

Sygn. akt KIO/UZP 86/09

KIO/UZP 87/09

WYROK

z dnia 3 lutego 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Członkowie: Małgorzata Rakowska

Małgorzata Stręciwilk

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 stycznia 2009 r. w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 stycznia 2009 r. do łącznego rozpoznania, wniesionych przez

wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia:

**PRO-TRA BUILDING Sp. z o.o. ul. Betonowa 1, 51-504 Wrocław,
Przedsiębiorstwo Prywatne JUMARPOL P. Traczewski, M. Kasperek Sp.
jawna ul. Bajana 1, 44-100 Gliwice,**

**Władysław Kwapisz prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą
P.P.H.U. BUDREN ul. Armii Krajowej 25, 44-330 Jastrzębie Zdrój,
Przedsiębiorstwo Robót Drogowych i Mostowych S.A. ul. 24 Kwietnia 4,
47-200 Kędzierzyn Koźle**

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego

**Gminę Wrocław – Zarząd Dróg i Utrzymania Miasta
ul. Długa 49, 53-633 Wrocław**

protestów z dnia 24 grudnia 2008 r. przy udziale

- 1. wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: POL-DRÓG Oleśnica S.A. Cieśle 44, 56-400 Oleśnica, Bickhardt Bau Polska Sp. z o.o. ul. Betonowa 1, 51-504 Wrocław, MUSING Sp. z o.o. ul. Sanatoryjna 5, 70-775 Szczecin, Zakład Sieci i Zasilania Sp. z o.o. ul. Legnicka 65, 54-205 Wrocław** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygnaturze akt KIO/UZP 86/09 po stronie Zamawiającego,
- 2. wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Max Bögl Polska Sp. z o.o. ul. Światowida 6, 71-726 Szczecin oraz Max Bögl Bauunternehmung GmbH & Co. KG. Sengenthal D-92369, Republika Federalna Niemiec** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygnaturze akt KIO/UZP 86/09 i KIO/UZP 87/09 po stronie Zamawiającego

orzeka:

- 1. uwzględni oba odwołania i nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert,**
- 2. kosztami postępowania obciąża Gminę Wrocław – Zarząd Dróg i Utrzymania Miasta ul. Długa 49, 53-633 Wrocław i nakazuje:**
 - 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisów uiszczonych przez **wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: PRO-TRA BUILDING Sp. z o.o. ul. Betonowa 1, 51-504 Wrocław, Przedsiębiorstwo Prywatne JUMARPOL P. Traczewski, M. Kasperek Sp. jawna ul. Bajana 1, 44-100 Gliwice, Władysław Kwapisz prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą P.P.H.U. BUDREN ul. Armii Krajowej 25, 44-330 Jastrzębie Zdrój, Przedsiębiorstwo Robót Drogowych i Mostowych S.A. ul. 24 Kwietnia 4, 47-200 Kędzierzyn Koźle** w tym:

- a) **2 287 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące pięćset dwieście osiemdziesiąt siedem złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego w postępowaniu o sygnaturze akt KIO/UZP 86/09,
- b) **2 287 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące pięćset dwieście osiemdziesiąt siedem złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego w postępowaniu o sygnaturze akt KIO/UZP 87/09,
- 2) dokonać wpłaty kwoty **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Gminę Wrocław – Zarząd Dróg i Utrzymania Miasta ul. Długa 49, 53–633 Wrocław** na rzecz **wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: PRO-TRA BUILDING Sp. z o.o. ul. Betonowa 1, 51–504 Wrocław, Przedsiębiorstwo Prywatne JUMARPOL P. Traczewski, M. Kasperek Sp. jawna ul. Bajana 1, 44–100 Gliwice, Władysław Kwapisz prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą P.P.H.U. BUDREN ul. Armii Krajowej 25, 44–330 Jastrzębie Zdrój, Przedsiębiorstwo Robót Drogowych i Mostowych S.A. ul. 24 Kwietnia 4, 47–200 Kędzierzyn Koźle** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu,
- 3) dokonać zwrotu kwoty **35 426 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści pięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: PRO-TRA BUILDING Sp. z o.o. ul. Betonowa 1, 51–504 Wrocław, Przedsiębiorstwo Prywatne JUMARPOL P. Traczewski, M. Kasperek Sp. jawna ul. Bajana 1, 44–100 Gliwice, Władysław Kwapisz prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą P.P.H.U. BUDREN ul. Armii Krajowej 25, 44–330 Jastrzębie Zdrój, Przedsiębiorstwo Robót Drogowych i Mostowych S.A. ul. 24 Kwietnia 4, 47–200 Kędzierzyn Koźle**, w tym:
- a) **17 713 zł 00 gr** (słownie: siedemnaście tysięcy siedemset trzynaście złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego w postępowaniu o sygnaturze akt KIO/UZP 86/09,

- b) **17 713 zł 00 gr** (słownie: siedemnaście tysięcy siedemset trzynaście złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego w postępowaniu o sygnaturze akt KIO/UZP 87/09.

U z a s a d n i e n i e

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *budowę połączenia obwodnicy Śródmiejskiej z Portem Lotniczym we Wrocławiu – Etap II*, którego dotyczy złożone odwołanie, prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z 2008 r. Nr 171, poz. 1058), w trybie przetargu nieograniczonego. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 25 lipca 2008 r. w Dz. Urz. UE pod numerem 2008/S 143-191588. Jak wynika z protokołu postępowania, wartość zamówienia została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 72.276.709,91 zł, tj. 18.641.951,44 euro.

16 grudnia 2008 r. wykonawcy zostali poinformowani o wyborze oferty najkorzystniejszej, za którą została uznana oferta złożona przez wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia PRO-TRA BUILDING Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Prywatne JUMARPOL P. Traczewski, M. Kasperek Sp. jawna, Władysław Kwapisz prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą P.P.H.U. BUDREN, Przedsiębiorstwo Robót Drogowych i Mostowych S.A. zwanych dalej konsorcjum PRO-TRA BUILDING lub Odwołującym.

Odwołanie o sygn. akt KIO/UZP 86/09

24 grudnia 2008 r. na czynność tę protest złożyli wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: POL-DRÓG Oleśnica S.A., Bickhardt Bau Polska Sp. z o.o., MUSING Sp. z o.o., Zakład Sieci i Zasilania Sp. z o.o. (zwani dalej konsorcjum POL-DRÓG) zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 1 pkt 10, art. 24 ust. 2 pkt 2 i 3, art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 87 ust. 2 pkt 3, art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych „oraz innych wynikających z uzasadnienia protestu” i wnosząc o:

1. unieważnienie decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej,
2. dokonanie ponownej czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, a w jej wyniku uznanie, iż konsorcjum PRO-TRA BUILDING nie spełnia warunku udziału w postępowaniu i wykluczenie go z postępowania, zgodnie z dyspozycją art. 24 ust. 1 pkt 10, względnie uznając, iż podał w ofercie nieprawdziwe informacje zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, mające wpływ na wynik przedmiotowego postępowania oraz, stosownie do dyspozycji art. 24 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, uznanie złożonej oferty za odrzuconą,
3. dokonanie czynności unieważnienia wezwania do wyrażenia zgody oraz poprawienia omyłki w treści oferty konsorcjum PRO-TRA BUILDING na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych i w wyniku tej czynności uznanie, iż oferta ta jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co skutkuje odrzuceniem oferty zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych,
4. dokonanie ponownej oceny ofert i w jej wyniku uznanie, iż ofertę najkorzystniejszą złożyło konsorcjum POL-DRÓG.

Powyższe czynności i zaniechania Zamawiającego naruszają interes prawny konsorcjum POL-DRÓG w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, bowiem w przypadku dokonania czynności określonych w żądaniu protestu, oferta najkorzystniejszą w świetle przyjętego kryterium oceny ofert musiałaby zostać oferta konsorcjum POL-DRÓG.

Swój protest konsorcjum POL-DRÓG uzasadniło w sposób następujący.

1. Zgodnie z wymogiem specyfikacji istotnych warunków zamówienia o udzielenie przedmiotowego zamówienia mogą ubiegać się wyłącznie wykonawcy, którzy osiągnęli w jednym z ostatnich 3 lat przychody ze sprzedaży i zrównane z nimi w wysokości minimum 25.000.000 PLN. Zamawiający dla potwierdzenia spełniania powyższego warunku wymagał od wykonawców złożenia dokumentu w postaci sprawozdania finansowego obejmującego bilans, rachunek zysku i strat oraz informacje dodatkowe – art. 45 ustawy o rachunkowości, a jeżeli podlegają one badaniu przez biegłego rewidenta zgodnie z przepisami ustawy o rachunkowości, również opinie o badanym sprawozdaniu albo w przypadku wykonawców

niezobowiązanych do sporządzania sprawozdania finansowego, inne dokumenty określające obroty, zysk oraz zobowiązania i należności za okres ostatnich 3 lat obrotowych, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – za ten okres.

Obowiązkiem ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia było zatem złożenie wraz z ofertą sprawozdania finansowego obejmującego bilans, rachunek zysku i strat oraz informacje dodatkowe – Zamawiający skonkretyzował zarówno sam warunek szczegółowy, jak i dokument na potwierdzenie jego spełnienia. Zamawiający podtrzymał swój wymóg, udzielając 4 listopada 2008 r. pismem o sygn. FPP.IS.71-125/83800/08 odpowiedzi na pytanie nr 274, gdzie nie zezwala na odstępstwo w zakresie przedmiotowego potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Konsorcjum PRO-TRA BUILDING do oferty dołączyło jedynie sam bilans i rachunek zysków i strat (bez pełnego sprawozdania) dla Przedsiębiorstwa Robót Drogowych i Mostowych S.A. Zamawiający zatem powinien wykluczyć konsorcjum PRO-TRA BUILDING, zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych po uprzednim wezwaniu wykonawcy do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

2. Konsorcjum PRO-TRA BUILDING w kosztorysie ofertowym „Sieć wodociągowa” dla odbudowy nawierzchni (poz. 1 – 50), przebudowy kanalizacji sanitarnej – odwodnienie nawierzchni (poz. 72 – 129), zieleni – roboty przygotowawcze (poz. 68 – 71) nie ujął wymaganej kolumny, tj. podstawy wyceny, co stanowi o niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a Zamawiający wadliwie zastosował art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, bowiem nie można tak istotnego dla wyceny i rozliczenia robót elementu jak podstawa dla wyceny, uznać za element o znaczeniu nieistotnym dla treści oferty, nie powodujący istotnych zmian w treści oferty. (Zarzut ten nie jest przedmiotem odwołania, zatem dalsza argumentacja zostaje pominięta).

3. Zgodnie z pkt. II ppkt 5 specyfikacji istotnych warunków zamówienia o udzielenie przedmiotowego zamówienia mogli ubiegać się wyłącznie wykonawcy, którzy m.in. wykonali (wykonawca robót kanalizacyjnych w niniejszym postępowaniu) siłami własnymi, w okresie ostatnich 5 lat przed

dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej jedno zadanie obejmujące roboty budowlane polegające na wybudowaniu metodą mikrotunelingu w terenie miejskim co najmniej 500 m sieci kanalizacji sanitarnej lub ogólnospławnej lub deszczowej o średnicy nie mniejszej niż 350 mm.

Konsorcjum PRO-TRA BUILDING składając wraz z ofertą dokument na potwierdzenie spełnienia powyższego warunku (referencje od SKANSKA S.A.) potwierdził, że nie spełnia powyższego wymogu. Zamawiający, wzywając wykonawcę w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych potwierdził tym samym niespełnienie warunku określonego w punkcie II ppkt 5 specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez wykonanie zadania „Budowa kanalizacji w dzielnicy Chwałowice w Rybniku”, co dodatkowo wyjaśnił w piśmie nr FPP.IS.71-125/95195/08 z 19 grudnia 2008 r. Również konsorcjum PRO-TRA BUILDING uzupełniło dokumenty na potwierdzenie spełnienia warunku, uznając tym samym, iż złożony pierwotnie dokument nie potwierdzał spełnienia warunku. Złożony ponownie, w trybie uzupełnienia, załącznik nr X wraz z referencjami dotyczącymi wykonanych robót budowlanych także nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Z posiadanych przez konsorcjum POL-DRÓG informacji wynika bowiem, iż nie jest prawdą, że średnica rur kanalizacji wykonanej podczas realizacji zadania „Budowa kanalizacji w Rybniku w dzielnicy Gortatowice” wynosiła 400 mm. Średnica ta w istocie wynosiła 200 mm, co potwierdza inwestor – Urząd Miejski w Rybniku pismem z 23 grudnia 2008 r. oraz referencjami wystawionymi bezpośrednio dla firmy JUMARPOL za ogólnie wykonane roboty dla zadania „Budowa systemu kanalizacji sanitarnej w Rybniku”, z których wynika, że faktycznie wykonany zakres robót przez JUMARPOL to przewiert sterowany rurami Keramo o średnicy 200 mm. Tym samym podane przez konsorcjum PRO-TRA BUILDING informacje są nieprawdziwe, a wykonawca nie spełnia warunku udziału w postępowaniu.

Dodatkowo konsorcjum POL-DRÓG uzyskało informację z Biura Realizacji Projektu Urzędu Miejskiego w Rybniku, że umowa z generalnym wykonawcą

kontraktu o numerze 2001/PL/16/P/PE/025-02.4/I tj. firmą TCHAS Sp. z o.o. została zerwana ze względu na nienależyte wykonywanie zadania.

Powyższe dowodzi, iż konsorcjum PRO-TRA BUILDING nie potwierdziło spełnienia warunku udziału w postępowaniu, nawet pomimo wezwania do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, a także podało w ofercie informacje nieprawdziwe mające wpływ na wynik postępowania, zatem powinno zostać wykluczone z postępowania stosownie do dyspozycji art. 24 ust. 1 pkt 10 i art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

29 grudnia 2008 r. Zamawiający wezwał wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu. 31 grudnia 2008 r. do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu przystąpili wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Max Bögl Polska Sp. z o.o. i Max Bögl Bauunternehmung GmbH & Co. KG. (zwani dalej konsorcjum Max Bögl) popierając zarzuty przedstawione w proteście, a 2 stycznia 2009 r., po stronie Zamawiającego, konsorcjum PRO-TRA BUILDING.

5 stycznia 2009 r. Zamawiający rozstrzygnął protest i tego samego dnia rozstrzygnięcie to otrzymało konsorcjum PRO-TRA BUILDING. Zamawiający uwzględnił zarzut 1. i 3. (nie podając uzasadnienia w tym zakresie) oraz oddalił zarzut 2. (uzasadnienie zostało pominięte, gdyż zarzut ten nie stanowi przedmiotu odwołania).

15 stycznia 2009 r. konsorcjum PRO-TRA BUILDING wniosło odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (wpływ do UZP 19 stycznia 2009 r.). Przedmiotem zaskarżenia w odwołaniu jest:

1. uwzględnienie 1. i 3. zarzutu protestu konsorcjum POL-DRÓG,
2. zaniechanie sporządzenia uzasadnienia w zakresie uwzględnionych zarzutów.

W uzasadnieniu odwołania konsorcjum PRO-TRA BUILDING stwierdziło, iż, zgodnie z art. 183 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, Zamawiający

miał obowiązek sporządzenia i doręczenia wykonawcom pisemnego uzasadnienia dokonanego rozstrzygnięcia protestu, a ustawa nie zezwala na fragmentaryczne uzasadnianie pewnych tylko elementów rozstrzygnięcia i pomijania milczeniem pozostałych. Zamawiający jednak uzasadnił wyłącznie te kwestie, w których nie podziela zarzutów protestu. W rezultacie konsorcjum PRO-TRA BUILDING sporządzając odwołanie zostali pozbawieni możliwości zapoznania się z pisemnym uzasadnieniem stanowiska Zamawiającego, przez co sporządzenie odwołania jest znacznie utrudnione lub praktycznie niemożliwe. Przy tym protestujący w sposób niejednoznaczny określali treść i zakres swych zarzutów zamieszczonych w protestach wykorzystując zarzuty alternatywne i ewentualne. Ustalenie, które z argumentów znalazły uznanie Zamawiającego, nie jest możliwe przy zaniechaniu przez Zamawiającego sporządzenia uzasadnienia. Zaniechanie to stanowi naruszenie zasady: jawności postępowania (art. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych), zasady pisemności postępowania (art. 9 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych) oraz równości stron postępowania o zamówienia publiczne i pozbawia stronę możliwości czynnego udziału w postępowaniu (art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych).

Natomiast samemu rozstrzygnięciu protestu, tj. uwzględnieniu 1. i 3. zarzutu protestu konsorcjum PRO-TRA BUILDING zarzuciło:

1. Mylne przyjęcie, że nie spełniło ono warunku uczestnictwa w postępowaniu określonego w punkcie 2. części II „Instrukcji dla wykonawców”, tj. nie spełniło warunku osiągnięcia w ostatnich trzech latach przychodów ze sprzedaży w wysokości minimum 25.000.000 PLN. Zamawiający określił w punkcie 9.6. specyfikacji istotnych warunków zamówienia, iż dowodem na powyższą okoliczność miałyby być sprawozdanie finansowe (i ewentualnie badanie sprawozdania przez biegłego rewidenta). Tymczasem okoliczności wskazane w bilansie oraz rachunku zysków i strat w pełni dokumentują żądane przez Zamawiającego informacje. Informacja dodatkowa jest posumowaniem działań podejmowanych w roku sprawozdawczym, a dodatkowo prognozą działań spółki na kolejny okres rozrachunkowy. Z reguły sprawozdanie nie obejmuje swą treścią innych danych niż te, które zostały uprzednio przedstawione w rachunku zysków

i strat oraz w bilansie, więc Zamawiający otrzymał pełną informację, na podstawie której możliwe było ustalenie żądanej okoliczności, tj. przychodu na poziomie 25.000.000 PLN. Posiadając rachunek zysków i strat oraz bilans spółki Zamawiający nie może przyjąć nieosiągnięcia takiego przychodu. Gdyby jednak Zamawiający uznał, iż informacja dodatkowa zarządu spółki jest nieodzowna, Zamawiający miał obowiązek w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wezwać konsorcjum PRO-TRA BUILDING do uzupełnienia tego dokumentu.

Uwzględniając protest w tym zakresie Zamawiający zaprzecza swym pierwszym prawidłowym wnioskami i rozstrzygnięciom (uznaniu oferty konsorcjum PRO-TRA BUILDING za najkorzystniejszą i wolną od wad), czym narusza przepisy art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie obowiązku wezwania do uzupełnienia braku, a w efekcie – art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

2. Mylne przyjęcie, że konsorcjum PRO-TRA BUILDING nie spełniło warunku uczestnictwa w postępowaniu określonego w punkcie 5. części II „Instrukcji dla wykonawców” tj. nie spełniło warunku przedłożenia referencji obejmujących wykonanie odpowiedniego zakresu robót metodą mikrotunelingu (500 m sieci kanalizacji sanitarnej lub ogólnospławnej lub deszczowej o średnicy nie mniejszej niż 350 mm).

Konsorcjum PRO-TRA BUILDING przedłożyło wraz z ofertą referencje udzielone PP. Jumarpol P. Traczewski i M. Kasperek sp. jawna od Skanska S.A. Natomiast na etapie postępowania protestacyjnego Zamawiający dokonał swoistej zmiany kryterium oceny ofert polegającej na zmianie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w ten sposób, że Zamawiający żąda od wykonawców wykazania doświadczenia w wykonaniu metodą mikrotunelingu w terenie miejskim co najmniej 500 m sieci kanalizacji sanitarnej lub ogólnospławnej lub deszczowej o średnicy NOMINALNEJ, WEWNĘTRZNEJ nie mniejszej niż 350 mm (pierwotnie wymóg ten był określony odmiennie). Żądanie to Zamawiający formułuje już po wyborze ofert, a stanowi ono element zmieniający kryteria oceny ofert, co stanowi naruszenie art. 38 ust. 4, 5 i 8 ustawy Prawo zamówień publicznych. Oferta konsorcjum PRO-TRA BUILDING została opracowana i przedstawiona

do oceny zgodnie z wymogami specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Żądanie przedstawienia kolejnych referencji naruszałoby z kolei przepis art. 26 ust.1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Specyfikacja istotnych warunków zamówienia ani ogłoszenie o przetargu nie formułują warunku, aby 350 mm miało dotyczyć średnicy wewnętrznej, ograniczają się bowiem tylko do wskazania średnicy. Przy metodzie mikrotunelingu istotne znaczenia ma średnica uzyskiwana w ramach tej technologii, a jest to średnica zewnętrzna (średnica odwiertu). Zamawiający wskazał zatem, w sposób nieprecyzyjny, że domaga się przedstawienia referencji dotyczących zadania dotyczącego wykonania robót metodą mikrotunelingu w zakresie wykonania robót o średnicy nie mniejszej niż 350 mm. Z tej przyczyny konsorcjum PRO-TRA BUILDING przedstawiło do przetargu referencje na średnicę wewnętrzną 250 mm, a zewnętrzną 360 mm, a po wezwaniu do uzupełnienia drugie referencje, gdzie przewiert był robiony rurą stalową zastąpioną następnie rurami KERAMO. Przy czym w referencjach tych jest omyłkowo napisano „DN 400 KERAMO”, bo właściwie powinno być „DN 400 rur stalowej dla rur KERAMO” zgodnie z pismem wyjaśniającym TCHAS Sp. z o.o.

Zamawiający nie określił więc, jakiej średnicy oczekuje (wewnętrznej, zewnętrznej czy nominalnej), przy czym dla rur KERAMO nie występuje średnica nominalna 350 mm – produkuje się rury o średnicy wewnętrznej 200, 250, 400 mm itd. i odpowiednio zewnętrznej 276, 360 itd. mm. Tym bardziej zatem wykonawca miał prawo podać referencje dla wykonania mikrotunelingu rur KERAMO o średnicy zewnętrznej 360 mm. Każda z referencji przedłożonych przez konsorcjum PRO-TRA BUILDING spełnia oczekiwania „Instrukcji dla wykonawców”. Drugie referencje również są prawdziwe, ale niezbyt ściśle – uściślają je załączone do odwołania pisma firmy TCHAS Sp. z o.o. z 8 stycznia 2009 r. i P.P. JUMARPOL P. Traczewski, M. Kasperek Sp. jawna.

Uwzględniając protest w tej części Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 24 ust. 1 pkt. 10 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W związku z tym konsorcjum PRO-TRA BUILDING wniosło o:

1. uwzględnienie odwołania poprzez uchylenie zaskarżonego rozstrzygnięcia naruszającego prawo, co ma wpływ na rozstrzygnięcie sprawy (naruszenie przepisu art. 183 ust. 4 w zw. z art. 7 ust. 1, art. 8 i 9 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 38 ust. 4 i 5 i art. 36 ust.1 pkt. 5 i 6 w zw. z art. 26 ust. 1 i 3 oraz art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy Prawo zamówień publicznych),
2. nakazanie powtórzenia czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej wraz z nałożeniem na Zamawiającego obowiązku pisemnego uzasadnienia rozstrzygnięcia i doręczenia rozstrzygnięcia wraz z uzasadnieniem wykonawcom.

sygn. akt KIO/UZP 87/09

24 grudnia 2008 r. zwani dalej konsorcjum Max Bögl złożyło protest na czynności Zamawiającego polegające na:

1. wyborze oferty konsorcjum PRO-TRA BUILDING jako najkorzystniejszej mimo podstaw do jej odrzucenia (błędów w kosztorysie ofertowym), co narusza art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych,
2. przyznaniu ofercie konsorcjum POL-DRÓG drugiego miejsca na liście rankingowej, mimo podstaw do jej odrzucenia, co narusza art. 87 ust. 2 pkt. 2 i art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez poprawienie omyłki rachunkowej w ofercie, pomimo iż błąd popełniony przez wykonawcę nie miał charakteru oczywistej omyłki, oraz art. 89 ust. 1 pkt. 2 i 6 i art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez nieodrzućenie oferty mimo błędów w kosztorysie ofertowym oraz błędów w wyliczeniu ceny.

W związku z tym konsorcjum Max Bögl wniosło o uchylenie zaskarżonej czynności Zamawiającego i odrzucenie oferty konsorcjum PRO-TRA BUILDING oraz konsorcjum POL-DRÓG na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp (względnie, w przypadku oferty konsorcjum POL-DRÓG, w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych).

W wyniku naruszenia przez Zamawiającego powołanych przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych interes prawny konsorcjum Max Bögl w uzyskaniu zamówienia może doznać uszczerbku poprzez pozbawienie go możliwości realizacji przedmiotowego zamówienia, gdyż w przypadku

odrzućenia ofert obu konsorcjów, oferta konsorcjum Max Bögl stanowić będzie dla Zamawiającego ofertę najkorzystniejszą.

W odniesieniu do zarzutu 1. konsorcjum Max Bögl uzasadniło swój protest następująco. Zgodnie z postanowieniem części V pkt 4 specyfikacji istotnych warunków zamówienia – „Instrukcji dla wykonawców” wykonawcy zobowiązani byli sporządzić kosztorysy ofertowe na roboty budowlano – montażowe sporządzone metodą kalkulacji uproszczonej przede wszystkim na podstawie przekazanych przez zamawiającego przedmiarów robót. Z kolejnego punktu „Instrukcji dla wykonawców” (oznaczonego błędnie przez Zamawiającego również numerem 4) wynika zaś, iż kosztorysy zawarte w ofercie poszczególnych wykonawców winny określać ceny jednostkowe na wszelkie roboty wymienione w przedmiarach robót.

Kosztorysy ofertowe sporządzone przez konsorcjum PRO-TRA BUILDING nie spełniają powyższego wymogu, bowiem znalazło się w nich wiele błędów w opisach pozycji polegających na pominięciu bardzo ważnych informacji dotyczących parametrów technicznych oferowanych materiałów lub usług:

1. Na stronie 50 kosztorysu w pkt. 2. (demontaż kabli wielożyłowych o masie 0,5-1,0 kg/m układanych w ramach osłonowych, blokach betonowych lub kanałach zamkniętych ANALOGIA: w słupach...) brak słowa: „latarni”. Z kosztorysu nie wynika więc, o jakich słupach jest mowa: oświetleniowo – zasilających (betonowych), oświetleniowych, czy słupach latarni. W elektryce wyróżnia się wiele rodzajów słupów, czasem kryterium stanowią nawet drobne różnice technologiczne. Pominięcie przez wykonawcę określenia, że przedmiotowy punkt kosztorysu dotyczy właśnie słupów latarni, powoduje, że oferta jest ewidentnie niezgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, a Zamawiający nie ma gwarancji, że wykonawca wykona tę pozycję prawidłowo, zgodnie z założeniami wynikającymi z dokumentów załączonych do specyfikacji istotnych warunków zamówienia.
2. Na stronie 51 kosztorysu w pkt. 28. i 29. (Montaż opraw oświetlenia zewnętrznego na wysięgniku oprawa uliczna z lampą SON-T-PLUS...) brak dookreślenia opisów elementów oświetlenia. W obu pozycjach, ujętych pod tym samym numerem KNR 5 1004-02, popełniono ten sam

błąd, który uniemożliwia rozróżnienie oprav oświetleniowych. Może to również prowadzić do uznania, że wykonawca zamierza uzyskać podwójne wynagrodzenie za wykonanie tych samych elementów oświetleniowych.

3. Na stronie 94 kosztorysu w pkt. 62 d.4. (Pompowanie próbne pomiarowe lub oczyszczające z otworów o śr. 150–500 mm ANALOGIA. Pompowanie wody z wykopu celem odwodnienia wyłączanego wodociągu ok. $5\text{m}^3 = 0,5$ h...) brak słów „wraz z kosztami zrzutu ścieków do kanalizacji”, więc nie wiadomo, w jaki sposób wykonawca zamierza zagospodarować ścieki z wykopu. Zamiarem Zamawiającego było uzyskanie od wykonawcy gwarancji, że nie tylko poniesie on koszt związany z zagospodarowaniem ścieków, ale będzie to dokonane właśnie przez ich odprowadzenie do kanalizacji.
4. Na stronie 171 kosztorysu w pkt. 13. i 14. (Montaż rurociągów z rur PE HD 225 wraz z kosztem połączeń metodą zgrzewania doczołowego) nie rozróżniono rodzajów kształtek do rur. Kosztorys zawiera więc dwie identyczne pozycje bez doprecyzowania, czego dokładnie dotyczą. Nasuwa to wątpliwości co do prawidłowości zakresu prac, których wykonania podjął się wykonawca.
5. Na stronie 177 kosztorysu w pkt. 101. (Kształtki kamionkowe o śr. 200 mm, obustronnie glazurowane – kolano DN 200 – prostki DN 200) pominięto klasę elementów 160c. Bez wskazania tego wyznacznika w kosztorysie trudno stwierdzić, jaką klasę kształtek zapewni wykonawca. Może on zaproponować kształtki tańsze i gorszej jakości. Żądanie klasy 160c miało pierwszorzędne znaczenie dla całego zamówienia, bowiem poprzez określenie wysokiego standardu złączy Zamawiający chciał zapewnić, aby wykonywana instalacja była pewna i bezpieczna i wytrzymała jak najdłużej w bezawaryjnym stanie, a wszelkiego rodzaju łączenia, załamania i skrety są punktami newralgicznymi i to właśnie tam najczęściej występują awarie. Skoro wykonawca wymóg ten pominął, przyjąć należy, że dokonał bardzo istotnej zmiany odbiegającej od treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.
6. Na stronie 177 kosztorysu w pkt. 108. (Komory startowe i odbiorcze o średnicy wewn. 3,2 m (średn. zewn. 3,7 m) zapuszczone w grunt – wyk.

metodą studniarską na gł. ok. 7,5-6,5 m (odzysk kręgów 2,5 m z każdej studni) UWAGA! STUDNIE WYKONYWANE W INNYM TERMINIE ZE WZGLĘDÓW ORGANIZACYJNYCH – należy uwzględnić w wycenie dodatkowy dowóz maszyn i urządzeń do zapuszczenia studni (wykonać otwory umożliwiające wykonanie mikrotunelingu) pominięto wskazane przez Zamawiającego numery studni (S15, S17, S18 i S19), wykonawca nie dostosował się więc do narzuconej przez Zamawiającego kolejności wykonywania studni. Skoro natomiast Zamawiający wbrew ogólnie przyjętej regule nie pozostawił wykonawcom w tej części swobody i określił kolejność wykonywania studni, wnioskować należy, że organizacja robót w tym zakresie miała dla niego znaczenie priorytetowe.

W odniesieniu do opisanych powyżej pozycji powstają wątpliwości, jaki materiał lub wykonanie jakich usług w ramach przedmiotu zamówienia oferuje konsorcjum PRO-TRA BUILDING oraz czy są one zgodne z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, których to wątpliwości nie można pominąć poprzez zastosowanie zapisu części V pkt 4 „Instrukcji dla wykonawców”, zgodnie z którym „pozycje, dla których nie zostaną wystawione przez wykonawcę ceny jednostkowe nie zostaną zapłacone po ich wykonaniu i uważać się będzie, że zostały ujęte w innych cenach wymienionych w kosztorysach”. Postanowienie to odnosi się bowiem do pominiętych w kosztorysie pozycji przedmiarów, nie zaś do sytuacji wskazania w kosztorysie prac innych niż wymienione w przedmiarze lub też prac wykonanych z użyciem innych materiałów. Wątpliwości powyższych nie sposób także usunąć w oparciu o przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych.

Wskazane błędy kosztorysu ofertowego wyczerpują dyspozycję art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, ponieważ dotyczą istotnych warunków umowy, w rozumieniu art. 66 § 1 k.c. – przedmiotu świadczenia wykonawcy.

Zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych przywołanym zamawiający poprawia w ofercie tylko inne omyłki (poza oczywistymi omyłkami pisarskimi i rachunkowymi) polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia,

niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Nie oznacza to, że wskazane powyżej niezgodności powinny zostać obligatoryjnie poprawione przez Zamawiającego. Usunięcie przez Zamawiającego opisanych powyżej błędów prowadziłoby do istotnych zmian treści oferty. Ustawodawca nie zdefiniował, jakie zmiany w treści oferty uznać należy za „istotne”, jednak biorąc pod uwagę art. 647 k.c. określający *essentialia negotii* umowy o roboty budowlane, wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i z zasadami wiedzy technicznej, a co za tym idzie, jego oferta składana w toku postępowania, winna wprost odnosić się do przygotowanej przez Zamawiającego dokumentacji projektowej. Dokumentacja projektowa oraz powiązane z nią przedmiary robót doprecyzowują bowiem zakres zamówienia, a zatem mają bezpośredni wpływ na zakres zobowiązania wykonawcy. Na tej podstawie opisane powyżej błędy w kosztorysie oraz związane z nimi wątpliwości winny spowodować odrzucenie oferty konsorcjum PRO-TRA BUILDING.

W odniesieniu do zarzutu drugiego konsorcjum Max Bögl stwierdziło, iż konsorcjum POL-DRÓG w stanowiącym element oferty „Zestawieniu kosztów zadania” w pozycji 61. „Cena ofertowa netto” wpisało kwotę 42.813.005,51 zł, określona zaś w pozycji 63. „Cena ofertowa brutto” wyniosła 52.231.866,72 zł. Kwoty te były nieprawidłowe i zostały, jako oczywiste omyłki rachunkowe, poprawione przez Zamawiającego w trybie przepisu art. 87 ust. 2 pkt. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, do czego Zamawiający nie był uprawniony. Przepis art. 87 ust. 2 pkt. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych w brzmieniu obowiązującym od 24 października 2008 r. zobowiązuje bowiem Zamawiającego do poprawiania w ofercie wyłącznie oczywistych omyłek rachunkowych wykonawcy z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych wynikających z dokonanych poprawek. Omyłka rachunkowa w obliczeniu ceny to błąd popełniony przez wykonawcę przy obliczaniu ceny, który polega na uzyskaniu nieprawidłowego wyniku działania arytmetycznego. Obecne przepisy wymagają dodatkowo, aby błąd ten był oczywisty, a więc co najmniej „niebudzący wątpliwości”. Omyłka popełniona przez konsorcjum POL-DRÓG nie ma takiego charakteru, bowiem trudno przyjąć, że wykonawca „pomylił” się przy obliczaniu ceny

dokładnie o kwotę 1.700.000 zł netto. Poza tym stwierdzenie różnicy tej możliwe było przez Zamawiającego dopiero po szczegółowym przeanalizowaniu kosztorysów, przeanalizowaniu poprawności pozycji składających się na sumę wpisaną do pozycji 61. oraz poprawności dokonanych obliczeń matematycznych. Wykrycie rzekomej „oczywistej omyłki” wymagało więc ze strony Zamawiającego wykonania szeregu czynności, co przeczy tezie o jej niebudzącym wątpliwości charakterze.

Poza tym kosztorysy ofertowe sporządzone przez konsorcjum POL-DRÓG, nie spełniają wymogów specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zarzut został pominięty jako nie objęty odwołaniem).

29 grudnia 2008 r. Zamawiający wezwał wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu. 31 grudnia 2008 r. do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu przystąpiło konsorcjum Max Bögl, a 2 stycznia 2009 r. konsorcjum PRO-TRA BUILDING odpierając zarzuty w stosunku do własnej oferty, a popierając zarzut nieuprawnionego poprawienia omyłki rachunkowej w ofercie konsorcjum POL-DRÓG.

5 stycznia 2009 r. Zamawiający rozstrzygnął protest i tego samego dnia rozstrzygnięcie to otrzymało konsorcjum PRO-TRA BUILDING. Zamawiający uwzględnił zarzuty dotyczące zaniechania odrzucenia oferty konsorcjum PRO-TRA BUILDING i konsorcjum POL-DRÓG i nieuprawnionego poprawienia omyłek w kosztorysie na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych (brak uzasadnienia faktycznego) oraz oddalił zarzut dotyczący poprawienia omyłki rachunkowej w ofercie konsorcjum POL-DRÓG. Zdaniem Zamawiającego był on uprawniony do skorzystania z przepisu art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż oczywistą omyłką rachunkową jest między innymi omyłka polegająca na błędnym sumowaniu i mnożeniu, a właśnie takie omyłki zawierała oferta konsorcjum POL-DRÓG. W myśl art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający zobowiązany jest do szczegółowego przeanalizowania złożonych kosztorysów ofertowych i do poprawienia

wszelkich oczywistych omyłek rachunkowych wraz z ich konsekwencjami. To zaniechanie powyższych czynności byłoby naruszeniem ustawy przez zamawiającego, a nie ich przeprowadzenie. Ilość wykonanych przez zamawiającego czynności i działań matematycznych w celu wykrycia i poprawy omyłek rachunkowych nie świadczy o „oczywistości” omyłek.

15 stycznia 2009 r. konsorcjum PRO-TRA BUILDING wniosło odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (wpływ do UZP 19 stycznia 2009 r.). Przedmiotem zaskarżenia w odwołaniu jest:

1. uwzględnienie zarzutu protestu w zakresie dotyczącym konsorcjum PRO-TRA BUILDING,
2. zaniechanie sporządzenia uzasadnienia w zakresie uwzględnionych zarzutów,
3. naruszenie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w zakresie, w jakim poprzez poprawienie „oczywistej omyłki” Zamawiający skorygował cenę ofertową konsorcjum POL-DRÓG o kwotę 1.700.000 zł, przez co dopuścił się naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy Prawo zamówień publicznych – poprzez nieodrzućenie tej oferty zawierającej błędy kosztorysowe oraz tak poważne błędy w wyliczeniu ceny. Pozostali wykonawcy nie spotkali się ze strony Zamawiającego z tak wielką wyrozumiałością wobec swych uchybień, co stanowi uzasadnienie zarzutu naruszenia zasady równości i uczciwej konkurencji.

W uzasadnieniu odwołania konsorcjum PRO-TRA BUILDING stwierdziło, iż, zgodnie z art. 183 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, Zamawiający miał obowiązek sporządzenia i doręczenia wykonawcom pisemnego uzasadnienia dokonanego rozstrzygnięcia protestu, a ustawa nie zezwala na fragmentaryczne uzasadnianie pewnych tylko elementów rozstrzygnięcia i pomijania milczeniem pozostałych. Zamawiający jednak uzasadnił wyłącznie te kwestie, w których nie podziela zarzutów protestu. W rezultacie konsorcjum PRO-TRA BUILDING i inni sporządzając odwołanie zostali pozbawieni możliwości zapoznania się z pisemnym uzasadnieniem stanowiska Zamawiającego, przez co sporządzenie odwołania jest znacznie

utrudnione lub praktycznie niemożliwe. Przy tym protestujący w sposób niejednoznaczny określali treść i zakres swych zarzutów zamieszczonych w protestach wykorzystując zarzuty alternatywne i ewentualne. Ustalenie, które z argumentów dot. zarzutów znalazły uznanie Zamawiającego nie jest możliwe przy zaniechaniu przez Zamawiającego sporządzenia uzasadnienia. Zaniechanie to stanowi naruszenie zasady: jawności postępowania (art. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych), zasady pisemności postępowania (art. 9 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych) oraz równości stron postępowania o zamówienia publiczne i pozbawia stronę możliwości czynnego udziału w postępowaniu (art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych).

Natomiast samemu rozstrzygnięciu protestu, tj. uwzględnieniu zarzutu dotyczącego błędów w swoim kosztorysie konsorcjum PRO-TRA BUILDING zarzuciło mylne przyjęcie przez Zamawiającego, iż istotnie istniały podstawy, dla których należało uwzględnić zarzut wobec rzekomych nieprawidłowości w kosztorysie ofertowym, co jednocześnie miałoby uzasadniać zarzut naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zarzuty te są oparte o nieobowiązujące już przepisy. Konsorcjum Max Bögl powołuje się na nieaktualne orzecznictwo, które straciło na znaczeniu po noweli ustawy. Zgodnie z uzasadnieniem do nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych rozszerzono katalog możliwości poprawiania błędów, jakie wykonawca zawarł w ofercie o wszystkie błędy, które w sposób istotny nie ingerują w treść oferty. Wykonawca musi przede wszystkim zadeklarować, że wykona zamówienie zgodnie z wymaganiami zamawiającego, nawet jeśli popełnione zostały jakieś błędy lub uchybienia, przede wszystkim w kosztorysach ofertowych, trudno bowiem wymagać od wykonawcy, aby w ofercie zawierającej kilkaset stron w każdej pozycji wypełnił ją bezbłędnie.

Konsorcjum PRO-TRA BUILDING będzie realizować roboty w oparciu o dokumentację techniczną i specyfikacje techniczne, które są integralną częścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a więc ewentualne dostrzeżone niewielkie uchybienia w części opisowej kosztorysów ofertowych są bez znaczenia, bo i tak prace wykonywane będą według dokumentacji

technicznej i specyfikacji technicznej przekazanych przez Zamawiającego. Odnośnie zarzutów dotyczących „oczywistych omyłek pisarskich” w opisach wyszczególnionych pozycji kosztorysów ofertowych konsorcjum PRO-TRA BUILDING stwierdziło:

Ad. 1 Strona 50, poz. 2. kosztorysu – Część opisowa do dokumentacji technicznej „Budowa oświetlenia ulicznego” jednoznacznie stwierdza, iż „istniejące oświetlenie drogowe jest w stanie dobrym, ale ze względu na permanentną kolizję z układem drogowym, zostanie w całości zdemontowane i przekazane inwestorowi. Zatem jednoznacznym jest konieczność demontażu kabli w słupach latarni oświetlenia ulicznego.” Nie ma więc najmniejszego znaczenia pominięcie słowa „latarni”.

Ad. 2 Strona 51, poz. 28. i 29. kosztorysu – zarzut pominięcia określenia mocy opraw jest bezzasadny w świetle opisu technicznego do projektu jw., który w pkt. 4.3. określa moc lamp na 150 lub 250 W.

Ad. 3 Strona 94, poz. 62. kosztorysu – zarzut pominięcia słów „wraz z kosztami zrzutu ścieków do kanalizacji” jest niezrozumiały. Prowadzenie robót na czynnej sieci kanalizacji sanitarnej wymusza konieczność odprowadzenia ścieków poza zakres objęty pracami do istniejącej sieci kanalizacji sanitarnej. Kwestia sposobu przerzucenia tychże ścieków pozostaje sprawą drugorzędą. Nieistotne jest, czy ścieki te zostaną przepompowane tymczasowym kanałem do poniżej funkcjonującego kanału, czy też odpompowywane będą i przewożone beczkowitzem. Wykonawca nie pominął tych czynności w wycenie tej pozycji, a jeśli taka wątpliwość pojawiłaby się po stronie Zamawiającego, to powinien on zadać stosowne pytanie, albo uznać, że czynność ta jest ujęta w cenie zgodnie z cz. V pkt. 4, str. 18.

Ad. 4 Strona 171, poz. 13. i 14. – brak R 225/160 i K 90/90. Montaż 2 szt. redukcji 225/160 przewidziany jest w węzłach W1 i W9 przedstawionych na rysunkach nr 5 i 6 „Schematy montażowe węzłów”. Podobnie na tych samych rysunkach przedstawiono montaż 2 kolan K 90/90. Nie ma zatem możliwości pominięcia ich wykonania, gdyż są zawarte w dokumentacji projektowej stanowiącej podstawę realizacji prac i ważny element specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Ad. 5 Strona 177, poz. 101. – stosowna specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót budowlanych ST-03 „Roboty montażowe kanałów sanitarnych” w pkt 2.1. precyzuje, że kształtki i rury w obrębie kaskad mają być obustronnie glazurowane kl. 160. Realizacja robót zgodnie z przywołaną dokumentacją techniczną wymusza zastosowanie kształtek określonej klasy.

Ad. 6 Strona 177, poz. 108. – rys. nr 13 opracowania projektowego nr KIM-08/WKG/06 w tabeli zbiorczej komór startowych i odbiorczych wymienia wszystkie pominięte numery studni precyzując ich dane techniczne, nie ma zatem sposobu pominięcia kolejności ich wykonania.

Z powyższego wynika, że braki w opisach pozycji kosztorysowych nie mają istotnego znaczenia dla treści oferty i jej wyceny w kosztorysach ofertowych. Ponadto sam Zamawiający w rozstrzygnięciu protestu w uzasadnieniu stwierdził, iż pominięcie całej kolumny z podanymi podstawami wyceny jest omyłką, jednakże, ponieważ treść oferty powinna odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprawił omyłkę poprzez dopisanie kolumny w brakujących miejscach zgodnie z przedmiarami. Wnioskując „z większego na mniejsze” należy przyjąć, że dopuszczalne było dopisanie zgodnie z przedmiarami poszczególnych słów w opisie kosztorysów ofertowych, tak jak uczyniono to w przypadku brakującej kolumny.

Odwołujący zarzucił także naruszenie przepisu art. 87 ust. 2 pkt. 2 w zw. z art. 7. ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, w zakresie, w jakim Zamawiający poprzez poprawienie „oczywistej omyłki” skorygował cenę ofertową w ofercie konsorcjum POL-DRÓG o kwotę 1.700.000 zł. Działania Zamawiającego zostały poprzedzone drobiazgową analizą wadliwej oferty, po czym Zamawiający wyprostował wadliwość zestawienia kosztów oraz skorelował z własnymi ustaleniami ostateczną cenę ofertową. Naruszyło to zasady uczciwej konkurencji. W rezultacie takiego wadliwego postępowania Zamawiający dopuścił się również naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt. 2 i 6 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez nieodrzućenie oferty zawierającej poważne błędy w wyliczeniu ceny. Treść oferty nie odpowiadała także treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co uzasadnia

zastosowanie przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych i odrzucenie oferty. Oferta ta zawierała poważne błędy rachunkowe w obliczeniu ceny, których nie można było poprawić na podstawie przepisu art. 88 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz błędy w obliczeniu ceny. Poprawianie znacznych fragmentów oferty zamiast wykluczenia wykonawcy i odrzucenia jego wadliwej oferty, stanowi obrazę przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający przejął bowiem rolę organu orzekającego i dokonał samodzielnej korekty oferty. Stał się w jednej osobie stroną zainteresowaną określonym rozstrzygnięciem i jednocześnie sędzią w sprawie.

W związku z powyższym konsorcjum PRO-TRA BUILDING wniosło o:

1. uwzględnienie odwołania poprzez uchylenie zaskarżonego rozstrzygnięcia, po uprzednim stwierdzeniu, że narusza ono przepisy ustawy co mogło mieć wpływ na rozstrzygnięcie sprawy (naruszenia art. 183 ust. 4 w zw. z art. 7 ust.1 oraz art. 24 ust. 2 pkt. 3 i 89 ust. 1 pkt. 2 i 6 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez błędne zastosowanie oraz niezastosowanie przepisu art. 87 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych),
2. nakazanie powtórzenia czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej wraz z nałożeniem na Zamawiającego obowiązku pisemnego uzasadnienia rozstrzygnięcia i doręczenia rozstrzygnięcia wraz z uzasadnieniem wykonawcom.

Na podstawie dokumentacji postępowania, w tym treści protestu i odwołania, rozstrzygnięcia protestu oraz oświadczeń i dokumentów złożonych podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba ustaliła, iż stan faktyczny nie jest sporny między Stronami, a spór dotyczy jedynie prawnej kwalifikacji zaistniałych sytuacji.

W części II pkt 2. lit. a) Instrukcji dla wykonawców stanowiącej część specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający postawił wymóg,

iż wykonawcy ubiegający się o udzielenie przedmiotowego zamówienia muszą znajdować się w sytuacji finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia, tj. osiągnąć w jednym z ostatnich 3 lat przychody ze sprzedaży i zrównane z nimi w wysokości minimum 25.000.000 PLN.

Na potwierdzenie spełniania powyższego warunku wykonawcy musieli dołączyć do oferty sprawozdanie finansowe obejmujące bilans, rachunek zysku i strat oraz informacje dodatkowe – art. 45 ustawy o rachunkowości, a jeżeli podlegają one badaniu przez biegłego rewidenta zgodnie z przepisami ustawy o rachunkowości, również opinie o badanym sprawozdaniu albo w przypadku wykonawców niezobowiązanych do sporządzania sprawozdania finansowego, inne dokumenty określające obroty, zysk oraz zobowiązania i należności za okres ostatnich 3 lat obrotowych, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – za ten okres (część IV pkt 9.6. Instrukcji dla wykonawców).

Zamawiający wyraźnie wymienił więc dokumenty, które mają być przedstawione przez wykonawców: bilans, rachunek zysków i strat, informacje dodatkowe oraz opinia biegłego rewidenta, jeśli jest sporządzana. Wymaganie to jest zgodne z przepisem § 1 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 87, poz. 605, z 2008 r. nr 188, poz. 1155). Nie zostało ono oprotestowane ani zmienione przez Zamawiającego, wymaganie to potwierdził on również w odpowiedzi na pytania wykonawców. Jednoznaczne jest zatem, iż w tej sytuacji wykonawcy (a w przedmiotowym przypadku – każdy z czterech podmiotów wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia) powinni przedstawić wszystkie wymienione powyżej dokumenty, a w przypadku ich niedołączenia do oferty Zamawiający powinien zażądać ich uzupełnienia, zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W części II Instrukcji dla wykonawców (pkt 5.) Zamawiający postawił również wymóg, aby wykonawcy ubiegający się o udzielenie przedmiotowego zamówienia wykonali (wykonawca robót kanalizacyjnych w niniejszym

postępowaniu) siłami własnymi, w okresie ostatnich 5 lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej jedno zadanie obejmujące roboty budowlane polegające na wybudowaniu metodą mikrotunelingu w terenie miejskim co najmniej 500 m sieci kanalizacji sanitarnej lub ogólnospławnej lub deszczowej o średnicy nie mniejszej niż 350 mm.

Spełnienie tego warunku wykonawcy mieli udowodnić poprzez przedstawienie Zamawiającemu wykazu zrealizowanych robót wodociągowych w ciągu ostatnich 5 lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, zadań obejmujących wybudowanie metodą mikrotunelingu w terenie miejskim co najmniej 500 m sieci kanalizacji sanitarnej lub ogólnospławnej lub deszczowej o średnicy nie mniejszej niż 350 mm wg załącznika nr X wraz z dokumentami potwierdzającymi, że roboty te zostały wykonane należycie. Wykonawca roboty te powinien wykonać siłami własnymi (pkt 9.10. Instrukcji dla wykonawców).

Zamawiający nie wskazał więc w powyższym warunku *expressis verbis*, czy podana średnica 350 mm jest średnicą wewnętrzną, czy zewnętrzną.

Zdaniem Zamawiającego oraz Przystępujących jest to „oczywiste dla budowlańca”, a także wynika ze średnicy rur przewidzianych do wykonania przedmiotu zamówienia.

Analizując treść powyższego warunku należy się przede wszystkim odnieść do zasad prawidłowego określenia warunku udziału w postępowaniu – przede wszystkim powinien on być jak najbardziej jasny: precyzyjny, kompletny i jednoznaczny, co służy zrozumieniu i wypełnieniu przez wykonawców wymogów zamawiającego, a zamawiającemu – ich prostej i rzetelnej ocenie. Jako że to zamawiający jest autorem warunku i to na nim spoczywa wypełnienie postulatu jasności warunku, w orzecznictwie i piśmiennictwie przyjęto zasadę, iż przy odczytywaniu treści warunku nie stosuje się domniemania dotyczącego niewyrażonych w nim zamiarów czy intencji zamawiającego, a wątpliwości związane z jego treścią wyjaśnia się na korzyść wykonawców.

W niniejszej sprawie Zamawiający mógł łatwo zapobiec zaistniałemu sporowi dodając do wyrazu średnica jej dookreślenie (wewnętrzna, zewnętrzna, nominalna, DN), a skoro tego nie zrobił, nie można zarzucić wykonawcy, że przyjął interpretację warunku dla siebie korzystną, nawet jeśli w ramach wyjaśnień specyfikacji istotnych warunków zamówienia mógł Zamawiającego poprosić o jego uściślenie.

Zamawiający powinien zatem za spełnienie warunku udziału w postępowaniu uznać również wykazanie robót dotyczących sieci kanalizacyjnej o średnicy zewnętrznej większej niż 350 mm.

Postępowanie Zamawiającego należy zakwalifikować jednak nie jako zmianę warunków udziału w postępowaniu, a więc zmianę specyfikacji istotnych warunków zamówienia po upływie terminu składania ofert, lecz raczej jako ocenę spełniania warunku niezgodnie z brzmieniem warunku zawartym w ogłoszeniu o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W odniesieniu do argumentów podniesionych na poparcie tezy, że nawet bez stosownego przymiotnika oczywiste jest, iż chodzi o średnicę wewnętrzną, należy przede wszystkim zauważyć, że nawet same „dowody” przedstawione przez konsorcjum POL-DRÓG nie potwierdzają tego twierdzenia. W „Opinii technicznej” z 29 stycznia 2009 r. sporządzonej przez dr. inż. Leszka W. autor stwierdza: „Dla każdego specjalisty zajmującego się projektowaniem sieci kanalizacyjnych określenie „średnica” jest jednoznaczne i nie budzące wątpliwości, przez średnicę rozumie się oczywiście średnicę wewnętrzną. Projektując przewód kanalizacyjny dobiera się jego średnicę wewnętrzną oraz spadek tak aby możliwe było odprowadzanie określonych ilości ścieków. Najczęściej projektant nie wskazuje nawet materiału z którego będzie przewód kanalizacyjny wykonany. Grubość ścianki rury (a zatem także średnica zewnętrzna przewodu kanalizacyjnego) uzależniona jest od materiału, z którego rury wykonano a nawet od konkretnego producenta (dostawcy) dlatego tym pojęciem na etapie projektu nikt się nie posługuje. Średnica zewnętrzna może być istotna dopiero na etapie wykonawstwa i tylko dla Wykonawcy robót, zwłaszcza w technologii mikrotunelowania. Na podstawie średnicy zewnętrznej dobiera się parametry maszyny do realizacji

robót, określa wymiary tzw. okna w komorze startowej itp. (...) dla Zamawiającego

i Użytkownika sieci nie ma znaczenia średnica zewnętrzna co także znajduje swoje odzwierciedlenie w opisach planów sytuacyjnych sieci kanalizacyjnych.”

Autor pisma odnosi się więc do „oczywistości” średnicy wewnętrznej, ale w odniesieniu do projektów budowlanych, planów sytuacyjnych oraz samego użytkowania sieci, które nie są przedmiotem zamówienia w niniejszym postępowaniu. Natomiast warunek udziału w postępowaniu odnosi się do doświadczenia i umiejętności oraz możliwości technicznych wykonania robót przez wykonawcę robót budowlanych, do którego można by bezpośrednio zastosować zdanie „średnica zewnętrzna może być istotna dopiero na etapie wykonawstwa i tylko dla Wykonawcy robót, zwłaszcza w technologii mikrotunelowania”.

Warto także zwrócić uwagę na fakt, iż w przedstawionym fragmencie przedmiaru robót (załącznik nr 2 do przystąpienia do postępowania odwoławczego) autor przedmiarów w poz. 87 – 90 posługuje się określeniem „nominalna”: „kanały z rur kamionkowych kanalizacyjnych o śr. nominalnej 600 (300, 200) mm...” – tak więc nie potwierdza się twierdzenie, że w dokumentacji projektowej w ogóle nie używa się dodatkowych opisów średnicy.

Również artykuł „Dokumentacja przetargowa. Zakres, znaczenie oraz błędy i nieprawidłowości w aspekcie wykorzystywania technologii bezwykopowych” – zaznaczony przez konsorcjum POL-DRÓG fragment – wskazuje, iż „w opisach wymagań stawianych materiałom, np. tak powszechnym w technologiach bezwykopowych jak rury, podawane są grubości ścianek czy średnice zewnętrzne, budowa (...) i inne nieistotne dla budowanej instalacji parametry zamiast informacji uzasadnionych technicznie. Zaliczyć można do nich średnicę nominalną (DN), dopuszczalne ciśnienie...” Z zacytowanego tekstu wynika więc, iż, jakkolwiek zdaniem autorów artykułu błędnie, zamawiający posługują się w specyfikacjach istotnych warunków zamówienia również średnicami zewnętrznymi.

Także sam fakt, że w dokumentacji projektowej projektant posługuje się danym rodzajem lub rozmiarem średnicy, nie wyznacza bezpośrednio rozumienia warunku udziału w postępowaniu, tj. czy podana średnica jest średnicą wewnętrzną, czy zewnętrzną. Po pierwsze – w dokumentacji projektowej użyto innych wartości średnicy niż 350 mm, zatem nie ma jednoznacznego związku między średnicą podaną w dokumentacji projektowej a warunkiem postawionym w „Instrukcji dla wykonawców”. Po drugie – powszechnie stosowaną praktyką zamawiających jest to, iż formułując warunki udziału w postępowaniu „obniżają” swoje wymagania w stosunku do przedmiotu zamówienia, aby dopuścić do udziału w postępowaniu większą liczbę wykonawców.

Biorąc zatem pod uwagę powyższe wątpliwości i interpretując je na korzyść wykonawcy należy uznać, iż wskazane w załączniku X do oferty roboty – „Budowa kanalizacji w dzielnicy Chwałkowie [powinno być: Chwałowice] w Rybniku. Przewierty metodą mikrotunelingu o łącznej długości około 1.500 mb. Lokalizacja – Rybnik – 700 mb średnica 360 mm” spełniają postawiony warunek udziału w postępowaniu w zakresie wymaganej średnicy. Z załączonych do wykazu referencji wystawionych przez Skanska S.A. wynika, iż P.P. JUMARPOL P. Traczewski, M. Kasperek Sp. jawna realizowało przewierty metodą mikrotunelingu o łącznej długości ok. 1500 mb w trudnych warunkach gruntowych, w tym: kanał Ø 200 (średnica zewnętrzna 270 mm) i długości ok. 800 m oraz kanał Ø 250 (średnica zewnętrzna 360 mm) i długości ok. 700 mb – rurą KERAMO, a także budowę komór startowych i odbiorczych, odwodnienie terenu w obrębie wykonywanych przecisków oraz studnie betonowe o średnicy Ø 1200 mm na wykonywanych ciągach. (Podobny zakres przedmiotu umowy wynika również z punktu 1.1. przedstawionej podczas rozprawy umowy podwykonawczej nr 7315/477/TP/K/98/2006 z 6 grudnia 2006 r.)

Z wezwania do uzupełnienia dokumentów (pismo nr FPP.IS.71-125/93127/08) z 4 grudnia 2008 r. wynika, iż Zamawiający nie kwestionował przedstawionego dla tego zadania zakresu prac, lecz jedynie samą średnicę kanału. Świadczą o tym dokonane przez niego podkreślenia

w tekście: „kanał o średnicy nominalnej 250 mm” oraz „Wykaz zrealizowanych przez wykonawcę robót kanalizacyjnych (...) o średnicy nie mniejszej niż 350 mm wg załącznika nr X wraz z dokumentami potwierdzającymi, że roboty te zostały wykonane należycie należy dostarczyć do Zamawiającego w formie faksu (...) do dnia...” (Potwierdza to także informacja z 19 grudnia 2008 r. przesłana konsorcjum POL-DRÓG).

Również konsorcjum POL-DRÓG nie podniosło tego zarzutu w swoim proteście (ani w stosunku do robót w dzielnicy Chwałowice, ani Gotartowice), pojawił się on dopiero w przystąpieniu konsorcjum Max Bögl i na rozprawie. Zgodnie z art. 191 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w proteście.

Zwraca jednak uwagę na fakt, iż Zamawiający nie wykorzystał w tym zakresie możliwości, jakie daje mu art. 26 ust. 4 i art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, bowiem, wbrew twierdzeniom konsorcjum Max Bögl, ma znaczenie, w jakim zakresie wezwanie do uzupełnienia zostanie do wykonawcy skierowane – jego odpowiedź jest bowiem uzależniona od skierowanego do niego pytania lub wezwania i nie można na wykonawcę przerzucać konsekwencji tego, iż Zamawiający w tym zakresie nie miał wątpliwości lub nie skierował do niego wezwania.

Uzupełniając żądany dokument Odwołujący przedstawił zadanie „Budowa kanalizacji w Rybniku w dzielnicy Gotartowice przewierty metodą mikrotunelingu. Średnica DN 400 – Rury Keramo Długość 536,20 mb Lokalizacja – teren miejski Rybnik Metoda wykonania kanalizacji – mikrotuneling” oraz referencje od firmy Tchas Sp. z o.o. z 17 listopada 2008 r., zgodnie z którymi P.P. JUMARPOL P. Traczewski, M. Kasperek Sp. jawna wykonywała w ramach umowy „Budowa kanalizacji w Rybniku w dzielnicy Gortatowice” przewierty w terenie miejskim metodą mikrotunelingu o łącznej długości 536,20 mb rurami DN 400 Keramo, budowę komór startowych (do 7 m głębokości) i odbiorczych oraz zagwarantowała prawidłowe odwodnienie terenu w obrębie komór zabudowując w nich betonowe studnie rewizyjne.

W odniesieniu do zarzutu przedstawienia przez Odwołującego nieprawdziwych informacji należy uznać, iż – przy założeniu, że roboty wykonane w dzielnicy Chwałowice wystarczają dla wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, a uzupełnienie nie było konieczne, Odwołujący nie podlega wykluczeniu, gdyż wykazanie ewentualnych nieprawidłowości w opisie zadania dotyczącego dzielnicy Gortatowice nie ma wpływu na wynik postępowania (Odwołujący już spełnił warunek). Z brzmienia art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych wynika bowiem jednoznacznie, iż dla wykluczenia wykonawcy z postępowania konieczne jest łączne wystąpienie dwóch przesłanek: wykonawca musi przedstawić nieprawdziwe informacje, a informacje te muszą mieć wpływ na wynik postępowania.

Natomiast w przypadku nieuznania robót dla dzielnicy Chwałowice Zamawiający powinien poprosić Odwołującego o wyjaśnienia w tym zakresie, gdyż, zgodnie z przyjętymi zasadami prowadzenia procedury przetargowej, wszelkie wątpliwości Zamawiający powinien wyjaśniać przede wszystkim z samym zainteresowanym wykonawcą, a nie podmiotami trzecimi przy pominięciu zainteresowanego. Co prawda z referencji wystawionych P.P. JUMARPOL P. Traczewski, M. Kasperek Sp. jawna przez Urząd Miasta Rybnika 10 czerwca 2008 r., jak również z pisma z Urzędu Miasta Rybnika do konsorcjum POL-DRÓG z 23 grudnia 2008 r. wynika, iż spółka ta wykonała 700 m kanalizacji sanitarnej w technologii przewiertu sterowanego rurami Keramo o średnicy \varnothing 200 mm, jednak z pisma P.P. JUMARPOL P. Traczewski, M. Kasperek Sp. jawna z 11 stycznia 2009 r. wynika, iż referencje te nie dotyczą pełnego zakresu wykonanych robót, natomiast pismo z 23 grudnia 2008 r. wyraźnie odnosi się w swojej treści do przedstawionego pytania, więc nie jest miarodajne.

Co prawda ze wspomnianego powyżej pisma P.P. JUMARPOL P. Traczewski, M. Kasperek Sp. jawna z 11 stycznia 2009 r. można wnioskować, iż przedstawione DN 400 nie dotyczyło rur Keramo, z których została zbudowana sieć (a z warunku udziału w postępowaniu wynika, iż średnica 350 mm dotyczy istniejącej sieci, która ma średnicę zewnętrzną 276 i 360 mm, a więc wewnętrzną odpowiednio 200 i 250 mm, a nie rur

„tymczasowych” stosowanych do budowy), lecz przy uznaniu, iż średnica zewnętrzna 360 mm wystarczy dla spełnienia postawionego warunku, niezgodność przedstawionych danych również nie ma wpływu na wynik postępowania.

Izba nie wzięła pod uwagę wydruku z korespondencji prowadzonej drogą elektroniczną pomiędzy pracownikami Skanska S.A. i POLDRÓG Oleśnica S.A. przedstawionego przez konsorcjum POL-DRÓG, gdyż on również stanowił jedynie część korespondencji i wyraźnie odnosił się w swojej treści do przedstawionego pytania, więc nie jest miarodajny. Poza tym, po przyjęciu, iż do spełnienia warunku udziału w postępowaniu wystarczy średnica zewnętrzna, nie miał on znaczenia dla rozstrzygnięcia.

W odniesieniu do zarzutu konieczności odrzucenia oferty Odwołującego ze względu na to, iż jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, tj. kosztorys ofertowy zawiera błędy, których nie można poprawić na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych Izba uznała, iż nie zachodzi wskazana przyczyna odrzucenia oferty. Zdaniem Izby poprawienie wskazanych w proteście niedokładności w opisie poszczególnych pozycji kosztorysu nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty Odwołującego. Są to bowiem pominięcia w opisie pozycji pojedynczych wyrazów lub krótkich fraz, które oczywiście określają w pewien sposób zakres pozycji (jak każdy zastosowany w opisie wyraz), jednak ich uzupełnienie, na które pozwala art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, doprowadzi do pełnej zgodności treści opisu zawartego w kosztorysie z opisem zastosowanym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia – przedmiarze (taki jest cel tego przepisu), zatem nie będzie zachodziła wskazana przez konsorcjum Max Bögl możliwość realizacji przedmiotu zamówienia niezgodnie z wymaganiami Zamawiającego.

Jednak korekta ta ma charakter bardziej formalny (ze względu na fakt, iż zamówienie jest udzielane przy zastosowaniu procedury udzielania zamówień publicznych) i kosmetyczny niż praktyczny, ponieważ nawet bez jej dokonania wykonawca musiałby zrealizować roboty zgodnie z dokumentacją

projektową i wymaganiami inwestora – Zamawiającego. Tym samym dokonana zmiana nie ma przymiotu „istotnej zmiany treści oferty”. Przy tym, wbrew twierdzeniom konsorcjum Max Bögl, nie ma podstaw, by Zamawiający dokonywał zmian cen jednostkowych wskazanych pozycji, a zatem nie zachodzi sytuacja, w której Zamawiający nie mógłby przeprowadzić korekty nie wiedząc, jak tego dokonać.

W odniesieniu do zarzutu nieuprawnionego poprawienia przez Zamawiającego omyłek rachunkowych w ofercie konsorcjum POL-DRÓG Izba stwierdziła, iż Odwołujący nie ma interesu prawnego we wniesieniu odwołania w stosunku do tego zarzutu. Zgodnie z art. 179 ustawy Prawo zamówień publicznych środki ochrony prawnej przysługują wykonawcom, jeżeli ich interes prawny w uzyskaniu zamówienia doznał lub może doznać uszczerbku w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W niniejszym postępowaniu za najkorzystniejszą ofertę została uznana oferta Odwołującego, a oferta konsorcjum POL-DRÓG zajęła w rankingu ofert dalsze niż Odwołujący miejsce, zatem działania Zamawiającego w stosunku do niej nie mają wpływu na sytuację Odwołującego i uzyskanie przez niego zamówienia. Przy tym przyjmuje się, iż przesłanki interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia nie wypełnia samo działanie „dla ogólnego dobra postępowania” lub innych wykonawców ani reakcja na przedstawienie zarzutów w stosunku do własnej oferty.

W odniesieniu do zarzutu zaniechania sporządzenia uzasadnienia rozstrzygnięcia obu protestów w części dotyczącej ich uwzględnienia Izba stwierdza, iż, zgodnie z art. 191 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w proteście. Poza tym, zgodnie z przyjętym modelem stosowania środków ochrony prawnej, Izba nie zwraca Zamawiającemu sprawy do ponownego rozpoznania, a więc tym samym nie nakazuje ponownie rozstrzygnąć protestu ani też sporządzić pisemnego uzasadnienia rozstrzygnięcia, lecz sama orzeka co do istoty sprawy, co uczyniła w niniejszym wyroku.

W związku z powyższym należało orzec jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, czyli stosownie do wyniku postępowania.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z 2008 r. Nr 171, poz. 1058) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego we Wrocławiu.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....