

Sygn. akt: KIO 698/11

WYROK
z dnia 14 kwietnia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 kwietnia 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Adam Janus prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład-Remontowo-Budowlany „JUNIOR” Adam Janus ul. Szarotek 4/2;41-709 Ruda Śląska** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gmina Miasta Dąbrowa Górnicza reprezentowana przez Prezydenta Miasta Dąbrowa Górnicza Urząd Miejski w Dąbrowie Górniczej ul. Graniczna 21; 41-300 Dąbrowa Górnicza**

przy udziale wykonawcy konsorcjum: **Stanisław Paciej prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Remontowo-Budowlany Stanisław Paciej ul. Osiecka 3a; 32-300 Olkusz(lider konsorcjum), Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „Boszk-Kozubski” Sp. z o.o. sp. k. Aleja Zagłębia Dąbrowskiego 9, 41-303 Dąbrowa Górnicza, Michał Curyło prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Michał Curyło Przedsiębiorstwo Produkcyjno Usługowo Handlowe „ARCHIBUD” ul. Pakuska 2;32-300 Olkusz** po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Adam Janus prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład-Remontowo-Budowlany „JUNIOR” Adam Janus ul. Szarotek 4/2;41-709 Ruda Śląska nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez **Adam**

**Janus prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład-
Remontowo-Budowlany „JUNIOR” Adam Janus ul. Szarotek 4/2;41-709
Ruda Śląska,**

Stosownie do art. 198a i 198b 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 Katowicach

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamówienie publiczne, które jest przedmiotem niniejszego postępowania odwoławczego prowadzone jest na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) zwanej dalej „ustawą”.

Przedmiotem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego jest Budowa trzech Gminnych Centrów Zbiórki Odpadów (GCZO) oraz Gminnego Punktu Zbiórki Odpadów Niebezpiecznych (GPZON) na terenie Gminy Dąbrowa Górnicza w ramach zadania inwestycyjnego Rozwój selektywnej zbiórki odpadów na terenie gmin Dąbrowa Górnicza, Siewierz, Sławków.

Postępowanie to jest prowadzone poniżej 4.845.000,00 EUR i Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 28 stycznia 2011r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod poz.33389.

Odwołującym jest: Adam Janus prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład - Remontowo – Budowlany „JUNIOR” Adam Janus ul. Szarotek 4/2; 41 - 709 Ruda Śląska

Zamawiającym jest: Gmina Miasta Dąbrowa Górnicza reprezentowana przez Prezydenta Miasta Dąbrowa Górnicza Urząd Miejski w Dąbrowie Górniczej ul. Graniczna 21; 41-300 Dąbrowa Górnicza

Wdn1 kwietnia 2011r. pismem z dnia 1 kwietnia 2011r. wniesiono odwołanie od rozstrzygnięcia postępowania o udzielenie niniejszego zamówienia, na czynności podjęte przez Zamawiającego polegające na;

1. odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt.2 ustawy,
2. zaniechania poprawienia w ofercie Odwołującego omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (SIWZ), niepowodujących istotnych zmian w treści oferty na podstawie art. 87 ust.2 pkt.3 ustawy.
3. wyborze oferty konsorcjum firm Z.R.B Stanisław Paciej z Olkusza, P.R.I Boszko-Kozubski sp. komandytowa z Dąbrowy Górniczej , co jest niezgodne z przepisami ustawy,
4. nie dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty na podstawie art. 91 ust.1ustawy to jest oferty Odwołującego.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający takim działaniem naruszył przepisy ustawy , a w szczególności;

1. art. 7 ust. 1 poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,
2. art. 87 ust.2 pkt 3 poprzez zaniechanie dokonania w ofercie Odwołującego poprawek niezgodnych z SIWZ a które nie powodują istotnych zmian w treści oferty,
3. art. 89 ust.1 pkt. 2 poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, której treść po dokonaniu poprawek zgodnie z art. 87 ust 2 pkt.3 jest zgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
4. art. 91 ust.1 poprzez nie dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał na następujące okoliczności formalne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania.

Sygn. akt KIO 698/11

Jako uzasadnienie faktyczne odrzucenia oferty Zamawiający podał nieprawidłowy opis niektórych pozycji w kosztorysie ofertowym w stosunku do opisów w poszczególnych pozycjach przedmiaru robót.

Odwołujący przyznał, że w kosztorysie ofertowym zostały omyłkowo opisane pozycje dotyczące; poz. 6 d.1, poz. 7d.1, poz. 60 d.2, poz.4d.2, poz. 5d.2, poz. 22d. 8, str. 88 poz. 22d. 8, str.152 poz.21d 8, str. 212 poz.21d 8, str.272 poz. 21 d 8. Jak również omyłkowo poprzez przeoczenie nie została wyceniona pozycja nr 46 d.2 str.216 przedmiaru zamawiającego dotycząca „Przyłącza i sieci wod-Kan do bud. GCZO ul. Szałasowizna tj. Kaształki PCV kanalizacyjne jednokielichowe łączone na wcisk o śr. Zew.200 mm - szt.1”.

Odwołujący oświadczył, że w związku z omyłkowym opisem dotyczącym wyszczególnionych powyżej pozycji kosztorysu ofertowego, fakt ten nie ma żadnego wpływu na cenę ofertową jak również na prawidłowość wykonania przedmiotu zamówienia. Brak wyceny poz. nr 46 d.2 również nie powoduje istotnego uchybienia, które miałyby znaczący wpływ na wartość zamówienia.

Według Odwołującego omyłkowy opis poszczególnych pozycji kosztorysowych jak również brak wyceny jednej pozycji nie stanowi przesłanki o odrzuceniu oferty w kontekście następujących zapisów specyfikacji istotnych warunków zamówienia, formularza ofertowego i umowy.

Zamawiający bowiem w pkt. 25.4. specyfikacji przewiduje możliwość dokonania istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie, której dokonano wyboru Wykonawcy, w zakresie poprawy jakości lub innych parametrów charakterystycznych dla danego elementu robót budowlanych, dostaw lub zmiany technologii (2.1.1). Zapis ten umożliwia poprawienie treści oferty w stosunku do rzeczywistego wykonania zamówienia nie tylko co do opisów parametrów materiałów ale również, co do uzupełnienia pozycji nie uwzględnionej w kosztorysie ofertowym, a która będzie wykonana. Następnie Zamawiający w formularzu ofertowym doprecyzował w pkt. 5.1. w przypadku robót, dla których brak jest cen jednostkowych w ofercie, rozliczone będą kosztorysami powykonawczymi wykonanymi metodą szczegółową, sporządzonymi na podstawie potwierdzonej przez Inspektora nadzoru książki obmiaru robót oraz wg danych wyjściowych do kosztorysowania jak w ofercie tj.: składniki cenotwórcze jak w pkt. 4. Ten zapis jednoznacznie wskazuje, że jeżeli w ofercie jakieś pozycje kosztorysowe zostały odmiennie opisane lub nie zostały ujęte to zostaną rozliczone kosztorysami powykonawczymi, co potwierdza, że kwestionowane przez Zamawiającego pozycje kosztorysu ofertowego nie stanowią przesłanki do odrzucenia oferty a wręcz przeciwnie zostaną poprawione na etapie realizacji przedmiotu zamówienia.

Powyższy fakt potwierdza również Zamawiający w § 8 umowy pkt.6, który stanowi, że „ W przypadku robót, dla których brak jest cen jednostkowych w ofercie, rozliczone będą kosztorysami powykonawczymi wykonanymi metodą szczegółową, sporządzonymi na podstawie potwierdzonej przez Inspektora nadzoru książki obmiaru robót oraz wg danych wyjściowych do kosztorysowania jak w ofercie tj.:

Rg= 14,50 PLN

KzodM=2%

Sygn. akt KIO 698/11

KpodR+S=62%

Zysk od R+S+Kp= 12% Ceny materiałów będą przyjmowane wg średnich cen bez kosztów zakupu z wydawnictwa Sekocenbud z okresu realizacji robót +% Kz jw., a w przypadku braku w/w cen w Sekocenbudzie, cena zostanie przyjęta z faktury zakupu (cena po upuście jeżeli taka na fakturze istnieje) + Kz jw. Ceny sprzętu będą przyjmowane wg średnich cen najmu z

wydawnictwa Sekocenbud z okresu wykonanych robót + % Kp i % Zysku jw., a w przypadku braku w/w cen w Sekocenbudzie cena zostanie przyjęta z faktury najmu ".

W związku z powyższymi zapisami SIWZ, formularza ofertowego i umowy Odwołujący stwierdza, że Zamawiający nie przywiązywał istotnej wagi, co do prawidłowości sporządzonego kosztorysu ofertowego, gdyż cytowanymi zapisami przewidział sytuację nieuwzględnienia w kosztorysie ofertowym cen robót i materiałów. Dlatego też, niezrozumiałe jest postępowanie zamawiającego dotyczące oceny oferty i w konsekwencji jej odrzucenie. Zamawiający jeżeli uznał omyłkowe opisy wyszczególnionych pozycji kosztorysowych i nie uwzględnił jednej pozycji jako niezgodność treści oferty z treścią SIWZ to przed czynnością odrzucenia oferty chcąc utrzymać korzystną cenowo ofertę, miał obowiązek na podstawie art. 87 ust.2 pkt.3 ustawy Pzp, dokonać poprawienia niniejszych opisów i wpisać brakującą pozycję wraz z ceną 81,83 zł. wynikającą z kosztorysu ofertowego dot. przyłącza sieci sanitarnych, budynek Lipówka II, poz. 46 d.2, KNNR 4 1321-03, Kształtki PVC kanalizacyjne jednokielichowe łączone na wcisk o śr. zewn. 200 mm. W tym miejscu zaznaczamy, że dokonane zmiany opisu jak i dodanie pozycji 46 d 2 na poziomie 81,83 zł. nie stanowią istotnej zmiany w treści oferty w stosunku do całkowitej kwoty ofertowej tj. do 5 946 772,65 zł. dokonana w ten sposób zmiana ceny nie stanowi również zmiany pozycji w rankingu cenowym.

Art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy został w prowadzony w celu umożliwienia poprawienia błędów, jakie mogą pojawić się podczas sporządzenia kosztorysu ofertowego. Dlatego też należy uznać, że odmienny opis poszczególnych pozycji kosztorysowych jak również niedokonanie wyceny jednej pozycji kosztorysu ofertowego zobowiązywało zamawiającego do poprawienia oferty na podstawie art. 87 ust.2 pkt.3 ustawy Pzp. Nieidentyczny opis pozycji kosztorysowych w porównaniu z przedmiarem robót czy brak wyceny przedmiotowej pozycji, uznać należy za „inną omyłkę”, której poprawienie nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty. Zamawiający powinien w takim przypadku zwrócić się do wykonawcy w trybie art. 87 ust. 1 ustawy i zażądać wyjaśnień odnośnie złożonej oferty w zakresie wskazania opisu wskazanych pozycji i wyceny brakującej pozycji a następnie dokonać poprawienia oferty w tym zakresie w trybie art. 87 ust.2 pkt. 3 ustawy niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę. Dopuszczalne jest bowiem dokonywanie zmian treści oferty (także zmian ceny) w przypadku zaistnienia omyłki polegającej na niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, które nie powodują istotnych zmian w treści oferty. Opisane działanie zostało potwierdzone w publikacji pod red. J. Sadowego „Prawo zamówień publicznych po nowelizacji z dnia 4 września 2008 r.” - „dopuszczalne wydaje się dokonanie zmian w sytuacji, jeżeli z okoliczności wynika zamiar złożenia przez wykonawcę oferty zgodnie z wymogami zamawiającego oraz poprawienie omyłki nie ingeruje w sposób istotny w treść oferty, tj. nie powoduje konieczności znaczącej ingerencji ze strony zamawiającego lub nie dotyczy jej istotnych postanowień.” W związku z tym należy stwierdzić, że z okoliczności przedmiotowego postępowania jednoznacznie wynika zamiar złożenia przez Odwołującego oferty zgodnie z wymogami zamawiającego. Również poprawienie omyłek nie będzie ingerowało w treść oferty w sposób istotny, gdyż poprawieniu ulegnie wartość jednej z setek pozycji kosztorysów ofertowych, która w konsekwencji doprowadzi do zmiany wartości o 81,83 zł w stosunku do wartości 5 946 772,65 zł., wskazuje bezsprzecznie na jej znikomy charakter. Takie działanie potwierdza wyrok KIO z dnia 30 stycznia 2009 r. sygn. akt.

Sygn. akt KIO 698/11

KIO/UZP 70/09, wyrok KIO z dnia 5 października 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 1324/09. Zamawiający przy ocenie oferty, czy doszło do naruszenia przepisów przez Odwołującego powinien się kierować wagą uchybienia oraz tym czy uchybienie mogło mieć wpływ na ocenę Zamawiającego w zakresie wyboru oferty najkorzystniejszej w świetle kryteriów wynikających z SIWZ. Zamawiający swoim działaniem nie dołożył należytej staranności przy wyborze oferty najkorzystniejszej, co było następstwem wyboru oferty droższej od oferty Odwołującego.

W związku z przedstawioną argumentacją Odwołujący stwierdza, że spełnia wszystkie warunki Zamawiającego, w tym również, że treść złożonej oferty jest zgodna z treścią SIWZ a jeżeli nie to zaistniałe omyłki podlegają poprawieniu na podstawie art. 87 ust.2 pkt. 3 ustawy co jednocześnie powoduje, że oferta Odwołującego nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust.1 pkt.2 ustawy.

Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania oraz o dokonanie ponownej oceny ofert zgodnie z przepisami ustawy z uwzględnieniem argumentów w odwołaniu i dokonania wyboru oferty odwołującego.

W dniu 8 kwietnia 2011r. pismem z dnia 7 kwietnia 2011r. do postępowania odwoławczego przystąpiło po stronie Zamawiającego konsorcjum wykonawców: Stanisław Pocięj Zakład Remontowo Budowlany ul. Osiecka 3a;32-300 Olkusz, Przedsiębiorstwo Robót-Inżynieryjnych "Boszek-Kozubski" sp, z o.o. spółka komandytowa Aleja Zagłębia Dąbrowskiego 9a;41-303 Dąbrowa Górnicza, Michał Curyło Przedsiębiorstwo Produkcyjno Usługowo Handlowe „ARCHIBUD” ul .Pakuska 2;32-300Olkusz zwany dalej „Wykonawcą wybranym” lub „Przystępującym”,

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Interes do wniesienia odwołania uzasadnił tym, że posiada najkorzystniejszą ofertę spośród ofert spełniających wymagania specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zawiadomienie o wniesieniu odwołania otrzymał w dniu 5 kwietnia 2011r.

Przywołał pkt 23 SIWZ regulujący sposób obliczenia ceny i zaznaczył, że Zamawiający za podstawę obliczenia ceny przyjął kosztorys oraz, że wykonanie przedmiotu zamówienia będzie rozliczane kosztorysem powykonawczym .

W swoich wywodach wnioskuje, że odwołujący swoją argumentacją usiłuje wykazać, że cena ma charakter ryczałtowy.

Na poparcie, iż opisy w kosztorysie ofertowym powinny odpowiadać przedmiarowi podaje pkt 23 ust.5 siwz, w którym Zamawiający wymaga, aby opisy robót przedmiarowych , jednostki miar i ilości tych jednostek w kosztorysach ofertowych odpowiadały opisom robot przedmiarowych, jednostkom miar i ich ilościom pozycji przedmiarowych Zamawiającego. Bowiem z treści cytowanego zapisu wynika- wbrew twierdzeniom Odwołującego-że w powyższym zakresie nie pozostawiono oferentom żadnej decyzyjności- na które zresztą powołuje się Odwołujący-dotyczyć mogą wyłącznie podstaw wyceny podanych w przedmiarze robót, które zostały określone mianem poglądowych.

Przystępujący nie zgadzając się z argumentacją Odwołującego w zakresie obowiązku Zamawiającego poprawienia omyłek w trybie art.87 ust.2 pkt 3 ustawy podkreśla, że w katalogu tym nie mieszczą się sytuacje w których wykonawca-wbrew wyraźnej woli Zamawiającego-oferuje przedmiot świadczenia inny niż wymagany.

Przystępujący wnosi o oddalenie odwołania jako bezzasadnego.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje.

Izba ustaliła co następuje.

Zgodnie z Protokołem postępowania Druk ZP-PN pkt9 Zestawienie ofert cena oferty Odwołującego wynosi 5.946.772,65zł.i jest ofertą korzystniejszą od oferty Wykonawcy wybranego (Przystępującego), którego cena oferty wynosi 6.061.612,91zł. Kryterium oceny ofert stanowi cena-100%. Odwołujący podnosi, że w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy wskazanych w odwołaniu, pozbawia się jego możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia gdyż oferta jest ofertą najtańszą i najkorzystniejszą, na dzień składania odwołania, a interes w uzyskaniu danego zamówienia może doznać uszczerbku.

Tym samym w ocenie Izby, Odwołujący posiada interes prawny do wniesienia odwołania w rozumieniu art.179 ust.1 ustawy.

Izba na podstawie przedłożonej do akt sprawy dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym przedmiaru robót i kosztorysu ofertowego Odwołującego ustaliła, co jest również bezsporne między stronami, co następuje.

Roboty budowlane obejmują zakres trzech punktów Gminnych Centrów Zbiórki Odpadów (GCZO): 1)Al.Piłsudskiego, 2)Al.Zwycięstwa,3)Szałasowizna oraz jeden Gminny Punkt Zbiórki Odpadów Niebezpiecznych(GPON) z lokalizacją LipówkaII (pkt3.2 Opis przedmiotu zamówienia SIWZ).

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art.89 ust.1 pkt 2 ustawy z powodu następujących błędów w kosztorysie ofertowym Odwołującego:

1. na str.34 poz. 6d.l wykonawca przyjął wodomierz skrzydełkowy mokro bieżny zamiast wodomierza sprężonego zgodnie z przedmiarem,
2. na str. 34 poz. 7d.l wykonawca przyjął zawór antyskażeniowy typ EA 251 zamiast zaworu antyskażeniowego typ EA 423,
3. na str.93 poz. 60 d.2 wykonawca wycenił separator ropochodny koalescencyjny PSK KOALA a zgodnie z przedmiarem powinien wycenić separator ropochodny lamelowy,
4. str.82. poz.4d.2 wykonawca policzył montaż i dostawę elektrycznego urządzenia grzewczo wentylacyjnego innego typu niż ten jaki został zamieszczony w przedmiarze,
5. str.82 poz. 5d.2 wykonawca policzył dostawę i montaż wentylatora dachowego innego typu niż ten jaki został zamieszczony w przedmiarze robót,
6. str. 88 poz. 22d. 8, str. 152 poz.21d 8, str. 212 poz.21d 8, str.272 poz. 21 d 8 wszystkie te pozycje dotyczą kurtyny powietrza zimna gdzie wykonawca przyjął inny opis niż ten wynikający z przedmiaru robót.
7. Str. 216 wykonawca nie wycenił pozycji nr 46d.2 przedmiaru zamawiającego „Przyłącza i sieci wod - Kan do bud. GCZO ul. Szałasowizna tj. Kaształtki PCV kanalizacyjne jednokielichowe łączone na wcisk o śr. Zew.200 mm - szt.l"

Odwołujący na rozprawie wyjaśnił, że nie kwestionuje omyłek stwierdzonych w piśmie Zamawiającego zawiadamiającego o odrzuceniu jego oferty i wyborze oferty najkorzystniejszej i chciałby przedstawić przyczyny omyłek w kosztorysie. Omyłki brały się stąd, że kosztorysant najpierw wycenił budynek przy ul. Piłsudskiego i omyłkowo urządzenia z tego obiektu przeniósł do budynku Lipówka.

Z kolei Zamawiający i Przystępujący wskazywali, że rzekome tylko omyłki mają istotne znaczenie dla treści złożonej oferty z uwagi na to, że obiekt Lipówka jest obiektem o zupełnie innym przeznaczeniu niż pozostałe obiekty i zgodnie z przedmiarem robot przeznaczone są tam urządzenia o innych parametrach w wielu wypadkach nawet o kilkanaście razy droższe, a zastosowanie urządzeń z innych obiektów nie jest możliwe na Lipówce z uwagi wymóg parametrów i przeznaczenie urządzeń na tym obiekcie, który jest większym obiektem od pozostałych i jest przeznaczony do zbioru wszystkich odpadów stałych niebezpiecznych z całego Miasta i dlatego są tam zaplanowane inne urządzenia. Na rozprawie Zamawiający szczegółowo przedstawił różnice pomiędzy urządzeniami jakie wynikały z przedmiaru robót na Lipówce, a jakie zaoferował Odwołujący przez pomyłkę kosztorysanta, który przeniósł urządzenia z pozostałych obiektów i które nie nadają się do zastosowania na obiekcie Lipówka. Powyższe rozbieżności dotyczyły: separatora lamelowego PSW10/100 fi 1200 i separatora koalescencyjnego, wodomierza sprężonego i skrzydełkowego, zaworu kołnierowego i gwintowanego, urządzenia grzewczo wentylacyjnego o zmiennej wydajności wentylacyjnej a urządzenie o stałej wydajności, wentylatora dachowego, kurtyn powietrza zimna.

Zamawiający nie zgadzając się z twierdzeniem Odwołującego o omyłce wskazuje na pisma z dnia 15.03.2011r ZP.WIM.2714.9.2011.Zamawiającego do Odwołującego oraz odpowiedź na to pismo Odwołującego z dnia 18 marca 2011r. ZP.WIM.2714.9.2011.oraz poprzedzające je pisma: z dnia 14.03.2011 Zamawiającego do Przedsiębiorstwa Konsultingowo- Inżynierskiego PREDOM Sp. z o.o. Wrocław (Projektant) i odpowiedź tegoż Przedsiębiorstwa do Zamawiającego z dnia 15.03.2011r. i podnosi na rozprawie, że twierdzenie o omyłce nastąpiło na użytek postępowania odwoławczego.

Izba zważyła co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie, ponieważ argumentacja Odwołującego nie potwierdziła się w świetle zgromadzonego materiału w sprawie oraz wyjaśnień i argumentacji Zamawiającego i Przystępującego na rozprawie.

Po pierwsze co do wywodów Odwołującego, że siwz w zakresie znaczenia przedmiaru robót określa jego wagę jako pomocniczą, a nie zasadniczą dla złożenia oferty.

Cytowane przez Odwołującego zapisy pkt 23 siwz przewidują, że „Zamawiający wymaga, aby opisy robót pozycji przedmiarowych, jednostki miar i ilości tych jednostek w kosztorysach ofertowych odpowiadały opisom robót pozycji przedmiarowych, jednostkom miar i ich ilościom z pozycji przedmiarowych Zamawiającego. (pkt 23.5.siwz)”. .

W ocenie Izby taki zapis wskazuje na obowiązek oferenta do identycznych opisów pozycji kosztorysowych z opisem pozycji przedmiarowych. I nie można słowa „odpowiadały” inaczej zinterpretować jak tożsame(identyczne). Natomiast Odwołujący ze słowa „odpowiadały” wywodzi, że wcale nie muszą być tożsame i błędnie przywołuje na poparcie swojej argumentacji zdanie poprzedzające o treści „Podstawy wyceny podane w przedmiarze robót nie są obligatoryjne i należy je traktować pogładowo/w zakresie opisu wyszczególnienia

pozycji/. Bowiem czym innym jest opis robót pozycji przedmiarowych, a czym innym podstawy wyceny tych pozycji.

Tym bardziej kosztorys ma zasadnicze znaczenie, jeżeli Zamawiający określił, że „Zadanie będzie rozliczane kosztorysem powykonawczym”(pkt23.6siwz zdanie pierwsze) i „Zamówienie będzie rozliczone obmiarowo”(pkt23.8.siwz zdanie pierwsze).

Owszem zarówno w SIWZ (pkt 23.11.2. Opis sposobu obliczenia ceny oraz waluta oferty i rozliczeń) jak i w formularzu ofertowym (zał. nr 1 do siwz pkt5.1) jak i w umowie (§8 pkt 6 umowy – zał. nr 7) znajdują się powielane zapisy określające sytuacje w których „w przypadku robót, dla których brak jest cen jednostkowych w ofercie, rozliczane będą kosztorysami powykonawczymi wykonanymi metodą szczegółową, sporządzonymi na podstawie potwierdzonej przez inspektora nadzoru książki obmiaru robót oraz według danych wyjściowych do kosztorysowania zadeklarowanych w ofercie.”

Jednak zapisy te w myśl postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia są wprowadzone przez Zamawiającego tylko i wyłącznie na użytek robot dodatkowych i zamiennych i bezpodstawnie Odwołujący je przywołuje do zadania objętego przedmiotem zamówienia. Bowiem ”Przez cenę oferty, Zamawiający rozumie cenę brutto za całe zadanie objęte przedmiotem zamówienia(pkt 23.4 siwz) i „Do wyliczenia ceny służą projekt budowlany i wykonawczy, przedmiar robót, specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót i normy budowlane”(pkt 23.5 siwz). Tak więc kwestia „braku cen” odnosi się tylko do robót dodatkowych i zamiennych, a nie do zadania objętego przedmiotem niniejszego zamówienia.

W związku z powyższym wywody Odwołującego o nie wiążącym charakterze przedmiaru robot i kosztorysie ofertowym są nieuprawnione w myśl obowiązujących i powyżej wskazanych zapisów siwz.

Dlatego też złożenie kosztorysu ofertowego zgodnego z przedmiarem robot ma zasadnicze znaczenie dla oceny prawidłowości złożonej oferty.

Po drugie co do wystąpienia omyłki Odwołującego przy sporządzaniu kosztorysu ofertowego. Argumentacja w odwołaniu wraz z wyjaśnieniami pełnomocnika Odwołującego na rozprawie wskazuje na omyłkę kosztorysanta, który pomylił obiekty przy ich wycenie.

Niemniej należy wziąć pod uwagę korespondencję w sprawie, a w szczególności powyżej przywołane pisma, z których wynika, że na etapie badania ofert Zamawiający dostrzegł, iż Odwołujący zaoferował inne urządzenia niż przewidziane w przedmiarach robot i dokumentacji projektowej. W związku z zapytaniem skierowanym do projektanta (pismo z dnia 14.03.2011r.) i udzieloną odpowiedzią (pismo z dnia 15.03.2011r.) Zamawiający zamienione urządzenia nie mógł zakwalifikować jako równoważne, ponieważ z opinii projektanta wynikało, że przyjęte urządzenia przez Wykonawcę nie są urządzeniami równoważnymi i nie mogą być zastosowane jako zamiennie, ponieważ nie spełniają wymaganych parametrów. Na tej podstawie Zamawiający w dniu 15.03.2011r. pisemnie poprosił Odwołującego o wykazanie równoważności urządzeń przyjętych w niżej wymienionych pozycjach kosztorysu ofertowego. Zamawiający opisał szczegółowo wszystkie pozycje, wskazał na czym polega rozbieżność określając zastosowane urządzenie w kosztorysie Odwołującego i urządzenie jakie jest w przedmiarze Zamawiającego i prosił o odpowiedź w oznaczonym terminie. Odwołujący w dniu 18 marca 2011r. udzielił pisemnej odpowiedzi, w której oświadczył, że wszystkie urządzenia wykazane w naszym kosztorysie

ofertowym spełniają wymogi określone przez Zamawiającego i tym samym wyszczególnione pozycje w piśmie Zamawiającego również spełniają. Odniósł się również do zagadnienia równoważności w siwz oceniając jego niedoprecyzowanie. Niemniej w podsumowaniu pisma stwierdził Odwołujący „W związku z powyższym stanem faktyczno-prawnym jednoznacznie stwierdzamy, że zaoferowane przez nas materiały wskazane w pozycjach kosztorysu ofertowego spełniają wymagania określone przez Zamawiającego w SIWZ i tym samym gwarantują realizację przedmiotu zamówienia na poziomie jakościowym odpowiadającym wymogom Inwestora”.

Skutkiem powyższego oświadczenia Zamawiający w dniu 29 marca 2011r. odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art.89 ust.1 pkt 2 ustawy wskazując jak w zapytaniu do Odwołującego z dnia 15.03.2011r. te same pozycje kosztorysu, wymieniając te same rozbieżności użytych urządzeń(materiałów) w stosunku do przedmiaru robót, stwierdzając, że w kosztorysie Odwołującego wystąpiły nieprawidłowości.

Reasumując w ocenie Izby, Odwołujący nie ma skutecznych podstaw formalnych i prawnych do powoływania się na omyłkę według dyspozycji art.87 ust.2 pkt3 ustawy, wobec oświadczenia w piśmie, że zaoferowane materiały spełniają wymagania z SIWZ, bez względu na to, że Zamawiający w piśmie z dnia 15.03.2011r. zapytał się o równoważność materiałów, ponieważ z treści tego pisma jednoznacznie wynikało, że Odwołujący wstawił w poszczególne pozycje kosztorysu inne urządzenia (materiały) niż to wynikało z przedmiaru.

Dopiero odrzucenie oferty spowodowało inną argumentację po stronie Odwołującego to jest wskazującą na zaistnienie omyłki. Tym samym Odwołujący wycofał się z oświadczenia z dnia 18.03.2011r. („W związku z powyższym stanem faktyczno-prawnym jednoznacznie stwierdzamy, że zaoferowane przez nas materiały wskazane w pozycjach kosztorysu ofertowego spełniają wymagania określone przez Zamawiającego w SIWZ i tym samym gwarantują realizację przedmiotu zamówienia na poziomie jakościowym odpowiadającym wymogom Inwestora”).

Natomiast na rozprawie Zamawiający i Przystępujący szczegółowo określili różnice pomiędzy urządzeniami(materiałami) zaoferowanymi a wymaganymi, które ze względu na cechy techniczne i parametry nie nadają się do zastosowania w obiekcie Lipówka, ze względu na zupełnie inne jego funkcje niż pozostałe obiekty. Natomiast Przystępujący oświadczył, że według jego wyliczeń, jeżeli Odwołujący miałby dostarczyć właściwe urządzenia to koszt jego oferty z tego tytułu powinien wzrosnąć o 180 tys. zł. netto.

Natomiast pełnomocnik Odwołującego podtrzymywał stanowisko co do omyłki kosztorysanta i wykonania zamówienia za cenę ofertową, nie negując opisywanych szczegółowo podczas rozprawy przez Zamawiającego nieprzydatności i nieprawidłowości urządzeń w wymienionych przez Zamawiającego pozycjach kosztorysu.

Reasumując w ocenie Izby, Odwołujący nie wykazał zaistnienia omyłki w kosztorysie ofertowym, a wykazane nieprawidłowości w kosztorysie wskazują na sprzeczność treści oferty z treścią siwz, nie kwalifikującą się do zastosowania art. 87 ust.2 pkt 3 ustawy.

Po trzecie Zamawiający wykazał na rozprawie, że nie ma możliwości, wbrew twierdzeniom w odwołaniu, wyceny kształtki PVC kanalizacyjnej jednokielichowej łączonej na wcisk o śr.zewn.200mm/Td1, której brak wyceny stwierdzono na stronie 216 w pozycji 44 D.2. oferty (budynek Szafasowizna), ponieważ tego rodzaju kształtki kanalizacyjne nie zostały wycenione na budynku Lipówka ani gdzie indziej w kosztorysie. Zamawiający okazał rysunek techniczny kształtki kanalizacyjnej i oświadczył, że na budynku Lipówka w pozycji 46D.2 strona 5 przedmiaru robót są kształtki- trójniki PVC kanalizacyjne jednokielichowe łączone na wcisk fi200/160/200mm/Tdr5,6/. Podkreśla się, że brak wyceny PVC kanalizacyjne jedno kielichowe dotyczy obiektu Szafasowizna – przyłącza sieci wodno – kanalizacyjnej, a z

przedmiaru robót na Szałasowiznę wynika z pozycji 44D.2 strona 5 przedmiaru, że kształtki PVC kanalizacyjne jednokielichowe mają średnicę fi200. Powyższe Zamawiający okazał na podstawie przedmiaru robót Szałasowizna i Lipówka w pozycjach jak opisano powyżej. Dlatego Zamawiający dalej na rozprawie oświadczył, że nie ma możliwości poprawienia pozycji dotyczącej kształtki PVC kanalizacyjnej brakującej na Szałasowiznie (kształtka jedno kielichowa), ponieważ wyceniona kształtka na Lipówce jest inna (trójkąt fi200/160/200). Trójkąt jest to kształtka mająca wlot, wylot i odejście, montuje się ją na sieciach celem np. przyłączeń do sieci. Kształtka kielichowa ma tylko wlot i wylot bez odejścia i służy zmianie kierunku przepływu ścieków bądź włączeniu do studni. W związku z tym nieprawdziwe jest oświadczenie, że Zamawiający może we własnym zakresie wycenić brakującą kształtkę jednokielichową na Szałasowiznie na podstawie kształtki trójkątowej wycenionej w kosztorysie na obiekcie Lipówka. Oświadczeniu temu pełnomocnik Odwołującego na rozprawie nie zaprzeczył. W tym stanie rzeczy w ocenie Izby Zamawiający nie ma możliwości dokonania poprawienia oferty Odwołującego, w przypadku nawet pominięcia okoliczności ustalonej powyżej, że nie nastąpiła w przedmiotowej sprawie inna omyłka. W związku z powyższym Odwołujący nie wykazał spełnienia przesłanek do poprawienia oferty przez Zamawiającego w trybie art.87 ust.2 pkt 3 ustawy.

Podsumowując przedmiotową sprawę należy stwierdzić.

W przypadku gdy SIWZ przewiduje, że „Zamawiający wymaga, aby opisy robót pozycji przedmiarowych, jednostki miar i ilości tych jednostek w kosztorysach ofertowych odpowiadały opisom robót pozycji przedmiarowych, jednostkom miar i ich ilościom z pozycji przedmiarowych Zamawiającego to taki zapis wskazuje na obowiązek oferenta do identycznych opisów pozycji kosztorysowych z opisem pozycji przedmiarowych. I nie można słowa „odpowiadały” inaczej zinterpretować jak tożsame(identyczne).

Odwołujący nie jest uprawniony do powoływania się na omyłkę w kosztorysie ofertowym w zakresie opisu pozycji robót budowlanych, jeżeli w toku prowadzonego postępowania wyjaśniającego Zamawiający wskazał Odwołującemu, że w konkretnych pozycjach kosztorysu są zastosowane inne urządzenia niż w przedmiarach, nawet wskazując taką okoliczność przy okazji badania równoważności oferty, a mimo to Odwołujący składa oświadczenie, że zaoferowane urządzenia wskazane w pozycjach kosztorysu ofertowego spełniają wymagania określone przez Zamawiającego w SIWZ, a dopiero gdy Zamawiający odrzuca ofertę Odwołujący zaczyna powoływać się na omyłkę w kosztorysie.

Ponadto jeżeli Zamawiający nie ma wiedzy na podstawie treści złożonej oferty jak poprawić omyłkę skoro Odwołujący pominął wycenę pozycji, a w innych częściach kosztorysu nie ma identycznej pozycji, to niemożliwym jest nakazanie Zamawiającemu poprawienia omyłki, w sytuacji gdzie cena jest kosztorysowa, a rozliczenie nastąpi na podstawie kosztorysu powykonawczego na podstawie obmiaru robót.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust.9 i10 ustawy oraz § 3 pkt 1Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2010r. Nr 41, poz.238) zaliczając na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości 10.000,00 zł.

Przewodniczący

.....