

Sygn. akt: KIO 122/18

WYROK
z dnia 31 stycznia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Edyta Paziewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 31 stycznia 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 stycznia 2018 r. przez **Wykonawcę – Gelco Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Warszawie przy ul. Modlińskiej 61 (03-199 Warszawa) w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego – Szpital Powiatowy im. dr Tytusa Chałubińskiego w Zakopanem** przy ul. Kamieniec 10 (34-500 Zakopane)

przy udziale

Wykonawcy **Heli Factor Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Warszawie przy ul. Popularnej 4/6 (02-473 Warszawa) zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

- 1 Oddala odwołanie.**
- 2** Kosztami postępowania obciąża Wykonawcę – Gelco Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10.000 zł 00 gr.** (słownie: dziesięć tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Wykonawcę Gelco Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania;

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579, 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 Nowym Sączu**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Zamawiającego – Szpital Powiatowy im. dr Tytusa Chałubińskiego w Zakopanem na *wykonanie budowy oświetlenia, przebudowy przyłącza kanalizacji deszczowej, oznakowanie pola wlotów i likwidacji przeszkód lotniczych na istniejącym lądowisku sanitarnym dla śmigłowców położonym w Zakopanem przy ul. Kamieniec 10F* (nr sprawy: ZP/21/17), ogłoszonym w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 20 listopada 2017 r., nr 618069, wobec czynności odrzucenia oferty Gelco Sp. z o.o., Wykonawca ten wniósł w dniu 22 stycznia 2018 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 122/18).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez jego zastosowanie przejawiające się błędnym przyjęciem, jakoby złożona przez Odwołującego oferta była niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
2. art. 87 ust. 2 pkt 1 Pzp poprzez zaniechanie jego zastosowania w stosunku do omyłek pisarskich przejawiających się w innym oznaczeniu w kosztorysie wartości nakładów niż wskazał to Zamawiający w załączniku nr 10 do siwz – wzorcowym kosztorysie ofertowym;
3. art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp poprzez zaniechanie jego zastosowania w odniesieniu do oferty Odwołującego i brak poprawienia omyłek wskazanych przez Zamawiającego w piśmie z dnia 17 stycznia 2018 r., które nie powodowałyby istotnej zmiany treści oferty;
4. art. 87 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie jego zastosowania w odniesieniu do oferty Odwołującego w przypadku wykrycia omyłek, co do których Zamawiający uważał, iż nie jest zobligowany do ich samodzielnego poprawienia, celem uzyskania wyjaśnień od Odwołującego;
5. art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp poprzez jego przedwczesne zastosowanie pomimo braku upływu terminu na złożenie odwołania od odrzucenia oferty przez Odwołującego, a także błędne zastosowanie na skutek ww. naruszeń.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania, nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, nakazanie poprawienia oczywistych omyłek, które nie powodują istotnej zmiany, a w przypadku dalszych wątpliwości zwrócenie się do Odwołującego o wyjaśnienie oraz unieważnienie czynności unieważnienia postępowania.

Zamawiający w dniu 17.01.2018 r. przekazał Odwołującemu drogą elektroniczną informację o odrzuceniu jego oferty wskazując na jej niezgodność z treścią siwz w zakresie wynikającym z pozycji kosztorysu ofertowego, które nie spełniały wymagań związanych z przedmiotem zamówienia, opisanych w dokumentacji kosztorysowej dołączonej do siwz.

Zamawiający wskazał na 42 pozycje kosztorysu ofertowego, które odbiegały od dokumentacji w ten sposób, iż Wykonawca zmienił założenia przyjęte w kosztorysie Zamawiającego (dotyczy przyjętych nakładów na robociznę, sprzętu, materiałów).

W ocenie Odwołującego, Zamawiający zobowiązany był do zastosowania przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 Ustawy, gdyż wskazane niezgodności nie mają charakteru istotnego dla treści oferty, nie wpływają w sposób istotny na jej treść. W przypadku wątpliwości Zamawiający mógł również skorzystać z uprawnienia do żądania złożenia wyjaśnień treści oferty. Zgodnie z treścią pkt 19.5 oraz 19.7 siwz Wykonawca nie musiał korzystać z opracowanego wzoru kosztorysu ofertowego (załącznik nr 10 do siwz), który na potrzeby oferty mógł zostać opracowany na podstawie przedmiaru robót (załącznik nr 9 do siwz). Opracowana przez Odwołującego oferta jest w pełni zgodna zarówno co do zakresu jak i ilości pozycji wskazanych w przedmiarze robót i została przedstawiona w sposób zgodny z dokumentacją techniczną, specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót. Odwołujący nie był zobowiązany do kurczowego trzymania się nakładów w pozycjach kosztorysowych oraz ich rozbicia dokonanego przez Zamawiającego w przykładowym kosztorysie, który nie mógł stanowić podstawy do odrzucenia oferty. Wskazane niezgodności z kosztorysem inwestorskim nie mogły być kwalifikowane jako niezgodności, które w istotny sposób wpływają na treść oferty. Mogą one co najwyżej stanowić omyłki pisarskie lub inne omyłki nie wpływające w istotny sposób na treść oferty, do których poprawienia był obowiązany Zamawiający lub mógł zażądać złożenia wyjaśnień.

Wskazane w załączniku nr 10 do siwz rozbicie nakładów roboczogodzin nie było obowiązkowe do zastosowania i miało na celu ułatwić sporządzenie oferty Wykonawcy. Gdyby nawet przyjąć, że wartości te były wiążące, to niezgodności miały powstać w sposób niezamierzony i przypadkowy biorąc pod uwagę, że Zamawiający wskazał część wartości nakładów odmiennie, niż wartości przypisane do odpowiednich tablic nakładów rzeczowych. W związku z tym, że każdorazowo należy przeanalizować czy dana zmiana mieści się w pojęciu oczywistej omyłki pisarskiej (brak jest ustawowej definicji), poprawa nie może być wynikiem prowadzenia wnikliwych badań, ale powinna być wynikiem łatwo dostępnych informacji i niezaawansowanej wiedzy. Wiedzą taką mogą być powszechne wiadomości wyniesione ze szkoły, studiów, praktyki zawodowej, czy życia codziennego. Oczywistości omyłki nie można oddzielać od wiedzy Zamawiającego, czy też posiadanych przez niego wiadomości, a wprost zagadnienie oczywistości omyłki należy tą wiedzą ustalić.

Gdyby Zamawiający miał obiekcje co do uznania uchybień, jako oczywistych omyłek pisarskich, to winien je zakwalifikować do innych omyłek, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Ustawy i poprawić je, informując o dokonanych zmianach Odwołującego. Ponadto, w ocenie Odwołującego, w części nie można mówić o niezgodnościach, a jedynie o innym

ujęciu w poszczególnych pozycjach oferty. Następnie Odwołujący odniósł się kolejno do niezgodności wskazanych przez Zamawiającego (łącznie 42 pozycje kosztorysowe).

Poz. 2 – zaniżone nakłady na robociznę (0,005253 r-g) przyjęte przez Odwołującego są zgodne z tabelą kosztorysową a zmiany nakładu (0,53 r-g) dokonał Zamawiający. Zgodnie z pkt 19.5 i 19.7 siwz Odwołujący nie był zobowiązany do kurczowego trzymania się wzorcowego kosztorysu Zamawiającego.

Poz. 3 – zaniżone nakłady na robociznę (3,6863 r-g) przyjęte przez Odwołującego są zgodne z tabelą kosztorysową a zmiany nakładu (4,4 r-g) dokonał Zamawiający. Zgodnie z pkt 19.5 i 19.7 siwz Odwołujący nie był zobowiązany do kurczowego trzymania się wzorcowego kosztorysu Zamawiającego.

Poz. 4 – brak sprzętu (piła spalinowa do cięcia nawierzchni) wartości nakładów przyjęte przez Odwołującego są zgodne z tabelą kosztorysową. Zgodnie z pkt 19.5 i 19.7 siwz Odwołujący nie był zobowiązany do kurczowego trzymania się wzorcowego kosztorysu Zamawiającego, brak obowiązku wskazania sprzętu.

Poz. 8 – zaniżone nakłady na robociznę (0,1175 r-g) przyjęte przez Odwołującego są zgodne z tabelą kosztorysową a zmiany nakładu (1,75 r-g) dokonał Zamawiający. Zgodnie z pkt 19.5 i 19.7 siwz Odwołujący nie był zobowiązany do kurczowego trzymania się wzorcowego kosztorysu Zamawiającego.

Poz. 11 – zaniżone nakłady na materiał pospółka (0,146 m³) przyjęte przez Odwołującego są zgodne z tabelą kosztorysową a zmiany nakładu (0,246 m³) dokonał Zamawiający. Zgodnie z pkt 19.5 i 19.7 siwz Odwołujący nie był zobowiązany do kurczowego trzymania się wzorcowego kosztorysu Zamawiającego.

Poz. 12 – brak niezbędnego materiału (piasek) oraz zaniżone nakłady na materiał beton zwykły (0,153 m³). Odwołujący opracował pozycję zgodnie z przedmiarem. Przyjął wartość nakładów na beton nie dokonując rozdzielenia ich na piasek i beton. Zgodnie z pkt 19.5 i 19.7 siwz Odwołujący nie był zobowiązany do kurczowego trzymania się wzorcowego kosztorysu Zamawiającego.

Poz. 14 – zaniżone nakłady na robociznę (0,14 r-g) oraz zawyżone nakłady na materiał (0,156 m³) przyjęte przez Odwołującego nakłady na robociznę są zgodne z tabelą kosztorysową natomiast na materiał (ziemia urodzajna) zostały przez Odwołującego zwiększone. Zgodnie z pkt 19.5 i 19.7 siwz Odwołujący nie był zobowiązany do kurczowego trzymania się wzorcowego kosztorysu Zamawiającego.

Poz. 17 – zawyżone nakłady na materiał beton zwykły (0,1908 m³) przyjęte przez Odwołującego są zgodne z tabelą kosztorysową. Zgodnie z pkt 19.5 i 19.7 siwz Odwołujący nie był zobowiązany do kurczowego trzymania się wzorcowego kosztorysu Zamawiającego.

Poz. 19 – zawyżone nakłady na materiał beton zwykły (0,1228 m³) przyjęte przez Odwołującego są zgodne z tabelą kosztorysową. Zgodnie z pkt 19.5 i 19.7 siwz Odwołujący nie był zobowiązany do kurczowego trzymania się wzorcowego kosztorysu Zamawiającego.

Poz. 20 – brak niezbędnego materiału (cement portlandzki zwykły „35” bez dodatków, brzeża betonowe 30x8cm, piasek i woda przemysłowa) ponadto zaniżone nakłady na robociznę (0,208 r-g) Odwołujący przyjął zgodnie z przedmiarem. Przyjął wartość katalogową robocizny i swoją normę na sadzonki żywopłotu pomijające cement i inne materiały jako koszty pośrednie, a zgodnie z pkt 19.5 i 19.7 siwz nie było obowiązany kurczowo trzymać się wzorcowego kosztorysu Zamawiającego.

Poz. 26 – za dużo materiału (bale iglaste i krawędziaki iglaste) przyjęte przez Odwołującego są zgodne z tabelą nakładów rzeczowych, zaś zgodnie z pkt 19.5 i 19.7 siwz Odwołujący nie był zobowiązany do kurczowego trzymania się wzorcowego kosztorysu Zamawiającego.

Poz. 27 – za dużo materiału (dwukielich) przyjęte przez Odwołującego są zgodne z tabelą nakładów rzeczowych, zaś zgodnie z pkt 19.5 i 19.7 siwz Odwołujący nie był zobowiązany do kurczowego trzymania się wzorcowego kosztorysu Zamawiającego.

Poz. 28 – za dużo materiałów (dwukielich) przyjęte przez Odwołującego są zgodne z tabelą nakładów rzeczowych, zaś zgodnie z pkt 19.5 i 19.7 siwz Odwołujący nie był zobowiązany do kurczowego trzymania się wzorcowego kosztorysu Zamawiającego.

Poz. 29 – zaferowano zły kabel wielożyłowy (YAKXS 3x35 mm²) za dużo materiału (dwukielich, spoiwo, benzyna i wazelina) oraz za dużo sprzętu (przyczepa, ciągnik kołowy i żuraw samochodowy) Odwołujący przyznał, iż popełnił omyłkę pisarską przy opisie kabla. Pozostałe materiały przyjęte przez Odwołującego są zgodne z tabelą nakładów rzeczowych, zaś zgodnie z pkt 19.5 i 19.7 siwz Odwołujący nie był zobowiązany do kurczowego trzymania się wzorcowego kosztorysu Zamawiającego.

Poz. 30 – za dużo materiału (spoiwo, benzyna i wazelina) oraz za dużo sprzętu (przyczepa, ciągnik kołowy i żuraw samochodowy) przyjęte przez Odwołującego są zgodne z tabelą nakładów rzeczowych, zaś zgodnie z pkt 19.5 i 19.7 siwz Odwołujący nie był zobowiązany do kurczowego trzymania się wzorcowego kosztorysu Zamawiającego.

Poz. 31 – za dużo materiału (spoiwo, benzyna, opaski i wazelina) oraz za dużo sprzętu (przyczepa, ciągnik kołowy i żuraw samochodowy) przyjęte przez Odwołującego są zgodne z

tabelą nakładów rzeczowych, zaś zgodnie z pkt 19.5 i 19.7 siwz Odwołujący nie był zobowiązany do kurczowego trzymania się wzorcowego kosztorysu Zamawiającego.

Poz. 32 – za dużo materiału (spoiwo, benzyna i wazelina) oraz za dużo sprzętu (przyczepa, ciągnik kołowy i żuraw samochodowy) przyjęte przez Odwołującego są zgodne z tabelą nakładów rzeczowych, zaś zgodnie z pkt 19.5 i 19.7 siwz Odwołujący nie był zobowiązany do kurczowego trzymania się wzorcowego kosztorysu Zamawiającego.

Poz. 33 – za dużo materiału (spoiwo, benzyna i wazelina) oraz za dużo sprzętu (przyczepa, ciągnik kołowy i żuraw samochodowy) przyjęte przez Odwołującego są zgodne z tabelą nakładów rzeczowych, zaś zgodnie z pkt 19.5 i 19.7 siwz Odwołujący nie był zobowiązany do kurczowego trzymania się wzorcowego kosztorysu Zamawiającego.

Poz. 36 – zastosowano zły materiał fundament (pod SAGA), który znajduje zastosowanie pod rozwiązaniem równoważnym w zakresie opraw (pod MS-WSN) – zaoferowany przez Odwołującego. W pozycji kosztorysowej Zamawiający ujął montaż 1 kpl, natomiast SAGA jak i MS-WSN muszą mieć dwa fundamenty. Odwołujący ujął je w cenie.

Poz. 37 – brak niezbędnego materiału (fundament) pod wskaźnik kierunku wiatru. Fundament ujęty został w cenie która obejmuje kpl.

Poz. 38 – brak niezbędnego materiału (osłony antyudarowej oprawy TLOF oraz masy CDS). Cena osłony ujęta została w cenie oprawy, a Odwołujący zaoferował kpl. Odwołujący nie ujął masy CDS ponieważ zaprojektowane i zaoferowane oprawy nie mają wymogu montażu (w karcie katalogowej opraw nie przewiduje się takiego typu montażu).

Poz. 40 – brak niezbędnego materiału (osłony antyudarowej oprawy FATO) – osłona ujęta w cenie oprawy, a Odwołujący zaoferował komplet.

Poz. 43 – nie określono czy oprawa została zaoferowana wraz z mocowaniem – zaoferowano komplet, tj. oprawa wraz z mocowaniem.

Poz. 45 – zawyżone nakłady na materiał złącza kontrolne (0,06 szt.) oraz za dużo materiału (osłony przewodów) - przyjęte przez Odwołującego są zgodne z tabelą nakładów rzeczowych, zaś zgodnie z pkt 19.5 i 19.7 siwz Odwołujący nie był zobowiązany do kurczowego trzymania się wzorcowego kosztorysu Zamawiającego.

Poz. 46 – za dużo materiału (opaski i benzyna) oraz za dużo sprzętu (samochód samowyladowczy) przyjęte przez Odwołującego nakłady są zgodne z tabelą nakładów rzeczowych, zaś zgodnie z pkt 19.5 i 19.7 siwz Odwołujący nie był zobowiązany do kurczowego trzymania się wzorcowego kosztorysu Zamawiającego.

Poz. 49 – zaniżone nakłady na robociznę (0,0158 r-g) przyjęte przez Odwołującego są zgodne z tabelą nakładów rzeczowych, zaś zgodnie z pkt 19.5 i 19.7 siwz Odwołujący nie był zobowiązany do kurczowego trzymania się wzorcowego kosztorysu Zamawiającego.

Poz. 63 – zaniżone nakłady na sprzęt (0,56 m-g) przyjęte przez Odwołującego są zgodne z tabelą nakładów rzeczowych, zaś zgodnie z pkt 19.5 i 19.7 siwz Odwołujący nie był zobowiązany do kurczowego trzymania się wzorcowego kosztorysu Zamawiającego.

Poz. 64 – za dużo materiału (fundament prefabrykowany) – omyłka podlegająca poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Ustawy.

Poz. 73 – zaniżone nakłady na materiał rura przepustowa (0,43 m) oraz za dużo materiału (zaprawa cementowa i roztwór asfaltowy) przyjęte przez Odwołującego są zgodne z tabelą nakładów rzeczowych, zaś zgodnie z pkt 19.5 i 19.7 siwz Odwołujący nie był zobowiązany do kurczowego trzymania się wzorcowego kosztorysu Zamawiającego.

Poz. 74 – brak niezbędnego materiału (pianki poliuretanowej) przyjęte przez Odwołującego są zgodne z tabelą nakładów rzeczowych, zaś zgodnie z pkt 19.5 i 19.7 siwz Odwołujący nie był zobowiązany do kurczowego trzymania się wzorcowego kosztorysu Zamawiającego.

Poz. 77 – zaniżone nakłady na materiał kołki rozporowe (2 szt.) przyjęte przez Odwołującego są zgodne z tabelą nakładów rzeczowych, zaś zgodnie z pkt 19.5 i 19.7 siwz Odwołujący nie był zobowiązany do kurczowego trzymania się wzorcowego kosztorysu Zamawiającego.

Poz. 78 – brak niezbędnego materiału (pianki poliuretanowej) przyjęte przez Odwołującego są zgodne z tabelą nakładów rzeczowych, zaś zgodnie z pkt 19.5 i 19.7 siwz Odwołujący nie był zobowiązany do kurczowego trzymania się wzorcowego kosztorysu Zamawiającego.

Poz. 80 – brak niezbędnego materiału (uchwyty do lampy oświetlenia przeszkodowego) – Odwołujący zaoferował komplet, tj. oprawę wraz z uchwytem.

Poz. 81 – brak niezbędnego materiału (kołków rozporowych). W pozycji nie występują kołki ujęte są w poz. 82.d.8.5 zgodnie z tabelą nakładów rzeczowych. Zgodnie z pkt 19.5 i 19.7 siwz Odwołujący nie był zobowiązany do kurczowego trzymania się wzorcowego kosztorysu Zamawiającego.

Poz. 82 – zawyżone nakłady na materiał uchwyt (2,7 szt.) przyjęte przez Odwołującego są zgodne z tabelą nakładów rzeczowych, zaś zgodnie z pkt 19.5 i 19.7 siwz Odwołujący nie był zobowiązany do kurczowego trzymania się wzorcowego kosztorysu Zamawiającego.

Poz. 83 – za dużo materiału (złączki, płaskownik, kołki i uchwyt) przyjęte przez Odwołującego są zgodne z tabelą nakładów rzeczowych, zaś zgodnie z pkt 19.5 i 19.7 siwz Odwołujący nie był zobowiązany do kurczowego trzymania się wzorcowego kosztorysu Zamawiającego.

Poz. 88 – brak niezbędnego materiału (uchwyt do lampy oświetlenia przeszkodowego) – Odwołujący zaoferował komplet, tj. oprawę wraz z uchwytem.

Poz. 89 – zaniżone nakłady na robociznę (0,34 r-g) przyjęte przez Odwołującego są zgodne z tabelą nakładów rzeczowych, zaś zgodnie z pkt 19.5 i 19.7 siwz Odwołujący nie był zobowiązany do kurczowego trzymania się wzorcowego kosztorysu Zamawiającego.

Poz. 90 – brak niezbędnego materiału (kołków rozporowych) nie występują w pozycji. Ujęte w pozycji 91.d8.6 zgodnie z tabelą nakładów rzeczowych. Zgodnie z pkt 19.5 i 19.7 siwz Odwołujący nie był zobowiązany do kurczowego trzymania się wzorcowego kosztorysu Zamawiającego.

Poz. 91 – za dużo materiału (kołki rozporowe) przyjęte przez Odwołującego są zgodne z tabelą nakładów rzeczowych, zaś zgodnie z pkt 19.5 i 19.7 siwz Odwołujący nie był zobowiązany do kurczowego trzymania się wzorcowego kosztorysu Zamawiającego.

Poz. 94 – brak niezbędnego materiału (uchwyty do lampy oświetlenia przeszkodowego) oraz zastosowano zwykłą oprawę zaś w dokumentacji zastosowano oprawę w wersji solarnej – Odwołujący zaoferował w pozycji komplet, tj. oprawę oświetlenia przeszkodowego solarną z uchwytem.

Poz. 108 – brak niezbędnego materiału (kręgów betonowych, betonu, zaprawy cementowej, roztworów asfaltowych i stopni włazowych) – Odwołujący zaoferował kompletny separator obejmujący niezbędne materiały do jego montażu i prawidłowej pracy.

W świetle obowiązku poprawienia treści oferty, nie zachodziła podstawa do jej odrzucenia wskazana w art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy. Zamawiający przedwcześnie, jeszcze przed upływem terminu na wniesienie odwołania, odrębnym pismem z dnia 17.01.2018 r. poinformował o unieważnieniu postępowania, prowadzące do jaskrawego naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 1 Ustawy.

Do postępowania odwoławczego skutecznie przystąpił po stronie Zamawiającego Wykonawca Heli Factor Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Stanowisko Izby

Do rozpoznania odwołania zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (tekst jednolity Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.), w brzmieniu po nowelizacji dokonanej ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U.2016.1020), zwanej dalej „Ustawą”.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba w pierwszej kolejności zobowiązana była do oceny wypełnienia przesłanek z art. 179 ust. 1 Ustawy, tj. istnienia po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez Odwołującego szkody w wyniku kwestionowanych czynności związanych z oceną jego oferty. Odwołujący, jako jeden z Wykonawców składający ofertę w postępowaniu, w momencie wniesienia odwołania, miał interes w zakwestionowaniu wyniku oceny ofert zakończonej decyzją o ich odrzuceniu, co doprowadziło do unieważnienia postępowania. Czynności te doprowadziły do sytuacji faktycznej i prawnej, w której Odwołujący utracił możliwość uzyskania zamówienia w tym postępowaniu. W świetle powyższego Izba uznała, że spełnione zostały przesłanki materialno-prawne do merytorycznego rozpoznania zarzutów.

Na podstawie dokumentacji postępowania, w tym ogłoszenia o zamówieniu, treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz), oferty Gelco Sp. z o.o. oraz stanowisk stron prezentowanych na rozprawie, Izba dokonała ustaleń faktycznych stanowiących podstawę do wydania rozstrzygnięcia w przedmiocie podniesionych zarzutów.

Zamawiający prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego ogłoszonego w Biuletynie Zamówień Publicznych. W pkt 19 siwz dotyczącym sposobu obliczenia ceny Zamawiający wskazał, iż ma ona charakter kosztorysowy i ustalona zostanie na podstawie kosztorysu ofertowego opracowanego w pełnej formie, sporządzonego wg wzoru stanowiącego załącznik nr 10 (pkt. 19.2 siwz). Cenę oferty należało obliczyć metodą kalkulacji szczegółowej (polegającej w szczególności na obliczeniu ceny kosztorysowej jako sumy iloczynów: ilości ustalonych jednostek przedmiarowych, określeniu wartości poszczególnych jednostkowych nakładów rzeczowych (kosztów bezpośrednich) i ich cen oraz doliczeniu odpowiednio narzutów kosztów pośrednich i zysku, w postaci kosztorysu ofertowego opracowanego w pełnej formie – zawierającego w szczególności: kalkulację szczegółową oraz fakultatywnie zestawienie robocizny, zestawienie materiałów, zestawieniu sprzętu, tabelę wartości elementów scalonych, sporządzoną w postaci sumarycznego zestawienia wartości robót określonych ściśle wg przedmiaru robót, łącznie z narzutami kosztów pośrednich i zysku, odniesionych do elementów obiektu lub zbiorczych rodzajów robót, przy zachowaniu następujących założeń: *zakres robót, który jest podstawą do określenia tej ceny, musi być zgodny z zakresem robót określonym w dokumentacji technicznej (załącznik nr 7 do niniejszej SIWZ) oraz przedmiarze robót (załącznik nr 9 do niniejszej SIWZ), a sposób wykonania prac oraz użyte materiały i urządzenia zgodne ze STWiORB (załącznik nr 8 do niniejszej SIWZ). Cena musi zawierać wszelkie koszty związane z realizacją zadania, wynikające wprost z przedmiaru robót, specyfikacji technicznych oraz niniejszej SIWZ jak również następujące koszty: wszelkich robót przygotowawczych, porządkowych, zagospodarowania placu budowy, utrzymania zaplecza*

budowy (naprawy, woda, energia elektryczna, itp.), dozoru budowy, wywozu nadmiaru gruzu i innych czynności niezbędnych do wykonania przedmiotu zamówienia oraz koszty wynikające z umowy, która stanowi załącznik nr 6 do niniejszej SIWZ (pkt 19.4 SIWZ). Zgodnie z dalszymi zapisami, wykonawcy mogli skorzystać z kosztorysu udostępnionego przez Zamawiającego (kosztorys ślepy – załącznik nr 10 do siwz). Zamawiający wyraźnie zastrzegł w pkt 19.7 siwz, że Wykonawca opracuje kosztorys ofertowy ściśle wg załączonego przedmiaru robót oraz sam z własnej inicjatywy nie może dokonywać żadnych zmian w przedmiarze robót. W przypadku stwierdzenia w załączonej do siwz dokumentacji technicznej jak i w przedmiarze robót, nieprawidłowości, niezgodności bądź błędów fakt ten Wykonawca jest zobowiązany niezwłocznie zgłosić Zamawiającemu, który może dokonać modyfikacji, zmiany zapisów siwz.

Zamawiający przygotował wzór kosztorysu uwzględniający zmiany wprowadzone w opisie pozycji kosztorysowych, zmieniające w części zapisy wskazanych norm KNR, odbiegające od założeń projektantów przyjętych w dokumentacji projektowej (załącznik nr 10 do siwz). Kosztorys inwestorski, również załączonych do dokumentacji technicznej, uwzględnił przedmiar robót ze szczegółowym opisem robót zawierającym normy KNR, opis wraz z nakładami (robocizna, materiały, sprzęt). Zamawiający dokonał w części pozycji modyfikacji założeń przyjętych we wskazanych normach, które objawiały się adnotacją „analogia” oraz odpowiednią zmianą wartości nakładów stanowiących podstawę oszacowania kosztów wykonania danych robót. Zamawiający na rozprawie wyjaśniał, iż zmiany wynikały z konieczności uwzględnienia zakresu prac lub materiałów koniecznych do wykonania przedmiotu umowy, ujętych w dokumentacji technicznej.

Odwołujący załączył kosztorys ofertowy obejmujący wszystkie pozycje z kosztorysu inwestorskiego oraz kosztorysu „ślepego”, jednak część pozycji odbiegała zakresami nakładów (roboczogodziny, wskaźniki, materiały) od przyjętych przez Zamawiającego w kosztorysie inwestorskim.

Odrzucając ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy Zamawiający wskazał wszystkie pozycje kosztorysu ofertowego, które prezentowały odmienne nakłady, zmienione zakresy materiałów od wskazanych przez Zamawiającego, chociaż jednocześnie zawierały zgodny z kosztorysem inwestorskim opis pozycji kosztorysowej. Łącznie niezgodności dotyczą 42 pozycji kosztorysu ofertowego, ze 112 jakie podlegały wycenie Wykonawcy.

W oparciu o poczynione ustalenia Izba uznała, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący na rozprawie wskazywał, iż zasadniczym dla rozstrzygnięcia, czy niezgodności wskazane przez Zamawiającego miały takie znaczenie, że czyniły ofertę niezgodną z siwz w stopniu uniemożliwiającym poprawienie/wyjaśnienie treści oferty, były zapisy siwz dotyczące *opisu sposobu obliczenia ceny*. W ocenie Odwołującego, wzór kosztorysu ofertowego przygotowany przez Zamawiającego miał wyłącznie charakter pomocniczy, stąd Wykonawca mógł dokonać zmiany w części opisu pozycji kosztorysowych. Zamawiający natomiast wskazywał, iż brak obowiązku skorzystania z wzoru opracowanego w celu ułatwienia przygotowania prawidłowej oferty nie oznacza, iż opis pozycji kosztorysowych nie ma znaczenia dla oceny ofert. Zamawiający szczegółowo analizował kosztorysy ofertowe w celu ustalenia, iż Wykonawca zaoferował pełen zakres prac pozwalający na prawidłową realizację robót budowlanych.

Kolejny spornym pomiędzy stronami było ustalenie, czy niezgodności stwierdzone w kosztorysie ofertowym podlegały poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 lub 3 Ustawy, ewentualnie czy wystarczającym byłoby wyjaśnienie treści oferty Odwołującego.

Odnosząc się do tych kwestii w pierwszej kolejności Izba uwzględniła, iż zapisy siwz w sposób konsekwentny wskazywały na konieczność opracowania kosztorysu ofertowego w pełnej formie, co odnosiło się do pełnego zakresu robót określonego w dokumentacji technicznej, przedmiarze robót, materiałów i urządzeń wskazanych w załącznikach do siwz (załączniki nr 7, 8 i 9). Nie budziło przy tym wątpliwości, iż przygotowany przez Zamawiającego wzór kosztorysu uwzględniał wszystkie istotne założenia projektowe konieczne do przyjęcia na potrzeby kalkulacji ceny ofertowej, tak aby uwzględniała ona wszystkie niezbędne koszty związane z wykonaniem prac, w tym konieczne nakłady. Powyższe prowadzi do wniosku, iż wzór kosztorysu nie musiał być wykorzystany, jednak Wykonawca opracowując własny kosztorys zobowiązany był przyjąć wszystkie wskaźniki, jak i materiały określone przez Zamawiającego. W sposób wyraźny zostało to podkreślone przez Zamawiającego w odpowiedzi na pytanie nr 15 z dnia 1.12.2017 r. dotyczące osłon antyudarowych, również wskazanych w kosztorysie inwestorskim oraz zestawieniu materiałów, jako element kalkulacji ceny ofertowej, wykraczający poza opis normy KNR. Powoływanie się zatem, jak czynił to Odwołujący, wyłącznie na zgodność opisu pozycji kosztorysu ofertowego i inwestorskiego, wycenionych przy założeniach odbiegających od dokumentacji technicznej i projektowej, nie było wystarczającym dla wykazania zgodności oferty z siwz. Słuszne okazały się podejrzenia Zamawiającego o celowym odstąpieniu przy kalkulacji kosztów od nakładów/materiałów wskazanych, co potwierdził sam Odwołujący na rozprawie wyjaśniając, iż świadomie w części pozycji odstąpił od opisu zamieszczonego w kosztorysie inwestorskim, kierując się własnym doświadczeniem i znajomością norm. Z tej przyczyny Odwołujący w części pozycji uwzględnił zmiany wprowadzone przez

Zamawiającego, a w części pozycji uznał, iż sposób prezentacji kalkulacji nie wymaga uwzględnienia zmian. Konsekwencje tych odstępstw przekładały się natomiast na wysokość kosztów, co obrazuje przykład pozycji 8 *Formowanie i zagęszczanie nasypów o wys. do 3.0 m w gruncie kat. II-IV przywiezionego z poza działki z odległości do 20 km (pospółka)*, dla której wskazana norma KNR 201/235/2 nie uwzględnia konieczności transportu gruntu spoza terenu działki, a co było objęte opisem pozycji, jak i wielkością nakładu pracy (roboczogodzin) wskazaną przez Zamawiającego. Odwołujący pominął w swojej kalkulacji wskaźnik roboczogodzin 1,75 (zwiększony przez Zamawiającego z uwagi na potrzebny czas do przewiezienia wskazanej ilości gruntu – 275 m³) i przyjął wskaźnik z normy 0,1175, co przełożyło się na wyliczoną w ofercie ilość roboczogodzin - 32,3125 (0,1175 x 275), stanowiącą podstawę do wyliczonego kosztu wykonania prac - 872,58 zł netto. W kosztorysie inwestorskim Zamawiającego dla tej pozycji przyjął ilość 481,25 roboczogodzin (275 m³ x 1,75). Przykład ten wskazuje zatem, w jaki sposób obniżenie ilości roboczogodzin przełożyło się na oszacowanie wartości prac, które faktycznie nie zostały w sposób rzetelny określone. Z uwagi na mniejszą ilość roboczogodzin Wykonawca zaniżył koszt prac o ponad 12 tys zł netto. Podobnie, dotyczy to pozostałych pozycji, w których Wykonawca zmniejszył ilość nakładów (rbh), np. w poz. 2 *Usunięcie warstwy ziemi urodzajnej (humus) o grubości do 15 cm za pomocą spycharek*, przyjął nakłady takie jak w normie KNR, co zasadniczo przekłada się na ilość rbh (pozycja - nakłady), która powinna ulec zwiększeniu przy prawidłowym wskaźniku 0,53 co również miałyby odzwierciedlenie w wycenie tej pozycji oszacowanej w kosztorysie Odwołującego w kwocie 585,75 zł netto, a w kosztorysie Zamawiającego, przy niższej stawce za rbh – 15 zł, a nie jak w ofercie Odwołującego 27 zł, na kwotę 16 tys. zł netto.

Wskazane przykłady odzwierciedlają istotę zmian wprowadzonych w kosztorysie ofertowym, które ostatecznie prowadziły do ustalenia ceny oferty, która nie uwzględniała wszystkich koniecznych elementów przedmiotu zamówienia z uwagi na zaniżenie wartości nakładów, które Zamawiający ustalił na potrzeby konkretnej pozycji kosztorysowej. Dotyczy to przede wszystkim tych pozycji, w których Wykonawca pominął elementy materiałów ujęte w zestawieniu materiałów Zamawiającego i odpowiednio kosztorysie inwestorskim, tj. lampy oświetlenia przeszkodowego w wersji solarnej (poz. 41), czy też osłony antyudarowej lamp (poz. 55). Izba nie przyjęła wyjaśnień Odwołującego o tym, iż uwzględnił koszt tych elementów jako ukompletowanie odpowiednio w pozycjach 94, 39 i 40 kosztorysu ofertowego wycenianych jako komplet. Gdyby tak było to wartość odpowiednich pozycji powinna być wyższa, gdyż w przypadku zwykłych lamp oświetlenia przeszkodowego zasilanych elektrycznie są one znacznie tańsze (Zamawiający różnicę tą określił jako wielkość pięciokrotnie niższą) od lamp zasilanych solarnie. Zamawiający w swoim

kosztorysie zwykłą lampę przeszkodową wycenił w kwocie 1390 zł, a zasilaną solarnie na kwotę 9 455zł za szt. Tymczasem Odwołujący pozycje dotyczące lamp, tj. 66, 80, 88 i 94 wycenił w tej samej kwocie 800 zł/kpl. Podobnie wyjaśnienia Odwołującego nie były przekonujące w odniesieniu do brakujących w kosztorysie osłon antyudarowych, których Zamawiający łącznie przewidział w ilości 43 szt, a Odwołujący miał uwzględnić w ramach pozycji dotyczących opraw TLOF oraz FATO (poz. 39 i 40 kosztorysu ofertowego). Z uwagi na nałożony na wykonawców obowiązek przedstawienia szczegółowej kalkulacji kosztów wszystkie niezbędne elementy przedmiotu zamówienia musiały być wycenione, a Zamawiający powinien móc ustalić, że Wykonawca wycenił przedmiot zamówienia w pełnym zakresie, co będzie podstawą przyszłych rozliczeń na etapie realizacji umowy. Wskazane przykłady uzasadniały przyjęcie, iż pozostałe pozycje niezgodne z siwz również miały ten sam skutek na wycenę prac objętych poszczególnymi pozycjami. Gdyby nawet pominąć, jako nie wpływające w sposób istotny na wycenę kosztów pozycje, w których Wykonawca zawyżył nakłady, to i tak pozostałe pozycje prowadzić powinny do wniosku, iż oferta zawiera niezgodności z treścią siwz dotyczące sposobu wyceny kosztów związanych z realizacji robót budowlanych, które skutkowały słusznie uznaniem, iż oferta podlega odrzuceniu bez możliwości zastosowania art. 87 ust. 2 Ustawy.

Zasadniczym dla tego wniosku było stanowisko Odwołującego złożone ustnie do protokołu rozprawy wskazujące, iż niezgodności do jakich doszło pomiędzy kosztorysem ofertowym, a dokumentacją stanowiącą załącznik do siwz, nie miały charakteru omyłek popełnionych w sposób nieświadomy i niezamierzony. Ponownie należy przywołać wyjaśnienia dotyczące przyczyn zaistniałych niezgodności, w których Wykonawca przyznał, iż kierował się własnym doświadczeniem i wiedzą i jedynie w części pozycji kosztorysu ofertowego uwzględnił zmiany dokonane przez Zamawiającego w opisie nakładów pozycji opisanych normami KNR. W sprawie wystąpiły zatem niezgodności pomiędzy treścią oferty a siwz, a nie omyłka wynikająca z braku staranności, lub spowodowana niecelowym działaniem wykonawcy, o jakim mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Ustawy. W świetle utrwalonej wykładni pojęcia omyłki, nie można mówić o jej zaistnieniu w sytuacji, gdy wykonawca świadomie wprowadza zmiany w treści oferty, odbiegające od opisu zawartego w siwz. KIO jak i Sądy Powszechne w przypadku zarzutu zaniechania poprawienia treści oferty na podstawie art. 87 ust. 2 Ustawy badają, czy niezgodności te nie są wynikiem zamierzonego działania wykonawcy (vide. wyrok SO w Poznaniu z 18.12.2014 r., sygn. akt X Ga 522/14), jak również ustalają, czy poprawienie omyłki jest możliwe na podstawie treści oferty, co ma stanowić granicę, której przekroczenie może oznaczać prowadzenie niedozwolonych negocjacji treści oferty. Jak trafnie zostało to ujęte w uzasadnieniu wyroku SO w Łodzi z dnia 30.12.2015 r., sygn. II Ca 1583/15, zamawiający jest zobowiązany poprawić omyłkę jedynie wtedy, gdy sposób w jaki

ma być dokonana poprawa wyniku z innych elementów składających się na ofertę i nie może żądać wyjaśnienia treści oferty, którą uważa za niejasną lub niezgodną z treścią siwz. W niniejszej sprawie z taką niejasnością Zamawiający się zetknął, gdyż Wykonawca dokonał kalkulacji ceny oferty, która prowadziła do pominięcia części nakładów, koniecznych do uwzględnienia przy realizacji prac, tak aby były one wykonane w sposób prawidłowy. Odwołujący poza gołosłownym twierdzeniem o uwzględnieniu wszystkich kosztów, w tym niezbędnych materiałów, nie wykazał, aby były one uwzględnione w pozycjach, w których opisie nie zostały wprost wskazane. Również złożone zestawienie materiałów czyniło jego wyjaśnienia niewiarygodnymi w tym zakresie i potwierdzało słuszność oceny Zamawiającego o braku zgodności oferty z siwz. Chociaż zestawienie materiałów nie było niezbędne do przedłożenia, to był to dokument, na podstawie którego Zamawiający mógłby ewentualnie ustalić, iż kosztorys ofertowy uwzględnia, czy to osłony antyudarowe, czy też lampy oświetlenia przeszkodowego w wersji solarnej. Wykazane dodatkowo przez Zamawiającego znaczące koszty tych pozycji, prowadziły do wniosku, iż kalkulacja ofertowa ich nie uwzględnia. Dopuszczenie złożenia wyjaśnień w tych okolicznościach nie byłoby celowe, gdyż Wykonawca jedyne co mógłby uczynić to próbować wyjaśnić przyczyny stwierdzonych niezgodności, w sposób jaki prezentował to na rozprawie. Zamawiający mając zatem przekonanie co do niezgodności treści oferty z jednoznacznymi zapisami siwz, nie miał potrzeby wystąpienia o wyjaśnienia, które nie mogły prowadzić do zmiany treści oferty, której wycena dawała świadectwo niezgodności z założeniami wskazanymi na etapie ogłoszenia o zamówieniu.

Podsumowując, Izba oddalając odwołanie uznała świetle wypowiedzi Odwołującego, iż świadomie nie uwzględnił on niektórych zmian wprowadzonych w opisie pozycji, które ostatecznie przekładały się na zakres wycenionych prac, co zasadniczo uzasadniało odrzucenie oferty jako niezgodnej z siwz na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis wniesiony przez Odwołującego w kwocie 10.000,00 zł.

Przewodniczący: