

Sygn. akt: KIO/UZP 280/08

WYROK
z dnia 14 kwietnia 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Stręciwiłk
Członkowie: Lubomira Matczuk - Mazuś
Ewa Marcjoniak
Protokolant: Dorota Witak

po rozpoznaniu na ~~posiedzeniu/rozprawie~~* w dniu/~~w dniach~~* 14 kwietnia 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Alcatel – Lucent Polska S.A. (pełnomocnik wykonawców) oraz Thales Transportation Systems S.A. z siedzibą dla pełnomocnika wykonawców: ul. Rzymowskiego 53, Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego, **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Żelazna 59, Warszawa** protestu/~~protestów~~* z dnia 12 marca 2008 r.

przy udziale **Konsorcjum firm: EGIS Projects S.A. (Pełnomocnik Konsorcjum) i Strabag Sp. z o.o. z siedzibą dla Pełnomocnika Konsorcjum 11, av. Du Centre, Saint Quentin en Yvelines, 78286 Guyancourt Cedex we Francji (adres do korespondencji: Egis Projects Polska Sp. z o.o. ul. Foksal 18, Warszawa)**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego*.

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje dokonanie ponownej czynności oceny ofert**
- 2. kosztami postępowania obciąża Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Żelazna 59, Warszawa i nakazuje:**
 - 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy)

z kwoty wpisu uiszczanego przez **Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Alcatel – Lucent Polska S.A. (pełnomocnik wykonawców) oraz Thales Transportation Systems S.A. z siedzibą dla pełnomocnika wykonawców: ul. Rzymowskiego 53, Warszawa;**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **7 664 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy sześćset sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Żelazna 59, Warszawa** na rzecz **Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Alcatel – Lucent Polska S.A. (pełnomocnik wykonawców) oraz Thales Transportation Systems S.A. z siedzibą dla pełnomocnika wykonawców: ul. Rzymowskiego 53, Warszawa**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3) dokonać wpłaty kwoty **XXX zł XXX gr** (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;
- 4) dokonać zwrotu kwoty **35 936 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści pięć tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Alcatel – Lucent Polska S.A. (pełnomocnik wykonawców) oraz Thales Transportation Systems S.A. z siedzibą dla pełnomocnika wykonawców: ul. Rzymowskiego 53, Warszawa.**

U z a s a d n i e

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Zaprojektowanie i wykonanie dostosowania autostrady A4 Wrocław – Katowice (153+227 — km 340 + 200), na odcinku Wrocław - Sośnica do standardów autostrady płatnej i do poboru opłat”, którego dotyczy odwołanie, wniesione przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Alcatel – Lucent Polska S.A. (pełnomocnik wykonawców) oraz Thales Transportation Systems S.A. z siedzibą dla pełnomocnika wykonawców w Warszawie, zwanych dalej „Odwołującym”, zostało wszczęte w trybie dialogu konkurencyjnego, poprzez publikację ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 13 marca 2007 r. (nr publikacji: 2007/S 50-061715).

Postępowanie jest prowadzone na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. z 2007 r. Dz. U. Nr 223, poz. 1655), zwanej dalej

„ustawą”, w brzmieniu obowiązującym w dniu wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Zamawiający w piśmie z dnia 5 marca 2008 r. (doręczenie Odwołującemu drogą faksową i mailową 6 marca 2008 r.) poinformował wykonawców o wyniku postępowania i wyborze najkorzystniejszej oferty, złożonej przez Konsorcjum firm: EGIS Projects S.A. i Strabag Sp. z o.o. z siedzibą w Guyancourt Cedex we Francji, zwanym dalej „Konsorcjum EGIS”.

Na tę czynność Zamawiającego Odwołujący w piśmie z dnia 12 marca 2008 r., doręczonym Zamawiającemu w dniu 13 marca 2008 r., złożył protest. W proteście tym, zostały podniesione zarzuty naruszenia przez Zamawiającego następujących przepisów:

- 1) art. 7 ust. 1 ustawy oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy w zakresie zaniechania odrzucenia przez Zamawiającego oferty uznanej przez niego za najkorzystniejszą z powodu niezgodności z treścią SIWZ w zakresie:
 - a) zaoferowania niezgodnego z wymogami SIWZ Okresu Wsparcia i Utrzymania (zgodnie z SIWZ okres nie dłuższy niż 36 miesięcy, natomiast wykonawca zaoferował okres 38 miesięcy);
 - b) niezgodności co do sposobu obliczenia ceny oferty - niezgodne z wymogami SIWZ wypełnienie wszystkich pozycji Wykazu Składników Płatności (w poz. 42, 44, 46, 49, 51 wpisano 0 zł, w poz. 63 wpisano „incc in 60”, a poz. 65 - w ogóle nie została wypełniona);
 - c) wprowadzenia zmiany w stosunku do SIWZ - liczby elementów rocznie w poz. 1.11, 1.12, 1.14, 3.1, 3.2, 3.3, 3.4 Wykazu Składników Płatności (str. 0022 i 0023 oferty);
- 2) art. 7 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy w związku z art. 87 ust. 1 ustawy w zakresie niedopuszczalnej zmiany treści oferty na skutek żądania przez Zamawiającego wyjaśnień treści oferty w zakresie:
 - ukazania lokalizacji już ogrodzonej parkingu;
 - zmiany powierzchni garażowej w OUA Przylesie z ok. 1000 m2 (w ofercie) na powierzchnię ok. 1480 m2 (jak wymagała SIWZ);
 - wskazania nowego sposobu wyceny poszczególnych pozycji Formularza 2.2, aby zatuszować błędy w poz. 42, 44, 46, 49, 51, dla których podano cenę 0,0 zł, w poz. 63, gdzie podano „incl in 60” oraz pozycji 65, która pozostała nie wypełniona;
 - uzupełnienia treść oferty o brakujące opisy koncepcji oświetlenia OUA i rysunki;

- uzupełnienia treści formularza 2.4 o brakujący opis proponowanych do zastosowania materiałów, a szczególności rodzaju tynku elewacyjnego jaki przewiduje Konsorcjum EGIS w obiektach kubaturowych oraz wskazuje rodzaj podsadzki w budynku warsztatowo – garażowym i w garażu policji,
- 3) art. 7 ust. 1 ustawy poprzez nierówne traktowanie wykonawców - Odwołującego oraz wykonawcę, którego ofertę uznano za najkorzystniejszą – przy dokonywaniu oceny ofert w kryterium „Ocena Techniczna Oferty.

Podnosząc wskazane zarzuty Odwołujący w swoim proteście wniósł o:

- unieważnienie czynności wyboru oferty Konsorcjum EGIS jako najkorzystniejszej,
- powtórzenie czynności badania i oceny ofert,
- dokonanie czynności odrzucenia oferty Konsorcjum EGIS,
- powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z pominięciem oferty Konsorcjum EGIS.

Do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu na skutek wezwania Zamawiającego, zawartego w piśmie z dnia 14 marca 2008 r., swoje przystąpienie w piśmie z dnia 17 marca 2008 r., zgłosiło Konsorcjum EGIS, odpierając argumenty podnoszone w proteście Odwołującego.

Odnosząc się do złożonego protestu Zamawiający w piśmie z dnia 13 marca 2008 r. (doręczonym Odwołującemu w tej samej dacie) protest oddalił. W uzasadnieniu oddalenia protestu Zamawiający podniósł, iż:

- 1) zaoferowanie przez Konsorcjum EGIS dłuższego o 2 miesiące niż wymaganego w SIWZ, Okresu Wsparcia i Utrzymania Systemu nie może skutkować odrzuceniem oferty z tego względu, że wykonawca ten faktycznie zaoferował większy zakres usług i powyższe jest zgodne z postanowieniami SIWZ w zakresie okresu realizacji umowy;
- 2) cena określona przez Zamawiającego w SIWZ w niniejszym postępowaniu była ceną ryczałtową (pkt 9.1 Instrukcji dla wykonawców). Uwzględniając tę okoliczność istotne jest prawidłowe podanie ceny ryczałtowej bez względu na sposób jej obliczenia;
- 3) oferta Konsorcjum EGIS spełniała wymagania SIWZ poprzez złożenie przez tego wykonawcę oświadczenia na formularzu ofertowym o wykonaniu przedmiotu zamówienia w zakresie określonym SIWZ (pkt 1 formularza ofertowego) oraz wypełnienie Matrycy Zgodności (formularz 2.7). Uwzględniając powyższe, mimo to Zamawiający, dla upewnienia się co do

złożonych oświadczeń, zażądał wyjaśnień treści oferty w trybie art. 87 ust. 1 ustawy, choć – jego zdaniem – nie było to bezwzględnie wymagane. Wyjaśnienia udzielone przez Konsorcjum EGIS – zdaniem Zamawiającego – nie zmieniły treści oferty tego Konsorcjum.

Od tego rozstrzygnięcia protestu Odwołujący w piśmie z dnia 26 marca 2008 r., (wpływ bezpośredni do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w tej samej dacie) wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu. Kopia odwołania w tej samej dacie została przekazana Zamawiającemu.

W treści odwołania Odwołujący podtrzymał wszystkie zarzuty i argumentację zawartą w proteście, oprócz zarzutu nierównego traktowania wykonawców Konsorcjum EGIS oraz Odwołującego przy dokonywaniu oceny ofert w kryterium „Ocena Techniczna Oferty”.

Odwołujący podnosząc przywołane zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania i dokonanie wskazanych w proteście czynności.

W trakcie rozprawy Odwołujący ograniczył treść zarzutów podniesionych w odwołaniu, rezygnując z podnoszenia zarzutu określonego w pkt 1 lit. d uzasadnienia odwołania, tj. zarzutu wprowadzenia zmiany w stosunku do postanowień SIWZ liczby elementów rocznie w niektórych pozycjach Wykazu Składników Płatności.

Do postępowania odwoławczego w piśmie z dnia 11 kwietnia 2008 r. (w tej samej dacie wpływ bezpośredni do Urzędu Zamówień Publicznych) swoje przystąpienie przed otwarciem posiedzenia Izby zgłosiło Konsorcjum EGIS.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia SIWZ, treść oferty Konsorcjum EGIS, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska uczestników postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby w pierwszym rzędzie ustalił, że wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy uprawniający go do złożenia protestu i odwołania. Wykonawca ten jako wykonawca składający ofertę w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, ocenioną przez

Zamawiającego na drugiej pozycji w rankingu ofert, przyjmując, iż zarzuty podniesione przez niego są zasadne, miałyby szansę na uzyskanie tego konkretnego zamówienia.

Uwzględniając moment wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy złożone odwołanie oraz treść przepisu art. 6 ust. 1 ustawy z dnia 13 kwietnia 2007 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 82, poz. 560), skład orzekający Izby dokonał również ustalenia, iż do niniejszego postępowania zastosowanie mają przepisy ustawy w brzmieniu obowiązującym w momencie wszczęcia tego postępowania (13 marca 2007 r.), tj. przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. z 2006 r. Dz. U. Nr 164, poz. 1163, ze zm. Dz. U. Nr 170, poz. 1217 oraz Dz. U. Nr 227, poz. 1658).

Odnosząc się do podniesionych w odwołaniu zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie z uwagi na potwierdzenie się jednego z podniesionych w odwołaniu zarzutów.

Po pierwsze, odnosząc się do zarzutu niezgodności treści oferty Konsorcjum EGIS z treścią SIWZ w zakresie zaoferowania Okresu Wsparcia i Utrzymania, skład orzekający uznał, że zarzut ten zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający w postanowieniach SIWZ - Instrukcja dla wykonawców wraz z formularzami Tom I - w zakresie określenia terminu realizacji przedmiotu zamówienia (rozdz. 1 pkt 6 Instrukcji) wymagał:

„Zamawiający wymaga, aby przedmiot zamówienia został zrealizowany w terminie 5 lat od daty rozpoczęcia, w tym:

- *Czas na Ukończenie robót – zgodnie z ofertą Wykonawcy, nie dłużej jednak, niż 30 miesięcy;*
- *Okres Wsparcia i Utrzymania – zgodnie z załącznikiem do Oferty, nie dłużej jednak niż 36 miesięcy.”*

Jednocześnie też Zamawiający określił wzór formularza 2.1, na którym to wykonawcy mieli obowiązek określić Czas na Ukończenie Robót (warunek 1.1.3.3), natomiast Okres Wsparcia i Utrzymania, Zamawiający określił postanowieniem jako: *„60 miesięcy minus Czas na Ukończenie zgodnie z Ofertą Wykonawcy”* (warunek 1.1.3.11).

Okres Wsparcia i Utrzymania został więc określony przez Zamawiającego dwoma postanowieniami SIWZ jako:

- 1) okres nie dłuższy niż 36 miesięcy oraz

- 2) okres stanowiący różnicę pomiędzy 60 miesiącami, a Czasem na Ukończenie Robót zaproponowanym przez Wykonawcę w ofercie (formularz 2.1).

W ofercie Konsorcjum EGIS (str. 0009 oferty) na wymaganym formularzu 2.1 w zakresie Czasu na Ukończenie Robót (warunek 1.1.3.3.) wykonawca zaproponował okres 22 miesięcy od daty rozpoczęcia robót, natomiast w pozycji Okres Wsparcia i Utrzymania wykonawca pozostawił zapis wynikający z formularza Zamawiającego (60 miesięcy minus Czas na Ukończenie zgodnie z Ofertą Wykonawcy). Powyższe ustalenia – zgodnie również z postanowieniami SIWZ - wskazują, że Konsorcjum EGIS zaoferowało 38 miesięczny Okres Wsparcia i Utrzymania. Okoliczność ta nie była również kwestionowana na rozprawie przez Zamawiającego, jak i Przystępującego do postępowania Konsorcjum EGIS.

Uwzględniając powyższe zaproponowany przez Konsorcjum EGIS okres Wsparcia i Utrzymania nie jest zgodny z przywołanym wymogiem SIWZ (rozdz. 1 pkt 6 Instrukcji dla wykonawców), co do konieczności zaoferowania tego Okresu nie dłuższego niż 36 miesięcy. Tym samym Konsorcjum to złożyło ofertę niezgodną wprost z wymogiem SIWZ, co do treści oferty, a więc oferta ta powinna zostać przez Zamawiającego odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Zgodnie z warunkami Kontraktowymi (Tom II Warunki Kontraktu i Formularz Umowy klauzula 1.1.3.11) Okres Wsparcia i Utrzymania oznacza okres świadczenia przez Wykonawcę zobowiązań wynikających z Załącznika J do programu Funkcjonalno – Użytkowego. Wykonawca będzie wykonywał te zobowiązania przez okres określony w Załączniku do Oferty”. Złącznik do Oferty (formularz 2.1.) co do określania Okresu Wsparcia i Utrzymania będzie zatem dla Zamawiającego wiążący w zakresie realizacji umowy.

Zawarcie umowy z wykonawcą na takich warunkach prowadziłyby do konieczności bądź niedopuszczalnej w świetle przepisów ustawy zmiany treści umowy, bądź też do realizacji zamówienia w sposób odmienny niż wskazany w treści oferty Konsorcjum EGIS, co również prowadziłyby do naruszenia przepisów ustawy.

Wskazanie zatem w innym miejscu oferty (str. 216 – Matryca Zgodności pkt 6 oraz Harmonogram Realizacji Projektu str. 207) Okresu Wsparcia i Utrzymania jako 36 miesięcy, nie ma w tym zakresie znaczenia, skoro dla umowy wiążące będzie postanowienie zawarte w formularzu ofertowym 2.1.

Bez wątplenia, w ocenie składu orzekającego Izby, wymóg co do określenia Okresu Wsparcia i Utrzymania, jako element przedmiotu zamówienia stanowiący również istotny warunek kontraktu jest wymogiem merytorycznym, co do sposobu realizacji zamówienia, a więc wymogiem co do treści, a nie formy oferty.

Jednocześnie również należy wskazać, że Zamawiający – jak zresztą przyznał na rozprawie – w zakresie maksymalnego Okresu Wsparcia i Utrzymania (okres nie dłuższy niż 36 miesięcy) popełnił w SIWZ błąd, ponieważ postanowienie to w efekcie okazało się dla niego niekorzystne (okoliczność przyznana przez Zamawiającego – protokół rozprawy). Powyższy błąd Zamawiającego miał jednak istotne znaczenie dla sytuacji wykonawców składających oferty w postępowaniu oraz na wybór oferty najkorzystniejszej.

Okres Wsparcia i Utrzymania Systemu był bowiem ściśle związany z Czasem na Ukończenie Robót – stanowił różnicę pomiędzy 60 miesiącami (maksymalny czas na wykonanie zamówienia), a Czasem na Ukończenie Robót oferowanym przez wykonawców., który to okres podlegał ocenie w ramach kryteriów oceny ofert ustalonych przez Zamawiającego (termin zakończenia – 20% całkowitej oceny oferty). Nie można wykluczyć, że pozostałych dwóch wykonawców składających oferty w niniejszym postępowaniu, sklasyfikowanych na drugiej i trzeciej pozycji w rankingu oceny ofert, złożyłoby bardziej korzystne dla Zamawiającego oferty pod względem terminu realizacji robót (poniżej 24 miesięcy), wydłużając tym samym Okres Wsparcia i Utrzymania i uzyskując w tym zakresie większą liczbę punktów.

Proponowany przez wykonawców Okres Wsparcia i Utrzymania miał również wprost przełożenie na przyznawaną ilość punktów w zakresie kryterium „Wartość techniczna proponowanych rozwiązań” (30% całkowitej ceny oferty). W ramach tego kryterium długość Okresu Wsparcia i Utrzymania przekładała się na koszt wsparcia i utrzymania podlegający ocenie w zakresie wskazanego kryterium oceny ofert.

Skład orzekający Izby uznał, że we wskazanym zakresie jednoznaczne były zapisy SIWZ wprowadzone przez Zamawiającego, że faktycznie Okres Wsparcia i Utrzymania nie może być dłuższy niż 36 miesięcy, a tym samym czas Ukończenia Robót faktycznie nie mógłby być krótszy niż 24 miesiące. Okres 24 miesięcy – jako okres minimalny realizacji zamówienia (realny czas na wykonanie zamówienia) – brany był pod uwagę przez Zamawiającego w związku z propozycjami pojawiającymi się ze strony wykonawców w toku prowadzonego z nimi dialogu. Stąd też wydaje się być zasadną decyzją Zamawiającego odzwierciedlona w SIWZ, że minimalny termin realizacji robót to okres 24 miesięcy, a tym samym biorąc pod uwagę sposób obliczenia Okresu Wsparcia i Utrzymania, logicznym wydaje się zapis SIWZ o maksymalnym tym okresie do 36 miesięcy, przy generalnym terminie 60 miesięcy na wykonanie przedmiotu zamówienia (łącznie czas na ukończenie robót oraz Okres Wsparcia i Utrzymania).

Pokreślić należy, że z punktu widzenia Zamawiającego faktycznie korzystnym byłoby przyjęcie dłuższego okresu Wsparcia i Utrzymania zaproponowanego przez Konsorcjum EGIS, jednakże poprzez określenie w postanowieniach SIWZ konkretnych wymogów

granicznych w tym zakresie, to sam Zamawiający uniemożliwił sobie wzięcie pod uwagę oferty z dłuższym Okresem Wsparcia i Utrzymania. W oparciu bowiem o te sztywne warunki, co do terminów realizacji przedmiotu zamówienia, wykonawcy na równych zasadach i działając w dobrej wierze, złożyli swoje oferty w postępowaniu. Odmienna ocena zapisów w SIWZ na etapie oceny ofert przez Zamawiającego doprowadziła do preferencyjnego traktowania jednego z wykonawców – Konsorcjum EGIS – a tym samym gorsze traktowanie dwóch pozostałych wykonawców, składających swoje oferty zgodnie z wymogami SIWZ.

Zamawiającemu, organizującemu i prowadzącemu niniejsze postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, jak też prowadzącemu szereg innych wartościowo i przedmiotowo skomplikowanych postępowań, nie można odmówić braku doświadczenia, dlatego też powinien był on wziąć pod uwagę również tę okoliczność i liczyć się z takimi konsekwencjami swoich postanowień SIWZ.

Skład orzekający Izby nie uwzględnił argumentacji Zamawiającego popartej przez Przystępujące Konsorcjum EGIS o konieczności wzięcia pod uwagę zasad współżycia społecznego przy ocenie niniejszego stanu faktycznego. Zasady współżycia społecznego, o których stanowi przepis art. 5 Kodeksu cywilnego, nie mogą prowadzić do pominięcia niekorzystnego dla Zamawiającego zapisu SIWZ, do którego dostosowali się niektórzy z wykonawców. Powyższe prowadziłyby bowiem – jak już wskazano powyżej - do nadużycia prawa i do naruszenia podstawowej zasady udzielenia zamówień publicznych, tj. równego traktowania wykonawców w postępowaniu.

Uwzględniając powyższe, skład orzekający Izby ustalił, że w niniejszym postępowaniu doszło przede wszystkim do nierównego traktowania wykonawców ubiegających się o zamówienie publiczne, tj. do naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy, jak również w drugiej kolejności do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, tj. zaniechania odrzucenia oferty, której treść jest sprzeczna z treścią SIWZ.

Po drugie, odnosząc się do zarzutu niezgodności treści oferty z treścią SIWZ w zakresie sposobu obliczenia ceny oferty w poz. 42, 44, 46, 49, 51 oraz poz. 63 i poz. 65 Formularza 2.2. Wykaz Składników Płatności – skład orzekający Izby uznał, że zarzut ten nie potwierdził się.

Zamawiający w postanowieniach SIWZ - Instrukcja dla wykonawców wraz z formularzami Tom I - w zakresie Opisu sposobu obliczenia ceny (rozdz. 1 pkt 9 Instrukcji) wskazał, że cena zaoferowana przez wykonawcę jest ceną ryczałtową. Dodatkowo wymagał, aby wykonawcy w celu określenia harmonogramu płatności oraz umożliwienia zarządzania

zmianami dokonali rozbicia ceny ofertowej na co najmniej te składniki płatności, które zostały określone w Formularzu 2.2 Wykaz Składników Płatności (pkt 9.2). Wykaz składników Płatności zgodnie z postanowieniami SIWZ należało sporządzić według kolejności pozycji wyszczególnionych w formularzu 2.2. przygotowanym przez Zamawiającego z zakazem wprowadzania zmian w tym wykazie, co najwyżej dopuszczono większe uszczegółowienie pozycji (pkt 9.3). Zmawiający wymagał też, aby wszystkie pozycje z Wykazu zostały wycenione: „*stosownie do wartości wszystkich prac i robót objętych daną pozycją. Koszty towarzyszące wykonaniu przedmiotu zamówienia, których w Wykazie Składników Płatności nie ujęto w odrębnych pozycjach, Wykonawca powinien ująć w cenach pozycji tam opisanych, związanych z tymi kosztami. W przypadku wystąpienia składników płatności nie odpowiadających żadnej pozycji z Wykazu Wykonawca może ująć płatność z tytułu tego składnika w pozycji <<Inne>>*”.

Konsorcjum EGIS w swojej ofercie (str. 0018 – 0021 oferty) na wymaganym przez Zamawiającego formularzu 2.2. Wykaz Składników Płatności w niektórych pozycjach podało cenę 0,00 PLN (poz. 42, 44, 46, 49, 51), w jednej pozycji podało określenie „incl in 60 (poz. 63), a jednej pozycji nie wypełniło w ogóle (poz. 65).

Skład orzekający Izby odnosząc się do tego zarzutu wziął pod uwagę wyjaśnienia Konsorcjum EGIS, iż niektóre elementy nie zostały wycenione w poszczególnych pozycjach (wersach Wykazu Składników Płatności), ale ich wycena została dokonana w innych pozycjach. Przykładowo wskazano, że poz. 49 „*Wyposażenie budynku policji w Kończycach*” została wyceniona w poz. 48 „*Roboty związane z budową budynku policji w Kończycach*”. Zamawiający wprowadzając wymóg wyceny wszystkich pozycji nie zabronił wykonawcom wyceny tych pozycji w ramach innych. Istotne bowiem było, aby faktycznie wszystkie elementy wykazane przez Zamawiającego w Wykazie Składników Płatności zostały przez wykonawców wycenione. Istotnym w tym zakresie jest również postanowienie pkt 9.2 SIWZ, w którym Zamawiający określił cele sporządzenia tej wyceny: określenie harmonogramu płatności oraz umożliwienia zarządzania zmianami. Powyższe cele szczegółowej kalkulacji ceny ofertowej określone przez Zamawiającego, zostaną wypełnione, a Odwołujący nie kwestionował również tej okoliczności.

Po trzecie, odnosząc się do zarzutu zaniechania przez Zamawiającego odrzucenia oferty Konsorcjum EGIS pomimo jej niezgodności z treścią SIWZ, jak również z powodu zmiany treści oferty w wyniku wyjaśnień udzielonych przez Konsorcjum na podstawie wezwania Zamawiającego skierowanego w trybie art. 87 ust. 1 ustawy, skład orzekający uznał, że zarzut ten nie potwierdził się.

Odwołujący w treści protestu, jak i odwołania wskazał, że Zamawiający pomimo nie spełnienia przez Konsorcjum EGIS wymogów SIWZ w zakresie określenia niektórych

elementów koncepcji zamówienia, zamiast odrzucić tę ofertę zwrócił się do wykonawcy o złożenie przez tego wykonawcę wyjaśnień, co do treści oferty na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy. W ocenie Odwołującego udzielone przez Konsorcjum EGIS wyjaśnienia doprowadziły do niedopuszczalnej zmiany treści oferty.

Skład orzekający Izby nie dopatrył się wskazanego naruszenia przepisów ustawy. Zamawiający bowiem nie określił na tyle szczegółowo wymogów w SIWZ, co do przedstawienia koncepcji, aby stawić Konsorcjum EGIS z tego tytułu zarzuty. Zgodnie bowiem z pkt 7.2.5 Rozdz. I Instrukcji dla wykonawców (tom I SIWZ) do oferty należało dołączyć Projekt koncepcyjny. Zgodnie natomiast z wzorem Formularza 2.4. (pkt II dla OUA) „wszystkie projekty koncepcyjne muszą zawierać opis zastosowania materiałów, dokładne rozpisanie zastosowanej kolorystyki, aranżacje rozwiązań chodników, posadzek itp. dla OUA”.

Oferta Konsorcjum EGIS wypełnia te generalne wymogi SIWZ, co do projektu koncepcyjnego w zakresie przywołanych przez Odwołującego elementów.

I tak jeśli chodzi o kwestię parkingu Zamawiający nie wymagał w SIWZ, aby w ramach koncepcji szczegółowo opisać, czy rozrysować ogrodzenie parkingu. Załączone przez Konsorcjum EGIS do oferty rysunki nie były wymagane przez Zamawiającego.

Jeśli chodzi o zmianę powierzchni garażowej w OUA Przylesie z wymaganej w SIWZ ok. 1480 m² na 1000 m² w ofercie Konsorcjum EGIS, skład orzekający Izby uznał, że przy określeniu przez Zamawiającego wskazanej powierzchni na „około” Konsorcjum EGIS wypełniło ten wymóg SIWZ.

Co do przywołanej zmiany w zakresie przyjętego sposobu wyceny poszczególnych pozycji formularza 2.2. skład orzekający nie znalazł podstaw do uznania, że doszło w tym zakresie do niedopuszczalnej zmiany treści oferty, a argumentacja w tym zakresie została zawarta powyżej, w odniesieniu do drugiego zarzutu.

Co do rzekomego uzupełnienia treści oferty Konsorcjum EGIS w zakresie opisu koncepcji oświetlenia OUA i rysunków, skład orzekający Izby uznał, że elementy związane z oświetleniem zostały określone przez Konsorcjum EGIS w treści jego oferty, np. pkt 4 OUA Przylesie – str. 0180 oferty, gdzie wskazano: „*Funkcjonalna część terenu będzie oświetlona lampami ulicznymi zgodnie z polskimi normami z uwzględnieniem dodatkowego oświetlenia w strefie budynku warsztatowo – garażowego i magazynu soli, uruchamianymi dodatkowo w okresach pracy nocnej*”. Powyższe wskazuje na przedstawienie przez Konsorcjum EGIS projektu koncepcyjnego oświetlenia, wymaganego postanowieniami SIWZ. Zamawiający we wskazanym zakresie nie żądał podania szczegółów, ani też przedłożenia gotowego projektu oświetlenia (rysunków, planów umiejscowienia oświetlenia). Projekt w tym zakresie będzie dopiero przedmiotem wykonawstwa w ramach niniejszego zamówienia.

Co do rzekomego uzupełnienia treści oferty o rodzaj zastosowanych materiałów, w szczególności rodzaju tynku elewacyjnego w obiektach kubaturowych oraz rodzaju posadzki w budynku warsztatowo – garażowym i w garażu policji, skład orzekający Izby również nie dopatrzył się naruszenia. W ofercie Konsorcjum EGIS wskazano – zgodnie z wymogiem SIWZ (formularz 2.4) – w sposób bardzo ogólny rodzaje materiałów, aranżację chodników itp., np. str. 0181 oferty: *„Budynek policji zaprojektowany pod względem funkcjonalnym, budowlanym i wyposażenia technicznego zgodnie z wytycznymi zawartymi w materiałach przetargowych opracowanych przez Zamawiającego”(…) dach (…) oparty jest na konstrukcji z drewna klejonego (…) Pokrycie zaprojektowano z blachy tytan-cynk, której wykorzystanie przewidziano również na elewacji części piętrowej budynku (…) Budynek zaprojektowano w konstrukcji tradycyjnej wg technologii (…) z autoklawizowanego betonu komórkowego (…)”,* czy str. 0182 oferty – *„zaprojektowano budynek o konstrukcji stalowej ze ścianami z wielkogabarytowych elementów z betonu komórkowego o długości 6 metrów (…)”*.

Uwzględniając powyższe, skład orzekający Izby nie dopatrzył się naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 7 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, jak również art. 87 ust. 1 ustawy.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy, tj. stosownie do wyniku postępowania. O kosztach wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego skład orzekający Izby orzekł na podstawie § 4 ust. 1 pkt 2 lit.b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*