

Sygn. akt: KIO 824/14

WYROK

z dnia 9 maja 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Magdalena Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 9 maja 2014 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 kwietnia 2014 r. przez **wykonawcę ERBUD Spółkę Akcyjną z siedzibą w Warszawie, ul. Puławska 300a** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Skarb Państwa- Sąd Okręgowy w Lublinie, ul. Krakowskie Przedmieście 43**

przy udziale **wykonawcy Budimex Spółki Akcyjnej z siedzibą w Warszawie, ul. Stawki 40** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 824/14 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę ERBUD Spółkę Akcyjną z siedzibą w Warszawie, ul. Puławska 300a i :

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000zł. 00 gr. (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę ERBUD Spółkę Akcyjną z siedzibą w Warszawie, ul. Puławska 300a** 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. 113, 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 **Lublinie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na rozbudowę, przebudowę i remont budynku Sądu Okręgowego w Lublinie przy ul. Krakowskie Przedmieście 43/43a zostało wszczęte przez zamawiającego – Skarb Państwa – Sąd Okręgowy w Lublinie, ul. Krakowskie Przedmieście 43 ogłoszeniem w siedzibie i na stronie internetowej opublikowanym także w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 1 marca 2014r. za numerem 2014/S 043-070739.

W dniu 16 kwietnia 2014r. zamawiający faksem poinformował wykonawców o wynikach postępowania, w tym o wyborze oferty najkorzystniejszej tj. oferty wykonawcy Budimex Spółki Akcyjnej z siedzibą w Warszawie, ul. Stawki 40 oraz o odrzuceniu dwóch ofert tj.

ERBUD Spółki Akcyjnej z siedzibą w Warszawie, ul. Puławska 300 A na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (DZ. U. t.j. z 2013r. poz. 907 ze zm. – dalej ustawy) ponieważ jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz nie można jej poprawić na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. W uzasadnieniu zamawiający wskazał, że zgodnie z rozdziałem XI specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej siwz) zamawiający wymagał m.in. cyt.:

„1.1.1.Cenę należy ustalić na podstawie kalkulacji własnej, biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia. Wykonawca powinien obliczyć cenę oferty zgodnie z załączonym formularzem ofertowym (Załącznik nr I do S1WZ), z zastrzeżeniem konieczności przedstawienia ceny odrębnie dla każdego etapu realizacji zamówienia tzn. Etapu 1, Etapu II i Etapu III.

Podstawą obliczenia wartości zadania jest dokumentacja projektowa zadania, specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót, przedmiary robót (funkcja pomocnicza), odbyta wizja lokalna oraz wnioski Wykonawcy z wykonanych ewentualnie odkrywek (warunki lokalne rozpoznane we własnym zakresie przez Wykonawcę).

Wartość zadania należy określić, wypełniając tabelę wartości elementów scalonych:

- 1) Rozbudowy i przebudowy części współczesnej budynku Sądu Okręgowego w Lublinie przy ul. Krakowskie przedmieście 43/43 A (Etap 1 i Etap 11, patio);
- 2) Remontu zabytkowej części budynku Sądu Okręgowego w Lublinie przy ul. Krakowskie przedmieście 43/43 A (Etap III).

Uwagi:

- I) Wartość rozbudowy i przebudowy części współczesnej budynku Sądu Okręgowego w Lublinie przy ul. Krakowskie Przedmieście 43 (Etap I + Etap II) nie może przekroczyć 70% wartości brutto całości zamówienia;"

Zamawiający stanął na stanowisku, że miał prawo ustalić szczegółowo sposób obliczenia ceny (Piotr Karkoszka; Rodzaj wynagrodzenia, sposób obliczenia ceny oferty i sposób rozliczeń w umowach o roboty budowlane, istotność dokumentów kształtujących treść oferty. ABC 149762 Komentarz praktyczny Lex). Wskazał, że jest jednostką budżetową w rozumieniu ustawy o finansach publicznych, a ustalenie powyższej proporcji wynika z konieczności stosowania limitów wydatkowania środków publicznych zgodnie z klasyfikacją budżetową i ustalonym planem finansowym jednostki. Fakt ten, zdaniem zamawiającego, nie budził wątpliwości żadnego z uczestników postępowania, profesjonalistów w obrocie gospodarczym. Potwierdzeniem powyższego twierdzenia był brak pytań w tym zakresie oraz utrzymanie prawidłowej proporcji w dwóch ofertach. W ofercie ERBUD wartość rozbudowy i przebudowy części współczesnej budynku Sądu Okręgowego w Lublinie przy ul. Krakowskie Przedmieście 43 (Etap 1 + Etap II) wynosi 74,74 % wartości brutto całości zamówienia.

Ponadto w ofercie zamawiający stwierdził brak oświadczenia na temat wielkości średniego rocznego zatrudnienia u wykonawcy robót budowlanych w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert. Zamawiający wymagał zatrudnienia na umowę o pracę minimum 50 pracowników fizycznych na stanowiskach robotniczych. Zamawiający odstąpił od wezwania Wykonawcy do uzupełnienia brakującego dokumentu w wyznaczonym terminie na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy, ponieważ pomimo jego złożenia oferta podlega odrzuceniu.

Zamawiający odrzucił także ofertę wykonawcy Aldesa Construcciones Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Postępu 18 – lider, Aldesa Construcciones SA c/Bahia de Pollonesa 13, 28042 Madryt, Hiszpania – partner na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy ponieważ, jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz nie można jej poprawić na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy PZP, podając uzasadnienie faktyczne analogiczne jak w przypadku ERBUD oraz podniósł, że w ofercie Konsorcjum Aldesa stwierdził, że: zaświadczenie Pana A..... L..... O..... przedstawiciela DEMÓPOLIS AQUITECTURA & INCENIERIA z którego treści nie wynika że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.

Zamawiający odstąpił od wezwania Wykonawcy do uzupełnienia brakującego dokumentu w wyznaczonym terminie na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy, ponieważ pomimo jego złożenia oferta podlega odrzuceniu.

Dodatkowo zamawiający stwierdził, że zamieszczona w ofercie kopia polisy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej nr 908201065271 wystawionej przez TUiR WARTA S.A. na sumę gwarancyjną 25 234 680 PLN nie potwierdza wymagania zamawiającego aby wykonawca wykazał, że jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną minimum

30 000 000 zł. Załączony do oferty dokument nie potwierdza spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Zamawiający odstąpił od wezwania Wykonawcy do uzupełnienia prawidłowego dokumentu w wyznaczonym terminie na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy PZP, ponieważ pomimo jego złożenia oferta podlega odrzuceniu.

Także wskazał, że wskazany przez Konsorcjum Aldesa jako zdolny do wykonania zamówienia pan K..... S....., nie wykazał posiadania wymaganych uprawnień do wykonywania prac konserwatorskich i prac restauratorskich zgodnie z § 22 ust. lub i ust. 2 Rozporządzenia Ministra Kultury Dziedzictwa Narodowego z dnia z 27 lipca 2011 r. (Dz. U. z 2011, Nr 165, poz. 987) Zamawiający odstąpił od wezwania Wykonawcy do uzupełnienia prawidłowego dokumentu w wyznaczonym terminie na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy PZP, ponieważ pomimo jego złożenia oferta podlega odrzuceniu.

W dniu 25 kwietnia 2014r. pisemnie wniósł odwołanie wykonawca ERBUD Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Puławska 300A – zwany dalej odwołującym. Odwołanie zostało podpisane przez członka zarządu i prokurenta ujawnionych w KRS i uprawnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z odpisem KRS załączonym do odwołania. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu faksem i drogą elektroniczną w dniu 25 kwietnia 2014r. Odwołujący wniósł odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętych w postępowaniu oraz od zaniechania czynności, do których zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy, tj.:

- a) od czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu oraz czynności wyboru oferty Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Stawki 40, jako najkorzystniejszej,
- b) od czynności odrzucenia oferty odwołującego,
- c) z ostrożności - od zaniechania czynności żądania od odwołującego wyjaśnień treści złożonej oferty,
- d) od zaniechania czynności wezwania odwołującego do uzupełnienia oświadczenia na temat wielkości średniego rocznego zatrudnienia u wykonawcy,
- e) od zaniechania czynności dokonania wyboru oferty złożonej przez odwołującego jako najkorzystniejszej oferty.

Zarzucił zamawiającemu:

- a) naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w związku z naruszeniem art. 91 ust. 1 ustawy przez dokonanie wyboru oferty Budimex SA jako najkorzystniejszej oferty oraz przez zaniechanie dokonania wyboru oferty złożonej przez odwołującego jako najkorzystniejszej oferty,
- b) naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w związku z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez odrzucenie oferty złożonej przez odwołującego,

c) z ostrożności - naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w związku z naruszeniem art. 87 ust. 1 ustawy przez zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień treści oferty.

d) naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy przez zaniechanie czynności wezwania odwołującego do uzupełnienia oświadczenia na temat wielkości średniego rocznego zatrudnienia u wykonawcy.

Wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu, aby:

a) unieważnił czynność odrzucenia oferty odwołującego,

b) wezwał odwołującego do uzupełnienia oświadczenia na temat wielkości średniego rocznego zatrudnienia u wykonawcy,

c) dokonał ponownego badania i oceny złożonych ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej.

Z ostrożności, aby zamawiający dokonał wezwania do złożenia wyjaśnień treści oferty.

Odwołujący wskazał, że jest wykonawcą który ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia. Odwołujący jest zainteresowany udzieleniem mu przedmiotowego zamówienia.

W wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy odwołujący może ponieść szkodę. Gdyby zamawiający postąpił zgodnie z przepisami ustawy, to nie dokonałby odrzucenia oferty odwołującego, co skutkowałoby wyborem tej oferty jako najkorzystniejszej, albowiem oferta odwołującego jest ofertą z najniższą ceną spośród złożonych ofert.

Poprzez zaniechanie czynności wskazanych w odwołaniu zamawiający doprowadził zatem, zdaniem odwołującego, do sytuacji, w której odwołujący może utracić szansę na uzyskanie zamówienia oraz na osiągnięcie zysku, który odwołujący planował osiągnąć w wyniku jego realizacji (*lucrum cessans*). Powyższe stanowi wystarczającą przesłankę do skorzystania przez odwołującego ze środków ochrony prawnej przewidzianych w art. 179 ust. 1 ustawy.

Odwołujący wskazał ponadto, że naruszenie wskazanych powyżej przepisów ustawy ma istotny wpływ na wynik postępowania, a zatem biorąc pod uwagę art. 192 ust. 2 ustawy Krajowa Izba Odwoławcza winna uwzględnić niniejsze odwołanie. Efektem opisanych powyżej działań i zaniechań zamawiającego jest bowiem uniemożliwienie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej, co w istotny sposób wpływa na wynik postępowania.

I Odnośnie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w związku z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez odrzucenie oferty złożonej przez odwołującego, odwołujący stwierdził, że zamawiający na żadnym etapie postępowania nie zdefiniował i nie sprecyzował pojęcia „wartości brutto całości zamówienia” w sposób odmienny niż wynika to z przepisów ustawy tj m. in. art. 32, art. 33, art. 34, art. 35 ustawy jako wartości zamówienia ustalonej przez niego samego na potrzeby przetargu. Odwołujący stwierdził, że to pojęcie nie może być utożsamiane z wartością brutto oferty, bowiem nic takiego z postanowień siwz nie wynika. Co więcej - we wzorze umowy stanowiącym załącznik nr VIII do siwz zamawiający używa terminów „wynagrodzenie wykonawcy”, „wynagrodzenie ryczałtowe” „wynagrodzenie za

przedmiot umowy" a nie terminu „wartość zamówienia”; również w załączniku Nr I do siwz tj. wzorze formularza ofertowego stanowiącym podstawę wyliczenia wartości oferty dla poszczególnych etapów zadania zamawiający używa terminów; cena netto, cena brutto, cena ryczałtowa i koszt wykonania zamówienia, w żadnej pozycji tego dokumentu nie pojawia się natomiast termin „wartość zamówienia”.

Odwołujący kierował się literalnym brzmieniem postanowień siwz i interpretował wymaganie w ten sposób, iż wartością brutto całości zamówienia była szacunkowa wartość zamówienia powiększona o wartość podatku VAT. Odwołujący uważa, że protokołu komisji przetargowej oraz pisma zamawiającego o odrzuceniu oferty ERBUD S.A. wynika, że również sam zamawiający interpretował zapisy dot. wartości zamówienia podobnie jak odwołujący. Uzasadniając decyzję o odrzuceniu oferty ERBUD SA zamawiający wskazał bowiem, że jest on „...jednostką budżetową w rozumieniu ustawy o finansach publicznych. Ustalenie powyższej proporcji wynika z konieczności stosowania limitów wydatkowania środków publicznych zgodnie z klasyfikacją budżetową i ustalonym planem finansowym jednostki”. Ustalenia proporcji wartości zamówienia w kontekście limitów wydatków i planu finansowego jednostki wskazuje zdaniem odwołującego jednoznacznie na szacunkową wartość zamówienia ustaloną przez zamawiającego. Odwołujący podniósł, że odnosząc podaną przez niego cenę za Etap I + Etap II do tej właśnie wartości czyli kwoty, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, w wysokości 34.943.901 zł brutto, to suma wartości Etapu I oraz Etapu II wynikająca z oferty odwołującego stanowi 59,78% wartości zamówienia ustalonej przez zamawiającego, co w pełni odpowiada wymaganiu opisanemu w uwadze nr 1 umieszczonej w Rozdziale XI pkt 11.1 SIWZ. Odwołujący z ostrożności podniósł także, że użyte przez zamawiającego pojęcie „wartość brutto całości zamówienia” było niejednoznaczne i w taki sam sposób jak odwołujący zrozumiał je wykonawca Konsorcjum Aldesa, a zatem brak precyzji po stronie zamawiającego nie może następnie wywoływać ujemnych skutków dla odwołującego, w szczególności tak daleko idących jak odrzucenie jego oferty. Podniósł, że zamawiający jako gospodarz postępowania powinien stosować pojęcia jednoznaczne i nie budzące wątpliwości.

Odwołujący podniósł ponadto, że skoro zamawiający był przygotowany na to, by dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej o wartości zbliżonej lub równej jego „budżetowi”, to od samego początku liczył się z wystąpieniem sytuacji, w której 70% tej kwoty (70% z kwoty 34.943.901 zł brutto) będzie wartością odpowiadającą jego możliwościom finansowania, z uwzględnieniem ustalonych limitów wydatkowania środków. Przeciwna argumentacja byłaby, według odwołującego, zdecydowanie twierdzeniem ad absurdum. Nadto limity wydatkowania i plan finansowy były znane wcześniej zamawiającemu, zatem zamawiający formułując wymagania siwz musiał mieć wiedzę, jaką wartość procentową wpisać w Rozdziale XI pkt 11.1 siwz, aby być w zgodności z tymi limitami i planem finansowym. Odwołujący uważa, że

zamawiający konstruując wymóg odpowiedniej proporcji musiał odnosić ją właśnie do wartości zamówienia ustalonej przez siebie, a nie do wartości ofert przetargowych, które nie były zamawiającemu w ogóle znane.

Dodatkowo zgodnie z postanowieniami uwagi nr 6 rozdziału XI pkt 11.1 siwz, wykonawca, który wygra przetarg na realizację zadania, jest zobowiązany do opracowania Harmonogramu rzeczowo- finansowego, który przedstawi zamawiającemu do zatwierdzenia najpóźniej w terminie 7 dni od daty podpisania umowy. Zatem faktyczny podział zakresów i wartości prac zostanie doprecyzowany dopiero po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zostało to wskazane przez zamawiającego w uwadze nr 7, gdzie zamawiający wymaga, by harmonogram rzeczowo-finansowy był dostosowany do posiadanych przez zamawiającego limitu środków finansowych w danym roku kalendarzowym, wskazując już limit środków na rok 2014 i stwierdzając, że wysokość rocznych limitów na lata następne zostanie przekazana wykonawcy w terminie 14 dni od zatwierdzenia planu finansowego zamawiającego. Odwołujący twierdzi zatem, że dokonywanie odrzucenia jego oferty z powodów wskazanych przez zamawiającego w piśmie z dnia 16 kwietnia 2014 r. należy uznać także i z tego powodu za niezasadne. Zamawiający także zdaniem odwołującego zignorował także postanowienia wzoru umowy, stanowiącego załącznik nr VIII do siwz. W § 3 ust. 5 i 6 wzoru umowy zamawiający uregulował kwestie związane z wysokością limitów środków finansowych na poszczególne lata oraz kwestie terminu sporządzenia i przedłożenia do akceptacji przez wykonawcę harmonogramu rzeczowo-finansowego. Niezwykle istotna dla niniejszej sprawy, w ocenie odwołującego, jest okoliczność opisana w § 3 ust. 8 Wzoru umowy, w świetle której zamawiający zastrzegł sobie możliwość nawet kilkukrotnej zmiany w danym roku wysokości limitów środków finansowych na realizację przedmiotu umowy. W sytuacji zaistnienia takiej zmiany bądź kilku zmian, wykonawca każdorazowo będzie miał obowiązek aktualizowania harmonogramu rzeczowo-finansowego celem dostosowania go do możliwości finansowych zamawiającego. Także te okoliczności przemawiają za uznaniem, iż odrzucenie oferty odwołującego było działaniem naruszającym przepisy art. 7 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w związku z naruszeniem art. 87 ust. 1 ustawy przez zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień treści oferty, odwołujący przywołał wyrok KIO z dnia 23 lipca 2013 r. sygn. akt. KIO 1619/13 i stwierdził, że zamawiający w niniejszej sprawie ogóle nie podjął działania w zakresie próby wyjaśnienia treści oferty odwołującego pomimo faktu, iż pojęcie „70% wartości brutto całości zamówienia” nie zostało w ogóle zdefiniowane jako odnoszące się do wartości danej oferty przetargowej i wszyscy wykonawcy zinterpretowali je w sposób zdecydowanie odmienny niż Zamawiający. Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w związku z naruszeniem art. 91 ust. 1 ustawy przez dokonanie wyboru oferty Budimex S.A. jako najkorzystniejszej oferty

oraz przez zaniechanie dokonania wyboru oferty odwołującego, to zarzut jest konsekwencją uprzednio podniesionych zarzutów odwołania. Zdaniem odwołującego nierówne traktowanie wykonawców i brak prowadzenia postępowania z poszanowaniem zasad uczciwej konkurencji oraz przepisów w zakresie dyscypliny finansów publicznych przejawia się przede wszystkim wyciągnięciem w stosunku do odwołującego negatywnych konsekwencji w związku z wymogiem siwz, który nie został sformułowany w takim brzmieniu, jakie forsuje obecnie zamawiający. Jak wynika ze stanu faktycznego sprawy, co najmniej dwóch z czterech wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia zrozumiało wymóg zamawiającego w inny sposób niż jego interpretacja, dokonana co więcej dopiero na etapie wyboru oferty najkorzystniejszej. Opisane w niniejszym odwołaniu działania i zaniechania zamawiającego stanowią w ocenie odwołującego, o naruszeniu przez zamawiającego zasad wyrażonych w art. 7 ust. 1 i 3 ustawy.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy, to odwołujący przyznaje, że w złożonej ofercie brak jest oświadczenia odwołującego. Odwołujący uważa, że zamawiający powinien go wezwać do uzupełnienia tego dokumentu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy. Jednocześnie odwołujący oświadczył, iż spełnia na dzień upływu terminu składania ofert w niniejszym postępowaniu postawiony przez zamawiającego warunek zatrudniania w okresie ostatnich trzech lat na umowę o pracę minimum 50 pracowników fizycznych na stanowiskach robotniczych.

W dniu 25 kwietnia 2014r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania przekazując jego kopię i wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 28 kwietnia 2014r. swój udział po stronie zamawiającego zgłosił pisemnie wykonawca Budimex Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Stawki 40. Zgłoszenie zostało podpisane przez prezesa zarządu Budimex ujawnionego w KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do zgłoszenia. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu na jego biuro podawcze, a odwołującemu faksem i drogą elektroniczną w dniu 28 kwietnia 2014r. Budimex wskazał, że jako wykonawca wybrany ma interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego, gdyż uwzględnienie odwołania może narazić go na szkodę związaną z nieudzieleniem mu zamówienia. Wniósł o oddalenie odwołania w całości, gdyż oferta odwołującego zawiera niezgodność z siwz w zakresie skalkulowania ceny oferty, której nie można było poprawić, ani usunąć w trybie przewidzianym przepisami ustawy.

W dniu 2 maja 2014r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Odpowiedź została podpisana przez dyrektora Sądu Okręgowego w Lublinie, zgodnie z aktem powołania z dnia 15 kwietnia 2002r.

Zamawiający stwierdził, że na gruncie ustawy należy wyróżnić następujące pojęcia:

- 1) wartość zamówienia,
- 2) szacunkowa wartość zamówienia,
- 2) kwota jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Zamawiający podniósł, że przez „wartość całości zamówienia brutto” należy rozumieć wartość umowy zawartą na skutek udzielenia zamówienia wykonawcy. Wywiódł to w oparciu o:

- definicje legalne zawarte w ustawie tj. art. 2 pkt 1, 5 i 13, a także definicję ceny z ustawy o cenach i stwierdził, że jeżeli w danym postępowaniu jedynym kryterium wyboru jest cena - najkorzystniejszą ofertą jest oferta z najniższą ceną.

- używania ww. pojęcia w analogicznym znaczeniu w siwz względem, którego to pojęcia odwołujący nie miał wątpliwości interpretacyjnych tj. analogicznego sformułowania użytego w załączniku nr V do siwz kolumna 5, gdzie zamawiający wymagał od wykonawców wykazania wartości zamówienia wykonanego przez wykonawcę (brutto).

Zatem zdaniem zamawiającego „wartość całości zamówienia brutto”, wbrew wywodom odwołującego, nie świadczy o tym, że zamawiający miał na myśli szacunkową wartość zamówienia. Gdyby tak było używałby pojęcia ustawowego „wartość zamówienia” lub z języka prawniczego „szacunkowa wartość zamówienia” nie natomiast innego określenia.

Konkluzja: Przez „wartość całości zamówienia brutto” należy zatem rozumieć wartość umowy zawartej na skutek udzielenia zamówienia wykonawcy. W takim też znaczeniu zamawiający użył ww. sformułowane w Rozdziale XI pkt. 11.1 Uwagi, zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa.

Zamawiający podniósł, że „Wartość całości zamówienia brutto” nie jest tożsamą kategorią pojęciową z „Wartością szacunkową zamówienia”, gdyż przepisy art. 32, art. 33, art. 34, art. 35 ustawy traktują o wartości zamówienia jako o szacunkowej wartości zamówienia. Przez ww. pojęcie należy rozumieć nie cenę, jaką należy zapłacić wykonawcy, lecz przewidywane przez zamawiającego wynagrodzenie wykonawcy, a wartość szacunkowa zamówienia służy zamawiającemu do:

- 1) rozważenia dyspozycji art. 4 pkt 8) ustawy,
- 2) stosowania przepisów ustawy PZP w pełnym zakresie
- 3) sposobu publikacji ogłoszeń przewidzianych przepisami ustawy PZP,
- 4) wyboru właściwego trybu postępowania.

Zamawiający podkreślił, że zgodnie z art. 86 ust. 3 ustawy przed otwarciem ofert nie jest zobligowany do ujawnienia wartości szacunkowej zamówienia.

Wartość szacunkowa zamówienia podlega ujawnieniu w protokole ZP-PN, a zgodnie z informacją zwięzłą we wzorze Protokołu przetargu nieograniczonego (DRUK ZP-PN) pkt 2 dotyczącego przedmiotu zamówienia w ppkt 2 pt. „Wartość” widnieje informacja „(można wypełnić po otwarciu ofert)”. W ppkt 3 wypełnieniu podlega data ustalenia tej wartości i podstawa. Zatem informacje o szacunkowej wartości zamówienia zamawiający podaje po otwarciu ofert. Zamawiający wyjaśnił, że przez omyłkę podał w protokole szacunkową wartość zamówienia 34.943.901,66 zł., podczas kiedy winien podać 28.409.676,15 zł. (zgodnie z art. 32 ust. 1 ustawy). Szacunkowa wartość zamówienia jest bowiem kwotą bez podatku od towarów i usług. Zamawiający wskazał ją w dokumencie z dnia 26 lutego 2014 r. Znak IR 211-IA-2/14 pt. Wniosek do Kierownika Zamawiającego o przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zgodnie z ustawą prawo zamówień publicznych (pkt 3) wraz z załącznikami. Dopiero na podstawie szacunkowej wartości zamówienia zamawiający ustala kwotę jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Zamawiający szczegółowo wyjaśnił także jak należy rozumieć pojęcie „Kwota jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia” i kiedy tę kwotę się podaje oraz wskazał powody dla których pojęcie to nie jest tożsame z „wartością szacunkową zamówienia”.

Zamawiający w dalszej kolejności odniósł się do twierdzeń odwołującego zawartych w odwołaniu i stwierdził, że nie mógł oprzeć kryterium ceny w odniesieniu do wartości szacunkowej zamówienia z następujących względów:

- A. szacunkowa wartość zamówienia jest wartością netto,
- B. szacunkowa wartość zamówienia podlega ujawnieniu po otwarciu ofert.

Stwierdził, że gdyby rozumieć pojęcie wartość całkowita zamówienia brutto jako wartość szacunkową zamówienia to zamawiający odniósł by się zatem do wartości nieznaney wykonawcom przed otwarciem ofert, i tym samym pozbawiłby ich weryfikacji dalszych rozstrzygnięć zamawiającego. Takie kryterium byłoby w ocenie zamawiającego niezgodne z prawem z pewnością nie uszłoby uwadze wykonawców w niniejszym postępowaniu i stałoby się podstawą do złożenia odwołania na postanowienia siwz. Jedyłą daną przed otwarciem ofert była dla każdego z wykonawców cena jaką oferował.

Ponadto szacunkowa wartość zamówienia nie jest wartością jaką jednostka sektora finansów publicznych posiada w celu realizacji zamówienia. Taką wartością jest natomiast inna kwota, w ramach której zamawiający może ustalić kwotę, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Zamawiający wskazał, że wartość szacunkowa, po ubruttowieniu nie była tożsama z kwotą, a była o 66 groszy niższa od kwoty, jaką zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Zamawiający potwierdził, że wskazał w Rozdziale XI. Pkt 11.1 SIWZ, że „wartość rozbudowy i przebudowy części współczesnej budynku Sądu Okręgowego w Lublinie przy ul. Krakowskie Przedmieście 43 (Etap I + Etap II) nie może przekroczyć 70% wartości brutto całości zamówienia”. Podniósł, że wiązało się to z okolicznością, że zamawiający musiał ustalić kwotę na sfinansowanie zamówienia w ramach limitu środków inwestycyjnych jaki na realizację zamówienia był zagwarantowany w budżecie państwa w odpowiednim paragrafie. Konieczność taka nie jest kwestionowana przez odwołującego.

Zamawiający znając kwotę przeznaczoną na inwestycję oraz kwotę z kosztorysu inwestorskiego na prace remontowe wyznaczył proporcję max. 70 % (Etap I i Etap II) kwoty jaką zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia.

Punktem odniesienia dla zamawiającego była hipotetyczna oferta, która równa byłaby w wartości brutto - kwocie, jaką zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia.

Powyższy punkt odniesienia, według zamawiającego, w sposób wystarczający gwarantował mu nieprzekroczenie limitu środków inwestycyjnych. Taki punkt widzenia towarzyszył zamawiającemu przy sporządzaniu postanowień siwz i przy uzasadnieniu odrzucenia oferty wykonawcy.

Dalej zamawiający wskazał, że każdy wykonawca składając ofertę i ustalając cenę oferty brutto musiał ustalić wewnętrzny stosunek ceny brutto za Etap I i Etap II - aby wynosił on nie więcej niż 70 % do ceny ofertowej brutto.

Konsekwencją:

> dla zamawiającego - w przypadku ustalenia za Etap I i Etap II ceny oferty na np. 50 % wartości brutto oferty - byłoby, że zamawiający jako jednostka sektora finansów publicznych nie naruszałby kwoty przeznaczonej w środkach inwestycyjnych. Tymczasem kwota środków remontowych tj, na realizację Etapu III jest kwotą Nielimitowaną - oczywiście do łącznej wysokości kwoty jaką zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia (tj. kwoty 34.943.901,00 zł.)

> dla wykonawcy składającego ofertę była konieczność liczenia się jedynie z ryzykiem, iż cena oferty będzie wyższa niż wartość jaką zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, co jest istotą w zamówieniach, w których jedynym kryterium wyboru oferty jest cena.

Zamawiający uważa, że miał prawo zastosować wymóg procentowości względem ofert wykonawców i nie mógł zastosować procentowości do wartości szacunkowej zamówienia (jak sugeruje to odwołujący), gdyż taki wymóg byłby niezgodny z prawem jako uzależniony od zdarzenia - warunku niepewnego i nie podlegającego weryfikacji przez otwarciem ofert.

Wymóg jaki mógł zastosować zamawiający to procentowość w odniesieniu do kwoty jaką zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Czego jednak zamawiający uważa, że nie uczynił, bota jednak nazwa jurydyczna nie pasuje do

sformułowania „wartość brutto całości zamówienia”, jakie użył zamawiający w siwz, stąd odwołujący jej nie wywodzi.

Zamawiający uważa, że odwołujący, do zaistniałego stanu faktycznego wynikającego z faktu złożenia oferty niezgodnej z siwz usiłuje dopasować sposób obliczenia ceny.

W tym względzie, w ocenie zamawiającego, wywody odwołującego pozbawione są logiki, gdyż:

- A. wartość szacunkowa zamówienia jak wskazano ujawniana jest po otwarciu ofert,
- B. gdyby zamawiający miał intencję odwołania się, mimo wszystko, do sugerowanej przez odwołującego wartości winien wskazać w siwz, iż wartość ta po ubruttowaniu jest równa wartości, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia.

W tym jednak wypadku wartości te nie były tożsame.

- C. gdyby zamawiający, pomimo wszystko zamierzał wskazać ww. wartość winien posłużyć się opisem, lub wzorem zgodnym z wywodami odwołującego:

Zamawiający uważa, że gdyby przyjąć rozumowanie odwołującego, to w każdym wariantcie wykonawca ryzykuje, że określi cenę ofertową brutto wyższą niż wartość jaką zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a w drugim z analizowanych przez zamawiającego wariantów, że cena brutto za Etap I i Etap II będzie wyższa niż 70% wartości szacunkowej zamówienia po ubruttowaniu, której wykonawca nie zna bo nie jest mu podawana przed otwarciem ofert.

Zamawiający podkreślił, że nie opisywał tak jednak wymogów, jakie postawił wobec sposobu obliczenia ceny w siwz.

Zamawiający odnosząc się do argumentacji związanej z podstawami odrzucenia Konsorcjum Aldesa podniósł, że nawet przy przyjęciu rozumowania odwołującego, to i tak oferta tego wykonawcy jest niezgodna z treścią siwz.

Co do argumentacji odwołującego dotyczącej niespójności pojęciowej w siwz i w umowie, to zamawiający wskazał, że essentialia negotii umowy o roboty budowlane jest m.in. wynagrodzenie wykonawcy. Posługiwanie się pojęciem wynagrodzenia jest zgodne zatem z art. 647 k.c. w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy. Nie oznacza to, iż wartość całości zamówienia brutto nie jest desygnatem ww. pojęcia. Nomenklatura wynagrodzenia jest więc właściwa dla w stosunkach umownych.

Zaś jeśli chodzi o argument odwołującego dotyczący postanowień SIWZ i umowy w zakresie Harmonogramu rzeczowo-finansowego, to limit środków finansowych na realizację danej konkretnej umowy jakimi dysponuje zamawiający (tj. sprecyzowany przez zamawiającego poprzez wyznaczenie kwoty jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia) a limit środków jakie ma prawo wydatkować zamawiający w danym roku budżetowym na podstawie planu finansowego są dwiema odrębnymi kategoriami.

Limit środków finansowych na realizację umowy jakimi dysponuje zamawiający - łączy się z zaplanowaniem wydatkowania tych środków w budżecie państwa. Powyższymi środkami w chwili zawarcia umowy dysponuje zamawiający w tym sensie, że środki te są zagwarantowane przez państwo celem realizacji zamówienia. Środki te są jednak przyznawane zamawiającemu do wydatkowania w poszczególnych latach realizacji umowy i wysokość tych środków w poszczególnych latach nie jest gwarantowana zamawiającemu.

O wysokości środków, które posiada zamawiający do wydatkowania - zamawiający ma pierwotną wiedzę względem roku 2014 - te zostały zagwarantowane w budżecie państwa i przekazane do wydatkowania przez dysponenta części budżetu - Ministra Sprawiedliwości i dalej przez dysponenta wyższego stopnia - Sąd Apelacyjny w Lublinie. Te środki ujawnił zamawiający w SIWZ na rok 2014 r. W ramach tych środków mieszczą się środki inwestycyjne i remontowe. Środki inwestycyjne mogą w danym roku budżetowym ulec zwiększeniu na podstawie stosownej decyzji dysponenta części budżetu. Jednak suma środków inwestycyjnych i remontowych w poszczególnych latach inwestycji nie może jednak być wyższa niż limit środków finansowych na realizację danej umowy zagwarantowanych przez państwo, a ustalony przez zamawiającego przez określenie kwoty jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia. Ustalona wartość zamówienia brutto jest bowiem niezmienna podczas realizacji umowy, poza przypadkami wskazanymi w siwz (wzorce umowy).

Zmiany nawet kilkukrotne harmonogramu rzeczowo-finansowego mogą mieć miejsce w przypadku, gdy zamawiający posiada do wydatkowania środki, a nie wówczas, gdy otrzymał środki ponad limit przeznaczony na realizację umowy. Istotą harmonogramu rzeczowo-finansowego jest natomiast realizacja planu finansowego przez jednostkę i wydatkowanie środków zgodnie z tym planem przeznaczonych na realizację umowy.

Konkludując: posługiwanie się przez odwołującego ww. argumentem świadczy o braku wiedzy w zakresie podstawowych zasad finansowania jednostek sektora finansów publicznych i jest w niniejszym stanie faktycznym całkowicie nieadekwatne. Natomiast, według zamawiającego, przeoczenie jednoznacznego zapisu Rozdziału XI, Pkt 11.1 siwz w obliczeniu ceny oferty odwołujący próbuje odwrócić na swoją korzyść tworząc swoją teorię na temat tego co zamawiający miał na myśli.

Zamawiający odnosząc się do pozostałych zarzutów wskazał, że:

Co do zarzutu wyboru oferty Budimex S.A. i odrzucenia oferty odwołującego jako naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy, to w oparciu o wywody zawarte w pkt I i II odpowiedzi na Odwołanie, że dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty zgodnie z kryteriami określonymi w siwz i tym samym nie naruszył art. 7 ust. 1 i ust. 3 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy.

Co do zarzutu odrzucenia oferty odwołującego jako naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy to również prawidłowo odrzucił ofertę odwołującego, a tym samym nie naruszył powyższych przepisów. Nadto z uwagi na niemożność poprawienia błędu w cenie nie mógł skorzystać z trybu określonego w art. 87 ust. 2 pkt 3) PZP.

Co do zarzutu odwołującego naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 87 ust. 1 ustawy, to zamawiający wskazał, że ma prawo, a nie obowiązek żądania od wykonawcy wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty. Ugruntowana linia orzecznictwa na jaką wskazuje odwołujący dotyczy konieczności wyjaśnień w przypadku wątpliwości co do treści oferty lub stwierdzenia sprzeczności oferty.

Co do treści oferty odwołującego - zamawiający nie powziął takich wątpliwości (wyliczenie rachunkowe jednoznacznie wskazywało na okoliczność, iż Etap I i Etap II został wyceniony przez odwołującego na więcej niż 70 % wartości całości zamówienia brutto). W ofercie odwołującego brak także było sprzeczności. Tym samym zamawiający uważa, że nie naruszył art. 7 ust. i i 3 w zw. z art. 87 ust. 1.

Co do zarzutu odwołującego naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy to, wobec faktu, iż oferta odwołującego podlegała odrzuceniu zaniechał wobec niego czynności wezwania do złożenia oświadczenia na temat wielkości średnio rocznego zatrudnienia. Tym samym zamawiający nie naruszył art. 26 ust. 3.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami, protokołu postępowania o udzielenie zamówienia, złożonych ofert.

Na podstawie powyższego Izba ustaliła, że

W rozdziale VI pkt 6.2 ppkt. 7 zamawiający wymagał wykazania się przez wykonawcę, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert a w przypadku gdy okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie zatrudnieniem na umowę o pracę minimum 50 pracowników fizycznych na stanowiskach robotniczych i wykonawca miał złożyć oświadczenie na temat wielkości średniego rocznego zatrudnienia u wykonawcy robót budowlanych w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert a w przypadku gdy okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie; zaś ocena miała być przez zamawiającego dokonana na zasadzie spełnia/nie spełnia

W rozdziale XI Sposób obliczenia ceny oferty oraz procentowa wartość ostatniej części wynagrodzenia za wykonanie umowy zamawiający wskazał:

W pkt 11.1. Cenę należy ustalić na podstawie kalkulacji własnej, biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia. Wykonawca powinien obliczyć cenę oferty zgodnie z załączonym formularzem ofertowym (Załącznik nr I do SIWZ), z zastrzeżeniem konieczności przedstawienia ceny odrębnie dla każdego etapu realizacji zamówienia tzn. Etapu I, Etapu II i Etapu III.

Podstawą obliczenia wartości zadania jest dokumentacja projektowa zadania, specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót, przedmiary robót (funkcja pomocnicza), odbyta wizja lokalna oraz wnioski Wykonawcy z wykonanych ewentualnie odkrywek (warunki lokalne rozpoznane we własnym zakresie przez Wykonawcę). Wartość zadania należy określić, wypełniając tabelę wartości elementów scalonych:

- 1) Rozbudowy i przebudowy części współczesnej budynku Sądu Okręgowego w Lublinie przy ul. Krakowskie Przedmieście 43/43 A (Etap I i Etap II, patio);
- 2) Remontu zabytkowej części budynku Sądu Okręgowego w Lublinie przy ul. Krakowskie Przedmieście 43/43 A (Etap III).

Uwagi:

- 1) Wartość rozbudowy i przebudowy części współczesnej budynku Sądu Okręgowego w Lublinie przy ul. Krakowskie Przedmieście 43 (Etap I + Etap II) nie może przekroczyć 70% wartości brutto całości zamówienia;
- 2) Przedmiary robót i tabela elementów scalonych pełnią funkcję pomocniczą do obliczenia ceny oferty przez Wykonawcę;
- 3) W celu zapewnienia pełnej realizacji harmonogramu rzeczowo-finansowego w cenie oferty należy przewidzieć zaistnienie konieczności pracy dwuzmianowej pracowników;
- 4) Z uwagi na niżej przedstawiony zapis w dokumentacji projektowej dot. drewnianego stropu nad parterem w budynku zabytkowym: „ W trakcie prowadzenia prac remontowych należy rozebrać istniejące warstwy posadzkowe i dokonać ich wymiany oraz oględzin konstrukcji stropu od góry”

Zamawiający informuje, że na Etapie ofertowania nie należy wyceniać robót związanych z ewentualną wymianą lub wzmocnieniem stropu, gdyż te nie są objęte przedmiotem zamówienia. Projektanci na tym Etapie nie są w stanie podjąć decyzji o ewentualnym wzmocnieniu lub wymianie stropu;

5) Zamawiający przewiduje możliwość zmiany rozmieszczenia zabudów przewodów wentylacyjnych i klimatyzacyjnych w salach rozpraw i pomieszczeniach biurowych wraz ze zmianą przewidzianego rozwiązania oświetlenia - w ramach robót zamiennych.

6) Wykonawca, który wygra przetarg na realizację zadania jest zobowiązany do opracowania Harmonogramu rzeczowo-finansowego, który przedstawi Zamawiającemu do zatwierdzenia najpóźniej w terminie 7 dni od daty podpisania umowy oraz Kosztorysu ofertowego w wersji uproszczonej w terminie min 3 dni przed dniem podpisania umowy.

Zamawiający zamieścił wzór Kosztorysu ofertowego

7) Harmonogram rzeczowo-finansowy powinien być dostosowany do posiadanych przez Zamawiającego limitu środków finansowych w danym roku kalendarzowym.

Limit środków na 2014 rok wynosi 7 000 000zł .

Wysokość rocznych limitów na lata następne zostanie przekazana Wykonawcy w terminie 14 dni od zatwierdzenia planu finansowego Zamawiającego.

Wykonawca zobowiązuje się do sporządzenia harmonogramu rzeczowo finansowego do wysokości limitu na dany rok wg. zasad określonych szczegółowo w § 3 wzoru umowy (Załącznik Nr VIII do SIWZ)..

Dla celów porównania ofert Wykonawców zagranicznych z Wykonawcami krajowymi, Zamawiający doliczy do ceny netto Wykonawców zagranicznych kwotę należnego, obciążającego Zamawiającego z tytułu realizacji umowy podatku VAT.

11.2.Podana cena ma uwzględniać wszelkie koszty konieczne dla prawidłowego wykonania zamówienia t.j. musi obejmować wykonanie całości przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami zawartymi w SIWZ, zawierać wszelkie koszty związane z realizacją przedmiotu umowy, a w szczególności wskazane w SIWZ, wzorze Umowy stanowiącym Załącznik Nr VIII do SIWZ (tu także koszty, o których mowa w § 10 i § 11).

UWAGA: W zakresie § 10 ust. 3 wzoru umowy (Załącznik Nr VIII do SIWZ) Zamawiający wskazuje, że: szacunkowa kalkulacja stawki ubezpieczenia z dnia 31.01.2014r oparta o średnie ceny rynkowe wynosi od 0,75‰ do 0,80‰.

Cena będzie brana pod uwagę przez Komisję Przetargową w trakcie wyboru najkorzystniejszej oferty.

11.3.Rozliczenia między Zamawiającym a Wykonawcą będą prowadzone wyłącznie w złotych polskich.

11.4. Łączna wartość wynagrodzenia Wykonawcy rozliczonego fakturami częściowymi nie może przekroczyć 90% wynagrodzenia umownego brutto, określonego w § 4 ust. 1 wzoru umowy (Załącznik Nr VIII do SIWZ) , do czasu podpisania Protokołu końcowego odbioru przedmiotu umowy z zastrzeżeniem, że:.

1) łączna wartość wynagrodzenia za realizację ETAPU I – nie może przekraczać 90 % wynagrodzenia umownego brutto, określonego w § 4 ust. 1 pkt 1) wzoru umowy do czasu podpisania Protokołu odbioru Etapu I,

2) łączna wartość wynagrodzenia za realizację ETAPU II – nie może przekraczać 90 % wynagrodzenia umownego brutto, określonego w § 4 ust. 1 pkt 2) wzoru umowy do czasu podpisania Protokołu końcowego odbioru Inwestycji,

3) łączna wartość wynagrodzenia za realizację ETAPU III – nie może przekraczać 90 % wynagrodzenia umownego brutto, określonego w § 4 ust. 1 pkt 3) wzoru umowy do czasu podpisania Protokołu odbioru Etapu III,

W rozdziale XIII Wybór oferty najkorzystniejszej. Zamawiający wskazał, że oceni oferty w następujący sposób:

13.1. Oferty zostaną ocenione przez Zamawiającego w oparciu o następujące kryteria i ich znaczenie:

13.1.1 cena – 100 %

13.2 Przy dokonywaniu oceny komisja przetargowa posłuży się następującymi wzorami:

13.2.2 dla kryterium cena:

$$C = C_n / C_o * 100 \text{ pkt}$$

gdzie:

C - przyznane punkty w kryterium cena,

C_n - najniższa cena ofertowa (brutto) spośród wszystkich ofert podlegających ocenie,

C_o - cena oferty ocenianej (brutto).

W kryterium tym Wykonawca może otrzymać maksymalnie 100 pkt.

13.7. Zamawiający poprawia w ofercie:

13.7.1 oczywiste omyłki pisarskie,

13.7.2 oczywiste omyłki rachunkowe z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek,

13.7.3 inne omyłki polegające na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty - niezwłocznie zawiadamiając o tym Wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

13.8. Za oczywistą omyłkę rachunkową Zamawiający uzna w szczególności:

13.8.1 wszystkie omyłki popełnione przez Wykonawcę w działaniach arytmetycznych na liczbach z uwzględnieniem ich konsekwencji,

13.8.2 omyłki polegające na rozbieżności w cenie oferty wpisanej liczbowo i słownie – przyjmując, za poprawny ten zapis, który wynika z poprawnie wykonanych działań arytmetycznych.

13.9. W przypadku omyłek rachunkowych (tj. wadliwego wyniku działania arytmetycznego) podlegających poprawieniu, oczywistym dla Zamawiającego będzie, iż ceny jednostkowe netto zaoferowane przez Wykonawcę w złożonym Formularzu Cenowym zostały podane prawidłowo.

Zamawiający dokonując poprawienia omyłek przyjmie, że prawidłowo podano cenę jednostkową netto i poprawi pozostałe wartości liczbowe zgodnie ze sposobem obliczenia ceny oferty. W rozdziale XIV Zabezpieczenie należytego wykonania umowy zamawiający w pkt 14.5.1. wskazał, że Wykonawca, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą zobowiązany jest do wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy, zgodnie z art. 147 - 150 ustawy w wysokości: 10 % ceny całkowitej podanej w ofercie.

W załączniku nr 1 do siwz Formularzu ofertowym zamawiający nakazał podać cenę ryczałtową: Cena netto i brutto, a także ceny netto i brutto za etapy I, II i III realizacji zamówienia, a także razem a w tabeli elementów scalonych zawartej w formularzu także cenę łączną za etapy I i II.

W załączniku nr VIII wzór umowy zamawiający podał następujące definicje:

Limit środków - limit środków inwestycyjnych lub limit środków remontowych.

Limit środków inwestycyjnych - środki finansowe jakimi dysponuje Zamawiający zgodnie z planem finansowym lub w związku ze zmianami planu finansowego w poszczególnych latach realizacji umowy przeznaczonych na realizację umowy w zakresie realizacji Etapu I i Etapu II.

Limit środków remontowych - środki finansowe jakimi dysponuje Zamawiający zgodnie z planem finansowym lub w związku ze zmianami planu finansowego lub w związku z przesunięciami pomiędzy poszczególnymi paragrafami w planie finansowym w poszczególnych latach realizacji umowy przeznaczonych na realizację umowy w zakresie realizacji Etapu III.

W § 3. Harmonogram Rzeczowo-Finansowy zamawiający określił:

4. Przedmiot umowy będzie realizowany zgodnie z Harmonogramem rzeczowofinansowym, sporządzanym wg. zasad wskazanych w ust. 5 -14.

5. Wysokości limitów: środków finansowych na poszczególne lata będą określone:

1) na rok 2014 - w SIWZ

2) na następne lata realizacji umowy – w terminie 14 dni od zatwierdzenia planu finansowego Zamawiającego przez pisemne zawiadomienie Wykonawcy przez Zamawiającego o wysokości środków na dany rok,

3) w przypadku, o którym mowa w § 2 ust. 2 umowy – wraz z oświadczeniem Zamawiającego o skróceniu okresu umowy.

6. Harmonogram rzeczowo-finansowy sporządza Wykonawca i przedkłada do akceptacji Zamawiającemu (w wersji papierowej i elektronicznej) w terminie 7 dni od dnia podpisania umowy lub 14 dni od przekazania informacji, o której mowa w ust. 5 pkt 2).

Wykonawca uwzględnia w Harmonogramie limity: środków finansowych inwestycyjnych lub środków finansowych remontowych.

7. Zamawiający w terminie 5 dni od dnia przedłożenia przez Wykonawcę Harmonogramu rzeczowo-finansowego:

1) zatwierdza Harmonogram rzeczowo-finansowy – wówczas Strony podpisują Harmonogram,

2) zgłasza uwagi do Harmonogramu rzeczowo-finansowego wyznaczając Wykonawcy 5 – dniowy termin na uwzględnienie uwag.

8. W przypadku zmian wysokości limitów środków finansowych określonych zgodnie z ust. 5 w poszczególnych latach realizacji przedmiotu umowy, Zamawiający pisemnie zawiadamia Wykonawcę o zmianie wysokości ww. limitów. Zmiana, o której mowa w zd. 1 może nastąpić kilkakrotnie w danym roku realizacji przedmiotu umowy.

9. W przypadkach, o których mowa w ust. 8 Wykonawca jest zobowiązany do aktualizacji Harmonogramu rzeczowo-finansowego w terminie 7 dni od dnia zawiadomienia Wykonawcy. Aktualizacja musi uwzględniać stan zaawansowania robót oraz limity: środków finansowych inwestycyjnych lub środków finansowych remontowych.

10. Zaktualizowany Harmonogram rzeczowo-finansowy Wykonawca przedkłada do zatwierdzenia Zamawiającemu. Postanowienia ust. 7 stosuje się odpowiednio.

11. W przypadku nie uwzględnienia przez Wykonawcę uwag Zamawiającego do Harmonogramu rzeczowo-finansowego, o których mowa w ust. 7 lub ust. 10 zd. 2 Zamawiający ma prawo do odstąpienia od umowy zgodnie z postanowieniami § 29 ust. 1 pkt 3) umowy.

12. Wykonawca przedkłada na 7 dni przed rozpoczęciem danego Okresu Rozliczeniowego – Wykaz Podwykonawców i dalszych Podwykonawców realizujących roboty budowlane lub realizujących dostawy lub usługi w tym Okresie Rozliczeniowym, z zaznaczeniem zakresu robót budowlanych, dostaw i usług wykonywanych przez te podmioty. Zakres robót budowlanych realizowanych przez Podwykonawców i dalszych Podwykonawców powinien wskazywać roboty wg. robót zawartych w Harmonogramie rzeczowo-finansowym.

13. Aktualizacja Harmonogramu rzeczowo-finansowego następuje w przypadkach wskazanych w § 32 umowy. Postanowienia ust. 9-12 stosuje się odpowiednio z uwzględnieniem postanowień § 33 umowy.

14. Harmonogram rzeczowo-finansowy sporządza Wykonawca wg. Okresów rozliczeniowych podstawowych.

15. Harmonogram rzeczowo-finansowy po podpisaniu przez Strony stanowi Załącznik nr 1 do umowy. Każdy kolejny rzeczowo-finansowy lub zaktualizowany rzeczowofinansowy będzie posiadał jako Załącznik nr 1 do umowy dodatkowy numer wg. zasady:

Załącznik Nr 1/1, Załącznik Nr 1/2, Załącznik Nr 1/3 itd.

ROZDZIAŁ III. WARTOŚĆ UMOWY I PŁATNOŚCI

§ 4. Wynagrodzenie Wykonawcy

1. Wynagrodzenie Wykonawcy za wykonanie przedmiotu umowy, o którym mowa w §

1, ustala się jako wynagrodzenie ryczałtowe w wysokości:

netto złotych, brutto złotych, w tym VAT złotych, w tym za realizację:

1) ETAPU I – netto złotych brutto złotych, w tym VAT złotych

2) ETAPU II – netto złotych brutto złotych, w tym VAT złotych

3) ETAPU III - netto złotych brutto złotych, w tym VAT złotych

zgodnie z ofertą Wykonawcy wraz z Tabelą elementów scalonych stanowiące załącznik Nr 2 do umowy.

2. Wynagrodzenie za przedmiot umowy obejmuje wszystkie koszty związane z wykonaniem i odbiorem przedmiotu umowy.

3. Wykonawca oświadcza, że uwzględnił w ofercie wszelkie dane udostępnione przez Zamawiającego oraz wszelkie warunki lokalne rozpoznane we własnym zakresie, a niezbędne do prawidłowego wykonania umowy. Nieuwzględnienie przez Wykonawcę robót lub ich zakresu, które można było przewidzieć, obciąża wyłącznie Wykonawcę, który nie może - z tytułu ewentualnego wystąpienia robót dodatkowych lub ewentualnego zwiększenia ilości robót – żądać od Zamawiającego zmiany wynagrodzenia.

4. Wynagrodzenie za przedmiot umowy, jako wynagrodzenie ryczałtowe, pozostaje niezmiennie przez cały okres realizacji przedmiotu umowy, z zastrzeżeniem postanowień § 32 ust. 1 umowy, i obejmuje wszystkie koszty związane z jego wykonaniem i odbiorem, a w szczególności:

1) roboty (w tym dostawy i usługi konieczne do ich wykonania) określone w SIWZ oraz zgodne z dokumentacją projektową, przedmiarami robót (pełniącymi funkcję pomocniczą), oraz przepisami obowiązującymi w tym zakresie;

2) roboty (w tym dostawy i usługi konieczne do ich wykonania) nie wskazane w pkt 1), a konieczne do prawidłowego wykonania przedmiotu umowy z uwagi na zastosowane technologie, zaoferowane przez Wykonawcę, w tym normy i przepisy techniczne;

3) roboty (w tym dostawy i usługi konieczne do ich wykonania) nie wskazane w pkt 1) lub 2), a konieczne do prawidłowego wykonania przedmiotu umowy zgodnie ze sztuką budowlaną z uwagi na:

a) postanowienia SIWZ,

b) zawartość dokumentacji projektowej, przedmiarów robót (pełniących funkcję pomocniczą),

c) obowiązujące przepisy prawa,

d) zastosowane technologie zaoferowane przez Wykonawcę, w tym normy i przepisy techniczne;

4) koszty robót przygotowawczych (zagospodarowania placu budowy i utrzymania zaplecza budowy);

5) koszty związane z obsługą geodezyjną i inwentaryzacją powykonawczą,

6) koszty wszystkich niezbędnych pomiarów i badań;

7) koszty związane z zajęciem chodnika, pasa drogowego i innych terenów na cele budowy lub czas budowy oraz koszty tymczasowej organizacji ruchu w czasie realizacji robót, w tym utrzymania zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa dróg dojazdowych do budowy (usuwanie błota, odśnieżanie, usuwanie lodu itp.);

- 8) koszty zatrudnienia personelu kierowniczego, w tym kierownika budowy i kierowników robót;
- 9) koszty uporządkowania terenu budowy po wykonaniu robót;
- 10) koszty ubezpieczenia i zabezpieczeń majątkowych budowy;
- 11) koszty zużycia energii elektrycznej, wody i odprowadzania ścieków, centralnego ogrzewania;
- 12) koszty gwarancji i rękojmi zgodnie z postanowieniami niniejszej umowy;
- 13) należny podatek VAT;
- 14) wynagrodzenie Podwykonawców oraz dalszych Podwykonawców;
- 15) wszystkie inne, nie wymienione wyżej ogólne koszty budowy, które mogą wystąpić w związku z wykonywaniem robót budowlanych zgodnie z warunkami umowy w szczególności postanowieniami § 9 do § 11, § 13 do § 17, § 31 ust. 3, 33 ust. 3 umowy, obowiązującymi przepisami, normami oraz sztuką budowlaną.

5. Wynagrodzenie Wykonawcy, o którym mowa w ust.1, nie będzie waloryzowane w okresie realizacji umowy.

6. Roboty będą wykonywane przez Wykonawcę zgodnie z opracowanym przez niego Harmonogramem rzeczowo-finansowym, zatwierdzonym przez Zamawiającego o którym mowa w § 3 umowy.

We wniosku do Kierownika zamawiającego o przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zgodnie z ustawą wskazano, że wartość szacunkowa netto zamówienia (bez podatku VAT) wynosi 28 409 676,15zł., zaś wartość brutto zamówienia (z podatkiem VAT) 34 943 901,66zł.

W protokole postępowania ZP-PN jako wartość zamówienia w pkt 2 podano 34 943 901,66zł., zaś w pkt 8 jako kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia podano kwotę 34 943 901zł.

Według zestawienia ofert z pkt 9 złożone zostały 4 oferty:

1. ROSA-BUD SA za cenę 29 483 100zł.
2. Odwołującego za cenę 27 951 339,18zł.,
3. Przystępującego za cenę 29 333 404,09zł. i
4. Konsorcjum Aldesa za cenę 40 999 879,22zł.

Według formularzy ofertowych złożonych ofert:

1. ROSA BUD podała następujące ceny brutto:
 - a) Za Etap I 14 022 882,32zł.
 - b) Za Etap II 6 264 182,08zł.
 - c) Za Etap III 9 196 035,60zł.
 - d) Razem – 29 483 100zł.

Izba dokonała przeliczenia stosunku procentowego sumy cen za etap I i II (tj. 20 287 064,40zł.) w odniesieniu do ceny brutto za realizację przedmiotu zamówienia (tj. 29 483 100zł.) oraz tej sumy do wartości zamówienia (z podatkiem VAT) czyli 34 943 901, 66zł. i stosunki te wynoszą odpowiednio : 68,81% i 58,06%.

2. Odwołujący podał następujące ceny brutto:

- a) Za Etap I 16 906 732,53zł.
- b) Za Etap II 3 983 523,51zł.
- c) Za Etap III 7 061 083,14zł.
- d) Razem – 27 951 339,18zł.

Izba dokonała przeliczenia stosunku procentowego sumy cen za etap I i II (tj. 20 890 256,04zł.) w odniesieniu do ceny brutto za realizację przedmiotu zamówienia (tj. 27 951 339,18zł.) oraz tej sumy do wartości zamówienia (z podatkiem VAT) czyli 34 943 901, 66zł. i stosunki te wynoszą odpowiednio : 74,74% i 59,78%

3. Przystępujący podał następujące ceny brutto:

- a) Za Etap I 16 750 293,71zł.
- b) Za Etap II 3 764 160,17zł.
- c) Za Etap III 8 818 950,21zł
- d) Razem – 29 333 404,09zł.

Izba dokonała przeliczenia stosunku procentowego sumy cen za etap I i II (tj. 20 514 453,88zł.) w odniesieniu do ceny brutto za realizację przedmiotu zamówienia (tj. 29 333 404,09zł.) oraz tej sumy do wartości zamówienia (z podatkiem VAT) czyli 34 943 901, 66zł. i stosunki te wynoszą odpowiednio :69,94% i 58,71%

4. Konsorcjum Aldesa podało (uwzględniając poprawę przez zamawiającego omyłek rachunkowych w tabeli elementów scalonych w dniu 16 kwietnia 2014r. następujące ceny brutto:

- e) Za Etap I 24 017 819,46zł.
- f) Za Etap II 5 488 212,12zł.
- g) Za Etap III 11 369 254 82zł
- h) Razem – 40 875 286,38zł.

Izba dokonała przeliczenia stosunku procentowego sumy cen za etap I i II (tj. 29 506 031,58 zł.) w odniesieniu do ceny brutto za realizację przedmiotu zamówienia (tj. 40 875 286,38zł.) oraz tej sumy do wartości zamówienia (z podatkiem VAT) czyli 34 943 901, 66zł. i stosunki te wynoszą odpowiednio : 72,19% i 84,44%

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie spełnia wymogi formalne określone w art. 185 ust. 2 ustawy.

Izba nie dopatrzyła się okoliczności, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy.

Izba oceniła, że odwołujący jest wykonawcą który ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia. Odwołujący jest zainteresowany udzieleniem mu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożył ofertę z najniższą ceną i gdyby jego oferta nie została odrzucona uzyskałby zamówienie. Odwołanie zmierza do przywrócenia oferty do postępowania o udzielenie zamówienia i przywrócenia odwołującemu szansy na uzyskanie zamówienia. W przypadku zaistnienia naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy odwołujący może ponieść szkodę przez utratę zysku, który odwołujący planował osiągnąć w wyniku jego realizacji (*lucrum cessans*). Powyższe stanowi przesłankę do skorzystania przez odwołującego ze środków ochrony prawnej przewidzianych w art. 179 ust. 1 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w związku z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez odrzucenie oferty złożonej przez odwołującego, oraz zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w związku z naruszeniem art. 87 ust. 1 ustawy przez zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień treści oferty

Zarzuty nie zasługują na uwzględnienie. Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy zamawiający ma obowiązek odrzucić ofertę, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3. Treść art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy i możliwość jego zastosowania w odniesieniu do oferty odwołującego nie była przedmiotem zarzutów odwołania, zatem z mocy art. 192 ust. 7 ustawy Izba nie była władna do orzeczenia o możliwości zastosowania przez zamawiającego tego przepisu w stosunku do oferty odwołującego. Dopiero na rozprawie odwołujący podniósł argumentację zmierzającą do wykazania nieistotności postanowień pkt 11.1 ppkt 1 UWAGA siwz, jednak argumentacja ta mogłaby być brana pod uwagę przez Izbę, w sytuacji domagania się przez odwołującego poprawy treści jego oferty z uwagi na popełnienie omyłki nie powodującej istotnych zmian w treści oferty, co w przedmiotowej sprawie nie miało miejsca. Argumentacja ta zatem nie miała wpływu na rozstrzygnięcie Izby.

Odwołujący stanowczo i konsekwentnie twierdził natomiast, że jego oferta jest zgodna w swej treści z treścią siwz, a zamawiający, po upływie terminu składania ofert, nadaje użytym

przez siebie w siwz pojęciom inne znaczenie niż wynika to z literalnej treści siwz. W tym stanie rzeczy pomiędzy stronami było zatem sporne jak na gruncie siwz należało rozumieć pojęcie użyte w ppkt 1 UWAGA pkt 11.1 rozdziału XI siwz tj. „wartości brutto całości zamówienia”. Odwołujący uważał, że pojęcie to oznacza wartość szacunkową zamówienia ubruttowioną, zaś zamawiający utożsamiał je z ceną oferty brutto. Izba dokonując badania i analizy treści siwz podzieliła w tym zakresie stanowisko zamawiającego z następujących względów:

Po pierwsze Izba uznała, że pojęcia używane w rozdziale XI nie mogą być interpretowane w oderwaniu od zagadnienia, które w tym rozdziale jest zawarte. Rozdział XI zaś reguluje sposób obliczenia ceny oferty oraz procentową wartość ostatniej części wynagrodzenia za wykonanie umowy. Izba stoi na stanowisku, że użyte w tym rozdziale pojęcia takie jak cena, ceny odrębnie dla każdego etapu realizacji, wartość zadania, wartość rozbudowy i przebudowy, łączna wartość wynagrodzenia, czy wartość wynagrodzenia brutto, to pojęcia służące wykonawcom, jako wskazówki, jak mają obliczyć cenę oferty. Zawarte są tam zatem instrukcje jak wyceniać pozycje, jak traktować przedmiary przekazane przez zamawiającego, jakie roboty uwzględniać w wycenie i jak prezentować cenę, zatem wszystkie te pojęcia są jak słusznie wskazał na rozprawie przystępujący użyte w celu umożliwienia wykonawcy dokonania stosownych obliczeń ceny oferty. Tak również zatem należy ocenić sporne pojęcie „wartość brutto całości zamówienia” jako wartość obliczaną przez wykonawcę.

Po drugie zamawiający przy pojęciu „wartość brutto całości zamówienia” nie dodaje, że jest to wartość szacunkowa, mimo, że używa słowa „szacunkowa” w tym samym rozdziale w odniesieniu do kalkulacji stawki ubezpieczenia. Zakładając zatem racjonalizm zamawiającego należałoby oczekiwać, że gdyby jego wolą było, aby „wartość brutto całości zamówienia” oznaczało „szacunkową wartość brutto całości zamówienia”, to by na taką szacunkowość wyraźnie wskazał.

Dalej Izba podziela stanowisko przystępującego, że argumentacja odwołującego jest sprzeczna i nielogiczna. Bezsporne jest pomiędzy stronami, że zamawiający przed upływem terminu składania ofert nie podał do wiadomości stron ustalonej przez siebie wartości szacunkowej zamówienia. Dodatkowo ten fakt potwierdził także odwołujący oczekując dopuszczenia dowodu z kosztorysu inwestorskiego na okoliczność ustalenia, jaka szacunkowa wartość zamówienia była prawidłowa, w świetle ujawnionej przez zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie omyłki przy wypełnianiu formularza ofertowego. Gdyby bowiem wykonawcy w dacie sporządzania ofert znali wartość szacunkową zamówienia, to ustalanie, która wartość jest prawidłowa po upływie terminu składania ofert, nie miałyby znaczenia, albowiem wszyscy wykonawcy szacowaliby swoje proporcje względem ujawnionej ich przed upływem tego terminu jednej wartości. Natomiast chęć ustalenia prawidłowej wartości szacunkowej netto na obecnym etapie postępowania

wskazuje na to, że w dacie składania oferty odwołujący nie wiedział czy pułap 70% powinien deklarować od kwoty ok. 35 mln zł. jako wartości szacunkowej powiększonej o podatek VAT, czy od kwoty znacznie większej tj. ok. 35 mln (jako podana przez zamawiającego wartość szacunkowa netto w protokole ZP-PN) plus należny podatek VAT. Powoduje to, że argumentacja odwołującego nie jest logiczna.

Odnosząc się zaś do argumentacji opartej na maksymalnej wartości wadium, to przy jego wysokości wymaganej przez zamawiającego 1 mln zł. i braku informacji, o tym jaki procent ta wartość stanowi dla wartości zamówienia, to ustalenie szacunkowej wartości zamówienia było obarczone bardzo dużym ryzykiem, gdyż przyjmując wadium np. na poziomie 0,5% wartość ta wynosiłaby 200 mln zł, a przy maksymalnym 3% poziomie wadium - 33 333 333, 33 zł. Co oznacza, że brak danej w postaci procentowego udziału wadium uniemożliwił wykonawcom ustalenie wartości szacunkowej zamówienia, a tym samym odniesienie tak uzyskanej wartości do procentowego udziału sumy wartości etapu I i II.

W ocenie Izby okoliczność, że zamawiający przewidział możliwość zmiany harmonogramu finansowo-rzeczowego czy zmiany wynagrodzenia umownego nie przesądza o konieczności interpretacji pojęcia „wartości brutto całości zamówienia” jako ubruttowionej wartości szacunkowej zamówienia, gdyż na etapie składania ofert ocenie podlega cena zaoferowana przez wykonawców, a nie cena, która w rzeczywistości zostanie zapłacona przez zamawiającego w wyniku realizacji przedmiotowego zamówienia. Dla wszystkich uczestników obrotu gospodarczego faktem powszechnie znanym jest to, że w toku realizacji przedmiotu zamówienia może zaistnieć szereg okoliczności jak np. odstąpienie od wykonania części robót, częściowa niemożność świadczenia, zmiana stawki podatku VAT, wystąpienie robót zamiennych, które spowodują, że cena oferty wskazana w formularzu ofertowym nie będzie równa kwocie, którą rzeczywiście zamawiający wydatkuje w toku realizacji inwestycji. Z tego względu nie sposób uznać, że cena oferty w dacie ustalania proporcji elementów tej ceny nie mogła być punktem odniesienia. Zachowanie bowiem procentowej stosunku poszczególnych elementów składowych ceny brutto oferty było bowiem wymaganiem zamawiającego zawartym w rozdziale XI Sposób obliczenia ceny, a nie wymaganiem wynikającym z wzoru umowy w zakresie maksymalnego wynagrodzenia wypłacanego wykonawcy za Etap I i II.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba uznała, że na wiarę zasługuje stanowisko zamawiającego, gdyż w ocenie Izby wykonawcy znając wysokość oczekiwanego przez siebie wynagrodzenia mogli bez przeszkód ustalić wymaganą przez zamawiającego proporcję pomiędzy sumą wartości rozbudowy i przebudowy w ramach etapu I i II, a „wartością brutto całości zamówienia” rozumianą jako cena oferty brutto.

Natomiast za niewiarygodne należy uznać stanowisko odwołującego, że wykonawcy mogli bez przeszkód ustalić taką proporcję odnosząc się do ubruttowionej wartości szacunkowej

zamówienia, skoro na etapie przed upływem terminu składania ofert zamawiający nie podał ani wartości szacunkowej zamówienia, ani kwoty którą ma zamiar przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, zaś wywodzenie wysokości wartości zamówienia z wysokości wadium obarczone było bardzo dużym ryzykiem błędu.

Odnosząc się dodatkowo do argumentacji odwołującego, że Konsorcjum Aldesa także nie zrozumiało polecenia zamawiającego jako ceny oferty brutto, to Izba zauważa, że nie rozumiało jej także tak jak wywodził to odwołujący. Proporcje cenowe w ofercie Konsorcjum Aldesa nie przemawiają za przyjęciem, któregośkolwiek ze stanowisk, a okoliczności jakie były brane pod uwagę przy kształtowaniu proporcji przez Konsorcjum Aldesa nie są znane, stąd nie sposób wykluczyć również okoliczności, że Konsorcjum to do wymogu zamawiającego po prostu się nie zastosowało. Okoliczność tak jednak nie ma jednak istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia, skoro w sposób logiczny nie można podzielić stanowiska odwołującego, zaś rozumowanie zamawiającego taką wadą obarczone nie jest.

Odwołujący nie wykazał ani w odwołaniu, ani na rozprawie na czym miałyby polegać czynności zamawiającego wyjaśniania treści oferty odwołującego. W odwołaniu wskazywał na odmienne rozumienie siwz przez wykonawców i zamawiającego, ale ta okoliczność nie może być przedmiotem wyjaśnień po upływie terminu do składania ofert. Izba zaś podziela stanowisko zamawiającego, że dane zawarte w ofercie odwołującego co do cen brutto za poszczególne etapy oraz cena brutto za całość oferty były jednoznaczne i nie budziły wątpliwości, zaś ustalenie, że odwołujący proporcje odnosił do innej wartości niż oczekiwał zamawiający nie powodowałoby w ocenie Izby zmiany sytuacji prawnej odwołującego.

Izba zauważa, że wymaganie dotyczące zachowania stosownych proporcji wartości elementów zamówienia było wymaganiem związanym ze sposobem obliczenia ceny, a nie jedynie formą prezentacji w formularzu ofertowym i było znane wykonawcom od daty opublikowania siwz, zatem na obecnym etapie niemożliwie jest ustalenie, że wymóg taki nie obowiązywał wykonawców, co więcej sam odwołujący nie uważa takiego stanowiska za zasadne, skoro konsekwentnie i jednoznacznie twierdzi, że wymóg proporcjonalności zachował, tylko w odniesieniu do innej wartości niż wymagał tego zamawiający.

W tym stanie rzeczy Izba nie dopatrzyła się w działaniu zamawiającego naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy przez jego niezastosowanie i zaniechanie wezwania odwołującego do wyjaśnienia treści oferty, art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez jego zastosowanie wobec oferty odwołującego, ani art. 7 ust. 1 i 3 ustawy przez nierówne potraktowanie odwołującego i nieprawidłowy wybór oferty.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w związku z naruszeniem art. 91 ust. 1 ustawy przez dokonanie wyboru oferty Budimex SA jako najkorzystniejszej

oferty oraz przez zaniechanie dokonania wyboru oferty złożonej przez odwołującego jako najkorzystniejszej oferty.

Wobec niepotwierdzenia się zarzutów naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 87 ust. 1 i art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Izba stwierdziła, że oferta odwołującego została prawidłowo odrzucona, a w konsekwencji ofertą najkorzystniejszą w przyjętych kryteriach oceny ofert była oferta przystępującego, która prawidłowo została przez zamawiającego wybrana. Izba nie dopatryła się w działaniu zamawiającego naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 91 ust. 1 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 26 ust. 3 ustawy przez zaniechanie czynności wezwania odwołującego do uzupełnienia oświadczenia na temat wielkości średniego rocznego zatrudnienia u wykonawcy.

Wobec niepotwierdzenia się zarzutów naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 87 ust. 1 i art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Izba stwierdziła, że oferta odwołującego została prawidłowo odrzucona, a w konsekwencji zamawiający prawidłowo zastosował art. 26 ust. 3 ustawy nie dokonując wezwania odwołującego do uzupełnienia oświadczenia na temat wielkości średniego rocznego zatrudnienia u wykonawcy. Art. 26 ust. 3 ustawy zwalnia bowiem zamawiającego z obowiązku wzywania do uzupełnienia dokumentów, oświadczeń lub pełnomocnictw w stosunku do tego wykonawcy, którego oferta podlegałaby odrzuceniu z innych przyczyn, co miało miejsce w niniejszej sprawie. Z tego względu Izba nie dopatryła się w działaniu zamawiającego naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 192 ust.1, 2 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku spraw oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 i 2 lit. a i b i § 5 ust. 3 pkt 1 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) obciążając odwołującego kosztami postępowania w postaci uiszczanego wpisu od odwołania. Natomiast Izba nie nakazała odwołującemu zwrócenia zamawiającemu poniesionych przez niego kosztów wynagrodzenia z uwagi na treść § 3 pkt 2, zgodnie z którym do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego w wysokości określonej na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy. Zamawiający takich rachunków do daty zamknięcia rozprawy

nie przedłożył, stąd niemożliwe było ustalenie wysokości poniesionych przez niego kosztów, zgodnie z cytowanym rozporządzeniem.

Przewodniczący: