastosowania sankcji przewidzianych tymże zapisem zachodzą w odniesieniu do konkretnego stanu faktycznego, Tylko niewłaściwy procentowy rozdział środków finansowych w odniesieniu do okresów realizacji zadania byłby podstawą do odrzucenia oferty w kontekście omawianego zapisu. W konsekwencji zamawiający uważa, że interpretacja fragmentu zapisu siwz, na mocy którego odwołujący domaga się odrzucenia oferty wykonawcy wybranego dokonana została z pominięciem odniesienia się zarówno do literalnego brzmienia spornego zapisu jak i do miejsca zamieszczenia tegoż zapisu w tekście całej siwz jak i pojedynczego jej fragmentu redakcyjnego, co doprowadziło do skrajnego wypaczenia jego znaczenia. Zarzut oparty na takich fundamentach nie może zyskać uznania, zatem odwołanie w tej części jest bezzasadne.

Co do zarzutu bezprawnego odrzucenia oferty odwołującego w postępowaniu, to zamawiający podał, że w postępowaniu objętym sporem, dla rozliczenia robót będących przedmiotem zamówienia, przyjęto rozliczenie kosztorysowe. Wykonawcy, właściwym zapisem siwz zobowiązani byli do złożenia wraz z ofertą kosztorysu ofertowego w formie uproszczonej. Kosztorys ten, co wielokrotnie podkreślano w samej siwz jak i w wyjaśnieniach do niej, winien być kompletny tzn. winien obejmować wszystkie pozycje przedmiarów robót. Mając na uwadze rozległość kosztorysu przy tak dużej inwestycji, a ponadto wychodząc naprzeciw przewidywanym żądaniom wykonawców, zamawiający na własnej stronie internetowej zamieścił przedmiary w wersji edytowalnej) obok ich wersji dla których możliwość edycji była zablokowana. Mimo tak zachowanej staranności ze strony

zamawiającego kosztorys ofertowy złożony przez odwołującego nie zawierał 22 pozycji przedmiarowych, z których 20 stanowi zwarty fragment kosztorysu odpowiadający konkretnemu zakresowi prac.

Wychodząc naprzeciw postulowanym w ostatnim czasie w orzecznictwie i doktrynie twierdzeniom, że zamawiający powinien dołożyć wszelkich starań nakierowanych na poprawienie wadliwej oferty podjęto próbę poprawienia oferty poprzez wyliczenie wartości brakujących pozycji na podstawie danych ujętych w ich tożsamych odpowiednikach. Działanie takie nie przyniosło rezultatu z uwagi że w większości przypadków tożsamych pozycji nie odnaleziono. W dniu 1 lipca 2015 r. zamawiający wezwał odwołującego do wyjaśnienia zaistniałej sytuacji opisując szczegółowo ujawniony stan faktyczny kosztorysu ofertowego. W wyrażonym w wezwaniu zamyśle zamawiającego udowodnienie, że cena ofertowa zawiera cały zakres przedmiotu zamówienia, winno zostać potwierdzone przez wykonawcę wskazaniem, w jakich istniejących pozycjach kosztorysu uwzględniono koszty. Robót z pozycji, które w tym kosztorysie się nie znalazły. Odwołujący takiego wyliczenia nie przedstawił. Przedstawił natomiast, w odrębnej tematycznie części odpowiedzi, objęty wezwaniem fragment kosztorysu, wskazując w nim ceny jednostkowe robót i próbując dowieść ich tożsamości z pozycjami w kosztorysie uwzględnionymi. Wyliczenia takie zamawiający odrzucił, stwierdzając, że działanie wykonawcy nosi wyraźne znamiona niedopuszczalnego negocjowania ceny. Zamawiający stwierdził, że dołożył wszelkich starań, które skutkować powinny kompletnością złożonych w postępowaniu kosztorysów ofertowych, Zamawiający uważa, że właściwie wypełnił obowiązek wynikający z art. 87 ust. 2 pkt 3, jednakże nie znalazł podstaw do jego zastosowania, Dlatego, w ocenie zamawiającego bezpodstawnym jest zarzut, że odrzucenia oferty zostało dokonane z pominięciem przepisu art.87 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Odnosnie zarzutu bezprawnego wykluczenia odwołującego, to zamawiający wskazał, że warunki udziału w postępowaniu zostały przejrzysto opisane, proporcjonalnie do przedmiotu zamówienia we właściwej w tym zakresie części siwz przedmiotowego postępowania, Ugruntowaniem tego przekonania zamawiającego jest fakt, iż żaden wykonawca nie odwołał się od ich treści.

W celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu odwołujący przedstawił wraz z ofertą wykaz wykonanych robót 2 ujęciem w nim 2 zadań oraz załączył w swym zamyśle dowody należytego wykonania do tychże robót w zakresie wymaganym przez zamawiającego. Zarzut podniesiony w tej płaszczyźnie przez odwołującego opiera się na twierdzeniu, że zamawiający niewłaściwie ocenił dokument, który w zamyśle odwołującego miał poświadczać należyte wykonanie robót polegających na budowie hali widowiskowo-sportowej w Krakowie-Czyżynach, a zrealizowanych przez podmiot, na zasoby którego powołuje się odwołujący Ujawniony w toku badania oferty stan faktyczny dokumentu, z uwagi

na jego niepełność w zakresie przekazania treści, które zgodnie z funkcją takiego dokumentu w postępowaniu, powinny wskazywać na zakres oraz jakość poświadczanych robót, ich terminowość i szereg innych cech, które łącznie mają dowodzić należytego wykonania i prawidłowego ukończenia roboty, nie pozwoliły zamawiającemu na uznanie, że przedłożony dokument jest poświadczeniem, jakiego żądał zamawiający. Ponadto budził wątpliwości zamawiającego zakres wykonanych robót i ich przydatność dla potwierdzenia posiadania wiedzy i doświadczenia. Uzewnętrznieniem tych wątpliwości było zwrócenie się do Agencji Rozwoju Miasta SA. Zamawiający zauważył, że akt prawny a tym przypadku ustawa wraz z właściwym rozporządzeniem, nie definiują wprost (legalnie) co jest dowodem poświadczającym należyte wykonanie robót. Konsekwencją takiego stanu jest, że to właściwie na zamawiającym ciąży obowiązek nadania statusu dowodu dokumentowi przedłożonemu w tym zamyśle przez składającego ofertę. Aby status taki otrzymać dany dokument musi spełniać określone normami prawa cechy, tj. m.in. wskazywać zakres oraz zaświadczać, że robota której dotyczy została wykonana należycie, zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończona. W spornym dokumencie takich informacji nie było, ani wyrażonych wprost, ani też w sposób dorozumiany. Konsekwencją takiego stanu rzeczy było wezwanie odwołującego pismem z dnia. 1 lipca 2015 r. do uzupełnienia dokumentów. Wezwanie do uzupełnienia dokumentów w odróżnieniu do wezwania do złożenia wyjaśnień ma zastosowanie w sytuacji, gdy zamawiający nie widzi możliwości konwalidacji pierwotnego dokumentu, a wykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu może nastąpić albo poprzez złożenie dokumentu niedotkniętego wadami odnoszącego się do roboty wykazanej w pierwotnym wykazie robót, lub przedstawienia nowej roboty wraz z właściwym jej poświadczeniem, Takiego też zachowania od odwołującego zamawiający oczekiwał. Przedstawione w odpowiedzi na wezwanie protokoły usunięcia usterek (w liczbie 33 sztuk) w żaden sposób, zdaniem zamawiającego, nie zmieniają oceny wartości dowodowej przedstawionego wraz z ofertą dokumentu, a co za tym idzie w oparciu o przedstawione dokumenty nie jest możliwe uznanie, że budowa hali w Krakowie-Czyżynach potwierdza posiadanie przez odwołującego wymaganej wiedzy i doświadczenia. Również dokument przekazany w drodze uzupełnienia obarczony był tożsamymi wadami jak dokumenty złożone pierwotnie wraz z ofertą. Wobec przytoczonego faktu, w powiązaniu z odniesieniem się do zamieszczonej w ustawie definicji pojęcia „robota budowlana” dalsza argumentacja, w tym odniesienie się do przedłożonej w załączeniu do odwołania analizy językowej, w omawianym przedmiocie wydaje się zamawiającemu być bezzasadna. Bezzasadne wydają się być także zarzuty odwołującego dotyczące niewłaściwej, niejasnej treści wezwania do uzupełnienia dokumentów z dnia 1 lipca 2015 r. Bezsprzecznym poparciem tej tezy jest fakt, że odwołujący właściwie zrozumiał przedstawione w piśmie intencje zamawiającego, czego dowodzi uzupełnienie wykazu robót

i dołączenie odpowiadającego robocie zgłoszonej w uzupełnieniu dowodu poświadczającego o należyłość wykonania, Ponadto, analizując treść odwołania, w ocenie zamawiającego nie trudno odnieść wrażenie, że odwołujący nie tyle kwestionuje odrzucenia oferty co sposób jego uzasadnienia. Argumentacja odwołującego w tym zakresie skupia się w głównej mierze na zarzutach o niewłaściwym w swej treści, zbyt lakonicznym i niejasnym, wezwaniu do uzupełnienia, które mu zostało przesłane. Stanowisko takie jest zupełnie chybione w kontekście przytoczonego już wcześniej faktu, że, pomijając wartość merytoryczną, wskazał kolejną robotę budowlaną. Również bezzasadnym jest zarzut że pismo informujące odwołującego nie zawierało uzasadnienia faktycznego i prawnego dokonanej czynności. Informacja o odrzuceniu oferty zawierała wszystkie wymagane przepisami, elementy i bez znaczenia jest tutaj fakt, jak dalece zamawiający posunął się uzasadniając powzięte czynności. Podsumowując, zamawiający stwierdził, że na gruncie obowiązujących przepisów ustawy oraz właściwych w tym zakresie zapisów siwz przedmiotowego postępowania odwołujący nie wykazał, że spełnia warunek posiadania wiedzy i doświadczenia. Obowiązkiem zamawiającego było więc wezwanie go do uzupełnienia dokumentów, a wobec jego nieskuteczności odrzucenie oferty. Czynności dokonane w tym zakresie przez zamawiającego były prawidłowe.

#### **Izba ustaliła następujący stan faktyczny:**

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. siwz wraz z załącznikami, wyjaśnień i modyfikacji treści siwz, oferty odwołującego, oferty wykonawcy wybranego, wezwań zamawiającego z dnia 1 lipca 2015r. kierowanych do odwołującego w trybie art. 26 ust 3 i 87 ust. 1 ustawy, wezwania z dnia 1 lipca 2015r. skierowanego do Agencji Rozwoju Miasta SA, odpowiedzi odwołującego oraz odpowiedzi Agencji Rozwoju Miasta SA.

Izba oceniła zestawienia nr 1 i 2 załączone do odwołania jako kalkulację własną odwołującego mającą zaprezentować stanowisko odwołującego, co do zasadności twierdzenia o niezachowaniu przez wykonawcę wybranego właściwej proporcji pomiędzy wydatkami kwalifikowalnymi i niekwalifikowalnymi.

Izba oceniła analizę językową przedstawioną przez odwołującego jako stanowisko własne odwołującego wykazujące, że sformułowanie 1 robotę budowlaną należy rozumieć jako wykonanie jednostkowej czynności, a nie jako realizacji kompleksowej inwestycji na którą składa się szereg robót budowlanych.

Na podstawie powyższych dowodów Izba ustaliła, co następuje:

W części I pkt. 3 ppkt. 4 zamawiający zawarł następujące postanowienia

„4) Przedmiot zamówienia współfinansowany jest ze środków Funduszu Rozwoju Kultury Fizycznej w ramach „Programu inwestycji o szczególnym znaczeniu dla sportu na rok 2014”.

Środki przeznaczone na sfinansowanie zadania będącego przedmiotem zamówienia dzielą się na koszty kwalifikowane i koszty niekwalifikowane:

- udział kosztów kwalifikowanych wynosi 88,87% całości środków przeznaczonych na realizację zadania,
- udział kosztów niekwalifikowanych wynosi 11,13% całości środków przeznaczonych na realizację zadania.

Koszty niekwalifikowane dotyczą następujących części przedmiotu zamówienia: remont pomieszczeń kawiarni w części zachodniej obiektu,

- rozbudowy obiektu o strefę odnowy biologicznej, w tym zjeżdżalni, brodzika dla dzieci, jacuzzi, sauny,
- prace ziemne i nasadzeniowe, elementy małej architektury (ławki, stojaki na rowery) w ramach przebudowy terenu wokół obiektu,
- remont pomieszczeń w podziemiu: przebudowa i adaptacja pomieszczeń na sale siłowe, fitness i boisko do squash'a,
- wyposażenie pomieszczeń w podziemiu w drabinki, szafki, ławki wolnostojące, wyposażenie ogólnodostępnych sal fitness i siłowni w sprzęt sportowy, wyposażenie szatni i łazienek.

Pozostały zakres przedmiotu zamówienia finansowany będzie w ramach środków kwalifikowanych, Wysokość dofinansowania z Funduszu Rozwoju Kultury Fizycznej nie przekroczy poziomu 49,99% wysokości kosztów kwalifikowanych.

Szczegóły zasad dofinansowania programu inwestycji strategicznych z Funduszu Rozwoju Kultury Fizycznej dostępne są na stronie internetowej Ministerstwa Sportu i Turystyki: [wmmmsport.cfoy.pl](http://wmmmsport.cfoy.pl)

Uwaga:

Wykonawca zobowiązany jest do takiej organizacji realizacji przedmiotu zamówienia, aby organizacja placu budowy umożliwiała ciągłość funkcjonowania obiektu pływalni dla grup sportowych, z zastrzeżeniem pkt. 3.1.4a). W przypadku niemożności prowadzenia w budynku pływalni bieżącej działalności sportowo-treningowej, poza terminami określonymi w pkt. 3.1.4a), w związku z prowadzonymi robotami budowlanymi, z zastrzeżeniem poniżej wskazanych warunków sporządzenia harmonogramu rzeczowo-finansowego, Wykonawca zobowiązany jest do zapewnienia na własny koszt organizacji działalności sportowo-treningowej w innych obiektach sportowych umożliwiających organizację i przeprowadzenie tych przedsięwzięć na warunkach nie gorszych niż w macierzystym obiekcie Zamawiającego w uzgodnieniu i po uzyskaniu akceptacji Zamawiającego, w odległości nie większej niż 30 km od Oświęcimia.

Wykonawca zobowiązany jest sporządzić i załączyć do oferty harmonogram rzeczowo-finansowy prowadzenia robót będących przedmiotem zamówienia. Harmonogram winien



przedstawić kolejność wykonywania poszczególnych etapów robót z podaniem dat rozpoczęcia i zakończenia wykonywania poszczególnych zakresów robót w okresie 01.07.2015 r. - 31.08.2017 r., wraz ze wskazaniem wysokości zaangażowania środków finansowych dla każdego etapu z podziałem na środki kwalifikowane i niekwalifikowane. Harmonogram winien być sporządzony z uwzględnieniem wszystkich postanowień niniejszej siwz, w tym części V - wzór umowy, a w szczególności poniższych założeń:

a) całkowite zamknięcie (wyłączenie z użytku) obiektu w celu prowadzenia robót budowlanych możliwe będzie w następujących terminach:

- w roku 2015: w miesiącach 1 lipiec - 31 październik
- w roku 2016: w miesiącach 1 lipiec - 31 październik
- w roku 2017: w miesiącach 1 lipiec - 31 sierpień

Uwaga:

Powyższe terminy zawierają w sobie czas konieczny na wyłączenie przez Zamawiającego obiektu z użytkowania oraz jego ponowne uruchomienie.

b) W pozostałych okresach prowadzenia robót budowlanych wykonawca musi przewidzieć takie ich wykonanie, aby zapewnić możliwość korzystania z obiektu max 100-u osobom, zapewniając dostęp do pomieszczeń umożliwiających przebranie się, zapewnienie dostępu do pomieszczeń WC i natrysków z uwzględnieniem podziału tych pomieszczeń na pomieszczenia dla kobiet i mężczyzn.

c) Podział kolejności robót w harmonogramie przy założeniu płatności częściowych wynagrodzenia wykonawcy, na zasadach określonych w niniejszej siwz, a w szczególności w części V - wzór umowy, musi uwzględniać takie etapowanie robót, aby zapłata ostatniej części wynagrodzenia, która nastąpi po zatwierdzeniu kosztorysu powykonawczego, odbiorze końcowym (zgodnie z zapisami § 9 ust 13 wzoru umowy) i po dokonaniu skutecznego zgłoszenia zakończenia robót obiektów budowlanych wynosiła 10% wartości wynagrodzenia należnego wykonawcy.

d) Zaangażowanie środków finansowych Wykonawcy w poszczególnych latach musi wynosić:

- rok 2015: 25,87% wysokości całości środków przeznaczonych na realizację zadania,
- rok 2016: 35,83% wysokości całości środków przeznaczonych na realizację zadania,
- rok 2017: 38,30% wysokości całości środków przeznaczonych na realizację zadania.

Nieuwzględnienie powyższych proporcji w harmonogramie stanowiącym załącznik E wg spisu zawartości oferty będzie stanowić podstawę do odrzucenia oferty zgodnie z art 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Rzeczowo-finansowy harmonogram robót i finansowania, o którym mowa w § 5 ust. 1 Części V siwz - wzór umowy, musi być zgodny z harmonogramem rzeczowo-finansowym stanowiącym załącznik E wg spisu zawartości oferty.

### 3.2 Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawiera Część IV siwz”

W pkt. 5.1.2. zamawiający zawarł opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia. Zamawiający uznawał powyższy warunek za spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończył:

1) minimum 1 robotę budowlaną polegającą na: budowie lub przebudowie lub remoncie obiektu sportowo-rekreacyjnego z basenem wewnętrznym (krytym) o powierzchni lustra wody min. 300 m<sup>2</sup> wraz z infrastrukturą towarzyszącą o wartości wykonanych robót minimum 20 000 000,00 zł brutto, w zakres, której wchodziło minimum wykonanie robót związanych z wykonaniem/remontem/przebudową niecki basenu wraz z instalacjami: uzdatniania wody, wentylacyjną i elektryczną.

2) minimum 1 robotę budowlaną polegającą na budowie lub przebudowie obiektu kompleksu sportowego o kubaturze min. 50 000 m<sup>3</sup>, o wartości wykonanych robót minimum 10 000 000,00 zł brutto.

Zamawiający jednocześnie dopuścił na potwierdzenie spełniania powyższego warunku; wykazanie się 1 robotą budowlaną o charakterze łączącym w sobie powyżej opisane zakresy tzn. roboty budowlanej w skład której wchodziło wykonanie dwóch obiektów — zarówno budowy lub przebudowy lub remontu obiektu sportowo-rekreacyjnego z basenem wewnętrznym (krytym) o powierzchni lustra wody min. 300 m<sup>2</sup> wraz z infrastrukturą towarzyszącą o wartości wykonanych robót min. 20 000.000,00 zł. w zakres której wchodziło min. wykonanie robót związanych z wykonaniem/remontem/przebudową niecki basenu wraz z instalacjami; uzdatniania wody, wentylacyjną i elektryczną oraz budowy lub przebudowy obiektu kompleksu sportowego o kubaturze min. 50 000 m<sup>3</sup> o wartości wykonanych robót min 10 000 000,00, a także wartości będącej minimum sumą wartości wskazanych powyżej. Jeżeli zakres robót przedstawionych w dokumencie złożonym na potwierdzenie, że roboty budowlane zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone jest szerszy od powyżej określonego przez zamawiającego należało w wykazie robót budowlanych podać wartość robót odpowiadających zakresowi przedmiotu zamówienia, przedstawianych na potwierdzenie warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia.

Ponadto, w przypadku, gdy wykonawca polegał na zasobach innych podmiotów przy wykazaniu spełniania warunku wiedzy i doświadczenia, zobowiązany jest wykazać udział tych podmiotów w wykonaniu zamówienia, przy czym udział tych podmiotów musi przyjąć formę podwykonawstwa w zakresie minimum odpowiadającym zakresowi użyczanego potencjału. Zamawiający nie zawarł postanowień dotyczących obowiązku wykazywania, że

zobowiązanie podmiotu udostępniającego zostało podpisane przez osoby uprawnione do reprezentacji tego podmiotu.

W rozdziale 12 zamawiający zawarł opis sposobu obliczenia ceny.

Podana w ofercie cena oraz ceny jednostkowe musiały być wyrażone w polskich złotych z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku z zastosowaniem przybliżenia dziesiętnego.

Przez cenę oferty zamawiający rozumiał cenę brutto za całe zadanie objęte przedmiotem zamówienia. Cena ofertowa musiała odpowiadać sumie cen ze zbiorczego zestawienia kosztorysów ofertowych z wiersza „OGÓŁEM brutto” (część D wg Spisu zawartości oferty) Zbiorcze zestawienie wartości robót - kosztorysów ofertowych. Nie było dopuszczalne określenie ceny oferty przez zastosowanie rabatów, upustów itp, w stosunku do kwoty „OGÓŁEM”.

Cenę oferty należało obliczyć na podstawie kosztorysu ofertowego (część C wg Spisu zawartości oferty) sporządzonego metodą szczegółową wg przedmiaru robót, Do oferty należało załączyć wydruk kosztorysu w formie uproszczonej wraz z tabelą elementów scalonych. Do wyliczenia ceny służyły projekt budowlany i wykonawczy, przedmiar robót, specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót. Podstawy wyceny podane w przedmiarze robót nie były obligatoryjne i należało traktować je poglądowo (w zakresie opisu wyszczególnienia czynności). Wykonawca zobowiązany był do uwzględnienia w cenie oferty wszelkich kosztów związanych z kompleksowym wykonaniem przedmiotu zamówienia, w tym wszelkich kosztów odbiorów, uzgodnień wynikających z przepisów prawa, umowy, a także koszty wszelkich innych działań wskazanych w siwz, jako zobowiązania wykonawcy.

Cenę oferty należało podać w następujący sposób:

- a) wartość netto,
- b) wartość podatku od towarów i usług (VAT) wg obowiązującej stawki,
- c) wartość brutto,

Zadanie będzie rozliczane kosztorysem powykonawczym.

Zamawiający wymagał podania danych wyjściowych do kosztorysowania na druku formularza ofertowego tj. :

Rg [zł]

Kz od M [%]

Kp od R + S [%]

Zysk od R + S + Kp [%] Ww, dane do kosztorysowania określone przez wykonawcę pozostaną stałe, na okres ważności umowy i nie będą podlegały zmianie.

Zamówienie będzie rozliczone obmiarowo. Wynagrodzenie wykonawcy będzie obliczone, jako iloczyn cen jednostkowych zaoferowanych przez wykonawcę i obmiaru faktycznie wykonanych robót potwierdzonych przez Inspektora Nadzoru Inwestorskiego w książce obmiarów.

Każda cena jednostkowa, oprócz kosztów robót objętych daną pozycją przedmiarową, winna obejmować wszelkie koszty, jakie wykonawca poniesie z tytułu należytej oraz zgodnej z obowiązującymi przepisami realizacji przedmiotu zamówienia.

Zamawiający określił zasady obliczania wynagrodzenia w przypadku występowania robót zamiennych i dodatkowych, a także takich, dla których brak było cen jednostkowych podawanych w kosztorysie ofertowym.

Zamawiający poinformował, iż przewiduje zapłatę wynagrodzenia wykonawcy w częściach. W związku z powyższym zgodnie z brzmieniem art. 143a ust. 3 Pzp, zamawiający określił, iż wysokość ostatniej części wynagrodzenia wynosić będzie 10% wartości wynagrodzenia należnego wykonawcy.

W części IV Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia zamawiający nie postawił szczegółowych wymagań dotyczących sposobu przygotowania harmonogramu rzeczowo-finansowego.

W części V – Wzór umowy w § 5 zamawiający określił obowiązki wykonawcy wskazując w ust.1, że w ciągu 7 dni kalendarzowych od daty zawarcia umowy wykonawca przedłoży zamawiającemu i Nadzorowi Inwestorskiemu szczegółowy Harmonogram rzeczowo-finansowy wykonania zadania,

1.1 Obowiązkowe elementy harmonogramu to w szczególności:

- kolejność wykonania robót oraz terminy rozpoczęcia i zakończenia poszczególnych asortymentów robót,
- wartość poszczególnych asortymentów robót z podziałem na okresy miesięczne,
- każdy etap robót każdego podwykonawcy,
- harmonogram płatności (nie częściej niż raz w miesiącu).

Przedłożony zamawiającemu harmonogram rzeczowo - finansowy musi być zgodny i stanowić jedynie rozwinięcie i uszczegółowienie harmonogramu rzeczowo - finansowego złożonego jako załącznik E wraz z ofertą Wykonawcy. Ponadto, bez zmian w stosunku do harmonogramu rzeczowo - finansowego załączonego do oferty winien uwzględniać proporcje pomiędzy zaangażowaniem i wydatkowaniem środków kwalifikowanych i niekwalifikowanych przeznaczonych na sfinansowanie przedmiotu niniejszej umowy. Jeżeli w związku z obiektywnymi przesłankami, w szczególności związanymi z aspektami technologicznymi robót budowlanych stanowiących przedmiot niniejszej umowy, uwzględnienie w harmonogramie rzeczowo -finansowym procentowej wysokości zaangażowania środków kwalifikowanych w sposób wskazany przez zamawiającego jest niemożliwe należy przyjąć, iż wskazane procentowe zaangażowanie środków stanowi wartości maksymalne dla danego roku i niezaangażowanie w danym roku środków kwalifikowanych musi zostać uwzględnione w latach następnych i ostatecznie zbilansowane w ostatnim roku inwestycji, z zastrzeżeniem

pozostałych postanowień niniejszej umowy co do sposobu rozliczania przedmiotu umowy i okresów rozliczeniowych oraz płatności przejściowych i proporcji pomiędzy płatnościami przejściowymi i płatnością ostateczną.

Natomiast w § 9 zamawiający określił, że wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu Umowy ma charakter kosztorysowy. Rozliczenie robót nastąpi w oparciu o kosztorys powykonawczy (rzeczywiste obmiary wykonanych robót). W związku z faktem, iż przedmiot niniejszej umowy rozliczany będzie obmiarowo zgodnie z zapisami siwz i niniejszej umowy Zamawiający dopuszcza zwiększenie wynagrodzenia wykonawcy przypadającego z tytułu niniejszej umowy do kwoty..

Rozliczenie częściowe robót następować będzie w okresach miesięcznych. Faktura za wykonane roboty częściowe wystawiona będzie nie częściej niż 1 raz w miesiącu. Załączniki stanowiące podstawę wystawienia faktury muszą być sporządzone w układzie zatwierdzonego przez Zamawiającego harmonogramu rzeczowego i finansowego zadania.

Strony uzgadniają, że regulowanie należności za przedmiot umowy częściami wyniesie 90% wartości umowy, o której mowa w § 9 ust 1 niniejszej umowy. Zapłata pozostałej części wynagrodzenia nastąpi po zatwierdzeniu kosztorysu powykonawczego, odbiorze końcowym (zgodnie z zapisami § 11 ust. 13), i po dokonaniu skutecznego zgłoszenia zakończenia robót obiektów budowlanych i uzyskaniu pozwolenia na użytkowanie.

W wyjaśnieniach treści siwz z dnia 3 kwietnia 2015r. zamawiający odpowiadając na pytanie 8 o treści „Zgodnie z zapisami w części I siwz Zamawiający wymaga, że zaangażowanie środków finansowych w poszczególnych latach musi wynosić 25,87%, 35,83% oraz 38,3% wielkości całości środków przeznaczonych na realizację zadania. Nie określając w specyfikacji siwz i w ogłoszeniu wielkości środków jakie zamierza przeznaczyć na realizację zadania. Zamawiający stawia Wykonawcom bezwzględny wymóg uwzględnienia konkretnych (nie określonych) wartości w harmonogramie rzeczowo finansowych pod groźbą odrzucenia oferty.

W związku z powyższym prosimy albo o podanie wielkości środków przeznaczonych na realizację zadania aby Wykonawca mógł uwzględnić konkretne wymagane wartości lub zmianę wymagań w siwz tak aby wymagane % 25.87%, 35,83% oraz 38,3% oferowanych przez Wykonawcę całkowitej wartości brutto podanej w ofercie.”, udzielił następującej informacji, że wskazane w siwz wskaźniki procentowe zaangażowania środków w poszczególnych latach należy w sporządzanym harmonogramie rzeczowo - finansowym odnieść do własnej ceny ofertowej traktując cenę oferty za wykonanie całego przedmiotu zamówienia jako 100% środków przeznaczonych na realizację zadania.

W związku z powyższym nie ma konieczności podawania wartości szacunkowej zamówienia.

W odpowiedzi na pytanie 9 o treści „Prosimy o określenie wartości szacunkowej zamówienia w zakresie objętym niniejszym postępowaniem, zamawiający odpowiedział, że wskazane w siwz wskaźniki procentowe zaangażowania środków w poszczególnych latach należy w sporządzanym harmonogramie rzeczowo - finansowym odnieść do własnej ceny ofertowej traktując cenę oferty za wykonanie całego przedmiotu zamówienia jako 100% środków przeznaczonych na realizację zadania. W związku z powyższym nie ma konieczności podawania wartości szacunkowej zamówienia.

Odpowiadając na pytanie 10 o treści „Czy Zamawiający wyrazi zgodę na możliwość zmiany - dla założenia harmonogramu rzeczowo-finansowego przez firmę wygraną w dniu podpisania umowy?“, zamawiający wyjaśnił, że w sposób jednoznaczny określił zawartość oferty m.in. w zakresie dotyczącym harmonogramu rzeczowo-finansowego składanego przez wykonawców wraz z ofertą. Doprecyzował zasady i warunki jego sporządzenia oraz dokonał opisu wymagań dotyczących harmonogramu rzeczowo-finansowego przedstawianego zamawiającemu przez wykonawcę, z którym zawarta zostanie umowa w sprawie zamówienia publicznego, już po jej zawarciu zgodnie z postanowieniami siwz, a w szczególności części V siwz. Zamawiający podtrzymał zapisy siwz w tym zakresie.

W odpowiedzi na pytanie 11 o treści „Czy Zamawiający wyrazi zgodę na możliwość złożenia do podpisania umowy kosztorysów uproszczonych oraz tym samym rezygnację z złożenia kosztorysów szczegółowych?“ zamawiający wskazał, że zgodnie z zapisami siwz kosztorys ofertowy w formie wydruku uproszczonego jest składany przez wykonawców wraz z ofertą. Wykonawca, którego oferta zostanie uznana za najkorzystniejszą, zobowiązany jest przedstawić zamawiającemu na etapie zawierania umowy o zamówienie publiczne kosztorysu ofertowego w formie wydruku szczegółowego. Zamawiający podtrzymał zapisy treści siwz w tym zakresie.

Zamawiający udzielając w dniu 14 maja 2015r. wyjaśnień do treści siwz na pytanie 19 o treści: „W nawiązaniu do lit, d) w punkcie 4. Części I siwz, prosimy o potwierdzenie, iż przez zaangażowanie środków finansowych wykonawcy do wskazanych wysokości, zamawiający rozumie obowiązek zafakturowania robót o wartości nie większej niż procent wskazany w tej literze dla danego roku. Czyli w przypadku większych przerobów wykonawcy w danym roku, fakturowanie może sięgnąć maksymalnie wskazanych wartości procentowych, zamawiający odpowiedział, że tak. Wartości wskazane w lit. d) w punkcie 4. Części I siwz odnoszą się do maksymalnej wartości fakturowania w danym roku.

Odpowiadając na pytanie 24 o treści: „Proszę o informację, w jakim zakresie można dokonywać zmian w przekazanych kosztorysach? Możliwa jest (zgodnie z zapisami siwz) zmiana podstaw kosztorysowych, tym samym nakładów. Co w sytuacji błędów w ilościach lub braku pozycji robót? Czy można zmieniać je zgodnie ze zmianami wynikającymi z przeliczeń w dokumentacji? Czy składane kosztorysy będą podlegały ocenie lub weryfikacji

względem kosztorysów Zamawiającego?” zamawiający wyjaśnił, że złożony przez wykonawcę kosztorys ofertowy musi być kompletny, tzn. winien zawierać wszystkie pozycje wskazane przez zamawiającego w przedmiarach robót. Wszystkie pozycje kosztorysu ofertowego winny być wycenione. Wszelkiego rodzaju braki i błędy ujawnione w STWiOR, dokumentacji projektowej oraz w przedmiarach wykonawca winien zgłosić zamawiającemu na zasadach określonych w siwz. Wykonawca nie może samodzielnie wprowadzać zmian do kosztorysów sporządzonych na podstawie przedmiarów robót.

Odpowiadając na pytanie nr 82 o treści „Czy Zamawiający dopuszcza możliwość zerowania pozycji, np.:

Poz. 89 d.7 KNRNKB 202 1621a-01 - Koszt pracy, montażu i demontażu rusztowania do robót elewacyjnych - 1 kpl – 0 - ujęto w cenie elewacji”, zamawiający wyjaśnił, że każda pozycja kosztorysowa ujęta w przedmiarze musi zostać bezwzględnie wyceniona. Zamawiający dopuszczał możliwość wpisania „0” wyłącznie pod warunkiem wskazania przez wykonawcę konkretnej pozycji przedmiaru (L.p. przedmiaru wraz z jej opisem), w której wykonawca ujął pozycję z wpisem „0”.

W dniu otwarcia ofert wykonawcy zaoferowali następujące warunki w kryteriach oceny ofert:

1. Wykonawca Warbud – cena 53 017 144,42zł., 5 lat gwarancji,
2. Wykonawca wybrany – cena 47 274 806,50zł., 10 lat gwarancji
3. Odwołujący – cena 51 916 947, 00zł. (przy czym w odwołaniu odwołujący wskazał, że jego ofertę należało skorygować w zakresie brakujących 22 pozycji zwiększając cenę o 260 488, 34zł., co łącznie dawałoby cenę 52 177 435,34zł.), 10 lat gwarancji
4. Wykonawca Chemobudowa Kraków – cena 51 534 105,00zł., 6 lat gwarancji.

W ofercie wykonawcy wybranego (str. 454) w harmonogramie rzeczowo-finansowym jako koszty kwalifikowane netto podano 31 398 101,68zł., zaś niekwalifikowane netto 7 036 700, 35zł., wartość netto ogółem podano 38 434 802,03zł., w roku 2015 wskazano na zaangażowanie środków własnych na poziomie 9 943 083,28zł., w 2016r. – 13 771 189,57zł., w 2017zł. 14 720 529,18zł. bez rozbitcia na koszty kwalifikowane i niekwalifikowane w poszczególnych latach.

W ofercie odwołującego w załączniku nr 2b znajduje się zobowiązanie Awbud SA z siedzibą w Fugasówce, ul. Reja 4 zobowiązujące się do oddania odwołującemu zasobów wiedzy i doświadczenia przez podwykonawstwo na podstawie umowy o współpracy, zobowiązanie zostało podpisane przez wiceprezesów zarządu M. J. i A. W. . Za zobowiązaniem w ofercie znajduje się wykaz wykonanych zamówień – załącznik nr 3, gdzie w poz. 2 wskazano budowa hali widowiskowo sportowej w Krakowie – Czyżynach, realizacja polegała na budowie obiektu kompleksu sportowego o kubaturze 614 510,00 m<sup>3</sup> w okresie od 12 stycznia 2012r. do 4 października 2013r. na rzecz Mostostal Warszawa SA o wartości brutto

43 672 876,71zł. Jako dowody wykonania zgodnie ze sztuką budowlaną załączono protokół odbioru końcowego z dnia 4 października 2013r., gdzie w pkt 2 znalazła się informacja lista usterek i niedoróbek do Protokołu Odbioru Końcowego z dnia 4 października 2013r. załącznik nr 2.1, protokół przeglądu technicznego z dnia 4 października 2013r. załącznik nr 2 wraz z załącznikami 2.1 do 2.21. w pkt 4 jakość oceniona na dostateczną, w pkt IV wskazano terminowość zgodną z umową. Załączono także załącznik nr 2, gdzie w pkt IV wskazano na braki i usterki.

W dniu 1 lipca 2015r. zamawiający zwrócił się do Agencji Rozwoju Miasta SA w związku z brzmieniem § 1 ust. 5 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013r., w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, z prośbą o przedłożenie informacji lub dokumentów dotyczących potwierdzenia realizacji inwestycji budowy hali widowiskowo-sportowej w Krakowie - Czyżynach. Wskazał, że w prowadzonym przez niego postępowaniu ofertę złożył min. odwołujący, który na potwierdzenie spełniania warunku posiadania wiedzy i doświadczenia przedstawił, jako wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone, użyte na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b Pzp, doświadczenie podmiotu trzeciego - AWBUD S.A., polegające na wykonaniu inwestycji pod nazwą Budowa Hali widowiskowo-sportowej w Krakowie - Czyżynach na kwotę 43.672.876,71 zł. Inwestycja ta przedstawiona została na potwierdzenie spełniania warunku określonego w punkcie 5.1.2 ppkt. 2 części I siwz w przedmiotowym postępowaniu, w którym to Zamawiający wskazał, iż w celu wykazania spełniania warunku posiadania wiedzy i doświadczenia wykonawca musi wykazać, iż wykonał zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończył:

2) minimum 1 robotę budowlaną polegającą na budowie lub przebudowie obiektu kompleksu sportowego o kubaturze min. 50 000 m<sup>3</sup>, o wartości wykonanych robót minimum 10 000 000,00 zł brutto.

Z dokumentów załączonych do oferty odwołującego, nie wynika faktyczny zakres oraz wartość robót budowlanych wykonanych w ramach inwestycji związanej z budową hali w Krakowie - Czyżynach przez firmę AWBUD S.A, oraz fakt wykonania tych robót zgodnie z zasadami sztuki budowlanej a także prawidłowego ich ukończenia.

W związku z powyższym zamawiający zwrócił się z prośbą o udzielenie informacji:

1. kto wykonywał robotę budowlaną polegającą na budowie hali widowiskowo - sportowej Kraków - Czyżyny? Czy ww. robota została wykonana w sposób należyty, zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończona?
2. jaki zakres robót (rodzaj) i w jakiej kwocie wykonywał AWBUD S.A.? Czy roboty zrealizowane przez AWBUD S.A. zostały wykonane w sposób należyty, zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone?



W dniu 1 lipca 2015r. zamawiający wezwał odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy do uzupełnienia Wykazu wykonanych zamówień wraz z dowodami. Wskazał, że punkcie 5,1.2 części I siwz wymagał, iż w celu wykazania spełnienia warunku posiadania wiedzy i doświadczenia wykonawca musi wykazać, iż wykonał zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończył

1) minimum 1 robotę budowlaną polegającą na: budowie lub przebudowie lub remoncie obiektu sportowo - rekreacyjnego z basenem wewnętrznym (krytym) o powierzchni lustra wody min. 300 m<sup>2</sup> wraz z infrastrukturą towarzyszącą o wartości wykonanych robót minimum 20 000 000,00 zł brutto w zakres, której wchodziło minimum wykonanie robót związanych z wykonaniem/remontem/przebudową niecki basenu wraz z instalacjami uzdatniania wody, wentylacyjną i elektryczną.

2) minimum 1 robotę budowlaną polegającą na budowie lub przebudowie obiektu kompleksu sportowego o kubaturze min. 50 000 m<sup>3</sup>, o wartości wykonanych robót minimum 10 000 000,00 zł brutto.

Odwołujący, w pozycji nr 2 Wykazu wykonanych zamówień wskazał wykonanie budowy hali widowiskowo - sportowej w Krakowie - Czyżynach załączając jednocześnie do oferty zobowiązanie do użyczenia zasobów wiedzy i doświadczenia w tym zakresie, podmiotu trzeciego - AWBUD S.A. Do oferty załączono również protokół odbioru końcowego z dnia 04.10.2013r., sporządzony pomiędzy wykonawcą przedmiotowej inwestycji - Mostostal Warszawa S.A. a podwykonawcą - AWBUD S.A. Z dokumentów załączonych do oferty nie wynika, czy użyczący - biorący udział w realizacji przedmiotowej inwestycji jako podwykonawca wykonał zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończył roboty budowlane w zakresie określonym w punkcie 5.1.2 ppkt. 2 części I siwz.

Również w dniu 1 lipca 2015r. zamawiający wezwał odwołującego do wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy dotyczących treści oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia na realizację zadania: Zgodnie z treścią pkt 12 części I siwz cenę oferty należało obliczyć na podstawie kosztorysu ofertowego (część C wg Spisu zawartości oferty) sporządzonego metodą szczegółową wg przedmiaru robót. Do wyliczenia ceny służyć projekt budowlany i wykonawczy, przedmiar robót, specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót.

W ofercie odwołującego, brak w załączonych do oferty kosztorysach części „Instalacji i sieci sanitarnych dla basenu 25 m” I. Instalacja wentylacji pozycji od numeru 48 do numeru 68 (7. Roboty budowlane) oraz V. Instalacja kanalizacji sanitarnej 5.1 Instalacja kanalizacji sanitarnej wewnętrznej poz 218 odwodnienie liniowe /wokół basenu/ a także w „Technologii wody basenowej dla basenu 50 m” 4.3. Orurowanie wanien hydromasażu poz. 198 rurociągi o średnicy zewnętrznej 90 mm. W związku z powyższym zamawiający wzywał do złożenia wyjaśnień czy wskazane powyżej elementy przedmiarów robót zostały wycenione w złożonej ofercie oraz wskazanie gdzie w treści oferty zawarta jest ich wycena.

Zamawiający przypomniał, iż złożone wyjaśnienia winne być precyzyjne i jednoznaczne tak, aby możliwe było stwierdzenie zgodności treści oferty z treścią siwz oraz dokonanie czynności oceny i porównania ofert.

W dniu 6 lipca 2015r. odwołujący wyjaśnił, że zobowiązał się w ofercie złożonej w przetargu na: Rozbudowę i przebudowę krytej pływalni w Oświęcimiu przy ul. Chemików 2 do wykonania zamówienia w pełnym zakresie tj. obejmującym wszystkie roboty przewidziane w siwz. Wynika to wprost z oferty, w której wskazano, że w cenie ofertowej zostały ujęte wszystkie koszty niezbędne do wykonania i przekazania przedmiotu umowy zamawiającemu do eksploatacji. Odwołujący potwierdził to zobowiązanie i poinformował, że braki w pozycjach kosztorysu ofertowego, wskazane przez zamawiającego w piśmie z dnia 1 lipca 2015 roku wynikają z omyłkowego nie uzupełnienia tych pozycji kosztorysowych przez osoby przygotowujące ofertę. Fakt, iż jest to omyłka potwierdza okoliczność, iż wszystkie nie uzupełnione pozycje zostały ujęte w kosztorysie ofertowym, a więc zostały objęte oświadczeniem woli wykonawcy. Ponadto podniósł, że z uwagi na to, że wszystkie brakujące pozycje mają swoje tożsame odpowiedniki w innych pozycjach kosztorysu ofertowego, braki te winny ulec uzupełnieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Wszystkie braki mają bowiem charakter drobnych omyłek, nie powodujących istotnych zmian w treści oferty, a zakres informacji wskazanych w ofercie pozwala zamawiającemu na samodzielną ich poprawę. Powołał się w tym zakresie na wyrok KIO z dnia 8 października 2014 roku, KIO 1959/14, LEX nr 1554452.

Przedstawił tabelę zawierającą przyporządkowanie omyłek (braków) do tożsamych pozycji z kosztorysu ofertowego odwołującego. W tabeli podał w zakresie brakującej pozycji jej opis i ilość, oraz wskazał w kosztorysie ofertowym miejsca wyceny tj. w którym kosztorysie, jaka pozycja i cenę jednostkową. I tak dla przedmiaru: "Basen 25m - Instalacje i sieci sanitarne I - instalacja wentylacji brak pozycji

Poz.. 48 - Przymurowanie ścianek z cegieł grubości 1/2 cegły na zaprawie cementowej do szyn szczelinowych; (winno być: poz. 48 - ilość: 5,362 m2 po cenie jednostkowej - 211,80 PLN = 1 135,67 PLN); w ilości 5,362 m2 miejsce wyceny Kosztorys (15) "Ciąg 1 -basen główny" poz. 36 - Przymurowanie ścianek(...); cena jednostkowa - 211,80zł.

Poz.. 49 - Przebicie otworów o powierzchni ponad 0,05m2 do 0,10m2 o grubości do 10cm w elementach z betonu żwirowego; (winno być: poz. 49 - ilość: 1,429m2, po cenie jednostkowej - 235,09 PLN = 335,94 PLN); w ilości 1,429 m2, miejsce wyceny Kosztorys (15) "Ciąg 1 - basen główny" poz. 37 – cena jednostkowa 235,09zł.

Poz.. 50 - Wykucie otworu montażowego (3,5x2,9x0,48m) w ścianach z cegły o grubości 2 cegieł na zaprawie wapiennej lub cementowo-wapiennej; (winno być: poz. 50 - ilość: 4,872 m3 po cenie jednostkowej - 214,69 PLN = 1 045,96 PLN); w ilości 4,872 m3, miejsce wyceny Kosztorys (33) "Ciąg 6.3 - szatnia fitness" poz. 18 - cena jednostkowa 214,69zł.

Poz.. 51 - Uzupelnienie zamurowan otworu montazowego w scianach z bloczkow z betonu komorkowego na zaprawie cementowo-wapiennej; (winno byc: poz. 51 - ilosc: 4,872 m3, po cenie jednostkowej - 585,92 PLN = 2 854,60 PLN); w ilosci 4,872 m3, miejsce wyceny Kosztorys (15) "Ciag 1 -basen glowny" poz. 38 cena jednostkowa z zastrzezeniem (roboty tozsame z robotami z poz. 51 - z uwagi na inną jednostkę miary - wymaga prostego przeliczenia m2 na m3 tj. zastosowania mnoznika 4):  $146,48 \cdot 4 = 585,92 \text{zł}$ . i tak dla wszystkich brakujacych pozycji.

Odwołujący podkreślił, iż poprawienie omyłek spowoduje jedynie niewielki wzrost ceny ofertowej tj. wyłącznie o kwotę brutto 260 488,34 PLN, co stanowi jedynie 0,5% ceny ofertowej. Wskazał na orzecznictwo KIO: wyrok z dnia 24 października 2012 r. sygn. akt KIO 2200/12, LEX nr 1227246.

Co więcej, wzrost ceny oferty odwołującego nie wpływa również w żaden sposób na ranking cen zaferowanych przez wykonawców w przedmiotowym postępowaniu.

W wykonaniu wezwania do uzupełnienia dokumentów odwołujący w dniu 1 lipca 2015r. przedłożył:

- 2) Wykaz wykonanych zamówień, datowany na dzień 15 czerwca 2015 roku (Formularz VI.4 - Załącznik nr 3);
- 3) Protokół Odbioru Końcowego z dnia 31 stycznia 2015 roku, dot, budowy Nowoczesnej Hali Widowiskowo Sportowej PODIUM w Gliwicach;
- 4) Protokoły usunięcia usterek na Hali Widowiskowo-Sportowej w Krakowie (33 szt.) - załączniki do protokołu odbioru końcowego z dnia 4 października 2013 roku (dołączonego do oferty).

Odwołujący oświadczył, że dołączony do oferty dokument tj. protokół odbioru końcowego z dnia 4 października 2013 roku potwierdza, iż AWBUD SA wykonał inwestycję „objętą” tym protokołem w sposób zgodny z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ją ukończył.

Podkreślił, iż sam fakt, że w protokole wspomniano o usterekach nie przesądza, iż zamówienie „objęte” protokołem nie zostało wykonane w sposób należyty. Usterki, o których mowa w Protokole miały bowiem charakter nieistotny tj. nie skutkujący odmową odbioru robót budowlanych i zapłaty wynagrodzenia za ich wykonanie (w Protokole wprost mowa o tym, że rozliczenie nastąpi do dnia 30 listopada 2013 roku tj. mimo wykonania robót z nielicznymi usterekami).

Celem wykazania, iż usterki miały charakter nieistotny (oprócz treści Protokołu, który już znajduje się w aktach zamawiającego), odwołujący przedłożył 33 protokoły usunięcia usterek, z których wprost wynika, że miały one charakter wyłącznie drobnych uchybień, które często zdarzają się przy robotach budowlanych o skali porównywalnej z budową hali widowiskowo-sportowej. Z dokumentów tych wynika, że usterki polegały wyłącznie na drobnych uchybieniach w zakresie np. wymiarów otworów drzwiowych, czy na innych

drobnych wadach wykonanych robót (wymagających np. wykonania wyłącznie kosmetyki płyt fundamentowych).

Podniósł, że w orzecznictwie KIO nie ma wątpliwości, że sam fakt ujęcia usterek w protokole odbioru robót nie przesądza o nienależyty wykonaniu zamówienia. Np. wyrok z dnia 4 listopada 2013 roku sygn. akt KIO 2447/13, LEX nr 1415412, wyrok z dnia 3 stycznia 2013 r sygn. akt KIO 2706/12, LEX nr 1259609.

Niezależnie od powyższego, odwołujący uzupełnił Wykaz zamówień o poz. nr 3 tj. budowę Nowoczesnej Hali Widowiskowo-Sportowej PODIUM w Gliwicach.

W poz. 3 uzupełnionego wykazu podano budowę nowoczesnej hali widowiskowo sportowej Podium w Gliwicach, realizacja polegała na budowie obiektu kompleksu sportowego o kubaturze 509 881,93 m<sup>3</sup>, była realizowana w okresie od 23 września 2013r. do 30 stycznia 2015r. na rzecz zamawiającego Mirbud o wartości 27 755 610,82zł. Na potwierdzenie jej należytego wykonania załączono protokół odbioru końcowego z dnia 30 stycznia 2015r., którym odebrano prace i usterek nie stwierdzono. Załączone do pisma 33 protokoły potwierdzają usunięcie usterek.

W dniu 9 lipca 2015r. Agencja Rozwoju Miasta SA poinformowała, że

1. Budowa hali widowiskowo - sportowej (Czyżyny) w Krakowie realizowana była przez konsorcjum składające się z następujących firm:

Mostostal Warszawa S.A, (lider konsorcjum) z siedzibą w Warszawie przy ul. Konstruktorskiej 1 la, 02-673 Warszawa

Acciona Infraestructuras S.A. Avenida de Europa, .18 Parque Empresarial La Moraleja 28 108 Alcobenedas. Madryt Hiszpania

Asseco Poland S.A. (dawniej Asseco Systems S.A. ul. 17 stycznia 74, 02-146 Warszawa) ul, Olchowa 14, 35-322 Rzeszów

Mostostal. Puławy S.A. ul. Budowlanych 5, 24-110 Puławy

oraz podwykonawców - w tym AWBUD SA.

Spółka AWBUD zrealizowała roboty o wartości 43.672.86,71 zł brutto (zgodnie z dokumentami dostarczonymi przez konsorcjum wykonawcze na etapie rozliczania kontraktu).

Kubatura całego kompleksu hali wynosi 614 510,6 m<sup>3</sup>.

2. Firma jw. wykonywała konstrukcje żelbetowe hali głównej (robocizna, sprzęt, materiały).

Prace zostały wykonane i odebrane. Obiekt uzyskał ostateczną decyzję pozwolenia na użytkowanie 27.05.2014 r.

Bardziej szczegółowych informacji na temat wykonywanych prac może udzielić lider konsorcjum wykonawczego: Mostostal Warszawa SA.

Izba oceniając powyższy materiał dowodowy uznała, że bezsporne jest, że wykonawca wybrany dokonał w harmonogramie rzeczowo-finansowym podziału na środki kwalifikowane i

niekwalifikowane i globalny udział tych środków w cenie wykonawcy wybranego nie jest zgodny z proporcją 88,87% kosztów kwalifikowanych i 11,13% kosztów niekwalifikowanych – okoliczność przyznana przez przystępującego. Jednocześnie Izba zwróciła uwagę na fakt, że wykonawcy w niniejszej sprawie mieli przedkładać zamawiającemu dwa harmonogramy: pierwszy w ofercie, gdzie mieli wskazać wysokość zaangażowania środków finansowych dla każdego etapu z podziałem na środki kwalifikowane i niekwalifikowane, i drugi na etapie zawarcia umowy, gdzie mieli przedstawić harmonogram uwzględniający proporcje pomiędzy zaangażowaniem i wydatkowaniem środków kwalifikowanych i niekwalifikowanych przeznaczonych na sfinansowanie przedmiotu umowy zdanie 3 pkt 1.1. par. 5. Tym samym w ocenie Izby w harmonogramie finansowo – rzeczowym wykonawca miał wskazać wysokość zaangażowania własnych środków i wskazać jak w tym podziale kształtują się środki kwalifikowane i niekwalifikowane, natomiast proporcję zamawiającego powinien był uwzględnić dopiero przy sporządzaniu harmonogramu na potrzeby umowy i ten harmonogram powinien był sporządzić w taki sposób, aby nastąpiło to bez zmian harmonogramu finansowo-rzeczowego z oferty. Nie mniej jednak zestawiając te postanowienia w ocenie Izby nie można wywieść na niekorzyść wykonawcy wybranego, że był na etapie ofertowania zobowiązanych zachowywać proporcje środków kwalifikowanych i niekwalifikowanych. Ponadto postanowienia siwz w tym zakresie były nieprecyzyjne, bowiem nie pozwalały na ustalenie, czy środki kwalifikowane i niekwalifikowane mają być podzielone tylko w części, w której angażowane są środki wykonawcy, czy też dla całej ceny i czy w ujęciu dla każdego etapu, czy globalnie dla całej umowy. Wykonawca wybrany przedstawił podział środków kwalifikowanych tak dla etapów jak i całej umowy, czym w ocenie Izby zadośćuczynił wymaganiom zamawiającego dotyczącym etapu ofertowania. Bez znaczenia natomiast jest to, czy po sporządzeniu i złożeniu drugiego harmonogramu finansowo-rzeczowego do umowy może on ulegać zmianom, w tym w zakresie proporcji wskazanej przez zamawiającego.

Bezsporne jest pomiędzy stronami, że są braki w pozycjach kosztorysowych odwołującego i bezsporne jest to, że dla części pozycji nie można znaleźć odpowiednika w przedstawionych zamawiającemu pozycjach kosztorysowych (spór pomiędzy stronami dotyczy tego, ile jest takich pozycji), bezsporne jest także to, że odwołujący oczekiwał przeliczenia przez zamawiającego części pozycji przez podane przez niego mnożniki. Mnożniki te nie wynikały z postanowień siwz, a w ocenie odwołującego były intuicyjne.

**Izba zważyła, co następuje:**

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienia spełniają wymogi formalne określone w art. 185 ust. 2 ustawy.

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 ustawy, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba ustaliła, że odwołujący wykazał interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody spełniając przesłanki wynikające z art. 179 ust. 1 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt. 2) ustawy przez bezprawne uznanie, że oferta wykonawcy wybranego jest zgodna z siwz

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy zamawiający ma obowiązek odrzucić ofertę wykonawcy, jeżeli treści tej oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Z uwagi na to, że odwołujący nie podnosi zaniechania poprawy jego oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, dla rozstrzygnięcia ma znaczenie jedynie ta część normy art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, która odnosi się bezpośrednio do skutku odrzucenia oferty. Przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy nakazuje ustalić treść siwz oraz ustalić treść oferty i dokonać porównania tych ustalonych treści, a w przypadku stwierdzenia niekompatybilności tych treści odrzucić taką ofertę. W ocenie Izby ustalona przez Izbę treść siwz nie pozwala na uznanie, że treść oferty wykonawcy wybranego nie odpowiada treści siwz. Izba ustaliła bowiem, że na etapie ofertowania wykonawca miał jedynie podzielić środki na kwalifikowane i niekwalifikowane, a treść siwz w tym zakresie, to jest co do sposobu i zakresu tegoż podziału nie jest precyzyjna. Nadto Izba ustaliła, że do proporcji wskazanej przez zamawiającego w siwz w zakresie kosztów kwalifikowanych i niekwalifikowanych zamawiający odwołuje się dopiero w odniesieniu do harmonogramu umownego, tym samym z zestawienia postanowień siwz nie można wywieść w sposób jednoznaczny obowiązku odzwierciedlenia proporcji 88,87 kosztów kwalifikowanych i 11,13% kosztów kwalifikowanych do etapu ofertowania, tym samym poprzestanie przez wykonawcę wybranego na dokonaniu podziału na środki kwalifikowane i niekwalifikowane czyni zadość treści siwz. W tym stanie rzeczy Izba nie dopatrzyła się w działaniu zamawiającego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy w związku z art. 24 ust. 4 ustawy przez bezprawne uznanie, że odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz art. 92 ust. 1 pkt 2 przez bezprawne zaniechanie wskazania powodów nieuwzględnienia poz. 3 uzupełnionego wykazu oraz wskazanie innych podstaw kwestionowania złożonych przez odwołującego dokumentów niż w wezwaniu z dnia 1 lipca 2015r.

Zarzut zasługuje na uwzględnienie. Przepis art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy nakazuje zamawiającemu wykluczyć z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego

wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu. Norma art. 24 ust. 4 ustawy nakazuje uznawać ofertę wykonawcy wykluczonego za odrzuconą. Przepis art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy nakazuje zamawiającemu zawiadomić wykonawców, którzy złożyli oferty o wykonawca, których oferty zostały odrzucone podając uzasadnienie faktyczne i prawne. W ocenie Izby zgromadzony materiał dowodowy ujawnił, że zamawiający nie podał uzasadnienia faktycznego, dla którego uznał, że uzupełnione 33 protokoły usunięcia usterek dotyczące poz. 2 wykazu pierwotnego oraz poz. 3 wykazu uzupełnionego wraz z dołączonymi dokumentami nie spełnia wymagań siwz. W tym zakresie zamawiający jedynie lakonicznie stwierdził, że te dokumenty nie potwierdzają spełniania postawionego przez zamawiającego warunku udziału w postępowaniu. Dopiero na rozprawie zamawiający zaczął wskazywać na to, że zakres obu robót był niezgodny z postanowieniami siwz, tj. nie dotyczył budowy lub przebudowy obiektu kompleksu sportowego, że złożone dokumenty budziły wątpliwości, co do osoby je wystawiającej, czasu realizacji, charakteru, czy przyznanej oceny. Taka argumentacja nie może jednak sanować wadliwej czynności zamawiającego. Zamawiający jest obowiązany podać uzasadnienie faktyczne dla dokonanej czynności, aby umożliwić wykonawcom kontrolę prawidłowości swoich czynności przez korzystanie ze środków ochrony prawnej. Ponadto w ocenie Izby zamawiający nie wykazał dlaczego wykonanie konstrukcji żelbetowych (w tym monolitycznych) nie spełnia postawionego przez niego warunku w zakresie przebudowy zdefiniowanej w Prawie budowlanym jako wykonywanie robót budowlanych, w wyniku których następuje zmiana parametrów użytkowych lub technicznych istniejącego obiektu budowlanego, z wyjątkiem charakterystycznych parametrów, jak: kubatura, powierzchnia zabudowy, wysokość, długość, szerokość bądź liczba kondygnacji; w przypadku dróg są dopuszczalne zmiany charakterystycznych parametrów w zakresie niewymagającym zmiany granic pasa drogowego. W ocenie Izby wadliwie zatem zastosował normę art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, gdyż postawiony przez niego warunek dotyczył również przebudowy obiektu kompleksu sportowego, a zamawiający nie wskazał charakteru czy zakresu tej przebudowy w postawionym przez siebie warunku, tym samym stosując art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy naruszył przepisy ustawy. Nadto nie podając uzasadnienia faktycznego podstawy wykluczenia odwołującego z postępowania naruszył art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt. 2) ustawy przez bezprawne uznanie, że oferta odwołującego jest niezgodna z siwz oraz zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy przez bezprawne zaniechanie poprawy oferty odwołującego oraz art. 92 ust. 1 pkt 2 przez bezprawne zaniechanie wskazania powodów niezastosowania tego przepisu przy badaniu oferty odwołującego

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy zamawiający ma obowiązek odrzucić ofertę wykonawcy, jeżeli treści tej oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Z uwagi na to, że odwołujący podnosi zaniechanie poprawy kwestionowanej oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, dla rozstrzygnięcia ma znaczenie szczególnie ta część normy art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, która odnosi się do możliwości poprawy omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Pomiędzy stronami bezsporne jest, że w ofercie odwołującego nie załączono kosztorysów obejmujących wszystkie wymagane przez zamawiającego pozycje kosztorysowe. Brakujących pozycji było 22 i ich ceny nie ujęto w cenie za całość przedmiotu zamówienia. Przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy nakazuje ustalić treść siwz oraz ustalić treść oferty i dokonać porównania tych ustalonych treści, a w przypadku stwierdzenia niekompatybilności tych treści odrzucić taką ofertę, pod tym wszakże warunkiem, że wady oferty nie da się usunąć przez zastosowanie instytucji poprawy omyłki wynikającej z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Przepis ten nakazuje zamawiającemu dokonać poprawy innych omyłek polegających na niezgodności treści oferty z siwz, nie powodujących istotnych zmian w treści oferty niezwłocznie powiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona. Należało zatem ocenić czy zachodziła przesłanka pozwalająca zamawiającemu na odstąpienie od zastosowania instytucji odrzucenia oferty, w tym przypadku, czy zachodziły podstawy do zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Należy zwrócić uwagę, że ustawodawca posługując się pojęciem „inna omyłka” odnosi to pojęcie do pozostałych omyłek nazwanych w art. 87 ust. 2 pkt 1 i 2 ustawy tj. omyłki rachunkowej i omyłki pisarskiej. Tym samym inna omyłka została zdefiniowana bardzo szeroko, jaka każda inna niż pisarska i rachunkowa niezgodność oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Ustawodawca do innej omyłki nie dodaje także dookreśleń jak np. „oczywista”, czy „niezamierzona”, „nieświadoma”, czy wreszcie „niezawiniona”, choć posługiwanie się pojęciem omyłki, a nie błędu, mogłoby wskazywać na niezawiniony charakter niezgodności. Niemniej jednak w ocenie Izby brak wskazania dodatkowego elementu ocennego jak wina czy świadomość, pozwala zamawiającemu poprzestać na ustaleniu, że wystąpiła jakakolwiek inna niezgodność treści oferty z treścią siwz (niż pisarska i rachunkowa), aby mógł przystąpić do analizy czy poprawa tej omyłki nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty. Tym samym o możliwości poprawy omyłki nie decyduje stan świadomości czy wola popełniającego niezgodność, ale to czy poprawa tej niezgodności w sposób istotny zmieni treść oferty. Niesporny jest fakt istnienia braków w kosztorysie ofertowym. Tym samym w ocenie Izby niewątpliwie wystąpił stan, w którym treści oferty nie odpowiada treści siwz. Dla rozstrzygnięcia ma znaczenie ocena, czy poprawienie braku jest możliwe i czy spowoduje istotną zmianę treści oferty. Sam odwołujący przyznał, że co najmniej do kilku brakujących pozycji nie można było znaleźć pozycji analogicznych w



załączonym do oferty kosztorysie i żeby wskazać zamawiającemu sposób poprawy w złożonych wyjaśnieniach musiał zastosować przyjęte przez siebie intuicyjne mnożniki. W ocenie Izby ten fakt powoduje, że zamawiający nie mógł dokonać poprawy tych pozycji kosztorysowych, gdyż ustalając z odwołującym potrzebne mnożniki, (co do których odwołujący nie wykazał, że wynikają one powszechnych reguł matematycznych, reguł prawnych czy jednolitych zasad kosztorysowania, albo z treści siwz), w efekcie zamawiający wprowadziłby do oferty odwołującego, treści, których pierwotnie tam nie było, a które pojawiły się w wyniku uzgodnień z odwołującym i zwiększyły zakres oferty. W ocenie Izby dopuszczenie do takiej sytuacji było niezgodne z zakazem wyrażonym w art. 87 ust. 1 ustawy niezezwalającym na negocjacje prowadzące do zmiany treści oferty. Ponadto sam odwołujący przyznał, że nawet po wyjaśnieniach zamawiający miałby trudność z poprawą pozycji 65, gdyż odwołujący wskazał dla niej analogię w nieistniejącej poz. 65 kosztorysu Kosztorys (15) "Ciąg 1 -basen główny", który to kosztorys w wersji przedstawionej przez zamawiającego zawierał jedynie 61 pozycji. Nadto Izba podzieliła wątpliwości zamawiającego związane z tym jakiego sposobu poprawy oczekiwał w rzeczywistości w wyjaśnieniach odwołujący, czy przyjęcia, że cena ofertowa obejmuje wszystkie pozycje kosztorysowe, w tym brakujące, które są po prostu uwzględnione w innych obliczonych pozycjach, czy też cena ofertowa nie obejmuje wszystkich pozycji kosztorysowych i wymaga zwiększenia o koszt brakujących 22 pozycji, gdyż z jednej strony odwołujący zapewniał o swoich intencjach związanych z przygotowaniem oferty i oświadczeniem o zamiarze wykonania całości zamówienia, z drugiej przyznawał się do braków w kosztorysowaniu. W tym stanie rzeczy Izba uznała, że dokonanie poprawy omyłek powodowałoby po stronie zamawiającego konieczność wykreowania treści oferty, co w ocenie Izby stanowi istotną zmianę oferty i z mocy art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy jest niedopuszczalne. W tym stanie rzeczy zarzut naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy nie potwierdził się.

Przepis art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy nakazuje zamawiającemu zawiadomić wykonawców, którzy złożyli oferty o wykonawca, których oferty zostały odrzucone podając uzasadnienie faktyczne i prawne. Izba ustaliła, że rzeczywiście w uzasadnieniu faktycznym podstaw odrzucenia zamawiający nie podał dlaczego zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy w odniesieniu do oferty odwołującego nie było możliwe. Jednak w świetle prawidłowości dokonania czynności odrzucenia oferty odwołującego uwzględnienie powyższego zarzutu naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy nie miało i nie mogło mieć wpływu na wynik postępowania. Tym samym z mocy art. 192 ust. 2 ustawy zarzut podlegał oddaleniu.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy przez dokonanie wyboru oferty wykonawcy wybranego, mimo, że podlegała odrzuceniu i zaniechaniu wyboru oferty odwołującego

Zarzut nie potwierdził się. Wobec nie potwierdzenia się zarzutów bezprawnego wyboru oferty wykonawcy wybranego oraz zaniechania jej odrzucenia oraz zarzutu zaniechania poprawy oferty odwołującego i bezprawnego jej odrzucenia, w ocenie Izby nie doszło do naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy, a wykonawca wybrany został zgodnie z przepisami ustawy.

W zakresie uwzględnionego zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 w związku z art. 24 ust. 4 i naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy, to mimo uwzględnienia tegoż zarzutu odwołujący prawidłowo został wyeliminowany z postępowania przez odrzucenia jego oferty, zaś wybór oferty najkorzystniejszej dokonany przez zamawiającego był dokonany prawidłowo. Tym samym nie zmieni się ani wynik postępowania, ani pozycja oferty odwołującego w postępowaniu. W konsekwencji uwzględnienie powyższego zarzutu nie ma i nie może mieć istotnego wpływu na wynik postępowania, co z mocy art. 192 ust. 2 ustawy nakazuje Izbie odwołanie oddalić.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 192 ust.1, 2 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku spraw oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 i 2 lit. b i § 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 odwołującego kosztami postępowania w postaci uiszczonego przez odwołującego wpisu od odwołania oraz nakazując odwołującemu dokonanie zwrotu na rzecz zamawiającego kosztów związanych z wynagrodzeniem pełnomocnika do wysokości udowodnionej złożonym rachunkiem.

**Przewodniczący:** .....