

**Sygn. akt: KIO 2351/13**

**WYROK**  
**z dnia 18 października 2013 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** Renata Tubisz

**Protokolant:** Magdalena Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 października 2013 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 października 2013r. przez **wykonawcę:** Bogusław B. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „GEO” 37-550 Radymno; ul. Złota Góra 19a przez **zamawiającego:** Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością ul. Rokitniańska 4; 37-700 Przemyśl

**orzeka:**

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania i unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz ponowny wybór najkorzystniejszej oferty
2. kosztami postępowania obciąża Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością ul. Rokitniańska 4; 37-700 Przemyśl i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10.000,00 **zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych i zero groszy) uiszczoną przez Bogusław B. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „GEO” 37-550 Radymno; ul. Złota Góra 19a tytułem wpisu od odwołania,

- 2.2. zasądza od Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością ul. Rokitniańska 4; 37-700 Przemyśl na rzecz Bogusław B. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „GEO” 37-550 Radymno kwotę 13.600 **zł** 00 **gr** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego.

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 Przemyślu

**Przewodniczący:** .....

## **Uzasadnienie**

Odwołanie wniósł Bogusław B. działający w ramach Przedsiębiorstwa Robót Inżynieryjnych „GEO” 37-550 Radymno, ul. Złota Góra 19a zwany dalej „odwołującym”.

Zamawiającym jest Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Przemyślu, ul. Rokitniańska 4, 37-700 Przemyśl zwany dalej „Zamawiającym”.

Przedmiotem postępowania jest udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji sp. z o.o. w Przemyślu w trybie przetargu nieograniczonego na „Wykonanie robót budowlanych dla inwestycji p.n. Budowa sieci wodociągowej w ul. Kruhelskiej, ul. Gołębiej i ul. Kaczmarskiego”.

Odwołanie wniesiono w związku z art. 182 ust. 1 pkt. 2 w związku z art.180 ust. 2 pkt. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z j.t. 2013, poz.907) zwanej dalej „ustawą Pzp”

Zamawiającemu zarzucono naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt.6 ustawy Pzp poprzez przyjęcie, że oferta odwołującego zawiera błędy i w konsekwencji odrzucenie oferty odwołującego,
- 2) art 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy PZP poprzez zaniechanie czynności poprawienia w ofercie odwołującego omyłek niepowodujące istotnych zmian w treści oferty,
- 3) art. 7 ust. 1 i 3 Pzp poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji w wyniku czego doszło do odrzucenia zgodnej z prawem i prawidłowej oferty Odwołującego wykonawcy,
- 4) art.93 ust. 1 pkt. 1 ustawy Pzp poprzez unieważnienie postępowania, w sytuacji gdy nie było prawnych i faktycznych podstaw do przyjęcia, że w postępowaniu nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu

Wobec powyższego odwołujący wniósł o nakazanie:

- 1) unieważnienie czynności unieważnienia postępowania ,
- 2) unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego.
- 3) powtórzenia czynności badania i oceny oferty Odwołującego z uwzględnieniem zawiadomienia Odwołującego o poprawieniu stwierdzonych w kosztorysie ofertowym

omyłek polegających na niezgodności z przedmiarem robót, niepowodujących istotnych zmian treści oferty.

W wyniku naruszenia przez zamawiającego wskazanych wyżej przepisów, zamawiający naruszył interes prawny odwołującego ubiegającego się o udzielenie zamówienia. Odwołujący przedłożył bowiem ważną i konkurencyjną ofertę, w której nieistotne omyłki, niepowodujące istotnych zmian w jej treści powinny zostać poprawione, w konsekwencji oferta ta winna być brana pod uwagę przy wyborze najkorzystniejszej oferty, a postępowanie nie powinno być unieważnione.

W dniu 30.09.2013 r Odwołujący otrzymał drogą faksową informację od Zamawiającego o odrzuceniu jego oferty oraz unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt. 1 Pzp wobec nie złożenia żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu. W przedmiotowym postępowaniu wpłynęły dwie oferty, przy czym oferta odwołującego była drugą w kolejności przy uwzględnieniu kryterium najniższej ceny. Przyczyną odrzucenia oferty Odwołującego, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 6 ustawy Pzp było przyjęcie, że oferta ta zawierała błędy, szczegółowo opisane poniżej. W ocenie odwołującego przedmiotowa oferta nie zawierała żadnych błędów w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt. 6 ustawy Pzp, w części zawierała natomiast omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Takie zaś omyłki Zamawiający zobowiązany był poprawić w trybie wskazanego przepisu zawiadamiając o tym niezwłocznie Odwołującego, czego nie uczynił.

Powyższe stanowisko odwołujący uzasadnił następująco: Zamawiający w treści SIWZ pkt.12.16 postanowił cyt."Wykonawca nie może zmieniać treści formularzy oferty oraz pozycji zał. Nr 6A, 6B i 6C (przedmiary robót).Samowolna zmiana treści formularzy oferty oraz pozycji załączników Nr6A, 6B i 6C skutkuje odrzuceniem oferty. Równocześnie w następnym zdaniu zawarł zupełnie inną dyspozycję dla wykonawców: „Załączniki Nr 6A, 6B i 6C do SIWZ (przedmiary robót) są elementem pomocniczym służącym do wyceny robót. Cena winna zawierać wszystkie elementy robót niezbędne do wykonania zamówienia zgodnie z określonym zakresem i dokumentacją techniczną z uwzględnieniem zapisu pkt. 3 SIWZ. Dalsze zapisy SIWZ /jej pkt. 14 /oraz § 8 umowy wskazują raczej na ryczałtowy, a nie kosztorysowy charakter wynagrodzenia. Niezależnie jednak od charakteru tego wynagrodzenia oraz znaczenia jakie ostatecznie zamawiający zamierzał nadać przedmiarom robót Odwołujący w żadnym przypadku nie dokonał zmiany tych przedmiarów w takim zakresie, by można je było uznać za błędy oferty, z powodu których ofertę tę można było odrzucić.

ZARZUT zamawiającego-tiret pierwsze i czwarte pisma: W ofercie Wykonawcy **zmieniono ilość pozycji z kosztorysu** w stosunku do załącznika nr 6A do SIWZ (w poz. Nr 11, 54, 55, 98, 101, 133, 135, 142, 143, 144, wg załącznik a nr 6A do SIWZ -przedmiar robót etap I).

W ofercie Wykonawcy **zmieniono ilość pozycji z kosztorysu** w stosunku do załącznika nr **6B** do SIWZ (w poz. Nr 7,59,60,74,77,106,107,108 wg załącznik a nr 6B do SIWZ - przedmiar robót etap II).Stanowisko Odwołującego szczegółowo odnosi się do pozycji nr 11, przy czym we wszystkich pozostałych pozycjach przyczyna rozbieżności jest identyczna:

Pozycja przedmiaru robót nr 11 wygląda następująco:

<b>11</b> <b>d.1.2</b>	<b>KNR 2-01</b> <b>0212-02</b>  <b>0214-04</b>	<b>Roboty ziemne wyk.</b> <b>podsiębiernymi 0,15 m3 w</b> <b>ziemi kat IV uprzednio</b> <b>zmagazynowanej w</b>	<b>M3</b>	<b>168,88</b>
---------------------------	---	--	-----------	---------------

Powyższa pozycja opisana została przez Zamawiającego za pomocą dwóch katalogów nakładów rzeczowych (kolumna 2) a więc KNR 201 0212-02 oraz KNR 2-01 0214-04 . A więc dwa KNR-y sprowadzone są do jednej pozycji przedmiarowej. Ze względu na to, iż stosowany przez odwołującego program kosztorysowy nie scala w ten sposób KNR-ów Odwołujący zrobił to samo lecz w formie dwóch pozycji kosztorysowych, co w rezultacie daje taki sam efekt cenowy i rzeczowy:

1. Pierwsza pozycja kosztorysu:

**1.2.7 KNR 201/212/2**

Roboty ziemne koparkami podsiębiernymi z transportem urobku samochodami samowyladowczymi do 1 km, w ziemi uprzednio zmagazynowanej w hałdach, koparka 0,15 m3, grunt kategorii IV, spycharka 55 kW

Powyższa pozycja określa ,że wywóz ziemi samochodami odbywa się na odległość do 1 km. Do zwiększenia ilości km wymaganej przez Zamawiającego (5 km) służy kolejny KNR 201 214-04. Zamawiający wymagał żeby wywóz ziemi odbył się na odległość 5 km (tabela powyżej kolumna 2)

2. Druga pozycja kosztorysu

**1.2.8 KNR 2-01 214-04**

Nakłady uzupełniające do tablic 0201-0213 za każde dalsze rozpoczęte 0,5 km odległości transportu, ponad 1 km samochodami samowyladowczymi, po drogach utwardzonych, grunt kategorii III-IV, samochód do 5t. - krotność 8

Stosując te dwa KNR w formie dwóch pozycji Odwołujący uzyskał 1 km (z KNR 2-01 0212-04) + 0,5km x8 (z KNR 2-010214-04) co dało łączny wynik 5 km (zgodnie z przedmiarem robót).

Różnica polega tylko i wyłącznie na tym, że Odwołujący rozbił pozycje przedmiaru robót na dwie pozycje kosztorysowe, przy czym wyłączną tego przyczyną było stosowanie odmiennego programu do kosztorysowania. Efekt finalny jest identyczny a zarzut, że zmieniono ilość pozycji jest bezzasadny. Zamawiający nie ma prawa narzucać na wykonawcę stosowania programu do kosztorysowego takiego jaki sam posiada.

Tak więc, wbrew zarzutom zamawiającego, odwołujący nie wprowadził do kosztorysu ofertowego w żadnej z powyżej wskazanych pozycji żadnej dodatkowej pozycji nie związanej z przedmiarem robót, nie popełnił też ani błędu, ani omyłki. Zarzut Zamawiającego w tym zakresie jest wynikiem nieprawidłowego odczytania kosztorysu ofertowego.

Taka sama sytuacja ze scaleniem Katalogów Nakładów Rzeczowych obejmuje również pozycje 54,55,98,101,133,135,142,143,144 Przedmiaru robót - załącznik 6A do SIWZ dla Etapu I oraz 7,59,60,74,77,106,107,108 wg załącznik a nr 6B do SIWZ - przedmiar robót etap II. W każdej z tych pozycji sytuacja wygląda identycznie, tj. rozłożone zostały scalone pozycje przedmiaru robót (załącznik nr 6A) na dwie pozycje kosztorysowe, przy zastosowaniu odpowiedniej krotności.

ZARZUT Zamawiającego - tiret drugie i piąte :

W ofercie Wykonawcy nie uwzględniono współczynników zwiększających nakłady na robociznę ze względu na specyfikę prac (w poz. Nr 17,19,40,41,42,43,44,45,74,75,89 wg załącznika nr 6A do SIWZ - Przedmiar robót dla Etapu I). W ofercie Wykonawcy nie uwzględniono współczynników zwiększających nakłady na robociznę ze względu na specyfikę prac (w poz. Nr 13, 45, 46, 47, 49, 50, 64 wg załącznika nr 6B do SIWZ - Przedmiar robót dla Etapu II)

Stanowisko Odwołującego szczegółowo przedstawione do pierwszej zakwestionowanej pozycji nr 17, we wszystkich pozostałych przypadkach sytuacja jest identyczna. Pozycja 17 przedmiaru robót wygląda następująco:

17 d.	KNR-W 2-0109-03 z. 3.9.9907	Sieci wodociągowe z rur 100. PN 10) o śr. wykopy umocnione.	m	93,30
-------	-----------------------------	---	---	-------

Powyższa pozycja opisana jest w formie KNR-W 2-18 0109 -03 oraz założeń szczegółowych

do kosztorysowania **nr z.sz. 3.9.9907 (kolumna 2)**. Ze względu na to, iż odwołujący dysponuje innym programem kosztorysowym, niż ten w którym wykonano przedmiar robót, a więc takim gdzie współczynniki zwiększające podaje się w innej formie tzn. krotności (wcześniej opisane w punkcie 1), odwołujący **omyłkowo** nie zastosował tych współczynników zwiększających z.sz.3.9.9907. Jednak opis pozycji, ilość i sens danej pracy którą nakładał ten katalog nakładów rzeczowych pozostawał taki sam.

Pozycja kosztorysu szczegółowa wygląda następująco:

1.3.5 KNR W 218/109/3

Montaż rurociągów z rur polietylenowych (PE, PEHD), Fi 90 mm ilość 93,50 m

Tym samym ilość jednostek i same jednostki są identyczne.

W powyższej pozycji norma na robociznę zgodnie z załączonym kosztorysem wyniosła  $0,324 \times 93,30 \times 15$  (stawka robocizny) = 453,44 zł

W takim wypadku założenia szczegółowe, których Odwołujący omyłkowo nie zastosował nieznacznie zwiększyłyby nakłady na robociznę. W tym wypadku zwiększyłyby one kwotę na robociznę o 1,25 punktu a więc sytuacja wyglądałaby następująco  $0,324 \times 1,25 \times 93,30 \times 15 = 566,80$  zł. Zwiększyłyby to kwotę całej pozycji przedmiarowej o:  $566,80 - 453,44 = 113,36 + 3040,42$  (obecna kwota kosztorysu) = 3153,78 zł-kwota netto całej pozycji przedmiarowej. Taka sama sytuacja występuje w pozycjach 19,40,41,42,43,44,45,74,75,89 załącznik 6 A oraz 13,45, 46, 47, 49, 50, 64 wg załącznika nr 6B.

Odwołujący przedstawił dalej w odwołaniu szczegółowe wyliczenia dla każdej pozycji następująco, z uwzględnieniem różnic w cenie w stosunku do oferty Odwołującego. Po wyliczeniu współczynnika zwiększającego we wszystkich pozycjach kwota oferty odwołującego powinna być większa jedynie o **2967,20 zł netto**, co z uwagi na jej niezamierzony charakter, niewielkie skutki jakie rodzi dla ostatecznej wartości oferty, a także możliwość jednostronnego zastosowania współczynnika zwiększającego przez Zamawiającego w oparciu o posiadane dane powinno zostać potraktowane jako omyłka do poprawienia przez zamawiającego. Całkowita kwota współczynnika zwiększającego stanowi około 0,32% kwoty ofertowej netto i nie ma żadnego wpływu na wynik przetargu.

Tak więc Odwołujący podnosi i zarzuca ,że w wyniku tej omyłki nie zostały wprowadzone żadne zmiany w stosunku do SIWZ w zakresie ilości jednostek podawanych w przedmiarach, a nieścisłości w tym zakresie są jedynie skutkiem niezamierzonym. Rzeczywistym zamiarem odwołującego było złożyć ofertę zgodną ze SIWZ, co jednoznacznie potwierdza treść złożonych przez niego oświadczeń. Tego typu omyłkę Zamawiający zobowiązany był poprawić jednostronnie, w oparciu o dane zawarte wprost w dokumentach oferty. Art 87 ust 2 pkt 3 Ustawy PZP nakłada bowiem obowiązek poprawienia wszelkich omyłek powodujących niezgodność oferty z SIWZ, jeżeli nie powodują one istotnej zmiany treści, przy czym taka właśnie sytuacja miała miejsce w

niniejszej sprawie .

Zarzut Zamawiającego- tiret trzecie

W ofercie Wykonawcy zmieniono nr tablicy na nr KNR 709/2216/4 w stosunku do załącznika nr 6B do SIWZ ( w poz. Nr 66 wg załącznika nr 6B do SIWZ - Przedmiar robót dla etapu II)

Stanowisko Odwołującego

Pozycja przedmiaru wygląda następująco:

<b>66 d.2</b>	<b>KNR 709 2216-02</b>	<b>Króciec dwukołnierzowy z sferoidalnego DN 65 mm,</b>	<b>szt</b>	<b>1</b>
-------------------	----------------------------	---	------------	----------

Pozycja kosztorysu przedstawia się następująco KNR 709/2216/4 Króciec z żeliwa sferoidalnego dwukołnierzowy DN 65 l = 400 szt 1.

W ofercie Odwołującego nie zmieniono, jak zarzuca Zamawiający nr tablicy na nr KNR709/2216/4 .Odwołujący przez omyłkę wprowadził katalog KNR 709 2216- 4 Króciec z żeliwa sferoidalnego dwukołnierzowy DN 65, 1=400 mm .Popelniona omyłka sprowadza się do omyłki w samej końcówce numeracji KNR i w efekcie skutkuje jedynie nieznacznym podniesieniem nakładu na robociznę. Robocizna zwiększa się przez to o kwotę **o 11,40 zł**. Rodzaj roboty pozostaje taki sam, taki sam też pozostaje materiał.

Odwołujący zarzuca więc, że również ta omyłka powinna zostać poprawiona przez zamawiającego w trybie art. 87 ust.2 pkt.3 ustawy PZP. Podobnie jak we wszystkich opisanych wyżej przypadkach **opis, sens i rodzaj robót, a także rodzaj materiału pozostaje identyczny jak w przedmiarze robót**, przy czym różnica w opisie KNR nie ma wpływu na jakość i rodzaj wykonywanych prac.

Mając powyższe na uwadze zamawiający uznając omyłki w ofercie za błędy i odrzucając ofertę Odwołującego bez ich poprawianie w trybie art. 87 ust.2 pkt. 2 naruszył dyspozycję tego przepisu. Zważyć bowiem należy, że we wskazanym przepisie ustawodawca zobowiązał zamawiającego do poprawienia omyłek w treści oferty wykonawcy. Przepis wprowadzony został do ustawy w wyniku jej nowelizacji z dnia 4 września 2008 i jak wynika z uzasadnienia, celem takiego uregulowania było ograniczenie liczby odrzucanych ofert (a w konsekwencji i ograniczenie liczby unieważnionych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego) z uwagi na fakt, iż dotknięte one były mało znaczącymi błędami, których to jednak nie można było usunąć nie naruszając ustawowych zasad. Wobec braku definicji „istotności” powszechnie przyjmuje się, iż pojęcie to powinno być rozpatrywane w odniesieniu do konkretnego stanu faktycznego.

Podsumowując kwestię omyłek powodują jedynie niewielką zmianę wysokości ceny, nie wpływają natomiast w żadnym zakresie na rodzaj, ani na jakość oferowanego świadczenia,



są niezamierzone, a ich zasadniczą przyczyną jest stosowanie innego programu do kosztorysowania, w przypadku zaś ostatniego z zarzutów omyłka de facto sprowadza się do omyłki w numeracji końcówki KNR. Nadto wszystkie omyłki Zamawiający mógł w oparciu o posiadane dane i informacje poprawić samodzielnie i jednostronnie. Istotne w sprawie jest również, że zakres wszystkich razem omyłek jest nieznaczny, sprowadza się bowiem do 19 pozycji kosztorysowych, wobec kilkuset objętych przedmiarem robót. W tych okolicznościach Zamawiający swoim działaniem naruszył nie tylko art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy, ale także art. 89 ust. 1 pkt. 6 ustawy uznając bezpodstawnie, że oferta odwołującego zawierała błędy a w konsekwencji art. 93 ust. 1 pkt. 1 ustawy przyjmując, że w postępowaniu nie złożono żadnej ważnej oferty. Tym samym zamawiający naruszył art. 7 ustawy. W tym stanie odwołujący podnosi, że odwołanie jest zasadne i zasługuje na uwzględnienie.

Pismem z dnia 16.10.2013r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w którym podtrzymał stanowisko w sprawie to jest jak zawiadomieniu z dnia 30.09.2013r. o unieważnieniu postępowania i odrzuceniu ofert. W piśmie zamawiający przywołał dział 12 SIWZ pkt 12.16 w którym znajduje się postanowienie, że „Wykonawca nie może zmieniać treści formularzy oferty oraz pozycji załącznika Nr 6 A; Nr 6B; Nr 6C. Samowolna zmiana treści formularzy oferty oraz pozycji załącznika Nr 6 A; Nr 6B; Nr 6C skutkuje odrzuceniem oferty”. Na dowód, że dla odwołującego było jednoznaczne, iż zmiana treści przedmiarów powoduje odrzucenie oferty, zamawiający przywołał pismo odwołującego z dnia 23 września 2013r., w którym odwołujący domagał się odrzucenia oferty konkurencyjnej, ponieważ umieszczono w kosztorysie ofertowym 2 sztuki zasuw, w sytuacji gdy należało według przedmiarów umieścić 1 zasuwę. Zamawiający nadmienił, że wartość zasuw wynosi 348.07 zł. co ma znaczenie wobec dokonanych przez odwołującego wyliczeń w odwołaniu.

Co do zmiany ilości pozycji kosztorysowych. Dalej zamawiający potwierdził, że odwołujący nie wprowadził w kosztorysie ofertowym żadnej nowej pozycji nie związanej z przedmiarem robót. Zamawiający wskazał, że jedną z przyczyn odrzucenia oferty odwołującego była zmiana ilości pozycji w kosztorysie ofertowym w stosunku do ilości pozycji w przedmiarze robót. Zamawiający nie narzucał wykonawcom, jakie mają stosować oprogramowania kosztorysowe. Natomiast zamawiający jak przyznaje narzucił wykonawcom przedmiar robót na podstawie, którego należało wykonać kosztorys ofertowy szczegółowy informując, że zmiany pozycji przedmiarowych będzie skutkowało odrzuceniem oferty.

Co do nie uwzględnienia współczynników zwiększających nakłady na robociznę ze względu

na specyfikę prac w poszczególnych pozycjach. Zamawiający nie podziela stanowiska odwołującego, że ilość danej pracy którą należy wykonać w myśl katalogu nakładów rzeczowych dla danej pozycji jest taka sama - z uwzględnieniem współczynników zwiększających nakłady na robociznę- jak i bez ich uwzględnienia. Podważałoby to sens stosowania współczynników. Normatywne nakłady czy to na robociznę, czy sprzęt, czy materiał są podstawą wyceny poszczególnych pozycji kosztorysu, co prowadzi do wyliczenia całkowitej ceny oferty. Stosowanie innych nakładów na robociznę w tych samych pozycjach ofert przez poszczególnych oferentów podważałoby sens stosowania katalogów nakładów rzeczowych, uniemożliwiałoby rzetelną ocenę złożonych ofert, a tym samym uniemożliwiałoby prowadzenie postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji.

Ponadto zamawiający zwrócił uwagę na sposób kalkulacji ceny poprzez liczenie na podstawie kosztów bezpośrednich, kosztów pośrednich, które w tym konkretnym przypadku zgodnie z ofertą odwołującego wynoszą 65% dla robocizny oraz 60% dla sprzętu. W dalszej kolejności wyliczany jest zysk – zgodnie z oferta odwołującego- według wzoru  $15\% R + 8\%(S + K_p(S))$  (R- robocizna; K<sub>p</sub>- koszty pośrednie, S-sprzęt). Zsumowanie tych kosztów daje cenę netto, do której doliczany jest podatek VAT.

Uwzględniając wyliczenia zamawiającego kwota oferty odwołującego powinna ulec zmianie nie o kwotę jaką wyliczył w odwołaniu to jest 2.967,20 zł. lecz wartość 6.571,95 zł. brutto, co prowadzi do zwiększenia wartości ceny oferty odwołującego do 1.153.494,97zł.brutto. Zamawiający do odpowiedzi załączył odrębne wyliczenie. Zamawiający zgodnie z protokołem z dnia 29 sierpnia 2013r. w załączeniu oszacował wartość zamówienia na kwotę brutto 1.153.461,35zł. Zatem w przypadku poprawnego wyliczenia cena oferty odwołującego przekroczy kwotę jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na zamówienie.

Co do zmiany numeru tablicy KNR. Poprzez zmianę numeru tablicy KNR odwołujący przyjął inną normę nakładu dla robocizny (mniejszą), która w konsekwencji zwiększa koszt bezpośredni robocizny o 11,40 zł. co przy uwzględnieniu kosztów pośrednich i zysku prowadzi do zmiany ceny o kolejne 21, 11 złotych.

Podsumowując zamawiający stwierdza, że unieważniając postępowanie oraz odrzucając ofertę odwołującego nie naruszył wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy.

**Skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje**

Odwołujący posiada prawo do wniesienia odwołania w rozumieniu art. 179 ust.1 ustawy, ponieważ w postępowaniu złożone dwie oferty w tym oferta odwołującego, obydwie oferty zostały przez zamawiającego odrzucone. Zamawiający w związku z odrzuceniem wszystkich złożonych ofert w postępowaniu umorzył procedurę przetargową. Odwołujący zaskarżając czynność odrzucenia jego oferty oraz unieważnienia postępowania wykazał interes w uzyskaniu zamówienia.

**Izba ustaliła**

Zamawiający w postanowieniach Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) zamieścił następujące warunki co do sposobu obliczenia ceny oraz wymogów w zakresie ustalonych formularzy ofertowych w tym przedmiarów.

Punkt.12.16,„Wykonawca nie może zmieniać treści formularzy oferty oraz pozycji zał. Nr 6A, 6B i 6C (przedmiary robót).Samowolna zmiana treści formularzy oferty oraz pozycji załączników Nr 6A, 6B i 6C skutkuje odrzuceniem oferty. Załączniki Nr 6A, 6B i 6C do SIWZ (przedmiary robót) są elementem pomocniczym służącym do wyceny robót. Cena winna zawierać wszystkie elementy robót niezbędne do wykonania zamówienia zgodnie z określonym zakresem i dokumentacją techniczną z uwzględnieniem zapisu pkt. 3 SIWZ. (pkt 3 SIWZ „W cenie oferty Wykonawca musi uwzględnić wszystkie koszty niezbędne do prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia w tym również koszty opracowania Projektu organizacji ruchu drogowego, oznakowania i zajęcia pasa drogowego przez cały okres prowadzenia robót”. W części dotyczącej Sposobu obliczenia ceny oferty (Punkt 14 SIWZ) znajdują się następujące postanowienia: pkt 14.1.(....),„Cena ofertowa musi uwzględniać

wszystkie wymagania niniejszej SIWZ oraz obejmować wszelkie koszty, jakie poniesie Wykonawca z tytułu należytej oraz zgodnej z obowiązującymi przepisami realizacji przedmiotu zamówienia.14.2."Sposób zapłaty i rozliczenia za realizację niniejszego zamówienia, określone zostały we wzorze umowy sprawie zamówienia."14.3."Ceną oferty jest wartość brutto wymieniona w Formularzu Oferty". W rozdziale 15.Kryteria oceny ofert: znajdują się następujące postanowienia 15.2. „Wybór najkorzystniejszej oferty zostanie dokonany na odstawie ceny podanej w złotych polskich brutto ( cyfrowo i słownie) w oświadczeniu o cenie – w Formularzu oferty Część I. 15.3. Za najkorzystniejszą zostanie uznana oferta z najniższą ceną” Wzór umowy stanowiący załącznik nr 1 zawiera następujące postanowienia: § 1 Umowy Przedmiot umowy określa przedmiot umowy to jest Ust.1 Wykonanie robót budowlanych dla inwestycji „Budowa sieci wodociągowej ul. Kruhelskiej, ul. Gołębiej, i ul. J. Kaczmarńskiego”. W tym budowa sieci wodociągowych o opisanych parametrach rur, budowa hydroforni wraz z uzbrojeniem, budowa komory redukcyjnej wraz z uzbrojeniem. Ust.2 Dokumentacja projektowa na podstawie, której wykonywane będą przedmiotowe roboty budowlane. W skład tej dokumentacji projektowej zalicza się: projekty budowlane sieci wodociągowych poszczególnych ulic stanowiących etapy: I i II (załączniki 3 A i B do SIWZ); projekty wykonawcze poszczególnych ulic stanowiące etap I i II (załączniki 4 A i 4 B do SIWZ); projekt wykonawczy instalacji elektrycznych wewnętrznych w hydroforni stanowiący załącznik nr 4 C do SIWZ; Specyfikacje Techniczne Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych dla etapu I i II (załączniki nr 5 A i 5 B do SIWZ); Specyfikacje Techniczne Wykonania i Odbioru Robót Budowlano - Montażowych dot. instalacji elektrycznych wewnętrznych w hydroforni (zał. nr 5 C do SIWZ). Ust. 3. „Następujące dokumenty będą uważane, odczytywane i interpretowane jako integralna część niniejszego zamówienia - § 1 ust.2 wg. następującego pierwszeństwa: a) niniejsza umowa, b) Specyfikacja Techniczna Wykonania i Odbioru Robót, c) Dokumentacja projektowa wymieniona w ust.2 niniejszego paragrafu, d) złożona oferta Wykonawcy wraz załącznikami. § 2 Oferta. Integralną częścią umowy jest oferta złożona w trybie przetargu nieograniczonego.

Zgodnie z § 8 Umowy Ust.1 Zamawiający zapłaci Wykonawcy za wykonanie przedmiotu zamówienia łączne wynagrodzenie zgodnie ze złożoną w ofertą w wysokości netto.... VAT....brutto.....Ust.2 Wynagrodzenie o którym mowa w ust.1 niniejszego paragrafu zawiera wszystkie wymagania SIWZ oraz wszelkie koszty i opłaty jakie poniesie Wykonawca z tytułu należytej oraz zgodnej z obowiązującymi przepisami realizacji przedmiotu zamówienia.Ust.4 W przypadku nie wykonania określonej części robót z zakresu przewidzianego umową wynagrodzenie, o którym mowa w § 8 pkt 1 zostanie pomniejszone o wartość robót nie wykonanych. § 12. Ust.3 Podstawą wystawienia faktur przejściowych i faktury końcowej będzie protokół odbioru częściowego lub protokołu odbioru końcowego robót sporządzony przez Wykonawcę robót budowlanych, dostarczeniu dokumentacji

dotyczącej wykonanych elementów zamówienia podpisany przez obie strony umowy. Zamawiający w dniu 30.09.2013 r powiadomił odwołującego o odrzuceniu jego oferty oraz unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt. 1 ustawy. Z treści pisma zamawiającego wynika, że przyczyną odrzucenia oferty są następujące okoliczności. Po pierwsze w ofercie wykonawcy zmieniono ilość pozycji w kosztorysie w stosunku do ilości pozycji w przedmiarach robót to jest według załącznika nr 6 A, B do SIWZ. Załączniki o numerach 6 A, 6 B i 6C do SIWZ stanowią Przedmiary do robót budowlanych objętych przedmiotowym postępowaniem. Zamawiający w piśmie z dnia 30.09.2013r. następnie zarzucił odwołującemu, że nie uwzględnił w wycenie kosztorysowej współczynników zwiększających nakłady na robociznę ze względu na specyfikę prac i to zarówno przewidzianych w przedmiarach robót dla I jak i II etapu robót budowlanych. Po trzecie w piśmie z dnia 30.09.2013r. zamawiający zarzucił odwołującemu, że w ofercie odwołującego zmieniono nr tablicy na nr KNR 709/2216/4. Przy czym zamawiający do tego zarzutu nie wskazał czy zmiana numeracji tablicy ma i jaki ma wpływ na wyliczenie ceny. Natomiast odwołujący we wniesionym odwołaniu wskazał, że po pierwsze zakres roboty to jest rodzaj użytego materiału ( króciec z żeliwa sferoidalnego dwukołnierzowy ) się nie zmieni a jedynie zmieniają się nakłady na robociznę jak wskazał odwołujący o 11,40 zł.

Do zamawiającego wpłynęły dwie oferty. Oferta odwołującego była drugą w kolejności przy obowiązującym kryterium najniższej ceny.

Zamawiający jako podstawę odrzucenia oferty wskazał art. 89 ust. 1 pkt. 6 ustawy czyli błędy w obliczeniu ceny.

### **Izba zważyła**

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych (ustawy). W szczególności art. 89 ust. 1 pkt.6 ustawy poprzez przyjęcie, że oferta odwołującego zawiera błędy w obliczeniu ceny i w związku z tym

stanowiło to podstawę dla zamawiającego do odrzucenia oferty odwołującego.

Zdaniem odwołującego stwierdzenie przez zamawiającego uchybień w obliczeniu ceny powinno skutkować poprawieniem oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy, a nie powodować odrzucenia oferty, czyli należało przeprowadzić w jego ofercie zmiany nie powodujące istotnych zmian w treści oferty. Bowiem w ocenie odwołującego zamawiający powinien z urzędu dokonać poprawek w trybie innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, nie powodujących istotnych zmian w treści oferty.

W związku z powyższym zarzutem odwołujący podniósł również naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji w wyniku czego doszło do odrzucenia zgodnej z prawem i prawidłowej oferty odwołującego.

Konsekwencją podniesionego zarzutu nieuprawnionego odrzucenia oferty odwołującego był kolejny zarzut oparty o treść art.93 ust. 1 pkt. 1 ustawy to jest unieważnienia postępowania, w sytuacji gdy nie było prawnych i faktycznych podstaw do przyjęcia, że w postępowaniu nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu, ponieważ ostać się powinna oferta odwołującego.

W tak określonym stanie prawnym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu następujących czynności. Po pierwsze unieważnienia czynności unieważnienia postępowania, po drugie unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego, po trzecie powtórzenia czynności badania i oceny oferty odwołującego z uwzględnieniem zawiadomienia odwołującego o poprawieniu stwierdzonych w kosztorysie ofertowym omyłek polegających na niezgodności z przedmiarem robót, niepowodujących istotnych zmian treści oferty.

Odwołujący we wniesionym odwołaniu przyznał, że ilość pozycji Kosztorysu w jego ofercie w stosunku do ilości pozycji w Przedmiarach zamawiającego jest różna, a co wynika z innych oprogramowań informatycznych do kosztorysowania odwołującego i zamawiającego.

Oprogramowanie zamawiającego do przedmiarowania robót scala poszczególne pozycje (np.: do jednej pozycji), które są opisane w KNR-ach w kilku pozycjach. Natomiast oprogramowanie odwołującego nie dokonuje scalania poszczególnych pozycji KNR-ów i odpowiada ilościom pozycji w KNR-ach. Powyższe dotyczy użycia przez zamawiającego i odwołującego różnych oprogramowań informatycznych do sporządzenia przez zamawiającego Przedmiaru robót, a przez odwołującego Kosztorysu ofertowego w oparciu o Katalog Nakładów Rzeczowych (oprogramowania ZUZIA i NORMA). Zamawiający zarówno w odpowiedzi na odwołanie, jak i na rozprawie nie zaprzeczył tym okolicznościom. Niemniej uważa, że zapisy SIWZ obligowały odwołującego do ścisłego stosowania nomenklatury opracowanych przez niego pozycji przedmiarów robót, pod rygorem odrzucenia oferty. W ocenie zamawiającego obowiązywała powyższa zasada nawet w sytuacji formalnej zmiany pozycji to jest zmiany ilości pozycji bez zmiany merytorycznej treści poszczególnych pozycji Kosztorysu w stosunku do pozycji Przedmiaru robót, a co miało miejsce w ofercie odwołującego.

Druga kategoria postawionych zarzutów odwołującemu przez zamawiającego dotyczyła zmiany w kosztorysie ofertowym numeru tablicy na nr KNR 709/2216/4 w stosunku do załącznika nr 6 B do SIWZ (Przedmiar robót). Jak powyżej ustalono nie miało to wpływu na zakres i rodzaj robót oferowanych zamawiającemu na podstawie tak sporządzonego kosztorysu ofertowego. W stosunku do pozycji KNR-u powodowało to zwiększenie nakładów na robociznę, a czemu nie zaprzeczył na rozprawie zamawiający.

Trzecia kategoria zarzutów dotyczyła nie zastosowania zwiększonych nakładów na robociznę przewidzianych w przedmiarach robót sporządzonych na podstawie KNR-ów. Z powyższej okoliczności zamawiający wywiódł, że dokonanie poprawek w ofercie odwołującego spowoduje przekroczenie kwoty, jaką zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia. Co prawda w minimalnym zakresie, ale wymagać będzie to długotrwałej procedury uzgadniania w związku z dofinansowaniem zamówienia ze środków unijnych.

Izba rozpoznając przedmiotowe odwołanie nie stwierdziła w ofercie odwołującego błędu w obliczeniu ceny. Izba również nie stwierdziła innej omyłki w ofercie odwołującego, którą można byłoby zakwalifikować do niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia.

Cytowane powyżej zapisy SIWZ wskazują na wprowadzone przez zamawiającego ograniczenia co do możliwości ingerowania w postanowienia formularzy w tym w przedmiary. Niemniej SIWZ w podnoszonych postanowieniach pkt 12.16 wskazuje na zakaz zmiany treści SIWZ oraz zmian pozycji przedmiarów. Chociaż w drugiej części zdania nie przypisano, że odnosi się to do treści pozycji przedmiarów to tak należy odczytywać to postanowienie. W przeciwnym wypadku zapis by nie obowiązywał jako sprzeczny w z art.89 ust.1 pkt 2 ustawy, gdzie zamawiający odrzuca ofertę, której treść jest sprzeczna z treścią SIWZ. O znaczeniu Przedmiarów robót decyduje niemniej dalsze postanowienie SIWZ, które wskazuje na jego charakter pomocniczy. W związku z powyższym oraz w świetle powyżej cytowanych postanowień SIWZ o prawidłowości wyceny robót decyduje dokumentacja projektowa (budowlana i wykonawcza) oraz Specyfikacja Techniczna Wykonania i Odbioru Robót a nie Przedmiar robót. Izba nie uznała argumentacji zamawiającego, że istnieje konieczność odrzucenia oferty z powodu innej ilości pozycji Kosztorysu ofertowego w stosunku do ilości pozycji Przedmiaru robót, jeżeli zamawiający nie wykaże, że ma to wpływ na zakres i rodzaj oferowanych robót. Z postanowień SIWZ wynika, że cena ma obejmować wszelki koszty i wydatki związane z realizacją robót i wynikające z SIWZ. Powyżej cytowane postanowienia SIWZ a w szczególności wzoru umowy (§1 umowy) wskazują, że roboty budowlane mają być wykonane na podstawie dokumentacji budowlanej, wykonawczej oraz STWiOR. Umowa jak wyżej cytowano również wskazuje na pierwszeństwa dokumentów obowiązujących przy realizacji zamówienia i tutaj znowu wskazuje się na samą umowę, STWiOR, dokumentację wymienioną w umowie, a także złożoną ofertę wraz z załącznikami. Przy uwzględnieniu charakteru pomocniczego Przedmiarów, zamawiający dopóki nie udowodni, że odwołujący nie objął wszystkich kosztów i wydatków przewidzianych w SIWZ, nie ma podstaw do odrzucenia oferty z powodu błędu w obliczeniu ceny. Wskazana w piśmie zamawiającego z dnia 30.09.2013r. argumentacja na okoliczność odrzucenia oferty odwołującego z powodu zmiany ilości pozycji w Kosztorysie w stosunku do ilości pozycji w Przedmiarze, co do nie zastosowania współczynników zwiększających nakłady na robociznę oraz zmiany numeru tablicy użytego materiału, nie daje podstaw do kwalifikacji oferty odwołującego do art.89 ust.1 pkt 2 ustawy.

Wobec ustalonego stanu faktycznego i prawnego w sprawie Izba również nie znajduje podstaw do zakwalifikowania złożonej oferty przez odwołującego do innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia w związku ze sporządzonym Kosztorysem ofertowym. O stanowisku Izby zadecydował zapis pkt-u 12.16 i 14.1.o treści „Załączniki Nr 6A, 6B i 6C do SIWZ (Przedmiary robót) są elementem pomocniczym służącym do wyceny robót. Cena winna zawierać wszystkie



elementy robót niezbędne do wykonania zamówienia zgodnie z określonym zakresem i dokumentacją techniczną z uwzględnieniem zapisu pkt. 3 SIWZ. (pkt 3 SIWZ „W cenie oferty Wykonawca musi uwzględnić wszystkie koszty niezbędne do prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia w tym również koszty opracowania Projektu organizacji ruchu drogowego, oznakowania i zajęcia pasa drogowego przez cały okres prowadzenia robót”. Pkt 14.1. „Cena ofertowa musi uwzględniać wszystkie wymagania niniejszej SIWZ oraz obejmować wszelkie koszty, jakie poniesie Wykonawca z tytułu należytej oraz zgodnej z obowiązującymi przepisami realizacji przedmiotu zamówienia”. Tak sformułowane postanowienia SIWZ decydują o tym, że rozbieżności nie tylko co do ilości pozycji, ale również nie zastosowania zwiększonych nakładów na robociznę przewidzianych w Przedmiarach nie są wiążące dla wyceny w kosztorysie ofertowym w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Nie uwzględnienie zwiększonych nakładów na robociznę czy pozostałe podniesione zastrzeżenia w piśmie zamawiającego z dnia 30.09.2013r. nie kwalifikują wyceny w Kosztorysie ofertowym odwołującego do innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Tym samym nie obowiązkowo ustalonych w przedmiotowym postępowaniu, do egzekwowania od wykonawców stosowania zwiększonych nakładów na robociznę przewidzianych w przedmiarze opracowanym na podstawie KNR. Sprawa kalkulowania wysokości nakładów na robociznę pozostaje w dyspozycji wykonawcy, który zobligowany jest rodzajem i zakresem robót, skoro przedmiar opracowany przez zamawiającego ma charakter pomocniczy do wyceny przez wykonawcę robót. W związku z powyższym Izba nie uwzględniła żądania odwołującego co do nakazania zamawiającemu zastosowania trybu przewidzianego w art.87 ust.2 pkt 3 ustawy o poprawianiu innych omyłek.

Co do sporu w zakresie charakteru ceny obowiązującej w przedmiotowym postępowaniu to w ocenie Izby z postanowień SIWZ jak i formularza cenowego oraz wzoru umowy wynika, że cena ma charakter ryczałtu. Może ulec jedynie pomniejszeniu, jeżeli wykonawca nie zrealizuje całości robót.

W tym stanie rzeczy odwołanie zasługuje na uwzględnienie co do nakazania zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania w związku z nakazaniem unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego. Powyższe ma wpływ na wynik postępowania w rozumieniu art.192 ust.2 ustawy.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie z art. 192 ust.9 i 10 ustawy i § 5 ust.2 pkt 1) w związku z § 3 pkt 1) i 2) lit b) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2010r. nr 41 poz.238) zasądzać uiszczony wpis w koszty postępowania odwoławczego oraz zasądzać od zamawiającego na rzecz odwołującego koszty uiszczanego wpisu od odwołania w kwocie 10.000,00 zł. i 3.600,00 zł. tytułem wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego.

**Przewodniczący:** .....

