

Sygn. akt: KIO/2409/10

WYROK

z dnia 19 listopada 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Brzeska

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 listopada 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 4 listopada 2010 r. przez **SKANSKA S.A., 01-518 Warszawa, ul. Gen. Zajączka 9** w postępowaniu prowadzonym przez **Województwo Dolnośląskie - Dolnośląską Służbę Dróg i Kolei we Wrocławiu, 50-425 Wrocław, ul. Krakowska 28**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: **Eurovia Polska S.A., Eurovia Beton GmbH, 55-040 Kobierzyce, ul. Szwedzka 5, Bielany Wrocławskie** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego;

orzeka:

1. Oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża SKANSKA S.A., 01-518 Warszawa, ul. Gen. Zajączka 9 i nakazuje:

1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez **SKANSKA S.A., 01-518 Warszawa, ul. Gen. Zajączka 9** stanowiący koszty postępowania odwoławczego,

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2010 r. Nr 119, 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 **Wrocławiu**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Województwo Dolnośląskie - Dolnośląska Służba Dróg i Kolei we Wrocławiu, Ul. Krakowska 28, 50-425 Wrocław, (zwany dalej: „Zamawiającym”) – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z późn. zm.) (zwanej dalej również „ustawą Pzp”), postępowanie o udzielenie zamówienia na: „Budowę jezdni wschodniej drogi wojewódzkiej Bielany-Łany-Długoleka-Etap IV zad. 5 i 1 km. – 0+344,55 do km 0+717,61 realizowane w ramach zadania inwestycyjnego p.n.: „Budowa drogi wojewódzkiej od drogi krajowej Nr 94 do drogi wojewódzkiej Nr 455 wraz z ich węzłami oraz Etap I zadanie 3 realizowane w ramach zadania inwestycyjnego p.n.: „Budowa drogi wojewódzkiej Żerniki wrocławskie – Siechnice od ronda w ciągu drogi wojewódzkiej nr 395 do drogi krajowej nr 94”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało przekazane Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich w dniu 29 czerwca 2010 r. oraz opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 3 lipca 2010 r., pod numerem 2010/S 127-194116, ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w siedzibie Zamawiającego od dnia 29 czerwca 2010 r. do dnia 13 września 2010 r., zamieszczone na stronie internetowej Zamawiającego od dnia 29 czerwca 2010 r. do dnia 13 września 2010 r.

Wykonawca (zwany dalej: „Odwołującym”) w dniu 4 listopada 2010 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożył odwołanie na czynność Zamawiającego polegającą na: wyborze oferty najkorzystniejszej Konsorcjum Eurovia Polska S. A.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu w odwołaniu naruszenie następujących przepisów ustawy:

- art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp,
- art. 89 ust 1 pkt 1 , 2 i 6 ustawy Pzp.

• W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o:

- a) o powtórzenie przez Zamawiającego czynności badania i oceny ofert złożonych na realizację przedmiotowego zamówienia,
- b) o odrzucenie oferty konsorcjum, którego liderem jest Eurovia Polska SA, ul. Szwedzka 4 Bielany Wrocławskie, 50-040 Kobierzyce,
- c) o dokonanie ostatecznego wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej ze złożonych w ramach niniejszego postępowania,

a ponadto o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego.

Uzasadniając podniesione zarzuty, Odwołujący wskazał w odwołaniu w szczególności na następujące okoliczności faktyczne:

Odwołujący wskazał, iż pismem z dnia 25 października 2010r., przesłanym Odwołującemu faksem w tym samym dniu, Zamawiający poinformował o wyborze w ramach prowadzonego postępowania o zamówienie publiczne oferty konsorcjum, którego liderem jest Eurovia Polska SA. Oferta konsorcjum uzyskała w postępowaniu największą, a oferta Odwołującego uzyskała drugą z kolei liczbę punktów według kryteriów oceny przewidzianych w SIWZ. Jednocześnie Zamawiający wskazał, że wybrana oferta spełnia wszystkie wymogi formalne przewidziane SIWZ. Zdaniem Odwołującego, oferta Eurovia Polska S. A. nie jest zgodna z warunkami SIWZ i jego zdaniem nie spełnia tych warunków powinna zostać odrzucona.

Odwołujący dodał, iż w punkcie IX SIWZ Zamawiający określił warunki jakie powinny spełniać oferty składane w postępowaniu przez jego uczestników. Oferty powinny być składane według wzoru zawartego w dołączonym do SIWZ formularzu oraz powinny zawierać wymagane załączniki, w tym kalkulacje ofertowe. Zdaniem Odwołującego w punkcie XII SIWZ zamawiający wskazał, że cena oferty musi zawierać wszystkie koszty związane z wykonaniem zamówienia, przy czym cena ta może zostać poprawiona przez Zamawiającego zgodnie z art. 87 ust. 2 Pzp. Ponadto w punkcie XVI pkt 1 SIWZ Zamawiający wskazał, że istotne postanowienia umowy o zamówienie publiczne zawiera wzór umowy stanowiący załącznik do SIWZ. Zamawiający dopuszcza zmiany umowy między innymi w zakresie wykonywania robót dodatkowych, przy czym ustalenie ceny za te roboty, na które sporządzone zostały kosztorysy ofertowe dokonywane będzie z uwzględnieniem cen jednostkowych uwidocznionych w ofercie.

Odwołujący wskazał, że w trakcie postępowania oferenci zadawali Zamawiającemu pytania co do treści SIWZ, na które Zamawiający udzielał odpowiedzi. W piśmie z dnia 4 sierpnia 2010r. Zamawiający dokonał zmiany SIWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia pkt II SIWZ dodając punkt III dotyczący wymagań co do zaprojektowania i wykonania mostu na rzece Szalona. W związku z udzielonymi odpowiedziami Zamawiający zamieścił na stronie internetowej SIWZ wraz ze zmienionymi załącznikami - zbiorczym zestawieniem kosztów oraz projektem umowy, a także opracowanie projektowe dotyczące mostu na rzece Szalona wraz z kosztorysem ofertowym - strona 10 w/w pisma. W piśmie z dnia 16 sierpnia 2010r. w odpowiedzi na pytanie nr 114 zamawiający poinformował oferentów, że do oferty należy dołączyć kosztorysy ofertowe z uwzględnieniem zmian powstałych w czasie zadawania pytań oraz dodatkowo kosztorys zbiorczy - str. 7 pisma. W piśmie z dn.

20.08.2010r., w odpowiedzi na pytanie nr 119 zamawiający podtrzymał żądanie złożenia kosztorysów ofertowych z uwzględnionymi zmianami - str. 9 pisma.

Do oferty uznanej przez Zamawiającego za najkorzystniejszą nie został dołączony kosztorys na wykonanie robót dotyczących remontu mostu na rzece Szalona. Oferta ta zatem nie spełniała wymagań przewidzianych w SIWZ wraz ze zmianami specyfikacji wynikającymi z udzielonych przez zamawiającego odpowiedzi na zadane w trakcie postępowania pytania. Brak formalny oferty w postaci nie dołączenia jednego z wymaganych kosztorysów powoduje, że wybrana oferta nie spełnia wymagań określonych w SIWZ i powinna zostać odrzucona. Odwołujący wskazał także, że z powodu nie dołączenia do oferty załącznika w postaci kosztorysu ofertowego robót dotyczących remontu mostu na rzece Szalona nie można ustalić wynagrodzenia za te roboty.

Zgodnie z załączoną do SIWZ umową wynagrodzenie ofertowe obliczone zostało na podstawie przedmiarów robót i ma charakter szacunkowy. Ostateczne wynagrodzenie jest ustalone na podstawie obmiaru wykonanych robót oraz cen ustalonych w kosztorysie ofertowym. Brak kosztorysu ofertowego na remont mostu na rzece Szalona w wybranej przez Zamawiającego ofercie powoduje, że nie można określić wynagrodzenia za te roboty, gdyż nie są znane ceny jednostkowe na wykonanie poszczególnych prac, które konieczne są dla ustalenia wynagrodzenia i wystawienia faktury, a do których odwołuje się umowa (w szczególności §§ 1 ust. 4, 7 ust. 3, 10 ust.3 pkt a).

Ponadto Odwołujący z ostrożności wskazał, że wybranie oferty, do której nie załączono kosztorysu na wykonanie robót na rzece Szalona powoduje, że składający wybraną ofertę będzie miał prawo do żądania dodatkowego wynagrodzenia za te roboty. Zgodnie z § 10 ust. 2 umowy roboty dodatkowe to takie, które nie są ujęte w kosztorysie, a są objęte przedmiotem zamówienia. Wybrana oferta spełnia powyższy warunek. Jeżeli zatem Zamawiający dopuszcza ofertę, do której nie dołączono jednego z kosztorysów będzie musiał uwzględnić żądanie zapłaty za roboty dodatkowe, podczas gdy inni oferenci wycenili roboty remontowe mostu w ofercie. Oznacza to, że Zamawiający nierówno traktuje poszczególnych oferentów.

W trakcie badania ofert Zamawiający dokonał sprawdzenia czy do ofert dołączone zostały zbiorcze zestawienia kosztów, nie dokonał jednak sprawdzenia ofert pod kątem złożenia kosztorysów ofertowych na wykonanie poszczególnych rodzajów robót, chociaż taki warunek zastrzegł w odpowiedziach na pytania nr 114 i 119. Z tego powodu Zamawiający uznał, że wybrana oferta spełnia wymagania SIWZ, z czym Odwołujący się nie zgodził. Zdaniem Odwołującego Zamawiający uznał kosztorysy ofertowe za część oferty, gdyż dokonał w nich poprawek na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 PZP w ofercie złożonej przez Odwołującego.

Następnie Izba ustaliła, że do niniejszego postępowania po stronie Zamawiającego w dniu 8 listopada 2010 r. zgłosili przystąpienie wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego: Eurovia Polska S.A., Eurovia Beton GmbH, 55-040 Kobierzyce, ul. Szwedzka 5, Bielany Wrocławskie (zwany dalej: „Przystępującym”).

Izba ustaliła, co następuje:

Ogłoszenie o zamówieniu zostało przekazane Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich w dniu 29 czerwca 2010 r. oraz opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 3 lipca 2010 r., pod numerem 2010/S 127-194116, ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w siedzibie Zamawiającego od dnia 29 czerwca 2010 r. do dnia 13 września 2010 r., zamieszczone na stronie internetowej Zamawiającego od dnia 29 czerwca 2010 r. do dnia 13 września 2010 r.

Specyfikacja istotnych warunków zamówienia została zamieszczona na stronie internetowej Zamawiającego od dnia 10 sierpnia 2010 r.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W zakres przedmiotu zamówienia wchodziła „Budowa jezdni wschodniej drogi wojewódzkiej Bielany-Łany-Długoleka-ETAP IV zad. 5 i 1, km -0+344,55 do km 0+717,61 realizowane w ramach zadania inwestycyjnego: p.n.: „Budowa drogi wojewódzkiej od drogi krajowej Nr 94 do drogi wojewódzkiej Nr 455 wraz z ich węzłami oraz Etap I zadanie 3 realizowane w ramach zadania inwestycyjnego p.n.: „Budowa drogi wojewódzkiej Żerniki wrocławskie – Siechnice od ronda w ciągu drogi wojewódzkiej nr 395 do drogi krajowej nr 94”.

Izba ustaliła, że Zamawiający na podstawie art. 38 ustawy Pzp w dniu 4 sierpnia 2010 r. na pytanie, iż w trakcie wizji w terenie stwierdzono, iż obiekt mostowy nad rzeką Szaloną jest w bardzo złym stanie technicznym (brak płyty pomostowej). Zgodnie z załączoną do SIWZ dokumentacją obiekt ten podlegał będzie remontowi wg odrębnej dokumentacji. Ponieważ prowadzi przez niego droga dojazdowa od ul. Opolskiej do terenów PKP przebudowana w ramach przedmiotowego kontraktu prosimy o odpowiedź kiedy i kto będzie przeprowadzał remont obiektu? Zamawiający udzielił następującej odpowiedzi, iż Zamawiający zamieszcza na stronie internetowej koncepcję oraz program funkcjonalno-użytkowy dla prac związanych z zaprojektowaniem i wykonaniem robót budowlanych na obiekcie mostowym nad rzeką Szaloną. Jednocześnie Zamawiający poinformował, że w punkcie 1.2 programu funkcjonalno-użytkowego zawarto wymagania Zamawiającego w stosunku do obiektu mostowego nad rzeką szaloną.

W wyniku pytania numer 114 – Proszę o określenie czy do oferty należy dołączyć kosztorysy ofertowe na podstawie zamieszczonych na stronie Zamawiającego przedmiarów

robót? Czy może wystarczy załączyć do oferty zbiorczy kosztorys ofertowy –załącznik nr 2 do SIWZ Zamawiający udzielił odpowiedzi, że do oferty należy dołączyć kosztorysy ofertowe uwzględniające zmiany powstałe w czasie zadawania pytań oraz dodatkowo załącznik nr 2 do SIWZ.

W wyniku pytania numer 119 – Proszę o informację czy zostanie na stronie internetowej Zamawiającego zamieszczona ostateczna wersja kosztorysu ofertowego z uwzględnionymi zmianami, wynikającymi z udzielonych odpowiedzi na pytania wykonawców? Zamawiający poinformował, że w przypadku rozbieżności pomiędzy ostatecznymi kosztorysami a udzielonymi odpowiedziami obowiązuje zakres robót zawarty w odpowiedzi.

W zakresie obiektu mostowego nad rzeką Szaloną Zamawiający sporządził dokumentację postępowania, która obejmowała zaprojektowanie i wykonanie robót na moście na rzece Szalona w ciągu drogi dojazdowej na działce nr 613, 612/3, 611/3 obręb Siechnice a m.in. przedmiar i szacunkowy koszt robót budowlanych.

Spór wniesiony niniejszym odwołaniem sprowadza się do pytania czy w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający wymagał od wykonawców złożenia wraz z ofertą wypełnionego przedmiaru i szacunkowych kosztów robót budowlanych i czy w konsekwencji nieprzedłożenie ww. dokumentu skutkuje odrzuceniem oferty Przystępującego.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, modyfikacje SIWZ, ofertę Przystępującego jak również oświadczenia i stanowiska stron postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, iż przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zostało wszczęte po dniu wejścia w życie nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 206, poz. 1591) – tzw. „małej nowelizacji” oraz ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778) – tzw. „dużej nowelizacji”. Zatem do rozstrzygnięcia przedmiotowego odwołania znajdują zastosowanie przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych z uwzględnieniem wskazanych powyżej nowelizacji, które weszły w życie odpowiednio w dniu 22 grudnia 2009 r. oraz w dniu 29 stycznia 2010 r.

Zdaniem Izby Odwołujący posiada interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż czynności podjęte przez Zamawiającego w toku postępowania a polegające na

zaniechaniu odrzuceniu oferty Przystępującego mogą pozbawić go możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia, a tym samym narażają go na poniesienie szkody.

Następnie Izba ustaliła, że do niniejszego postępowania po stronie Zamawiającego w dniu 8 listopada 2010 r. zgłosili przystąpienie wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego: Eurovia Polska S.A., Eurovia Beton GmbH, 55-040 Kobierzyce, ul. Szwedzka 5, Bielany Wrocławskie, zaś wezwanie do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym miało miejsce w dniu 5 listopada 2010 r.

Biorąc pod uwagę przepis art. 185 ust. 2 Pzp, Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego wykonawcę Eurovia Polska S.A., Eurovia Beton GmbH, 55-040 Kobierzyce, ul. Szwedzka 5, Bielany Wrocławskie, gdyż zgłosił przystąpienie w terminie 3-dniowym (t.j. w dniu 8 listopada 2010 r.), liczonym od daty otrzymania od Zamawiającego kopii odwołania wraz z wezwaniem do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym, co miało miejsce w dniu 5 listopada 2010 r. Tym samym zdaniem Izby zgłoszenie przystąpienia do przedmiotowego postępowania odwoławczego w świetle powyższego przepisu należało uznać za skuteczne.

Ponadto odwołanie, wobec niestwierdzenia braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu.

Ponadto w związku z brakiem podstaw do odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp Izba stwierdziła, że istnieją podstawy do rozpoznania odwołania na rozprawie.

Mając powyższe na względzie, Izba przeprowadziła rozprawę merytorycznie rozpoznając przedmiotowe odwołanie.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz oświadczenia i stanowiska stron przedstawione podczas rozprawy, Izba uznała, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba rozpoznała zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego jako niezgodnej z treścią SIWZ. Izba stwierdziła, że zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp nie potwierdził się w zebranych materiale dowodowym. Izba dokonując analizy materiału dowodowego zgromadzonego w niniejszej sprawie, w tym przede wszystkim postanowień SIWZ, modyfikacji SIWZ oraz treści złożonych ofert stwierdziła, że brak jest podstaw do odrzucenia oferty Przystępującego z przyczyn wskazanych przez Odwołującego w odwołaniu.

Izba ustaliła, że Zamawiający na podstawie art. 38 ustawy Pzp w dniu 4 sierpnia 2010 r. na pytanie, iż w trakcie wizji w terenie stwierdzono, iż obiekt mostowy nad rzeką Szaloną jest w bardzo złym stanie technicznym (brak płyty pomostowej). Zgodnie z załączoną do SIWZ dokumentacją obiekt ten podlegał będzie remontowi wg odrębnej dokumentacji. Ponieważ

proceeds through it a road for traffic from ul. Opolskiej to the PKP grounds, reconstructed within the scope of the subject contract, please answer when and by whom the renovation of the object will be carried out? The contractor provided the following answer, that the Employer publishes on the internet website a concept and a functional-use program for works related to the design and execution of construction works on a bridge over the Szalona River. At the same time, the Employer informed that in point 1.2 of the functional-use program, the Employer's requirements in relation to the bridge over the Szalona River are contained.

In response to question number 114 – Please specify whether the offer should include cost estimates for the offer based on the estimates published on the Employer's website? Can it be sufficient to attach to the offer a general offer cost estimate – attachment number 2 to SIWZ? The Employer provided an answer that the offer should include cost estimates for the offer taking into account changes that arose during the question period and additionally attachment number 2 to SIWZ.

In response to question number 119 – Please provide information whether the final version of the offer cost estimate, taking into account the changes resulting from the answers to the contractor's questions, published on the Employer's website is the final version of the offer cost estimate with the changes, resulting from the answers to the contractor's questions? The Employer informed that in the case of a discrepancy between the final cost estimates and the answers provided, the scope of works contained in the answer applies.

The dispute filed by the contractor leads to the question of whether, in the subject procedure, taking into account the SIWZ and its modifications (in particular the answer to question number 114 and 119) the Employer required the contractor to submit together with the offer a completed estimate and estimated costs of construction works and whether, in consequence of non-submission of the above document, the offer is rejected on the basis of art. 89 ust. 1 pkt 2 of the Pzp Act.

In the opinion of the Commission, in the case of non-specification of requirements in the above estimate, there is no basis for recognizing, in light of the modification of the SIWZ, that the Employer, in a categorical manner, required the submission of the above document, and non-submission of such a document results in the rejection of the offer on the basis of art. 89 ust. 1 pkt 2 of the Pzp Act. If the Employer's intention was to examine the above estimate, it should, in a clear and unequivocal manner, express its requirements in the SIWZ, so that the document in question would be the basis for evaluating the offers in the subject procedure. Since the Employer did not specify in a categorical manner in the SIWZ and its modification, which documents it would require in the scope of the bridge over the Szalona River, at the stage of examination and evaluation of offers, it cannot establish additional conditions and specify them.

Należy zdecydowanie podkreślić, że to Zamawiający odpowiada za właściwy i precyzyjny opis przedmiotu zamówienia, uwzględniający wszelkie istotne dane i parametry. Ma nie tylko prawo, ale i obowiązek takiego określenia jego cech, aby zamówienie spełniało jego oczekiwania. Dokonany opis i wskazane wymagania są wiążące dla Zamawiającego i wykonawców w toku postępowania i tylko do warunków wprost wyrażonych w SIWZ można odnosić treść oferty. Na tej podstawie bowiem wykonawcy ustalają, czy są w stanie zaoferować przedmiotowe zamówienie oraz podejmują decyzję o wzięciu udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zatem tylko przez pryzmat wymagań jasno określonych w SIWZ możliwe jest dokonanie badania i oceny ofert.

Nie może natomiast, w ocenie Izby, stanowić wyznacznika prawidłowości oferty Przystępującego wola czy oczekiwanie Zamawiającego w tym zakresie, nawet jeśli słuszne i uzasadnione, ale niewyartykułowane wprost w specyfikacji. Nieprawidłowe byłoby też uznanie za taki wyznacznik przyjętej przez Zamawiającego, jednak nieoczywistej dla wykonawców, określonej interpretacji ustalonych przez siebie wymagań. Nie kwestionując prawa Zamawiającego do wymagania od wykonawców określonych dokumentów, należy podkreślić, że decyzja ta winna mieć swoje jasne i wyraźne odzwierciedlenie w postanowieniach SIWZ bądź w konsekwencji również w jej modyfikacjach.

Zdaniem Izby wykonawca nie może ponosić negatywnych konsekwencji tego, że Zamawiający nie sprecyzował dostatecznie jasno i dokładnie swoich żądań w SIWZ, zaś niedokonanie, niedoprecyzowanie opisu przedmiotu zamówienia i wymagań z nim związanych nie może na etapie badania i oceny ofert wywoływać negatywnych skutków dla wykonawców, którzy nie zastosowali się do niezwerbalizowanego oczekiwania Zamawiającego.

Odrzucenie oferty z powodu jej niezgodności z treścią SIWZ może mieć miejsce wtedy, gdy niezgodność ta dotyczy wymagań jasno wyrażonych, nie zaś wymagań przedstawianych przez Zamawiającego na etapie badania ofert. Niezgodność ta nie może być konsekwencją przyjęcia określonej, ale nie zakomunikowanej w formie pisemnej interpretacji.

Izba wskazuje, że Zamawiający dokonuje oceny ofert według wcześniej określonych zasad zawartych w SIWZ. Należy pamiętać, że specyfikacja wiąże zarówno wykonawców, jak również Zamawiającego, który czynność oceny ofert powinien dokonać z zachowaniem zasady równości nakazującej mu na każdym etapie postępowania traktować wykonawców w sposób jednakowy. Izba wskazuje także że ocena złożonych ofert powinna odbywać się o jasne, wcześniej sprecyzowane przez Zamawiającego kryteria określone w SIWZ. Skoro Zamawiający w sposób wyraźny nie wymagał od wykonawców przedłożenia dokumentów, to

w konsekwencji nie powinien oceniać złożone oferty w oparciu o dokumenty wcześniej niewymagane.

Izba zauważa, że w związku z przyjętą regułą w ustawie Pzp, iż przesłanek do odrzucenia oferty, zawartych w art. 89 ust. 1 ustawy Pzp nie można interpretować rozszerzająco należy uznać, że przyczyną odrzucenia oferty nie może być okoliczność nie załączenia przez wykonawcę dokumentów, które nie zostały w sposób jasny wskazane jako wymagane w niniejszym postępowaniu. Izba zwraca uwagę, że podstawowym dokumentem zawierającym wymagania Zamawiającego jest Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia. Wymagania Zamawiającego co do przedłożenia określonych dokumentów w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego powinny być jasno określone w SIWZ bądź w jej modyfikacji, a Zamawiający powinien oceniać wymagania wyłącznie o kryteria i dokumenty wskazane w specyfikacji. Inne zachowanie Zamawiającego, prowadzić może do dowolności w ocenie złożonych ofert a w konsekwencji do złamania zasady równości i uczciwej konkurencji oraz zasady przejrzystości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wykonawcy nie mogą pozostawać w niepewności co do dokumentów jakich wymagał będzie Zamawiający w toku postępowania i jakie będzie brał przy ocenie złożonych ofert. Ponadto wykonawcy winni wiedzieć jak Zamawiający będzie oceniał oferowane przez nich zamówienie, co stanowić będzie punkt odniesienia przy niniejszej ocenie i jakie dokumenty należy złożyć wraz z ofertą. Zamawiający w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zobowiązany jest do przestrzegania zarówno zasady równości i uczciwej konkurencji ale także zasady przejrzystości postępowania wyrażonej w art. 2 Dyrektywy 2004/18 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r., w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi.

W ocenie Izby, w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający w pytaniach 114 i 119 do SIWZ odpowiedział wykonawcom w taki sposób, że z jego literalnego brzmienia nie wynikało, aby wymagał od nich przedłożenia wypełnionego przedmiaru. Jeśli zamiarem Zamawiającego było wymaganie takiego dokumentu to, winien wyraźnie określić to w SIWZ, w taki sposób, aby nie budziło to wątpliwości. Wobec niedoprecyzowania takiego wymogu w nie może w konsekwencji odrzucić oferty Przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Ponadto w ocenie Izby wymagany przez Zamawiającego zbiorczy kosztorys ofertowy (załącznik nr 2) w niniejszym stanie faktycznym pozwalał na stwierdzenie, że Przystępujący wykona przedmiotowe zamówienie na kwotę wskazaną w niniejszym kosztorysie.

Odnosząc się do argumentacji Odwołującego, powołującego się na zapisy projektu umowy Izba zauważa, co wzmacnia argumentację Zamawiającego, iż w Specyfikacji

technicznej – Wymagania ogólne Zamawiający wskazał, że wynagrodzenie w niniejszym zakresie będzie wynagrodzeniem ryczałtowym (str. 27).

Niezależnie od powyższego Izba wzięła również pod rozwagę argumentację Zamawiający, że przedmiar, którego niezłączenie do oferty jest przedmiotem sporu miał dla Zamawiającego charakter pomocniczy, zaś odpowiedzi na pytania zostały udzielone ogólnie i dotyczyły w głównej mierze budowy drogi wojewódzkiej.

Biorąc pod uwagę wszystkie okoliczności zaistniałej sprawy Izba stwierdza, że nie istniały podstawy do czynienia zarzutu niezgodności oferty Przystępującego z SIWZ, dlatego też Izba uznała, że zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego w niniejszym stanie faktycznym nie potwierdził się w zgromadzonym przez Izbę materiale dowodowym.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp Odwołujący w treści odwołania nie powołał się na konkretne okoliczności faktyczne, które wskazywałyby na naruszenie powyższego przepisu ustawy Pzp.

Należy zauważyć, iż samo powołanie się w treści odwołania na artykuł ustawy Pzp nie tworzy zarzutu. Zarzut to określona okoliczność na którą powołuje się wykonawca w związku z zachowaniem się Zamawiającego, które zdaniem wnoszącego odwołanie prowadzić może do naruszenia konkretnych przepisów ustawy. Zarzut powinien zostać zmaterializowany, t.j. dookreślony w konkretnym stanie faktycznym. Tym samym Odwołujący powinien wskazać w jaki sposób jego interes został naruszony (w wyniku jakiego zachowania-działania bądź zaniechania Zamawiającego) w jakich okolicznościach i jaki przepis ustawy w związku z powyższym został przez Zamawiającego naruszony.

Mając powyższe na względzie zdaniem Izby Odwołujący nie wykazał w sposób dostateczny powołując się na treści odpowiedzi na pytania o numerach 114 i 119, aby oferta Przystępującego była niezgodna z SIWZ w kwestionowanym przez Odwołującego zakresie (t.j. w zakresie mostu na rzece Szalona).

Konkludując Izba stwierdziła, że zarzuty podniesione przez Odwołującego nie znajdują uzasadnienia w przedstawionym Izbie materiale dowodowym i tym samym Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia przedmiotowego odwołania.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp.

Przewodniczący:

.....