

Sygn. akt: KIO 88/12

POSTANOWIENIE
z dnia 23 stycznia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 23 stycznia 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 stycznia 2012 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o uzyskanie zamówienia **ENERGOPOL-POŁUDNIE Spółka Akcyjna z siedzibą w Sosnowcu, ul. Jedności 2 i Przedsiębiorstwo Budowlane „BUDOMONT” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łąncucie, ul. Polna 3a** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Wodociągi Miejskie w Radomiu spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Radomiu, ul. Filtrowa 4**

przy udziale zgłaszających swoje przystąpienia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego **Konsorcjum Firm IDS-BUD spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 136 i SACK INVENT POLAND spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Buska 24** do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 88/12 po stronie zamawiającego,

przy udziale zgłaszającego swoje przystąpienie wykonawcy **Hydrobudowa Gdańska Spółka Akcyjna z siedzibą w Gdańsku, ul. Grunwaldzka 135** do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 88/12 po stronie zamawiającego

postanawia:

1. **umorzyć postępowanie odwoławcze**
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o uzyskanie zamówienia **ENERGOPOL-POŁUDNIE Spółka Akcyjna z siedzibą w Sosnowcu, ul. Jedności 2 i Przedsiębiorstwo Budowlane „BUDOMONT” spółka z ograniczoną**

odpowiedzialnością z siedzibą w Łańcucie, ul. Polna 3a kwoty 18 000 zł 00 gr
(słownie: osiemnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej 90% kwoty
uiszczonego wpisu.

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

Przewodniczący:

U z a s a d n i e

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

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

W dniu 13 stycznia 2012r. (wpływ bezpośredni) odwołanie wnieśli wykonawcy wspólnie ubiegających się o uzyskanie zamówienia ENERGOPOL-POŁUDNIE Spółka Akcyjna z siedzibą w Sosnowcu, ul. Jedności 2 i Przedsiębiorstwo Budowlane „BUDOMONT” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łańcucie, ul. Polna 3a – zwani dalej odwołującym Energopol. Odwołujący Energopol zaskarżył czynność odrzucenia jego oferty, czynność wyboru oferty najkorzystniejszej oraz zaniechanie odrzucenia oferty Jadex Przedsiębiorstwo Prywatne Jan Dąbrowski, ul. Miedziana 6. 26-600 Radom ze wszystkich podstaw prawnych, zaniechanie czynności wykluczenia z przedmiotowego postępowania – odwołującego Molewski. Zarzucił zamawiającemu naruszenie: art. 24 ust. 1 pkt 3, art. 24 ust. 2

pkt 4; art. 87 ust. 2 pkt 1 lub 3; art. 89 ust. 1 pkt 2 i 5 oraz art. 7 ust. 1, art. 26 ust. 3 (z ostrożności) ustawy. Wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu: powtórzenia czynności badania i oceny ofert; odstąpienia od czynności odrzucenia złożonej przez oferty odwołującego Energopol; poprawienia występujących w ofercie Energopol oczywistych omyłek pisarskich względnie - innych omyłek w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy; wykluczenia z przedmiotowego postępowania odwołującego Molewski i uznania jego oferty za odrzuconą, wykluczenia z przedmiotowego postępowania wykonawcy - Jana Dąbrowskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: „Jadex” Przedsiębiorstwo Prywatne Jan Dąbrowski, ul. Miedziana 6, 26-600 Radom oraz uznania oferty tego za odrzuconą; dokonania wyboru, jako najkorzystniejszej, złożonej przez nas oferty.

W uzasadnieniu zarzutu niezgodnego z ustawą odrzucenia oferty odwołującego Energopol, odwołujący przytoczył podstawy odrzucenia podane przez zamawiającego, tj. nieuwzględnienie kosztów, zgodnie z dyspozycją pkt 24.8 IDW, nie dokonanie w przedmiarze robót w zadaniu 5.6d w poz. 80 zmiany średnicy z 508x11 na 315x18,7, zgodnie z modyfikacją z dnia 18.10.2011 r., oraz w Załączniku Nr 2 do oferty nie zmodyfikowanie w kolumnie 3 przy opisie 8.7 (kara za zwłokę), gdzie zgodnie z odpowiedzią na pytanie nr 74 z dnia 18.10.2011 r. należało zastąpić treść „Dzień opóźnienia” treścią „Dzień zwłoki”. Odwołujący Energopol przytoczył treść pkt 24.8 IDW i wywiódł, że zamawiający w załączonym przedmiarze robót nie wskazał jednoznacznie pozycji w których należało policzyć wzmiankowane w pkt 24.8 IDW koszty. Odwołujący Energopol w tym stanie rzeczy stwierdził, iż należy uznać, że w tym zakresie pozostawiono swobodę wykonawcom, zwłaszcza że postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia są wiążące zarówno dla wykonawców, jak i dla zamawiającego i mogą być interpretowane wyłącznie w sposób literalny, tj. zgodny z regułami znaczeniowymi języka polskiego (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 grudnia 2008 r., Sygn. akt KIO 1774/10), a z kolei wątpliwości dotyczące zapisów specyfikacji istotnych warunków zamówienia, powinny być - z zachowaniem przepisów prawa - rozstrzygane na korzyść wykonawcy (Wyrok Zespołu Arbitrów z 16 lutego 2005 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-243/05). Podniósł, że ujął te koszty w przedmiarze o czym informował zamawiającego w oświadczeniu stanowiącym Załącznik Nr 1, w pkt 6.

W odniesieniu do zarzutu zaniechania poprawienia poz. 80 w zadaniu 5.6d podniósł, że rura o takiej średnicy występuje w innych pozycjach przedmiarowych wraz z ceną jednostkową. Odwołujący w sposób szczegółowy opisał 8 pozycji, w których występuje w jego ofercie średnica nominalna rury 315 mm, w gruntach kat.III-IV i we wszystkich tych pozycjach jednostką miary jest metr (m), zaś cena jednostkowa wynosi 708.96 zł. Powołał stanowisko judykatury, co do rozumienia pojęcia oczywistej omyłki pisarskiej - wyrok Izby z dnia 16 grudnia 2008 r.. Sygn. Akt KIO/UZP 1411/08/; wyrok Sądu Okręgowego w Piotrkowie Trybunalskim z dnia 10 sierpnia 2006 r. sygn. akt II Ca 442/06 i stwierdził, że popełniona przez niego omyłka

występuje w tekście oferty i jest oczywista bez potrzeby dokonywania wyjaśnień, oraz wszędzie przyjęto jednakową cenę jednostkową. Nawet jednak, gdyby omyłki nie uznać za oczywistą omyłkę pisarską, to może być ona zakwalifikowana jako inna omyłka polegająca na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia niepowodującą istotnych zmian w treści oferty w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Wskazał, że dopuszczalne jest poprawianie treści ofert odnoszących się bezpośrednio do ich essentialia negotii, w tym ceny, pod warunkiem, że wiedza o sposobie poprawy omyłki winna wynikać z treści samej oferty ewentualnie (w ograniczonym zakresie) może pochodzić z wyjaśnień, które zamawiający może uzyskać od wykonawcy na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy.

- wyrok Izby z dnia 29 marca 2010 r.. Sygn. akt KIO/UZP 179/10, o „istotności” zmian w treści oferty decyduje przede wszystkim charakter podstawy dokonania tych zmian, znaczenie ma również kwotowy aspekt dokonanej zmiany (tj. różnica między pierwotnie zaoferowaną ceną a ceną otrzymaną w wyniku poprawek), choć może on mieć znaczenie drugorzędne - wyrok Izby z dnia 16 stycznia 2009 r., Sygn. akt KIO/UZP 1536/08/.

W zakresie nie zmodyfikowania pojęcia „Dzień opóźnienia” na „Dzień zwłoki”, to również odwołujący Energopol uważa, że zamawiający mógł w tym zakresie ofertę poprawić na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 1 lub 3 ustawy. Omyłka wykonawcy w tym zakresie nie budzi wątpliwości, a zamawiający wie jak dokonać jej poprawy. Tym samym aktualne pozostają w tym zakresie również argumenty i orzecznictwo już przywołane.

W uzasadnieniu zarzutu zaniechania wykluczenia odwołującego Molewski odwołujący Energopol wskazał, że zamawiający w siwz postawił wymóg dysponowania następującymi osobami: Przedstawiciel Wykonawcy - odpowiedzialny za zagadnienia kontraktowe; Kierownik Budowy (w rozumieniu Prawa budowlanego); Kierownicy robót instalacyjno-sanitarnych (w rozumieniu Prawa budowlanego); Kierownik robót drogowych (w rozumieniu Prawa budowlanego); Kierownik robót elektrycznych (w rozumieniu Prawa budowlanego). Dla potwierdzenia spełniania wzmiankowanego wymogu należało złożyć „Wykaz osób które będą wykonywać niniejsze zamówienie” sporządzony według wzoru stanowiącego Załącznik Nr 6 do IDW wraz z informacjami o wyżej wymienionych osobach zawierającymi dane potwierdzające stawiane warunki.

W ocenie odwołującego Energopol, odwołujący Molewski nie wykazał, że wskazanie przez niego na poszczególne stanowiska osoby posiadają wymagane doświadczenie tj. wskazany na stanowisko :

- Przedstawiciela Wykonawcy Andrzej B. – nie wykazano wymaganego, co najmniej pięcioletniego doświadczenia zawodowego w pełnieniu stanowiska kierowniczego jako Przedstawiciel Wykonawcy/Kierownik Projektu dla co najmniej jednego zadania dotyczącego budowy sieci wodociągowej lub kanalizacji sanitarnej o długości minimum 25.0 km, wykazano krótsze doświadczenie,

Kierownika Budowy Jacek W. – nie wykazano wymaganego, co najmniej pięcioletniego doświadczenia zawodowego po uzyskaniu uprawnień budowlanych w pełnieniu samodzielnych funkcji technicznych (kierownik budowy, kierownik robót, inspektor nadzoru) na budowie przy realizacji co najmniej jednego zadania dotyczącego budowy sieci wodociągowej lub kanalizacji sanitarnej o długości minimum 25,0 km, wykazano krótsze doświadczenie;

- w odniesieniu do pozostałych osób Tomasza K. (kierownika robót instalacyjno-sanitarnych), Mariusza K. (kierownika robót instalacyjno-sanitarnych), Jerzego B. (kierownika robót drogowych) oraz kierownika robót elektrycznych nie wykazano posiadania wymaganego doświadczenia, gdyż ograniczono się jedynie do podania liczby lat doświadczenia zawodowego każdej z ww. osób bez doprecyzowania, koniecznego w świetle potrzeby wykazania postawionych wymogów.

Z kolei, wykonawca - Jan Dąbrowski prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: „Jadex” Przedsiębiorstwo Prywatne Jan Dąbrowski:

- nie wskazał osoby na stanowisko Przedstawiciela Wykonawcy, zaś dysponowanie taką osobą (o kwalifikacjach określonych w IDW) było jednym z postawionych wymogów;
- w odniesieniu do: Zygmunta Andrzeja S. wskazanego na stanowisko Kierownika Budowy, Adama Z. wskazanego na stanowisko Kierownika robót instalacyjnych, Marka S. S. wskazanego na stanowisko Kierownika robót elektrycznych, Dariusza S. wskazanego na stanowisko Kierownika robót drogowych oraz Krystyny F. wskazanej na stanowisko Kierownika robót instalacyjnych, nie wykazał posiadania wymaganego doświadczenia, gdyż ograniczył się jedynie do podania liczby lat doświadczenia zawodowego każdej z wymienionych osób bez doprecyzowania, koniecznego w świetle potrzeby wykazania postawionych wymogów.

Podniósł, że zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy zamawiający ma obowiązek wykluczyć z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu.

W zakresie oferty Jadex podniósł, że zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jako warunek udziału w postępowaniu postawił też wymóg posiadania środków finansowych w wysokości co najmniej 20 000 000.00 PLN lub posiadania zdolności kredytowej w wysokości co najmniej 20 000 000.00 PLN. W celu potwierdzenia spełniania tego warunku należało przedłożyć informację z banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo - kredytowej, w którym posiadają rachunek, wystawioną nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert potwierdzającą posiadanie środków finansowych w wymaganej wysokości lub posiadanie przez wykonawcę zdolności kredytowej w wymaganej wysokości.

Wykonawca - Jan Dąbrowski prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: „Jadex” Przedsiębiorstwo Prywatne Jan Dąbrowski w celu potwierdzenia przedmiotowego wymogu, złożył Opinię Banku Spółdzielczego w Skaryszewie, wystawioną w dniu 26 października 2010 r., w której nie ma informacji o posiadanych środkach finansowych, ani o posiadanej zdolności

kredytowej. We wzmiankowanej opinii wskazano jedynie, iż cyt. „Dotychczasowa współpraca z bankiem, wiarygodność oraz obroty wskazują na możliwość udzielenia Panu Janowi Dąbrowskiemu kredytu w wysokości 20.000.000,- ...”. Jednakże, przytoczone sformułowanie nie jest równoznaczne z określeniem zdolności kredytowej bowiem nie wskazuje na dokonanie badania i ustalenia zdolności kredytowej Wykonawcy, lecz jedynie na wnioski do jakich mogą (ale nie muszą) uprawniać niektóre informacje jakie bank posiada o Wykonawcy.

Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający ma obowiązek wykluczyć z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Podniósł także, iż odwołujący Molewski nie złożył aktualnego zaświadczenie Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego potwierdzającego, że nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenie zdrowotne i społeczne. Zgodnie zaś z art. 24 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawców, którzy zalegają z uiszczeniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, z wyjątkiem przypadków, gdy uzyskali oni, przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie, rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu.

Naruszenie przez zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy polegało, w szczególności na: nieuzasadnionym odrzuceniu złożonej przez odwołującego Energopol oferty, nieuzasadnionym zaniechaniu wykluczenia z postępowania odwołującego Molewski oraz na nieuzasadnionym zaniechaniu wykluczenia z postępowania wykonawcy - Jana Dąbrowskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: „Jadex” Przedsiębiorstwo Prywatne Jan Dąbrowski. Tymczasem rygory związane z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego winny być wiążące jednakowo dla wszystkich uczestników, a także dla zamawiającego.

Wskazał, że jego interes w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku polegającego na tym, iż w przypadku nie odrzucenia złożonej przez nas oferty, to właśnie jego oferta zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza, w rezultacie czego zamówienie publiczne, o którego udzielenie prowadzone jest przedmiotowe postępowanie, zostałoby nam udzielone. Jednocześnie, z powodu nie wykluczenia z postępowania odwołującego Molewski wykonawcy - Jana Dąbrowskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: „Jadex” Przedsiębiorstwo Prywatne Jan Dąbrowski, interes prawny odwołującego Energopol w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia publicznego, może dodatkowo doznać uszczerbku, z uwagi na to, iż aktualnie istnieje większa możliwość wnoszenia przez wzmiankowanych wykonawców, skutecznych środków ochrony prawnej (mniej jest okoliczności, których wykazanie skutkowałoby koniecznością poddania merytorycznej ocenie ofert złożonych przez wzmiankowanych wykonawców). Odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika

działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 12 stycznia 2012r, udzielonego przez lidera konsorcjum – Energopol Południe SA w imieniu własnym i partnera i podpisanego przez członka zarządu i prokurenta ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji Lidera oraz na podstawie pełnomocnictwa konsorcjalnego z dnia 27 października 2011r. udzielonego przez partnera liderowi i podpisanego przez prezesa zarządu partnera upoważnionego do jednoosobowej reprezentacji partnera. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu faksem w dniu 13 stycznia 2012r.

W dniu 16 stycznia 2012r. zamawiający przekazał kopię odwołania wykonawcom i wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 18 stycznia 2012r. drogą elektroniczną zgłosiła swoje przystąpienie Hydrobudowa Gdańska Spółka Akcyjna z siedzibą w Gdańsku, ul. Grunwaldzka 135. Oświadczył, iż przystępuje po stronie zamawiającego i wskazała, że ma interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego, gdyż zamawiający odrzucił ofertę odwołującego Molewski, oferty wykonawców Jadex Radom, Konsorcjum Energopol- Południe SA i Przedsiębiorstwo Budowlane Budomont, oraz bezpodstawnie odrzucił ofertę zgłaszającego przystąpienie. Zgłaszający przystąpienie ma zatem interes w utrzymaniu decyzji o odrzuceniu ofert korzystniejszych od oferty zgłaszającego pod względem ceny przy jednoczesnym zaskarżeniu odwołaniem własnego odrzucenia. Zgłoszenie zostało podpisane przez pełnomocnika ważnym podpisem cyfrowym. Pełnomocnik działał na podstawie pełnomocnictwa z dnia 17 stycznia 2012r. udzielonego przez członka zarządu upoważnionego do jednoosobowej reprezentacji odwołującego, zgodnie z załączonym odpisem z KRS. Kopia zgłoszenia przystąpienia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu faksem w dniu 18 stycznia 2012r., na dowód czego załączono raporty wyników komunikacji.

W dniu 19 stycznia 2012r. Konsorcjum Firm IDS-BUD spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 136 i SACK INVENT POLAND spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Buska 24 zgłosiło swój udział w postępowaniu po stronie zamawiającego i wniosło o oddalenie odwołania. Zgłaszający przystąpienie wskazał, że ma interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego, gdyż jego oferta została uznana za najkorzystniejszą, a odwołanie zmierza do pozbawienia jej tego statusu, zatem rozstrzygnięcie na korzyść zamawiającego pozwoli zgłaszającemu przystąpienie na uzyskanie zamówienia.

W uzasadnieniu podniósł, iż w jego ocenie brzmienie cytowanego poniżej postanowienia pkt 24.8 jest na tyle jednoznaczne, iż nie może pozostawiać jakiegokolwiek swobody

interpretacyjnej co do oceny konieczności wprowadzenia określonych pozycji w przedmiarze. Według przystępującego oczywiście było, że zamawiający wprost żądał, aby wskazane przez niego koszty związane z wykonaniem powyższych robót uwzględnione zostały w dodatkowych pozycjach, dodanych jako kolejne w przedmiarze. Podniósł, że powołane przez odwołującego Energopol orzecznictwo zapadło w odmiennym stanie faktycznym. Podkreślił, że w świetle poglądów judykatury brak wyszczególnienia w kosztorysie wszystkich pozycji wymaganych przez zamawiającego - w przypadku wynagrodzenia kosztorysowego - przesądza o niezgodności treści oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, która nie może być usanowana żadnym z trybów przewidzianych w art. 87 Pzp i skutkuje obowiązkiem odrzucenia takiej oferty - wyrok KIO z dnia 24 marca 2011 r. sygn. akt KIO/494/11 oraz wyrok sygn. akt KIO/UZP 1532/10 z dnia 4 sierpnia 2010r. Podniósł, że odwołujący Energopol na etapie przed upływem terminu składania ofert mógł żądać wyjaśnień treści siwz lub składać środki ochrony prawnej, jeśli postanowienia siwz budziły jego wątpliwości. Skoro tego nie uczynił to akceptował postanowienia siwz – wyrok Izby sygn. akt KIO 2485/10, wyrok Izby z dnia 9 czerwca 2009 roku sygn. akt KIO/UZP 673/09, wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 9 lipca 2009r. sygn. akt XIX Ga 223/2009.

Według przystępującego, zamawiający nie mógł dokonać modyfikacji robót opisanych pod pozycją 80 w zadaniu 5.6d, w której błędnie została wpisana średnica (315x18,7 zamiast 508x11), gdyż wskazane przez odwołującego Energopol pozycje różnią się od siebie treścią. Pozycja 80 w zadaniu 5.6d powinna mieć, zgodnie z wymaganiami zamawiającego, następujące brzmienie: „Przewierty rurami maszyną do wierceń poziomych WP 30/60, długość przewiertu do 40m i średnica nominalna rury 315x18,7mm, w gruntach kat. III-IV”, wobec czego żadna z przedstawionych przez odwołującego się pozycji nie jest z nią tożsama. Dodatkowo zamawiający nie mógł mieć pewności, że odwołujący w tej pozycji zastosowałby cenę jednostkową taką jak we wskazanych w odwołaniu pozycjach, skoro np. u przystępującego te pozycje różnią się ceną. Aby ustalić, że w poz. 80 cena jednostkowa wynosiła 708,96 zł., zamawiający musiałby się zwrócić do odwołującego Energopol o wyjaśnienie i potwierdzenie ceny jednostkowej, co z kolei stanowiłoby negocjacje w celu ustalenia treści poprawek, których prowadzenie zgodnie z ustawą jest niedopuszczalne. Na te okoliczności powołał wyroki Izby sygn. akt KIO/UZP 1073/09 z dnia 9 września 2009r, sygn. akt KIO/UZP 1420/10 z dnia 20 lipca 2010r., wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 21 stycznia 2010 roku. Również w zakresie zarzutu zaniechania poprawienia omyłki w zakresie pojęć „zwłoka” i „opóźnienie” przystępujący nie zgodził się ze stanowiskiem odwołującego i powołał na wyrok sygn. akt KIO 1797/10 z dnia 2 września 2010r., z którego wynika, że zamiar złożenia oferty zgodnej z siwz nie przesądza jeszcze o niemożności złożenia oświadczenia niezgodnego. Wskazał także na wynikające z judykatury (wyrok Izby sygn. akt KIO/UZP 779/10) rozumienie pojęcia omyłki. Wskazał, że w jego ocenie

niezgodności w ofercie odwołującego Energopol nie wynikają z omyłek ale z braku należytej staranności w przygotowaniu oferty. Na zasadnicze różnice pomiędzy tymi dwoma podstawami odpowiedzialności wykonawcy wielokrotnie zwracał uwagę Sąd Najwyższy, choćby w wyroku z dnia 27 czerwca 2000 r. 1 CKN 791/98. Z przeglądu orzecznictwa Sądu Najwyższego wynika, iż sytuacja w której wierzyciel jest uprawniony dochodzić zapłaty kary umownej z tytułu opóźnienia różni się diametralnie od sytuacji, w której takie uprawnienie wierzyciela powstaje w przypadku zwłoki dłużnika. Nie sposób zatem zgodzić się z Odwołującym, który zdaje się twierdzić iż terminy „zwłoka” i „opóźnienie” stanowią niemalże synonimy. Skoro Zamawiający w odpowiedzi na pytanie nr 74 udzieloną w piśmie z dnia 18.10.2010 r. wyraźnie przewidział zwłokę jako podstawę odpowiedzialności wykonawcy z tytułu kary umownej, to wykonawca nie może w ramach oferty dokonywać modyfikacji charakteru tej odpowiedzialności, zmieniając podstawy naliczania kar umownych. Oferta taka jest ewidentnie niezgodna z SIWZ, stopień istotności tej niezgodności nie pozwala na jej skorygowanie w trybie art. 87 Pzp. Przystępujący podzielił stanowisko odwołującego, co do zakresu stosowania zasady równego traktowania, ale odmiennie niż odwołujący uznał, że do naruszenia tej zasady w postępowaniu nie doszło. Podniósł, że to, iż tylko on prawidłowo zrozumiał postanowienia siwz nie stanowi o nierównym traktowaniu wykonawców przez zamawiającego. Wskazał na wyrok Izby sygn. akt KIO/UZP 1757/10 z dnia 31 sierpnia 2010r. Zgłoszenie zostało podpisane przez dwóch członków zarządu ujawnionych w KRS i upoważnionych od łącznej reprezentacji lidera konsorcjum – IDS-BUD spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie. Lider działał w imieniu własnym oraz w imieniu partnera na podstawie pełnomocnictwa z dnia 13 października 2011r. udzielonego przez partnera i podpisanego przez prezesa zarządu partnera upoważnionego do jednoosobowej reprezentacji partnera, zgodnie z odpisami z KRS dla obu spółek załączonymi do zgłoszenia.

Izba stwierdziła, że przystąpienia spełniają wymagania ustawowe skuteczności przystąpienia określone w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy.

W dniu 23 stycznia 2012r. odwołujący złożył oświadczenie o wycofaniu odwołania. Oświadczenie to zostało podpisane tak jak odwołanie.

Izba zważyła, co następuje :

Uwzględniając powyższe Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 183 ust. 5 pkt 2 ustawy umorzyła postępowanie odwoławcze.

Zgodnie z § 5 ust. 1 pkt 3 lit a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisów od odwołania oraz rodzajów

kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczenia (Dz. U. nr 41 poz. 238)
Izba postanowiła zwrócić na rzecz odwołującego się 90% kwoty uiszczanego wpisu.

Przewodniczący:

.....