

Sygn. akt: KIO 344/13

WYROK

z dnia 4 marca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Brzeska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 lutego 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 lutego 2013 r. przez **CHM OBRAS E INFRAESTRUCTURAS S.A.** z siedzibą w Alicante, Hiszpania, adres do doręczeń: **Rondo ONZ 1, XXI piętro, 00-124 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Olsztyn, Plac Jana Pawła II 1, 10-101 Olsztyn**

przy udziale **NDI S. A., ul. Powstańców Warszawy 19, 81-718 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie

2. Kosztami postępowania obciąża CHM OBRAS E INFRAESTRUCTURAS S.A. z siedzibą w Alicante, Hiszpania, adres do doręczeń: Rondo ONZ 1, XXI piętro, 00-124 Warszawa i:

- 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr.** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **CHM OBRAS E INFRAESTRUCTURAS S.A. z siedzibą w Alicante, Hiszpania,**

adres do doręczeń: Rondo ONZ 1, XXI piętro, 00-124 Warszawa tytułem wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2010 r. Nr 119, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Olsztynie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Olsztyn, Plac Jana Pawła II 1, 10-101 Olsztyn prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z późn. zm.) (zwanej dalej również „*ustawą Pzp*”), postępowanie o udzielenie zamówienia na: „*Budowę całorocznej infrastruktury sportowo-rekreacyjnej nad jeziorem Krzywym w Olsztynie*”.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało przekazane Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich w dniu 24 września 2012 r. oraz opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 28 września 2012 r. pod numerem 2012/S 187-307472.

Wykonawca - CHM OBRAS E INFRAESTRUCTURAS S.A. z siedzibą w Alicante, Hiszpania, adres do doręczeń: Rondo ONZ 1, XXI piętro, 00-124 Warszawa (zwany dalej: „Odwołującym”) w dniu 15 lutego 2013 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożył odwołanie na następujące czynności Zamawiającego:

- 1) odrzuceniu oferty złożonej przez Odwołującego;
- 2) zaniechaniu poprawienia omyłek polegających na niezgodności oferty Odwołującego ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (dalej zwanej również: „SIWZ”), niepowodujących istotnych zmian w treści oferty Odwołującego; z ostrożności procesowej także czynność:
- 3) zaniechania wezwania Odwołującego do wyjaśnień lub uzupełnienia dokumentów złożonych w postępowaniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp - poprzez jego niewłaściwe zastosowanie polegające na przyjęciu, iż oferta Odwołującego nie odpowiada treści SIWZ;
- 2) art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez zaniechanie poprawienia w ofercie Odwołującego omyłek polegających na niezgodności oferty Odwołującego z SIWZ, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty Odwołującego, co doprowadziło w konsekwencji do odrzucenia oferty Odwołującego;
- 3) art. 30 ust. 5 ustawy Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp - poprzez bezzasadne przyjęcie, iż Odwołujący nie wykazał, iż oferowane przez niego roboty

budowlane spełniają wymagania określone przez Zamawiającego, co doprowadziło w konsekwencji do odrzucenia oferty Odwołującego.

Z ostrożności procesowej, zarzucam Zamawiającemu naruszenie także:

- 4) art. 87 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp - poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do udzielenia wyjaśnień, co doprowadziło w konsekwencji do odrzucenia oferty Odwołującego;
- 5) art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 87 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp - poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów złożonych w Postępowaniu wskutek uzyskanych od Odwołującego wyjaśnień, co doprowadziło w konsekwencji do odrzucenia oferty Odwołującego.

W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o:

- 1) merytoryczne rozpatrzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą niniejszego odwołania i jego uwzględnienie;
- 2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy NDI S.A. z siedzibą w Sopocie („NDI”) z dnia 5 lutego 2013 r.;
- 3) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego z dnia 5 lutego 2013 r.;
- 4) nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności poprawienia omyłek w ofercie Odwołującego;
- 5) nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności ponownego badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Odwołujący uzasadniając swoje stanowisko w odwołaniu, wskazał m. in. na następujące okoliczności:

Odwołujący wskazał, iż w pierwszej kolejności w niniejszym stanie faktycznym należało poddać analizie dopuszczalność zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp do stwierdzonych przez Zamawiającego niezgodności treści oferty Odwołującego z postanowieniami SIWZ, gdyż tylko w przypadku wykluczenia możliwości dokonania przez Zamawiającego poprawek na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp uzasadnionym byłoby odrzucenie oferty Odwołującego. Powyższe jest szczególnie istotne w kontekście niezgodności polegających na wskazaniu w ofercie Odwołującego (i) innego typu wodomierzy, (ii) rzekomego braku wyceny podgrzewacza przepływowego w kosztorysie ofertowym.

Odwołujący zaznaczył, że art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp nakazuje odrzucić ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Oznacza to, że obowiązek odrzucenia oferty aktualizuje się dopiero po stwierdzeniu, że brak jest możliwości poprawienia stwierdzonych niezgodności w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Intencją ustawodawcy w zakresie wskazanego przepisu było umożliwienie brania pod uwagę w postępowaniu o zamówienie publiczne ofert obarczonych nieistotnymi wadami, będącymi wynikiem różnego rodzaju błędów i omyłek, które nie prowadzą do istotnych zmian w treści oferty oraz nie zniekształcają w znaczącym stopniu, niezgodnie z intencją oświadczenia woli wykonawcy ubiegającego się o zamówienie. Dla wypełnienia przez Zamawiającego obowiązku zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp konieczne jest ustalenie dwóch okoliczności i łączne ich spełnienie: 1) stwierdzona przez Zamawiającego niezgodność treści oferty z SIWZ ma charakter omyłki, oraz poprawienie tej omyłki nie spowoduje istotnych zmian w ofercie. W odniesieniu do pierwszej przesłanki, Odwołujący zaznaczył, że nie każda niezgodność treści oferty z treścią SIWZ może być uznana za efekt omyłki. Generalną zasadą jest to, że wskazane pojęcie nie powinno być interpretowane zawężająco. Oczywistym jest, że omyłka nie może być konsekwencją celowego działania ze strony wykonawcy (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 stycznia 2009 r., sygn. KIO 47/09). Omyłkę należy jednak rozumieć nie tylko jako omyłkę techniczną (pominięcie lub pomylenie określonych wyrażeń czy wartości) ale jako wszelkie niezgodności treści oferty wykonawcy, który się ich dopuszcza działając w przekonaniu, że składa oświadczenie w pełni zgodne z treścią SIWZ. Spełnienie drugiej przesłanki wyznacza nieostre pojęcie "niepowodujące istotnych zmian w treści oferty". Posługując się pojęciem nieostrym ustawodawca zrezygnował z określenia katalogu zmian w treści oferty, które mogą nastąpić w wyniku poprawienia omyłek. Jak wskazują na to poglądy doktryny, sformułowanie to może budzić określone wątpliwości interpretacyjne, gdyż trudno jest jednoznacznie określić gdzie leży granica między istotnymi a nieistotnymi zmianami w treści oferty. Granicę tę każdorazowo należy odnieść do danych okoliczności faktycznych sprawy. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i sądów okręgowych konsekwentnie przyjmuje się np. możliwość poprawiania treści oferty odnoszących się nawet do ich *essentialiae negotii*. Dopuszcza się więc możliwość poprawienia samej ceny ofertowej czy określenia przedmiotu świadczenia, jednakże pod warunkiem ograniczenia zakresowego, ilościowego czy jakościowego tego typu zmian.

Odwołujący zwrócił uwagę, że nie znajduje uzasadnienia w kontekście bezwzględnie obowiązujących przepisów polskiego prawa sytuacja, w której Zamawiający sam (na potrzeby prowadzonego postępowania) dokonuje zawężającej wykładni pojęcia „oczywista omyłka” w rozdz. XII ust. 5 SIWZ i tym samym ogranicza możliwość zastosowania przepisu

art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp jedynie do przypadków przez siebie wskazanych. Zamawiający, jako gospodarz postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie może ograniczać swojej odpowiedzialności wynikającej z przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp ani też przerzucać na wykonawców ciężaru wykazania, iż w danym stanie faktycznym zaistniały przesłanki do poprawienia omyłek w ofercie we wspomnianym trybie.

Odnosząc powyższe rozważania natury do niniejszego stanu faktycznego Odwołujący zauważył w pierwszej kolejności, że kwestia omyłkowego wpisania przez Odwołującego w opisie złęgo typu wodomierzy (Odwołujący w swojej ofercie wpisał wodomierze typu JS-2.5 DN20 zamiast wodomierze typu WS-6 DN32) była przedmiotem wyjaśnień udzielonych Zamawiającemu przez wykonawcę w drodze pisma z dnia 16 stycznia 2013 r. W przedmiotowym piśmie Odwołujący wyjaśnił, że: przedmiotowa omyłka była niezamierzona i dotyczyła jedynie opisu pozycji wodomierza (zamiast typu WS-6 DN32 wskazany został typ JS-2,5 DN20), przyporządkowana wskazanej pozycji cena wodomierza została ustalona w sposób prawidłowy dla wodomierza typu WS-6 DN32 (typ wymagany przez Zamawiającego), co potwierdza intencję Odwołującego zaoferowania właściwego typu wodomierza. Cena omyłkowo wskazanego typu wodomierza (269,38 złotych netto) jest znacznie niższa niż cena wodomierza wymaganego przez Zamawiającego (457,01 złotych netto). Trudno byłoby zatem oczekiwać od Odwołującego, aby jego intencją było zaoferowanie niewłaściwego typu wodomierza po cenie ustalonej dla wodomierza właściwego. W ocenie Odwołującego nie ulega wątpliwości, że Zamawiający posiadał wiedzę w zakresie cen obydwu typów wodomierzy na podstawie innych fragmentów kosztorysu Odwołującego. Przykładowo, w obszarze A bud. F - instalacje sanitarne poz. 22.d. 1.1. Odwołujący uwzględnił wodomierz typu JS-2,5 DN20 podając jako cenę wartość 268,86 złotych netto. Nieuzasadnionym byłoby zatem oferowanie przez Odwołującego dokładnie tego samego typu wodomierza za cenę znacznie wyższą (457,01 złotych netto w obszarze A, bud. C - branża sanitarna poz. nr 17d.1.1 - zastosował wodomierz JS-2,5 DN20). Mając określone wątpliwości co do zgodności opisu wodomierza z przyporządkowaną opisowi ceną, Zamawiający był uprawniony zwrócić się do Odwołującego z żądaniem wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, co też uczynił. Zważywszy, że intencją Odwołującego od samego początku było zaoferowanie właściwego typu wodomierzy (co potwierdził wprost Odwołujący w piśmie z dnia 16 stycznia 2013 r.) wpisanie przez niego w opisie wodomierza niewłaściwego typu nie może zostać uznane za działanie celowe. Co więcej, poprawienie samego opisu wodomierza w tym zakresie (cena za prawidłowy typ wodomierza została podana pierwotnie w sposób właściwy a zatem nie zostałaby poprawiona przez Zamawiającego) nie powoduje istotnych zmian w treści oferty Odwołującego. Odpowiedniej modyfikacji uległby bowiem wyłącznie opis pozycji wodomierza poprzez dostosowanie opisu do wymogów określonych przez

Zamawiającego. Jego cena nie wymagałaby jakichkolwiek korekt ze strony Zamawiającego, gdyż została ustalona w sposób prawidłowy. Z porównania cen wskazanych typów wodomierzy, Zamawiający mógł samodzielnie ustalić intencję Odwołującego, która było zaoferowanie wodomierzy właściwych t.j. typu WS-6 DN32. Powyższe w sposób jednoznaczny wskazuje, że w odniesieniu do omyłkowego wpisania niewłaściwego typu wodomierzy dla pozycji: w obszarze A, bud. C - branża sanitarna poz. nr 17d.1.1, obszarze A, bud. D- branża sanitarna poz. nr 15d.1.1, obszarze A, bud. E - branża sanitarna poz. nr 23d.1.1, zasadnym byłoby zatem uznanie przez Zamawiającego, że ma do czynienia z omyłką polegającą na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty i poprawienia jej poprzez przypisanie wskazanej pozycji właściwego wodomierza. Tym samym zaniechanie poprawienia oczywistych omyłek w zakresie niewłaściwego opisu typu wodomierzy zaoferowanych w ofercie Odwołującego stanowiło naruszenie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. W kontekście zarzutu naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w odniesieniu do kwestii wodomierzy Odwołujący wskazał, że Zamawiający nie potraktował jednakowo wykonawców biorących udział w postępowaniu (zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp). Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem zasada równego traktowania wskazana w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zakłada, że porównywalne sytuacje nie mogą być traktowane w odmienny sposób, a odmiennie sytuacje nie mogą być traktowane jednakowo, chyba że takie traktowanie jest uzasadnione z obiektywnego punktu widzenia (wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 3 marca 2005 r., w sprawach połączonych C-21/03 i C-34/03 Fabricom S.A. i cytowane tam orzecznictwo). Według Odwołującego o ile bowiem Zamawiający zaniechał poprawienia omyłek w ofercie Odwołującego polegających na niewłaściwym opisie wodomierzy, o tyle w innych ofertach Zamawiający uzupełniał niewłaściwie opisane pozycje zgodnie z ujednoliconym przedmiarem robót. Przykładem ilustrującym powyższe zjawisko może być pismo pn. *„Zawiadomienie o poprawieniu oczywistych omyłek rachunkowych oraz innych omyłek nie powodujących istotnych zmian w treści oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp”* z dnia 22 stycznia 2013 r. skierowane do wykonawcy Warmińskie Przedsiębiorstwo Budowlane „ROMBUD” Sp. z o.o. („ROMBUD”). We wspomnianym piśmie Zamawiający poinformował ROMBUD m. in. uzupełnieniu opisu pozycji nr 1.d.1 z obszaru D. bud. d1 branża sanitarna poprzez dopisanie słów *„z blachy ocynkowanej lub aluminiowej”*. Brak doprecyzowania przez ROMBUD materiału z jakiego wykonany jest płaszcz wełny materialnej podobnie jak i w przypadku opisu wodomierzy potwierdza niezgodność z treścią SIWZ. Zamawiający uznał, że zaoferowanie jakiegokolwiek materiału dla płaszczu wełny mineralnej nie jest istotne i może być poprawione w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, natomiast zaoferowanie wodomierzy o innym przepływie wody stanowi o „ewidentnej niezgodności”.

Odnosząc argumentację prawną w zakresie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp do kwestii rzekomego braku wyceny podgrzewacza przepływowego w kosztorysie ofertowym należy uznać, że również ta niezgodność mogła i powinna być poprawiona przez Zamawiającego w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy PZP. W pierwszej kolejności Odwołujący zaznaczył, że o „rzekomości” braku wyceny podgrzewacza przepływowego w ofercie Odwołującego świadczy najlepiej fakt, że wycena taka w rzeczywistości jednak miała miejsce. Nie jest zatem prawdziwe twierdzenie Zamawiającego – w ocenie Odwołującego - zawarte w decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego (str. 4 punkt d pisma Zamawiającego), jakoby nie można było znaleźć w ofercie Odwołującego ceny jednostkowej dla podgrzewacza przepływowego, co uniemożliwiło Zamawiającemu samodzielne dokonanie poprawki w zakresie tej pozycji przedmiarowej. W rzeczywistości wskutek omyłki Odwołującego pozycja przedmiarowa nr 22.d.1, która zgodnie ze wzorem kosztorysu ofertowego dot. obszaru D, bud. d1 - branża sanitarna, powinna zawierać wycenę podgrzewacza przepływowego została zamieniona z pozycją sąsiadującą t.j. pozycją przedmiarową nr 21.d.1. dotyczącą stacji uzdatniania wody.

W związku z powyższym, w ocenie Odwołującego dokonał on wyceny podgrzewacza przepływowego, z tym że przez omyłkę zamienił tę pozycję z pozycją sąsiadującą. Zarówno podgrzewacz przepływowy jak i stacja uzdatniania wody do celów gastronomicznych zostały należycie wycenione w ofercie Odwołującego - cena podana w kosztorysie ofertowym dla podgrzewacza przepływowego przez Odwołującego wyniosła 283,06 złotych. Brak wskazania we właściwej pozycji i zamienienie pozycji 21.d.1. z pozycją 22.d.1. nie może budzić wątpliwości co do omyłkowego charakteru czynności Odwołującego. Nie można bowiem przypisać Odwołującemu świadomej intencji zamienienia wskazanych elementów w swojej ofercie. Co do kwestii istotności, Odwołujący podkreślił fakt, iż ewentualne poprawienie przez Zamawiającego zaobserwowanej omyłki sprowadziłoby się jedynie do zamienienia dwóch sąsiadujących ze sobą pozycji kosztorysu ofertowego. W jego ocenie nie do pogodzenia z postulatem należytego wydatkowania środków publicznych byłaby sytuacja, w której wykonawca oferujący najniższą cenę w postępowaniu (jakim jest Odwołujący) zostaje pozbawiony możliwości realizacji zamówienia tylko dlatego, że dokonał omyłkowej zamiany (przy wycenie obydwu pozycji) danych sąsiadujących ze sobą elementów kosztorysu ofertowego. Wobec powyższego – w ocenie Odwołującego - należy uznać, że Zamawiający był uprawniony dokonać samodzielnie poprawienia wskazanej omyłki na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Tym samym, zaniechanie poprawienia oczywistej omyłki w zakresie rzekomego braku wyceny podgrzewacza przepływowego w kosztorysie ofertowym stanowiło naruszenie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp należy wskazać, że twierdzenie Zamawiającego jakoby działły dodane przez Odwołującego w treści jego oferty stanowiły o niezgodności treści oferty Odwołującego z postanowieniami SIWZ nie jest zasadne. Odwołujący zaznaczył, że formalizm postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie jest celem samym w sobie, a ma na celu realizację zasad ustawy Pzp, która to stanowi wyłącznie instrument mający na celu zagwarantowanie realizacji celów ustawy o finansach publicznych. Zamawiający jest jednostką sektora finansów publicznych jego powinnością jest zapewnienie wydatkowania środków publicznych w sposób oszczędny i celowy, zgodnie z zasadą uzyskania najlepszych efektów z poniesionych nakładów (art. 44 ust. 3 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych). W świetle powyższego, art. 87 ust. 1 ustawy Pzp może być postrzegany jako instrument prawny, którego wykorzystanie pozwala mu na dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej cenowo. Tym samym, realizując dyrektywy ustawy o finansach publicznych zamawiający powinien wykorzystać regulacje prawne, w tym te wynikające z Prawa zamówień publicznych w celu wyeliminowania ewentualnych wątpliwości związanych z ofertą przedstawiającą najniższą cenę. Stąd przy wykładni i stosowaniu przepisów ustawy należy brać pod uwagę cel ustawy. Zamawiający będący podmiotem odpowiedzialnym za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania powinien dołożyć należytej staranności, aby dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej, a wykonawca, który ją złożył, powierzyć realizację zamówienia. W celu wykazania, iż w przedmiotowej sprawie Zamawiający zbyt formalistycznie zastosował przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w odniesieniu do kwestii działów dodanych Odwołujący zwrócił uwagę na dwie zasadnicze kwestie. Po pierwsze, o niezgodności treści oferty z postanowieniami SIWZ można mówić tylko wówczas kiedy stwierdzone uchybienia mają (1) charakter merytoryczny oraz (2) są istotne. Wskazane przesłanki muszą być spełnione łącznie. W świetle powyższego, „nieodpowiedniość treści oferty” może dotyczyć tylko wymagań merytorycznych określonych w specyfikacji. Zachodzi ona zatem wyłącznie w odniesieniu do treści merytorycznej oferty a nie jej formy (wyrok Zespołu Arbitrów przy UZP z 18 stycznia 2005 r.). Ponadto, niezgodność musi mieć charakter istotny a nie marginalny. Po drugie, trzeba wskazać, że przyczyną, dla której Odwołujący dopisał dodatkowe elementy do ujednoliconego przedmiaru robót były niejasne wyjaśnienia dotyczące treści SIWZ udzielone przez Zamawiającego w dniu 6 grudnia 2012 r. Dotyczy to wyjaśnień udzielonych przez Zamawiającego na pytania nr 2, 3, 4, 5, 7, 8, 9, 10, 13, 16, 26b. We wszystkich wskazanych pytaniach wykonawcy działając na podstawie art. 38 ustawy Pzp zwrócili się do Zamawiającego o dopisanie w przedmiarze wymienionych w pytaniach pozycji wynikających z dokumentacji projektowej. Wyjaśnienia Zamawiającego były jednak bardzo mało precyzyjne. Przykładowo, w pytaniu nr 10 wykonawca zwrócił się o dopisanie 24 pozycji w przedmiarze z branży elektrycznej dla budynku D9. W wyjaśnieniach

Zamawiający wskazał lakonicznie, że wymienione przez wykonawcę zadające pytanie pozycje należy przyporządkować do następujących pozycji przedmiaru robót: 80, 81, 90, 94, 58, 59, 26, 82, 25, 24, 23, 16. Z powyższego widać wyraźnie, że 24 pozycje problematyczne (według wykonawcy), Zamawiający kazał przyporządkować (bez precyzyjnego wskazania odnośnie każdego ze wskazanych elementów) do 12 (dowolnie) wybranych spośród wymienionych przez niego pozycji. Wyjaśnienia udzielone w ten sposób nie dawały wykonawcy jasnej odpowiedzi gdzie dany element należy przyporządkować. Analogiczna sytuacja miała miejsce w odniesieniu do każdego z wyżej wymienionych pytań.

Ponadto Odwołujący, nawet podejmując trud przyporządkowania poszczególnych pozycji z wyjaśnień do pozycji ogólnie wskazanych przez Zamawiającego dochodziłoby do sytuacji, w której w obrębie jednej pozycji znajdowałyby się elementy z różnymi jednostkami miary. Przykładem powyższego może być pytanie nr 8 w którym wykonawca zwrócił się o dopisanie wskazanych w treści pytania pozycji, wśród których znajdowały się również takie elementy, które oznaczone były jednostką miary „komplet” (np. nr poz. 109e - zarobienie w gnieździe przewodów kabelkowych kat 6). Tymczasem żadna z pozycji, które wskazał Zamawiający, nie posługuje się tą jednostką miary. Postępując zatem zgodnie z wyjaśnieniami Zamawiającego należałoby do jednej pozycji posługującej się na przykład „metrem” jako jednostką miary przyporządkować pozycję podaną w kompletach. Powyższe prowadziło by z oczywistych względów do absurdu. W tym kontekście – według Odwołującego - wyjaśnienia Zamawiającego dotyczące SIWZ powinny jedynie uściślać te zapisy, a nie wprowadzać w błąd lub powodować chaos informacyjny. W tym sensie, wykonawca nie może ponosić negatywnych konsekwencji udzielanych przez zamawiającego nieprawidłowych wyjaśnień lub odpowiedzi (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia z dnia 18 kwietnia 2012 r., sygn. KIO 661/12). Odnosząc powyższe uwagi do przedmiotowego stanu faktycznego Odwołujący zwrócił uwagę, iż: działy dodane przez Odwołującego do ujednoczonego przedmiaru robót nie mogą być postrzegane jako merytoryczna lub istotna niezgodność oferty Odwołującego z postanowieniami SIWZ. Nawet gdyby Odwołujący przyporządkował dodane elementy do innych pozycji wskazanych w przedmiarze robót (a zatem nie dodał nowych elementów) cena kosztorysowa zaoferowana przez Odwołującego nie uległaby zmianie, ponieważ dodane elementy zostałyby uwzględnione w innych obszarach. Zmiana ta miała zatem charakter marginalny i polegała wyłącznie na uwzględnieniu wskazanych elementów w innej kolumnie robót kosztorysu ofertowego. Odwołujący chcąc wyjść naprzeciw domniemanej intencji Zamawiającego, która wynikała z nieprecyzyjnie udzielonych odpowiedzi na zapytanie dotyczące treści SIWZ nie może ponosić z tego tytułu negatywnych konsekwencji, które sprowadzają się do odrzucenia jego oferty z przyczyn czysto formalnych. Odwołujący zwrócił uwagę, że działy dodane przez

Odwołującego to w rzeczywistości te elementy, które były przedmiotem nieprecyzyjnie udzielonych przez Zamawiającego wyjaśnień. W ocenie Odwołującego nie zasługuje na uwzględnienie argumentacja Zamawiającego zawarta w treści uzasadnienia decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego sprowadzająca się do twierdzenia, iż Zamawiający nie jest uprawniony do poprawienia ceny oferty Odwołującego w trybie wynikającym z treści art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp. Przede wszystkim działły dodane przez Odwołującego w żaden sposób nie wpływają na zaoferowaną cenę stąd skutek ich dodania przez Odwołującego nie zachodzi konieczność zmiany ceny. Jedyną konsekwencją wyodrębnienia tych elementów w działach dodanych przez Odwołującego jest ich zaklasyfikowanie w innej kolumnie kosztorysu ofertowego. W zakresie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp należy też rozpatrywać czynność odrzucenia oferty Odwołującego z powodu tego, iż zaoferowane przez Odwołującego zadanie - membrana, zdaniem Zamawiającego, nie spełnia wymagań określonych przez Zamawiającego. Odwołujący wskazał, że swoją wiedzę w tym zakresie Zamawiający oparł jedynie o wątpliwości co do zaoferowanego przez Odwołującego zadania - membrany. Tym samym, Zamawiający z przyczyn nieznanych Odwołującemu, nie dał wiary jego oświadczeniu zawartym w piśmie z 16 stycznia 2013 r. Powyższe wskazuje na naruszenie przez Zamawiającego także art. 30 ust. 5 ustawy Pzp poprzez bezzasadną odmowę wiarygodności wyjaśnień wykonawcy. Treść wskazanego przepisu wymaga od wykonawcy jedynie aby wykazał, iż proponowany przez niego przedmiot zamówienia spełnia wymagania określone przez Zamawiającego. Nic nie stoi na przeszkodzie, aby środkiem służącym wykazaniu powyższego było oświadczenie wykonawcy. W piśmie zawierającym wyjaśnienia, Odwołujący oświadczył wprost, iż planuje wykorzystać membranę typu Précontraint 362, która spełnia wszystkie szczegółowe parametry i funkcje techniczne oczekiwane przez Zamawiającego. Dodatkowo, Odwołujący załączył do swoich wyjaśnień kartę katalogową dla wspomnianej membrany w języku angielskim. W związku z powyższym według Odwołującego nawet jeżeli Zamawiający uznał, że wyjaśnienia Odwołującego z dnia 16 stycznia 2013 r. nie potwierdzają w sposób dostateczny, że oferowane zadanie (membrana) spełnia wymagane przez Zamawiającego parametry (co pozostaje w sprzeczności z oświadczeniem Odwołującego), to i tak nie był uprawniony, aby odrzucić ofertę Odwołującego na podstawie tego, że dobrowolnie załączony przez Odwołującego dokument nie został przedłożony w polskiej wersji językowej. Zamawiający zwrócił się bowiem do Odwołującego o przedstawienie wyjaśnień a nie o złożenie konkretnego dokumentu. Nie budzi jednak wątpliwości fakt, że załączenie przez Odwołującego dokumentu, który nie był przez Zamawiającego wymagany stanowiło dodatkową czynność ze strony Odwołującego, gdyż został on wezwany jedynie do udzielenia wyjaśnień (Zamawiający posłużył się wprost art. 87 ust. 1 ustawy Pzp). Wobec powyższego, nie powinien on ponosić z tego tytułu negatywnych konsekwencji. Wyjaśnienia

udzielone przez Odwołującego należy też odczytywać w związku z treścią samego wezwania. Zamawiający wzywając Odwołującego prosił o potwierdzenie spełnienia przez oferowaną membranę wskazanych w treści wezwania parametrów (t.j. gramatura, wytrzymałość na rozciąganie, wytrzymałość na rozdarcie). Oświadczenie Odwołującego potwierdzające spełnienie parametrów dotyczyło jednak szerszego zakresu, gdyż Odwołujący potwierdził „spełnienie wszystkich szczegółowych parametrów” a nie tylko tych wskazanych w treści wezwania. W związku z powyższym pewne zastrzeżenia może budzić zarzut Zamawiającego co do spełnienia parametru w zakresie przejrzystości, który to parametr nie został wymieniony wprost w treści wezwania. Z ostrożności procesowej, Odwołujący wskazał, że nawet jeśli przedstawione przez Odwołującego wyjaśnienia budziły wątpliwości Zamawiającego to powinien on ponownie wystąpić do Odwołującego o udzielenie wyjaśnień a nie arbitralnie przyjąć, iż treść oferty jest niezgodna z SIWZ i z tego powodu podlega odrzuceniu. Tym samym – według Odwołującego - Zamawiający zaniechawszy ponownego wezwania Odwołującego do przedstawienia wyjaśnień w zakresie oferowanego zadania (membrany) dopuścił się naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie. Pogląd o możliwości wielokrotnego wzywania wykonawców przez zamawiającego w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp nie budzi bowiem wątpliwości z zastrzeżeniem, że nie doprowadzi to do zmiany treści oferty, ani też do negocjacji treści oferty. W razie nieuznania przez KIO zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 30 ust. 5 ustawy Pzp oraz zarzutu naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Pzp w odniesieniu do oferowanego przez Odwołującego zadania - membrany. Odwołujący pragnie zasygnalizować możliwość naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentu karty katalogowej dla oferowanego zadania (membrany). W związku z powyższym Zamawiający działając na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp zwrócił się do Odwołującego jedynie o potwierdzenie (przedstawienie wyjaśnień), iż w odniesieniu do zaoferowanego przez Odwołującego zadania - membrany spełnione zostały wszelkie wymagane przez Zamawiającego parametry (gramatura, wytrzymałość na rozciąganie, wytrzymałość na rozdarcie). Odwołujący podkreślił, że Zamawiający nie zwrócił się do Odwołującego w trybie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, a zatem nie wymagał od Odwołującego przedstawienia jakichkolwiek dokumentów potwierdzających, iż oferowany przez Odwołującego materiał (membrana) spełnia wymagania określone przez Zamawiającego. W odpowiedzi Zamawiający otrzymał zapewnienie od Odwołującego, iż oferowana membrana spełnia wszystkie szczegółowe parametry i funkcje techniczne oczekiwane przez Zamawiającego. Odwołujący dodatkowo, do czego jednak nie był zobowiązany biorąc pod uwagę tryb wyjaśnień z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp w jakim zwrócił się do niego Zamawiający, przedłożył kartę katalogową dla oferowanej membrany stanowiącą wydruk ze strony internetowej sporządzoną w języku

angielskim. Przyjmując zatem założenie (z czym Odwołujący nie zgadza się), że wyjaśnienia Odwołującego z dnia 16 stycznia 2013 r. nie potwierdzały w sposób dostateczny, że oferowane zadanie (membrana) potwierdza wymagane przez Zamawiającego parametry (co pozostaje w sprzeczności z oświadczeniem Odwołującego), to w konsekwencji Zamawiający powinien wezwać Odwołującego do uzupełnienia wskazanego dokumentu na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Instytucja wezwania wykonawcy do złożenia dokumentów potwierdzających, iż oferowane przez wykonawcę dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania określone przez zamawiającego została bowiem uregulowana we wskazanym przepisie. Zaniechanie wezwania Odwołującego do przedstawienia dokumentu nie może zatem powodować odrzucenia oferty z uwagi na brak przedstawienia dokumentu we właściwej wersji językowej.

Pismem z dnia 5 lutego 2013 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców m. in. o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy NDI S. A., ul. Powstańców Warszawy 19, 81-718 Warszawa.

Czynność Zamawiającego z dnia 5 lutego 2013 r. stała się przedmiotem odwołania, wniesionego przez wykonawcę CHM OBRAS E INFRAESTRUCTURAS S.A. z siedzibą w Alicante, Hiszpania, adres do doręczeń: Rondo ONZ 1, XXI piętro, 00-124 Warszawa.

Następnie Izba ustaliła, że do niniejszego postępowania po stronie Zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca NDI S. A., ul. Powstańców Warszawy 19, 81-718 Warszawa.

Pismem z dnia 26 lutego 2013 r. – złożonym na posiedzeniu - Zamawiający odpowiedział na odwołanie, nie zgadzając się z zarzutami zawartymi w odwołaniu oraz wnosząc o oddalenie przedmiotowego odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, oraz ofertę wykonawcy CHM OBRAS E INFRAESTRUCTURAS S.A. z siedzibą w Alicante, Hiszpania jak również oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu. Ze względu na brak przesłanek uzasadniających odrzucenie odwołania Izba przeprowadziła rozprawę merytorycznie je rozpoznając.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, że wezwanie do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym miało miejsce w dniu 15 lutego 2013 r.

Następnie Izba ustaliła, że do niniejszego postępowania po stronie Zamawiającego w dniu 18 lutego 2013 r. zgłosił przystąpienie wykonawca NDI S. A., ul. Powstańców Warszawy 19, 81-718 Warszawa.

Izba potwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego (które wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 lutego 2013 r.) wykonawcy NDI S. A., ul. Powstańców Warszawy 19, 81-718 Warszawa (zwany dalej również: „Przystępującym NDI”).

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania przedstawione podczas rozprawy, Izba uznała, iż odwołanie jest niezasadne i nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Budowa całorocznej infrastruktury sportowo - rekreacyjnej nad jeziorem Krzywym w Olsztynie”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr Dz. 2012/S 187-307472 z dnia 28 września 2012 r. Termin składania ofert w niniejszym postępowaniu został ostatecznie wyznaczony na dzień 20 listopada 2012 r. na godzinę 11:00. We wskazanym terminie składania ofert została złożona oferta Odwołującego.

Zgodnie z postanowieniami SIWZ Rozdziału XI „Opis sposobu obliczania ceny” ppkt 3 „Wykonawca bez uprzedniej zgody Zamawiającego, nie może dodawać nowych pozycji. Jeżeli w przedmiarze robót nie uwzględniono pewnych robót uwidocznionych w przekazanej

wykonawcy dokumentacji projektowej, to wycenienie kosztów tych robót może nastąpić jedynie za zgodą Zamawiającego i w miejscu przez niego wskazanym.”

Ponadto Izba ustaliła, że Zamawiający udzielał w toku postępowania wykonawcom odpowiedzi na zadane pytania m. in. w dniu 6 grudnia 2012 r.

W niniejszym postępowaniu Odwołujący złożył ofertę.

W dniu 11 stycznia 2013 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do wyjaśnień treści oferty na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Przedmiotowe wezwanie dotyczyło m.in. trzech istotnych z punktu widzenia późniejszej czynności odrzucenia oferty kwestii:

- membrany zadaszania - w tiret 1 str. 1 wezwania Zamawiający zawarł prośbę o złożenie dodatkowych wyjaśnień dotyczących pozycji przedmiarowej zawartej w kosztorysie ofertowym pn. „Obszar A, zagospodarowanie terenu - poz. nr 132 d.1.49 /kalkulacja własna / - zadaszanie membrana - ilość: 1 kpl. Zamawiający zwrócił się o podanie typu i modelu oraz charakterystyki wskazanej membrany oraz jej parametrów, funkcji technicznych, kart katalogowych itp. zgodnie z wymaganiami Specyfikacji Technicznej nr 452-4, zgodnie z którą zadaszanie - membrana powinno być wykonane wraz z linami napinającymi z materiału o co najmniej następujących parametrach: gramatura 420 g/m², wytrzymałość na rozciąganie 150 N/m, wytrzymałość na rozdarcie 380 N.

- Wodomierzy -

w punkcie c) str. 1 wezwania - Zamawiający zawarł prośbę o wyjaśnienie dlaczego Odwołujący w obszarze A, bud. C - branża sanitarna poz. nr 17d. 1.1 - zastosował wodomierz JS-2.5 DN20 z zaworami: przelotowym, przelotowym z kurkiem spust, oraz antyskażeniowym typ EA o średnicy norm. 50 mm - ilość 1 szt. - skoro Zamawiający wymagał zastosowania wodomierza WS-6 DN32 z zaworami j/w zgodnie z wymaganiami ST-5.2 ze szczególnym uwzględnieniem parametrów przepływu, które są inne niż wymagane przez Zamawiającego:

- w punkcie g) str. 2 wezwania - prośbę o wyjaśnienie dlaczego Odwołujący w obszarze A, bud. D - branża sanitarna poz. nr 15d.1.1 - zastosował wodomierz JS-2.5 DN20 z zaworami: przelotowym, przelotowym z kurkiem spust, oraz antyskażeniowym typ EA o średnicy norm. 50 mm - ilość 1 szt. - skoro Zamawiający wymagał zastosowania wodomierza WS-6 DN32 z zaworami j/w zgodnie z wymaganiami ST-5.2, ze szczególnym uwzględnieniem parametrów przepływu, które są inne niż wymagane przez Zamawiającego:

- w punkcie i) str. 2 wezwania - prośbę o wyjaśnienie dlaczego Odwołujący w obszarze A, bud. E - branża sanitarna poz. nr 23d.1.1 - zastosował wodomierz JS-2.5 DN20 z zaworami: przelotowym, przelotowym z kurkiem spust, oraz antyskażeniowym typ EA o średnicy norm.

50 mm - ilość 1 szt. - skoro Zamawiający wymagał zastosowania wodomierza WS-6 DN32 z zaworami j/w zgodnie z wymaganiami ST-5.2, ze szczególnym uwzględnieniem parametrów przepływu, które są inne niż wymagane przez Zamawiającego.

Zamawiający w treści wezwania powołał się na rozdz. III ust. 4 i 5 SIWZ oraz art. 30 ust. 4 ustawy Pzp.

▪ działów dodanych przez Odwołującego do ujednoliconego przedmiaru robót - (str. 2 przedostatni wers od dołu Wezwania) -

- Zamawiający zwrócił się do Odwołującego z prośbą o wyjaśnienie, dlaczego Odwołujący dodał nowe działy do ujednoliconego przedmiaru robót udostępnionego przez Zamawiającego jako element scalony kosztorysu ofertowego zawierający roboty ujęte w dokumentacji projektowej. Wezwanie do wyjaśnień dotyczyło następujących pozycji z oferty Odwołującego:

- Obszar A, bud. B - branża elektryczna - dział dodany nr 6 - 1 kpi. na kwotę 17.325,00 zł.;

- Obszar A, bud. C - branża elektryczna - dział dodany nr 6 - 1 kpi. na kwotę 16.590,00 zł.;

- Obszar A, bud. D - branża elektryczna - dział dodany nr 8 - 1 kpi. na kwotę 16.380,00 zł.;

- Obszar A, bud. E - branża elektryczna - dział dodany nr 9 - 1 kpi. na kwotę 17.115,00 zł.;

- Obszar A, bud. F - branża elektryczna - dział dodany nr 6 - 1 kpi. na kwotę 17.010,00 zł.;

- Obszar D, bud. D1 - branża elektryczna - dział dodany nr 8 - 1 kpi. na kwotę 17.115,00 zł.;

Obszar D, bud. D7+D8 - branża elektryczna - dział dodany nr 7 - 1 kpi. na kwotę 17 010,00 zł.;

- Obszar D, bud. D9 - branża elektryczna - dział dodany nr 7 - 1 kpi. na kwotę 16 800,00 zł (łącznie zwane w dalszej części jako „Działy Dodane przez Odwołującego”).

W dniu 16 stycznia 2013 r. Odwołujący przedstawił swoje wyjaśnienia w odpowiedzi na wezwanie: W zakresie wyjaśnień dotyczących membrany zadaszona - Odwołujący wskazał, iż w Specyfikacji Technicznej 452-4 nie było zapisów dotyczących przedmiotowej membrany. Przywołany przez Zamawiającego zapis Specyfikacji dotyczył w istocie hydroizolacji. Bez względu jednak na powyższe, wychodząc naprzeciw domniemanej intencji Zamawiającego odnośnie potwierdzenia spełnienia przez oferowany materiał parametrów ustalonych przez Zamawiającego, Odwołujący wyjaśnił, iż przy realizacji zamówienia planuje wykorzystać membranę typu Précontraint 362. Wskazał, że membrana ta spełnia wszystkie szczegółowe parametry i funkcje techniczne oczekiwane przez Zamawiającego. Na potwierdzenie powyższego, Odwołujący załączył wydruk ze strony internetowej zawierający kartę katalogową dla oferowanej membrany w języku angielskim.

Jednocześnie Odwołujący wskazał, że parametry oczekiwane przez Zamawiającego spełniają membrany produkcji np.: HEYTex® membrane, Alu-tent, ShadowSail, Tuplex, Eventco, Vinci, które to wykonawca alternatywnie może zastosować.

W odniesieniu do kwestii wodomierzy (w odniesieniu do każdego z trzech wyżej wskazanych przypadków) Odwołujący wskazał, że w swojej ofercie skalkulował on i przyjął wodomierz typu WS-6 DN32 zgodnie z wymaganiami sformułowanymi przez Zamawiającego natomiast opis tej pozycji jako wodomierz JS-2.5 PN 20 jest omyłką pisarską. Co więcej, - według Odwołującego - cena dla wodomierzy została skalkulowana prawidłowo w tym sensie, że odpowiada ona cenie wodomierza wymaganego przez Zamawiającego. W ocenie Odwołującego potwierdza to fakt, że Odwołujący w ofercie wskazał cenę jednostkową za wodomierz typu WS-6 DN32 (457,01 złotych) a nie za wodomierz typu JS-2,5 DN 20 (269,38 złotych). Podstawą do ustalenia cen za oferowane typy wodomierzy była oferta ich producenta - Fabryki Wodomierzy „PoWoGaz” S.A. powiększona o koszty robocizny, eksploatacji oraz zysku Odwołującego. Na potwierdzenie powyższego Odwołujący załączył ofertę producenta dla obu typów wodomierzy.

W odpowiedzi na prośbę o wyjaśnienia co do Działów Dodanych przez Odwołującego Odwołujący wskazał w treści odpowiedzi, iż uzupełnienie ujednoczonych przedmiarów robót ma znaczenie drugorzędne i nie ma wpływu na zaoferowaną cenę ofertową. Nie wpływa także na zakres i przedmiot robót pozostających do wykonania. Jest to jedynie specyficzny graficzny sposób ujęcia całości zakresu przedmiotu robót pozostających do wykonania przez Odwołującego. Odwołujący wskazał także, że Działy Dodane przez Odwołującego wynikają wprawdzie z treści dokumentacji projektowej jak również z odpowiedzi Zamawiającego na pytania oferentów, natomiast nie były one ujęte wprost w ujednoczonym przedmiarze robót. W ocenie Odwołującego wobec braku precyzyjnego i jednoznacznego wskazania przez Zamawiającego miejsca dopisania brakujących asortymentów robót, a z drugiej strony wyrażenia zgody na ujęcie brakujących asortymentów w wycenie, Odwołujący ujął je w scalonych pozycjach na końcu danych kosztorysów. Odwołujący tym samym przyjął, że najbardziej czytelnym rozwiązaniem - z uwagi na specyfikę robót wskazanych w Działach Dodanych przez Odwołującego i praktyczne trudności w przypisaniu tych robót do innych pozycji wskazanych w ujednoczonym przedmiarze robót - będzie opisanie ich w sposób wyodrębniony. W załączeniu do swoich wyjaśnień, Odwołujący przedstawił zestawienia wskazujące na to jakiego rodzaju asortymenty robót wchodzi w skład każdej scalonej pozycji wraz z przypisaniem im odpowiedniej ceny jednostkowej (I tak np. obszar D bud. D1 – branża elektryczna dział dodany nr 8 – 1 kpl. zawiera: (...)).

W ocenie Odwołującego przypisanie odpowiednich pozycji w ujednoliconym przedmiarze robót nastęczało poważne trudności z uwagi na ich specyfikę i charakter, stąd też Odwołujący w nieco inny graficznie sposób ujął te roboty, co nie ma wpływu na cenę ofertową. Nadmieniał także, że oferowane asortymenty obejmują wszystkie elementy oczekiwane przez Zamawiającego.

W dniu 5 lutego 2013 r. Odwołujący został powiadomiony pocztą elektroniczną o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy NDI. Zamawiający stwierdził we wskazanym piśmie, że oferta Odwołującego została odrzucona z powodu następujących niezgodności jej treści z postanowieniami SIWZ:

Zdaniem Zamawiającego, oferta złożona przez Odwołującego nie odpowiada treści SIWZ w zakresie sposobu obliczania ceny określonego w rozdziale XI ust. 2, 3, 4 i 9 SIWZ w zakresie Działów Dodanych przez Odwołującego. Zamawiający tym samym nie podzielił argumentacji Odwołującego, iż dodanie wskazanych elementów ma znaczenie drugorzędne i nie spowoduje żadnych zmian w zaproponowanej cenie oferty. Zamawiający uznał także, że nie jest uprawniony do poprawienia ceny oferty Odwołującego w trybie wynikającym z treści art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp. W odniesieniu do kwestii wodomierzy - Zamawiający wskazał, iż wymagał on zastosowania wodomierzy typu WS-6 DN32, natomiast z wyjaśnień złożonych przez Odwołującego wynika, że przyjęcie wodomierzy typu JS-2,5 DN20 jest oczywistą i nieistotną omyłką pisarską, co w ocenie Zamawiającego było nie do zaakceptowania, gdyż przyjęcie w kosztorysie ofertowym innego rodzaju i typu wodomierzy stanowiło ewidentną niezgodność z treścią SIWZ. Zamawiający powołał się w tym zakresie na opinię autora dokumentacji projektowej branży sanitarnej, z której wynika, że nie można zamienić wodomierzy typu WS-6 DN32 na wodomierze typu JS-2,5 DN20 ze względu na ich inny przepływ, który jest niezgodny z przyjętymi założeniami projektowymi. Zamawiający wskazał ponadto na zawartą w rozdz. XII ust. 5 SIWZ, definicję oczywistej omyłki pisarskiej, która miała być rozumiana w szczególności jako widoczne, wbrew zamierzeniu niewłaściwe użycie wyrazu, widocznie mylną pisownię wyrazu, ewidentny błąd gramatyczny, niezamierzone opuszczenie wyrazu (ów) lub jego części. Zamawiający wskazał również, że na rynku branży sanitarnej istnieją zarówno wodomierze typu WS-6 DN32, jak i typu JS-2,5 DN20, różnią się one w szczególności parametrami (w tym przepływem) oraz ceną. Z uwagi na powyższe, w ocenie Zamawiającego brak było podstaw do poprawienia typu i rodzaju wodomierzy przyjętych w ofercie Odwołującego w trybie wynikającym z treści art. 87 ust. 2 pkt. 1 lub 3 ustawy Pzp, gdyż zachodzą okoliczności, o których jest mowa w art. 87 ust. 1 ustawy Pzp mówiące, że niedopuszczalne jest dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w treści

oferty Odwołującego. Zamawiający podkreślił, że wyjaśnienia uzyskane przez niego na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy PZP nie mogą prowadzić do zmiany treści oferty. Na tej podstawie, Zamawiający uznał, że w tym zakresie treść oferty Odwołującego nie odpowiada treści SIWZ.

Zamawiający uznał także, że w kosztorysie ofertowym Odwołującego dotyczącym obszaru D, bud. d1 - branża sanitarna - brak było wyceny pozycji przedmiarowej nr 22 d.1 zawierającej podgrzewacz przepływowy. Zamawiający po dokonaniu analizy wszystkich kosztorysów zawartych w ofercie Odwołującego dot. pozostałych budynków oraz zagospodarowania terenu, zarówno dla obszaru „D”, jak i obszaru „A” nie znalazł w ofercie Odwołującego ceny jednostkowej dla podgrzewacza przepływowego, $N_e = 3,6 \text{ kW}$, którą mógłby odnieść przez analogię do brakującej pozycji, co uniemożliwiło mu samodzielne dokonanie poprawki w trybie wynikającym z art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp. Zamawiający uznał także, że wskazana dla wyżej wymienionej pozycji przedmiarowej Specyfikacja Techniczna Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych nr ST-5.1 nie stanowiła podstawy do dokonania przez Zamawiającego stosownej poprawki w trybie wynikającym z treści art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp. Zamawiający przywołał także zapis rozdz. XI ust. 1 lit. „a” i „e” oraz ust. 9 SIWZ, zgodnie z którym pominięcie w wycenie jakichkolwiek pozycji określonych przez Zamawiającego w przedmiarze robót miało spowodować odrzucenie oferty, z zastrzeżeniem przepisu art. 87 ust. 2 pkt. 1 ustawy Pzp.

W odniesieniu do kwestii membrany zadaszania - Zamawiający wskazał, iż działając zgodnie z dyspozycją art. 87 ust. 1 ustawy Pzp wezwał wykonawcę do złożenia dodatkowych wyjaśnień w tym zakresie. Zamawiający stwierdził, że Odwołujący w wyjaśnieniach złożonych na wezwanie Zamawiającego oświadczył, iż planuje zastosować membranę typu Précontraint 362, a także złożył dodatkowo wydruk internetowy sporządzony w języku angielskim dla wskazanego materiału. Zdaniem Zamawiającego, Odwołujący tym samym nie wykazał w sposób dostateczny, że przedmiotowa membrana spełnia wszystkie wymagania Zamawiającego, w szczególności w zakresie przejrzystości, wytrzymałości na rozciąganie i rozdarcie oraz że będzie wykonana wraz z liniami napinającymi tym bardziej, że cena wskazanego elementu przedstawiona w ofercie Odwołującego znacznie odbiegała od wartości szacunkowej ustalonej przez Zamawiającego, a także od wartości tego elementu przyjętego w innych ofertach złożonych Zamawiającemu w postępowaniu. W dalszej części, Zamawiający wyjaśnił, iż zgodnie z zapisami rozdz. III ust. 4 i 5 SIWZ oraz art. 30 ust. 4 ustawy Pzp dopuścił on zastosowanie przez wykonawców rozwiązań równoważnych w stosunku do rozwiązań opisanych w SIWZ, a wykonawca, który w ofercie chciał zastosować rozwiązania równoważne opisywanym w SIWZ, obowiązany był wykazać, iż oferowane przez niego materiały i rozwiązania spełniają wymagania określone przez Zamawiającego.

Ponadto zgodnie z § 6 ust. 4 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2009 r., Nr 226, poz. nr 1817, ze zm.), dokumenty sporządzone w języku obcym powinny być złożone wraz z tłumaczeniem na język polski, gdyż Zamawiający nie wyraził zgody na składanie dokumentów w innym języku niż polski. Odwołujący natomiast przedstawił Zamawiającemu wydruk internetowy w języku angielskim nie potwierdzając tym samym, że oferowane przez niego materiały i rozwiązania spełniają wymagania Zamawiającego określone w SIWZ. Na tej podstawie, Zamawiający uznał, że w powyższym zakresie treść oferty Odwołującego nie odpowiada treści SIWZ.

W dalszej części uzasadnienia decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego, Zamawiający stwierdził że oferta Odwołującego zawiera również niezgodności z SIWZ w zakresie pozycji przedmiarowej nr 119 d.2.6.4, obszar A, bud. F - tarasy, schody zewnętrzne. Zamawiający nie wskazał jednak wprost, iż te niezgodności powodują konieczność odrzucenia oferty Odwołującego. Zamawiający dalej wyjaśnił, iż w zaistniałej sytuacji może rozważyć możliwość poprawienia wskazanej niezgodności w trybie art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp.

Podobnie Zamawiający odniósł się do wskazanych w treści uzasadnienia o odrzuceniu oferty Odwołującego niezgodności treści oferty Odwołującego SIWZ w zakresie innych pozycji przedmiarowych, np. pozycji nr 60d.2.4.3.; 27d.2 - b. sanitarna; 5d. 1.; 43.d.5 - b. elektryczna (obszar A, bud. A); nr 12d.1.2, 21d.1.1.2, 29d.2.1, 30d.2.1, 33d.2.1, 91d6, 92d6 (obszar A, bud. B); nr 21d.1, 32d.2.2, 33d.2.2, 77.d.5 , 82.d.5 - b. elektryczna (obszar A, bud. C); nr 12d1.1.2.1, 26d.1.1.2.2, 28d1.2.2, (obszar A, bud. D), nr 2d1.1,1, 3d 1.1.1, nr 21d.1.1, 22d.1.1, 58d.2, 110d.5 - b. sanitarna (obszar A, bud. E), nr 45d2, 53d.2 - b. sanitarna (obszar A, bud. F), nr 18d1.1.2 (obszar A, bud. G), nr 35d1.4, 36d1.4; 71d3.4, 83d3.5, 129d3.8.2, 141d3.8.3, 146d3.8.3 - b. sanitarna, 53d3.2, 54d3.2 b. elektryczna (zagospodarowanie terenu obszar A); nr 146d1.15.1, 44d1.2, , 45d1.2, 46d1.2, 47d1.2, 121 d2, 129d2- branża sanitarna (obszar D, bud. d1); nr 72d1.7, 101 d1.7, 149d.2.2, 150d2.3, (obszar D, bud. d7+d8 , nr 55d1.5 - błędna ilość jm (obszar D, ZT). Zamawiający jednak poza ogólnym stwierdzeniem, że ilość wskazanych nieprawidłowości może budzić uzasadnione wątpliwości co do ich nieistotności nie wskazuje wprost aby stanowiły one przyczynę dla odrzucenia oferty Odwołującego.

Mając powyższe na względzie Izba zważyła, co następuje:

Istotą sporu pomiędzy Zamawiającym a Odwołującym jest prawidłowość dokonanej przez Zamawiającego oceny oferty Odwołującego, w konsekwencji której oferta Przystępującego NDI została uznana za najkorzystniejszą.

Dokonując oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, uwzględniając stanowiska stron oraz uczestnika postępowania, Izba stwierdziła, że odwołanie należało oddalić.

Zarzut dotyczący wodomierzy:

Przechodząc do szczegółowego omówienia zarzutów, w pierwszej kolejności Izba rozpatrzyła zarzut zaniechania dokonania poprawek w treści oferty Odwołującego (w zakresie zaoferowanych wodomierzy co do pozycji przedmiarowych: nr 17 d. 1.1, nr 15 d. 1.1, nr 23 d. 1.1 oraz naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 1 oraz 3 ustawy Pzp a także w konsekwencji również naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego.

Wobec powyższego pozostawało do rozstrzygnięcia, czy w świetle informacji zawartych w kosztorysie ofertowym Odwołującego Zamawiający nie był uprawniony do poprawienia błędów w zakresie pozycji przedmiarowych: nr 17 d. 1.1 – obszar A, bud. C – branża sanitarna – Instalacja i dostawa zestawu wodomierzowego Wodomierz JS-2,5 DN 20 z zaworami: przelotowym, przelotowym z kurkiem spust oraz antyskażeniowym typ EA o śr. nom. 50 mm – 1 szt., nr 15 d. 1.1 – obszar A, bud. D – branża sanitarna – Instalacja i dostawa zestawu wodomierzowego Wodomierz JS-2,5 DN 20 z zaworami: przelotowym, przelotowym z kurkiem spust oraz antyskażeniowym typ EA o śr. nom. 50 mm – 1 szt., nr 23 d. 1.1 – obszar A, bud. E – branża sanitarna – Instalacja i dostawa zestawu wodomierzowego Wodomierz JS-2,5 DN 20 z zaworami: przelotowym, przelotowym z kurkiem spust oraz antyskażeniowym typ EA o śr. nom. 50 mm – 1 szt.

Izba oceniając czynność Zamawiającego - w postaci odrzucenia oferty Odwołującego - wzięła pod uwagę następujące okoliczności faktyczne:

Po pierwsze Izba stwierdziła, że zarzut naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 1 oraz 3 ustawy i w konsekwencji naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp nie potwierdził się w zebranych materiale dowodowym. Izba - dokonując analizy materiału dowodowego zgromadzonego w niniejszej sprawie, w tym przede wszystkim postanowień SIWZ oraz treści oferty złożonej przez Odwołującego a także treści pisma Zamawiającego z dnia 11 stycznia 2013 r.,

odpowiedzi Odwołującego z dnia 16 stycznia 2013 r., - stwierdziła, że w niniejszym stanie faktycznym Zamawiający nie był uprawniony do poprawienia ww. niedokładności/błędów w treści oferty, stąd nieuzasadniony jest wniosek Odwołującego, iż Zamawiający niezasadnie odrzucił ofertę Odwołującego.

Izba przywołuje w tym zakresie treść art. 87 ust. 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający poprawia w ofercie:

- 1) oczywiste omyłki pisarskie,
- 2) oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek,
- 3) inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty
- niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

Izba zauważa, że oczywistą omyłką pisarską jest omyłka widoczna, niezamierzona niedokładność, błąd pisarski lub inna podobna usterka w tekście. Za oczywistą omyłkę pisarską uznaje się także omyłkę, która nie jest widoczna w treści samego formularza ofertowego, jest jednak omyłką wynikającą z porównania treści pozostałych dokumentów stanowiących zawartość oferty. Oczywista omyłka pisarska polega w szczególności na niezamierzonym przekręceniu, opuszczeniu wyrazu, błędzie logicznym, pisarskim lub mającym postać innej niedokładności przypadkowej. Oczywista omyłka pisarska powinna być możliwa do poprawienia bez odwoływania się do innych dokumentów. W zakresie tego pojęcia mieszczą się zatem tylko takiego rodzaju niedokładności, które widoczne są dla każdego, bez przeprowadzania jakiegokolwiek dodatkowej dogłębnej analizy. Oznacza to, że ich poprawienie nie wywołuje zmiany merytorycznej treści oświadczenia woli wykonawcy. Poprawienie oczywistej omyłki nie może prowadzić do wytworzenia nowej treści oświadczenia woli.

Po drugie w okolicznościach niniejszej sprawy, wskazanych błędów Odwołującego nie można zaliczyć do kategorii oczywistej omyłki pisarskiej. Jak wskazano powyżej w tej grupie mieszczą się jedynie niedokładności, które widoczne są dla każdego bez przeprowadzenia jakiegokolwiek dodatkowej analizy, co oznacza że ich poprawienie nie wywołuje zmiany treści oświadczenia woli wykonawcy w sensie merytorycznym, nie można zatem zaproponować innego typu urządzenia, elementu (wodomierza JS-2,5 DN 20 zamiast wodomierza typu WS-6 DN32) i twierdzić jednocześnie, że jest omyłka pisarska. Ponadto fakt popełnienia ww. niedokładności przez Odwołującego nie można z łatwością ustalić na

podstawie kosztorysu ofertowego. Izba wzięta pod rozwagę argumentację Zamawiającego, że przyjęcie owej niedokładności, prowadziłyby do zamiany wodomierzy skrzydełkowych wielostrumieniowych typu WS-6 DN32 na wodomierze skrzydełkowe jednostrumieniowe typu JS-2,5 DN20, które to między sobą różnią się przepływem i ciśnieniem w hydrantach przeciwpożarowych.

Po trzecie ze złożonych przez Odwołującego wyjaśnień nie można zdaniem Izby wysnuć twierdzeń (gdyż nie wynika to ze złożonej przez Odwołującego oferty), iż owa nieścisłość miała wyłącznie charakter niezamierzony. Zatem, reasumując, w opinii Izby w zaistniałym stanie faktycznym zarzut naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp nie znalazł potwierdzenia w zebranych przez Izbę materiale dowodowym.

Następnie przechodząc do omówienia dalszego zarzutu (art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp) Izba stwierdza, iż Zamawiający dokonując badania i oceny ofert przed podjęciem decyzji o odrzuceniu oferty, w każdym indywidualnym przypadku, powinien zbadać czy w złożonej ofercie nie została popełniona omyłka możliwa do poprawienia na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Izba zauważa, iż przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp zobowiązuje Zamawiającego do poprawienia w ofercie omyłek, które spełniają postawione w tym przepisie warunki, t.j. polegają na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia i nie powodują istotnych zmian w treści oferty. Przywołany przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp obowiązuje Zamawiającego do poprawiania w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznych omyłek w treści oferty, jeżeli zachodzą łącznie dwie okoliczności: stwierdzona przez Zamawiającego niezgodność treści oferty ze SIWZ ma charakter omyłki i poprawienie tej omyłki nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty. Zgodnie z tym przepisem Zamawiający powinien poprawić w ofercie inne (niż oczywiste omyłki pisarskie i oczywiste omyłki rachunkowe) omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty, a dopiero w braku zgody wykonawcy na ich poprawienie, może ofertę odrzucić na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła, że w niniejszym stanie faktycznym zarzut naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie potwierdził się w zebranych materiale dowodowym. Izba - dokonując analizy materiału dowodowego zgromadzonego w niniejszej sprawie, w tym przede wszystkim postanowień SIWZ oraz treści oferty złożonej przez Odwołującego a także treści pisma Zamawiającego z dnia 11 stycznia 2013 r., odpowiedzi Odwołującego z dnia 16 stycznia 2013 r., - stwierdziła, że w niniejszym stanie faktycznym Zamawiający również nie był uprawniony do poprawienia ww. niedokładności w treści oferty na podstawie art. 87 ust. 2

pkt 3 ustawy Pzp stąd nieuzasadniony jest wniosek Odwołującego, iż Zamawiający niezasadnie odrzucił ofertę Odwołującego.

Różnica polegająca na zaoferowaniu innego typu urządzenia wskazuje na złożenie oferty o treści odmiennej niż wymagał tego Zamawiający, a oświadczenie wykonawcy złożone w trakcie postępowania w ramach składanych wyjaśnień może prowadzić do zmiany oferty. Na powyższe wskazuje, fakt że wykonawca kilkakrotnie (w kilku, nie zaś w jednej pozycji) – na co zwrócił uwagę Zamawiający – zaoferował wodomierz o innych parametrach niż jak wymagał tego Zamawiający. Powstałej rozbieżności w zaoferowanych przez Odwołującego wodomierzach nie można przypisać charakteru omyłki z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, stwierdzając, iż nie każda niezgodność może mieć charakter omyłki i zaoferowanie innych urządzeń – wodomierzy, (niż wymagał tego Zamawiający) stanowi niezgodność treści oferty z SIWZ. Dokonanie takiej zmiany w ocenie Izby wykracza poza dyspozycję art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. należy przy tym pamiętać, że dokonanie poprawy przez Zamawiającego nie może być wynikiem negocjacji dotyczących złożonej oferty. Zatem wpisanie innego urządzenia niż wymagał tego Zamawiający prowadzić może do złożenia nowej oferty.

Izba przypomina, że treść oferty to zobowiązanie wykonawcy do wykonania oznaczonego świadczenia, które zostanie zrealizowane na rzecz Zamawiającego, zatem to wykonawca powinien w sposób należyty przygotować ofertę zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, a ewentualna poprawa oferty nie może prowadzić do znaczącej jej zmiany i kształtowania jej wyłącznie przez Zamawiającego.

Izba podzieliła pogląd Zamawiającego, wyrażony w odpowiedzi na odwołanie, iż „Wyjaśnienia Odwołującego polegające na posługiwaniu się odmiennymi cenami dla wodomierzy jednostrumieniowych i wielostrumieniowych nie mogą być zaakceptowane przez Zamawiającego jako potwierdzenie intencji Odwołującego do zastosowania w ww. pozycjach przedmiarowych właściwego typu wodomierza, t.j. wodomierza wielostrumieniowego WS-6 DN32. Każdy z wykonawców ma prawo do dowolnego kształtowania cen jednostkowych zawartych w poszczególnych pozycjach przedmiarowych w sposób bardziej lub mniej uzasadniony, a Zamawiający nie jest uprawniony do ich korygowania poprzez wyczuwanie ustalenie intencji Odwołującego. Ceny wodomierzy jednostrumieniowych lub wielostrumieniowych mogą być również kształtowane odmiennie przez ich producentów”. Zatem ceny poszczególnych wodomierzy nie mając charakteru stałego, uregulowanego, nie mogą być potwierdzeniem intencji Odwołującego w złożeniu oferty z wodomierzami wielostrumieniowymi. Jak wskazał Zamawiający Odwołujący przedstawił cennik wodomierzy

produkowanych przez fabrykę wodomierzy POWOGAZ S. A., natomiast inni producenci, np. METRON S. A. czy też ELSTER posiadają inne ceny i cenniki za tego samego typu wodomierze 9...). Zamawiający jako przykład wskazał ofertę ze strony internetowej Allegro firmy, gdzie cena wodomierzy jednostrumieniowych i wielostrumieniowych jest taka sama, z tym że pochodzą one od różnych producentów.

Analogiczne stanowisko wyrażono m.in. w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (wyrok KIO z dnia 20 stycznia 2009 r., sygn. akt KIO 11/09, wyrok KIO z dnia 13 stycznia 2012 r., sygn. akt KIO 2810/11).

Biorąc pod uwagę również argumentację, że intencja wykonawcy (w zaoferowaniu wodomierza o takich parametrach jak wymagał tego Zamawiający) nie wynika ze złożonej przez Odwołującego oferty, w opinii Izby w zaistniałym stanie faktycznym zarzut naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie potwierdził się w zebranych przez Izbę materiale dowodowym.

Zarzut dotyczący membrany zadaszania:

W ocenie Izby powyższy zarzut również nie znalazł potwierdzenia. Izba oceniając powyższy zarzut wzięła pod rozwagę następujące okoliczności:

Po pierwsze wbrew temu co twierdził Odwołujący Zamawiający wezwał wykonawcę o podanie szczegółowych parametrów, funkcji technicznych, kart katodowych, które to w ocenie Izby powinny zostać Zamawiającemu złożone w języku polskim, ponadto nie powinno mieć znaczenia to, że Zamawiający w treści wezwania powołał się na dyspozycję art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Należy pamiętać, że to wykonawca wezwany przez Zamawiającego powinien ową równowagę wykazać, to na nim spoczywa obowiązek i ciężar wykazania owej równowagi; Zamawiający nie może w nieskończoność wzywać wykonawcę o wykazanie owej równowagi; biorąc pod uwagę, że treści wezwania wyraźnie wynikało, że Zamawiający prosił wykonawcę o wykazanie równowagi poprzez np. złożenie kart katalogowych;

Po drugie wbrew temu co twierdził Odwołujący Zamawiający w treści wezwania powołał się na dyspozycję art. 30 ust. 5 ustawy Pzp, co w ocenie Izby odnosiło się do wszystkich pozycji wskazanych i wyszczególnionych przez Zamawiającego;

Po trzecie wykazanie równowagi i składane wyjaśnienia nie mogą w ocenie Izby prowadzić do negocjacji i w konsekwencji do złożenia nowej oferty a na powyższe wskazuje

treść złożonych wyjaśnień Odwołującego w piśmie z dnia 16 stycznia 2013 r., który wskazał, że „planuje zastosować membranę typu Precontraint 362, która spełnia wszystkie szczegółowe parametry i funkcje techniczne oczekiwane przez Zamawiającego zgodnie z załączoną kartą katalogową”. Jednocześnie Odwołujący wskazał, że parametry oczekiwane przez Zamawiającego spełniają membrany produkcji np.: HEYTex® membrane, Alu-tent, ShadowSail, Tuplex, Eventco, Vinci, które to wykonawca alternatywnie może zastosować, zatem pośrednio wskazał, że membrany przez niego zastosowane nie spełniają wymagań Zamawiającego wskazując na możliwość zastosowania innych rozwiązań, co prowadziłyby do zmiany złożonej już w niniejszym postępowaniu oferty przez Odwołującego.

Po czwarte co do złożonych w języku angielskim kart katalogowych, należy pamiętać, że to wykonawca jako profesjonalista działający na rynku zobowiązany jest do złożenia dokumentów zgodnie z wymaganiami Zamawiającego.

Mając zatem, powyższe na względzie, Zamawiający zasadnie odrzucił złożoną przez Odwołującego ofertę wobec faktu, iż nie udowodnił on na odpowiednim etapie postępowania równoważności oferowanej membrany, zaś działania zmierzające do złożenia tłumaczenia karty katalogowej jak również innych dowodów w celu potwierdzenia równoważności należy uznać za spóźnione. Wobec faktu, że Zamawiający w sposób wyraźny w wezwaniu dnia 11 stycznia 2013 r. wskazał, że należy potwierdzić równoważność poprzez podanie funkcji technicznych, kart katalogowych, nie ma w ocenie Izby – wbrew temu co twierdził Odwołujący obowiązku powtórzenia tej czynności, odnośnie złożonych już dokumentów. Dlatego też Izba uznała, że w zaistniałym stanie faktycznym zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w związku z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie potwierdził się również w zebranych przez Izbę materiale dowodowym.

Zarzut dotyczący Działów Dodanych przez Odwołującego:

W pierwszej kolejności Izba oceniając powyższy zarzut wzięła pod rozwagę następujące okoliczności oraz argumentację:

Po pierwsze w ocenie Izby postanowienia SIWZ były obowiązujące dla wszystkich wykonawców biorących udział w niniejszym postępowaniu, jak również odpowiedzi Zamawiającego na udzielone pytania wykonawców. Jeśli Odwołujący nie zgadzał się z postanowieniami SIWZ dotyczącymi Rozdziału XI „Opis sposobu obliczania ceny” ppkt 3 „Wykonawca bez uprzedniej zgody Zamawiającego, nie może dodawać nowych pozycji. Jeżeli w przedmiarze robót nie uwzględniono pewnych robót uwidocznionych w przekazanej

wykonawcy dokumentacji projektowej, to wycenienie kosztów tych robót może nastąpić jedynie za zgodą Zamawiającego i w miejscu przez niego wskazanym”, a odpowiedzi Zamawiającego na zadane przez wykonawców pytania były niejasne (m. in. odpowiedź Zamawiającego z dnia 6 grudnia 2012 r.), to wykonawca mógł powyższe kwestionować na wcześniejszym etapie postępowania. Zdaniem Izby w świetle udzielonej przez Zamawiającego odpowiedzi na zadane w toku postępowania pytania Zamawiający w piśmie z dnia 6 grudnia 2013 r. wskazał, że uzupełnia przedmiar do wyceny o następujące pozycje przedmiarowe (...). Jeżeli Odwołujący uznawał, iż niniejsze postanowienia specyfikacji oraz jej modyfikacja naruszają przepisy ustawy oraz są niejasne to miał możliwość wniesienia odwołania w powyższym zakresie na wcześniejszym etapie postępowania. Skoro modyfikacja specyfikacji istotnych warunków zamówienia dokonana pismem z dnia 6 grudnia 2012 r.) została przekazana i udostępniona wykonawcom zainteresowanym złożeniem oferty, to należy uznać że termin zaskarżenia jej postanowień w postępowaniu upłynął w dniu 17 grudnia 2012 r. Zatem wykonawca nie kwestionując powyższych zapisów SIWZ na wcześniejszym etapie niejako zgodził się na ich kształt i argumentacja Odwołującego, że: postanowienia SIWZ są niejasne oraz Zamawiający będzie miał trudność w rozliczaniu poszczególnych pozycji (z uwagi, na różne jednostki miar) jest spóźniona.

Po drugie Izba wzięła pod rozwagę argumentację Zamawiającego (i sposób jego myślenia), że Zamawiający powyższych nieścisłości nie mógł poprawić, jak chciał tego Odwołujący na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, gdyż prowadziłoby to wykreślenia pozycji dodanych w kosztorysie, a rozwiniętych wyjaśnieniami z dnia 16 stycznia 2013 r., które to w części zawierały elementy, pozycje dodane wobec modyfikacji SIWZ z dnia 6 grudnia 2012 r. Wyjaśnienia rozwijały pozycje dodane w kosztorysie jako dodatkowe (dodając jednocześnie pozycje, których Zamawiający nie wymagał. Zatem Zamawiający nie był w stanie dokonać poprawy tak złożonej oferty.

Po trzecie Izba zauważa, że treść oferty wykonawcy jest jego jednostronnym zobowiązaniem do wykonania oznaczonego świadczenia, które ma być zrealizowane w przyszłości przez wykonawcę, zatem to wykonawca powinien w sposób należyty z dochowaniem staranności przygotować ofertę zgodnie z wymaganiami Zamawiającego. Owszem Zamawiający zobowiązany jest do dokonania poprawek w treści oferty (zgodnie art. 87 ust. 2 pkt 1-3 ustawy Pzp) jednak poprawienie wskazanych w ww. przepisie omyłek nie może prowadzić do znaczącej zmiany treści złożonej oferty i prowadzić do tego, że to Zamawiający będzie kształtował ofertę złożoną przez wykonawcę w toku postępowania. Należy pamiętać, że swoboda w poprawianiu błędów złożonej oferty nie jest nieograniczona,

na co wskazuje chociażby orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 27 września 2002 r. w sprawie T-211/02 Tidal Signal Limited vs Komisja Europejska.

Po czwarte Odwołujący z jednej strony twierdzi, że dodane elementy zostałyby uwzględnione w innych obszarach, z drugiej jednak strony nie wskazuje wprost części oferty, ich obszarów w których to pozycje dodane nadmiarowo miały się znaleźć.

Zarzut dotyczący podgrzewacza przepływowego:

Powyższy zarzut został przez Zamawiającego uznany, jednak wobec niepotwierdzenia zarzutów powyżej wskazanych oraz istnienia podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego, uznanie powyższego zarzutu nie ma wpływu na wynik postępowania.

Konkludując Izba stwierdziła, że zarzuty podniesione przez Odwołującego nie znajdują uzasadnienia w przedstawionym Izbie materiale dowodowym i biorąc pod rozwagę całokształt okoliczności niniejszej sprawy Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia przedmiotowego odwołania.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, z uwzględnieniem przepisów 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).

Przewodniczący:

.....