

Sygn. akt: **KIO/UZP 925/10**

KIO/UZP 926/10

WYROK

z dnia 27 maja 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Agata Mikołajczyk**

Członkowie: **Aneta Mlącka**

Małgorzata Rakowska

Protokolant: **Przemysław Śpiewak**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **26 maja 2010 r.** w Warszawie, skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia **21 maja 2010 r.** do łącznego rozpoznania odwołań, wniesionych przez:

A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum: KMC Administrator Nieruchomości i Inwestycje Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Usług Specjalistycznych "Spadochroniarz" Waldemar Piotrowski, 64-920 Piła, pl. Staszica 1 (sygn. akt. KIO/UZP 925/10)

B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Robót Instalacyjno-Budowlanych GOBUD Tadeusz Kot, Przedsiębiorstwo Budowlane s.c. Adam Bach, Jan Bach, Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe Andrzej Cuber, Przedsiębiorstwo Budowlano-Instalacyjne PBI-PREFABRYKAT Łukasz Orłowski, „ZETKA” Sp. z o.o., Zenon Klincewicz, Marcin Kasprzyk, „ENET” Andrzej Ligocki, 66-920 Gorzów Wielkopolski, ul. Jagiełły 5a (sygn. akt KIO/UZP 926/10),

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego - **Państwowa Wyższa Szkoła Zawodowa w Wałczu, 78-600 Wałcz, ul. Bydgoska 50** protestów:

A. Konsorcjum: KMC Administrator Nieruchomości i Inwestycje Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Usług Specjalistycznych "Spadochroniarz" Waldemar Piotrowski, 64-920 Piła, pl. Staszica 1 z dnia 30 kwietnia 2010 r.

B. Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Robót Instalacyjno-Budowlanych GOBUD Tadeusz Kot, Przedsiębiorstwo Budowlane s.c. Adam Bach, Jan Bach, Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe Andrzej Cuber, Przedsiębiorstwo Budowlano-Instalacyjne PBI-PREFABRYKAT Łukasz Orłowski, „ZETKA” Sp. z o.o., Zenon Klincewicz, Marcin Kasprzyk, „ENET” Andrzej Ligocki, 66-920 Gorzów Wielkopolski, ul. Jagiełły 5a z dnia 30 kwietnia 2010 r.

przy udziale wykonawcy **HG INWEST BUDOWLANI Kaczmarek, Chmara sp. j., 64-800 Chodzież, ul. Buszczaka 5** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO/UZP 925/10 i KIO/UZP 926/10 po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołania.

2. Kosztami postępowania obciąża:

A. Konsorcjum: KMC Administrator Nieruchomości i Inwestycje Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Usług Specjalistycznych "Spadochroniarz" Waldemar Piotrowski, 64-920 Piła, pl. Staszica 1;

B. Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Robót Instalacyjno-Budowlanych GOBUD Tadeusz Kot, Przedsiębiorstwo Budowlane s.c. Adam Bach, Jan Bach, Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe Andrzej Cuber, Przedsiębiorstwo Budowlano-Instalacyjne PBI-PREFABRYKAT Łukasz Orłowski, „ZETKA” Sp. z o.o., Zenon Klincewicz, Marcin Kasprzyk, „ENET” Andrzej Ligocki, 66-920 Gorzów Wielkopolski, ul. Jagiełły 5a,

i nakazuje:

1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 2 962 zł 66 gr (słownie: dwa tysiące dziewięćset sześćdziesiąt dwa złote sześćdziesiąt sześć groszy) z kwoty wpisów uiszczonych przez odwołujących się, w tym:

A. koszty w wysokości 1 481 zł 33 gr (słownie: tysiąc czterysta osiemdziesiąt jeden złotych trzydzieści trzy grosze) z kwoty wpisu uiszczonego przez Konsorcjum: KMC Administrator Nieruchomości i Inwestycje Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Usług Specjalistycznych "Spadochroniarz" Waldemar Piotrowski, 64-920 Piła, pl. Staszica 1,

- B.** koszty w wysokości 1 481 zł 33 gr (słownie: tysiąc czterysta osiemdziesiąt jeden złotych trzydzieści trzy grosze) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Robót Instalacyjno-Budowlanych GOBUD Tadeusz Kot, Przedsiębiorstwo Budowlane s.c. Adam Bach, Jan Bach, Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe Andrzej Cuber, Przedsiębiorstwo Budowlano-Instalacyjne PBI-PREFABRYKAT Łukasz Orłowski, „ZETKA” Sp. z o.o., Zenon Klincewicz, Marcin Kasprzyk, „ENET” Andrzej Ligocki, 66-920 Gorzów Wielkopolski, ul. Jagiełły 5a,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 1 626 zł 66 gr (słownie: tysiąc sześćset dwadzieścia sześć złotych sześćdziesiąt sześć groszy) stanowiącej uzasadnione koszty strony, w tym:
- A.** kwoty 813 zł 33 gr (słownie: osiemset trzysta złotych trzydzieści trzy grosze) przez **Konsorcjum: KMC Administrator Nieruchomości i Inwestycje Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Usług Specjalistycznych "Spadochroniarz" Waldemar Piotrowski, 64-920 Piła, pl. Staszica 1** na rzecz **Państwowa Wyższa Szkoła Zawodowa w Wałczu, 78-600 Wałcz, ul. Bydgoska 50** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
- B** kwoty 813 zł 33 gr (słownie: osiemset trzysta złotych trzydzieści trzy grosze) przez **Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Robót Instalacyjno-Budowlanych GOBUD Tadeusz Kot, Przedsiębiorstwo Budowlane s.c. Adam Bach, Jan Bach, Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe Andrzej Cuber, Przedsiębiorstwo Budowlano-Instalacyjne PBI-PREFABRYKAT Łukasz Orłowski, „ZETKA” Sp. z o.o., Zenon Klincewicz, Marcin Kasprzyk, „ENET” Andrzej Ligocki, 66-920 Gorzów Wielkopolski, ul. Jagiełły 5a** na rzecz **Państwowa Wyższa Szkoła Zawodowa w Wałczu, 78-600 Wałcz, ul. Bydgoska 50** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać zwrotu kwoty 17 037 zł 34 gr (słownie: siedemnaście tysięcy trzydzieści siedem złotych trzydzieści cztery grosze) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołujących się, w tym:
- A.** kwoty 8 518 zł 67 gr (słownie: osiem tysięcy pięćset osiemnaście złotych sześćdziesiąt siedem groszy) na rzecz **Konsorcjum: KMC Administrator Nieruchomości i Inwestycje Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Usług Specjalistycznych "Spadochroniarz" Waldemar Piotrowski, 64-920 Piła, pl. Staszica 1,**
- B.** kwoty 8 518 zł 67 gr (słownie: osiem tysięcy pięćset osiemnaście złotych sześćdziesiąt siedem groszy) na rzecz **Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Robót Instalacyjno-Budowlanych GOBUD Tadeusz Kot, Przedsiębiorstwo Budowlane s.c. Adam Bach, Jan Bach, Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe Andrzej Cuber, Przedsiębiorstwo Budowlano-Instalacyjne PBI-PREFABRYKAT Łukasz Orłowski,**

„ZETKA” Sp. z o.o., Zenon Klincewicz, Marcin Kasprzyk, „ENET” Andrzej Ligocki, 66-920 Gorzów Wielkopolski, ul. Jagiełły 5a.

U z a s a d n i e

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Wykonanie robót budowlano-montażowych, instalacji sanitarnych, instalacji elektrycznych, wentylacji mechanicznej i innych, związanych z przebudową budynku infrastruktury edukacyjnej PWSZ w Wałczu - budynek nr 4” prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego. Do tego postępowania oraz do postępowania odwoławczego mają zastosowanie przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych [Dz. U. z 2007 r., nr 223, poz. 1655 ze zm. dalej ustawa PZP] przed zmianą jej przepisów ustawą z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. nr 223, poz.1778, zwaną ustawą zmieniającą), zgodnie z art. 4 powołanej ustawy zmieniającej [Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w BZP w dniu 29 grudnia 2009r.]. Odwołania zostały wniesione [data wpływu:17.05.2010 r.] od rozstrzygnięcia protestu [pismo. Zamawiającego – Państwowej Szkoły Zawodowej w Wałczu z dnia 12.05.2010 r.] przez następujących wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia:

- I. Konsorcjum - KMC Administrator Nieruchomości i Inwestycje sp. z o.o. oraz Przedsiębiorstwo Usług Specjalistycznych SPADOCHRONIARZ Waldemar Piotrowski z Piły [pismo z dnia 14.05.2010 sygn. akt: KIO/UZP 925/10];
- II. Konsorcjum, reprezentowane przez Lidera - Przedsiębiorstwo Robót Instalacyjno-Budowlanych GOBUD Tadeusz Kot z Gorzowa Wlkp [pismo z dnia 14.05.2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 926/10].

KMC Administrator Nieruchomości i Inwestycje sp. z o.o. oraz Przedsiębiorstwo Usług Specjalistycznych SPADOCHRONIARZ Waldemar Piotrowski z Piły wniósł ponadto w dniu 19 maja 2010 r. kolejne odwołanie [pismo z dnia 12.05.2010 r. sygn. akt: KIO/UZP 953/10], które to odwołanie wycofał na podstawie art. 189 ust.1 i 2 ustawy PZP - w piśmie z dnia 13 maja 2010r. oświadczając, iż zostało wniesione przedwcześnie.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił—w obu wskazanych wyżej sprawach - wykonawca – HG INVEST BUDOWLANI Kaczmarek Chmara sp. j.[pismo z dnia 20.05.2010 r.].

I. odwołanie – sygn. akt: KIO/UZP 925/10]

Odwołujący podniósł zarzut naruszenia art. 7 ust. 1, art. 26 ust 2 pkt.4, art. 46 ust. 1, ust. 3, art. 85 ust. 4, art. 89 ust. 1 pkt. 5, art. 91 ust. 1 ustawy PZP, co jest zdaniem wykonawcy uzasadnione podtrzymaniem dotychczasowych zarzutów z protestu złożonego względem

braku wykonania czynności nakazanych wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8.04.2010r. sygn. akt. KIO/UZP357/10, zaniechaniem badania oferty Odwołującego się konsorcjum, bezprawnym wykluczeniem Odwołujących z postępowania i odrzuceniem oferty wykonawcy oraz wskazaniem wadliwego wyniku postępowania na tego samego wykonawcę. Wskazując na protest [pismo z dnia 30 kwietnia 2010 r.], wykonawca podał, że Zamawiający naruszył zasadę równego traktowania wszystkich wykonawców i zasadę uczciwej konkurencji poprzez wykonanie wadliwych powtórnych czynności badania i oceny oferty Odwołującego konsorcjum, skutkujące wykluczeniem go z postępowania i odrzuceniem jego oferty- wbrew wyrokowi Krajowej Izby Odwoławczej. Zdaniem Odwołującego, wadliwe są czynności dotyczące:

1. odrzucenia oferty Odwołującego konsorcjum jako wykluczonego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 5 ustawy oraz nie wykonania nakazanych wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej czynności;
2. wyboru oferty Konsorcjum firm HG INWEST BUDOWLANI Kaczmarek Chmara Sp. j. oraz HYDRO-GAZ Paweł Kaczmarek z Chodzieży, a także nie wybrania oferty firmy: KMC Administrator - Nieruchomości i Inwestycje Sp. z o.o. oraz Przedsiębiorstwa Usług Specjalistycznych „Spadochroniarz” Waldemar Piotrowski z Piły jako najkorzystniejszej w postępowaniu o udzielenie w/w zamówienia.

Z tych też względów wykonawca wnosząc o uwzględnienie odwołania żąda nakazania Zamawiającemu: powtórzenie czynności badania ofert - w następstwie której nastąpi przywrócenie oferty wykonawcy do postępowania, oraz powtórzenie czynności oceny (punktacji ofert) - tj. przeprowadzenie tej czynności w odniesieniu tylko do ważnych ofert; równe traktowanie wszystkich wykonawców ubiegających się o to zamówienie publiczne w sposób zachowujący zasadę uczciwej konkurencji, oraz wybór oferty Odwołującego konsorcjum jako najkorzystniejszej w niniejszym postępowaniu. W uzasadnieniu Odwołujący wskazał, że w dniu 26 kwietnia 2010r. wykonawca uzyskał informacje, o wyborze najkorzystniejszej oferty, oraz o podstawach odrzucenia oferty wykonawcy. W tym przypadku Zamawiający przy odrzuceniu oferty konsorcjum firm oparł się na podstawie prawnej art. 89 ust. 1 pkt. 5 ustawy, wskazując iż Odwołujące konsorcjum nie przedłużyło terminu związania z ofertą. Odwołujący podał także, że na wezwanie Zamawiającego pismem z dnia 19.04.2010r. oraz pismem z dnia 21.04.2010r dokonał wyjaśnienia, poprawienia oraz przedłużenia terminu związania z ofertą dosyłając stosowną gwarancję wadialną. Zdaniem wykonawcy, Zamawiający błędnie przyjął, iż dane postępowanie jest prowadzone w stanie prawnym po wejściu w życie małej nowelizacji 2009r. Przepisy, na które w instytucji wykluczenia się powołuje zostały zmienione lub wycofane. Tym samym brak jest jakichkolwiek podstaw do wykluczenia Odwołującego konsorcjum z danego postępowania. Reasumując, Odwołujący stwierdził, że Zamawiający dokonał odrzucenia oferty

Odwołującego konsorcjum z naruszeniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Wskazane naruszenia miały wpływ na wynik postępowania - zatem Zamawiający powinien unieważnić czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz dokonać ponownego badania i oceny ofert. Odrzucając ofertę, naruszył zasadę równego traktowania wykonawców wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy, mogących zrealizować dane zamówienie publiczne zgodnie z prawnymi wymogami Zamawiającego oraz zasadę obiektywizmu i bezstronności. Należy również wziąć pod uwagę, że z chwilą wejścia do Unii Europejskiej (UE) z dniem 01 maja 2004r., władze Polski zobowiązały się do stosowania dyrektywy UE z dnia 21 grudnia 1989r. nr 89/665/EWG dotyczącej koordynacji przepisów prawnych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane. Złożyły również deklarację, że polskie prawo jest zgodne z prawem UE. Z powyższego wynika, że dotychczasowa interpretacja interesu prawnego wykonawcy w postępowaniu o zamówienie publiczne w zakresie jego działań prowadzących do przeciwdziałania udzielenia zamówienia publicznego podmiotowi nieuprawnionemu w konsekwencji naruszenia przepisów PZP, musi ulec zmianie i nie może być ograniczana do interesu prawnego uzyskania zamówienia w danym postępowaniu. Powołał się także na art. 1 ust 3 Dyrektywy nr 89/665/EWG, zgodnie z którym środki odwoławcze są dostępne podmiotowi, który ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia publicznego na dostawy lub roboty budowlane, w przypadku, gdy taki podmiot doznał uszczerbku lub zagraża mu doznanie uszczerbku w wyniku domniemanego naruszenia przepisów. W szczególności, państwa członkowskie mogą wymagać od takiego podmiotu uprzedniego powiadomienia zamawiającego o domniemanym naruszeniu przepisów i o zamiarze skorzystania ze środków odwoławczych. Z treści powyższego artykułu wynika, że dyrektywa nie ogranicza dostępu do środków odwoławczych tylko w przypadku naruszenia interesu prawnego, ale umożliwia taki dostęp przy naruszeniu każdego interesu. Zdaniem wykonawcy, Zamawiający w uzasadnieniu rozstrzygnięcia protestu nie wniósł żadnych dodatkowych treści ponad pokazane w instytucji wykluczenia. Wola wykonawcy, co do przedłużenia terminu związania ofertą, w świetle przepisu art. 65 kodeksu cywilnego, jest jednoznaczna i nie może budzić wątpliwości w sytuacji, gdy Odwołujący, jak w przedmiotowym postępowaniu, przedkłada nową gwarancję wadialną i bierze aktywny udział w procedurze przetargowej poprzez składanie wyjaśnień, dokumentów oraz środków ochrony prawnej. Wskazywanie w takich okolicznościach, iż upłynął termin związania ofertą przeczy zdrowemu rozsądkowi oraz zasadom zawartym w ustawie Prawo zamówień publicznych. O tym bowiem, iż dany podmiot jest związany złożoną ofertą świadczy także szereg czynności podejmowanych przez niego w postępowaniu. Wyeliminowanie w takim przypadku Odwołującego z postępowania świadczy o skrajnie formalistycznym podejściu do procedury przetargowej, która staje się celem samym w sobie,

a jak wynika z ostatnich nowelizacji Prawa zamówień publicznych, nie taka była intencja ustawodawcy. Procedura sama w sobie nie może być celem, ale powinna czemuś służyć. W przypadku sytuacji Odwołującego podejście Zamawiającego nie służy niczemu, a prowadzi jedynie do wyeliminowania za wszelką cenę z postępowania korzystniejszej cenowo oferty. Takie działanie Zamawiającego wyczerpuje przesłanki nadużycia prawa. Wobec takiej sytuacji Odwołujące konsorcjum podtrzymuje wskazane zarzuty na czynności Zamawiającego podjęte w toku postępowania przetargowego zawarte w proteście, a dotyczące oferty wykonawcy. Wskazane wyżej czynności Zamawiającego naruszają interes prawny Odwołującego konsorcjum. Wbrew nakazowi wyroku Krajowej Izby Odwoławczej oferta Odwołującego w powtórnych czynnościach znowu nie była oceniana. Zamawiający w toku postępowania tego zamówienia publicznego zaniechaniem i swoimi wadliwymi czynnościami, naruszył artykuły ustawy, co wyróżnia niektórych wykonawców występujących w tym postępowaniu oraz narusza zasady uczciwej konkurencji oraz zasady równego traktowania. Powyższe uniemożliwia tym samym Odwołującemu konsorcjum pozyskanie tego zamówienia publicznego- a przy jedynym kryterium oceny ofert cena oferty Odwołującego jest najniższa. Z tych też względów Odwołujące konsorcjum wnosi o uwzględnienie odwołania i powtórzenie czynności zgodnie z żądaniem.

II. odwołanie sygn. akt: KIO/UZP 926/10

W odwołaniu wykonawca stwierdził, że Zamawiający postanowieniami dotyczącymi rozstrzygnięcia protestu naruszył następujące przepisy ustawy Pzp: art. 7 ust. 1 Pzp poprzez dyskryminujące działanie skierowane wobec odwołującego, art. 26 ust. 3 Pzp poprzez dokonanie czynności wzywania wykonawcy do złożenia dokumentów czego czynić mu nie wolno było, art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp poprzez poprawienie omyłki w sposób taki, iż nie było to usunięcie oczywistego błędu tylko dokonanie samowolnych zapisów niezgodnych z wolą wykonawcy, oraz art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp poprzez przyjęcie, iż oferta odwołującego nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Odwołujący na powyższej podstawie wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia postanowienia o „odrzuconiu z postępowania” odwołującego czy też odrzuceniu jego oferty; nakazanie zamawiającemu unieważnienie rozstrzygnięcia o wyborze oferty konsorcjum firm „HG INWEST BUDOWLANI Kaczmarek Chmara sp.j. w Chodzieży „ HYDRO-GAZ” Paweł Kaczmarek w Chodzieży jako najkorzystniejszej; nakazanie zamawiającemu dokonanie ponownego badania i oceny ofert; oraz nakazanie zamawiającemu dokonanie ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty. Dalej wykonawca wskazał, że Zamawiający naruszył jego interes prawny albowiem poprzez wykluczenie wykonawcy z postępowania i odrzucenie jego oferty, pozbawia wykonawcę możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego. Zmiana decyzji

zamawiającego polegająca na uznaniu, iż wnoszące odwołanie konsorcjum nie podlega wykluczeniu z postępowania a jego oferta nie podlega odrzuceniu spowoduje, że oferta konsorcjum będzie w relacji do innych ofert najkorzystniejszą, ponieważ w jedynym kryterium wyboru najkorzystniejszej oferty którym jest cena, cena oferty odwołującego się jest najkorzystniejsza spośród wszystkich złożonych ofert, co spowoduje iż odwołujący uzyska przedmiotowe zamówienie publiczne. W uzasadnieniu odwołania wykonawca wskazał, że Odwołujący w złożonym proteście kwestionował uprawnienie zamawiającego do używania narzędzia przyznanego mu mocą przepisu art. 87 ust 2 pkt 3Pzp co do poprawiania innych omyłek, jako możliwości dokonywania zmian przez zamawiającego w sposób dowolny, według swego wyobrażenia jak w ofercie powinien być dokonany zapis. Istotą tej regulacji jest to, aby zamawiający mógł poprawić to co w sposób oczywisty nie było intencją wykonawcy aby się w ofercie znalazło, a znalazło się w niej przez jego widoczną i czytelną pomyłkę, a poprawienie ma doprowadzić do zaistnienia zgodności woli wykonawcy z jej przejawem w formie oferty. Zatem sprowadza się to do konieczności właściwego odczytania przez zamawiającego woli wykonawcy co w ofercie miało się znajdować. Zatem uprawnienie zamawiającego może używać w trakcie postępowania w sposób uzasadniony i czytelny i w sposób zgodny z dorozumianą wolą wykonawcy składającego ofertę. W tym przypadku jednak tak się nie stało i odwołujący nie jest w stanie stwierdzić dlaczego zamawiający wpisał dane wielkości, które zupełnie do niczego nie pasują, z którymi się w żaden sposób zgodzić nie może. Zamawiający w trakcie postępowania przed KIO będzie musiał udzielić odpowiedzi co do tego, z czego wynikało przyjęcie przez niego danych wielkości, które wpisał i którego to wpisu zażądał potwierdzenia. Problem jednak w tym, że przepisy prawa nie wyposażają natomiast wykonawcy w oręż do walki z takimi samowolnymi poczynaniami zamawiającego, które doprowadzają do tego, że zmienia on treść oferty według swego uznania nie licząc się z dorozumianą wolą składającego ofertę, a rygor dotyczy tylko wykonawcy, że jak nie wyrazi na takie postępowanie zamawiającego zgody, to zostanie jego oferta odrzucona. Właściwe jest zatem sięgnięcie do art. 7 Pzp i szukanie ochrony przez odwołującego w zakresie tej regulacji prawnej, przyznającej ochronę wykonawcy a która zawiera zakaz różnego traktowania wykonawców przez zamawiającego. Bowiem odwołujący uważa, iż jest traktowany przez zamawiającego w sposób dyskryminujący, czego nie można powiedzieć na pewno o innych uczestnikach tego postępowania. Wobec powyższego odwołanie jest uzasadnione.

Rozstrzygając protesty wniesione w dniu 30 kwietnia 2010 r. zamawiający podał, co następuje:

W rozstrzygnięciu protestu, dotyczącego sprawy sygn. akt: KIO/UZP 925/10 odnośnie odrzucenia oferty wykonawcy wnoszącego protest, jako wykluczonego na podstawie art. 89

ust 1 pkt. 5 ustawy, Zamawiający podał, że zarzut ten nie ma uzasadnienia faktycznego. Zamawiający nie wykluczył bowiem wykonawcy na tej podstawie, i treść zarzutu jest sprzeczna z uzasadnieniem faktycznym, które przedstawił Zamawiający pismem z dnia 26.04.2010 r., stanowiącego wynik przetargu nieograniczonego. Zamawiający powołał się na art. 24 ust 4 w związku z art. 24 ust. 2 pkt 2, zgodnie z którym „Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy nie wnieśli wadium do upływu terminu składania ofert, na przedłużony okres związania ofertą lub w terminie, o którym mowa w art. 46 ust 3, albo nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą”. Także zarzut zawarty w pkt. 2 protestu z dnia 30.04.2010 roku jest nieprawdziwy. Zamawiający wykonał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 08.04.2010 r. sygn. akt KIO/UZP 357/10, którym to wyrokiem Izba nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego, jak również powtórzenie czynności badania ofert i oceny ofert z udziałem oferty Odwołującego. Dowodem w tym przypadku jest fakt wezwania wykonawcy - zgodnie z art. 87 ust 2 pkt. 2 oraz 3 ustawy PZP - w dniu 19.04.2010 r. do wyjaśnienia treści oferty, do wniesienia wadium zgodnie z art. 46 ust. 3 Ustawy Pzp oraz do wyrażenia zgody na poprawienie oczywistych omyłek rachunkowych. Zamawiający stwierdził także, że nie był zobligowany, wyrokiem KIO do wybrania oferty wykonawcy jako najkorzystniejszej. Wykonując czynności nakazane wyrokiem KIO, Zamawiający uwzględnił dokumenty oraz wyjaśnienia złożone przez wykonawcę. Zamawiający stwierdził także, że zgodnie z obowiązującym prawem wynikającym z nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych, która weszła w życie w dniu 22 grudnia 2009 z. (Dz. U. Nr 206, poz. 1591) prawidłowo dokonał czynności zwrotu wadium, zgodnie z art. 46 ust. 1 i 3 ustawy PZP. Zdaniem Zamawiającego wykonawca prawidłowo rozróżnia czynność wniesienia wadium i odrębną czynność, przedłużenia terminu związania ofertą. Zgodnie z art. 85 ust. 4 ustawy, wykonawca zobowiązany był do przedłużenia terminu związania ofertą na podstawie wezwania Zamawiającego, określonego pismem z dnia 24.02.2010 r., mógł również samodzielnie przed upływem terminu związania ofertą na podstawie art. 85 ust 2 ustawy dokonać przedłużenia terminu związania ofertą, czego nie uczynił, składając jedynie gwarancje wadialną, z której nie wynika, że wykonawca przedłuży termin związania ofertą i nie jest oświadczeniem woli wykonawcy przedłużenia terminu związania ofertą zgodnie z wezwaniem Zamawiającego. Z tych też względów oferta wykonawcy od dnia 23.04.2010 r. jest nieważna. Złożenie gwarancji wadialnej nie jest oświadczeniem woli przedłużenia terminu związania ofertą. Czynność złożenia wadium i czynność przedłużenia terminu ważności wadium są odrębnymi czynnościami, których nie można zamiennie uznawać. Zamawiający wskazał także na brak interesu prawnego wykonawcy. Celem potwierdzenia prawidłowego działania Zamawiający odwołał się do orzecznictwa KIO, stwierdzając, że termin związania ofertą musi być oświadczeniem woli wykonawcy stanowiącym odrębny

dokument od gwarancja wadialnej, lub w gwarancji wadialnej konieczne jest użycie sformułowania „na okres związania ofertą” bądź podobnie, czego w gwarancji wadialnej wykonawcy nie było. Powołując się na orzecznictwo Zamawiający stwierdził, że zgodnie z zasadą pisemności postępowania wyrażoną w art. 9 ust. 1 ustawy Pzp takie oświadczenie powinno być złożone Zamawiającemu na piśmie w formie określonej w sposobie porozumiewania się przez Zamawiającego z wykonawcami w SIWZ. Tym samym wykonawca mógł i - jeśli oczekiwał wyboru swojej oferty w postępowaniu - powinien był z uprawnienia, które daje mu przepis art. 85 ust 2 ustawy skorzystać i przed upływem terminu związania ofertą złożyć Zamawiającemu swoje wyraźne oświadczenie woli o przedłużenie terminu związania ofertą". Wskazał także, że do skutecznego przedłużenia przez wykonawcę terminu związania ofertą, konieczne jest dokonanie przez wykonawcę dwóch czynności - złożenie oświadczenia o wyrażeniu zgodny na przedłużenie terminu związania ofertą oraz przedłużenie okresu ważności wadium (względnie wniesć nowe wadium), na przedłużony okres związania ofertą. Dokonanie wyłącznie jednej czynności musi skutkować uznaniem, iż przedłużenie zostało dokonane w sposób wadliwy, a tym samym - nie jest skuteczne. Zamawiający powołał się także na art. 184 ust.1a ustawy PZP, podnosząc, że zgodnie z tym przepisem w postępowaniu o wartości mniejszej, niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp, odwołanie przysługuje wyłącznie od rozstrzygnięcia protestu dotyczącego enumeratywnie wymienionych czynności zamawiającego. Wartość zamówienia w badanym postępowaniu jest mniejsza niż kwoty określone w przywołanym przepisie. W takiej sytuacji ustawodawca dopuścił możliwość wniesienia odwołania tylko od rozstrzygnięcia protestu dotyczącego wyłącznie czynności bezpośrednio godzących w najistotniejsze interesy wykonawcy, korzystającego z tego środka ochrony prawnej i polegające na wykluczeniu wykonawcy z udziału w postępowaniu lub odrzuceniu jego oferty. Odwołujący się nie posiada oferty zabezpieczonej wadium, zatem podlegał wykluczeniu z postępowania. Wniesienie przez odwołującego się protestu, który poprzedzał rozpatrywane odwołanie, nastąpiło po upływie terminu ważności wadium i w żaden sposób nie może spowodować przywrócenia ciągłości zabezpieczenia oferty wadium. Kolejnym argumentem - wynikającym z orzecznictwa - na tezę konieczności odrzucenia oferty jest zdaniem Zamawiającego brzmienie ust. 4 art. 85 ustawy PZP, zgodnie z którym przedłużenie terminu związania oferta, jest dopuszczalne tylko z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium albo, jeżeli nie jest to możliwe, z wniesieniem nowego wadium na przedłużony termin związania ofertą. Przedłużenie terminu związania ofertą ma podstawowe znaczenie dla wykonawcy biorącego udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Determinuje bowiem jego dalsze uczestnictwo w postępowaniu w sytuacji, gdy pierwotny termin związania ofertą kończy się, a postępowanie nie zostało jeszcze rozstrzygnięte. Wyrazem tego jest art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp

nakazujący zamawiającemu wykluczenie z postępowania wykonawcy, który nie zgodził się na przedłużenie terminu związania ofertą. Zgoda w tym przypadku nie może mieć charakteru dorozumianego, lecz winna być oświadczeniem wykonawcy. Wniosek taki wypływa z treści cytowanego wyżej art. 85 ust. 2 i 4 ustawy Pzp, które dla dokonania skutecznego przedłużenia terminu związania ofertą przewidują dla wykonawcy obowiązek dokonania dwóch czynności: złożenie oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą oraz jednoczesne przedłużenie okresu ważności wadium (ust. 4).

W zakresie protestu dotyczącego sprawy KIO/UZP 926/10, Zamawiający podał, że w piśmie z 19.04.2010 roku zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 PZP poprawił oczywiste, jego zdaniem omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia i zawiadomił o tym fakcie wykonawcę. Wykonawca, faktycznie nie tylko nie zgodził się na poprawienie omyłek co zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 7 zmusza zamawiającego do odrzucenia oferty, a nawet w swych wyjaśnieniach potwierdził, że w ofercie są błędy w obliczeniu ceny- Błąd w obliczeniu ceny wynika z braku uwzględnienia w złożonej ofercie całej, istotnej branży sanitarnej (bufet). Taka sytuacja zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 6 także zmusza Zamawiającego do odrzucenia oferty. Odwołując się do literatury przedmiotu podał, że „Od omyłki rachunkowej w obliczeniu ceny należy odróżnić błąd w obliczeniu ceny. Błąd ten nie może być poprawiony w podanym wyżej trybie, a jego stwierdzenie skutkuje odrzuceniem oferty (art. 89 ust. 1 pkt 6). Pojęcie błędu wiąże się z instytucją oświadczenia woli w rozumieniu prawa cywilnego. W świetle prawa błąd stanowi jedną z wad oświadczenia woli (art. 82 i nast. kc). Błąd oznacza mylne wyobrażenie o prawdziwym stanie rzeczy, a istotny jest wówczas, gdy uzasadnia przypuszczenie, że gdyby składający oświadczenie woli nie działał pod wpływem błędu i oceniał sprawę rozsądnie, nie złożyłby oświadczenia tej treści (art 84 § 1 i 2 Kc). W praktyce chodzi z reguły o błąd co do faktu, polegający na fałszywym wyobrażeniu nie tyle o samej treści oświadczenia woli, ile o innych składnikach czynności prawnej. W przypadku zamówień publicznych może to dotyczyć m. in. takich elementów, jak przedmiot zamówienia czy cena". Zamawiający nie zgodził się z zarzutami dotyczącymi naruszenia przepisu Ustawy w zakresie art. 7 ust, 1 ustawy Pzp, poprzez nie przeprowadzenie przez Zamawiającego postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, co wyrażało się w żądaniu przedstawienia kosztorysów szczegółowych na części zamówienia pomimo tego że z SIWZ nie wynikał taki obowiązek, co wprowadziło dowolność w kształtowaniu wymogów wobec równych wykonawców. Wobec powyższego zarzutu Zamawiający wskazał, że zgodnie z rozdziałem XI pkt. 4 ppkt. 4.7 SIWZ, wymagał od wykonawców dołączenia do oferty kosztorysów ofertowych opracowanych metodą szczegółową na podstawie przedmiaru robót, dokumentacji technicznej oraz opisu przedmiotu zamówienia (załącznik nr 1), a także

zestawienie materiałów wraz z ich cenami". Wobec tego wykonawca zobowiązany był do szczegółowego opracowania kosztorysów w tym również na jeden z elementów części I tj. kosztorysu branży sanitarnej dla klubokawiarni (bufetu), o czym jak wynika ze złożonych wyjaśnień i dołączonego kosztorysu wykonawca zapomniał i w ten sposób błędnie wyliczył cenę. Na dowód tego Zamawiający, jak podkreślił w piśmie wzywającym do wyjaśnienia oferty i uzupełnienia dokumentów, żądał od wykonawcy owego kosztorysu dla danej branży w celu sprawdzenia, czy wykonawca ten kosztorys dołączy, co miało być dowodem na to, że w pierwotnej ofercie tego kosztorysu brakowało, a tym samym brakowało istotnej części zamówienia. Brak tej części zamówienia w ofercie nie mógł być poprawiony przez Zamawiającego w żaden sposób z uwagi na brak jakiegokolwiek odniesienia w złożonej ofercie umożliwiającego poprawienie przez Zamawiającego oferty, Zgodnie z art 87 ust. 2 Pzp to Zamawiający poprawia ofertę a nie wykonawca. Faktycznie wykonawca swym pismem z dnia 21.04.2010r. próbował uzupełnić ofertę. Uwzględnienie "przez Zamawiającego brakującej części oferty (kosztorysu) prowadziłoby do zakazanej prawem - zmiany treści oferty. Powołując się na orzecznictwo, podał, że oferta nieodpowiadająca treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia to taka, która jest sporządzona odmiennie, niż określają to postanowienia siwz. Odmienność ta może przejawiać się w zakresie proponowanego przedmiotu zamówienia, jak też w sposobie jego realizacji. Niezgodność treści oferty z treścią siwz. ma miejsce również w sytuacji gdy zaoferowany przedmiot dostawy nie odpowiada opisanemu w siwz. przedmiotowi zamówienia co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu zaspokajającym oczekiwania i interesy zamawiającego", co miało miejsce w przypadku oferty Protestującego. Zamawiający przyjmując podaną w ofercie kwotę za wykonanie przedmiotu zamówienia jako kwotę wynagrodzenia ryczałtowego, musi jednocześnie, na podstawie złożonej oferty mieć pewność, iż oferta obejmuje, jak już napisano powyżej, całość przedmiotu zamówienia, określonego w SIWZ. W przypadku oferty wykonawcy, nie można było tego stwierdzić. Dalej Zamawiający wskazał, że interpretacja art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp ukształtowana w orzecznictwie oraz znajdująca odzwierciedlenia w stanowisku doktryny nakazuje odniesienie normy wskazanego przepisu do merytorycznego aspektu zaoferowanego przez wykonawców świadczenia oraz merytorycznych wymagań zamawiającego, a w szczególności co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia. Zatem o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ można mówić w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada przedmiotowi zamówienia w ten sposób, że nie zapewnia jego realizacji w sposób opisanych przez Zamawiającego w SIWZ. Stwierdził także, że brak w kosztorysie niektórych pozycji cenotwórczych, uwzględnionych przez zamawiającego w przedmiarze robót, stanowi o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ". W tym postępowaniu wykonawca nie załączył do pierwotnej oferty

kosztorysu branży sanitarnej klubokawiarni (bufetu), a który to przedmiar Zamawiający wyraźnie oddzielił od reszty przedmiarów, w związku z czym jego oferta podlega odrzuceniu. Należy w tym miejscu również zaznaczyć, iż w pozostałych załączonych do oferty kosztorysach nie można również odnaleźć pozycji dotyczących branży sanitarnej klubokawiarni (bufetu), które gwarantowałyby wycenę i późniejsze wykonanie wymaganych robót. Brak jest więc wyceny pełnego zakresu przedmiotu zamówienia, o którym jest mowa w SIWZ. Zamawiający stwierdził także, że przez złożenie oferty w postępowaniu przetargowym nawiązuje się między wykonawcą a zamawiającym stosunek przetargowy oparty na akceptacji postanowień SIWZ. Wykonawcy biorący udział w postępowaniu mają prawo oczekiwać, że złożone przez nich oferty, oświadczenia i dokumenty zostaną ocenione wyłącznie na podstawie wymagań zawartych w SIWZ. Odpowiednio zobowiązaniem Zamawiającego jest dokonanie oceny jedynie na podstawie sformułowanych w SIWZ zasad i wymagań, co też Zamawiający uczynił. Obowiązek przestrzegania na każdym etapie postępowania postanowień SIWZ jest nie tylko wyrazem formalizmu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowi również realizację zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wynikającej z art. 7 ust. 1 Pzp. Zamawiający podał także, że ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu dokonywana jest w pierwszym rzędzie, przed oceną ofert, a brak spełniania któregośkolwiek warunku powoduje wykluczenie wykonawcy z postępowania a jego ofertę uznaje się za odrzuconą, na podstawie art 24 ust. 4 ustawy Pzp". Wskazał również, że przesłanki odrzucenia oferty określone w art. 89 Pzp podlegają ścisłej interpretacji. Zgodnie z brzmieniem art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp zamawiający odrzuca ofertę, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Przesłanka ta nie obejmuje obowiązku badania przez zamawiającego okoliczności, czy wykonawca zapoznał się z treścią siwz i w jakim zakresie, Odzwierciedleniem znajomości przez wykonawcę wymagań zamawiającego jest bowiem treść złożonej oferty, która podlega badaniu i ocenie. Tylko w przypadku niezgodności merytorycznej treści oferty z treścią siwz zamawiający odrzuca ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Zdaniem Zamawiającego, wykonawca przyznał, że „Zamawiający dokonał dowolnego ustalenia przez siebie wielkości kwotowych w trybie poprawiania oczywistych omyłek, czego uznać za poprawienie nie można, a co było działaniem wbrew woli protestującego, gdyż zmieniało ofertę". Wykonawca potwierdził zatem przypuszczenia Zamawiającego, że nie wyraził on zgody na poprawienie oczywistych omyłek rachunkowych, co wynikało wprost z kosztorysów jakie załączył Protestujący do swojej oferty. Zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 poprawienie przez Zamawiającego, w powyższym trybie, omyłki w ofercie wykonawcy nie jest uzależnione od uprzedniego przeprowadzenia z wykonawcą stosownych uzgodnień czy negocjacji, ale zależy od charakteru tej omyłki. Omyłki, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt. 3 Pzp, powinny mieć taki charakter, by czynności ich poprawy mógł dokonać

Zamawiający samodzielnie, bez udziału wykonawcy w tej czynności. „Oczywistość” omyłki rachunkowej poprawianej we wskazanym trybie powinna być możliwa do ustalenia na podstawie oferty, bez konieczności prowadzenia negocjacji z wykonawcą. Podał także, że „Niezgodność SIWZ może zachodzić tylko i wyłącznie w stosunku do wymogów merytorycznych, a nie wymogów formalnych wskazanych w SIWZ, (...) Ustawodawca przesłanki odrzucenia oferty ograniczył wyłącznie do niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji. Niezgodność treści oferty należy oceniać w kategorii oferty zdefiniowanej w art. 66 KC, czyli niezgodności oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami zamawiającego w merytorycznym zakresie przedmiotu zamówienia.”

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca – HG INWEST BUDOWLANI Kaczmarek Chmara sp. j. z Chodzieży, który zgodził się z argumentacją Zamawiającego. W odniesieniu do odwołania sygn. akt KIO/UZP 925/10 stwierdził, że oferta Odwołującego musi zostać odrzucona ponieważ wykonawca na wezwanie Zamawiającego nie przedłużył terminu związania ofertą. W odniesieniu do odwołania sygn. akt KIO/UZP 926/10 stwierdził, że całkowicie zgadza się z argumentami Zamawiającego, albowiem Zamawiający w piśmie z 19.04.2010 r. zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy poprawił oczywiste, jego zdaniem omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia i zawiadomił o tym fakcie wnoszącego odwołanie wykonawcę. Odwołujący, faktycznie nie tylko nie zgodził się na poprawienie omyłek, [co zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 7 zmusza Zamawiającego do odrzucenia oferty] a nawet w swych wyjaśnieniach potwierdził, że w ofercie są błędy w obliczeniu ceny. Błąd w obliczeniu ceny wynika z braku uwzględnienia w złożonej ofercie całej, istotnej branży sanitarnej (bufet). Taka sytuacja zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy także zmusza Zamawiającego do odrzucenia oferty.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia SIWZ wraz z załącznikami, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępującego złożone podczas rozprawy, **ustaliła i zważyła co następuje:**

Izba rozpoznała łącznie odwołania na podstawie zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 maja 2010 r., wydanego w tym przedmiocie.

Izba stwierdziła, że do tego postępowania mają zastosowanie przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych [dalej ustawa pZP] ze zmianą wynikającą z

ustawy 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).

KIO ustaliła, iż przedmiotem zamówienia są roboty budowlane, a wartość zamówienia ustalona została na kwotę 2.825.0403,67 zł, co stanowi równowartość kwoty 728.741,49 euro. Zatem do tego postępowania ma zastosowanie przepis art. 184 ust.1a ustawy PZP, w myśl którego w postępowaniu o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust.8 ustawy PZP [tak jak w niniejszej sprawie] odwołanie przysługuje wyłącznie od rozstrzygnięcia protestu dotyczącego: (1) wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki i zapytania o cenę, (2) opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, (3) wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia, oraz (4) odrzucenia oferty. Zgodnie z § 1 rozporządzenia z dnia 23 grudnia 2009 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich (Dz. U. nr 224, poz.1795) dla robót budowlanych wartość zamówienia [o której stanowi art. 11 ust.8 ustawy PZP]- określona została na kwotę 4.845.000 euro.

Wobec powyższych ustaleń oraz uwzględniając treść wniesionych odwołań, Izba stwierdziła, że podlegają rozpatrzeniu przez KIO, w następującym zakresie:

- 1) **odwołanie o sygnaturze KIO/UZP 925/10** - tylko w zakresie zarzutów dotyczących odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 5 ustawy PZP;
- 2) **odwołanie o sygnaturze KIO/UZP 926/10** - tylko co do zarzutów dotyczących odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 i 7 ustawy PZP.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpatrując zarzuty podniesione w odwołaniach, w granicach powyżej podanych, na podstawie powiadomienia zawartego w piśmie z dnia 26 kwietnia 2010 r. o wyniku przetargu nieograniczonego ustaliła, co następuje:

1. wykonawca - KMC Administrator Nieruchomości i Inwestycje sp. z o.o. oraz Przedsiębiorstwo Usług Specjalistycznych SPADOCHRONIARZ Waldemar Piotrowski z Piły został wykluczony z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art.24 ust.2 pkt 2 ustawy PZP, albowiem – zdaniem Zamawiającego - nie przedłużył okresu związania ofertą;
2. oferta wykonawcy - Przedsiębiorstwo Robót Instalacyjno-Budowlanych GOBUD Tadeusz Kot z Gorzowa Wilkp. [lider Konsorcjum] została odrzucona na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2, gdyż zdaniem Zamawiającego treść tej oferty nie odpowiada treści specyfikacji oraz – jak podano w uzasadnieniu prawnym - na podstawie art. 89 ust.1 pkt 7 ustawy PZP, z

uwagi na brak zgody wykonawcy na poprawienie omyłki, o której stanowi przepis art. 87 ust.2 pkt 3 ustawy PZP.

Izba ustaliła także, że w niniejszym postępowaniu złożono siedem ofert, zgodnie ze specyfikacją jedynym kryterium wyboru oferty najkorzystniejszej była cena, i odwołujący się wykonawcy zaproponowali ceny niższe, od pozostałych wykonawców, odpowiednio [ZP-12] Odwołujący 1- cenę sklasyfikowaną na 2 pozycji – w wysokości 2.302.591,88 zł, a Odwołujący 2 - cenę najniższą w wysokości 2.212.000 zł. Uwzględniając zatem przepis art. 179 ust.1 ustawy PZP, KIO stwierdziła, że wykonawcy mieli interes prawny we wniesieniu odwołań.

I. Rozpatrując odwołanie o sygn. akt: KIO/UZP 925/10 w zakresie naruszenia art. 89 ust.1 pkt 5 ustawy PZP, Izba miała na uwadze treść protestu oraz wymagania formalno-prawne określone w art. 180 ust.8 ustawy PZP. Zgodnie z tym przepisem protest w pierwszej kolejności powinien wskazywać oprotestowaną czynność, zawierać żądanie, a także zwięzłe przytoczenie zarzutów oraz okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie protestu. Podobnie odwołanie zgodnie z § 1 regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań [rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 2.10.2007 r. (Dz. U.187, poz.1326)]. Z ustaleń Izby bezspornie wynika, że zarzut dotyczy bezpodstawnego wykluczenia wykonawcy z postępowania, z powodu nie przedłużenia – zdaniem Zamawiającego - terminu związania ofertą. Okoliczność ta została przyznana w toku rozprawy przez Odwołującego, który oświadczył, że tylko z ostrożności procesowej powołał dodatkowo przepis art. 89 ust.1 pkt 5 (w aktualnym brzmieniu), albowiem skutkiem wykluczenia wykonawcy z postępowania było odrzucenie jego oferty.

Rozpatrując zarzut bezpodstawnego wykluczenia wykonawcy z postępowania z powodu braku zgody Odwołującego na przedłużenie okresu związania ofertą, Izba stwierdziła, że zarzut ten zasługuje na uwzględnienie.

W tym przypadku Izba ustaliła, że Zamawiający pismem z dnia 19 kwietnia 2010 r. wezwał wykonawcę do wniesienia wadium, wskazując na art. 46 ust. 3 ustawy, oraz podając że wadium powinno być ważne do dnia 22 maja 2010 r. Na powyższe wezwanie wykonawca – w terminie wyznaczonym - przedłożył przy piśmie z dnia 21 kwietnia 2010 r. Gwarancję ubezpieczeniową zapłaty wadium. W treści tej gwarancji podano (§1), że stanowi ona zabezpieczenie określone w art. 45 ustawy – Prawo zamówień publicznych, oraz stanowi zabezpieczenie zapłaty wadium zgodnie z wymaganiami specyfikacji dla tego przetargu na „Wykonanie robót budowlano-montażowych, instalacji sanitarnych, instalacji elektrycznych,

wentylacji mechanicznych i innych związanych z przebudową budynku infrastruktury edukacyjnej PWSZ w Wałczu – budynek 4”.

Mając tak ustalony stan faktyczny, Izba uznała, że brak jest podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust.2 pkt 2 ustawy PZP, albowiem zdaniem Izby Odwołujący, zgodnie z wezwaniem Zamawiającego, przedkładając gwarancję ubezpieczeniową wniósł wadium na wymagany okres i jednocześnie przedłużył okres związania ofertą do dnia 22 maja 2010 r. Z treści tej gwarancji bezspornie wynika bowiem, że dotyczy ona przedmiotowego postępowania i ma służyć zabezpieczeniu zapłaty wadium dla przedmiotowego przetargu zgodnie z wymaganiami art. 45 ustawy i specyfikacji. Wymaganie zatem odrębnego, złożonego na piśmie, oświadczenia woli od wykonawcy o przedłużeniu terminu związania ofertą, w tym konkretnym przypadku, nie jest uprawnione. Nie budzi bowiem wątpliwości, zdaniem Izby, że ze złożeniem dokumentu Gwarancji ubezpieczeniowej w tym przetargu wiąże się także złożenie oświadczenia woli o przedłużeniu terminu związania ofertą. Izba zauważa także, że wykonawca nie został wezwany w piśmie z dnia 19 kwietnia 2010 r. do złożenia odrębnego dokumentu zawierającego oświadczenie wykonawcy, co do wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą.

W toku rozprawy Izba stwierdziła jednocześnie, że wykonawca nie kwestionował twierdzeń Zamawiającego, co do braku samodzielnego przedłużenia przez Odwołującego, zgodnie z dyspozycją przepisu art. 85 ust.4 ustawy PZP, terminu związania ofertą, na dalszy okres po dniu 22 maja 2010 r. Nie wniósł także wadium na ten przedłożony okres.

Tym samym, uwzględniając przepis art. 191 ust.1a ustawy PZP ta okoliczność ma zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej, wpływ na rozstrzygnięcie Izby, mimo uwzględnienia zarzutu, w zakresie braku podstaw wykluczenia Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia w dacie 26 kwietnia 2010 r. W tym przypadku bowiem w dniu 22 maja 2010 r. nastąpił upływ terminu związania ofertą.

II. Rozpatrując zarzuty z odwołania o sygn. akt: KIO/UZP 926/10, w zakresie bezpodstawnego odrzucenia oferty wykonawcy na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 i 5 ustawy PZP, Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W tym przypadku Izba ustaliła, że Zamawiający pismem z dnia 19 kwietnia 2010 r. wezwał wykonawcę na podstawie art. 26 ust.3 ustawy, do uzupełnienia oferty o kosztorys branży sanitarnej dla części I w zakresie klubokawiarni – bufetu. Jednocześnie Zamawiający stwierdził niezgodność kwot pozostałych załączonych do oferty kosztorysów z częścią I i częścią II Formularza ofertowego i zawiadomił wykonawcę, że na podstawie art. 87 ust.2 pkt

3 ustawy poprawia w ofercie omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją, a mianowicie: dla części I podano 39.876,28 zł, a powinno być 36.921,31 zł a dla część II - 2.172.123,72 zł, a powinno być – 2.175.078,69 zł, oraz zwrócił się o zgodę na ich poprawienie. W odpowiedzi, wykonawca przedłożył kosztorysy branży sanitarnej z rozbiciem na branżę sanitarną na kwotę 323.502 zł oraz na branżę sanitarną – klubokawiarnia –bufet na kwotę 4.497,02 zł, a także podał, że cena (bruttu) dla I części zamówienia wynosi – 41.418,33 zł a dla części II – 2.170.581,67 zł. Podał także, że łączna cena oferty stanowi kwotę 2.212.000 zł. Jednocześnie wyraził zgodę na poprawienie omyłek, jednakże w zakresie takim jak to wynikało z przedłożonych przez niego wyjaśnień w piśmie z dnia 21 kwietnia 2010 r. Zamawiający w toku rozprawy wyjaśnił także, że ustalenie, co do omyłek w zakresie których wymagana była zgoda Odwołującego, oparł na treści formularza oferty wykonawcy i kosztorysach załączonych do oferty, z których to dokumentów wynikały rozbieżności w podanych wartościach.

Uwzględniając powyższe ustalenia Izba stwierdziła, iż oferta przedłożona przez wykonawcę, de facto nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w rozumieniu art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy PZP. Zdaniem Izby, Odwołujący powyższą okoliczność potwierdził w piśmie z dnia 21 kwietnia 2010 r., albowiem z proponowanej przez niego zmiany, w zakresie wartości podanych w ofercie wynika, że nie uwzględnił w kwocie łącznej ceny oferty 2.212.000 zł, kosztu dotyczącego branży sanitarnej dla klubokawiarni (bufet), co było wymagane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (w tym w materiałach przetargowych udostępnianych wykonawcom). W toku rozprawy Odwołujący przyznał, że było to skutkiem niezamierzonej omyłki. Powyższe ustalenia uzasadniają także brak podstaw do uwzględnienia odwołania, co do podnoszonego zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust.1 pkt 7 ustawy PZP, albowiem Odwołujący proponując własną wersję omyłek i dokonania ich poprawienia [do czego nie jest na gruncie przepisów PZP uprawniony], w istocie nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której stanowi przepis art. 89 ust.1 pkt 7 w zw. z art. 87 ust.2 pkt 3 ustawy PZP.

Wydając orzeczenie w sprawie sygn. akt: KIO/UZP 925/10 Krajowa Izba Odwoławcza miała na względzie przepis art. 191 ust.1 a ustawy PZP, zgodnie z którym odwołanie podlega uwzględnieniu, jeżeli Izba stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało lub może mieć wpływ na wynik postępowania. W tym przypadku, Izba przede wszystkim stwierdziła, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w którym zostało wniesione odwołanie, Zamawiający na podstawie art. 182 ust.3 ustawy PZP, złożył do Izby wnioski o uchylenie zakazu zawarcia umowy przed ostatecznym rozstrzygnięciem protestów z dnia 30 kwietnia 2010 r. Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając ten wniosek

postanowieniem z dnia 21 maja 2010 r. uchyliła zakaz zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. W toku rozprawy Zamawiający potwierdził fakt zawarcia umowy w dniu 25 maja 2010 r. Oznacza to, iż uwzględnienie odwołania pozostawałoby bez wpływu na wynik postępowania, wobec zawarcia w niniejszym postępowaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, a zatem wobec treści przepisu art. 191 ust.1a ustawy PZP, odwołanie należało oddalić.

Izba zauważa także, że Odwołujący w przedmiotowym postępowaniu nie złożył przed dniem 22 maja 2010r. [przed upływem terminu związania ofertą] oświadczenia (samodzielnie) o przedłużeniu terminu związania ofertą. Takie uprawnienie dla wykonawcy wynika z przepisu art. 85 ust. 2 ustawy PZP. Izba zauważa, iż na gruncie tego przepisu zamawiający może tylko jednorazowo skorzystać z uprawnienia, co do takiego wniosku. Zatem ewentualne uwzględnienie odwołania sygn. akt. KIO/UZP 925/10 w świetle wskazywanego przepisu art. 24 ust.2 pkt 4 ustawy PZP, prowadziłoby w wyniku ponownej oceny oferty tego wykonawcy do jego wykluczenia z postępowania i w konsekwencji odrzucenia jego oferty. Tym samym także w tym przypadku wydane orzeczenie powinno uwzględniać powoływany przepis art. 191 ust.1a ustawy PZP.

Mając powyższe na względzie orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art.191 ust.6 i 7 ustawy PZP stosownie do jego wyniku. Orzekając o kosztach Izba uwzględniła także przepis ust.3 § 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2009 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. nr 128, poz.886 ze zm.), zgodnie z którym orzekając o kosztach postępowania w sprawie odwołań skierowanych do łącznego rozpoznania, Izba bierze pod uwagę całość kosztów poniesionych w danym postępowaniu odwoławczym w stosunku proporcjonalnym do liczby wszystkich łącznie rozpoznawanych spraw. W niniejszej sprawie do łącznego rozpoznania zgodnie z zarządzeniem Prezesa KIO z dnia 21 maja 2010 r. zostały skierowane trzy odwołania, z których jedno [sygn. akt: UZP/KIO 953/10] zostało wycofane przed otwarciem rozprawy.

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 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Koszalinie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....