

WYROK

z dnia 24 sierpnia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 sierpnia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez odwołującego: **Skanska S.A. ul. Gen. Zajączka, 01-518 Warszawa** od czynności zamawiającego – **Województwo Podkarpackie - Podkarpacki Zarząd Dróg Wojewódzkich w Rzeszowie, ul. Boya Żeleńskiego 19a, 35-105 Rzeszów,**

przy udziale **Erbud S.A., ul. Puławska 300A, 02-819 Warszawa,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

przy udziale **Strabag sp. z o.o., ul. Parzniewska 10, 05-900 Pruszków,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża odwołującego - Skanska S.A. ul. Gen. Zajączka, 01-518 Warszawa i nakazuje zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 20.000 zł (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez odwołującego Skanska S.A. ul. Gen. Zajączka, 01-518 Warszawa.

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

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759), którego przedmiotem jest *budowa drogi dojazdowej do przejścia granicznego oraz przebudowę dr. woj. nr 866 Dachnów – Lubaczów - Krowica Hołodowska - gr. państwa na odc. Lubaczów - Budomierz, według decyzji ZRID p.n. „Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 866 Dachnów – Budomierz na odcinku Lubaczów – Krowica – Krowica Hołodowska od km 6 + 176 do km 17 + 550 wraz z budową drogi wojewódzkiej nr 866 Krowica Hołodowska – gr. państwa od km 17 + 550 do km 19 + 333,50 oraz niezbędną infrastrukturą techniczną, budowlami i urządzeniami budowlanymi.*

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 30 kwietnia 2010r. pod nr 2010 S/84-125973.

W dniu 29 lipca 2010 r., Zamawiający przesłał Odwołującemu informację o wyborze, jako oferty najkorzystniejszej, oferty złożonej przez wykonawcę Erbud S.A., ul. Puławska 300A, 02-819 Warszawa, zwanego dalej „Erbud”.

Zamawiający poinformował, że w wyniku przeprowadzenia czynności badania i oceny ofert wykonawca Erbud S.A. otrzymał 100 pkt, wykonawca Strabag sp. z o.o. – 97,00 pkt, zaś Odwołujący – 91,56 pkt.

Od czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz zaniechania odrzucenia ofert złożonych przez wykonawców: Erbud S.A. i Strabag sp. z o.o., Odwołujący wniósł w dniu 6 sierpnia 2010r. odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, art.26 ust. 3 i 4, art. 87 ust. 2, art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej „ustawą Pzp”.

Uzasadniając zarzut zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Erbud S.A. Odwołujący podnosił, że zgodnie z postanowieniem pkt 8 Instrukcji dla wykonawców Rozdział I SIWZ ppkt 8.5 do oferty należało dołączyć podpisany przedmiar robót. Wywodził, że wykonawca Erbud nie załączył do oferty podpisanego przedmiaru robót, a zatem jego oferta powinna zostać odrzucona przez Zamawiającego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, gdyż jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wywodził, że pomimo to, w dniu 23 lipca 2010 r. pismem znak PZDW-WZp-243/WFU/2/10 Zamawiający na podstawie art. 26 ust.3 ustawy Pzp wezwał wykonawcę Erbud do uzupełnienia podpisanego przedmiaru robót. W odpowiedzi na powyższe wezwanie wykonawca Erbud pismem z dnia 27 lipca 2010 r. uzupełnił swoją ofertę o brakujący przedmiar robót.

Odwołujący podnosił, iż ww. czynność Zamawiającego naruszyła art. 26 ust.3 ustawy Pzp. Zgodnie z dyspozycją ww. przepisu uzupełnieniu podlegają wyłącznie dokumenty przewidziane w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, zatem możliwość uzupełnienia dotyczy dokumentów i oświadczeń składanych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz dokumentów potwierdzających, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania Zamawiającego. Zakres dokumentów, jakich może żądać Zamawiający na potwierdzenie powyższego wyznacza rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane wydane na podstawie art. 25 ust. 2 ustawy Pzp. Wywodził, że art. 26 ust. 3 ustawy Pzp ma charakter wyjątkowy i należy interpretować go literalnie, zatem instytucji uzupełniania dokumentów nie można odnosić do innych niż wymienione w ww. rozporządzeniu dokumentów. Argumentował, że przedmiar robót nie stanowi ani dokumentów podmiotowych składanych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, ani dokumentów dotyczących przedmiotu zamówienia, nie mieści się więc w dyspozycji art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, a tym samym art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Wobec czego Zamawiający nie miał prawa wezwać wykonawcy Erbud do jego uzupełnienia.

Podnosił, że podobny pogląd dotyczący możliwości uzupełniania dokumentów harmonogramów przez wykonawców ubiegających się o zamówienie publiczne został wyrażony w orzecznictwie Izby. Argumentował ponadto, że dotychczasowe stanowisko samego Zamawiającego w kwestii dokumentów, które można uzupełniać było tożsame z poglądem Odwołującego oraz KIO, gdyż w innych prowadzonych przez siebie postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, odrzucał oferty wykonawców w przypadku braku załączenia do oferty podpisanego przedmiaru robót, w przypadku zastrzeżenia w siwz wymogu załączenia przedmiaru robót. Jako przykład powoływał postępowanie pod nr 145023-2010 „Budowa chodnika w ciągu drogi wojewódzkiej nr 881 Sokolów Małopolski - Żurawica w km. 10+171-11+150 w m. Medynia Głogowska”, w którym Zamawiający odrzucił ofertę firmy Budistar I s.c. ze względu na brak załączenia wymaganego w siwz przedmiaru robót, który należało dołączyć do oferty.

Uzasadniając zarzut zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Strabag Odwołujący argumentował, że w związku z rozbieżnościami pomiędzy przedmiarem robót a kosztorysem ofertowym Zamawiającemu zadano pytanie odnośnie sprostowania rozbieżności. Zamawiający pismem znak PZDW- WZP-243/WFU/2/ 10 z dnia 11.06.2010 r. na pytanie 84 brzmiące: „*Dokumentacja projektowa - przedmiar robót teletechnicznych na odcinku 6+176 -17+ 550 odbiega od udostępnionego w wersji EXEL kosztorysu ofertowego. Proszę o sprostowanie rozbieżności*” udzielił

następującej odpowiedzi: „w załączeniu poprawiony przedmiar robót teletechnicznych dla odcinka km 16+176-17+550 (plik dostępny pod ogłoszeniem). Jednocześnie wyjaśnia się, że w pozycji 5.1. kosztorysu ofertowego ujęte jest wciąganie kabla do 30 mm w ilości 20 20 par 2x96 m + 50 par+ 1-96 m + 100 par xl + 96 m razem 480 m, natomiast w poz. 5.2- kabel 300 par 90 + kolizja nr 2 -96 m - razem 185 m. Są to długości kabli do wbudowania, natomiast krotność odnosi się do robocizny czyli kilkukrotnego wciągania i wyciągania czynnych kabli podczas przebudowy”.

Podnosił, że wszyscy wykonawcy, którzy złożyli oferty w przedmiotowym postępowaniu uwzględnili w swoich ofertach powyższą odpowiedź Zamawiającego za wyjątkiem wykonawcy Strabag sp. z o.o. Wywodził, że w ofercie wykonawcy Strabag sp. z o.o. nie dokonano zmian zgodnie z odpowiedzią Zamawiającego, wobec czego oferta tego wykonawcy powinna zostać odrzucona, gdyż jej treść nie odpowiadała treści siwz. Natomiast Zamawiający w dniu 23 lipca 2010 r. pismo znak PZDW-WZP-243/WFU/2/10 wezwał wykonawcę Strabag do złożenia wyjaśnień odnośnie uwzględnienia powyższej odpowiedzi Zamawiającego. Firma Strabag w udzielonej odpowiedzi - pismo znak 12104/PJ/CC/STR/07/2010 potwierdziła, że uwzględniała wyjaśnienia Zamawiającego, zaś Zamawiający uznał tę odpowiedź za wystarczającą. Podnosił, że w związku z rozbieżnościami dotyczącymi ilości robót Zamawiający, uwzględniając odpowiedź firmy Strabag, powinien dokonać poprawek w ofercie tego wykonawcy. Wywodził, że skoro Zamawiający zaniechał tej czynności to tym samym naruszył art. 87 ust.2 ustawy Pzp. Odwołujący nadmieniał także, że w przypadku braku uwzględniania modyfikacji kosztorysu przez oferentów w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający odrzucał złożone oferty. Jako przykład powoływał postępowanie pod nr 101733 „Odnowa (remont) nawierzchni drogi wojewódzkiej nr 986 Tuszyna - Ropczyce-Wisniowa w km 35+ 758- 36+ 420 w m. Wielopole Skrzyńskie”, w którym Zamawiający odrzucił ofertę firmy Rejon Budowy Dróg i Mostów w Krośnie ze względu na nieuwzględnienie modyfikacji kosztorysu ofertowego.

W oparciu o powyższą argumentację Odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania,
- 2) unieważnienie czynności wyboru, jako oferty najkorzystniejszej, oferty złożonej przez wykonawcę Erbud, jako najkorzystniejszej,
- 3) powtórzenie czynności oceny ofert, oraz o odrzucenie ofert złożonych przez wykonawców Erbud i Strabag,
- 4) wybór oferty najkorzystniejszej spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

Zamawiający w dniu 6 sierpnia 2010 r. przesłał pozostałym wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia kopię odwołania wzywając ich do przystąpienia do postępowania odwoławczego. Wykonawca Erbud S.A. i Strabag sp. z o.o. otrzymali kopię odwołania i wezwanie do przystąpienia do postępowania odwoławczego w dniu 6 sierpnia 2010r.

Wykonawca Erbud S.A. zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego doręczając przystąpienie Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej w formie pisemnej w dniu 9 sierpnia 2010 r. Termin 3 dniowy, określony w art. 185 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, został zatem zachowany.

W uzasadnieniu zgłoszenia wykonawca Erbud S.A., argumentował, że złożona przez niego oferta jest ważna i zgodna z wymogami SIWZ, zatem posiada interes w uzyskaniu zamówienia i zgłoszeniu przystąpienia po stronie Zamawiającego

W oparciu o powyższą argumentację wykonawca Erbud S.A. wniósł o oddalenie odwołania.

Wykonawca Strabag sp. z o.o. doręczył zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej w formie pisemnej w dniu 9 sierpnia 2010r. Termin 3 dniowy, określony w art. 185 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, został zatem zachowany. W zgłoszeniu tym wykonawca Strabag sp. z o.o. oświadczył, iż zgłasza przystąpienie do postępowania odwoławczego:

- a) po stronie Odwołującego - w zakresie zarzutów dotyczących zaniechania odrzucenia i dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Erbud,
- b) po stronie Zamawiającego - w zakresie zarzutów dotyczących zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Strabag.

W uzasadnieniu zgłoszenia wykonawca Strabag podnosił, że w Rozdziale I - Instrukcja dla Wykonawców, w SIWZ dla przedmiotowego postępowania Zamawiający określił, jakie dokumenty każdy z wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia złożyć powinien wraz z ofertą. Wśród dokumentów, które dołączyć należało do oferty Zamawiający wskazał:

- podpisany przedmiar robót - Rozdział IV SIWZ (pkt. 8.5 SIWZ) oraz
- wypełniony i podpisany kosztorys ofertowy - wg wzoru - rozdział III SIWZ (pkt.8.3 SIWZ),

Zwracał uwagę, że zgodnie z pkt. 14 SIWZ - Opis sposobu obliczenia ceny, w ofercie wykonawca podać miał cenę całkowitą za wykonanie przedmiotu umowy oraz ceny jednostkowe.

Zgodnie z pkt 14.1 cena oferty miała uwzględniać wszystkie zobowiązania, miała być podana w PLN cyfrowo i słownie z wyodrębnieniem należnego podatku VAT. Ceny jednostkowe należało wypełnić wg załączonych kosztorysów ofertowych zaś wartość poszczególnych pozycji (kosztorysu) należało obliczyć, jako iloczyn ceny jednostkowej i ilości jednostek. Wartość całości zadania należało obliczyć, jako sumę wartości poszczególnych pozycji kosztorysu ofertowego (pkt 14.2. SIWZ).

Podkreślał, że do oferty złożonej przez wykonawcę Erbud nie zostały załączone wymagane zgodnie z SIWZ podpisane przedmiary robót. Wykonawca Strabag podzielał stanowisko i argumentację Odwołującego zgodnie z którym, Zamawiający nie był uprawniony do zastosowania w celu uzupełnienia tak stwierdzonych braków oferty Erbud art. 26 ust. 3 ustawy pzp. Z treści tego przepisu jednoznacznie wynika, uzupełnienia jakich dokumentów żądać może Zamawiający w toku prowadzonego postępowania. Wskazywał, że są to pełnomocnictwo oraz dokumenty o których mowa w art. 25 ust 1 ustawy Pzp tj. wskazane w ogłoszeniu i SIWZ, niezbędne do przeprowadzenia postępowania oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie:

- 1) warunków udziału w postępowaniu,
- 2) przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego.

Zwracał uwagę, że zamknięty katalog takich dokumentów i oświadczeń określony został w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dn. 30 grudnia 2009r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać Zamawiający od wykonawców, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U nr 229 poz. 1817). Podnosił, że analiza treści rozporządzenia pozwala stwierdzić, że nie ma wśród nich przedmiarów robót tj. dokumentu który w przypadku przetargu na roboty budowlane stanowi element opisu przedmiotu zamówienia. Przedmiar robót stanowi element oferty, nie podlegający uzupełnieniu a jego brak - szczególnie w sytuacji w której Zamawiający sam określił przedmiar jako jeden z dokumentów składających się na ofertę, stanowić powinien podstawę do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 SIWZ.

Ponadto, w uzupełnieniu argumentacji Odwołującego, przedstawionej na poparcie twierdzenia o niezgodności oferty Erbud z SIWZ jak również w odniesieniu do zarzutów dotyczących niezgodności oferty Strabag z SIWZ, Strabag podnosił że wartość całości zadania obliczyć należało jako sumę wartości poszczególnych pozycji kosztorysu. Poszczególne pozycje kosztorysu stanowić zaś miały iloczyn ceny jednostkowej oraz ilości jednostek wskazanych w kosztorysie ofertowym. Wywodził, że wykonawca Erbud w złożonym kosztorysie ofertowym dokonał zmian, polegających na wprowadzeniu w poszczególnych pozycjach kosztorysu

ofertowego ilości innych niż przewidziane w kosztorysie tj. na wprowadzeniu ilości z przedmiarów. Podkreślał, że SIWZ dla przedmiotowego postępowaniach wyraźnie rozróżniła dwa dokumenty składające się na ofertę tj. przedmiar robót oraz kosztorys ofertowy. Wywodził, że z żadnego z przepisów ustawy, jak też z żadnego z postanowień SIWZ nie wynikało aby Wykonawcy zobowiązani czy też upoważnieni byli do wprowadzania zmian w tych elementach przedmiaru czy kosztorysu, które sam określił Zamawiający tj. w rodzajach robót składających się na wykonanie przedmiotu zamówienia oraz w ich ilościach. Podkreślał, że Zamawiający, nie upoważnił również wykonawców do wprowadzania zmian w treści kosztorysu ofertowego w przypadku stwierdzenia rozbieżności w opisie czy ilości pomiędzy pozycjami w przedmiarze i kosztorysie. Nałożył zaś na wykonawców obowiązek obliczenia ceny przez skalkulowanie wszystkich pozycji kosztorysu ofertowego.

Powołując się na postanowienie pkt 10.6 SIWZ, który odzwierciedlał treść art. 38 ust 4 ustawy pzp, w uzasadnionych przypadkach Zamawiający upoważniony był przed upływem terminu składania ofert zmienić treść SIWZ. Podkreślał, że ww. przepis ustawy, a w ślad za nim postanowienia SIWZ dla przedmiotowego postępowania, potwierdzają, że upoważnienie do dokonywania zmian w SIWZ należy do uprawnień Zamawiającego, nie zaś wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Podnosił, że w toku czynności podejmowanych w postępowaniu Zamawiający kilkakrotnie przekazywał wykonawcom zmieniony kosztorys ofertowy dla odcinka robót 17+550 - 19 +330 (tj. budowa drogi wojewódzkiej nr 866 Krowica Hołodowska - Gr. Państwa od km. 17+550 do km 19+333,50). I tak w dniu 02.06.2010 r. w odpowiedzi na pytanie nr 50 „Prosimy o udostępnienie ostatecznej wersji kosztorysu w wersji Excel (odcinek 6+176 - 17+550 i 17+550 - 19 +330)” Zamawiający udostępnił na stronie internetowej plik kosztorysu dla odc. 17+550 - 19 +330. W dniu 18.06.2010 r. Zamawiający ponownie zamieścił na stronie internetowej ostateczną wersję kosztorysu ofertowego dla tego samego odcinka 17+550 - 19 +330. Podkreślał, że Strabag Sp. z o.o. kalkulując wartość oferty wziął pod uwagę zapisy SIWZ „Opisu sposobu obliczenia ceny” tj. obliczył cenę przy uwzględnieniu pozycji kosztorysowych wynikających z modyfikacji SIWZ dokonanych przez Zamawiającego.

Podkreślał, że w odniesieniu do robót zaplanowanych dla odcinka 6+176 - 17+550 (tj. Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 866 Dachnów - Lubaczów - Krowica Hołodowska od km 6+176 do km 17+550) Zamawiający udostępnił jedynie na stronie internetowej, w odpowiedzi na pytanie 84 z dnia 11.06.2010 r., poprawiony przedmiar robót teletechnicznych na odcinku 6+176 - 17+550. Zamawiający nie przekazał jednocześnie zmienionych kosztorysów ofertowych - jak

czynił to w odniesieniu do zmian dla odcinka robót 17+550 - 19 +330. Nie nakazał również wykonawcom dokonania samodzielnych zmian w kosztorysie ofertowym, poprzez uwzględnienie w nim zmian w przedmiarach. Podnosił, że to tego fragmentu kosztorysów ofertowych dotyczą roboty teletechniczne, w których niezgodność z SIWZ Odwołujący zarzuca ofercie wykonawcy Strabag. Zdaniem Strabag nie był on upoważniony do dokonywania samodzielnych zmian w kosztorysach ofertowych tj. do wprowadzania w nich ilości robót wynikających z przedmiarów.

W konsekwencji wyjaśniał, że Strabag kosztorys dla odcinka robót **6+176 - 17+550**, złożył z podaniem ilości wynikających z niezmienionego przez Zamawiającego kosztorysu ofertowego oraz wycenił go zgodnie z pkt 14 SIWZ. W wyniku tego, w ocenie Strabag w stosunku do oferty Erbud, który w kosztorysach ofertowych podał ilości wynikające ze zmienionych przedmiarów - nie wprowadzonych jednak przez Zamawiającego do kosztorysów ofertowych, istnieje dodatkowy - oprócz braku przedmiarów, argument przemawiający za niezgodnością oferty tego wykonawcy z SIWZ. Niezgodność ta dotyczy

- 1) Kosztorys poz. 5.1. ilość zgodna z kosztorysem -1157 m, ilość podana przez Erbud - 480 m;
- 2) Kosztorys poz. 5.4. ilość zgodna z kosztorysem 89 m, ilość podana przez Erbud - pozycja nie skalkulowana;
- 3) Kosztorys poz. 6.1. ilość zgodna z kosztorysem 101 m, ilość podana przez Erbud 480 m;
- 4) Kosztorys poz. 6.3. ilość zgodna z kosztorysem 1152 m, ilość podana przez Erbud 185 m;
- 5) Kosztorys poz. 7.3. ilość zgodna z kosztorysem 8 m, ilość podana przez Erbud 1m;

Nadmieniał ponadto, że poprawiony przedmiar robót teletechnicznych z dnia 11.06.2010 r. zawierał różnicę w ilościach nie tylko w pozycjach 5.1. i 5.2. o których mowa w odpowiedzi nr 84 z dnia 11.06.2010 r.. Zwracał uwagę, że zmian w przedmiarze dokonano w poz. 6.1. i 6.3. i 7.3. Pytanie 84, na które powołuje się Odwołujący, dotyczy pozycji 5.1. i 5.2. Nie dotyczy zaś poz. 5.4., 6.3. i 7.3. kosztorysu.

W oparciu o taką argumentację wykonawca Strabag wnosił o uwzględnienie odwołania w zakresie zarzutów dotyczących wykonawcy Erbud oraz oddalenie odwołania w zakresie zarzutów dotyczących wykonawcy Strabag.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, odpowiedzi na pytania udzielone przez Zamawiającego w toku postępowania, oferty złożone przez wykonawców Erbud i Strabag, treść odwołania wraz z załącznikami, zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron i uczestników postępowania a także dokument złożony w trakcie rozprawy przez uczestnika postępowania, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby w pierwszej kolejności ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Ustalono również, że Odwołujący posiada interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, uprawniający go do złożenia odwołania.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odnosząc się do kwestii skuteczności zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego przez wykonawcę Strabag sp. z o.o. Izba stwierdziła, że nie jest dopuszczalne przystąpienie do postępowania odwoławczego po obu stronach postępowania, a więc zarówno po stronie zamawiającego jak i odwołującego.

Izba zważyła, że zgodnie z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego wskazując stronę, do której przystępuje i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Wykonawcy, którzy przystąpili do postępowania odwoławczego, stają się uczestnikami postępowania odwoławczego, jeżeli mają interes w tym, aby odwołanie zostało rozstrzygnięte na korzyść jednej ze stron. Ponadto na podstawie art. 185 ust. 5 ustawy Pzp czynności uczestnika postępowania nie mogą pozostawać w sprzeczności z czynnościami i oświadczeniami strony, do której przystąpił, z zastrzeżeniem zgłoszenia sprzeciwu, o którym mowa w art. 186 ust. 3 ustawy Pzp przez uczestnika, który przystąpił po stronie zamawiającego. Izba wskazuje w tym miejscu, że powołane przepisy różnią się znacząco od treści art. 181 ust. 5 ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym przed dniem 29 stycznia 2010 r. Przepis ten stanowił, że wykonawca zgłasza przystąpienie do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu, wskazując swój interes prawny w przystąpieniu i

określając swoje żądanie w zakresie zarzutów zawartych w proteście. Przesłanką do zgłoszenia przystąpienia do postępowania protestacyjnego było wykazanie swego interesu w przystąpieniu i określenie żądań w zakresie zarzutów zawartych w proteście, co umożliwiałoby popieranie niektórych zarzutów protestu i odpieranie innych, a więc przystępowanie do postępowania protestacyjnego po różnych stronach tj. zamawiającego i odwołującego. Natomiast, jeśli chodzi o przystąpienie na etapie postępowania odwoławczego ugruntowany był pogląd, w świetle którego, nie było dopuszczalnym przystąpienie do postępowania odwoławczego po obu stronach postępowania, a więc zarówno po stronie zamawiającego jak i odwołującego. (por. również wyrok Izby z dnia 11 sierpnia 2010 r. w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 1191/10 i 1192/10).

Po wejściu w życie w dniu 29 stycznia 2010 r. nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych w dalszym ciągu brak podstaw do dopuszczenia do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze uczestnika postępowania wykonawcy zgłaszającego przystąpienie po obu stronach tj. zamawiającego i odwołującego. Na uwagę zasługuje to, że ustawodawca jeszcze w bardziej precyzyjny sposób przesądził o niedopuszczalności zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego po obu stronach tj. zamawiającego i odwołującego, wskazując, że wykonawcy stają się uczestnikami postępowania odwoławczego, jeżeli wykonawcy mają interes w tym, aby odwołanie zostało rozstrzygnięte na korzyść jednej ze stron (art. 185 ust. 3 ustawy Pzp), a ponadto zastrzegając, iż czynności uczestnika nie mogą pozostawać w sprzeczności z czynnościami i oświadczeniami strony, do której przystąpił (art. 185 ust. 5 ustawy Pzp).

Dopuszczenie do udziału w postępowaniu w charakterze uczestnika postępowania wykonawcy, który zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po obu stronach postępowania prowadziło do sytuacji, której przystępujący popierając część zarzutów, a odpierając pozostałe, pozostawałoby w sprzeczności z czynnościami i stanowiskami zarówno zamawiającego jak i odwołującego, co naruszałoby normę wyrażoną w art. 185 ust. 5 ustawy Pzp.

Wykonawca Strabag sp. z o.o. w trakcie posiedzenia Izby oświadczył, iż stroną do której przystępuje jest Odwołujący, ograniczając treść swego zgłoszenia w części dotyczącej zgłoszenia przystąpienia po stronie Zamawiającego. Izba stwierdziła, że wykonawca ten ma interes w tym aby odwołanie zostało rozstrzygnięte na korzyść Odwołującego, albowiem ewentualne uwzględnienie zarzutu dotyczącego wykonawcy Erbud umożliwiłoby mu uzyskanie zamówienia, co czyniło zadość wymogowi określonemu w art. 185 ust. 3 ustawy Pzp.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Przechodząc do podniesionego przez Odwołującego w odwołaniu zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Erbud S.A. Izba stwierdziła, że zarzut ten nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący podnosił w odwołaniu, że wykonawca Erbud nie załączył do oferty podpisanego przedmiaru robót, a zatem jego oferta powinna zostać odrzucona przez Zamawiającego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, gdyż jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wywodził, że Zamawiający wzywając wykonawcę Erbud do uzupełnienia tego dokumentu naruszył przepis art. 26 ust.3 ustawy Pzp, gdyż uzupełnieniu w tym trybie podlegają wyłącznie pełnomocnictwa oraz dokumenty przewidziane w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, zatem możliwość uzupełnienia dotyczy jedynie pełnomocnictw oraz dokumentów i oświadczeń składanych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu a także dokumentów potwierdzających, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania Zamawiającego. Podkreślał, że podpisany przedmiar robót nie zalicza się do ww. kategorii dokumentów.

Izba zważyła, że zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, gdy jej treść nie odpowiada treści SIWZ. Odrzucenie oferty na podstawie przywoływanego przepisu następuje wyłącznie w razie braku spełnienia przez oferowane świadczenie (treść oferty) opisanych w siwz wymagań merytorycznych zamawiającego (treść siwz). Stanowisko takie znajduje odzwierciedlenie w ugruntowanym orzecznictwie, w którym podkreśla się, że „*Użyte przez ustawodawcę w treści art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy sformułowania „treść oferty” i „treść siwz” jednoznacznie wskazują na aspekt merytoryczny obu dokumentów. (por. wyrok KIO z dnia 8 września 2008 r. sygn. akt KIO/UZP 883/08).*

Treść siwz to, przede wszystkim, zawarty w opisie przedmiotu zamówienia opis potrzeb i wymagań Zamawiającego, które mają być zaspokojone w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia przez zawarcie i zrealizowanie z należytą starannością umowy w sprawie zamówienia publicznego. Treść oferty to jednostronne zobowiązanie wykonawcy do wykonania oznaczonego świadczenia, które zostanie zrealizowane na rzecz zamawiającego, jeśli oferta złożona przez wykonawcę zostanie uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu i zostanie z nim zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego.” (por. wyrok KIO z dnia 8 września 2008 r. sygn. akt KIO/UZP 883/08).

Treść oferty na gruncie Prawa zamówień publicznych należy rozumieć w sposób ścisły i utożsamiać ją z oświadczeniem wykonawcy, z którego wynika zakres zobowiązania wykonawcy względem zamawiającego w związku z realizacją przyszłej umowy. Decyzja zamawiającego o odrzuceniu oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp musi mieć uzasadnienie w merytorycznej ocenie oferty, a nie być skutkiem sformalizowanego podejścia do postanowień

specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Niezgodność treści oferty należy oceniać w kategorii ustawowej definicji oferty określonej w art. 66 kodeksu cywilnego, rozumianej jako niezgodność oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami zamawiającego wyłącznie w merytorycznym zakresie przedmiotu zamówienia.

Ponadto, w świetle art. 26 ust. 3 ustawy Pzp *Zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.* Z treści powołanego przepisu jednoznacznie wynika, że uzupełnieniu podlegają pełnomocnictwo oraz dokumenty o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp tj. oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie:

- 1) warunków udziału w postępowaniu,
- 2) przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego.

Izba ustaliła, że Zamawiający w pkt 6.6 SIWZ zastrzegł, że oferta powinna zawierać wszystkie wymagane dokumenty, oświadczenia, załączniki o których mowa w treści niniejszej Instrukcji. W myśl pkt 8.3 do oferty należało dołączyć wypełniony i podpisany kosztorys ofertowy – wg wzoru – Rozdział III SIWZ, zaś zgodnie z pkt 8.5 – także podpisany przedmiar robót - Rozdział IV SIWZ.

Zgodnie z pkt. 14.1 SIWZ - Opis sposobu obliczenia ceny, w ofercie wykonawca podać miał cenę oferty uwzględniającą wszystkie zobowiązania, która miała być podana w PLN cyfrowo i słownie z wyodrębnieniem należnego podatku VAT. W myśl pkt 14.2 SIWZ ceny jednostkowe należało wypełnić według załączonych wzorów kosztorysów ofertowych – Rozdział III specyfikacji. Wartość poszczególnych pozycji należało obliczyć jako iloczyn ceny jednostkowej i ilości jednostek. Wartość całości zadania należało obliczyć jako sumę wartości poszczególnych pozycji kosztorysu ofertowego. Do wyliczonej kwoty należało doliczyć obowiązujący podatek VAT. Zgodnie z pkt 14.3 SIWZ wykonawcy zobowiązani byli określić ceny i wartości dla wszystkich pozycji wymienionych we wzorze kosztorysu ofertowego.

Wykonawca Erbud S.A. złożył wraz z ofertą wycenione kosztorysy ofertowe, natomiast nie załączył podpisanego przedmiaru robót. W dniu 23 lipca 2010 r. pismem znak PZDW-WZp-243/WFU/2/10 Zamawiający powołując art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwał wykonawcę Erbud do

uzupełnienia podpisanego przedmiaru robót. W odpowiedzi na powyższe wezwanie wykonawca Erbud pismem z dnia 27 lipca 2010 r. uzupełnił swoją ofertę o brakujący przedmiar robót.

Biorąc powyższe ustalenia i rozważania pod uwagę, Izba stwierdziła, że Zamawiający nie był uprawniony do wzywania wykonawcy Erbud S.A. do uzupełnienia brakującego podpisanego przedmiaru robót na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Z treści powołanego przepisu jednoznacznie wynika, jakie dokumenty podlegają uzupełnieniu. Są to pełnomocnictwo oraz dokumenty o których mowa w art. 25 ust 1 ustawy Pzp tj. wskazane w ogłoszeniu i SIWZ, niezbędne do przeprowadzenia postępowania oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie:

- 1) warunków udziału w postępowaniu,
- 2) przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego.

Katalog takich dokumentów i oświadczeń określony został w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dn. 30 grudnia 2009r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać Zamawiający od wykonawców, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U nr 229 poz. 1817). Analiza treści ww. rozporządzenia prowadzi do wniosku, że nie ma wśród nich przedmiarów robót tj. dokumentu stanowiącego element opisu przedmiotu zamówienia.

Zasadnym okazał się więc zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

W świetle powyższego należało zbadać, jakie konsekwencje wiązać należy z niezłożeniem przez wykonawcę Erbud S.A. wraz z ofertą podpisanego przedmiaru robót.

W niniejszej sprawie istotnym było to, że Zamawiający wymagał w SIWZ złożenia niezależnie od siebie dwóch dokumentów, tj. wycenionego kosztorysu ofertowego, zgodnego ze wzorem zawartym w Rozdziale III SIWZ oraz podpisanego przedmiaru robót. Izba stwierdziła, że żądanie złożenia podpisanego przedmiaru robót było nadmierne i nieuzasadnione.

Izba wskazuje w tym miejscu, że przedmiar robót jest opracowaniem zawierającym zestawienie przewidywanych do wykonania robót w kolejności technologicznej ich wykonania, wraz z ich szczegółowym opisem, miejscem wykonania lub wskazaniem podstaw ustalających szczegółowy opis, z wyliczeniem i zestawieniem ilości jednostek miar robót podstawowych oraz wskazaniem podstaw do ustalanie cen jednostkowych robót lub jednostkowych nakładów rzeczowych (§1 ust. 2 pkt 6 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 18 maja 2004 r. w sprawie określenie metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania

planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno - użytkowym (Dz.U. Nr 130, poz. 1389). Jest to więc dokument pochodzący od Zamawiającego, znajdujący się w już w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Dokument ten nie jest przygotowywany przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia, który nie ma żadnego wpływu na jego treść. Ponadto, dokument ten ma wyłącznie charakter pomocniczy, albowiem jego zadaniem jest wyłącznie zobrazowanie skali roboty budowlanej i pomoc wykonawcom w oszacowaniu kosztów inwestycji. Jest opracowaniem wtórnym w stosunku do projektu i specyfikacji technicznych (por. wyrok KIO z dnia 30 lipca 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 921/09).

Z tego punktu widzenia, podpisany przedmiar robót funkcjonujący niezależnie od składanego przez wykonawców kosztorysu ofertowego był zbędny do przeprowadzenia postępowania, zaś jego żądanie przez Zamawiającego było nieuzasadnione w świetle art. 25 ust. 1 zd. 1 ustawy Pzp. Niezłożenie przez wykonawcę Erbud S.A. podpisanego przedmiaru robót jako dokumentu zbędnego do przeprowadzenia postępowania nie przesądzało w żadnym zakresie o merytorycznej treści oferty tego wykonawcy z treścią SIWZ albowiem nie wpływało w żaden sposób na treść zobowiązania wykonawcy. Wykonawca ten, pomimo niezłożenia podpisanego przedmiaru robót, jest w dalszym ciągu zobowiązany do wykonania robót budowlanych zgodnie ze złożonymi wycenionymi kosztorysami ofertowymi. Zgodnie bowiem ze wzorem formularza ofertowego, który wyznacza treść zobowiązania wykonawcy, wykonawcy zobowiązani byli do wykonania robót budowlanych objętych zamówieniem za określoną w ofercie cenę, zgodnie z wypełnionym kosztorysem ofertowym, nie zaś podpisanym przedmiarem robót.

Po drugie, wykonawca Erbud w formularzu ofertowym oświadczył iż zapoznał się z warunkami zamówienia określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i nie wnosi do nich zastrzeżeń, a więc zobowiązał się do wykonania zamówienia również zgodnie z pkt 3 SIWZ, który stanowił, że zamówienie obejmuje m.in. zakres robót określony w przedmiarze robót (pkt 3 a SIWZ).

Po trzecie, cenę za wykonanie zamówienia należało obliczyć również w oparciu o wycenione kosztorysy ofertowe.

W świetle powyższego należało uznać, że brak w ofercie przedmiaru robót stanowić może co najwyżej uchybienie formalne.

Podobne stanowisko reprezentowała Izba w sytuacji niezłożenia przez wykonawcę parafowanego wzoru umowy, która to sytuacja w ocenie Izby jest analogiczna do stanu faktycznego w niniejszej sprawie. *Nawet jednak, gdyby Zamawiający wprost zażądał w siwz, aby wykonawcy załączyli do składanych przez siebie ofert parafowany wzór umowy w przedmiotowym stanie*

faktycznym i prawnym wymaganiem takie należałoby uznać za nadmierne i nieuzasadnione, a parafowany wzór umowy załączony do oferty nie stanowiłby o jej treści, a zatem nie podlegałby analizie pod względem zgodności z treścią smz (por. wyrok Izby z dnia 30 marca 2010 r. w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 228/10).

W świetle powyższego należało stwierdzić, że Zamawiający zasadnie zaniechał odrzucenia oferty wykonawcy Erbud S.A. Nie potwierdził się zatem zarzut błędnej interpretacji i niewłaściwego zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Izba pozostawiła bez rozpoznania zarzuty zgłoszone w przystąpieniu wykonawcy Strabag sp. z o.o. który wskazywał na dodatkowe okoliczności faktyczne, nie podniesione w odwołaniu, jakie w jego ocenie dodatkowo uzasadniały odrzucenie oferty wykonawcy Erbud S.A. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Rolą przystąpienia jest uzyskanie rozstrzygnięcia postępowania odwoławczego wywołanego konkretnym odwołaniem na korzyść strony, do której uczestnik przystąpił. Nie jest celem przystąpienia zgłaszanie nowych zarzutów, lecz popieranie lub odpieranie zarzutów podniesionych w odwołaniu. Ponadto, należy zwrócić uwagę, że za zarzut należy uznać nie tylko wskazanie naruszeń w zakresie ustawy Pzp. Za zarzuty należy uznać także oświadczenia wykonawcy, w których wykazuje on istnienie okoliczności faktycznych, które podważają prawidłowość czynności zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, rozumianą jako zgodność czynności zamawiającego z przepisami ustawy Pzp, które stanowią zarazem podstawę zgłaszanych żądań. Z tego względu wskazanie innych okoliczności faktycznych jako podstawy stwierdzenia naruszenia tego samego przepisu ustawy Pzp stanowi nowy zarzut (por. postanowienie KIO z dnia 30 lipca 2009 r. w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 935/09, wyrok KIO z dnia 5 maja 2010 r. w sprawie o sygn. akt KIO 636/10).

Z uwagi na powyższe, pomimo wskazania tych samych przepisów Pzp, jako naruszone przez zamawiającego w postępowaniu, ale poprzez odniesienie ich do innych okoliczności faktycznych nastąpiło sformułowanie przez wykonawcę Strabag sp. z o.o. nowych zarzutów, uzasadniających w jego ocenie konieczność odrzucenia oferty wykonawcy Erbud S.A.

Przyjęcie poglądu, iż dopuszczalne jest zgłaszanie nowych zarzutów w przystąpieniu oznaczałoby ponadto obejście przepisów ustawy Pzp dotyczących terminów na wniesienie odwołania, które mają charakter terminów zawitych, a więc takich których upływ powoduje wygaśnięcie prawa. Należy zatem uznać, że w przypadku stwierdzenia dodatkowych okoliczności

faktycznych uzasadniających odrzucenie oferty Erbud S.A., które nie były przedmiotem odwołania, wykonawca Strabag sp. z o.o. miał prawo do wniesienia własnego odwołania, z którego to prawa jednakże nie skorzystał.

Przechodząc do podniesionego w odwołaniu zarzutu zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Strabag sp. z o.o. Izba stwierdziła, że również ten zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący podnosił, że wykonawca Strabag sp. z o.o. w złożonych wraz z ofertą kosztorysach ofertowych nie uwzględnił modyfikacji SIWZ dokonanej przez Zamawiającego pismem znak PZDW- WZP-243/WFU/2/ 10 z dnia 11.06.2010 r. w odpowiedzi na pytanie nr 84, co w jego ocenie uzasadniało odrzucenie oferty tego wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jako niezgodnej z treścią SIWZ.

Wywodził, że w ofercie wykonawcy Strabag sp. z o.o. nie dokonano zmian w kosztorysie ofertowym uwzględniającej modyfikację SIWZ dokonaną przez Zamawiającego pismem znak PZDW- WZP-243/WFU/2/ 10 z dnia 11.06.2010 r.. W świetle powyższego wywodził, że oferta tego wykonawcy powinna zostać odrzucona, gdyż jej treść nie odpowiadała treści siwz.

Izba ustaliła, że Zamawiający pismem znak PZDW- WZP-243/WFU/2/ 10 z dnia 11.06.2010 r. na pytanie 84 brzmiące: *„Dokumentacja projektowa - przedmiar robót teletechnicznych na odcinku 6+176 -17+ 550 odbiega od udostępnionego w wersji EXCEL kosztorysu ofertowego. Proszę o sprostowanie rozbieżności”* udzielił następującej odpowiedzi: *„w załączeniu poprawiony przedmiar robót teletechnicznych dla odcinka km 16+176-17+550 (plik dostępny pod ogłoszeniem). Jednocześnie wyjaśnia się, że w pozycji 5.1. kosztorysu ofertowego ujęte jest wciąganie kabla do 30 mm w ilości 20 20 par 2x96 m + 50 par+ 1-96 m + 100 par xl + 96 m razem 480 m, natomiast w poz. 5.2- kabel 300 par 90 + kolizja nr 2 - 96 m - razem 185 m. Są to długości kabli do wbudowania, natomiast krotność odnosi się do robocizny czyli kilkukrotnego wciągania i wyciągania czynnych kabli podczas przebudowy”*.

Zamawiający powyższą modyfikacją dokonał zmiany ilości robót w pozycjach 5.1, 5.2, 6.1 i 6.3. i 7.3 przedmiaru robót.

Wykonawca Strabag sp. z o.o. złożył wraz z ofertą podpisany przedmiar robót w którym uwzględnił ww. zmiany, natomiast zmiany te nie zostały uwzględnione w złożonym przez niego wycenionym kosztorysie ofertowym.

Zamawiający pismem z dnia 23 lipca 2010 r. (pismo znak PZDW-WZP-243/WFU/2/10) wezwał wykonawcę Strabag do złożenia wyjaśnień czy przy obliczaniu wartości pozycji 5.1, 5.4 7.3 kosztorysu ofertowego wykonawca uwzględnił powyższą odpowiedź Zamawiającego. Firma

Strabag w udzielonej odpowiedzi - pismo znak 12104/PJ/CC/STR/07/2010 z dnia 27.07.2010 r. potwierdziła, że przy obliczaniu wartości pozycji kosztorysu ofertowego uwzględniała wyjaśnienia Zamawiającego.

Dla rozstrzygnięcia podniesionego przez Odwołującego zarzutu istotne znaczenie miało ustalenie, czy Zamawiający poprzez udzielenie odpowiedzi na pytanie 84 dokonał modyfikacji nie tylko przedmiaru robót, co niewątpliwie wynikało z treści tej odpowiedzi, ale także modyfikacji wzoru kosztorysu ofertowego. Izba zważyła, że literalna wykładnia odpowiedzi na pytanie nr 84 prowadzi do wniosku, że Zamawiający w odpowiedzi na pytanie 84 rozbieżności pomiędzy przedmiarem robót a wzorem kosztorysem ofertowym usunął w ten sposób, że dokonał modyfikacji przedmiaru robót. Zamawiający udostępnił bowiem wykonawcom poprawiony przedmiar robót. W ocenie Izby świadczy to o tym, że Zamawiający uznał za błędne wartości (ilości robót) podane w przedmiarze robót, a za prawidłowe – wartości ujęte we wzorze kosztorysu ofertowego. Świadczy to o tym, że nie nastąpiła modyfikacja wzoru kosztorysu ofertowego, a jedynie przedmiaru robót.

Izba nie podziela stanowiska Odwołującego, iż w przypadku zmiany przedmiaru robót, wykonawcy w niniejszym postępowaniu mieli obowiązek automatycznego uwzględnienia tej zmiany w wycenianych kosztorysach ofertowych. W niniejszym postępowaniu funkcjonowały bowiem dwa odrębne dokumenty tj. przedmiar robót i wzór kosztorysu ofertowego. Wyceniane kosztorysy ofertowe miały być zgodne ze wzorem kosztorysu ofertowego, a nie z przedmiarem robót. Wynikało to jednoznacznie z pkt 8.3 SIWZ, który stanowił, że do oferty należy dołączyć wypełniony i podpisany kosztorys ofertowy – wg wzoru – Rozdział III SIWZ (a więc wzoru kosztorysu ofertowego), natomiast brak było podobnego postanowienia, które nakazywałoby uwzględniać w wycenianych kosztorysach ofertowych zmiany naniesione przez Zamawiającego w przedmiarze robót. Odwołujący podnosił w trakcie rozprawy, że obowiązek uwzględnienia modyfikacji przedmiaru robót w treści kosztorysów ofertowych wynika z ogólnych zasad kosztorysowania. Z twierdzeniem tym można by się zgodzić, ale tylko w sytuacji gdyby w SIWZ obok przedmiaru robót nie funkcjonował wzór kosztorysu ofertowego.

Pewne wątpliwości może wzbudzać drugie zdanie odpowiedzi, w którym Zamawiający wyjaśniał, że w pozycji 5.1. kosztorysu ofertowego ujęte jest wciąganie kabla do 30 mm w ilości 20 20 par 2x96 m + 50 par + 1-96 m + 100 par xl + 96 m razem 480 m, natomiast w poz. 5.2- kabel 300 par 90 + kolizja nr 2 -96 m - razem 185 m. Są to długości kabli do wbudowania, natomiast krotność odnosi się do robocizny czyli kilkukrotnego wciągania i wyciągania czynnych kabli podczas przebudowy.

W ocenie Izby sformułowanie „ujęte jest” może oznaczać, że intencją Zamawiającego było zmodyfikowanie wzoru kosztorysu ofertowego w pozycjach 5.1 i 5.2, ale można też dokonać

takiej interpretacji tej odpowiedzi jakiej dokonał wykonawca Strabag, a mianowicie iż w tym przypadku nie mamy do czynienia z modyfikacją wzoru kosztorysu ofertowego, a jedynie wyjaśnieniem dotyczącym sposobu wyliczenia ilości robót występujących w tych pozycjach, bez zmiany tej ilości. Zamawiający nie użył bowiem sformułowania modyfikacja lub innego równorzędnego, które w sposób jednoznaczny świadczyłyby o jego intencji zmodyfikowania w tych dwóch pozycjach wzoru kosztorysu ofertowego ilości robót. Wykonawca Strabag mógł mieć uzasadnione wątpliwości czy mamy w tym przypadku do czynienia z modyfikacją, albowiem Zamawiający we wcześniejszych odpowiedziach w sposób wyraźny zmieniał treść wzoru kosztorysu ofertowego udostępniając zmodyfikowany plik (w dniu 02.06.2010 r., w odpowiedzi na pytanie nr 50 oraz w dniu 18.06.2010 r.).

Izba zważyła, że obowiązkiem zamawiającego, jest opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Opis przedmiotu zamówienia powinien być na tyle precyzyjny, aby wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia mieli jasność co do tego, czy spełniają postawione przez zamawiającego wymogi. Wymogi te dotyczą również dokonywanej modyfikacji opisu przedmiotu zamówienia. Izba podziela utrwalony w orzecznictwie pogląd, że nieprecyzyjne postanowienia SIWZ nie mogą stanowić podstawy do podejmowania negatywnych czynności względem wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia.

W konsekwencji decyzję Zamawiającego o zaniechaniu odrzuceniu oferty wykonawcy Strabag na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp należało uznać za prawidłową. Nie potwierdził się zatem zarzut błędnej interpretacji i niewłaściwego zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 87 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Izba uznała, że wykazane naruszenie przez Zamawiającego przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie miało wpływu na wynik postępowania, albowiem Zamawiający zasadnie wybrał jako najkorzystniejszą ofertę złożoną przez wykonawcę Erbud S.A.

Z powyższych względów orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. Nr 41 poz. 238).

Izba nie uwzględniła kosztów wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego oraz kosztów dojazdu w wysokości odpowiednio: 3.600 zł oraz 501,48 zł. Pełnomocnik Zamawiającego złożył do akt sprawy de facto spis kosztów, zatytułowany „rachunek kosztów uczestnika postępowania odwoławczego tj. Województwa Podkarpackiego – Podkarpackiego Zarządu Dróg Wojewódzkich”, obejmujący wydatki: wynagrodzenie pełnomocnika w kwocie 3.600 zł, koszty podróży samochodem – na kwotę 501,48 zł (obliczone przy przyjęciu 600 km i stawce za 1 km 0,8358 zł).

Zgodnie z treścią rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania, zasądzenie wynagrodzenia pełnomocnika, do wysokości kwoty 3.600 zł a także innych uzasadnionych kosztów stron wymaga złożenia rachunku przedłożonego do akt sprawy. Ustawodawca w przepisach dotyczących postępowania odwoławczego (rozporządzenie rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania) nie przyjął, wzorem kpc (art. 109 kpc, postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 15 lutego 2002r., w spr. II CK 134/02) zasad przyznawania kosztów na podstawie oświadczenia (spisu kosztów) wymagając udokumentowania poniesienia odpowiednich, uzasadnionych kosztów rachunkiem składanym do akt sprawy. Pojęcie rachunku definiują przepisy art. 87 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa (tekst jedn. Dz. U. z 2005r. Nr 8 poz. 60 z późn. zm.) oraz Rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 22 sierpnia 2005 r. w sprawie naliczania odsetek za zwłokę oraz opłaty prolongacyjnej, a także zakresu informacji, które muszą być zawarte w rachunkach (Dz. U. z 2005 Nr 165 poz. 1373 z późn. zm.). Udokumentowanie poniesienia kosztów przejazdu, zgodnie z wymaganiem powołanego wyżej przepisu – rachunkiem wymagałoby przedłożenia do akt rachunku dotyczącego poniesienia kosztów biletów, ewentualnie, w wyniku odpowiedniego stosowania przepisów Rozporządzenia Ministra Pracy i Polityki Społecznej z dnia 19 grudnia 2002 r. w sprawie wysokości oraz warunków ustalania należności przysługujących pracownikowi zatrudnionemu w państwowej lub samorządowej jednostce sfery budżetowej z tytułu podróży służbowej na obszarze kraju (Dz.U. z 2002 Nr 236 poz. 1990 z późn. zm.) a także

Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 25 marca 2002 r. w sprawie warunków ustalania oraz sposobu dokonywania zwrotu kosztów używania do celów służbowych samochodów osobowych, motocykli i motorowerów niebędących własnością pracodawcy (Dz.U. 2002 nr 27 poz. 271 z późn. zm.), dopuszczalne jest przyjęcie kosztów przejazdu jako ilorazu ilości km oraz stawki współczynnika właściwego dla pojazdów o odpowiedniej pojemności skokowej silnika. Uznając co do zasady możliwość uznania za właściwe wykazanie wysokości tych wydatków w oparciu o wskazane przepisy, uznano że zasądzenie wymienionych kwot w niniejszej sprawie wymagałoby przedłożenia dokumentu odpowiadającego rachunkowi, o którym mowa w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania, to jest delegacji na podstawie której nastąpiłoby udokumentowanie tego wydatku.

Przewodniczący:

.....