

Sygn. akt: KIO 2579/14

WYROK
z dnia 18 grudnia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Marta Polkowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 grudnia 2014 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 grudnia 2014 r. przez Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie **Melbud S.A** z siedzibą w Grudziądzu przy ul. Składowej 4, 86-300 Grudziądz oraz **Ekomeł Sp. z o.o.** z siedzibą w Chojnicach przy ul. Angowickiej 37, 89-600 Chojnice w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Miejskie Wodociągi Sp. z o.o.** z siedzibą w Chojnicach przy Pl. Piastowskim 27a, 89-600 Chojnice

przy udziale:

Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie **IDS-BUD S.A.** z siedzibą w Warszawie przy ul. Grzybowskiej 87, 00-844 Warszawa, **Qumak S.A.** z siedzibą w Warszawie przy Al. Jerozolimskich 134, 02-305 Warszawa zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie **M. Sp. z o.o.** z siedzibą we Włocławku przy ul. Płockiej 164, 87-800 Włocławek, **Husar Budownictwo Inżynieryjne S.A.** z siedzibą we Włocławku przy ul. Płockiej 15, 87-800 Włocławek, **Inenergia Sp. z o.o. Sp. k.** z siedzibą w Inowrocławiu przy ul. Transportowca 31 zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

- 1 Uwzględnia odwołanie, nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z 26.11.2014 r., a także nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym nakazuje poprawienie w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy oferty Konsorcjum M. Sp. z o.o., Husar Budownictwo Inżynieryjne S.A,**

Inenergia Sp. z o.o. Sp. k. oraz oferty Konsorcjum IDS-BUD S.A, Qumak S.A. w pozycjach kosztorysów ofertowych dotyczących zbiornika awaryjnego 08 Chojnice Zielona przez zwiększenie ilości obmiarowej pozycji *rozbiórka istniejącego zbiornika* z 135.500 do 185.500.

2 Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie IDS-BUD S.A. z siedzibą w Warszawie, Qumak S.A. z siedzibą w Warszawie przystępujących po stronie Zamawiającego i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20.000 zł 00 gr.** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Melbud S.A z siedzibą w Grudziądzu oraz Ekomeł Sp. z o.o. z siedzibą w Chojnicach, tytułem wpisu od odwołania,

2.2 Zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie IDS-BUD S.A. z siedzibą w Warszawie, Qumak S.A. z siedzibą w Warszawie przystępujących po stronie Zamawiającego, na rzecz Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Melbud S.A z siedzibą w Grudziądzu oraz Ekomeł Sp. z o.o. z siedzibą w Chojnicach kwotę **23.600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Słupsku**

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Miejskie Wodociągi Sp. z o.o. z siedzibą w Chojnicach w trybie przetargu nieograniczonego na *przebudowę i rozbudowę miejskiej oczyszczalni i przepompowni ścieków w Chojnicach wraz z budową nowych obiektów technologicznych (numer sprawy: 2014/S 196-345751)*, ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich 2014/S 196-345751 w dniu 11.10.2014 r., wobec czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej, zostało wniesione w dniu 5 grudnia 2014 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Melbud S.A z siedzibą w Grudziądzu oraz Ekomel Sp. z o.o. z siedzibą w Chojnicach (sygn. akt KIO 2579/14).

Zamawiający poinformował wykonawców o wynikach oceny ofert oraz wyborze oferty najkorzystniejszej w dniu 26.11.2014 r. w zawiadomieniu przekazanym faksem.

Szacunkowa wartość przedmiotu zamówienia przekracza kwotę określoną w Rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 23 grudnia 2013 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej (Dz. U. poz. 1735) dla robót budowlanych, stanowiącej o obowiązku prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w pełnej procedurze „unijnej” i wynosi 79.157.034, 43 zł netto (18.735.836,22 euro).

Zamawiający przekazał w dniu 08.12.2014 r. kopię odwołania wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu. W terminie do 11.12.2014 r. do postępowania odwoławczego przystąpienie zgłosili po stronie Zamawiającego wykonawcy: wspólnie ubiegających się o zamówienie IDS-BUD S.A. z siedzibą w Warszawie, Qumak S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej jako Konsorcjum IDS-BUD) oraz wspólnie ubiegających się o zamówienie M. Sp. z o.o. z siedzibą we Włocławku, Husar Budownictwo Inżynieryjne S.A. z siedzibą we Włocławku, Inenergia Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Inowrocławiu (dalej jako Konsorcjum Molewski).

W toku posiedzenia Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu obu wykonawców zgłaszających przystąpienia po stronie Zamawiającego.

Zamawiający w piśmie przekazanym mailem do Izby uwzględnił odwołanie w całości. Przed otwarciem rozprawy wpłynęło do Izby pismo od przystępującego Konsorcjum IDS-BUD, w którym wniósł on sprzeciw wobec stanowiska Zamawiającego. Na posiedzeniu niejawnym prowadzonym z udziałem stron przystępujące po stronie Zamawiającego Konsorcjum M. nie wniosło sprzeciwu wobec uwzględnienia w całości zarzutów z odwołania.

Na podstawie art. 186 ust. 4 ustawy odwołanie podlegało rozpoznaniu na skutek sprzeciwu Konsorcjum IDS-BUD.

Odwołujący - Konsorcjum Melbud zarzucił Zamawiającemu dokonanie z naruszeniem przepisów ustawy czynności oceny ofert, w tym wyboru oferty najkorzystniejszej, za jaką uznana została oferta Konsorcjum M., podlegająca odrzuceniu, zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum IDS-BUD oraz zaniechania wyboru oferty Odwołującego. Jako zarzut ewentualny Odwołujący wskazał na zaniechanie przez Zamawiającego unieważnienia postępowania w sytuacji, gdy jest ono obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy.

W wyniku kwestionowanych czynności i zaniechań w ramach oceny ofert Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy w tym:

1. Art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 89 ust. 1 pkt 6 poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum M. pomimo tego, że jej treść nie odpowiada siwz, gdyż w odpowiedzi na pytanie nr 084 w zestawie 3 (z dnia 24.10.2014 r.) Zamawiający dodał do przedmiaru poz. 994a „Rozbiórka istniejącego zbiornika osadów”, a w ofercie (kosztorysie ofertowym) nie uwzględniono w/w pozycji 994a, a co więcej cena oferty została błędnie wyliczona (z pominięciem prac z poz. 994a);
2. Art. 89 ust. 1 pkt 2/ art. 89 ust. 1 pkt 6 w zw. z art. 87 ust. 1 i art. 7 ust. 1 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum M. pomimo tego, że treść oferty nie odpowiada treści siwz, gdyż w „Erracie do przedmiaru robót oczyszczalni ścieków ul. Igielska BR instalacje elektryczne” (z dnia 24.10.2014 r.) Zamawiający dodał do przedmiaru w dziale nr 03 w pkt 3.4. pozycję „Montaż napędu bramy NB” obejmującej montaż napędu bramy, a w ofercie (kosztorysie ofertowym) nie uwzględniono w/w pozycji, a co więcej cena oferty została błędnie wyliczona (z pominięciem prac w w/w. pozycji), przy czym Zamawiający bezpodstawnie zwrócił się do wykonawcy o udzielenie w trybie art. 87 ust. 1 ustawy wyjaśnień i dokonał błędnej ich oceny. Jednocześnie w odniesieniu do ofert innych wykonawców, w których ofertach wystąpiły braki w kosztorysach ofertowych, Zamawiający postąpił wbrew zasadzie równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji;
3. Art. 89 ust. 1 pkt 2/ art. 89 ust. 1 pkt 6 poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum IDS-BUD pomimo, iż treść oferty nie odpowiada treści siwz, gdyż w odpowiedzi na pytanie nr 084 w zestawie 3 (z dnia 24.10.2014 r.) Zamawiający dodał do przedmiaru poz. 994a „Rozbiórka istniejącego zbiornika osadów”, a w ofercie (kosztorysie ofertowym) nie uwzględniono w/w pozycji 994a, a co więcej cena oferty została błędnie wyliczona (z pominięciem prac z poz. 994a);

4. Art. 91 ust. 1 i art. 7 ust. 3 ustawy poprzez wybór oferty podlegającej odrzuceniu oraz zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej;
5. Ewentualnie art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 91 ust. 1 pkt 1 poprzez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej w sytuacji gdy postępowanie jest obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert w tym dokonanie odrzucenia ofert Konsorcjum M. oraz oferty Konsorcjum IDS-BUD i dokonanie wyboru oferty Odwołującego Konsorcjum Melbud jako najkorzystniejszej, ewentualnie unieważnienie postępowania.

Odwołujący wniósł o przeprowadzenie dowodów z:

- a. dokumentacji postępowania, tj. siwz z załącznikami (w tym m.in. str. 8, 9, str. 18-21, str. 28-32 – tabela cenowa elementów robót – załącznik nr 1A do formularza oferty – wzór, str. 41-45 – załącznik nr 9 do siwz – wzór kosztorysu ofertowego, str. 70 – załącznik nr 10 do siwz) oraz odpowiedzi na pytania z dnia 24.10.2014 r. (z załącznikami – Erratami), na okoliczność wykazania faktu, że Zamawiający uzupełnił przedmiar robót o poz. 994a i o poz. w dziale nr 03 w pkt 3.4. „Montaż napędu bramy NB”, obejmująca montaż napędu bramy – kpl. (siłowniki, centrala, 2 kpl barier, lampa, zestaw 5 pilotów) i wymagał zawarcia w/w pozycji w kosztorysie ofertowym oraz jej uwzględnienia w cenie oferty, a także na okoliczność, iż zakazane było dokonywanie zmian zakresu i ilości prac w przedmiarze przez wykonawców oraz kosztorysowego charakteru wynagrodzenia wykonawcy;
- b. ofert Konsorcjum M. oraz Konsorcjum IDS-BUD w zakresie kosztorysów ofertowych w części dotyczącej działu CHOJNICE ZIELONA – ZBIORNIK AWARYJNY (str. 1010[220], 1011 [221] oferty Konsorcjum M. oraz str. 2205 [217], 2206 [218], 2207 [219] oferty Konsorcjum IDS-BUD) na okoliczność wykazania faktu, iż w/w wykonawcy nie zawarli w ofertach poz. 994a wymaganej przez Zamawiającego;
- c. oferty Odwołującego (str. 1241) na okoliczność wykazania faktu, iż Odwołujący uwzględnił w kosztorysie ofertowym poz. 994a;
- d. wezwań Zamawiającego do wyjaśnienia treści ofert Konsorcjum M. z dnia 21.11.2014 r. (znak JRP-261/P/RB2/68/8177/2014) oraz udzielonych wyjaśnień w piśmie z dnia 25.11.2014 r. (znak: L.dz. 121/11/2014) na okoliczność wykazania faktu braku w ofercie w dziale nr 03 w pkt 3.4. pozycji „Montaż napędu bramy NB”, co zostało stwierdzone przez Zamawiającego, przyznania tej okoliczności przez wykonawcę,

- wskazujące na brak spełnienia wymagań Zamawiającego oraz brak podstaw do poprawienia oferty w trybie art. 87 ust. 3 pkt 3 ustawy;
- e. zawiadomienia o wyborze oferty i wykonawcach, których oferty zostały odrzucone z dnia 26.11.2014 r. na okoliczność wykazania faktu, że Zamawiający dokonał wyboru oferty Konsorcjum M. oraz odrzucił ofertę Konsorcjum Porr (Polska) S.A. i Ekolog Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 (także z powodu braku uwzględnienia w kosztorysie ofertowym pozycji „Montaż napędu bramy – kpl) oraz ofertę Konsorcjum B&W Usługi Ogólnobudowlane B. D. i Bilfinger Infrastructure S.A. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2;
 - f. informacji o wyniku postępowania przekazanej faksem Odwołującemu faksem w dniu 26.11.2014 r. na okoliczność wykazania, że wniesienie odwołania nastąpiło z zachowaniem ustawowego terminu.

Odwołujący zakwestionował wynik oceny ofert ustalony w postępowaniu, w którym jego oferta została sklasyfikowana na trzeciej pozycji, tj. za ofertami Konsorcjum M. oraz Konsorcjum IDS-BUD, a które Zamawiający powinien był odrzucić, jako niezgodne z treścią siwz, co wskazuje na naruszenie interesu Odwołującego w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w postaci utraty zysków jakie zakładał z uzyskania zamówienia, a także niemożliwości zwrotu kosztów przygotowania oferty.

W obu ofertach zakres przedmiotowy nie obejmuje całości przedmiotu zamówienia opisanego w treści siwz, co czyni niemożliwym uznanie tych ofert za zgodne z wymaganiami Zamawiającego i porównywalne z poprawnymi ofertami. Zamawiający wymagał przedłożenia wraz z ofertą kosztorysu uproszczonego sporządzonego w oparciu o przedmiary robót, projekt budowlany, projekt wykonawczy i specyfikację techniczną wykonania i odbioru robót budowlanych – wg wzoru sporządzonego w załączniku nr 9 do siwz. Zamawiający ustalił wynagrodzenie kosztorysowe (załącznik nr 10 do siwz – par. 29 ust. 4, str. 70 [wzór umowy]), przy którym kluczową rolę odgrywa odpowiednie przygotowanie w szczególności przedmiaru robót. Co do zasady każda zmiana zakresu rzeczowego umowy w części wykraczającej poza opisany w siwz będzie nieważna na podstawie art. 140 ust. 3 ustawy. Zamawiający wskazał wprost w pkt 11 Rozdziału X SIWZ: „Zamawiający wymaga załączenia do oferty kosztorysu ofertowego uproszczonego, wykonanego na podstawie załączonych przedmiarów robót, z tym, że ilości pozycji i zakres bez zgody Zamawiającego nie mogą ulec zmianie, natomiast opisane pozycje muszą obejmować cenę wykonania poszczególnych obiektów (kompletnych) opisanych w dokumentacji projektowej (projekcie budowlanym i projekcie wykonawczym) oraz w STWiORB. Brak opisanie szczegółów zakresu robót w przedmiarze robót (przy ujęciu jego w pozostałych elementach dokumentacji projektowej lub w STWiORB) nie będzie upoważniało Wykonawcy do dodatkowej zapłaty - wartość tych

robót mieści się w wycenianych pozycjach przedmiaru robót.”. Z przywołanych postanowień Odwołujący wnioskuję o roli kosztorysu ofertowego sporządzonego według wskazań Zamawiającego zarówno dla przebiegu postępowania (z punktu widzenia zgodności oferty z siwz i właściwego obliczenia ceny), jak i na etapie wykonania umowy (chroniąc Zamawiającego przed dodatkowymi płatnościami). W ocenie Odwołującego, wytyczne co do sposobu przygotowania kosztorysu ofertowego, jak i sposobu obliczenia ceny były jasne i są wiążące również dla Zamawiającego. Wykonawcy byli zobowiązani uwzględnić treść wyjaśnień udzielonych przez Zamawiającego w toku postępowania, w których dokonał on szeregu wskazań odnośnie przedmiotu zamówienia oraz korekt w przedmiarach. Dotyczyły one między innymi rozbiórki istniejącego awaryjnego zbiornika retencyjnego przy ul. Zielonej (pytanie nr 084 w zestawie nr 11), co do której Zamawiający wskazał: „należy dodać poz. 994a do przedmiaru/kosztorysu branży architektoniczno-konstrukcyjnej (...)”. W ofercie Konsorcjum IDS-BUD nie uwzględniono konieczności wykonania rozbiórki i nie dokonano jej wyliczenia w ilości 50 m³ (brak wymaganej pozycji 994a). W ocenie Odwołującego nie zachodzi podstawa do poprawienia treści oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3, jak też zastosowania trybu wyjaśnień oferty, które musiałyby prowadzić do jej zmiany. W przedmiotowym stanie do usunięcia błędu nie mogłoby dojść w oparciu o zawartość pozostałej części oferty, bez wytworzenia nowego oświadczenia wykonawcy. Odwołujący wskazał również na wcześniejsze odpowiedzi Zamawiającego z dnia 24.10.2014 r., w których Zamawiający odnosił się również do zbiornika awaryjnego przy ul. Zielonej (pytanie nr 005 w zestawie nr 2), wskazując na potrzebę dodania pozycji 993a i 993b do przedmiaru/kosztorysu branży architektoniczno-konstrukcyjnej. Odwołujący stosując się do wytycznych Zamawiającego dokonał wyceny wymienionych elementów zamówienia z pozycji 993a, 993b i 994a, przyjmując ilości podane przez Zamawiającego w odpowiedziach. W ofercie Konsorcjum IDS-BUD uwzględniło pozycje 993a i 993b, ale pominęło poz. 994a, a roboty tam wskazane nie zostały wycenione, co wskazuje na niezgodność treści oferty z siwz. Popołnione błędy przy sporządzaniu kosztorysu również wypełniają przesłankę do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy. Zamawiający w siwz wyraźnie wskazał, iż nieprawidłowości w sposobie obliczenia ceny oznaczają konieczność wyeliminowania wadliwej oferty. Zamawiający wymagał wyceny załączonego do siwz przedmiaru robót, zachowując ilość pozycji i zestawienie planowanych prac, co oznaczało zakaz dokonywania zmian zakresu prac i ich ilości. Cena oferty miała być zgodna z załączonym do oferty kosztorysem ofertowym uproszczonym, sporządzonym w układzie jak pozycje tabeli cenowej, a wartość poszczególnych działów kosztorysu miała być zgodna z wartościami przypisanymi w tabeli cenowej elementów robót (rozdział X pkt 4 siwz (IDW)). Odwołujący wskazał na świadomość Zamawiającego znaczenia pominięcia przy wycenie pozycji z przedmiaru robót dla oceny ofert, wyrażonej w decyzji o odrzuceniu oferty

Konsorcjum Porr (Polska) S.A. i EKOLOG Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum IDS-BUD z przywołanych powyżej przyczyn narusza nie tylko przywołane przepisy ustawy (art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6) ale również godzi w zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 ustawy).

Gdyby jednak okazało się, że wprowadzając pozycje 993a, 993b i 994a do przedmiaru Zamawiający popełnił błąd, który uniemożliwia wykonawcom złożenie porównywalnych ofert, to wówczas w ocenie Odwołującego będziemy mieli do czynienia z sytuacją, w której postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, co stanowiłoby podstawę do unieważnienia postępowania w myśl art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy.

Odnośnie oferty Konsorcjum M. Odwołujący podtrzymał argumentację prezentowaną powyżej w odniesieniu do tej samej podstawy faktycznej zarzutów – braku uwzględnienia w kosztorysie ofertowym pozycji 994a. Dodatkowo wskazał na konieczność odrzucenia oferty tego wykonawcy na podstawie art. 87 ust. 1 pkt 1 z powodu nie uwzględnienia w ofercie – kosztorysie ofertowym w dziale nr 03 w pkt 3.4. pozycji „Montaż napędu bramy – kpl (siłowniki, centrala, 2 kpl barier, lampa, zestaw 5 pilotów), co wskazywać ma na niezgodność tej oferty z treścią siwz, z zastrzeżeniem, iż przepis art. 87 ust. 1 pkt 2 ustawy nie znajdzie zastosowania, a cena ofertowa została błędnie obliczona co stanowi podstawę do odrzucenia oferty w myśl art. 87 ust. 1 pkt 6 ustawy. Odwołujący powołał się na treść siwz zmodyfikowaną erratą do przedmiaru robót oczyszczalnia ścieków ul. Igielska BR instalacje elektryczne, przekazanej przez Zamawiającego w dniu 24.10.2014 r. wraz z odpowiedziami na pytania wykonawców (zestaw 01-13). Zamawiający wskazała na konieczność uwzględnienia dodatkowej pozycji „montaż napędu bramy NB”, która nie została opisana w poz. 115 obejmującej wyłącznie zasilanie napędu bramy kablem YKXS 5x16mm² (złącze kablowe ZK). Wprowadzona pozycja obejmowała 1 komplet napędu bramy, tj. siłownik, centrale, 2 kpl. barier, Lampe, zestaw 5 pilotów). W ofercie Konsorcjum M. pozycja ta nie wystąpiła, co wywołało wątpliwość Zamawiającego, który w piśmie z dnia 21.11.2014 r. zwrócił się do wykonawcy w trybie art. 87 ust. 1 ustawy o udzielenie odpowiedzi na pytanie, czy w ofercie uwzględniony został montaż napędu bramy NB, a jeżeli tak, to w której pozycji kosztorysu ofertowego. Odwołujący uznał, iż skierowanie wezwania do złożenia wyjaśnień było nieprawidłowe, gdyż nie było możliwym udzielenie odpowiedzi bez zmiany treści oferty i prowadzenia negocjacji z wykonawcą. Zamawiający zakazała wprowadzania zmian w zakresie i ilości prac kosztorysowych, a samo zapytanie nie dotyczyło ustalenia, czy wyceniono w pozycji komplet napędu bramy NB. W ocenie Odwołującego odpowiedź, w której Konsorcjum M. wskazało na wycenę tego elementu w pozycji 102 (montaż złącza kablowego ZK-601), jest wątpliwe, a każdym razie nie jest zgodne z treścią siwz. W

dokumentacji projektowej i STWiORB dotyczącej poz. 102 nie ma mowy o montażu napędu bramy NB, stąd zostało to uzupełnione o dodana pozycję w erracie, która nie mogła być ujęta w poz. 102, czy też innej pozycji kosztorysowej. Zdaniem Odwołującego w wyniku uwzględnienia wyjaśnień Zamawiający dopuścił do wprowadzenia zmiany treści oferty Konsorcjum M. . Ponadto ten sam brak był przyczyną wskazana przez Zamawiającego do odrzucenia oferty innego wykonawcy – Konsorcjum Porr (Polska) S.A. i Ekolog Sp. z o.o., bez stosowania trybu przewidzianego w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Powyższe wskazywać ma na nierówne traktowanie wykonawców (art. 7 ust. 1 ustawy) i zmierza do udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy, wbrew art. 7 ust. 3 ustawy.

Stanowisko Izby

Do rozpoznania odwołania zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (tekst jednolity Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), zwanej dalej „ustawą”.

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania kierując je na rozprawę, w związku ze sprzeciwem Konsorcjum IDS-BUD wniesionym wobec uwzględnienia w całości zarzutów przez Zamawiającego przed otwarciem rozprawy.

Uwzględniając odwołanie Izba miała na uwadze całokształt okoliczności ustalonych w sprawie przy rozpoznawaniu poszczególnych zarzutów, co doprowadziło do ustalenia stanu faktycznego będącego podstawą rozstrzygnięcia w sprawie.

Na podstawie protokołu postępowania oraz informacji z dnia 26.11.2014 r. Izba ustaliła, iż w przedmiotowym postępowaniu złożonych zostało 5 ofert, z których trzy Zamawiający odrzucił. Jeden z wykonawców *odrzuconych* (Konsorcjum Porr) wniósł odwołanie, w którym podniesione zarzuty zostały w całości przez Zamawiającego uwzględnione przed otwarciem rozprawy (sygn. akt KIO 2582/14, połączona ze sprawą KIO 2579/14), a postępowanie odwoławcze, w związku z brakiem sprzeciwów wykonawców przystępujących po stronie Zamawiającego zostało umorzone (dowód postanowienie KIO z dnia 17.12.2014 r., sygn. akt KIO 2582/14). Zamawiający wyjaśnił na rozprawie, iż w wyniku błędów popełnionych w toku badania ofert zachodzi potrzeba do ponownego przeprowadzenia czynności sprawdzenia ofert pod kątem ustalenia, czy brak części pozycji prowadzi do niezgodności treści ofert z siwz. Zamawiający zakłada możliwość, iż część pozycji (w tym 994a) powieli zakres prac ujętych w innych pozycjach kosztorysowych. Zamawiający oczekuje w tym zakresie stanowiska projektanta. Powyższe doprowadziło do podjęcia decyzji o uwzględnieniu obu

odwołań połączonych do wspólnego rozpoznania, chociaż każde z nich zmierzało do innego rozstrzygnięcia (odwołanie Konsorcjum Porr – do przywrócenia tej oferty do oceny, a odwołanie Konsorcjum Melbud – do odrzucenia dwóch ofert, w tym wybranej Konsorcjum M.).

Zamawiający dokonał w dniu 26.11.2014 r. wyboru oferty najkorzystniejszej spośród trzech nieodrzuconych ofert uznając za najkorzystniejszą ofertę Konsorcjum M. (z ceną netto 89.735.938,64 zł. – najniższa spośród wszystkich złożonych). Pozostałe dwie w ocenie oferty zawierały ceny netto w wysokości 91.800.000,00 zł. (Konsorcjum IDS-BUD) oraz 92.984.654,44 zł. (Odwołujący – Konsorcjum Melbud).

W zakresie podniesionego zarzutu zaniechania odrzucenia ofert Konsorcjum M. oraz Konsorcjum IDS-BUD jako niezgodnych z siwz, okoliczności faktyczne sprowadzały się do niespornego stanu, w którym obaj wykonawcy nie uwzględnili w kosztorysach odrębnej pozycji 994a (*rozbiórka istniejącego zbiornika osadów*), a w przypadku oferty Konsorcjum Molewski również pozycji dotyczącej montażu napędu bramy NB. Sporne pozycje zostały dodane przez Zamawiającego do przedmiaru robót w trybie odpowiedzi na pytania wykonawców i modyfikacji treści siwz dokonanych w pismach z dnia 24.10.2014r wraz z załącznikami (erratami). Zamawiający udzielając odpowiedzi na pytania do siwz przekazał wykonawcom w dniu 24.10.2014 r. dwa pliki dokumentów zawierające 99 odpowiedzi na pytania wykonawców udzielone w trybie art. 38 ust. 1 i 2 ustawy oraz plik uwzględniający wprowadzoną w trybie art. 38 ust. 4 ustawy modyfikację treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w tym dokumentacji projektowej, wraz z erratami do przedmiarów robót (wynikające z udzielonych odpowiedzi).

Udzielając odpowiedzi na pytanie nr 005, w którym zadający je zwrócił uwagę na brak w przedmiarach robót rozbiórkowych i demontażowych istniejącego zbiornika ścieków, który zlokalizowany jest w miejscu nowego projektowanego zbiornika awaryjnego przy ul. Zielonej oraz informacji o ilości osadów do opróżnienia i utylizacji, Zamawiający wskazał, iż *Rozbiórka zbiornika awaryjnego ul. Zielona wraz z wywozem i utylizacją, ilości robót rozbiórkowych wynosi – 135,5 m³. Należy dodać poz. 993a i 993b do przedmiaru/kosztorysu branży architektoniczno-konstrukcyjnej 08 CHOJNICE ZIELONA – ZBIORNIK AWARYJNY.* Zamawiający zamieścił tabelę uwzględniającą dodane pozycje 993a (rozbiórka istniejącego zbiornika – 135,5 m³) oraz 993b (wywóz i utylizacja materiałów z rozbiórki – 135 m³) oraz przekazał erratę wprowadzającą te pozycje do przedmiaru robót.

Udzielając odpowiedzi na pytanie nr 084, w którym zadający je zwrócił uwagę na brak w przedmiarach robót pozycji dotyczących rozbiórki istniejącego awaryjnego zbiornika retencyjnego przy ul. Zielonej, Zamawiający wskazał, iż *Należy dodać pozycję 994a do*

przedmiaru/kosztorysu branży architektoniczno-konstrukcyjnej. Zamawiający zamieścił tabelę z dodaną pozycją 994a (rozbiórka istniejącego awaryjnego zbiornika osadu – 50 m³), ale nie przekazała erraty z dodaną pozycją przedmiaru robót.

Zamawiający przekazał wykonawcom erraty do przedmiaru robót (wprowadzające zmiany do siwz), w tym dotyczące robót oczyszczalni ścieków ul. Igielska, przekazanej w pliku załączonym do odpowiedzi na pytania z dnia 24.10.2014 r. Zamawiający wskazał, iż należy uwzględnić w dziale nr. 03 w pkt 3.4 dodatkowo pozycję „montaż napędu bramy NB” (ze złącza kablowego ZK nr 601 w poz. 115 pokazane jest wyłącznie zasilanie napędu bramy kablem YKXS 5x16 mm²).

W toku badania oferty Konsorcjum M. Zamawiający wezwał tego wykonawcę w piśmie z dnia 21.11.2014 r. do wyjaśnienia treści oferty w zakresie ujęcia pozycji dotyczącej montażu napędu bramy NB w kosztorysie ofertowym, którą należało uwzględnić zgodnie z erratą do przedmiaru robót branży elektrycznej dla oczyszczalni ścieków ul. Igielska. W wyjaśnieniach z dnia 25.11.2014 r. Konsorcjum M. oświadczyło, iż *wykonanie montażu napędu bramy NB zostało ujęte w kosztorysie ofertowym „6E w/lz Igły” w: dziale 3 – „Wewnętrzne linie zasilające złącza kablowe i urządzenia techniczne” pkt 3.4 – „Złącza kablowe nr 601”, pozycja 102 – „Montaż złącza kablowego ZK-601”.*

Zamawiający określił wynagrodzenia wykonawcy w tym postępowaniu jako kosztorysowe, ustalone w oparciu o wycenę prac ujętych w przedmiarze robót (załącznik nr 10 do siwz – par. 29 ust. 4, str. 70 - wzór umowy). Jednocześnie Zamawiający wymagał, aby cena oferty netto wynikała z wartości kosztorysowej prac, w którym wartości poszczególnych działów musi być zgodna z wartościami przypisanymi w tabeli cenowej elementów robót (rozdział X pkt 4 siwz – IDW). Zamawiający wskazał wprost w pkt 11 Rozdziału X SIWZ: „Zamawiający wymaga załączenia do oferty kosztorysu ofertowego uproszczonego, wykonanego na podstawie załączonych przedmiarów robót, z tym, że ilości pozycji i zakres bez zgody Zamawiającego nie mogą ulec zmianie, natomiast opisane pozycje muszą obejmować cenę wykonania poszczególnych obiektów (kompletnych) opisanych w dokumentacji projektowej (projekcie budowlanym i projekcie wykonawczym) oraz w STWiORB. Brak opisanego zakresu robót w przedmiarze robót (przy ujęciu jego w pozostałych elementach dokumentacji projektowej lub w STWiORB) nie będzie upoważniało Wykonawcy do dodatkowej zapłaty - wartość tych robót mieści się w wycenianych pozycjach przedmiaru robót.”.

Z przywołanych przez Odwołującego zapisów IDW (rozdział III pkt 2.1 ppkt 2 siwz) „Przepompownia centralnej P1 przy ul. Zielonej w Chojnicach – przebudowa na część mechaniczną oczyszczalni ścieków”, wynika, iż likwidowane będą: istniejący zbiornik przy pompowni oraz istniejący zbiornik ścieków. Obiekty przewidziane do likwidacji wskazane w

tej części IDW związane są z zakresem prac prowadzonych na terenie istniejącej przepompowni przy ul. Zielonej. Zamawiający w tym samym punkcie wskazał na projektowane obiekty, których budowę przewidział na tym terenie, tj.: piaskownik napowietrzany (pow. zab. 233,6 m²); awaryjny zbiornik retencyjny (pow. zab. 524,2 m²); zbiornik pomp (pow. zab. 100,5 m²); komory rozdzielcze i kanały doprowadzające ścieki (pow. zab. 57,6 m²); rozbudowa budynku krat (pow. zab. 56,2 m²); stację zlewną ścieków (19,7 m²). Zamawiający nie uwzględnił w opisie technicznym projektu rozbiórek, co wywołało liczne wątpliwości wykonawców na etapie przygotowania ofert, które znalazły wyraz w pytaniach kierowanych do treści siwz. Dotyczyły one nie tylko rozbiórki obiektów na potrzeby budowy awaryjnego zbiornika, ale również np. komory stabilizacji tlenowej i demontażu istniejącej konstrukcji (pyt. 037 i odpowiedź z 24.10.2014 r.). Pomimo wyjaśnień i modyfikacji wprowadzonych przez Zamawiającego do treści siwz, nadal, chociaż już po upływie terminu na składanie pytań zwracano Zamawiającemu uwagę na możliwość powielenia zakresu prac w różnych pozycjach kosztorysowych, na które Zamawiający nie udzielił odpowiedzi. W toku rozprawy, uzasadniając stanowisko o uwzględnieniu odwołania, Zamawiający zgłaszał potrzebę analizy dokumentacji postępowania pod kątem możliwości powielenia zakresu prac w różnych pozycjach kosztorysowych i ewentualnej konieczności wyjaśnienia lub poprawienia treści ofert w trybie art. 87 ustawy.

Uwzględniając ustalony w oparciu o treść przywołanych dokumentów stan faktyczny, Izba uznała, iż odwołanie zasługiwało na uwzględnienie co do zarzutów naruszenia art. 87 ust. 1 i art. 7 ust. 1.

W ocenie Izby, Zamawiający przeprowadził czynności badania i oceny ofert z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, co przejawiało się w odmiennym sposobie przeprowadzenia czynności badania ofert Konsorcjum M. oraz Konsorcjum IDS-BUD niż ustalony w siwz. W świetle niespornego stanu faktycznego Izba dokonała oceny czynności Zamawiającego, jako nieprawidłowej, jednak wnioski płynące z tej oceny różniły się od tych, jakie prezentował Odwołujący w odwołaniu. Izba uznała, iż brakująca pozycja 994a uzupełnionego przedmiaru robót, której ujęcia Zamawiający wymagał w kosztorysach ofertowych nie stanowiła o niezgodności treści ofert obu wymienionych powyżej wykonawców, prowadzącej do ich odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy. W ocenie składu orzekającego, nie ujęcie tej pozycji stanowiło inną omyłkę, podlegającą poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, której to czynności Zamawiający zaniechał w toku badania ofert, a jej przeprowadzenie było konieczne dla doprowadzenia ofert do stanu porównywalności z ofertami pozostałych wykonawców, którzy ujęli dodane do przedmiaru robót pozycje w kosztorysach i je wycenili. Pomimo występujących niezgodności, poprawienie treści ofert nie ingerowałoby w treść

oświadczenia wykonawców w taki sposób, aby w stopniu istotnym prowadzić do ich zmiany. Nakaz poprawienia treści ofert płynący z normy zawartej w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy aktualizuje się w przypadku spełnienia przesłanek wystąpienia niezgodności treści ofert ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, której poprawienie nie doprowadzi do istotnej zmiany treści oferty. Ocena spełnienia przesłanek prowadzona być musi indywidualnie w każdej sprawie z uwzględnieniem zakresu niezgodności i ich wpływu na oświadczenie wykonawcy złożone w ofercie. W orzecznictwie wskazuje się na potrzebę uwzględnienia, czy każdorazowa ingerencja w oświadczenie woli wykonawcy nie powodowała istotnej zmiany treści oferty. *Chodzi zatem o oddanie intencji wykonawcy, wyrażonych w niedoskonały sposób w treści złożonej oferty, czy wynikających z niedostatecznego odczytania wymagań zamawiającego. Ustawodawca wprowadził mechanizm służący potwierdzeniu tej intencji poprzez możliwość niewyrażenia zgody na dokonaną z zastosowaniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy poprawę, której skutkiem jest odrzucenie oferty [art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy]. Powyższe oznacza, że instrument służący poprawie niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia przewidziany w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy ma służyć jak najpełniejszemu, jak najbliższemu rzeczywistej intencji wykonawcy oddaniu jego woli, rekonstrukcji oświadczenia, jakie wykonawca ten złożyłby, gdyby w sposób poprawny jego oferta odpowiadała na wymagania postawione w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. (Sygn. akt: KIO 354/14, Wyrok KIO z dnia 11 marca 2014 r.).*

Przenosząc powyższe rozważania na stan sprawy Izba, uwzględniając okoliczności w jakich doszło do zmiany treści siwz, uznała iż omyłki wykonawców jakich dopuścili się przy sporządzeniu kosztorysu, nie były spowodowane wolą złożenia wadliwej oferty, ale chęcią ścisłego stosowania się do wytycznych Zamawiającego, które okazały się być niejednoznacznymi. Zamawiający z jednej strony kategorycznie zabronił dokonywania jakichkolwiek zmian bez jego zgody w treści dokumentów, a z drugiej strony nie zadbał, aby wprowadzane przez niego zmiany były jednoznaczne co do sposobu ich ujęcia w kosztorysach. Udzielając odpowiedzi na pytania, w których Zamawiający dodał nowe pozycje przedmiarowe podlegające wycenie, jednocześnie przy sporządzaniu errat (wprowadzających zmiany do siwz) nie uwzględnił wszystkich wprowadzonych zmian lub też wprowadzając je nie dookreślił w jakiej pozycji kosztorysowej wymaga ich wyceny (montaż napędu bramy NB). Zamawiający pominął w erratach pozycję 994a, chociaż uwzględnił pozy. 993a i 993b, które w ocenie Izby dotyczyły tego samego obiektu – awaryjnego zbiornika retencyjnego (znajdują się w tej samej części kosztorysu), którego budowa wymaga rozbiórki istniejącego obiektu, nazywanego w pytaniach *zbiornikiem awaryjnym retencyjnym*. Pomimo różnic w opisie dodanych pozycji wynikających z identyfikacji obiektu jako *istniejący zbiornik* (odpowiedź na pytanie 005) oraz *awaryjny zbiornik osadu* (odpowieź

na pytanie 084), treść zapytań identyfikuje zakres udzielonej odpowiedzi, co oznacza, iż faktycznie odnosiły się one do istniejącego zbiornika, którego rozbiórka jest przedmiotem robót związanych z posadowieniem nowego zbiornika awaryjnego 08 Chojnice Zielona, ujętych w robotach ziemnych. Część wykonawców, w tym Odwołujący dodali nową pozycję w kosztorysie pomimo braku oddzielnej erraty (kierując się odpowiedziami na pytania wykonawców). Izba uznała, iż zakres prac objętych pozycjami 993a i 994a mógł być wyceniony w ramach jednej pozycji kosztorysowej z uwzględnieniem obu wielkości obmiarowych. Zmiana oświadczenia wykonawcy w tym zakresie nie wpłynie w sposób istotny na treść oferty, w której zbieżna co do zakresu robót pozycja została wyceniona zarówno przez Konsorcjum M. (str. 1044 (221) – cena jednostkowa 183,69 zł.) jak i Konsorcjum IDS-BUD (str. 2206 (218) – cena jednostkowa 120,00 zł.). Zamawiający powinien w toku powtórzonych czynności powiększyć wartość pozycji kosztorysowych 993a o wycenę dodatkowej ilości 50m³ z dodanej pozycji 994a, uwzględniając ceny jednostkowe wskazane w ofertach Konsorcjum M. oraz Konsorcjum ISD-BUD przy wycenie pozycji 993a i uwzględnić konsekwencje rachunkowe tej zmiany. Doprowadzi to do porównywalności ofert wykonawców, którzy złożyli ofertę w zaufaniu do wytycznych Zamawiającego, które wprowadziły część wykonawców w błąd, co do potrzeby uwzględnienia obu (zdublowanych, jeżeli chodzi o przedmiot rozbiórki) pozycji. Zamawiający może uczynić to samodzielnie bez potrzeby ingerencji wykonawcy w treść oświadczenia zawartą w ofercie. Izba zwraca uwagę, iż również w ofercie Odwołującego wycena pozycji 993a i 994a dokonana została w oparciu o identyczną stawkę jednostkową 87,98 zł.

Odnośnie okoliczności dotyczącej oferty Konsorcjum M. – braku pozycji kosztorysowej uwzględniającej wycenę kompletu napędu bramy NB Izba uznała, iż wyjaśnienia jakich udzielił ten wykonawca, a dotyczące wyceny poz. 102 kosztorysu (str. 1260 oferty) były wystarczające do przyjęcia, iż oferta nie jest sprzeczna z treścią siwz. Zamawiający wprowadzając erratą dodatkową pozycję nie wskazał w piśmie z dnia 24.10.2014 r. w sposób jednoznaczny na obowiązek dodania nowej pozycji np. 102a (jak czynił to przy pozostałych zmianach), jak również nie wymagał zmiany opisu pozycji kosztorysowych, co zdaniem Izby pozostawiało wykonawcom swobodę w przy wycenie tej pozycji z przedmiaru robót w pkt 3.4. *Złącze kablowe nr 601*. Odwołujący ujął koszty montażu napędu bramy NB w odrębnej pozycji 103 (str. 1549 oferty), natomiast Konsorcjum M. uwzględniło koszt tej pozycji w pozycji 102 *montaż złącza kablowego ZK 601* (bez zmiany opisu pozycji), co mieściło się w dyspozycji Zamawiającego wynikającej z treści erraty. Ponadto porównanie wartości dwóch pozycji z kosztorysu Odwołującego (4.971,60 zł.) oraz pozycji 102 kosztorysu Konsorcjum M. (4.923,41) pozwala przyjąć, iż wykonawca ten uwzględnił rzeczywiście koszt kompletu napędu bramy NB.

W świetle prezentowanej argumentacji Izba uznała za zasadne uwzględnienie odwołania, w którym Odwołujący zarzucał wadliwą ocenę ofert wykonawców, w tym wybranego Konsorcjum M. wskazując na niezgodności treści tych ofert z siwz. Izba uznała, za konieczne dla prawidłowego przeprowadzenia czynności badania, oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej nakazać Zamawiającemu ponowne przeprowadzenie czynności w postępowaniu i poprawienie treści ofert na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy zgodnie z wytycznymi zamieszczonymi powyżej. Dopiero brak zgody wykonawcy na poprawienie treści oferty wypełni przesłankę do odrzucenia oferty.

Izba oddaliła zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy oraz art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 91 ust. 1 pkt 1 ustawy, jako bezzasadne w związku z potrzebą przeprowadzenia procedury poprawy treści ofert, od której wyniku uzależnione są dalsze czynności w postępowaniu.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 186 ust. 6 ppkt 3, art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 2 ppkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. 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 zaliczyła do kosztów postępowania wpis oraz uzasadnione koszty Odwołującego Konsorcjum Melbud, stwierdzone rachunkiem przedłożonymi przed zamknięciem rozprawy, obejmujące wpis od odwołania oraz wynagrodzenie pełnomocnika w sprawie KIO 2579/14.

Przewodniczący: