

Sygn. akt: KIO 1252/11

WYROK

z dnia 28 czerwca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący – członek Krajowej Izby Odwoławczej: **Barbara Bettman**

Protokolant: **Małgorzata Wilim**

Po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **27 czerwca 2011 r.** w Warszawie odwołania wniesionego w dniu **13 czerwca 2011 r.** przez wykonawcę: **Firma Projektowo Budowlana Legutki i Krasoń sp. j., ul. Syreny 7, 31-216 Kraków**, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **Gminę Miasta Kraków-Zespół Ekonomiki Oświaty w Krakowie, ul. Ułanów 9, 31-450 Kraków**,

orzeka:

1. **Oddala odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego: **Firmę Projektowo Budowlaną Legutki i Krasoń sp. j., ul. Syreny 7, 31-216 Kraków**,
 - 2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000,00 zł.** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego: **Firmę Projektowo Budowlaną Legutki i Krasoń sp. j., ul. Syreny 7, 31-216 Kraków**, tytułem wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) na niniejszy wyrok - w terminie 7

dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Krakowie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie:

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na: „Budowę sali gimnastycznej Szkoły podstawowej nr 50 w Krakowie przy ul. Katowickiej 28,” (Biuletyn Zamówień Publicznych 94638 z 28.04.2011 r.), w dniu 13 czerwca 2011 r. zostało złożone w formie pisemnej odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przez wykonawcę: Firma Projektowo Budowlana Legutki i Krasoń sp. j. w Krakowie, w kopii przekazane zamawiającemu w tym samym terminie.

Wniesienie odwołania nastąpiło skutkiem powiadomienia w dniu 7 czerwca 2011 r. za pośrednictwem faksu, o odrzuceniu oferty odwołującego.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu: Gminie Miasta Kraków – Zespołowi Ekonomiki Oświaty w Krakowie, naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. nr 113 z 2010 r., poz. 759 ze zm.), tj:

1. art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, przez nie wskazanie uzasadnienia prawnego, ani nawet podstawy prawnej dokonania odrzucenia oferty odwołującego,
2. przez podjęcie bezpodstawnej czynności odrzucenia oferty odwołującego.

W związku z powyższymi zarzutami, powołując się na interes polegający na tym, iż jego oferta może zostać uznana za najkorzystniejszą, gdyż zawiera najniższą cenę, odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania oraz o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
2. unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego,
3. powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,

Ponadto, wnosił o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego poniesionych kosztów postępowania.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań odwołujący podał, że czynność zamawiającego obarczona jest wadą formalną, gdyż w odniesieniu do jego oferty nie została wskazana podstawa prawna dokonania odrzucenia. Zamawiający zdecydował się na zgrupowanie wszystkich odrzuconych ofert w poszczególnych punktach (jednostkach redakcyjnych), przy czym wyłącznie w przypadku wykonawcy pkt. 1 (PRB OLEXBUD) jest wskazana podstawa prawna odrzucenia oferty. Z redakcji całości pisma zamawiającego z dnia 7 czerwca 2011 r. nie wynika, aby to wskazanie miało się odnosić do odrzucenia ofert innych wykonawców, o których mowa w pkt. 2-7, w tym do oferty wnoszącego odwołanie.

Mając powyższe na względzie, zaznaczał, że czynność zamawiającego w postaci wyboru najkorzystniejszej oferty obarczona jest istotną wadą prawną gdyż ewidentnie narusza przepis art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp nie wskazując uzasadnienia prawnego, ani nawet podstawy prawnej dokonania odrzucenia. Przywołał treść wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 czerwca 2010 r. (KIO/UZP 1066/10): „Czynność opisana w art. 92 ustawy stanowi obowiązek a nie uprawnienie Zamawiającego. Obowiązek zawiadomienia wykonawców wywodzi się z zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia. W przypadku wykonawców wykluczonych z postępowania lub wykonawców, których oferty zostały odrzucone w postępowaniu zawiadomienie o wyniku postępowania związane jest nierozzerwalnie z możliwością skorzystania przez tych wykonawców z zagwarantowanych ustawowo środków ochrony prawnej. Tak więc niedopuszczalne, a zarazem niezgodne z zasadami ustawy jest niestosowanie lub jedynie częściowe stosowanie regulacji art. 92 ustawy. Brak wypełnienia lub jedynie częściowe wypełnienie przez Zamawiającego regulacji art. 92 ustawy narusza wyartykułowaną w art. 7 ust. 1 ustawy zasadę równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji, a także zasadę udzielania zamówień publicznych wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy wskazaną w art. 7 ust. 3 ustawy. Jednocześnie działanie Zamawiającego narusza również zasadę zgodnego z ustawą Prawo zamówień publicznych postępowania Zamawiającego w trakcie prowadzenia procedury o udzielenie zamówienia publicznego.” Odwołujący podkreślał, że w zasadzie identycznej sytuacji dotyczy wyrok KIO z dnia 17 września 2010 r. (KIO/UZP 1915/10), gdzie Izba w ogóle nie zajęła się zarzutami merytorycznymi i nakazała powtórzenie czynności, gdyż zamawiający w sposób nienależyty sformułował zawiadomienie w wyborze najkorzystniejszej oferty. Wyrok podaje: „Jak wskazano powyżej, obowiązkiem zamawiającego jest jasne sformułowanie zarówno podstawy faktycznej i prawnej, na której dokonano odrzucenia oferty. W przedmiotowej sprawie konsekwencją nieprawidłowego powiadomienia i niepełnego podania podstaw odrzucenia oferty, był fakt, iż odwołujący nie mógł w odwołaniu odnieść się do zarzutów, które zamawiający sformułował względem oferty odwołującego. O dodatkowych przyczynach odrzucenia oferty (w ograniczonym zakresie) Odwołujący dowiedział się dopiero podczas trwania rozprawy przed Krajową Izbą Odwoławczą. Zgodnie z art. 192 ust. 7 Izba nie może orzekać do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Zatem zamawiający winien powtórzyć czynność oceny oferty wykonawcy odwołującego.” Odwołujący argumentował, że w niniejszej sprawie, trudno w ogóle mówić o precyzyjnym, lub nie sformułowaniu podstawy prawnej, gdyż takowa nie została przez zamawiającego podana w stosunku do oferty odwołującego. W zakresie wskazania przepisów, zamawiający ograniczył się wyłącznie do stwierdzenia, że „nie był w stanie dokonać poprawy części ww. nieprawidłowości w trybie art. 87 ust. 2 Pzp,” co nie

może zastąpić wskazania konkretnej podstawy prawnej odrzucenia oferty, o której mowa w art. 92 ust. 1 Pzp. Mając powyższe na względzie, w ocenie odwołującego, zasadnym jest powtórzenie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i właściwe wskazanie podstawy decyzji zamawiającego. Poza tym, skoro rzekomo zamawiający nie mógł dokonać poprawy tylko „części nieprawidłowości” to należałoby podać o jaką część chodzi?

Niezależnie od wyżej podniesionego zarzutu o charakterze formalnym, wnoszący odwołanie utrzymywał, że chcąc z ostrożności procesowej podjąć merytoryczną polemikę z decyzją zamawiającego, jest skazany na domysły i przypuszczenia, co utrudnia dochodzenie jego praw. Tym nie mniej, zaprzeczył zarzutom, że jego oferta jest obciążona wadami, które by uzasadniały jej odrzucenie i tak:

I. W kosztorysie wod-kan, zamawiający zakwestionował następujące pozycje:

- 35 d.2 - 38 d.2 kształtki. W tej pozycji występują cztery rodzaje kształtek, a zastosowano jednolitą wycenę (wyższą), szczegółowe wyliczenie spowoduje obniżenie ceny o 318 zł. ($86\text{zł} \times 3\text{poz.} + 14\text{zł} \times 3\text{poz.} + 2\text{zł} \times 3\text{poz.} + 4\text{zł} \times 3\text{poz.} = 318\text{zł.}$). Uznał, że trudno zatem mówić w tym wypadku o przyczynie odrzucenia oferty, iż jest to kwestia drobna i nieistotna, gdyż nie ma żadnego wpływu na treść przyszłej realizacji,
- poz. 46 d. Standardowo podstawa wyceny KNNR 4/135/1 służy do wyceny zaworów czerpalnych, a nie zaworów zabezpieczających. Koszt takiego zaworu to ok. 200 zł. Uwzględnienie przerywacza Danfoos w tej pozycji (faktyczna realizacja), w żaden sposób nie zmieni ceny zamówienia,
- poz. 65 i 69 – wyjaśniał, że w tym zakresie chodzi o 3 kg. folii, co odwołujący się już uwzględnił w wycenie pozycji i w żaden sposób nie ma to wpływu na cenę oferty.

II. W kosztorysie instalacja co.

- poz. 26 i 27 – przyznał okoliczność, iż nie wycenił oddzielnie zaworów termostatycznych, gdyż podstawa ta służy do wyceny całości montażu zaworów. Cena ofertowa natomiast uwzględnia wszystkie elementy w komplecie z dostawą i montażem grzejników. Zaprzeczył twierdzeniom w tym zakresie o jakimkolwiek uchybieniu.

III. W kosztorysie kotłownia gazowa.

- poz. 41 i 42 podał, że uwzględnił wyłącznie montaż czujników, gdyż są one standardowo dostarczane razem z kotłem i ich cena jest tam wliczona,
- poz. 48 - sygnalizacja dźwiękowa spadku ciśnienia w instalacji – wyjaśnił, że nie zmieniono nazw materiałów - pozostały materiały, które podaje zastosowany katalog nakładów rzeczowych.

IV. W kosztorysie instalacja elektryczna.

- poz. 47, 48, 51, 75 stwierdził, że zastosował przewody o wyższych parametrach niż przewiduje projekt. Opis pozycji w kosztorysie ofertowym i kosztorysie inwestora jest taki sam, natomiast w powyższych pozycjach został użyty jako materiał przewód z podstawy wyceny KNNR programu „Zuzia.”

- poz. 84-96. Nie zaprzeczył, że inne oprawy zostały podane w opisie materiałów, natomiast według odwołującego, wycenione zostały prawidłowe oprawy, nie została jedynie zmieniona nazwa w opisie materiałów w jego kosztorysie. Tym nie mniej, zaznaczył, że cena odpowiada tym oprawom, które są przewidziane w dokumentacji projektowej i przedmiarach inwestora.

Analiza wyżej wskazanych, kwestionowanych pozycji kosztorysu ofertowego, doprowadziła odwołującego do wniosków, że celem zamawiającego było wyszukanie najdrobniejszych nawet rozbieżności z niezwykle szczegółowym kosztorysem inwestorskim. Podkreślał, iż zastosowanie innego programu do kosztorysowania (programy komputerowe to standardowo wykorzystywane narzędzia), zawsze prowadzi do wystąpienia różnego rodzaju technicznych zmian, które jednak nie mają najczęściej żadnego wpływu na treść oferty. Zdaniem odwołującego, rozpatrując sprawę należy zadać sobie pytania: czemu służy kwestionowanie wymienionych wyżej pozycji przez zamawiającego? W jaki sposób wpływa na cenę oferty, zawarcie umowy i późniejszą realizację inwestycji? Odpowiadając na te pytania, stwierdził, iż odstępstwa w jego kosztorysie ofertowym nie mają żadnego wpływu na realizację umowy. Podkreślał, że w ofercie, zgodnie z SIWZ i projektem umowy zobowiązał się do realizacji inwestycji za określoną cenę i jest to oferta kompletna i możliwa do realizacji. W rezultacie działań zamawiającego, które są przedmiotem niniejszego odwołania, za najkorzystniejszą została uznana oferta o 535 000 zł droższa, od tej którą złożył odwołujący.

Zarzucał, że zamawiający pominał dorobek doktryny i orzecznictwa z ostatnich kilku lat, gdzie obecnie w praktyce akcentuje się raczej uzyskanie najkorzystniejszej oferty a nie wyszukiwanie jakichkolwiek nieścisłości w ofercie. Sprawdzanie ofert nie może obywać się kosztem przyszłej inwestycji, a pozycje zakwestionowane przez zamawiającego nie mają wpływu na realizację budowy przedmiotowej sali gimnastycznej. Odwołujący stwierdził, iż zaoferował i w dalszym ciągu podtrzymuje wykonanie zamówienia za cenę ryczałtową określoną w ofercie. Cena ta jest najniższa ze wszystkich ofert i jest dla zamawiającego najkorzystniejsza. Wskazał na projekt umowy załączony do SIWZ, gdzie wykonawca zobowiązuje się do realizacji całości inwestycji zgodnie z projektem, dokumentacją techniczną etc.

Na poparcie swoich twierdzeń przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 sierpnia 2010 r. KIO/1722/10: „Brak ujęcia w kosztorysie ofertowym jednej pozycji oraz zwiększenie ilości obmiarowej w jednej z pozycji kosztorysowej, w zakresie wskazanym przez odwołującego nie stanowił podstawy do odrzucenia oferty tego wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.” Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 sierpnia 2010 r. KIO/UZP 1642/10: „Brak ujęcia w kosztorysie ofertowym oddzielnych pozycji w zakresie wskazanym przez odwołującego nie stanowił podstawy do odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.” Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 października 2008 r. (KIO/UZP 1105/08): sprzeczność oferty z treścią siwz zachodzi wówczas, gdy przedmiot zaoferowany w ofercie nie odpowiada przedmiotowi zamówienia i rozbieżności te dotyczą istotnych elementów, mających wpływ na kształt przyszłej umowy tj. zakresu przedmiotowego i podmiotowego zobowiązania, przedmiotu świadczonej usługi, warunków płatności, terminów realizacji usługi, wynagrodzenia, oraz istotnych składników przyszłej umowy pomiędzy stronami, ujętych w istotnych postanowieniach umowy mających wiązać strony.”

Odnosząc powyższe orzeczenia do przedmiotowej sprawy, odwołujący stwierdził, że ewentualna rozbieżność pomiędzy kosztorysem inwestora a kosztorysem ofertowym dotyczy dosłownie kilku pozycji i praktycznie nie ma żadnego wpływu na realizację zamówienia. Drobne uchybienia co do wypełnienia kosztorysu nie przesądzają w najmniejszym stopniu o jego nieważności. Na potwierdzenie przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 października 2008 r. (KIO/UZP 1105/08: Izba stwierdza, że „Brak wypełnienia jednej z pozycji kosztorysu ofertowego w części ceny jednostkowej i wartości robót netto nie powoduje automatycznie skutku niezgodności oferty z treścią siwz (...) okoliczność niezgodności treści oferty z treścią siwz powinna być odrębnie badana w każdym indywidualnym przypadku z uwzględnieniem całokształtu związanych z nim okoliczności.” Tak więc każdorazowo należy zbadać wpływ danego braku na całość zamówienia, treść oferty, oraz możliwość zawarcia umowy. W przedmiotowym przypadku, w przekonaniu odwołującego, zamówienie może zostać zrealizowane i nie ma żadnych przeszkód aby dokonać zawarcia umowy. Niezgodności, o ile występują, są na tyle nieistotne, że praktycznie nie mają wpływu na wartość oferty, ani też nie zaburzają konkurencji, gdyż kolejna oferta i tak jest o wiele droższa.

Brak uzasadnienia dokonania odrzucenia oferty odwołującego, jak wyżej podnosił, utrudnił sformułowanie zarzutów na obecnym etapie postępowania. Wskazał, iż w przypadku stwierdzenia niezgodności oferty z SIWZ, zamawiający miał możliwość zastosowania przepisów art. 87 ust. 1 Pzp (żądanie udzielenia wyjaśnień), lub art. 87 ust. 2 Pzp (poprawienie omyłek). Odwołujący powoływał się na regulację zawartą w przepisie art. 87

ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp. Przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 lipca 2010 r. KIO/UZP 1459/10 w sprawie, w której również chodziło o rozbieżności pomiędzy kosztorysami inwestorskim i ofertowym: „Celem przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych jest niedopuszczenie do wyeliminowania z postępowania ofert na skutek zaistnienia niezgodności, które nie mają istotnego znaczenia dla przedmiotu zamówienia i oczekiwań Zamawiającego. Aby powyższy cel został osiągnięty, przepis ten nie może być interpretowany zawężająco.” Izba wprost stwierdziła, że „dokonując czynności oceny ofert zamawiający miał nie tylko prawo, ale i obowiązek poprawić rozbieżności w opisach tych pozycji, które nie odpowiadały opisom z przedmiaru robót, a dopiero w sytuacji braku zgody odrzucić ofertę.” Odrzucenie oferty jest czynnością ostateczną i nie powinno być nadużywane w sytuacji, gdy możliwe jest uzyskanie wyjaśnień, lub dokonanie poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 ustawy Pzp. Zaznaczył, że nie był w stanie stwierdzić, czy podobnie rygorystyczne zasady zamawiający stosował do innych, droższych ofert, gdyż pracownikowi odwołującego się nie udostępniono, pomimo wcześniejszych ustaleń, dokumentacji przetargowej w dniu 8 czerwca 2011 r.

Reasumując, stwierdził, iż czynność zamawiającego obarczona jest istotną wadą prawną w postaci braku uzasadnienia, lub choćby wskazania podstawy prawnej. Z ostrożności procesowej, odwołujący się przedstawił argumentację merytoryczną, przemawiającą przeciwko decyzji o odrzuceniu złożonej oferty. Zastrzegł jednak, iż wobec braku uzasadnienia, obrona jego praw jako wykonawcy doznała istotnego uszczerbku i jest znacznie ograniczona.

W odpowiedzi z dnia 16 czerwca 2011 r. zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. Podał, iż zarzuty sprowadzają się do dwóch kwestii:

- 1) zarzutu formalnego polegającego na braku wykazania podstawy prawnej odrzucenia oferty odwołującego,
- 2) zarzutu merytorycznego dotyczącego zakwestionowanych pozycji kosztorysu, które zdaniem odwołującego nie powodują sprzeczności oferty z treścią SIWZ, gdyż zamawiający winien poprawić błędy w ofercie odwołującego w trybie art. 87 ust. 2 ustawy Pzp.

Ad. 1

Zamawiający zaprzeczył twierdzeniom odwołującego, w zakresie podnoszonego braku formalnego wskazania podstawy prawnej odrzucenia złożonej oferty, jako uzasadnionej podstawy do uwzględnienia odwołania z tej przyczyny. Zdaniem zamawiającego przytoczone wyroki Krajowej Izby Odwoławczej dotyczą odmiennego stanu faktycznego, tj. takiego, w którym zamawiający nie podał żadnej podstawy odrzucenia oferty, przez co wykonawca pozbawiony został możliwości właściwej obrony swoich praw poprzez odniesienie się do

określonych zarzutów dotyczących jego oferty. Tymczasem w niniejszym przypadku zamawiający w piśmie z dnia 7 czerwca 2011 r. stanowiącym informację o wyniku postępowania w trybie art. 92 ustawy Pzp, na stronie 3 pisma wskazał dokładnie podstawę faktyczną odrzucenia oferty odwołującego poprzez wypisanie każdej pozycji kosztorysu, którą zamawiający uznał za sprzeczną z treścią SIWZ - wraz ze wskazaniem przyczyny uznania pozycji za wadliwą (przykładowo: poz. 65,d3 - nie uwzględniono folii aluminiowej w ilości 2,84 kg/szt). Jednocześnie zamawiający wskazał, iż nie był w stanie dokonać poprawy wymienionych nieprawidłowości w trybie art. 87 ust. 2 ustawy Pzp z uwagi na brak potrzebnych danych w kosztorysie ofertowym wykonawcy. Zamawiający zaznaczył, iż podstawa prawna odrzucenia oferty odwołującego została podana na stronie drugiej pisma – powiadamiającego o wyniku postępowania, w części dotyczącej wykonawców, których oferty podlegały odrzuceniu. Zamawiający wyjaśniał, że oferty nr 1, 8, i 9 zawierały rodzajowo takie same błędy jak oferta odwołującego, a zatem zasadne było odniesienie podstawy prawnej odrzucenia do tej samej grupy ofert. W opinii zamawiającego, fakt ten potwierdza również treść odwołania, w którym odwołujący odnosi się do każdej pozycji kosztorysu, wskazanej przez zamawiającego w piśmie z dnia 7 czerwca 2011 r., które zawierało podstawę rozstrzygnięcia o odrzuceniu tej oferty, a zatem odwołujący nie miał żadnych wątpliwości co do przyczyny odrzucenia jego oferty. Zamawiający wywodził, iż wbrew twierdzeniom odwołującego - w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, w tym w wyroku KIO z dnia 29 kwietnia 2011 r. KIO/UZP 771/11 podkreślono, iż wymóg podania przez zamawiającego uzasadnienia faktycznego i prawnego odrzucenia oferty wynikający z art. 92 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp, ma charakter ogólny i brak wskazania takiej podstawy nie może być przyczyną uwzględnienia odwołania, jeśli nie ma istotnego wpływu na wynik postępowania. W niniejszych okolicznościach, nie można mówić o istotnym wpływie na wynik postępowania, skoro zamawiający w sposób szczegółowy i nie budzący wątpliwości wskazał podstawę faktyczną odrzucenia oferty odwołującego, zaś podstawa prawna wynikała z treści pisma w zakresie innych ofert zawierających rodzajowo takie same uchybienia (oferta nr 1).

Ad. 2

Zarzut dotyczący błędów w kosztorysie ofertowym, poczytał zamawiający jako bezzasadny. Stwierdził, iż odwołujący przywołał treść wyroków Krajowej Izby Odwoławczej nie przystających w żaden sposób do niniejszego postępowania, a w szczególności przywołał orzeczenia dotyczące innych błędów w kosztorysie, tj. takich które można poprawić w trybie art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp i kiedy kosztorys miał znaczenie pomocnicze, a wynagrodzenie miało charakter ryczałtowy. Tymczasem w przedmiotowym postępowaniu wynagrodzenie ma charakter kosztorysowy. Z uwagi na powyższe, zgodnie z zapisami SIWZ, zamawiający wymagał od wykonawców sporządzenia kosztorysu ofertowego ściśle według stanowiącego

załącznik do SIWZ kompletu przedmiarów robót. W kosztorysie ofertowym odwołującego znalazły się natomiast takie błędy, które nie były możliwe do skorygowania w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. W odniesieniu do możliwości poprawienia błędów w ofercie, zamawiający argumentował, iż wprowadzona nowelizacją z dnia 4 sierpnia 2008 r. możliwość poprawy drobnych błędów w ofercie, w szczególności błędów pojawiających się w kosztorysach i leżący po stronie zamawiającego obowiązek ich poprawy nie ma charakteru nieograniczonego. Stosowanie przepisu art. 87 ust. 2 ustawy Pzp nie może prowadzić do takiej sytuacji, gdzie zamawiający będzie dokonywać poprawy omyłek w ofercie, której treść jest w określonym zakresie sprzeczna z treścią SIWZ. Jeśli obowiązek poprawy wymaga samodzielnego działania zamawiającego, możliwość poprawienia błędu musi być jasna, oczywista, nie budząca jakichkolwiek wątpliwości. W ocenie zamawiającego, nie zachodziły przesłanki do poprawy oferty odwołującego, która we wskazanych częściach jest sprzeczna z treścią SIWZ, a jej poprawienie spowodowałoby istotną zmianę jej treści. Oponując przeciwko wnioskowi odwołującego, podnosił iż art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp wprowadzony został w celu uniknięcia przypadków odrzucania ofert z powodu błahych omyłek, dopuszcza zatem poprawienie niedopatrzeń, błędów niezamierzonych, opuszczeń, drobnych różnic (...), lecz wszystkie te zmiany muszą mieścić się w pojęciu omyłki. Powyższe potwierdza jednolite orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, w tym w szczególności: wyrok z dnia 20 stycznia 2009 r. KIO/UZP 11/09, wyrok z dnia 9 sierpnia 2010 r. KIO/UZP 15/10, KIO/UZP 1531/10 i KIO/UZP 1535/10, wyrok z dnia 6 lipca 2010 r. KIO/UZP 1255/10, wyrok z dnia 18 maja 2010 r. KIO/UZP 780/10, także wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 28 kwietnia 2009 r. sygn. akt: XII Ca 102/09.

Odnosząc powyższe do oferty odwołującego, podnosił co następuje:

Ad. I. Kosztorys ofertowy - instalacja wod - kan.:

Poz. 35d2 do 38d.2

Odwołujący nie zastosował się do przedmiaru, stosując wszystkie nakłady ujęte w pozycjach kosztorysowych, które dotyczą różnych materiałów alternatywnych, dlatego błędnie interpretuje rozwiązania projektowe i przedmiarowe.

Poz. 46d2

Pominięcie nakładów materiałowych w postaci przerywacza strugi typ HA216 prod. Danfoss (lub równoważnego) jest błędem w odniesieniu do przedmiaru zarówno rzeczowym jak i cenowym.

Poz. 65d. 3 i 69d.3

Odwołujący wyceniając przedmiotowe pozycje bez uwzględnienia nakładów materiałowych w postaci folii aluminiowej stanowiącej uszczelnienia połączeń kształtek żeliwnych wycenił je nieprawidłowo gdyż takie łączniki są niedopuszczalne.

Ad. II. Kosztorys ofertowy - instalacja co

Poz. 26d. I - brak wyceny głowic termostatycznych RTS-K 4250 + 013L 3177SO prod. Danfoss (lub równoważnych).

Poz. 21.d1 - brak wyceny głowic termostatycznych typu RTD 3120 prod. Danfoss (lub równoważnych).

Zamawiający w przedmiarach dotyczących instalacji co żądał osobnej wyceny: grzejników, zaworów grzejnikowych oraz głowic do tych zaworów. Twierdzenie odwołującego, że uwzględnił wycenę głowic termostatycznych przy wycenie grzejników jest nieprawdą, gdyż w pozycjach oferty dotyczących montażu grzejników (1.d.1 do 17.d.1) uwzględniono jedynie w nakładach materiałowych grzejniki i ich zawieszenia.

Ad. III. Kosztorys ofertowy - kotłownia gazowa:

Poz. 41d. 1

W tym wypadku zamawiający uwzględnił stanowisko odwołującego, gdyż czujnik braku wody w kotle jest na wyposażeniu kotła.

Poz. 42d.1

Pominięto wycenę czujnika temperatury montowanego na instalacji co w kotłowni ujętego w rysunku nr 17 „Schemat technologiczny kotłowni” i przynależnym mu wykazem urządzeń i armatury (poz. 35) zgodnie z projektem wykonawczym: „Projekt sali gimnastycznej przy Szkole Podstawowej nr 50 w Krakowie” opracowanym przez studio projektowo - realizacyjne BM AKT PROJEKT Kielce ul. Starodomaszowska 30/53.

Poz. 48d.1

Nie wyceniono kompletnego układu sygnalizacji dźwiękowej spadku ciśnienia w instalacji w kotłowni. Wycenione nakłady materiałowe w tej pozycji nie odpowiadają rozwiązaniu projektowemu ujętemu na rys. nr 17 „Schemat technologiczny kotłowni” z przynależnym mu wykazem urządzeń i armatury (poz. 38).

Ad. IV. Kosztorys ofertowy - instalacje elektryczne:

Poz. 47.48

W tym wypadku zamawiający uwzględnił stanowisko odwołującego, gdyż przewody 2-żyłowe nie mają zastosowania w instalacji oświetlenia i gniazd wtykowych.

Poz. 51

W tym wypadku zamawiający uwzględnił stanowisko odwołującego, gdyż przewód 3x2,5 może zastępować przewód 3 x 1,5.

Poz. 75

Przewód wymagany UTP kategorii 5e jest przewodem teletechnicznym, przewód Yby 3 x 2,5 jest przewodem energetycznym.

Poz. 84, 85

W przedmiarze występują oprawy metalohalogenowe PG-250, w ofercie oprawy OK-1, które absolutnie nie nadają się do oświetlenia sali gimnastycznej.

Poz. 86, 87, 88

Oprawa COSMO znacznie różni się od oferowanej przez odwołującego - oprawy tunelowej.

Poz. 89

Zamawiający omyłkowo wskazał pozycję jako nieprawidłową.

Poz. 90, 91, 92

Oprawa TRIO znacznie różni się od zaoferowanej przez odwołującego - oprawy tunelowej.

Poz. 93

Zamawiający omyłkowo wskazał pozycję jako nieprawidłową.

Poz. 94, 95

Oprawa MONITOR jest oprawą kierunkową, a nie tunelową jaką oferuje odwołujący.

Poz. 96

Zamawiający omyłkowo wskazał pozycję jako nieprawidłową.

Reasumując, pomimo uznania zasadności kilku zarzutów odwołującego, z uwagi na brak możliwości poprawy przez zamawiającego kosztorysu ofertowego w takim zakresie, aby był on w całości zgodny z kompletem przedmiarów robót - oferta odwołującego pozostaje nadal sprzeczna z treścią SIWZ, a tym samym podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp. Powołując powyższe, zamawiający wnosił o oddalenie odwołania.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 16 czerwca 2011 r. w trybie art. 185 ust. 2 ustawy Pzp, żaden wykonawca nie zgłosił przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Izba nie stwierdziła podstaw skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody: z ogłoszenia o zamówieniu, protokołu postępowania z załącznikami, specyfikacji istotnych warunków zamówienia z załącznikami i wyjaśnieniami, oferty odwołującego.

Ponadto Izba rozważyła stanowiska reprezentanta odwołującego oraz pełnomocników stron, przedstawione do protokołu rozprawy.

Rozpatrując sprawę w granicach zarzutów odwołania jak stanowi art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba ustaliła co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest „Budowa sali gimnastycznej Szkoły podstawowej nr 50 w Krakowie przy ul. Katowickiej 28,” o wartości zamówienia dla robót budowlanych poniżej progów wymienionych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, tj. rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 23 grudnia 2009 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich (Dz. U. Nr 224, poz. 1795). Z tych względów odwołanie przysługuje od czynności wymienionych w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp. Skoro oferta odwołującego została odrzucona, był on legitymowany do wniesienia odwołania w oparciu o art. 180 ust. 2 pkt 4 tej ustawy.

W specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) zamawiający postanowił.

Rozdział 3 Opis przedmiotu zamówienia.

W skład zamówienia wchodzi między innymi:

- wykonanie instalacji elektrycznej wewnętrznej wraz z osprzętem i montażem nowych lamp,
- wykonanie nowego przyłącza kanalizacji, modernizacji kotłowni gazowej i wentylacji mechanicznej oraz instalacji wody zimnej, ciepłej, cyrkulacji, instalacji centralnego ogrzewania i ciepła technologicznego.

Szczegółowy zakres zamówienia określają łącznie:

- komplet przedmiarów robót – zał. 4 do SIWZ,
- pkt 16.2 SIWZ,
- komplet specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych, zał. nr 5 do SIWZ,
- projekt – w zakresie odpowiadającym załącznikowi nr 4 do SIWZ, zał. nr 6 do SIWZ.

Zamawiający zamieścił uwagę, iż: „W przypadku podania w którymkolwiek z ww. dokumentów nazw producentów, lub nazw urządzeń/materiałów konkretnego producenta, wykonawca może zastosować ww. materiały/urządzenia równoważne. Przez materiały/urządzenia równoważne zamawiający rozumie materiały/urządzenia posiadające równorzędne lub wyższe parametry techniczne i jakościowe jak materiały/urządzenia wskazane przez zamawiającego.

Rozdział 9 SIWZ. Oświadczenia i dokumenty, jakie wykonawca zobowiązany jest złożyć w ofercie, między innymi:

Pkt 9.1.13 – kosztorys ofertowy, obejmujący pełny zakres prac objętych ofertą, sporządzony według zasad określonych w punkcie 16.4 SIWZ.

Rozdział 16 SIWZ. Opis sposobu obliczenia ceny.

Pkt 16.1. zamawiający nie będzie uwzględniał roszczeń wykonawcy z tytułu błędnego kalkulowania ceny lub pominięcia elementów niezbędnych do wykonania przedmiotu umowy.

Pkt 16.4. zamawiający wymaga sporządzenia kosztorysu szczegółowego (pełnego) ściśle według zał. do SIWZ nr 4 – przedmiarów robót. Za kosztorys szczegółowy (pełny) zamawiający uznaje kosztorys posiadający wszystkie niżej wymienione elementy:

- poszczególne pozycje kosztorysowe zawierają co najmniej: podstawę nakładów, opis pozycji (robót), ilość robót, nakłady rzeczowe (z wyszczególnieniem wszystkich materiałów, robocizny, sprzętu, jednostki miary nakładów rzeczowych, zastosowane normy, ceny jednostkowe poszczególnych nakładów oraz wartość z podziałem na: robocizną, materiały i sprzęt. (ceny materiałów powinny uwzględniać koszty ich zakupu),
- podany został wskaźnik i wartość kosztów pośrednich (za podstawy naliczenia kosztów pośrednich należy przyjąć koszty robocizny oraz pracy sprzętu i środków transportu technologicznego,
- podany został wskaźnik i wartość zysku (za podstawę naliczenia zysku należy przyjąć koszty robocizny, oraz pracy sprzętu i środków transportu technologicznego oraz koszty pośrednie.

Uwzględniając swobodę w kształtowaniu poziomu stawek czynników produkcji i narzutów, zamawiający wyklucza stosowanie upustów.

Wynikające z punktu 16.2 SIWZ czynności (tj. organizację i zaplecze placu budowy) nie ujęte w pozycjach przedmiarowych należy uwzględnić w kosztorysie ofertowym przy określaniu wysokości kosztów pośrednich.

Pkt 16.5 SIWZ. Cena podana w formularzu oferty winna być równa cenie brutto kosztorysu ofertowego.

Rozdział 17 SIWZ. Badanie ofert.

Pkt. 17.1 zamawiający odrzuci ofertę, jeżeli stwierdzi, iż jej treść nie odpowiada treści SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Pkt 17.2 dotyczy art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp – zamawiający uznaje omyłki, których poprawa skutkuje zmianę ceny ofertowej o ponad 5% za omyłki powodujące istotną zmianę treści oferty, czyli za omyłki skutkujące odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Rozdział 18 SIWZ Opis kryteriów oceny ofert. Cena 100%. Ocenie i porównaniu zostaną poddane oferty nie podlegające odrzuceniu.

Rozdział 21 SIWZ. Istotne dla stron postanowienia umowy. Wzór umowy stanowi załącznik nr 7 do SIWZ.

W § 5 wzoru umowy ust. 2 zamawiający postanowił – wynagrodzenie powyższe zostało ustalone w oparciu o kosztorys ofertowy.

Ust. 4. Zamówienia dodatkowe, których konieczność wykonania wystąpi w trakcie realizacji przedmiotu umowy (...), wykonawca zobowiązany jest wykonać na dodatkowe zlecenie zamawiającego (...).

Ust. 5. Wynagrodzenie za zamówienia dodatkowe (...) ustalone zostanie przy zachowaniu stawek i cen jednostkowych obowiązujących w niniejszej umowie.

W § 5 wzoru umowy ust. 2 zamawiający postanowił - rozliczenie należności nastąpi kosztorysem powykonawczym, sporządzonym w oparciu o kosztorys ofertowy po sporządzeniu protokołu odbioru całości przedmiotu umowy lub odrębnych jego części, podlegających odrębnemu odbiorowi z uwzględnieniem ilości zamówionych, wykonanych i przyjętych robót przez zamawiającego, według cen jednostkowych wskazanych w § 5.

W odpowiedziach na zapytania wykonawców do SIWZ, zamawiający podał:

- pytanie 1.3 - Czy zamawiający dopuszcza zmianę przez oferenta nakładów oraz norm w poszczególnych pozycjach kosztorysu w stosunku do nakładów i norm występujących w podanych w przedmiarze katalogach nakładów rzeczowych? Zamawiający udzielił odpowiedzi odmownej.

W piśmie z dnia 7 czerwca 2011 r. powiadającym o wynikach przetargu, zamawiający zawarł informację o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone. Zamawiający odrzucił 7 ofert z powodu niezgodności kosztorysów ofertowych z przedmiarami. W pozycji 1-ej odnoszącej się do odrzucenia oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Robót Budowlanych „OLEXBUD” Paweł Oleksy, zamawiający jako podstawę prawną tej czynności wskazał art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W pozostałych pozycjach wymienionego pisma, w tym odnoszącej się do oferty odwołującego, zamawiający wprost podstawy prawnej czynności odrzucenia oferty nie podał. Natomiast w protokole postępowania, stanowiącym załącznik do druku ZP PN, podano, że na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zamawiający odrzucił oferty wykonawców, gdyż treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wymieniając pod przytoczoną wyżej podstawą prawną oferty 7-u wykonawców, w tym ofertę odwołującego, przy której zamawiający podał następujące uzasadnienie faktyczne czynności odrzucenia oferty (bez ujęcia pozycji uwzględnionych w odpowiedzi na odwołanie):

Do Ad. I. kosztorys ofertowy - instalacja wod - kan.:

Poz. 35d.2 do 38d.2 – podpozycje niezgodne z przedmiarem – naliczono niezgodne kształtki z PCV, PE, i z PB. wykonawca nie zastosował się do przedmiaru, stosując wszystkie nakłady ujęte w pozycjach kosztorysowych, które dotyczą różnych materiałów alternatywnych, dlatego błędnie interpretuje rozwiązania projektowe i przedmiarowe.

Poz. 46d (odpowiadająca poz. przedmiaru 46d2) (pominięcie nakładów materiałowych) wykonawca nie uwzględnił przerywacza strugi typ HA 216 prod. Danfoss (lub równoważnego) szt. 1) jest błędem w odniesieniu do przedmiaru zarówno rzeczowym jak i cenowym.

Poz. 65d.3 nie uwzględniono folii aluminiowej w ilości 2,84 kg/szt

Poz. 69d.3 nie uwzględniono folii aluminiowej w ilości 0,14 kg/szt

Wykonawca wyceniając przedmiotowe pozycje bez uwzględnienia nakładów materiałowych w postaci folii aluminiowej stanowiącej uszczelnienia połączeń kształtek żeliwnych wycenił je nieprawidłowo gdyż takie łączniki są niedopuszczalne.

Do Ad. II. Kosztorys ofertowy - instalacja co

Poz. 26d.1 - brak wyceny głowic termostatycznych RTS-K 4250 + 013L 3177SO prod. Danfoss (lub równoważnych).

Poz. 27.d.1 - brak wyceny głowic termostatycznych typu RTD 3120 prod. Danfoss (lub równoważnych).

Zamawiający w przedmiarach dotyczących instalacji co żądał osobnej wyceny: grzejników, zaworów grzejnikowych oraz głowic do tych zaworów. W pozycjach oferty dotyczących montażu grzejników (1.d.1 do 17.d.1) uwzględniono jedynie w nakładach materiałowych grzejniki i ich zawieszenia.

Do. Ad. III. kosztorys ofertowy - kotłownia gazowa:

Poz. 42d.1 nie uwzględniono czujnika temperatury. Pominięto wycenę czujnika temperatury montowanego na instalacji co w kotłowni ujętego w rysunku nr 17 „Schemat technologiczny kotłowni” i przynależnym mu wykazem urządzeń i armatury (poz. 35) zgodnie z projektem wykonawczym: „Projekt sali gimnastycznej przy Szkole Podstawowej nr 50 w Krakowie” opracowanym przez studio projektowo - realizacyjne BM AKT PROJEKT Kielce ul. Starodomaszowska 30/53.

Poz. 48d.1 nie uwzględniono sygnalizacji dźwiękowej spadku ciśnienia w instalacji. Nie wyceniono kompletnego układu sygnalizacji dźwiękowej spadku ciśnienia w instalacji w kotłowni. Wycenione nakłady materiałowe w tej pozycji nie odpowiadają rozwiązaniu

projektowemu ujętemu na rys. nr 17 „Schemat technologiczny kotłowni” z przynależnym mu wykazem urządzeń i armatury (poz. 38).

Do Ad. IV. kosztorys ofertowy - instalacje elektryczne:

Poz. 75 zmiana przewodów w stosunku do przedmiaru. Przewód wymagany UTP kategorii 5e jest przewodem teletechnicznym, przewód YDY 3 x 2,5 jest przewodem energetycznym.

Poz. 84 -85 inne oprawy w stosunku do przedmiaru

W przedmiarze występują oprawy metalohalogenowe PG-250, w ofercie oprawy OK-1, które absolutnie nie nadają się do oświetlenia sali gimnastycznej.

Poz. 86, 87, 88. Oprawa Cosmo znacznie różni się od oferowanej przez odwołującego - oprawy tunelowej.

Poz. 90, 91, 92. Oprawa TRIO znacznie różni się od zaoferowanej przez odwołującego - oprawy tunelowej.

Poz. 94, 95. Oprawa MONITOR jest oprawą kierunkową, a nie tunelową jaką oferuje odwołujący.

Zamawiający w piśmie tym zamieścił uwagę, iż nie jest w stanie dokonać poprawy części z wyżej wymienionych nieprawidłowości z uwagi na brak potrzebnych danych w kosztorysie ofertowym wykonawcy.

Dokumentacja zawiera informacje 3 członków komisji przetargowej dokonujących sprawdzenia kosztorysów ofertowych. W przypadku oferty odwołującego nr 11, sprawdzenia dokonał inż. Józef Kiciński.

Oferty złożyło 12 wykonawców. Odwołujący zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia za najniższą cenę brutto: 3 660 588,38 zł. Zamawiający wybrał ofertę wykonawcy DDS – Phenix sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie z ceną brutto: 4 195 714,59 zł.

W kosztorysie ofertowym odwołującego w zakresie zarzutów podtrzymanych przez zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie, podano.

I. W kosztorysie wod-kan.

- 35 d.2 - 38 d.2 kształtki. Wyceniono cztery rodzaje kształtek, z zastosowaniem jednolitej wyceny. Podpozycje niezgodne z przedmiarem – naliczono niezgodnie kształtki z PCV, PE, i z PB, zamawiający podał kształtki z polietylenu PE. Odwołujący nie zastosował się do przedmiaru, stosując wszystkie nakłady ujęte w pozycjach kosztorysowych, które dotyczą różnych materiałów alternatywnych. Nastąpiło zwiększenie ilości nakładów w tych pozycjach. Zamawiający nie dopuścił zmian nakładów rzeczowych.

- poz. 46 d.2 nie została ujęta pozycja materiałowa przerywacza strugi HA 216 pr. Danfoss. W wykazie materiałów brak ww. przerywacza, okoliczność przyznana.

- poz. 65 i 69 – brak wyceny pozycji materiałowej – folii aluminiowej. Brak udowodnienia stanowiska odwołującego, że folię ujął w wycenie tych pozycji. Zestawienie materiałów folii nie zawiera.

Izba stwierdziła brak wyceny pełnego zakresu rzeczowego ww. pozycji.

II. W kosztorysie instalacja co.

- poz. 26 i 27 – odwołujący przyznał okoliczność, iż nie wycenił oddzielnie głowic termostatycznych. W wykazie materiałów brak głowic termostatycznych. Odwołujący nie udowodnił, że głowice termostatyczne stanowią nierozłączny komplet z grzejnikiem. Urządzenia te są sprzedawane oddzielne. Izba stwierdziła brak wyceny pełnego zakresu rzeczowego ww. pozycji.

III. W kosztorysie kotłownia gazowa.

- poz. 42 nie ujęto czujnika temperatury na instalacji. W wykazie materiałów brak wyszczególnienia takiego czujnika.

- poz. 48 – nie ujęto sygnalizacji dźwiękowej spadku ciśnienia w instalacji. W wykazie materiałów brak wyszczególnienia takiego urządzenia.

Izba stwierdziła brak wyceny pełnego zakresu rzeczowego ww. pozycji.

IV. W kosztorysie instalacja elektryczna.

- poz. 75. Przewód UTP kategorii 5e jakiego wymagał zamawiający jest przewodem teletechnicznym, przewód YDY 3 x 2,5 jaki podał i wycenił w tej pozycji odwołujący jest przewodem energetycznym. Odwołujący nie wskazał żadnej innej pozycji kosztorysu, czy zestawienia materiałowego, która zawierałaby podanie ceny jednostkowej przewodu takiego rodzaju jak wymagał zamawiający. Izba stwierdziła zaoferowanie wykonania zamówienia z innego materiału, niż podawał przedmiar dla wymienionej pozycji.

- poz. 84-85, Inne oprawy zostały podane w opisie materiałów w danej pozycji i w zestawieniu materiałów. W przedmiarze występują oprawy metalohalogenowe PG-250, w ofercie oprawy OK-1, które w ocenie zamawiającego nie nadają się do oświetlenia sali gimnastycznej, ponieważ nie spełniają parametrów natężenia światła oraz zasięgu i odporności na uderzenia -wymaganego projektem wykonawczym.

- poz. 86,87,88; 90,91,92; 94,95 podano oprawy tunelowe, zamiast wymaganych typów opraw ujętych wprost w przedmiarze TRIO, MONITOR, COSMO. Twierdzenia odwołującego, że wycenione zostały prawidłowe oprawy, a nie została jedynie zmieniona nazwa w opisie

materiałów, nie mogły stanowić dowodu na okoliczność, że cena odpowiada tym oprawom, które są przewidziane w dokumentacji projektowej i przedmiarach inwestora. Izba stwierdziła zaoferowanie wykonania zamówienia z innego materiału, niż podawał przedmiar i projekt dla wymienionych pozycji.

Izba zważyła co następuje.

Oferta odwołującego podlegałaby sklasyfikowaniu na pierwszej pozycji w ustalonym kryterium najkorzystniejszej ceny. Skoro odwołujący dowodził, iż działanie zamawiającego naruszyło wskazane przepisy ustawy Pzp, gdyż w wyniku zaskarżonych czynności zamawiający bezpodstawnie odrzucił złożoną ofertę, tym samym odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia i możliwość poniesienia szkody, w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, uprawniające do korzystania ze środków ochrony prawnej.

W odniesieniu do zarzutu, iż w piśmie powiadamiającym o odrzuceniu oferty odwołującego, nie została podana, wbrew wymaganiom art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp podstawa prawna tej czynności, Izba stwierdziła, iż faktycznie podstawa prawna odrzucenia oferty odwołującego nie została podana w akapicie pisma z dnia 7 czerwca 2011 r. odnoszącym się do dokonanej oceny oferty odwołującego. Izba podzieliła jednak stanowisko zamawiającego, że podstawę prawną odrzucenia oferty, jaką wskazał zamawiający w poz. 1 tegoż pisma, z uwagi na tożsamy charakter zarzutów dotyczących oferty odwołującego można było ustalić i odnieść także do odrzucenia oferty odwołującego. Ponadto w jawnym po wyborze oferty protokole komisji przetargowej – załączniku do protokołu postępowania, podstawa prawna odrzucenia ofert została podana ogólnie w nagłówku, w części dotyczącej wykonawców, których oferty podlegały odrzuceniu. Zatem odnosiła się bez wątpliwości również do oferty odwołującego. Nie zachodziły, w ocenie Izby zasadne podstawy do uwzględnienia odwołania z tej przyczyny. Zdaniem Izby, zamawiający w piśmie z dnia 7 czerwca 2011 r. stanowiącym informację o wyniku postępowania w trybie art. 92 ustawy Pzp, wskazał i opisał dokładnie podstawę faktyczną odrzucenia oferty odwołującego poprzez wypisanie każdej pozycji kosztorysu, którą uznał za sprzeczną z treścią SIWZ - wraz ze wskazaniem przyczyny uznania każdej z tych pozycji za wadliwą. Jednocześnie zamawiający wskazał, iż nie był w stanie dokonać poprawy wymienionych nieprawidłowości w trybie art. 87 ust. 2 ustawy Pzp z uwagi na brak potrzebnych danych w kosztorysie ofertowym wykonawcy. W przekonaniu Izby, treść przywoływanego pisma zamawiającego wyczerpuje wymogi określone art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, co do obowiązku podania podstawy faktycznej czynności odrzucenia oferty wykonawcy. Treść wymienionego pisma umożliwiła odwołującemu

sformułowanie zarzutów odwołania i podjęcie polemiki z uzasadnieniem kwestionowanej czynności zamawiającego. Zatem twierdzenia odwołującego, że doznał on utrudnień w dochodzeniu swoich praw, Izba uznała za bezpodstawne. Ponadto na przeszkodzie uwzględnieniu odwołania z tej samoistnej przyczyny - braku podania wprost podstawy prawnej, stałaby regulacja art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, która umożliwia Izbie uwzględnienie odwołania jedynie przy spełnieniu przesłanki stwierdzenia naruszenia przepisów ustawy Pzp, które miały lub mogły mieć istotny wpływ na wynik postępowania.

Przechodząc do podstaw odrzucenia oferty odwołującego z powodu ujawnionych błędów w kosztorysie ofertowym, przeprowadzony materiał dowodowy sprawy, w szczególności przytaczana wyżej treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia, istotnych postanowień wzoru umowy, świadczy, wbrew twierdzeniom odwołującego, że w przedmiotowym postępowaniu ustalone wynagrodzenie na charakter kosztorysowy. W § 5 wzoru umowy ust. 2 zamawiający postanowił bowiem, że rozliczenie należności nastąpi kosztorysem powykonawczym, sporządzonym w oparciu o kosztorys ofertowy po sporządzeniu protokołu odbioru całości przedmiotu umowy lub odrębnych jego części, podlegających odrębnemu odbiorowi z uwzględnieniem ilości zamówionych, wykonanych i przyjętych robót przez zamawiającego, według cen jednostkowych wskazanych w kosztorysie ofertowym.

Z uwagi na powyższe, zgodnie z zapisami SIWZ, zamawiający wymagał od wykonawców sporządzenia kosztorysu ofertowego metodą szczegółową ściśle według stanowiącego załącznik nr 4 do SIWZ kompletu przedmiarów robót – z wyszczególnieniem wyceny poszczególnych czynników, w tym opisanych w przedmiarach materiałów. Zamawiający nie dopuścił zmiany materiałów, oprócz równoważnych do wskazanych z nazwy własnej. Nie dopuścił też zmian nakładów rzeczowych.

Należało zgodzić się ze stanowiskiem zamawiającego, że art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp wprowadzony został w celu uniknięcia przypadków odrzucania ofert z powodu błahych omyłek, dopuszczalne jest zatem poprawienie niedopatrzeń, błędów niezamierzonych, opuszczeń, drobnych różnic (...), lecz wszystkie te zmiany muszą mieścić się w pojęciu omyłki. Odwołujący natomiast, nie twierdził wprost, iż odstępstwa w kosztorysie ofertowym jego oferty mają charakter omyłek. Częściowo usprawiedliwiał je np. tym, że program kosztorysujący, z którego korzysta o nazwie „Zuzia” w niektórych pozycjach z podstawy wyceny KNNR podanych przez zamawiającego w przedmiarze zawiera inne dane. Rzeczą wykonawcy jest zdaniem Izby, korzystanie z takich narzędzi informatycznych, które umożliwiają w pełni zgodne opracowanie kosztorysu ofertowego z wymaganiami przedmiaru robót. Zamawiający mógł wprawdzie zaznaczyć dla ułatwienia wykonawcom sporządzenia prawidłowego kosztorysu

ofertowego, w których pozycjach przedmiaru dokonał zmian nakładów materiałowych w stosunku do opisu pozycji wynikającej z przywołanego w tych pozycjach numeru KNNR. Zamawiający ma bowiem obowiązek statutowany art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, opisać przedmiot zamówienia podając wszelkie okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Zarzut taki nie był przez odwołującego podnoszony, a ponadto na etapie wyboru oferty, byłby on spóźniony, albowiem dotyczył specyfikacji istotnych warunków zamówienia, Izba zaś zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp nie może orzekać co zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

Należało zważyć, iż treść oferty wykonawcy to jego jednostronne zobowiązanie do realizacji przedmiotu zamówienia na rzecz zamawiającego. Zgodnie z art. 140 ust. 1 ustawy Pzp zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie - poprzez inkorporację treści oferty do postanowień umowy, które zamawiający zawarł we wzorze stanowiącym załącznik nr 7 do SIWZ i podniósł do rangi istotnych postanowień umowy. Wykonawca, przy kosztorysowej formie wynagrodzenia, jaka wynika z wzoru umowy - zgodnie z którą zamówienie będzie realizowane, ma obowiązek wykonać wyłącznie zakres rzeczowy prac objęty kosztorysem ofertowym, z użyciem wykazanych w nim materiałów ich ilości, rozliczanych kosztorysem powykonawczym, w oparciu o obmiar rzeczywisty. Dokonanie zmian: rezygnacji z określonych robót - robót zamiennych, czy wykonanie robót dodatkowych, nawet w oparciu o dokumentację projektową (np. w przypadku ich nie ujęcia w przedmiarze), musi być objęte odrębnym zleceniem, zaakceptowanym przez strony umowy. Wykonawca ma wprawdzie obowiązek wykonać roboty zgodnie z projektem, co szczególnie podkreślał odwołujący, jednakże stwierdzenie konieczności wykonania szerszego zakresu robót niż przewidziany przedmiarem, a także objęty kosztorysem ofertowym, uprawnia wykonawcę do żądania dodatkowego zlecenia robót, wiążących się z zastosowaniem urządzeń czy materiałów, których kosztorys ofertowy nie zawierał. Stąd za niezwykle ważne, należy przy tej formie wynagrodzenia, przyjmować sprawdzenie przez zamawiającego kosztorysu ofertowego wykonawcy, przed przyjęciem jego oferty. Z mocy wskazanych wyżej i omówionych postanowień SIWZ oraz wzoru umowy, zamawiający uczynił całość swoich wymagań co do zawartości kosztorysu ofertowego, istotnymi postanowieniami oferty, a co za tym idzie umowy o realizację zamówienia publicznego w rozumieniu art. 66 ust. 1 K.c. w związku z art. 14 ustawy Pzp.

Faktem jest, że ustawa Pzp w art. 87 ust. 2 pkt 3 pozwala na poprawienie omyłek innych niż rachunkowe i pisarskie, polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty.

Analizując stwierdzone powyżej nieprawidłowości w kosztorysie ofertowym odwołującego pod kątem możliwości ich poprawy w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, Izba miała na względzie postanowienia SIWZ zawarte w pkt 16.4., stanowiące, że

wynikające z punktu 16.2 SIWZ czynności (tj. organizację i zaplecze placu budowy) nie ujęte w pozycjach przedmiarowych należy uwzględnić w kosztorysie ofertowym przy określaniu wysokości kosztów pośrednich. Oznacza to zatem, że jedynie w odniesieniu do kosztów zaplecza budowy, przy braku pozycji kosztorysu w tym zakresie, zostają one wliczone jako zawarte w kosztach pośrednich. Zamawiający nie dopuścił sytuacji, iż pominięcie określonej pozycji w kosztorysie ofertowym oznacza, że została ona ujęta w innej pozycji kosztorysu.

W ocenie Izby, ewidentne stwierdzone w oparciu o kosztorys ofertowy i wykazy materiałów, pominięcia zaoferowania wykonania przedmiotu zamówienia z zastosowaniem;

- a) folii aluminiowej – kosztorys wod-kan., poz. 65 i 69, około 3kg/szt,
- b) przerywacza strugi HA 216 pr. Danfoss, - kosztorys wod.-kan., poz. 46 d.2,
- c) głowic termostatycznych – kosztorys instalacji c.o., poz. 26 i 27, w ilości około 35 sztuk,
- d) czujnika temperatury na instalacji, kosztorys kotłownia gazowa, poz. 42,
- e) sygnalizacji dźwiękowej spadku ciśnienia w instalacji, kosztorys kotłownia gazowa, poz. 48,

- nie kwalifikują się do poprawy.

Zamawiający w pkt 17.2 SIWZ dotyczącym stosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp – podał, że uznaje omyłki, których poprawa skutkuje zmianą ceny ofertowej o ponad 5% za omyłki powodujące istotną zmianę treści oferty, czyli za omyłki skutkujące odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Nawet przyjmując możliwość uzupełnienia samych podstaw wyceny materiałowej wprost z opisu pozycji, to brak ceny jednostkowej (kosztu materiałowego), uniemożliwił w ocenie Izby, wyliczenie wartości danych pozycji samodzielnie przez zamawiającego. Zamawiający nie mógł bowiem przyjąć według swego uznania cen jednostkowych ww. materiałów. Zatem bez odrębnego oświadczenia wykonawcy, co do zaoferowania cen, w tym zakresie, poprawa oferty odwołującego nie była możliwa. Uzupełnianiu oferty po terminie jej złożenia, stoi na przeszkodzie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, który nie dozwala na zmianę treści oferty. W żadnych innych miejscach kosztorysu, odwołujący nie był w stanie wskazać cen dla pominiętych materiałów, które mogłyby stanowić podstawę korekty. Nie zasługiwały na wiarę twierdzenia odwołującego, że cenę pominiętych nakładów materiałowych ujął zbiorczo w powiązanych pozycjach kosztorysu, gdyż takim twierdzeniom zaprzeczał wykaz zastosowanych materiałów, załączony do kosztorysów branżowych, w którym również pominięto wyszczególnienie ww. materiałów i ich ilości.

W ocenie Izby, możliwe było skorygowanie nakładów i wyceny dla kosztorysu wod-kan. w poz. 35d.2 - 38 d.2 kształtki. Wyceniono cztery rodzaje kształtek, z zastosowaniem jednolitej wyceny. Odwołujący wprawdzie nie zastosował się do przedmiaru, stosując

wszystkie nakłady ujęte w pozycjach kosztorysowych, które dotyczą różnych materiałów alternatywnych. Nastąpiło zwiększenie ilości nakładów w tych pozycjach, a zamawiający nie dopuścił zmian nakładów rzeczowych. Jednakże wobec podania cen jednostkowych materiałów tej pozycji, prawidłowe wyliczenie było możliwe samodzielnie przez zamawiającego, stosownie do postanowień punktu 17.2 SIWZ.

W odniesieniu do poz. 75 kosztorysu instalacja elektryczna - przewód UTP kategorii 5e jakiego wymagał zamawiający - jest przewodem teletechnicznym, przewód YDY 3 x 2,5 jaki podał i wycenił w tej pozycji odwołujący jest przewodem energetycznym. Odwołujący nie wskazał żadnej innej pozycji kosztorysu, czy zestawienia materiałowego, która zawierałaby podanie ceny jednostkowej kabla takiego rodzaju jakiego wymagał zamawiający, aby możliwa była poprawa wymienionej pozycji, przy uwzględnieniu opisu z przedmiaru robót. Odmiennej sposób wykonania robót z materiału nieprzewidzianego projektem do zastosowania w instalacji teletechnicznej, stanowi o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ.

W odniesieniu do poz. 84-85 kosztorysu instalacja elektryczna, okoliczność przyznaną stanowiło, że w projekcie oraz w przedmiarze występują oprawy metalohalogenowe PG-250, w ofercie odwołującego oprawy OK-1, które nie nadają się do oświetlenia sali gimnastycznej ze względu na brak odporności na uderzenia i odmienny zasięg. W poz. 86-88, 90-95 inne oprawy zostały podane w opisie materiałów w danej pozycji i w zestawieniu materiałów odwołującego – oprawy tunelowe, zamiast wymaganych typów opraw podanych wprost w przedmiarze TRIO, MONITOR, COSMO. Zamawiający odnośnie typów opraw jakie podał w przedmiarze, tj. COSMO, TRIO, MONITOR stwierdził, że dokumentacja projektowa opisuje parametry tych opraw w zakresie natężenia światła, zakresu doświetlenia sali i umożliwia odbiór tych robót przez inspektora pracy. Oprawy wymagane w pozycji 94,95 MONITOR są lampami awaryjnymi, z własnym czasowym zasilaniem, umożliwiającymi np. ewakuację w przypadku awarii instalacji elektrycznej czy pożaru. Odwołujący nie zaprzeczył, iż zaoferowane oprawy, tzw. tunelowe, nie spełniają parametrów określonych w dokumentacji projektowej np. w zakresie natężenia światła i zakresu doświetlenia. Twierdzenia odwołującego, iż w swoim kosztorysie ofertowym wycenił ilość i rodzaj lamp zgodny z przedmiarem i projektem, mimo że podał inne nazwy, pozostały niedowiedzione i sprzeczne z zestawieniem materiałów do kosztorysu – branża elektryczna. Ponadto rozbieżność dotyczy znacznej ilości lamp: w pozycji 84 jest lamp 19, w pozycji 85 - 6 lamp, w pozycji 86 - 7 lamp, w pozycji 87- 2 lampy, w pozycji 88- 4 lampy, w pozycji 90 - 16 lamp, w pozycji 91- 16 lamp, w pozycji 92- 6 lamp, w pozycji 94- 2 lampy, w pozycji 95 - 13 lamp.

Izba stwierdziła zaoferowanie wykonania zamówienia z innego materiału, niż podawał przedmiar i dokumentacja projektowa dla wymienionych pozycji. Nawet przyjmując możliwość uzupełnienia samych podstaw wyceny materiałowej wprost z opisu pozycji, to brak ceny jednostkowej (kosztu materiałowego odpowiedniego typu lamp) uniemożliwiłby wyliczenie wartości danych pozycji przez zamawiającego. Zamawiający nie mógł przyjąć według swego uznania cen jednostkowych materiałów. Zatem bez odrębnego oświadczenia wykonawcy, co do zaoferowania cen, w tym zakresie, poprawa oferty odwołującego nie była możliwa. Ponadto odwołujący zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia z materiałów o innych parametrach i cechach technicznych niż wymagane w projekcie, nie nadających się do oświetlenia sali gimnastycznej, co stanowi niezgodność treści oferty z treścią SIWZ.

Biorąc pod uwagę zaoferowanie przez odwołującego niepełnego, (bez zastosowania koniecznych materiałów) wykonania przedmiotu zamówienia, albo z zastosowaniem innych materiałów niż przewidziane projektem, stanowiło to w ocenie Izby o niezgodności rzeczowej oferty odwołującego z treścią SIWZ. Poddanie takiej oferty, mimo że nie kwalifikowała się do poprawy, ocenie na równi z innymi poprawnymi ofertami, prowadziłoby do nieporównywalności ofert, ze względu na odmienny zakres rzeczowy świadczenia, i do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców oraz zasady uczciwej konkurencji określonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba przyznała rację zamawiającemu, iż w kosztorysie ofertowym odwołującego znalazły się takie błędy, które nie były możliwe do skorygowania w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Prawdą jest, że możliwość poprawy drobnych błędów w ofercie na podstawie ww., w szczególności błędów pojawiających się w kosztorysach i leżący po stronie zamawiającego obowiązek ich poprawy nie ma charakteru nieograniczonego. Jeśli obowiązek poprawy wymaga samodzielnego działania zamawiającego, a do tego sprowadza się przepis art. 87 ust. 2 ustawy Pzp, możliwość poprawienia błędu musi być jasna, oczywista, nie budząca jakichkolwiek wątpliwości, a ponadto musi wynikać z danych zawartych w samej ofercie bez jej uzupełniania. W ocenie Izby, nie zachodziły przesłanki do poprawy oferty odwołującego, która we wskazanych wyżej częściach jest sprzeczna z treścią SIWZ, a jej poprawienie spowodowałoby istotną zmianę jej treści, chociażby ze względu na zmianę zakresu rzeczowego robót i zmianę rodzaju materiałów.

Izba nie podzieliła poglądów odwołującego, że jedyną przesłankę stosowania normy art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, stanowi „niewielka” różnica cenowa ewentualnej dokonanej korekty, której odwołujący nawet nie wyliczył. Należało zważyć, że odwołujący nie zaoferował całego zakresu rzeczowego. Sam fakt, iż w punkcie 17.2 SIWZ zamawiający zapowiedział możliwość dokonania poprawy w kosztorysach ofertowych w granicach 5% ceny oferty nie świadczył, iż postanowienie to mogło znaleźć zastosowanie w każdej sytuacji. Przede

wszystkim oferta musiałaby kwalifikować się do poprawy w oparciu o jej pierwotną zawartość, bez składania przez wykonawcę jakichkolwiek nowych oświadczeń woli (poza wyjaśnieniami), ingerujących w treść złożonej oferty. Nie można też mówić o tym, że oznaczony procent zmiany ceny, w stosunku do ceny ofertowej, stanowi sam przez się o możliwości dokonania korekty, gdyż wówczas kwota taka pozostawałaby relatywnie uzależniona od wartości ofert składanych w danym postępowaniu.

Postępowanie dowodowe nie potwierdziło zasadności czynionych zamawiającemu zarzutów naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 tej ustawy. Zaś naruszenie art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, pozostawało bez wpływu na wynik postępowania i nie uniemożliwiło odwołującemu obrony jego praw przez skorzystanie ze środków ochrony prawnej.

W tym stanie rzeczy Izba oddaliła odwołanie o czym orzekła na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp. O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp. Skoro odwołanie zostało oddalone przez Izbę, kosztami postępowania należało obciążyć odwołującego.

Przewodniczący:

.....