

Sygn. akt KIO/UZP 78/09

WYROK
z dnia 30 stycznia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Członkowie: Anna Packo
Małgorzata Rakowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 stycznia 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum firm: Mota-Engil Polska S.A. (lider konsorcjum), Mota-Engil Engenharia e Construcao S.A., ul. Wadowicka 8W, 30-415 Kraków** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Miasto Stołeczne Warszawa – Zarząd Miejskich Inwestycji Drogowych, ul. Chmielna 120, 00-801 Warszawa** protestu z dnia 23 grudnia 2008 r.

przy udziale wykonawcy **konsorcjum firm: Warszawskie Przedsiębiorstwo Mostowe „MOSTY” S.A., ul. Marywilska 38/40, 03-228 Warszawa (lider konsorcjum), Przedsiębiorstwo Budowy Dróg I Mostów Sp. z o.o., ul. Kolejowa 28, 05-300 Mińsk Mazowiecki** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Konsorcjum firm: Mota-Engil Polska S.A. (lider konsorcjum), Mota-Engil Engenharia e Construcao S.A., ul. Wadowicka 8W, 30-415 Kraków i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum firm: Mota-Engil Polska S.A. (lider konsorcjum), Mota-Engil Engenharia e Construção S.A., ul. Wadowicka 8W, 30-415 Kraków,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Konsorcjum firm: Mota-Engil Polska S.A. (lider konsorcjum), Mota-Engil Engenharia e Construção S.A., ul. Wadowicka 8W, 30-415 Kraków** na rzecz **Miasta Stołecznego Warszawa – Zarząd Miejskich Inwestycji Drogowych, ul. Chmielna 120, 00-801 Warszawa** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
- ~~3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,~~
- 4) dokonać zwrotu kwoty **15 426 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum firm: Mota-Engil Polska S.A. (lider konsorcjum), Mota-Engil Engenharia e Construção S.A., ul. Wadowicka 8W, 30-415 Kraków.**

U z a s a d n i e n i e

Odwołujący - konsorcjum firm Mota-Engil Polska S.A. w Krakowie – lider oraz Mota-Engil, Engenharia e Construção, Amarante, Porto, Portugalia zarzucił Zamawiającemu w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie robót budowlanych dla zadania „Przebudowa mostu nad Kanałem Żerańskim oraz wiaduktu nad torami kolejowymi bocznicy do EC Żerań w ciągu ulicy Modlińskiej w Warszawie” naruszenie

- art. 180 ust. 2 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych (Pzp) poprzez bezpodstawne ich zastosowanie i nieuzasadnione odrzucenie protestu jako wniesionego po terminie,

- art. 82 ust 3 w zw. Z art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 83 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum – Warszawskie Przedsiębiorstwo Mostowe „Mosty” S.A. w Warszawie oraz Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów sp. z o.o. w Mińsku Mazowieckim zwanym dalej „Mosty”,

- art. 91 Pzp poprzez nieuprawniony wybór jako najkorzystniejszej oferty konsorcjum „Mosty”, pomimo, że oferta tego wykonawcy powinna być odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 jako niezgodna z SIWZ

- z ostrożności procesowej Odwołujący zarzucił naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 w związku z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Uzasadniając zarzuty Odwołujący stwierdził, że dnia 8 stycznia 2009 r. został poinformowany o odrzuceniu protestu datowanego na 23 grudnia 2008 r. jako wniesionego po terminie. W ocenie Zamawiającego zarzuty protestu zostały wniesione po terminie, ponieważ kwestionują one treść oferty, która została opracowana według informacji zawartych we wcześniejszych odpowiedziach Zamawiającego na pytania wykonawców.

Nie zgadzając się z tym rozstrzygnięciem Odwołujący wskazał, że protest nie dotyczył treści odpowiedzi na pytania wykonawców lecz czynności Zamawiającego wymienionych w proteście i odwołaniu tj. wyboru oferty i zaniechania odrzucenia oferty, o czym dowiedział się dnia 19.12.2008 r. Odwołujący stwierdził, że nie mógł wcześniej dowiedzieć się o wyborze oferty konsorcjum „Mosty”.

Odwołujący wskazał na treść pisma Zamawiającego z dnia 6 listopada 2008 r. zn ZMID/DZP/0717/296/08, w którym na dwa pytania dotyczące tej samej kwestii, udzielono sprzecznych odpowiedzi, bowiem z odpowiedzi na pytanie 6 wynika, iż Zamawiający wymaga uwzględnienia w ofercie wykonania mostu tymczasowego i nie dopuszcza składania oferty wariantowej, nie uwzględniającej wykonania mostu tymczasowego, natomiast z odpowiedzi nr 12 wynika, iż Zamawiający dopuszcza składanie ofert, w których odstępuje się od realizacji mostu objazdowego.

Dopiero w kolejnym piśmie z tego samego dnia (Zn. ZMID/DZP/0717/301/08), Zamawiający wskazał, że przewiduje konieczność zapewnienia tymczasowej organizacji ruchu przy wykorzystaniu mostów tymczasowych. Zgodnie z tą instrukcją, dla celów realizacji budowy wykonawca mógł zastosować także inną organizację ruchu, jednak zastosowanie innej organizacji ruchu nie zwalniało wykonawcy z obowiązku wyceny mostów tymczasowych.

Odwołujący przyjął, że pismo to stanowiło wiążącą instrukcję dla wykonawców i odpowiedź ta, jako chronologicznie najpóźniejsza, stanowi ostateczne rozstrzygnięcie postawionej kwestii, jako że zmierza do zachowania w postępowaniu jednolitych warunków przetargowych.

Ponadto Odwołujący wskazał, że Zamawiający nie unieważnił pozycji przedmiaru robót dotyczących mostu objazdowego, zgodnie z którą to okolicznością koszt wykonania i rozebrania mostów objazdowych winien być uwzględniony w ofertach. Dotyczy to SIWZ, dział VI pkt 2 ppkt 2.1. SST M.32.01.01 i przedmiar Pt. „Modlińska estakada objazdowa” z pozycjami kosztorysowymi: Wykonanie mostu objazdowego (...) i rozebranie mostu objazdowego (...).

Zdaniem Odwołującego wszyscy wykonawcy winni byli zatem uwzględnić w ofercie koszty wykonania mostów tymczasowych na czas realizacji zadania poprzez wpisanie w przedmiar pod nazwą „Modlińska estakada objazdowa” kosztu wybudowania i rozbiórki mostów tymczasowych oraz określić ceny jednostkowe oraz wartości netto dla wszystkich pozycji wymienionych w przedmiarach robót (pkt 12.4 SIWZ). Wbrew powyższemu w ofercie złożonej przez konsorcjum „Mosty” w pozycjach Most objazdowy nadwodny wpisano cenę 0 (słownie: zero) złotych. Powyższe winno skutkować odrzuceniem oferty wobec nie podania ceny za wykonanie mostów tymczasowych.

Odwołujący zakwestionował również argument, jakoby konsorcjum „Mosty” uwzględniło w swojej ofercie, w ramach tymczasowej organizacji ruchu, koszty zapewnienia tymczasowej organizacji ruchu przy wykorzystaniu mostów tymczasowych. Odwołujący wskazał, że pozycje dotyczące tymczasowej organizacji ruchu należało podać w załączniku nr 3 do oferty w formularzu cenowym przebudowy mostu i wiaduktu w ciągu ul. Modlińskiej w poz. 12 i 13, będących pozycjami ryczałtowymi, podczas gdy koszt mostów tymczasowych zgodnie z treścią SIWZ podlegał rozliczeniu kosztorysowemu. Gdyby nawet przyjąć, że wykonawca uwzględnił cenę mostów tymczasowych w pozycjach 12 i 13 załącznika nr 3 to brak jest w ofercie wskazania wymaganej dla danej pozycji ceny jednostkowej, służącej rozliczeniu robót zgodnie z przedmiarem dot. estakady objazdowej. Oznacza to, że brak wypełnienia kosztorysu skutkuje brakiem możliwości ustalenia, jaka kwota została przewidziana za wykonanie mostów tymczasowych i brak podstaw do obliczenia wartości robót, które zmniejszą wartość kontraktu w przypadku, gdy na etapie realizacji możliwe będzie odstępianie od realizacji tymczasowych mostów objazdowych.

Dodatkowo Odwołujący podniósł kwestię dopuszczalności składania w postępowaniu oferty wariantowej wskazując, że zgodnie z pkt 3.4. SIWZ Zamawiający nie dopuścił takiej możliwości, co potwierdził także pisemnie w odpowiedzi na pytanie 6 w piśmie z dnia 6 listopada 2008 r. Oferta nie uwzględniająca wykonania mostu tymczasowego staje się ofertą wariantową, jako niezgodna z SIWZ podlega odrzuceniu.

Odwołujący wskazał również, że na etapie realizacji zamówienia przewiduje możliwość odstępiania od konieczności wykonania tymczasowych mostów, a w takim wypadku jego oferta byłaby tańsza od wybranej o 7.322.951,4 zł. Ewentualność taka uzależniona jest jednak od decyzji organów niezależnych od Odwołującego i Zamawiającego (Inżynier Ruchu

m.st. Warszawy), a co za tym idzie, nie można mieć pewności, czy na etapie realizacji zadania taka zgoda zostanie wydana.

Na rozprawie Odwołujący wskazał, że każda oferta powinna zawierać wycenę mostu objazdowego, a nie jest sporne, że oferta Przystępującego takiej wyceny nie zawierała, gdyż Przystępujący ujął w tej pozycji wielkość 0 zł. Wycena powinna być dokonana w celu uzyskania porównywalności wszystkich złożonych ofert w postępowaniu. Powołując treść pytań i odpowiedzi z 6 listopada 2008 r. stwierdził, że są one wzajemnie sprzeczne.

Wskazał, że jednoznacznie zrozumiał treść ostatniego pisma z 6 listopada 2008 r., w którym Zamawiający stwierdził, iż przewiduje tymczasową organizację ruchu, przy wykorzystaniu mostów tymczasowych, dających możliwość przejazdu trzema pasami ruchu. W piśmie tym Zamawiający zobowiązał wykonawców do uwzględnienia w ofercie kosztów budowy mostów dla jednolitości warunków przetargowych.

Odwołujący wskazał też, że Zamawiający wprowadził różne nazewnictwo obiektów tymczasowych (mostów) na potrzeby postępowania odwoławczego.

Odwołujący podniósł również że Zamawiający, udzielając różnych odpowiedzi, nie dokonał jednocześnie zmiany specyfikacji.

Wskazując powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o:

- nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na wyborze oferty konsorcjum „Mosty”,
- nakazanie Zamawiającemu dokonania zaniechanej czynności odrzucenia oferty konsorcjum „Mosty”, jako niezgodnej z SIWZ,
- nakazanie powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem zasad określonych w art. 91 Pzp.

Zamawiający wniósł o odrzucenie odwołania mając na względzie, że protest został wniesiony po terminie, ewentualnie wniósł o oddalenie odwołania w całości. Zamawiający wskazał, że uczestnicy postępowania od 24 września 2008 roku (data publikacji SIWZ na stronie internetowej Zamawiającego oraz udostępnienia SIWZ w wersji papierowej) mieli wiedzę o wykonaniu i rozbiórce mostu tymczasowego – objazdowego (organizacja ruchu). W wyniku zapytań wykonawców, Zamawiający udzielał wyczerpujących wyjaśnień, jak również odpowiedzi. W piśmie z dnia 27.10.2008 r. oraz w pismach z dnia 6.11.2008 r Zamawiający dopuścił możliwość zastosowania innej organizacji ruchu niż wykonanie tymczasowej estakady, jeśli uzyska ona akceptację Inżyniera Ruchu m. st. Warszawy. W tych przypadkach, na podstawie udzielonych przez Zamawiającego odpowiedzi, wykonawcy mieli możliwość wstawienia w odpowiednie pozycje kosztorysu ofertowego wartości „0”. Przedmiotowe odpowiedzi nie zostały zakwestionowane przez żadnego z wykonawców i nie

został złożony na tę czynność protest. Zamawiający miał zatem prawo założyć, że udzielone wyjaśnienia były zrozumiałe i umożliwiły złożenie prawidłowych ofert.

W związku z powyższym Zamawiający uznał zarzuty zawarte w proteście za wniesione po terminie, ponieważ kwestionują treść oferty opracowaną wg informacji zawartych w otrzymanych odpowiedziach. Jednocześnie Zamawiający wyjaśnił, że dochował całkowitej, pełnej staranności związanej z przygotowaniem i przeprowadzeniem postępowania oraz, że wybrany wykonawca złożył ofertę prawidłową wg zapisów SIWZ tj. w ofercie uwzględnił koszty wskazanego przez Zamawiającego rozwiązania czasowej organizacji ruchu, tym samym nie zmieniając i nie pomijając pozycji przedmiaru. Jednocześnie zastosował się do możliwości wyceny tej pozycji koszt „0”, ponieważ dla celów realizacji budowy mógł przewidzieć inne rozwiązanie organizacji ruchu. Zamawiający wskazał, że Odwołujący nie zakwestionował możliwości oszacowania wykonania i rozbiórki mostu objazdowego nadwodnego na kwotę 0 zł.

Zamawiający stwierdził, że nie dopuścił składania ofert wariantowych i podkreślił, że pojęcie „mosty tymczasowe” jest szersze od wskazanego w przedmiarze pojęcia „most tymczasowy nadwodny”. Wskazał, że wykonawca miał prawo zorganizować ruch przy wykorzystaniu „mostów tymczasowych” w inny sposób niż przez wybudowanie jednego mostu nadwodnego oraz o innych niż wskazane w przedmiarze parametrach – wynikało to z wyjaśnienia z dnia 6.11.08 r. oraz odpowiedzi na pytanie nr 12 w piśmie z tej samej daty. Dopuszczenie innego rozwiązania, pod warunkiem aprobaty Inżyniera Ruchu m.st. Warszawy, Zamawiający sformułował w piśmie z 27.10.08 r. w odpowiedzi na pyt. 32. Wskazane możliwości Zamawiający uznaje za spójne i zrozumiałe dla uczestników profesjonalnego obrotu. Wskazał na różne sposoby wykonania mostów tymczasowych i możliwość przyjęcia innej koncepcji niż przewidziana w projekcie. W takiej sytuacji wskazał, że należało wpisać w pozycji przedmiarowej most objazdowy kwotę 0 zł oraz oszacować przewidywane roboty w innej pozycji formularza cenowego tj. w pozycji 12 i 13 załącznika nr 3 do oferty – dotyczących czasowej organizacji ruchu, przy czym pozycje te są objęte ryczałtem, a nie kosztorysem. W takim przypadku jedyną różnicą jest ujęcie kosztu wykonania i rozbiórki mostów tymczasowych wykonanych w inny niż przewidziany w przedmiarze sposób – w poz. 12 i 13 formularza cenowego, podczas gdy wykonanie i rozbiórka mostu objazdowego nadwodnego powinna być wyceniona w poz. 2 formularza cenowego.

Zamawiający zauważył, że zgodnie z dz. VI pkt 2 ppkt 2.1 ogólnych warunków umowy roboty nieujęte w przedmiarach podlegają rozliczeniu ryczałtowemu, czyli jedynie koszt budowy jednego z rodzajów mostów tymczasowych, jakim jest most objazdowy nadwodny, podlegał rozliczeniu kosztorysowemu. Koszty budowy mostów tymczasowych nienadwodnych, o innych parametrach niż wskazane w przedmiarze podlegały rozliczeniu ryczałtowemu w pozycji 12 i 13 formularza cenowego.

Zamawiający wskazał przy tym, że także oferty pozostałych wykonawców zawierają duże różnice w wycenie pozycji przedmiarowej „Most objazdowy nadwodny”, np. Budimex Dromex S.A. także wpisał w omawianej pozycji wartość „0”, a konsorcjum Mostostal Warszawa S.A. budowę i rozbiórkę mostu tymczasowego objazdowego wyceniło na kwotę 14.870,32 zł. Oferty te również zostały uznane za prawidłowe.

Zamawiający zauważył, że zapewnienie tymczasowej organizacji ruchu obciąża wykonawcę, któremu umożliwiono zaoferowanie innego niż wskazany w przedmiarze sposobu wykonania mostów tymczasowych. Wykonawca, który w przedmiarze przyjął kwotę 0 zł ponosi przy tym ryzyko, że w przypadku niezatwierdzenia proponowanej organizacji ruchu, będzie zobowiązany wykonać most w sposób przewidziany w przedmiarze za cenę 0 zł. Podanie takiej stawki nie oznacza w ocenie Zamawiającego, że wykonawca składa ofertę pod tytułem darym, bowiem umowa o zamówienie publiczne jest odpłatna, a o odpłatności decyduje cena za wykonanie całego zamówienia. Wskazuje również, że konsorcjum Mosty nie pominęło pozycji kosztorysowej i jest to zapis dopuszczony, zgodny z wyjaśnieniami Zamawiającego, a także wiążący wykonawcę.

Na rozprawie Zamawiający wniósł o odrzucenie odwołania, ewentualnie o oddalenie odwołania w całości, podtrzymał wszystkie wnioski i argumenty zawarte w piśmie z dnia 28 stycznia 2009 r., załączonym do akt postępowania.

Wskazał, że w odwołaniu zawarto również zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy, który nie był podnoszony w proteście, a zatem nie powinien być rozpoznawany przez Izbę.

Wskazał na definicję ceny zawartą w Prawie zamówień publicznych.

Wskazał, że dopuszczalne jest wpisanie kwoty 0 zł w niektórych pozycjach kosztorysowych, natomiast niedopuszczalne jest badanie poszczególnych pozycji kosztorysu. Powołał orzeczenie KIO/UZP 1134/08 i KIO/UZP1093/08.

Zamawiający wskazał również na różnice cen w poz. „most objazdowy nadwodny” w ofercie konsorcjum MOSTY – 0 zł, w ofercie Odwołującego jest to kwota 9 339 888,45 zł oraz różnicę w poz. „koszt tymczasowej organizacji ruchu; oferta MOSTY – 5 245 000 zł, a w ofercie Odwołującego - 688 995,34 zł. Te ostatnie pozycje są pozycjami ryczałtowymi i oczywiste jest, że w kwocie 5 mln mieści się wykonanie jakiegoś obiektu inżynierskiego, w tym wypadku mostu lub mostów tymczasowych.

Zamawiający przypomniał treść odowiedzi na pytanie 32 w piśmie z 27 października 2008 r.

Wskazał na funkcję, jaką ma zapewnić tymczasowa organizacja ruchu i dopuszczalność różnych rozwiązań, tj. równoważnych stwierdzając jednocześnie, że nie dopuszczał wariantowych.

Wskazał, że cena ofertowa obejmuje całość zamówienia zgodnie z treścią pkt 12 instrukcji dla wykonawców. Zauważył, że wszyscy wykonawcy zobowiązali się wykonać zamówienie i zadeklarowali związanie warunkami zamówienia.

Przystępujący do postępowania po stronie Zamawiającego wniósł o oddalenie odwołania stwierdzając, że zarzuty i argumenty odwołania świadczą o nieznanomości wszystkich odpowiedzi udzielonych wykonawcom przez Zamawiającego, który w piśmie ZMID/DZP/0717/296/08 z dnia 6.11.2008 r. na pytanie nr 3 udzielił odpowiedzi:

„Jeżeli wykonawca nie przewiduje wykonania tymczasowej estakady objazdowej w przedmiarach należy wpisać wartość „0”,” co uczynił w swojej ofercie Przystępujący.

Po zapoznaniu się z kolejnymi wyjaśnieniami i informacjami Zamawiającego zawartymi w piśmie ZMID/DZP/0717/301/08 z dnia 6.11.08, Przystępujący uwzględnił w swojej ofercie, w ramach tymczasowej organizacji ruchu, koszty zapewnienia tymczasowej organizacji ruchu przy wykorzystaniu mostów tymczasowych dających możliwość przejazdu trzema pasami ruchu. Na rozprawie Przystępujący wskazał, że argumentacja Odwołującego jest wywodzona z tezy o sprzeczności wyjaśnień Zamawiającego udzielonych na zadawane pytania (pisma z dnia 27 października 2008 r. i dnia 6 listopada 2008 r.). Otrzymując te wyjaśnienia Odwołujący mógł je oprotestować, a nie uczynił tego, gdyż zawarł te zarzuty dopiero w proteście na wybór innej oferty.

Uwzględniając dokumentację postępowania, a w szczególności postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz wyjaśnieniami zawartymi w pismach Zamawiającego, treść ofert wykonawców oraz stanowiska stron przedstawione na rozprawie skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej ustalił, co następuje.

Izba uznaje za nieuzasadnione stanowisko Zamawiającego, że odwołanie podlega odrzuceniu z uwagi na wniesienie protestu po terminie. Protest oraz odwołanie, jak słusznie twierdzi Odwołujący, wniesiono na czynność wyboru oferty uznanej za najkorzystniejszą i podjętą równocześnie decyzję o zaniechaniu odrzucenia tej oferty. O wyborze oferty Odwołujący powziął wiadomość dnia 19.12.08 r., a zatem protest na tę czynność złożony dnia 23.12.08 r. został wniesiony w ustawowym terminie określonym w art. 180 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Fakt, że oprotestowano treść oferty sporządzonej na podstawie postanowień SIWZ znanych od daty ich publikacji tj. 24.09.08 i treści wyjaśnień z dnia 27.10.08 oraz dwóch pism z dnia 6.11.08 nie ma wpływu na niniejszą ocenę.

W tym miejscu należy wskazać, że treść wyjaśnień Zamawiającego zawierająca odpowiedzi na pytania wykonawców nie była kwestionowana przez wykonawców, stała się zatem wiążąca jako wskazanie sposobu przygotowania ofert składanych w tym postępowaniu. Odwołujący wystąpił jednakże dnia 6.11.08 do Zamawiającego z pismem o wyjaśnienie odpowiedzi na pytanie 6 i 12 wskazując na ich niespójność. Wskazał, że zgodnie z odpowiedzią na pyt. 6 obowiązkiem każdego wykonawcy jest uwzględnienie w swojej ofercie

wykonania mostu tymczasowego i nie jest możliwe składanie żadnej innej oferty wariantowej tj. bez uwzględnienia takiego mostu tymczasowego, co oznacza że wykonawca jest zobowiązany do wyceny takiej pozycji w kosztorysie – mosty objazdowe. Jednocześnie zauważył, że zgodnie z odpowiedzią na pyt. 12 Zamawiający dopuszcza możliwość odstąpienia przez wykonawcę od realizacji mostu objazdowego i wpisania w kosztorysie kwoty „0”, co w ocenie Odwołującego doprowadzi do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców poprzez dopuszczenie do stosowania różnych kryteriów przy sporządzaniu oferty. W piśmie z tej samej daty tj. 6.11.08 r. Zamawiający poinformował, że „przewiduje konieczność zapewnienia tymczasowej organizacji ruchu przy wykorzystaniu mostów tymczasowych dających możliwość przejazdu trzema pasami ruchu. Na tej podstawie zobowiązuje wykonawców do uwzględnienia w ofercie kosztów ich budowy (dla jednolitości warunków przetargowych). Dla celów realizacji budowy wykonawca może zastosować inną organizację ruchu (np. objazdy w ramach tymczasowej organizacji ruchu oczywiście zatwierdzonej przez wymagane instytucje). Należy zauważyć, że wraz z cytowanym wyjaśnieniem Zamawiający nie dokonał żadnej zmiany postanowień SIWZ, nie modyfikował też swojego wcześniejszego stanowiska zawartego w doręczanych wykonawcom wyjaśnieniach. Wyjaśnienia te, w zakresie mającym znaczenie dla rozpatrzenia sprawy zawarte zostały w odpowiedzi na pytanie 3 (powiązane z odpowiedzią na pytanie 32 w piśmie ZMID/DZP/0717/197/08 z 27.10.2008), w której dopuszczono wpisanie w przedmiarach „0” w sytuacji rezygnacji z wykonania tymczasowej estakady objazdowej, w odpowiedzi na pytanie 6 potwierdzającej obowiązek uwzględnienia w ofercie wykonania mostu tymczasowego i braku możliwości złożenia oferty wariantowej, odpowiedzi na pytanie 12 o powinności wpisania kwoty 0 zł w pozycjach dotyczących wykonania i rozbiórki mostu w przypadku odstąpienia od realizacji mostu objazdowego, zawartych w piśmie z 6.11.2008 r. zn. ZMID/DZP/296/08. Ponadto we wspomnianym piśmie z dnia 27.10.2008 r. stwierdzono w odpowiedzi na pytanie 32, że Zamawiający dopuszcza zastosowanie innej organizacji ruchu jeśli uzyska ona aprobatę u Inżyniera Ruchu m.st. Warszawy, a tymczasowa organizacji ruchu jest wynikiem ogólnej organizacji budowy przez wykonawcę. Zestawiając przytoczone wyjaśnienia nie sposób nie odnieść wrażenia, że nie są one wzajemnie spójne, a dopuszczalność ujęcia w przedmiarach kwoty 0 zł dla pozycji mostu objazdowego z jednoczesną koniecznością uwzględnienia w ofercie kosztów budowy mostów tymczasowych dających możliwość przejazdu trzema pasami ruchu może budzić wątpliwości co do rzeczywiście wymaganej zawartości oferty. Biorąc powyższe pod uwagę i mając na uwadze okoliczność, że złożone oferty, mimo znaczących różnic w wycenie pozycji przedmiaru mostu tymczasowego nadwodnego w przedmiarze robót, zostały uznane wobec ich nieodrzczenia przez Zamawiającego za niesprzeczne w swej treści z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, mając nadto na uwadze, że w postępowaniu stały się

wiążące wszystkie wskazane wyjaśnienia Zamawiającego, skład orzekający Izby nie znalazł podstaw do uznania za zasadny zarzutu, iż oferta Przystępującego podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Ponadto rozpatrując odwołanie w granicach zarzutów zawartych w proteście Izba odstąpiła od rozpatrzenia zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy, gdyż nie był to zarzut podniesiony w proteście.

W świetle dokonanych ustaleń orzeczono, jak w sentencji wyroku.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy.

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

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*