

WYROK

z dnia 24 stycznia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 stycznia 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 stycznia 2012 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne **Molewski spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Chodczu, ul. Kaliska 11, Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „HYDROBUD” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kazimierzu Biskupim, Kamienica 47, PROFITECT spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łasku, ul. Lutomierska 8** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Wodociągi Miejskie w Radomiu spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Radomiu, ul. Filtrowa 4**

przy udziale zgłaszających swoje przystąpienia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego **Konsorcjum Firm IDS-BUD spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 136 i SACK INVENT POLAND spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Buska 24** do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 77/12 po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne **Molewski spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Chodczu, ul. Kaliska 11, Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „HYDROBUD” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kazimierzu Biskupim, Kamienica 47, PROFITECT spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łasku, ul. Lutomierska 8**, dokonanie poprawienia w ofercie odwołującego się konsorcjum omyłek : w poz. 80 wypełnionego przedmiaru robót dla zadania 5.6d str. 84 oferty poprzez zastąpienie cyfr „508x11” cyframi „315x18,7” oraz w załączniku nr 2 do siwz – załącznik do oferty w opisie klauzuli 8.7 kara za zwłokę poprzez

zastąpienie słowa „opóźnienia” słowem „zwłoki” oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z udziałem oferty odwołującego.

2. kosztami postępowania obciąża **Wodociągi Miejskie w Radomiu spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Radomiu, ul. Filtrowa 4** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne **Molewski spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Chodczycy, ul. Kaliska 11, Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „HYDROBUD” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kazimierzu Biskupim, Kamienica 47, PROFITECT spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łasku, ul. Lutomierska 8** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Wodociągów Miejskich w Radomiu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Radomiu, ul. Filtrowa 4** na rzecz **Molewski spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Chodczycy, ul. Kaliska 11, Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „HYDROBUD” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kazimierzu Biskupim, Kamienica 47, PROFITECT spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łasku, ul. Lutomierska 8** i **ENERGOPOL-POŁUDNIE Spółka Akcyjna z siedzibą w Sosnowcu, ul. Jedności 2** kwotę 20 000zł. 00 gr. (słownie dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Postępowanie o zamówienie publiczne w trybie przetargu nieograniczonego na budowę, rozbudowę, modernizację i przebudowę sieci wodociągowej oraz kanalizacji sanitarnej w wybranych rejonach i ulicach Radomia zostało wszczęte przez zamawiającego Wodociągi Miejskie w Radomiu spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Radomiu, ul. Filtrowa 4 ogłoszeniem w siedzibie i na stronie internetowej opublikowanym także w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 30 września 2011r. za numerem 2011/S 188-306941.

W dniu 3 stycznia 2012r. zamawiający poinformował wykonawców o wynikach postępowania i wyborze oferty najkorzystniejszej tj. oferty Konsorcjum Firm IDS-BUD spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 136 i SACK INVENT POLAND spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Buska 24 oraz m. in. o odrzuceniu ofert Molewski spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Chodczycy, ul. Kaliska 11, Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „HYDROBUD” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kazimierzu Biskupim, Kamienica 47, PROFITECT spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łasku, ul. Lutomierska 8 i ENERGOPOL-POŁUDNIE Spółka Akcyjna z siedzibą w Sosnowcu, ul. Jedności 2 i Przedsiębiorstwo Budowlane „BUDOMONT” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łańcucie, ul. Polna 3a oraz Hydrobudowa Gdańska Spółka Akcyjna z siedzibą w Gdańsku, ul. Grunwaldzka 135 na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (DZ. U. t.j. z 2010r. nr 113 poz. 759 ze zm – dalej ustawy).

W dniu 12 stycznia 2012r. (wpływ bezpośredni) do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Molewski spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Chodczycy, ul. Kaliska 11, Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „HYDROBUD” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kazimierzu Biskupim, Kamienica 47, PROFITECT spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łasku, ul. Lutomierska 8 – dalej odwołujący Molewski, na czynność odrzucenia oferty odwołującego Molewski i wybór oferty najkorzystniejszej. Odwołujący Molewski zarzucił zamawiającemu naruszenie zasad udzielenia zamówień publicznych przez obrazę przepisów art. 7 ust. 1; art. 26 ust.4; art. 87 ust. 2 pkt 1, 2 i 3, art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 91 ust. 1 i 2 ustawy przez niezgodne z zasadami

określonymi Prawem zamówień publicznych dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty i bezprawne odrzucenie oferty odwołującego.

Wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty Konsorcjum firm: IDS - BUD Sp. z o.o. 02-305 Warszawa al. Jerozolimskie 136 - Lider, oraz SACK INVENT POLAND Sp. z o.o. 02-924 Warszawa ul. Buska 24 - Partner jako najkorzystniejszej i uznanie, że oferta odwołującego Molewski spełnia wymagania postawione przez Zamawiającego i wykonawca ten nie podlega wykluczeniu, a jego oferta odrzuceniu, i tym samym nakazanie zamawiającemu uchylenia czynności wykluczenia i odrzucenia tej oferty; dokonanie ponownej czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu z uwzględnieniem oferty odwołującego, uznanie przy ponownej ocenie ofert, iż najkorzystniejszą ofertą jest oferta złożona przez odwołującego Molewski. Odwołujący Molewski wskazał, że jego interes w uzyskaniu zamówienia polega na tym, że złożył ofertę z najniższą ceną, a na skutek odrzucenia jego oferty został pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia. W uzasadnieniu podał, że zamawiający odrzucił jego ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, stwierdzając, iż w przedmiarach robót nie uwzględniono kosztów robót przygotowawczych, porządkowych, odtworzeniowych, opłaty za nadzory branżowe, nadzory prowadzone przez właścicieli sieci uzbrojenia terenu oraz wykonanie badań powykonawczych zgodnie z wymogami określonymi w SIWI, poza tym w przedmiarze robót w zadaniu 5.6d w poz. 80 nie dokonano zmiany średnicy z 508x 11 na 315x18,7, zgodnie z modyfikacją z dn. 18.10.2011r., w załączniku nr 2 do oferty nie zmodyfikowano treści w kolumnie 3 przy opisie 8.7 (kara za zwłokę), gdzie zgodnie z odpowiedzią na pyt. nr 74 z dnia 18.10.2011r. należało zastąpić treść „Dzień opóźnienia” treścią „Dzień zwłoki”. W ocenie odwołującego Molewski odrzucenie jest nieprawidłowe, gdyż szczegółowo przeanalizował zapisy przedmiaru robót i dokonał wnikliwej ich kalkulacji przyjmując zgodnie z zapisem pkt 24 pkt 6 IDW że „cena podana w ofercie obejmuje wszystkie koszty związane z terminowym i prawidłowym wykonaniem przedmiotu zamówienia oraz warunkami i wytycznymi stawianymi przez Zamawiającego odnoszące się do przedmiotu zamówienia... itp.” Odwołujący podał, że koszty robót towarzyszących uwzględnione zostały w kosztach ogólnych lub kosztach poszczególnych elementów przedmiaru robót i tym samym nie zachodziła potrzeba, a tym bardziej konieczność wprowadzania dodatkowych pozycji, czy zapisów. Odwołujący wskazał, że wszyscy wykonawcy poza wykonawcą wybranym tak zrozumieli postanowienia siwz i uznał, że obowiązek wprowadzenia dodatkowych pozycji dotyczył wyłącznie sytuacji, gdy koszty nie były ujęte w w innych miejscach skalkulowanego przedmiaru robót. Podał, że zamawiający wymagał np. w pkt 24 .8 b IDW ujęcia opłat za nadzory branżowe, podczas, gdy dla każdego zadania przewidział pozycje koszty ogólne np. zadanie 5.1.a - koszty ogólne, lp. 3 nr ST - 00-1.5.2 tak samo dla zadania 5.1 .b, czy też 5.2, 5.3 itd.). Według odwołującego w tej sytuacji nie było potrzeby wyodrębniania dodatkowej

pozycji, a wręcz wyodrębnienie jej prowadziłyby do dublowania kosztów za te same roboty. Fakt ten potwierdza odwołanie w przedmiarze robót do specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót, a szczególnie do specyfikacji wymagania ogólne pkt 8 oraz pkt 9 pozostałych specyfikacji technicznych wykonania robót. Dodatkowo wskazał, że koszty odtworzenia zniszczonych nawierzchni i ciągów komunikacyjnych również są ujęte we wzorze przedmiaru robót pod pozycją 15 np. dla zadania 5.1.a, zaś koszty badania stopnia zagęszczenia wykonanej podbudowy z tłuczni są zawarte nierozdzielnie z wartością robót drogowych opisanych w np. pozycji 14 zadania 5.1 .a ewentualne opłaty za wyniki badań firm geotechnicznych uwzględnia się również w kosztach wykonania dokumentacji powykonawczej tj. np. pozycja 4 dla zadania 5.1a. Koszty robót porządkowych czy przygotowawczych odwołujący ujął w przewidzianej przez zamawiającego pozycji „zaplecze budowy”.

Reasumując odwołujący się stwierdził, że rodzaje robót i czynności wymienione w pkt 24.8 IDW oraz związane z nimi koszty wchodziły w szersze zakresy innych robót szczegółowo wymienionych w przedmiarach robót zamawiającego i nie zachodziła potrzeba tworzenia w tym dokumencie dodatkowych pozycji chyba, że z niewiadomych względów i przyczyn zamawiający dopuszcza możliwość płacenia dwukrotnie wykonawcy za te same roboty.

W ocenie odwołującego sformułowanie „kolejne pozycje” oznacza ujęcie określonych w pkt 24.8 robót w wymienionych już pozycjach. Podał, że jeżeli zamawiający uważał, że waga tych kosztów jest znacząca to powinien był sam opracowując przedmiary takie pozycje przewidzieć uwzględniając literalne brzmienie art. 24. 8 IDW. Powołał także, iż zgodnie z paragrafem 9 ust. 2 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 02 września 2004r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno - użytkowego, co do zasady, w tabelach przedmiaru robót nie uwzględnia się robót tymczasowych, a przedmiar robót zgodnie z par. 6 ust. 1 w/w Rozporządzenia powinien zawierać jedynie zestawienie przewidywanych do wykonywania robót podstawowych w kolejności technologicznej ich wykonania. Podniósł także, iż wybrany oferent skalkulował roboty towarzyszące łącznie na poziomie kilkudziesięciu tysięcy, która to wielkość nie ma istotnego znaczenia dla ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia i dla wyników przetargu w którym wybrano bezzasadnie ofertę o ok. 6mln droższą. Według odwołującego nie jest niezgodnością treści oferty z treścią siwz brak modyfikacji robót opisanych pod pozycją nr 80 w zadaniu 5.6d, ponieważ różnica w średnicy rury w niewielkim elemencie nie ma istotniejszego znaczenia dla wartości oferty i mogła być poprawiona przez zamawiającego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp tak samo jak inne omyłki, które zostały zauważone przez zamawiającego i poprawione zgodnie z treścią pisma z dn. 08.12.2011 r. Według odwołującego Molewski postępowanie zamawiającego jest nielogiczne, niekonsekwentne i niezrozumiałe chyba, że przyjmie się z

góry, iż zamiarem zamawiającego był wybór konkretnego wykonawcy. Podobne uwagi tyczą się zarzutu odnośnie braku modyfikacji załącznika nr 2 w zakresie zapisu określonego w kolumnie 3 pozycja 8.7 gdzie zamiast terminu „dzień zwłoki” odwołujący pozostawił stary zapis „dzień opóźnienia”. Zdaniem odwołującego powyższy błąd nie jest rażący i nie ma żadnego wpływu ani na cenę oferty, ani na ocenę spełnienia przez oferenta wymogów niezbędnych dla prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia, a powinien być rozpatrywany w kategorii omyłki pisarskiej. Na stronie internetowej zamawiającego cały czas istniał zapis w wersji - kara za zwłokę liczona za każdy dzień opóźnienia, z której wynika, że sam Zamawiający te dwa wyrazy bliskoznaczne traktował zamiennie, chociaż później w odpowiedzi na pytanie przyznał, że chodzi o zwłokę. Odwołujący uznał, że zamawiający zaniechał wezwania go do wyjaśnień. Powołał się na orzecznictwo Izby nakazujące interpretować niejasności siwz na korzyść wykonawcy, oraz nakazujące wyjaśnienie sprzeczności w dokumentach załączonych do oferty - sygn. akt KIO /UZP 1985/10, sygn. akt KIO 1247/11.

Według odwołującego Molewski nie został on równo potraktowany w przedmiotowym postępowaniu, co doprowadziło do naruszenia zasady określonej w art. 7 ust. 1 ustawy, albowiem nie można odrzucać z postępowania wykonawcy, który posiada bogaty dorobek zawodowy w realizacji skomplikowanych inwestycji tylko z tego powodu, że znaleziono dwie nieznaczące omyłki, nie mające istotnego znaczenia dla wyniku postępowania, a także uczciwie skalkulowano wartość robót nie dublując ich.

Ubocznie odwołujący Molewski zgłosił wątpliwości co do prawidłowości wybranej oferty, która zawiera wiele omyłek różnego rodzaju, które zostały przez zamawiającego mimo ich wielości niezauważone, a także do wiarygodności i rzetelności tegoż wykonawcy, który posługuje się w postępowaniach przetargowych nierzetelnymi dokumentami mającymi uwiarygodnić jego możliwości zawodowe. Powołał zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z dn. 04.04.2011r. z Urzędu Gminy i Miasta w Odolanowie w postępowaniu przetargowym na roboty budowlane - „Uporządkowanie gospodarki ściekowej na terenie Aglomeracji Odolanów” - zam. pub. 341/07/10, w którym Konsorcjum Wykonawców reprezentowane przez IDS-BUD Sp. z o.o., które przedstawiło Zamawiającemu referencje konsorcjanta - (partnera) zagranicznego na wykonanie kanalizacji na odcinku 28km mimo że w rzeczywistości takich robót nigdy nie wykonano.

Dodatkowo odwołujący przykładowo wskazuje że zamawiający nie wezwał wybranego oferenta np. do poprawienia zgodnie z modyfikacją (odpowiedź na pytanie 16 z dnia 18.10.2011 r.) poz. 59 przez przyjęcie średnicy rur z DN 100 na DN 150, a także nie wykluczył go z tego powodu z przetargu jak to uczynił względem odwołującego się w podobnej sytuacji. Innego rodzaju nieścisłości można znaleźć na stronie 115 oferty gdzie na

zadaniu 5.4 w podliczeniu etapu I błędnie policzono wartość zamiast kwoty ok. 3.263.668,43zł. wykonawca podał 3.410.910,72zł.

Powyższe okoliczności, zdaniem odwołującego Molewski, wskazują, że Zamawiający nierówno traktował wszystkich oferentów i z niezrozumiałych względów faworyzował wykonawcę wybranego, którego to właśnie oferta w pierwszej kolejności powinna być odrzucona z tego względu, że zawiera dublowanie wynagrodzenia za poszczególne elementy i roboty, gdyż Wykonawca ten nielogicznie zinterpretował zapis pkt 24.8 IDW. Wniósł o dopuszczenie dowodów z kopii zawiadomienia z dnia 03.01.2012r., o wyborze najkorzystniejszej oferty (przysłana faxem 04.01.2012r); kopii przykładowej strony przedmiaru robót odwołującego się, pisma zamawiającego z dn. 08.12.2011 r., pisma odwołującego z dn. 09.12.2011 r., pisma z Odolanowa z dn. 04.04.2011 r.

Odwołanie zostało podpisane przez dwóch członków zarządu lidera konsorcjum, działających na podstawie pełnomocnictwa prezesa zarządu lidera konsorcjum z dnia 5 stycznia 2012r. upoważnionego do samodzielnej reprezentacji lidera i działającego jako pełnomocnik konsorcjum na podstawie pełnomocnictwa z dnia 26 października 2011r. udzielonego przez wszystkich członków konsorcjum i podpisanego przez odpowiednio za lidera – prezesa zarządu upoważnionego do jednoosobowej reprezentacji lidera, za partnera Hydrobud przez prokurenta samoistnego i za partnera Profitect przez prezesa zarządu upoważnionego do jednoosobowej reprezentacji, zgodnie z odpisami z KRS załączonymi do odwołania. Pełnomocnictwo konsorcjalne upoważnia do udzielania dalszych pełnomocnictw. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 12 stycznia 2012r.

W dniu 13 stycznia 2012r. zamawiający przekazał kopię odwołania wykonawcom i wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 16 stycznia 2012r. drogą elektroniczną zgłosiła swoje przystąpienie Hydrobudowa Gdańsk Spółka Akcyjna z siedzibą w Gdańsku, ul. Grunwaldzka 135. Oświadczyła, iż przystępuje po stronie zamawiającego i wskazała, że ma interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego, gdyż zamawiający odrzucił ofertę odwołującego Molewski, oferty wykonawców Jadex Radom, Konsorcjum Energopol- Południe SA i Przedsiębiorstwo Budowlane Budomont, oraz bezpodstawnie odrzucił ofertę zgłaszającego przystąpienie. Zgłaszający przystąpienie ma zatem interes w utrzymaniu decyzji o odrzuceniu ofert korzystniejszych od oferty zgłaszającego pod względem ceny przy jednoczesnym zaskarżeniu odwołaniem własnego odrzucenia. Zgłoszenie zostało podpisane przez pełnomocnika ważnym podpisem cyfrowym. Pełnomocnik działał na podstawie pełnomocnictwa z dnia 13 stycznia 2012r. udzielonego przez członka zarządu upoważnionego do jednoosobowej reprezentacji odwołującego, zgodnie z załączonym odpisem z KRS. Kopia zgłoszenia przystąpienia została przekazana zamawiającemu i

odwołującemu faksem w dniu 16 stycznia 2012r., na dowód czego załączono raporty wyników komunikacji.

W dniu 16 stycznia 2012r. Konsorcjum Firm IDS-BUD spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 136 i SACK INVENT POLAND spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Buska 24 zgłosiło swój udział w postępowaniu po stronie zamawiającego i wniosło o oddalenie odwołania. Zgłaszający przystąpienie wskazał, że ma interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego, gdyż jego oferta została uznana za najkorzystniejszą, a odwołanie zmierza do pozbawienia jej tego statusu, zatem rozstrzygnięcie na korzyść zamawiającego pozwoli zgłaszającemu przystąpienie na uzyskanie zamówienia.

W uzasadnieniu przystąpienia przystępujący nie zgodził się ze stanowiskiem odwołującego, że koszty wskazane w pkt 24.8 IDW miały być ujęte w osobnych – kolejnych pozycjach przedmiaru tylko w sytuacji, gdy nie zostały ujęte przez wykonawców w już istniejących pozycjach. Według przystępującego jest to niedopuszczalna nadinterpretacja postanowień siwz. W ocenie przystępującego takie rozumowanie prowadziłyby do sytuacji, w której każdy z wykonawców składałby własny autorski kosztorys odbiegający od przedmiarów dostarczonych przez zamawiającego. Zdaniem Przystępującego postanowienia punktów 24.8 oraz 24.6 IDW nie pozostają ze sobą w sprzeczności.

W ocenie Przystępującego brzmienie cytowanego poniżej postanowienia pkt 24.8 jest na tyle jednoznaczne, iż nie może pozostawiać jakiegokolwiek swobody interpretacyjnej co do oceny konieczności wprowadzenia określonych pozycji w przedmiarze. Przystępujący zacytował treść pkt 24.8 IDW i stwierdził, iż wynika z niego wprost, że zamawiający żądał, aby wskazane przez niego koszty związane z wykonaniem powyższych robót uwzględnione zostały w dodatkowych pozycjach, dodanych jako kolejne w przedmiarze. Powołał się na orzecznictwo Izby, zgodnie z którym brak wyszczególnienia w kosztorysie wszystkich pozycji wymaganych przez zamawiającego - w przypadku wynagrodzenia kosztorysowego - przesądza o niezgodności treści oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, która nie może być usanowana żadnym z trybów przewidzianych w art. 87 Pzp i skutkuje obowiązkiem odrzucenia takiej oferty - wyrok KIO z dnia 24 marca 2011 r. KIO/494/11 oraz wyrok KIO/UZP 1532/10 z dnia 4 sierpnia 2010r. Podniósł także, że identyczna, jak w niniejszym postępowaniu sytuacja miała miejsce w przetargu nieograniczonym na roboty budowlane pn. „Budowa kanalizacji sanitarnej w Przyszowicach” dla Projektu pn. „Kanalizacja sanitarna wraz z oczyszczalnią ścieków w Gminie Gierałtowice”, gdzie zamawiający posłużył się analogicznymi postanowieniami siwz i odrzucił wszystkich wykonawców, w tym odwołującego Molewski i przystępującego, uznając jedynie ofertę Konsorcjum firm: zakładu KODot Specjalnych Budowlanych sp. z o.o. z siedzibą w

Rydułtowach oraz Zakładu Robót Specjalnych Budowlanych A. Motyczka z siedzibą w Rydułtowach. Była to jedyna oferta spełniająca wymagania Zamawiającego określone w SIWZ. Przystępujący uznał argumentację Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. z siedzibą w Przyszowicach i dlatego też w obecnym postępowaniu dostosował się w całości do wymagań zamawiającego. Podkreślił, iż w opisanym powyżej postępowaniu odwołujący się nie wniósł odwołania. Przystępujący podniósł, że jeżeli odwołujący się nie zgadzał się z wymaganiami określonymi przez zamawiającego w punkcie 24.8 SIWZ, uznając je za powodujące dublowanie się pozycji określonych już w przedmiarze, mógł zwrócić się do zamawiającego o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, bądź skorzystać ze środków ochrony prawnej przewidzianych w ustawie, czego jednak nie uczynił (w tym zakresie powołał wyrok Izby sygn. akt KIO 2485/10). W zakresie zarzutu zaniechania poprawienia omyłek przystępujący podniósł, że zamawiający nie mógł dokonać modyfikacji robót opisanych pod pozycją 80 w zadaniu 5.6d, w której błędnie została wpisana średnica (315x18,7 zamiast 508x11), gdyż wiązały się one ze zmianą ceny jednostkowej, co prowadziłoby do przeprowadzenia z odwołującym Molewski negocjacji, a to jest niezgodne z ustawą. Powołał w tym zakresie wyroki Izby sygn. akt KIO/UZP 1073/09 z dnia 9 września 2009r., sygn. akt KIO/UZP 1420/10 z dnia 20 lipca 2010r. i Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 21 stycznia 2010 roku. Również w zakresie zarzutu zaniechania poprawienia omyłki w zakresie pojęć „zwłoka” i „opóźnienie” przystępujący nie zgodził się ze stanowiskiem odwołującego i powołał na wyrok sygn. akt KIO 1797/10 z dnia 2 września 2010r., z którego wynika, że zamiar złożenia oferty zgodnej z siwz nie przesądza jeszcze o niemożności złożenia oświadczenia niezgodnego. Wskazał także na wynikające z judykatury (wyrok Izby sygn. akt KIO/UZP 779/10) rozumienie pojęcia omyłki. Wskazał, że w jego ocenie niezgodności w ofercie odwołującego Molewski nie wynikają z omyłek ale z braku należytej staranności w przygotowaniu oferty.

Nieroztropne jak na doświadczonego wykonawcę wydaje się, przystępującemu, również bagatelizowanie przez odwołującego różnicy pomiędzy opóźnieniem a zwłoką w wykonaniu zamówienia jako podstawy uprawnienia zamawiającego do naliczenia kary umownej, Na zasadnicze różnice pomiędzy tymi dwoma podstawami odpowiedzialności wykonawcy wielokrotnie zwracał uwagę Sąd Najwyższy, choćby w wyroku z dnia 27 czerwca 2000 r. 1 CKN 791/98. Z przeglądu orzecznictwa Sądu Najwyższego wynika, iż sytuacja w której wierzyciel jest uprawniony dochodzić zapłaty kary umownej z tytułu opóźnienia różni się diametralnie od sytuacji, w której takie uprawnienie wierzyciela powstaje w przypadku zwłoki dłużnika. Nie zgodził się z odwołującym, który zdaje się twierdzić iż terminy „zwłoka” i „opóźnienie” stanowią niemalże synonimy. Skoro zamawiający w odpowiedzi na pytanie nr 74 udzieloną w piśmie z dnia 18.10.2010 r. wyraźnie przewidział zwłokę jako podstawę odpowiedzialności wykonawcy z tytułu kary umownej, to wykonawca nie może w ramach

oferty dokonywać modyfikacji charakteru tej odpowiedzialności, zmieniając podstawy naliczania kar umownych. Oferta taka jest ewidentnie niezgodna z SIWZ, stopień istotności tej niezgodności nie pozwala na jej skorygowanie w trybie art. 87 Pzp. Przystępujący podzielił stanowisko odwołującego, co do zakresu stosowania zasady równego traktowania, ale odmiennie niż odwołujący uznał, że do naruszenia tej zasady w postępowaniu nie doszło. Podniósł, że to, iż tylko on prawidłowo zrozumiał postanowienia siwz nie stanowi o nierównym traktowaniu wykonawców przez zamawiającego. Wskazał na wyrok Izby sygn. akt KIO/UZP 1757/10 z dnia 31 sierpnia 2010r. Przystępujący ocenę zarzutów, czy jego oferta zawiera wiele omyłek różnego rodzaju oraz dotyczących wiarygodności i rzetelności przystępującego, pozostawił Izbie. Jednakże wyjaśnił, iż zarzut jakoby Konsorcjum IDS-BUD złożyło ofertę w której błędnie wskazało w pozycji 59 rurę o średnicy DN 150 zamiast DN 100 jest nietrafny. Owszem, zamawiający w odpowiedzi na pytanie z dnia 18.10.2011 roku wskazał, iż w pozycji 59 należy uwzględnić rurę o średnicy DN 150, jednakże tego samego dnia przesłał aktualizację przedmiarów, w której w konsekwencji dokonania zmian, dotychczasowa pozycja 59 otrzymała numer 62. Natomiast, zgodnie z nowym przedmiarem, w pozycji 59 Wykonawcy mieli dokonać wyceny rury o średnicy DN 100. Wskazał nadto, że nawet przy jedynym kryterium ceny nie musi być wybrana oferta najtańsza, bo musi ona być jeszcze ofertą zgodną z wymaganiami określonymi przez zamawiającego w siwz. W tym zakresie wskazał wyrok Izby z dnia 1 kwietnia 2011 r. sygn. akt KIO 580/11. Wniósł o dopuszczenie jako dowodów w sprawie wyciągu z siwz dot. przetargu nieograniczonego na roboty budowlane pn. „Budowa kanalizacji sanitarnej w Przyszowicach” oraz wyników przetargu nieograniczonego na roboty budowlane pn. „Budowa kanalizacji sanitarnej w Przyszowicach”. Zgłoszenie zostało podpisane przez dwóch członków zarządu ujawnionych w KRS i upoważnionych od łącznej reprezentacji lidera konsorcjum – IDS-BUD spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie. Lider działał w imieniu własnym oraz w imieniu partnera na podstawie pełnomocnictwa z dnia 13 października 2011r. udzielonego przez partnera i podpisanego przez prezesa zarządu partnera upoważnionego do jednoosobowej reprezentacji partnera, zgodnie z odpisami z KRS dla obu spółek załączonymi do zgłoszenia. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu w dniu 16 stycznia 2012r.

W dniu 23 stycznia 2012r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania w całości i zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa prawnego. W zakresie zarzutu niezgodnego z ustawą odrzucenia oferty odwołującego z powodu nie uwzględnienia postanowień pkt. 24.8 IDW zamawiający wskazał, iż wykładnia postanowień siwz dokonana przez odwołującego jest błędna, gdyby zamawiający oczekiwał uwzględnienia w dowolnym miejscu przedmiaru

wskazanych w pkt 24.8 IDW kosztów, to nie posłużyłby się sformułowaniem „jako kolejne pozycje tego przedmiaru”. Wskazał, że kalkulacja ceny miała wynikać z przedmiaru robót, którego treść była ustalona. Brak określenia w ofercie wskazanych pozycji przedmiarowych wskazuje, zdaniem zamawiającego, na to że cen nie obejmuje pełnego zakresu usług będących przedmiotem zamówienia, a zamawiający nie może domniemywać, że odwołujący ujął poszczególne koszty w innych pozycjach załączonego przedmiaru. Wskazał także, iż określona przez niego cena jest ceną kosztorysową, a braki w kosztorysie w zakresie wyceny choćby jednej pozycji kosztorysowej stanowią brak istotny oferty skutkujący jej niezgodnością z treścią siwz – wskazał wyrok Izby z dnia 24 marca 2011r. sygn. akt KIO 494/11, wyrok Izby z dnia 4 sierpnia 2010r. sygn. akt KIO 1532/10. W jego ocenie wprowadzenie wymaganych dodatkowych pozycji nie prowadzi do dublowania się kosztów, gdyż wyspecyfikowane w pkt 24.8 IDW koszty odnoszą się do robót, które mogą się dodatkowo pojawić w trakcie prowadzenia robót budowlanych i nie są wyspecyfikowane w sposób szczegółowy w innych pozycjach przedmiaru. Odniósł się do poszczególnych kosztów wskazanych w pkt 24.8 IDW i podał, że :

- a) koszty wszelkich prac przygotowawczych, porządkowych, odtworzeniowych, to nie są koszty ogólne związane z zapleczem budowy, ale odnoszą się do prac nie bezpośrednio związanych z przedmiotem zamówienia, a obligujących wykonawcę do przygotowania, uporządkowania i odtworzenia terenu po wykonanych robotach np. koszty prac w sąsiedztwie placu budowy, w zasięgu jego oddziaływania, na drogach po których odbywa się transport na teren budowy – monitoring dróg, budynków budowlanych w zasięgu działania robót budowlanych, ewentualne wzmocnienie mostków, po których będzie odbywał się transport technologicznych, przygotowanie, utrzymanie i rozbiórka dróg tymczasowych, odtworzenie uszkodzeń budowlanych, budynków, zieleni posesji prywatnych, bieżące utrzymanie przejezdności dróg. Z doświadczenia zamawiającego wynika, że w obrębie zwłaszcza nieruchomości prywatnych teren nie zawsze w pełni był porządkowany i odtwarzany, co wiązało się z licznymi interwencjami i roszczeniami osób prywatnych,
- b) opłaty za nadzory branżowe, nadzory prowadzone przez właścicieli sieci uzbrojenia terenu, według zamawiającego tych kosztów nie można ująć w dziale koszty ogólne, czy jakimkolwiek innym, gdyż ich treść nie wskazuje na obowiązek ujęcia opłaty za nadzory branżowe, a jedynie konieczność uzgodnienia nadzoru bez ponoszenia opłat. Postanowienie to wiąże się z rozliczeniami związanymi z wszelkimi dodatkowymi koniecznymi do realizacji robót opłatami za nadzory, które nie są objęte dokumentacją, a mogą się pojawić w trakcie realizacji zamówienia. Zamawiający miał na celu uniknięcie przez wykonawcę ponoszenia kosztów zapewnienia nadzoru w związku z kolizją z uzbrojeniem, którego nie ma na mapach lub przebiega w innym

niż oznaczone miejscu. Zamawiający wskazał, że w bezpośrednim sąsiedztwie robót znajdują się sieci dostawców gazu, prądu, sieci telekomunikacyjnej, PKP.,

- c) koszty odtworzenia zniszczonych nawierzchni ciągów komunikacyjnych oraz innych szkód powstałych w trakcie prowadzenia robót – według zamawiającego nie są to koszty odnoszące się do określonych w przedmiarach pozycji szczegółowych związanych z robotami drogowymi, ale do wszelkich kosztów odtworzenia zniszczonych nawierzchni nie określonych w dokumentacji projektowej, ale związanych z prowadzeniem robót poprzez np. dojazd sprzętu budowlanego, transport materiałów i wyposażenia na i z terenu budowy drogami bocznymi, prywatnymi, traktami. Dotyczy także pokrycia szkód wyrządzonych w związku z uszkodzeniem ogrodzenia, budynków zieleni.
- d) Wykonanie badań powykonawczych – według zamawiającego, nie mieści się w kosztach ogólnych związanych z opracowaniem dokumentacji powykonawczej. Są to koszty dodatkowe, które mogą się pojawić na etapie realizacji robót budowlanych, a wykonane badania mogą później stanowić element sporządzonej dokumentacji powykonawczej. W STWiORB takie badania nie zostały wyspecyfikowane.

W ocenie zamawiającego dopisanie w kosztorysach pozycji wskazanych w pkt 24.8 IDW było konieczne, aby bezspornie w kosztach określanych przez wykonawców były ujęte wszystkie badania związane z odbiorami robót drogowych, zgodnie z normami oraz wymaganiami zarządców dróg. Wskazał, że nie ujęcie konkretnego kosztu w przedmiarach może później prowadzić do sporów pomiędzy stronami, co wynika z wieloletniego doświadczenia zamawiającego. Zamawiający wskazał, że SWTiORB były dla każdego zadania sporządzane przez różnych konsultantów, różnią się w ujęciu kosztów i dla ujednoczenia poszczególnych zadań zamawiający nakazał w IDW dopisanie do każdego z tych zadań czterech pozycji opisanych powyżej.

Wskazał także, że odwołującemu na wcześniejszym etapie przysługiwały środki ochrony prawnej oraz prawo wyjaśnienia treści siwz, z czego nie skorzystał. Według zamawiającego braku pozycji określonych w pkt 24.8 IDW zamawiający nie mógł poprawić w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, gdyż powodowałoby to istotną zmianę treści oferty i wiązałoby się z samodzielnym wpisaniem jakiś danych do kosztorysu ofertowego, a tym samym to zamawiający ukształtowałby ofertę.

W zakresie zarzutu zaniechania poprawienia błędu w przedmiarze robót w zadaniu 5.6d poz. 80, to zamawiający wskazał, że poprawienie tej omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy nie jest możliwe, gdyż wymagałoby ustalenia przez zamawiającego ceny jednostkowej bądź w drodze ustaleń z odwołującym bądź samodzielnego określenia ceny, co naruszyłoby zasadę

równego traktowania. Zamawiający na poparcie swoich twierdzeń powołał wyrok Izby z dnia 9 września 2009r. sygn. akt KIO/UZP 1073/09.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego błędnie wpisanego „dnia opóźnienia” zamiast „dnia zwłoki”, w ocenie zamawiającego błąd ten nie mógł być poprawiony w drodze art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, gdyż był błędem istotnym, z uwagi na różnice znaczenia zwłoka i opóźnienie w prawie polskim. Uznanie znaczenia tych różnic wyraził zamawiający dokonując modyfikacji siwz w dniu 18 października 2011r. na skutek zapytania wykonawcy.

W zakresie powołanych nieprawidłowości w ramach referencji złożonej w przetargu organizowanym przez Gminę Odolanów, to według zamawiającego nie ma to związku z przedmiotową sprawą. Co do zarzutu nie uwzględnienia przez wykonawcę wybranego – przystępującego odpowiedzi na pytanie 16 z dnia 18 października 2011r., to zarzut ten jest niezasadny, gdyż w wyniku modyfikacji siwz zamawiający załączył nowy przedmiar, gdzie uwzględniono modyfikację wynikającą z odpowiedzi na pytanie 16 przy czym pozycja 59 stała się pozycją 62 i jedynie odwołujący tego faktu nie uwzględnił, co jak przyznał zamawiający umknęło jego uwadze. Zamawiający przyznał, że wykonawca wybrany w ramach części I etap I zadania 5.4. w jednej z podsum wskazał błędną wartość wynikającą z sumowania części przedmiaru z kosztami ogólnymi, jednak sprawdzenia przez zamawiającego całości wyliczeń wskazało, że ta omyłka nie wpływa na cenę końcową jak i na ceny jednostkowe podane przez tego wykonawcę. Odpowiedź na odwołanie została podpisana przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 20 stycznia 2012r. udzielonego przez dwóch członków zarządu ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny :

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania w tym z ogłoszenia o zamówieniu publicznych, zmianach ogłoszenia o zamówieniu publicznym, specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami, wyjaśnień i modyfikacji treści siwz, oferty odwołującego Molewski, oferty przystępującego IDS-BUD, informacji o poprawie omyłek w ofercie odwołującego Molewski, dowodów załączonych przez odwołującego i przystępującego do pism procesowych.

Izba ustaliła, co następuje :

W rozdziale 24 IDW zamawiający zawarł opis sposobu obliczenia ceny. W pkt. 2 tego rozdziału zamawiający postanowił, że ceną oferty jest kwota wymieniona w Formularzu Oferty i powinna wynikać z Przedmiaru Robót, o którym mowa w pkt. 14.1.1)k (postanowienia siwz stanowiące o zawartości oferty, zgodnie z tym pkt. do oferty należało załączyć przedmiar robót). W pkt/. 6 rozdziału 24 zamawiający postanowił, że cena podana

w ofercie obejmuje wszystkie koszty związane z terminowym i prawidłowym wykonaniem przedmiotu zamówienia oraz warunkami i wytycznymi stawianymi przez zamawiającego, odnoszące się do przedmiotu zamówienia, zysk wykonawcy, oraz wszystkie wymagane przepisami podatki i opłaty, w tym podatek VAT.

Zgodnie z pkt 8 rozdziału 24 w wypełnionym Przedmiarze robót jako kolejne pozycje tego przedmiaru należało ująć:

- a) koszty wszelkich robót przygotowawczych, porządkowych, odtworzeniowych
- b) opłaty za nadzory branżowe, nadzory prowadzone przez właścicieli sieci uzbrojenia terenu,
- c) koszty odtworzenia zniszczonych nawierzchni ciągów komunikacyjnych, oraz poniesione konsekwencje ewentualnych innych szkód powstałych w trakcie prowadzenia robót,
- d) wykonanie badań powykonawczych (tj. np. badania stopnia zagęszczenia wykonanej podbudowy z tłuczni na odcinkach wykonanych w drogach przez firmę geotechniczną posiadającą certyfikat akredytacyjny w zakresie wykonywanych badań.

W załączniku nr 2 – załącznik do oferty na stronie 2 w preambule wskazano „oferenci są proszeni o wypełnienie pustych rubryk w niniejszym Załączniku do oferty” oraz znajduje się wiersz o treści :

„Kara za zwłokę – 8.7. – 0,05% Zatwierdzonej Kwoty Kontraktowej (Włącznie z VAT) określonej w Akcie Umowy za każdy dzień opóźnienia płatne w PLN.

W części II IDW zamawiający zawarł wzór umowy w sprawie zamówienia publicznego, gdzie w ramach klauzuli 11 – odpowiedzialność za wady wskazano pkt 11.4 niewypełnienie obowiązku usuwania wad i podano, iż usunięto dwa pierwsze zdania klauzuli 11.4 i w ich miejsce wstawiono nową treść : „Jeżeli Wykonawca nie usunie wad lub usterek w robotach ujawnionych przed upływem Okresu Zgłaszania Wad, w terminie ustalonym w powiadomieniu Zamawiającego (lub w jego imieniu), o którym mowa w pkt. b) klauzuli 11.1 [Ukończenie zaległej pracy i usunięcie wad], to Wykonawca z uwzględnieniem klauzuli 2.5 [Roszczenia Zamawiającego] zapłaci Zamawiającemu karę umowną za opóźnienie w związku z tym uchybieniem na zasadach określonych w klauzuli 8.7 [Kary umowne za opóźnienie] w sumach podanych w Załączniku do Oferty.

W wyjaśnieniach zamawiającego do treści siwz z dnia 18 października 2011r. zamawiający zajął następujące stanowisko :

- w odpowiedzi na pytanie nr 16 – wodociąg przedmiar robót Potkanów – Zadanie 4.5 poz.59 – brak opisu pozycji prosimy o uzupełnienie, zamawiający odpowiedział – zamawiający informuje, że w Przedmiarze dla wodociągów Potkanów – Zadanie 4.5 w poz. 59 należy wstawić DN :150. W załączeniu poprawiony przedmiar,

- w odpowiedzi na pytanie 74 – wnosimy o zmianę terminu „opóźnienie” i zastąpienie do sformułowanie „zawinione opóźnienie” lub „zwłoka” w subklauzuli 11.4 Warunki Szczególne Kontraktu oraz w dokumencie „Załącznik do oferty”. W subklauzuli 11.4 Warunków Szczególnych Kontraktu przywołano tytuł subklauzuli 8.7 Warunków Ogólnych Kontraktu w brzmieniu „Kary umowne za opóźnienie” przy czym rzeczywisty tytuł brzmi „Kary za zwłokę”. W dokumencie „Załącznik do oferty” tytuł subklauzuli 8.7 wskazano jako „kary za zwłokę”, jednak w treści podaje się wysokość kary za każdy dzień opóźnienia. Opóźnienie i zwłoka nie są terminami tożsamymi. Używanie ich zamiennie może doprowadzić do sporów interpretacyjnych i niejasności w wykładni postanowień Kontraktu, zamawiający odpowiedział – zamawiający zastępuje termin opóźnienie terminem „kara za zwłokę” W klauzuli 11.4 Warunków Szczególnych Kontraktu skreśla się zapis w brzmieniu „Jeżeli Wykonawca nie usunie wad lub usterek w robotach ujawnionych przed upływem Okresu Zgłaszania Wad, w terminie ustalonym w powiadomieniu Zamawiającego (lub w jego imieniu), o którym mowa w pkt. b) klauzuli 11.1 [Ukończenie zaległej pracy i usunięcie wad], to Wykonawca z uwzględnieniem klauzuli 2.5 [Roszczenia Zamawiającego] zapłaci Zamawiającemu karę umowną za opóźnienie w związku z tym uchybieniem na zasadach określonych w klauzuli 8.7 [Kary umowne za opóźnienie] w sumach podanych w Załączniku do Oferty i zastępuje się go zapisem w brzmieniu : „,Jeżeli Wykonawca nie usunie wad lub usterek w robotach ujawnionych przed upływem Okresu Zgłaszania Wad, w terminie ustalonym w powiadomieniu Zamawiającego (lub w jego imieniu), o którym mowa w pkt. b) klauzuli 11.1 [Ukończenie zaległej pracy i usunięcie wad], to Wykonawca z uwzględnieniem klauzuli 2.5 [Roszczenia Zamawiającego] zapłaci Zamawiającemu karę za zwłokę w związku z tym uchybieniem na zasadach określonych w klauzuli 8.7 [Kary za zwłokę] w sumach podanych w Załączniku do Oferty.”

W załączniku do oferty w kolumnie 3 przy opisie klauzuli 8.7 skreśla się zapis w brzmieniu : „0,05% Zatwierdzonej Kwoty Kontraktowej (Włącznie z VAT) określonej w Akcie Umowy za każdy dzień opóźnienia płatne w PLN” i zastępuje się zapisem z brzmieniu „0,05% Zatwierdzonej Kwoty Kontraktowej (Włącznie z VAT) określonej w Akcie Umowy za każdy dzień zwłoki płatne w PLN”

- w odpowiedzi na pytanie 87 – w dokumentacji technicznej 5.6.d Perzanowska i Mleczna rys. T-18 przewiert pod ul. Mieszka I wykonany jest rurą ochronną średnicy 315 mm. W przedmiarze Zadanie 5.6.d Perzanowskiej i Mlecznej poz. 80 jest „Przewierci rurami maszyną do wierceń poziomych WP 30/60, długość przewiertu do 40 cm i średnica nominalna rury 508/11mm, w gruntach kat III-IV”. Prosimy wyjaśnienie wynikającej rozbieżności, zamawiający odpowiedział – w przedmiarze dla Zadania 5.6.d yl. Perzanowska i Mleczna w poz. 80 należy dokonać zmiany średnicy z 508/11 mm na 315x18,7 mm.

Rysunek T-18 dla niniejszego zadania jest poprawny. Zamawiający zamieszcza poprawiony przedmiar.

W ofercie odwołującego Molewski na stronie 7 w wierszu dotyczącym kar za zwłokę znajduje się następująca treść „Kara za zwłokę – 8.7. – 0,05% Zatwierdzonej Kwoty Kontraktowej (Włącznie z VAT) określonej w Akcie Umowy za każdy dzień opóźnienia płatne w PLN.”

Na stronie 84 oferty w przedmiarze robót – budowa nowej sieci kanalizacji sanitarnej w ul. Perzanowskiej i Mlecznej – zadanie 5.6d w poz. 80 w opisie pozycji znajduje się treść „Przewierty rurami maszyną do wierceń poziomych WP 30/60, długość przewiertu do 40 cm i średnica nominalna rury 508/11mm, w gruntach kat III-IV”

W dniu 8 grudnia 2011r. zamawiający poinformował odwołującego o dokonaniu poprawienia omyłek w jego ofercie tj. poprawy innych omyłek z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy i zmianie pozycji kosztorysowych :

- zad. 4.6. dot. Centrum- sieć wodociągowa (str. 30 oferty) skorygowaliśmy poz. 30 kosztorysu zmieniając długość rurociągu z 2 157,30m na 2 125, 30 m. Powyższa zmiana jest wynikiem modyfikacji treści siwz, o której informowaliśmy pismem z dnia 18 października 2011r. (odpowiedź na pyt. Nr 87),

- zad 5.6f dot. kanalizacji w ul. Zagonowej (str. 91 oferty) usunęliśmy poz. 31 i 34 kosztorysu dotyczące 21 kpl studni kanalizacyjnych DN 1000 oraz 3 m rury ochronnej PE o śr. 315 mm. Powyższe zmiany są wynikiem modyfikacji treści siwz, o której informowaliśmy pismem z dn. 18.10.2011r. (odp. na pyt. nr 69 i 88).

W związku z powyższym ulega zmianie cena oferty, która po poprawieniu omyłek rachunkowych wynosi 43 619 103,33 zł. netto, 53 651 497,10zł. brutto.

Zamawiający wezwał do wyrażenia zgody na poprawienie omyłek.

W dniu 9 grudnia odwołujący taką zgodę wyraził.

Z informacji o wyniku postępowania prowadzonego przez Miasto Odolanów na uporządkowanie gospodarki ściekowej na terenie Aglomeracji Odolanów wynika, iż konsorcjum w składzie IDS-BUD sp. z o.o., Funam sp. z o.o., Wodropol S.A. i Korporacja Altis – Holding zostali wykluczeni z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy, gdyż na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu przedłożyli referencję spółki KIEVVDKANAŁ, której prawdziwość zamawiający zweryfikował w Ambasadzie RP w Kijowie i ustalił, że roboty jakie były objęte referencją nie były realizowane w latach 2006-2010 na terenie miasta Kijowa, jak również nie była budowana ani wykorzystywana kanalizacja podciśnieniowa, funkcjonuje system samospławny i naporowy.

Z wyciągu z siwz opracowanego przez Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej sp. z o.o. w Przyszowicach na budowę kanalizacji sanitarnej w Przyszowicach z pkt 3.3. wynika, iż

PGK sp. z o.o. w Przyszowicach wskazało prace towarzyszące i roboty tymczasowe, które należało uwzględnić jako kolejne pozycje kosztorysu ofertowego, w tym m. in. koszty:

- opłat za nadzory branżowe,
 - projekt organizacji ruchu i oznakowania robót,
 - opłaty za ewentualne zajęcia pasa drogowego,
 - dokonanie geodezyjnego wytyczenia przedmiotu umowy w terenie oraz wyznaczenie stałych punktów odniesienia,
 - zabezpieczenie obsługi geodezyjnej prowadzonych robót oraz wznowienie geodezyjne znaków granicznych w przypadku ich naruszenia w trakcie prowadzonych robót,
 - wykonanie dokumentacji powykonawczej (budowlanej i geodezyjnej) łącznie z naniesieniem zmian do zasobów mapowych, wraz z wersją elektroniczną i uzyskanie potwierdzenia,
 - zlecenie nadzorów do właścicieli sieci uzbrojenia terenu,
 - dokonanie ewentualnych uzgodnień z właścicielem w związku z prowadzeniem robót w pasie drogowym łącznie z opłatą za zajęcie terenu,
 - odtworzenie zniszczonych nawierzchni ciągów komunikacyjnych oraz poniesienie konsekwencji ewentualnych innych szkód powstałych w trakcie robót,
- Wykonanie badań powykonawczych tj. badań stopnia zagęszczenia podbudowy z tłuczni na odcinkach wykonanych w drogach przez firmę geotechniczną posiadającą certyfikat akredytacyjny w zakresie wykonywanych badań,
- roboty tymczasowe (zorganizowanie zaplecza do potrzeb budowy, w tym wydzielenie pomieszczeń dla inspektorów nadzoru w zapleczu Wykonawcy, doprowadzenie wody, energii elektrycznej, odprowadzenie ścieków, zabezpieczenie zaplecza i budowy przed dostępem osób postronnych).

W tym postępowaniu oferty złożyło 8 wykonawców, z czego 6 ofert odrzucono na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy wskazując na nie wykazanie w kolejnych pozycjach kosztorysowych pozycji opisanych w pkt. 3.3. siwz, co w ocenie PGK sp. z o.o. oznaczało, że treść tych ofert nie odpowiada treści siwz, gdyż cena nie obejmuje pełnego zakresu przedmiotu zamówienia, a tym samym oferty zawierają błędy w obliczeniu ceny, a cena nie została obliczona w sposób wskazany przez zamawiającego, tak aby obejmowała wynagrodzenie za realizację pełnego przedmiotu zamówienia. Jedna oferta została wybrana, a jedna odrzucona na podstawie art. 89 ust., 1 pkt 2 ustawy z uwagi na to że harmonogram finansowy zadania załączony do tej oferty dotyczył innej kwoty, niż wynika to z ceny zaoferowanej za przedmiot zamówienia oraz z dołączonych kosztorysów ofertowych.

Izba zważyła, co następuje :

Izba nie stwierdziła zaistnienia przesłanek, które mogłyby skutkować odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy.

Izba uznała, że odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż złożył ofertę z najniższą cenę i przy jedynym kryterium cenowym uzyskałby zamówienie, gdyby zamawiający nie odrzucił jego oferty. Odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraty zysku jaki zakładał z tytułu realizacji przedmiotowego zamówienia. Przesłanka materialnoprawna dopuszczalności odwołania na podstawie art. 179 ust. 1 ustawy została spełniona.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1; art. 26 ust.4; art. 87 ust. 2 pkt 1, 2 i 3, art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 91 ust. 1 i 2 ustawy przez niezgodne z zasadami określonymi Prawem zamówień publicznych dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty i bezprawne odrzucenie oferty odwołującego oraz odrzuceniu go z postępowania przetargowego.

Zarzut zasługuje częściowo na uwzględnienie.

W ocenie Izby potwierdził się zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy w związku z art. 91 ust. 1 i 2 ustawy i w związku z art. 7 ust. 1 ustawy poprzez odrzucenie oferty odwołującego z powodu nieuwzględnienia w przedmiarach robót postanowień pkt. 24.8 IDW (siwz=IDW). Izba uznała, że wbrew stanowisku przystępującego i zamawiającego, postanowienia pkt. 24.8 IDW nie wskazują jednoznacznie na konieczność dodania dodatkowych pozycji w kosztorysach ofertowych wypełnionych na podstawie załączonych do siwz przedmiarach robót. Przede wszystkim Izba zwróciła uwagę na zalecenie zamawiającego z pkt. 14.2.3 korzystania z załączników do siwz, a w przypadku sporządzenia własnych zamawiający wymagał, aby były one zgodne, co do treści z formularzami określonymi przez zamawiającego. Bezsporne jest, że w skład opisu przedmiotu zamówienia w ramach części III IDW wchodzi przedmiary robót, bezsporne jest także, iż zamawiający oczekiwał załączenia wypełnionych przedmiarów do siwz (pkt. 14.3.k IDW). W ramach hierarchii pierwszeństwa dokumentów stanowiących integralną część kontraktu zamawiający wskazał :

- a) Akt umowy,
- b) Warunki szczegółowe kontraktu,
- c) warunki ogólne kontraktu,
- d) specyfikację techniczną wykonania i odbioru robót budowlanych,
- e) Dokumentację projektową, wyceniony przedmiar robót,

- f) Formularz oferty wraz z załącznikiem do oferty oraz inne dokumenty będące częścią kontraktu.

Izba uznała, że postanowienia pkt 24.8 IDW nie dają podstaw do przyjęcia, że jednoznacznie wynika z nich obowiązek uwzględnienia dodatkowych pozycji do przedmiarów robót. Przede z literalnego brzmienia „w wypełnionym przedmiarze robót jako kolejne pozycje tego przedmiaru należy ująć” wynika jedynie to, że koszty wskazane w literach a-d muszą być w tym przedmiarze skalkulowane. W ocenie Izby z tego sformułowania nie wynika jednoznacznie, że do przedmiarów udostępnionych przez zamawiającego należy dodać nowe pozycje, w szczególności, że należy wzbogacić je o treści, które nie znajdują się w treści załączników do siwz. Przede wszystkim zamawiający i przystępujący pomijają, że w cytowanym przez nich sformułowaniu występuje nie dowolny przedmiar, ale „ten przedmiar”, w którym mają być ujęte w kolejnych pozycjach koszty. Zatem z literalnego brzmienia pkt 24.8 IDW wynika, że wykonawca miał wypełnić przedmiar nadesłany przez zamawiającego (nie zmieniając jego treści – pkt. 14.2.3 IDW, ujmując w kolejnych pozycjach wypełnianego przedmiaru (tego przedmiaru) koszty wskazane w pkt. 24.8 IDW. Nawet zatem jeśli zamawiający oczekiwał wprowadzenia dodatkowych pozycji w ramach sporządzonych przez siebie przedmiarów, to z treści postanowień pkt 24.8 IDW nie można było tego jednoznacznie wyinterpretować. Ponadto Izba zauważa, że koszty określone w lit. a-d pkt. 24.8 IDW są kosztami ogólnymi, nieskonkretyzowanymi i mogącymi uzyskać konkretną treść jedynie poprzez odniesienie się do opisu przedmiotu zamówienia. Opis przedmiotu zamówienia zaś, zgodnie z 29 ust. 1 ustawy wymaga opisu jednoznacznego i wyczerpującego uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, a przedmiot zamówienia na roboty budowlane zgodnie z art. 31 ust. 1 ustawy zamawiający opisuje za pomocą specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót oraz dokumentacji projektowej. Nie może być zatem tak, aby zamawiający oczekiwał od wykonawców skalkulowania czynności, które nie znalazły się w opisie przedmiotu zamówienia. Tym samym Izba nie dała wiary wyjaśnieniom zamawiającego, że w kosztach określonych w pkt 24.8 IDW przewidział koszty, które nie wynikały ze specyfikacji technicznych ani z dokumentacji projektowych. Jeśli zamawiający oczekiwał skalkulowania takich kosztów, to powinien był dać temu wyraźnie wyraz w opisie przedmiotu zamówienia, czy też nawet w opisie sposobu obliczenia ceny ale ze wskazaniem, że chodzi tu o koszty potencjalne, hipotetyczne, które ma wykonawca wycenić w sposób ryczałtowy wynikające ze zdarzeń nieprzewidywalnych. Takich postanowień w pkt 24.8 IDW brak, w żadnym miejscu nie można wywieść, że chodzi tu właśnie o koszty ewentualne, które mogą wystąpić w związku z wykonywaniem prac na placu budowy lub w zasięgu oddziaływania terenu budowy. Sprecyzowanie tych kosztów przez zamawiającego nastąpiło dopiero w odpowiedzi na odwołanie i nie może być traktowane jako podstawa oceny postanowień siwz mających

wpływ na ocenę złożonych ofert. Nie zmienia oceny Izby także drugi z podniesionych przez zamawiającego argumentów tj. potrzeba zabezpieczenia swoich interesów związanych z kosztami nieprzewidywanymi wynikającymi z roszczeń mieszkańców, czy z okoliczności nieuregulowanych wskazywanych w odpowiedzi na odwołanie. Zamawiający przeważającą część tych sytuacji, o których pisze w odpowiedzi na odwołanie uregulował w umowie i wskazał, że albo obciąża ona wykonawcę albo wykonawca ma taki koszt ponieść ze środków własnych i tak w pkt. 4.13 warunków szczegółowych kontraktu nałożył na wykonawców utrzymanie stałego dostępu do wszystkich posesji przez cały okres trwania robót na własny koszt, pkt. 4.18 warunków szczegółowych kontraktu nałożył na wykonawców obowiązek odprowadzania wód gruntowych i opadowych z terenu budowy i terenu oddziaływania aby ani roboty, ani otoczenie nie zostało uszkodzone, pkt 4.26 WSK zamawiający nałożył na wykonawców odpowiedzialność za jakiegokolwiek roszczenia wniesione przez właścicieli posesji lub budynków sąsiadujących z terenem budowy, w pkt 4.27 WSK wskazał, że uszkodzenia dróg, rowów odwadniających, wodociągów, gazociągów, słupów, linii energetycznych, kabli, punktów osnowy geodezyjnej, instalacji ponosi wykonawca na własny koszt. Z tych warunków wynika, że wykonawcy zobowiązani byli do samodzielnego poniesienia kosztów wskazywanych przez zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie. Z tego względu nie mogły być one objęte dodatkowymi pozycjami, które nie wynikały z STWiOR. Izba zauważa, że gdyby przyjąć argumentację zamawiającego, to doszłoby do złożenia ofert z nieporównywalnymi cenami, gdyż ogólne sformułowanie kosztów w dodawanych pozycjach zryczałtowanych powodowałoby, że zamawiający nie byłby w stanie zweryfikować, jakie koszty skalkulował każdy z wykonawców. Nie przekonywująca jest argumentacja zamawiającego, że wprowadzenie nowych pozycji do każdego z przedmiarów miało na celu ujednoczenie różnic w przedmiarach sporządzanych w ramach poszczególnych zadań przez różne osoby. Ta argumentacja powoduje dodatkową sprzeczność w stanowisku zamawiającego, gdyż z jednej strony zamawiający wskazuje (w odpowiedzi na odwołanie), że koszty wskazane w pkt 24.8 IDW nie wynikają ze specyfikacji technicznych, a z drugiej stwierdza, że w niektórych specyfikacjach je ujęto i należało to ujednoczyć. Wreszcie to stanowisko potwierdza częściowo argumentację odwołującego o możliwości dublowania się kosztów, bo jeśli przyjąć, że za prawdziwe, to w jednych specyfikacjach technicznych i sporządzonych na ich podstawie przedmiarach koszty określone w pkt 24.8 IDW w całości lub części ujęto, a w innych nie, zatem dodanie do każdego przedmiaru wszystkich czterech pozycji powodowałoby, że tam gdzie koszty ujęto, będą one naliczone podwójnie. Izba uznała, że dla zapewnienia porównywalności ofert jedyną logiczną i spójną interpretacją postanowień siwz w pkt 24.8 IDW było przyjęcie, że odwołujący przy kalkulowaniu oferty musiał uwzględnić występowanie kosztów określonych w pkt. 24.8 IDW, zgodnie z opisującymi przedmiot zamówienia specyfikacjami technicznymi i

dokumentacją projektową i skalkulować te koszty w poszczególnych pozycjach przedmiarów. Izba podziela stanowisko odwołującego, że koszty te dawały się ująć w szczegółowych pozycjach przedmiaru jak choćby w kosztach ogólnych pkt. 4, 5, 7, 8a, 9 oraz w kosztach zaplecza budowy pkt. 10, 11, 12 zadanie 5.6.b. Izba nie podziela stanowiska przystępującego o powszechności wykładni siwz zaprezentowanej przez zamawiającego na rozprawie. Świadczy o tym choćby dowód złożony przez przystępującego w postaci informacji o wyniku postępowania i wyciągu z siwz Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej sp. z o.o. w Przyszowicach, z którego wynika, że również sam przystępujący złożył ofertę, którą odrzucono z uwagi na nieuwzględnienie wymienionych przez tamtego zamawiającego kosztów. Przy czym Izba zauważa jedynie na marginesie, że pkt 3.3. tamtego siwz był o wiele bardziej jednoznaczny, gdyż wskazano tam, że prace towarzyszące i roboty tymczasowe należy uwzględnić jako kolejne pozycje kosztorysu ofertowego. To postanowienie wskazywało „uwzględnić jako pozycje”, a nie „jako pozycje ująć”, a także odnosiło się do kosztorysu ofertowego, a więc dokumentu sporządzanego przez wykonawcę, a nie do przedmiaru – sporządzanego przez zamawiającego. Uwzględnienie pozycji oznacza wykonanie czynności dodania pozycji do sporządzanego przez siebie wykazu i pojęcie uwzględnienia odnosi się do pozycji, a nie do kosztów, natomiast w przedmiotowym siwz, to koszty należy ująć jako kolejne pozycje, stąd postanowienie siwz jest nie jednoznaczne i może rodzić problemy interpretacyjne, co do tego czy należy te koszty ująć w istniejących czy nowych kolejnych pozycjach przedmiaru. Bezsporne jest jedynie to, że koszty musiały być ujęte. Odwołujący twierdzi, że koszty ujął w istniejących pozycjach przedmiaru, a zamawiający swoją argumentację w zakresie odrzucenia oferty skupia na tym, że koszty zostały ujęte nie w takiej formie (tj. nie w nowych pozycjach, jak oczekiwał), natomiast nie analizuje czy zostały one rzeczywiście ujęte czy też nie. Zatem zamawiający skupia się bardziej na formie przedmiaru robót niż na jego treści, a mimo to dokonuje odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Te wszystkie okoliczności spowodowały, iż Izba uznała, że zamawiający nie miał podstaw do odrzucenia oferty z powodu niewyodrębnienia – dodania nowych pozycji w przedmiarze robót dla każdego zadania, zgodnie z lit. a – d pkt. 24.8 IDW. Izba uznała, że zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez jego zastosowanie, a w konsekwencji doprowadził do wyboru oferty nie będącej ofertą najkorzystniejszą, czym naruszył art. 91 ust. 1 i 2 ustawy oraz nierówno potraktował wykonawców naruszając art. 7 ust. 1 ustawy.

W ocenie Izby potwierdził się zarzut naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy poprzez jego niezastosowanie przez zamawiającego w odniesieniu do pozycji 80 kosztorysu ofertowego na zadanie 5.6.d. W ocenie Izby zamawiający błędnie przyjął, że nie jest możliwe dokonanie poprawienia oferty odwołującego, z uwagi na to, że nie ma możliwości ustalenia ceny jednostkowej dla prawidłowo opisanej pozycji nr 80 tj. odpowiedź zamawiającego na

pytanie 87 z dnia 18 października 2011r. i średnicy nominalnej rury 315x18,7 w miejsce średnicy 508x11. W ocenie Izby możliwe jest dokonanie jedynie poprawienia omyłki w treści nazwy i opisu pozycji przedmiaru poprzez zastąpienie średnicy nominalnej rury 508x11, średnicą 315x18,7. W ocenie Izby dla usunięcia niezgodności nie jest konieczna zmiana czy ustalenie ceny jednostkowej, gdyż cenę tę jak i ilość odwołujący podał, odwołujący podał także wartość tej pozycji. Przy dokonaniu zmiany opisu pozycji nr 80 w taki sposób nie ulegnie zmianie ani wartość oferty, ani też ani zamawiający, ani przystępujący nie wykazali, że zmiana pozycji poprzez zmianę średnicy nominalnej rury spowoduje istotną zmianę oferty. W ocenie Izby zmiana ta nie wywołuje istotnych zmian w treści oferty jest to jedyna pozycja z niepoprawnie określoną średnicą rury. Odwołujący jest przygotowany do wykonywania odwiertów średnicą wymaganą przez zamawiającego, co wynika z pozycji przedmiarowych wskazywanych przez odwołującego i przystępującego na rozprawie, tym samym zakres jego zobowiązania nie ulegnie znaczącej zmianie, a wobec obligatoryjnej procedury uzyskania zgody na poprawienie takiej omyłki odwołujący może nie zgodzić się na jej poprawienie uznając, że nie taka była jego wola. Tę możliwość daje art. 89 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Izba uznała, że zamawiający dopuścił się naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy poprzez zaniechanie jego zastosowania i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy poprzez jego zastosowanie w odniesieniu do oferty odwołującego.

W ocenie Izby potwierdził się zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy w tej części, w której zamawiający zastosował przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy w celu odrzucenia oferty odwołującego z powodu nie zastąpienia na stronie 7 oferty w załączniku nr 2 do oferty sformułowania „za każdy dzień opóźnienia” sformułowaniem „za każdy dzień zwłoki”, pomijając to, iż do zastosowania tego przepisu zamawiający jest uprawniony jedynie w sytuacji, gdy nie zajdą okoliczności określone w art. 87 ust. 2 ustawy. Zamawiający, w myśl art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, jest obowiązany poprawić inne omyłki polegające na niezgodności treści oferty z treścią siwz, o ile nie powodują one istotnych zmian w treści oferty. Bezsporne jest, że załącznik do oferty w pierwotnym brzmieniu siwz był opracowany przez zamawiającego i jego treść była zgodna z treścią załącznika załączonego przez odwołującego do oferty. Bezsporne jest także iż w dniu 18 października 2011r. zamawiający dokonał modyfikacji siwz, w tym również zmiany załącznika do oferty poprzez zastąpienie sformułowania „za każdy dzień opóźnienia” sformulowaniem „ za każdy dzień zwłoki”. Niewątpliwie zatem posłużenie się załącznikiem do oferty w pierwotnym brzmieniu powodowało nie zastosowanie się wykonawcy – odwołującego do treści zmodyfikowanej siwz i rodziło niezgodność oferty z treścią obowiązującej na dzień składania oferty siwz. Jednakże nie każda niezgodność treści oferty z treścią siwz skutkuje odrzuceniem oferty. Przed zastosowaniem tej sankcji z art. 89 ust. 1

pkt 2 ustawy zamawiający ma bezwzględny obowiązek ustalenia, czy omyłka polegająca na niezgodności, jest tego rodzaju, że jej poprawienie spowodowałoby istotną zmianę treści oferty. W ocenie Izby zamawiający tej czynności nie dokonał. Izba stoi na stanowisku, że zarówno odwołujący jak i zamawiający nie potrafili nadać prawidłowego znaczenia pojęciom opóźnienie i zwłoka. Odwołujący w odwołaniu uważa te pojęcia za synonimy, natomiast zamawiający nadmierną wagę przywiązuje do użycia pojęcia zwłoka. W rzeczywistości oba pojęcia są definiowane na gruncie ustawy Kodeks cywilny. Różnica pomiędzy opóźnieniem, a zwłoką sprowadza się do tego, że przy świadczeniach pieniężnych wierzyciel może odstąpić od umowy i żądać naprawienia szkody, jeśli dłużnik pozostaje w zwłoce, natomiast odsetki należą się wierzycielowi w przypadku uchybienia terminowi płatności przez dłużnika, choćby to uchybienie nastąpiło z przyczyn, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi. Oznacza to, że zarówno zwłoka jak i opóźnienie dotyczą sytuacji prawnej dłużnika spóźniającego się ze spełnieniem świadczenia, różnica polega jedynie na tym, że o zwłoce można mówić, gdy to spóźnienie następuje z przyczyn zależnych od dłużnika, natomiast opóźnienie, występuje w każdym przypadku uchybienia terminowi nie zależnie od tego czy było ono zawinione przez dłużnika czy też nie. Pojęcie opóźnienia jest zatem pojęciem szerszym i obejmuje także przypadek zwłoki, która jest w rzeczywistości kwalifikowanym przypadkiem opóźnienia. Tym samym odwołujący oświadczając, że zobowiązuje się do zapłaty kary umownej za zwłokę nawet w przypadku opóźnienia – bo tak należy interpretować oświadczenie zawarte na str. 7 oferty odwołującego, rozszerzył swój zakres odpowiedzialności ponad pułap wymagany przez zamawiającego, a więc zapłaty kary umownej jedynie w przypadku „zawinionego opóźnienia” (zwłoki). Skoro tak to jego niezgodność polegała na zaferowaniu więcej niż wymagał zamawiający, a jej usunięcie poprzez poprawienie omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty, bo odwołujący nadal będzie zobowiązany do zapłaty kary umownej, przy czym z ograniczeniem do przypadków określonych przez samego zamawiającego. Izba uznała zatem, że zamawiający dopuścił się naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy poprzez jego niezastosowanie i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy poprzez jego zastosowanie. Ponadto Izba zauważyła, że wykonawcy mieli wypełnić jedynie puste rubryki formularza, zatem w zakresie wypełnionym składali jedynie oświadczenie akcesoryjne, co dodatkowo przemawia w ocenie Izby za przyjęciem popełnienia omyłki w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. W ocenie Izby omyłki popełnionej przez odwołującego nie można zakwalifikować jako oczywistej omyłki pisarskiej z uwagi na to, że nie jest to omyłka widoczna na pierwszy rzut oka, a wymagająca znajomości postanowień siwz oraz wyjaśnień dokonywanych przez zamawiającego, a nadto dotyczy pojęcia, które ma szczególne znaczenie w języku prawniczym, inne niż w języku potocznym. Z tego względu nie można postawić zamawiającemu zarzutu naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy. Zarzut naruszenia art. 87 ust.

2 pkt 2 ustawy odwołujący określił jako nadmiarowy i podniesiony z ostrożności procesowej. Izba nie dopatrzyła się w ofercie odwołującego omyłek rachunkowych, których zamawiający zaniechał się poprawić. W ocenie Izby zamawiający nie naruszył art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy. W ocenie Izby stwierdzone uchybienia zamawiającego doprowadziły do naruszenia zasad wyboru oferty najkorzystniejszej oraz zasad równego traktowania tj. art. 7 ust. 1 ustawy i art. 90 ust. 1 i 2 ustawy.

Zarzut naruszenia art. 26 ust. 4 ustawy nie zasługuje na uwzględnienie. Przede wszystkim odwołujący nie wskazał, jakie dokumenty dotyczące warunków udziału w postępowaniu lub przedmiotu zamówienia, miałyby być przedmiotem wyjaśnień ze strony zamawiającego. Z uwagi na fakt, iż oferta odwołującego została odrzucona z powodu niezgodności jej treści tj. niezgodności kosztorysów ofertowych z treścią siwz, to Izba rozważyła zarzut odnosząc go do dokumentów będących podstawą odrzucenia odwołującego. Izba stwierdziła, iż obowiązkiem wyjaśniania w trybie art. 26 ust. 4 ustawy objęte są wyłącznie dokumenty lub oświadczenia, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy. Niezgodności treści oferty odwołującego zostały przez zamawiającego wskazane w dwóch dokumentach załączonych do ofert tj. w kosztorysach ofertowych oraz w załączniku do oferty. Żaden z tych dokumentów nie jest dokumentem lub oświadczeniem, o którym mowa w art. 25 ust. 1 ustawy, gdyż żadne z nich nie służy potwierdzeniu spełniania przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego. Kosztorys służy kalkulacji ceny, co zamawiający określił wyraźnie w pkt 2 rozdziału 24 IDW, natomiast załącznik do oferty służy potwierdzeniu sposobu wykonania zamówienia. Tym samym żaden z tych dokumentów nie mógł być objęty procedurą z art. 26 ust. 4 ustawy, co najwyżej jako elementy składające się na treść oferty mogły podlegać prawu zamawiającemu do wyjaśnień na mocy art. 87 ust. 1 ustawy. Zarzutu zaś naruszenia tego przepisu odwołujący nie sformułował.

Zarzuty zgłoszone przez odwołującego wobec oferty wybranej zostały podniesione jak przyznał odwołujący na rozprawie jedynie w celu wykazania nierównego traktowania wykonawców. Izba stwierdza, że do naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy przez zamawiającego doszło poprzez zaniechanie dokonania poprawy omyłek w ofercie odwołującego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy i dokonanie czynności odrzucenia w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Natomiast argumenty podniesione przez odwołującego wobec wyboru oferty najkorzystniejszej i zaniechania jej odrzucenia nie zostały uznane przez Izbę za zasadne. Zarzut wyboru oferty, wykonawcy, który w innym postępowaniu został wykluczony z powodu złożenia nieprawdziwych informacji nie zasługuje na uwzględnienie. W ustawie brak jest podstawy prawnej wykluczenia, czy odrzucenia wykonawcy z powodu złożenia informacji nieprawdziwych w innym postępowaniu. Dopiero prawomocne skazanie członków organów osób prawnych (bo lider wybranego konsorcjum jest osobą prawną) za przestępstwo

popelnione w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego, czy orzeczenie zakazu ubiegania się o zamówienie wobec podmiotu zbiorowego dawałoby podstawy do wykluczenia wykonawcy wybranego, takich okoliczności jednak odwołujący nie udowodnił. Co do nie uwzględnienia modyfikacji siwz w zakresie rury DN 150, to Izba stwierdza, iż prawidłowe jest stanowisko zamawiającego i przystępującego, faktycznie rura o wymaganym przekroju została uwzględniona przez przystępującego i wykazana w pozycji 62, która po modyfikacji przedmiarów odpowiadała dawnej poz. 59. Również rację zamawiającemu należy przyznać, że w zakresie podniesionej wadliwości obliczenia ceny, to przystępujący dopuścił się oczywistej omyłki rachunkowej, która powinna być przez zamawiającego poprawiona. Izba nie dopatrzyła się w tym zakresie naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy. Izba nie może z urzędu badać innych nie wskazanych w odwołaniu zarzutów zaniechania określonego działania przez zamawiającego wobec oferty wybranej, gdyż z mocy art. 192 ust. 7 ustawy jest związana podniesionymi zarzutami, tym samym nie może rozpoznać zarzutu różnic nieścisłości w ofercie wybranej z powodu jego nieskonkretyzowania.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jako w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i 3 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i § 5 ust. 2 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).

Kosztów zastępstwa przez pełnomocnika odwołującego Izba nie uwzględniła, gdyż na podstawie § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), Izba może uwzględnić koszt zastępstwa przez pełnomocnika jedynie na podstawie przedłożonego rachunku. Odwołujący takiego rachunku nie złożył.

Przewodniczący: