

Sygn. akt: KIO 1942/15

WYROK
z dnia 18 września 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Paulina Zielenkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 września 2015 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 września 2015 r. przez Odwołującego **WODPOL Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Żywcu przy ul. Ks. Pr. St. Słonki 24, 34-300 Żywiec

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Szpital nr 2 im. dr Tadeusza Boczenia w Mysłowicach**, ul. Bytomska 41, 41-400 Mysłowice

przy udziale

wykonawcy **Meritum Grupa Budowlana Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa**, ul. Oświęcimska 90b, 32-500 Chrzanów zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1 Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego – WODPOL Sp. z o.o. z/s w Żywcu i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10.000 zł 00 gr.** (słownie: dziesięć tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego WODPOL Sp. z o.o. z/s w Żywcu tytułem wpisu od odwołania.

2.2 Zasądza od Odwołującego – WODPOL Sp. z o.o. z/s w Żywcu na rzecz Zamawiającego – Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej Szpital nr 2 im. dr Tadeusza Boczenia w Mysłowicach kwotę **3.597 zł 75 gr.** (słownie: trzy tysiące pięćset dziewięćdziesiąt siedem złotych, siedemdziesiąt pięć groszy) tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.) 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

W postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Szpital nr 2 im. dr Tadeusza Boczenia w Mysłowicach, w trybie przetargu nieograniczonego na *wykonanie robót budowlanych w budynku „A” – „Interny” zgodnie z opracowaną dokumentacją projektową – Część I oraz opracowanie projektów i wykonanie robót budowlanych w formule zaprojektuj i wybuduj, obejmującej remont i termomodernizację budynku Chirurgii oraz budynku Administracji – Część II* (nr postępowania: ZP/PO/43/PS/41/15), ogłoszonym w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 31 lipca 2015 r., poz. 115199-2015, wobec czynności odrzucenia oferty Wodpol Sp. z o.o., w dniu 4 września 2015 r. zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wykonawcy, którego ofertę Zamawiający odrzucił (sygn. akt KIO 1942/15).

Informację o czynności stanowiącej podstawę odwołania Zamawiający przekazał wykonawcy w dniu 01.09.2015 r. faksem.

Do postępowania odwoławczego przystąpił w dniu 7 września 2015 r. po stronie Zamawiającego skutecznie wykonawca Meritum Grupa Budowlana Sp. z o.o. Sp. k., którego wybrana została jako najkorzystniejsza.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

1. dokonanie wadliwej, bo nieuprawnionej czynności odrzucenia jego oferty, prowadzące do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z zarzutem nr 2, 3, 4, 5 oraz art. 91 ust. 1 Ustawy Pzp;
2. niedokonanie czynności poprawienia zw. innej omyłki w ofercie Odwołującego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Ustawy, polegającej na tym, że na stronie 000074 w poz. 28 omyłkowo podano w ilości – 3,668 m³, a powinno być według odpowiedzi na pytanie zamieszczone na stronie internetowej 3,11 m³, prowadzące do naruszenia art. 87 ust.2 pkt 3 Ustawy, a z ostrożności naruszenie art. 87 ust. 1 Ustawy ze względu na niewezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień treści oferty;
3. dokonanie wadliwej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawcę Meritum Grupa Budowlana Sp. z o.o. Sp. k., prowadzące do naruszenia art. 7 ust. 3 w zw. z zarzutem nr 1, 2, 4 i 5 oraz art. 91 ust. 1 Ustawy;
4. zaniechanie czynności wyboru oferty Wodpol Sp. z o.o., będącej najkorzystniejszą spośród ofert, które nie podlegają odrzuceniu, prowadzące do naruszenia art. 91 ust. 1 Ustawy;
5. nierówne traktowanie wykonawców w trakcie prowadzonego postępowania oraz brak zachowania zasady uczciwej konkurencji podczas badania złożonych ofert, co

powoduje naruszenie art. 7 ust. 1-3 Ustawy, z związku z zarzutami wskazanymi powyżej.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego i nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownie czynności badania i oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej, spośród nieodrzuconych ofert, w tym oferty Odwołującego oraz nakazanie Zamawiającemu dokonania poprawienia omyłki dotyczącej ilości w poz. 28 z 3,668 m³ na 3,11 m³.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów Odwołujący zakwestionował uzasadnienie decyzji Zamawiającego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, wskazane w piśmie z dnia 1 września 2015 r. Zamawiający wskazał na obowiązek określenia wartości jednostkowych dla wszystkich robót wymienionych w przedmiarach robót dla Części I, według założeń wyjściowych do kosztorysowania zawartych w rozdziale 26 siwz, co dodatkowo wzmacnia ustalony w pkt 3.6 siwz opis, zgodnie z którym cena za część I stanowi kwotę wstępną, a rozliczenie następować będzie zgodnie z przedstawionymi kosztorysami powykonawczymi. Zamawiający wskazał na usunięcie na str. 000037 oferty pozycji od 7 – 21, brak kosztorysu ofertowego na roboty dotyczące centralnego ogrzewania, a także nieprawidłową ilość w poz. 28, str. 000074 oferty – 3,668 m³, a powinno być 3,11 m³ (zgodnie z odpowiedzią na pytania zamieszczone na stronie internetowej).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu powierzchowną ocenę jego oferty. W jego ocenie Zamawiający nie udowodnił na czym polega niezgodność treści oferty z siwz, nie dokonał odpowiedniej analizy stanu faktycznego oraz prawnego. W dalszej części uzasadnienia Odwołujący wskazał na wytyczne stosowania przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 z uwzględnieniem procedury z art. 87 ust. 1 ustawy, znajdujące potwierdzenie w przywołanych orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący wskazał na postanowienia siwz, w tym przywołane przez Zamawiającego z pkt 3.3. dotyczące założeń wyjściowych do kosztorysowania. Zgodnie z pkt 26 siwz zdanie drugie Zamawiający ustalił, iż *Kosztorysy winny obejmować wszystkie pozycje wyszczególnione w przedmiarach robót a także wszystkie prace wynikające z dokumentacji projektowej i zapisów umowy **za wyjątkiem prac termo modernizacyjnych i izolacyjnych, które po wycenie należy uwzględnić w cenie dla Części II.** Wykonawca obliczy wartości jednostkowe dla wszystkich robót wymienionych w przedmiarach **robót wg założeń wyjściowych do kosztorysowania zawartych w rozdziale 26 SIWZ.***

Z przywołanych zapisów wynika, że Odwołujący nie był zobligowany do wyceny jednostkowej prac termo modernizacyjnych i izolacyjnych, które jednak po dokonanej wycenie należało uwzględnić w cenie dla części II, co faktycznie uczynił, wyłączając

faktycznie kwestionowane przez Zamawiającego pozycje od 7 do 21 z kosztorysu ofertowego, a w związku z tym zapisem nie załączył kosztorysu ofertowego na roboty budowlane dotyczące centralnego ogrzewania, które są kwalifikowane merytorycznie do prac termo modernizacyjnych i izolacyjnych. Zamawiający nie podał katalogu prac termo modernizacyjnych i izolacyjnych, nie zdefiniował w siwz- prac związanych z termomodernizacją i izolacją, więc nie może teraz na niekorzyść wykonawców kwalifikować rodzaju prac jako należących do takich, bądź nie.

W związku z powyższym prace dotyczące centralnego ogrzewania nie musiały być wycenione jednostkowo zgodnie ze zdaniem drugim punkt 26.1 siwz. Prace te zostały faktycznie wycenione, co wykonawca wprost wyraził w oświadczeniu w formularzu ofertowym (str. 000001) „Część budowlana zawiera wycenę robót termoizolacyjnych i związanych z izolacją cieplną realizowanych w ramach części I na kwotę netto 230.789,07 zł. brutto 283.000,23 zł” (wszystko podano słownie). Wycena robót została ujęta w cenie dla Części II, w której przewidziano formę wynagrodzenia ryczałtowego zgodnie z pkt 13.7 siwz. Wyłączenie dotyczące braku konieczności wyspecyfikowania cen jednostkowych prac termomodernizacyjnych i izolacyjnych dotyczy zarówno części I, jak i II zamówienia, a zatem Zamawiający nie może takiego wymogu formułować na etapie oceny ofert, a tym bardziej wywodzić z niego skutków prawnych w postaci odrzucenia oferty Odwołującego.

Odnosnie stwierdzonej przez Zamawiającego niezgodności w ilości pozycji 28 (str. 000074 oferty), Odwołujący wskazał na podstawę uznania tej niezgodności za tzw. inną omyłkę podlegającą poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Ustawy. Zamawiający mógł również wystąpić do wykonawcy o wyjaśnienia na podstawie art. 87 ust. 1 Ustawy, a stanowisko to poparł fragmentem uzasadnienia z wyroku KIO z dnia 3 kwietnia 2012 r., sygn. akt 556/12. Powstała omyłka spowodowana została zmianą siwz będącej wynikiem udzielonych przez Zamawiającego odpowiedzi, co wskazywać ma na duże prawdopodobieństwo, że omyłka nie była zamierzonym działaniem, a więc kwalifikuje się do poprawienia na mocy art. 87 ust. 2 pkt 3 Ustawy. Zamawiający nie wystąpił nawet o wyjaśnienie do wykonawcy, przyjmując automatycznie, iż jako istotna niezgodność stanowi podstawę do odrzucenia oferty. Zdaniem Odwołującego, omyłka nie wpływa w żaden sposób na sposób realizacji przedmiotu zamówienia i nie wpływa w sposób istotny na wartość oferty. Przy prawidłowej ilości wartość wyceny pozycji 28 zwiększy się z „-277,63 zł.” do „235,40 zł.”, tj. o 513,03 zł., przy wartości całej oferty 7.135.795,76 zł. netto. Stanowi to 0,007189527% wartości zamówienia. Dokonanie poprawienia ilości nie spowoduje znaczącej ingerencji treść złożonej oferty, gdyż nie wpłynie to, ani na zadeklarowany przez Odwołującego sposób wykonania zamówienia, w tym również na cenę oferty, ani na zakres oferowanych zgodnie z rzeczywistą wolą Odwołującego.

Stanowisko Izby

Do rozpoznania odwołań zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (tekst jednolity Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), tj. po zmianie dokonanej ustawą z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 1232), zwanej dalej „ustawą”.

Izba na posiedzeniu niejawnym prowadzonym z udziałem stron w dniu 18 września 2015 r. uznała, iż nie zachodzą przeszkody formalne uniemożliwiające rozpoznanie merytoryczne zarzutów i skierowała odwołanie na rozprawę, do udziału w której dopuszczony został wykonawca, który w terminie zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone jest według zasad określonych dla postępowań o wartości nie przekraczającej „progu unijnego”, stąd istotnym z punktu widzenia możliwości rozpoznania odwołania było ustalenie, czy odwołanie wniesione zostało w granicach zaskarżenia określonych w przepisach art. 180 ust. 2 ustawy Pzp. Zakres zarzutów odnosił się do czynności odrzucenia oferty Odwołującego z postępowania, czyli jednej z czynności wymienionych w art. 180 ust. 2 pkt 3 ustawy, co czyniło niniejsze odwołanie dopuszczalnym.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba w pierwszej kolejności zobowiązana była do oceny wypełnienia przesłanek z art. 179 ust. 1 ustawy, tj. istnienia interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez Odwołującego szkody w wyniku kwestionowanych czynności Zamawiającego. Ocena ta prowadzona jest z uwzględnieniem zakresu zarzutów oraz skutków, jakie dla Odwołującego niosła zaskarżona decyzja o odrzuceniu jego oferty z postępowania i wyborze oferty droższej. Ponieważ Odwołujący kwestionuje czynność oceny jego oferty, wskazując na brak wypełnienia przesłanek do zastosowania dyspozycji przepisów wskazanych w podstawie decyzji, konsekwencją naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy byłoby unieważnienie decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz przywrócenie do oceny oferty Odwołującego, co w konsekwencji mogło prowadzić do jej wyboru. W świetle powyższego nie może budzić wątpliwości ustalenie, iż Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia, którego ochronie służy niniejsze odwołanie, jak również może ponieść szkodę w postaci utraty korzyści z jakimi wiąże się dla tego wykonawcy pozyskanie zamówienia.

W związku z powyższym Izba uznała, że spełnione zostały przesłanki materialno prawne do merytorycznego rozpoznania zarzutów.

Przy rozpoznaniu odwołania Izba miała na uwadze całokształt okoliczności związanych z podstawą uznania oferty Odwołującego za niezgodną z treścią siwz, ustalonych na

podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które to ustalenia znajdują się poniżej.

Zakres zarzutów naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 87 ust. 2 pkt 3, art. 91 ust. 1, art. 7 ust. 3 Ustawy sprowadza się zasadniczo do kwestionowania podstawy odrzucenia oferty Odwołującego wskazanej w piśmie z dnia 1 września 2015 r., której następstwem było wybranie jako najkorzystniejszej oferty droższej niż oferta Odwołującego, tj. wykonawcy przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Zamawiający stwierdził brak w ofercie Odwołującego kosztorysu dotyczącego wykonania *instalacji c.o. w budynku Interny*, obejmującego 152 pozycje przedmiarowe oraz brak 15 pozycji przedmiarowych (od pozycji 7 do pozycji 21) dotyczących elementu 1.2 – *Izolacja fundamentów*, co uniemożliwia rozliczenie wyżej wymienionych robót zgodnie z zasadami rozliczania tych robót w formie wynagrodzenia kosztorysowego przewidzianego w SIWZ dla Części I przedmiotu zamówienia – *Remont budynku „A” - „Interna”*. Ponadto Zamawiający wskazał na niezgodność w ilości obmiarowej pozycji 28 kosztorysu ofertowego (str. 000074 oferty), w której podano omyłkowo wielkość „-3,668 m³”, w miejsce „3,11 m³”.

Odnosząc się do pierwszej z okoliczności odrzucenia oferty, dotyczącej brakujących kosztorysów ofertowych na Część I, Odwołujący nie kwestionował ustaleń Zamawiającego w tym zakresie, prezentował natomiast odmienną niż Zamawiający wykładnię zapisów siwz, w tym w szczególności postanowienia z pkt 26.1 zdanie drugie, w którym Zamawiający wyłączyć miał obowiązek załączenia kosztorysów prac termomodernizacyjnych oraz izolacyjnych dla Części I przedmiotu zamówienia, które zostały tym samym wyłączone z Części I i przeniesione do Części II. Przy braku precyzji postanowień siwz co do zakresu prac kwalifikowanych, jako prace termomodernizacyjne i izolacyjne, wykonawcy pozostawiono ustalenie tego zakresu prac, co nie powinno wywoływać negatywnych skutków przy ocenie oferty. Jednocześnie Odwołujący wskazał na swoje oświadczenie z formularza ofertowego, w którym potwierdził dokonanie wyceny prac termomodernizacyjnych i izolacyjnych w kwocie brutto 283.000,23 zł. i ich ujęcie w Części II przedmiotu zamówienia.

Zamawiający wskazywał, iż powoływane przez Odwołującego postanowienie z pkt 26.1 siwz nie wyłączało obowiązku dokonania wyceny prac termomodernizacyjnych i izolacyjnych objętych Części I przedmiotu zamówienia w sposób wymagany przez Zamawiającego, tj. w kosztorysie ofertowym, który należało załączyć. Zamawiający oczekiwał od Wykonawcy, że ten po wycenie prac, uwzględni ich wartość w formularzu ofertowym w Części II przedmiotu zamówienia, co miało pozwolić Zamawiającemu na ustalenie kwoty całości prac termomodernizacyjnych i izolacyjnych dotyczących obu części, które finansowane mają być z środków pozyskanych z Narodowego Funduszu Ochrony Środowiska.

Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w odmienny sposób do Części I i Części II, z których każda z ma być rozliczana w inny sposób. Część I dotyczy remontu budynku A – Interny, opisanego w dokumentacji projektowej oraz *Audycie*, załączonych do siwz (załączniki nr 10, nr 9 a i b), natomiast Część II zamówienia obejmuje opracowanie projektów i wykonanie robót budowlanych w formule zaprojektuj i wybuduj, obejmujące remont i termomodernizację budynku Chirurgii oraz budynku Administracji. Dla Części I zamówienia Zamawiający określił wynagrodzenie kosztorysowe ustalane na podstawie wyceny prac w kosztorysie ofertowym (cen jednostkowych), natomiast dla Części II ustalone zostało w siwz wynagrodzenie ryczałtowe. Zamawiający wskazał w pkt 13 siwz zasady obliczenia ceny i wypełnienia formularza oferty przyjmując, iż *Podstawą obliczenia ceny za roboty budowlane dla Części I są wycenione przez Wykonawcę, a opracowane i przekazane przez Zamawiającego przedmiary robót wraz z dokumentacją projektową. Wykonawca obliczy wartości jednostkowe dla wszystkich robót wymienionych w przedmiarach robót wg założeń wyjściowych do kosztorysowania zawartych w rozdziale 26 SIWZ (pkt 13.3). Cena oferty za Część I jest kwotą wstępną, rozliczenie następować będzie zgodnie z przedstawionymi kosztorysami powykonawczymi (pkt 13.6). W założeniach wyjściowych do kosztorysowania Zamawiający w pkt 26.1 wskazał w zdaniu drugim, iż Kosztorysy winny obejmować wszystkie pozycje wyszczególnione w przedmiarach robót, a także wszystkie prace wynikające z dokumentacji projektowej i zapisów umowy za wyjątkiem prac termo modernizacyjnych i izolacyjnych, które po wycenie należy uwzględnić dla Części II. W dalszych zapisach Zamawiający ustalił wymagania dotyczące metod i podstaw opracowania kosztorysów ofertowych, wskazując na konieczność ich opracowania w oparciu o przedmiary robót oraz rysunki wykonawcze. W pkt 26.10 Zamawiający wskazał, iż Wykonawca obliczając cenę oferty dla Części I musi uwzględnić w kosztorysach ofertowych wszystkie pozycje przedmiarowe opisane w przedmiarach robót. Zgodnie z § 3 ust. 1 i 2 Wzoru umowy dla Części I (załącznik nr 7 do siwz): Za wykonanie przedmiotu umowy Wykonawca otrzyma wynagrodzenie kosztorysowe ustalone na bazie kosztorysu ofertowego zgodnie z wskazanymi cenami jednostkowymi oraz na podstawie innych kosztów określonych w cenie oferty. Ustalenie wysokości wynagrodzenia nastąpi na podstawie kosztorysu powykonawczego, sporządzonego przez Wykonawcę w oparciu o faktyczne wykonane i odebrane roboty, potwierdzone przez właściwych branżowych inspektorów nadzoru oraz ceny jednostkowe zawarte w kosztorysie stanowiącym załącznik do niniejszej umowy.*

Chociaż Zamawiający nie wskazał wprost na listę prac mieszczących się w kategorii robót termomodernizacyjnych i izolacyjnych, to informacja potrzebna do ustalenia tych prac przez profesjonalistów znajdowała się w załączniku do siwz tj. *Audycie*, odnoszącym się do obu części zamówienia. Zgodnie z *Audytem efektywności ekologicznej* , stanowiącym element

opisu przedmiotu zamówienia w ramach prac termo modernizacyjnych i izolacyjnych wskazane zostały roboty dociepleniowe (podłóg, ścian, stropów), wymiana stolarki okiennej i drzwiowej, wymiana i modernizacja instalacji c.o., modernizacja instalacji c.w.u., modernizacja źródła energii (str. 34 do 36 – budynek Interny i Chirurgii).

Odwołujący w formularzu ofertowym dla Części I zamówienia wskazał kwotę brutto 5.148.528,78, a w Części II część budowlana wyceniona kwotą ryczałtową brutto 3.517.800,00 zł., zawiera wycenę robót termomodernizacyjnych i związanych z izolacją cieplną realizowane w ramach części I na kwotę brutto 283.000,23 zł.

Na rozprawie Odwołujący wskazał, iż brak kalkulacji kosztorysowej prac termomodernizacyjnych i izolacyjnych objętych częścią I zamówienia nie oznacza, iż wartość tych prac nie została uwzględniona w cenie ofertowej w Części II zamówienia. Odwołujący uznał, iż brak obowiązku przedłożenia kosztorysów oznaczał, iż prace te należało przenieść do części II zamówienia, rozliczanej ryczałtowo. Odwołujący w kosztorysie dotyczącym prac objętych Częścią I zamówienia pominął element *1.2 Izolacja fundamentów*, poz. od 7 do 21 oraz nie przedłożył kosztorysu dla prac instalacyjnych c.o. (obejmującego 152 pozycje obmiarowe).

Mając na uwadze wskazane powyżej okoliczności faktyczne, Izba uznała, iż brak kosztorysów na całość prac objętych Częścią I zamówienia, zasadnie stanowił podstawę do uznania oferty Odwołującego za niezgodną z treścią siwz i jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy.

Nie budziło wątpliwości, iż wycena prac objętych Częścią I zamówienia miała być dokonana na podstawie przedmiarów robót, stanowiący opis przedmiotu zamówienia dla budynku A – Interna, a Zamawiający nie dopuszczał żadnych zmian co do zakresu robót, czy też wyłączenia prac termomodernizacyjnych i izolacyjnych z Części I. Stanowisko Odwołującego, w którym twierdził, iż pkt 26 ust. 1 zdanie drugie siwz, *Kosztorysy winny obejmować wszystkie pozycje wyszczególnione w przedmiarach robót, a także wszystkie prace wynikające z dokumentacji projektowej i zapisów umowy za wyjątkiem prac termo modernizacyjnych i izolacyjnych, które po wycenie należy uwzględnić dla Części II*, uzasadniać miało wyłączenie prac termomodernizacyjnych oraz izolacyjnych z Części I (budynek Interny) i ich przeniesienie do Części II (budynek Chirurgii i Administracyjny), nie zostało przez Izbę przyjęte jako trafne i spójne z treścią oferty Odwołującego, w której część z prac termomodernizacyjnych i izolacyjnych została wyceniona w kosztorysie ofertowym, tak jak wymagał tego Zamawiający (wymiana stolarki okiennej i drzwiowej). Izba przyjęła, iż powoływany zapis z pkt 26 ust. 1 siwz nie mógł być interpretowany w oderwaniu od

pozostałych postanowień, w których Zamawiający jednoznacznie (bez żadnych wyłączeń zakresu prac) wymagał dokonania wyceny pozycji przedmiarowych objętych Częścią I zamówienia i jej prezentacji w kosztorysie ofertowym, mającym stanowić podstawę do ustalenia wysokości wynagrodzenia należnego za ich wykonanie. Izba przyjęła za wiarygodne i przekonujące wyjaśnienia Zamawiającego dotyczące celu w jakim oczekiwał ujęcia wycenionej wartości prac termomodernizacyjnych i izolacyjnych dla całego zamówienia w Części II, a związanych z różnym źródłem środków pozyskanych na sfinansowanie tego zakresu prac. Wybiórcze rozumienie zapisu z pkr 26.1 i przypisanie znaczenia, jakie nadawał jemu Odwołujący, prowadziłoby do wypaczenia pozostałych postanowień siwz i prowadziłoby faktycznie do zmiany założeń Zamawiającego przyjętych dla Części I zamówienia. Samo uwzględnienie wartości prac termomodernizacyjnych i izolacyjnych w Części II zamówienia nie oznaczało, że Wykonawca został zwolniony z obowiązku prezentacji ich wyceny w ofercie, stanowiącej podstawę późniejszego rozliczenia prac. Odwołujący nie przedłożył kosztorysu dla prac dotyczących instalacji c.o. oraz pominął element 1.2 kosztorysu *Izolacja fundamentów*, co uniemożliwiało Zamawiającemu ustalenie rzeczywistego zakresu kalkulacji dla Części I zamówienia, rozliczanej kosztorysowo, a tym samym uchybiało postanowieniom siwz nakładającym na wykonawcę obowiązek wyceny w sposób zgodny z oczekiwaniami wyrażonymi w siwz. Zamawiający nie mógł przyjąć wyłącznie w oparciu o przeniesioną do Części II zamówienia kwotę, iż Odwołujący uwzględnił wszystkie pozycje przedmiarowe, a tym samym przyjął do oceny jego ofertę, która pozostawała nieporównywalna w tym elemencie z ofertami, w których dokonano wyceny wszystkich pozycji kosztorysowych, możliwych do zweryfikowania i sprawdzenia. Odwołujący wskazywał na treść oświadczenia z formularza ofertowego, dotyczącego wartości wycenionych robót termomodernizacyjnych i związanych z izolacją cieplną realizowanych w ramach Części I i uwzględnionych w wycenie Części II, które zdaniem Izby nie mogło sanować braków w kosztorysie ofertowym. Wprawdzie zapisy siwz, w szczególności zawarte w pkt 26 siwz (założenia do kosztorysowania) mogły wydawać się niejasne, jednak Wykonawca nie zwrócił na to uwagi Zamawiającemu. Brak reakcji Wykonawcy na niejasne dla niego postanowienia siwz na właściwym etapie postępowania (przed złożeniem oferty) nie zwalnia go z odpowiedzialności za treść oferty. Oczywiście Zamawiający jest zobowiązany do precyzyjnego ustalenia zasad, na jakich składane są oferty i na ich podstawie podejmować czynności w postępowaniu. Z drugiej strony, również w interesie wykonawcy jest to, aby uzyskać wszystkie niezbędne do przygotowania prawidłowej oferty, informacje. W niniejszej sprawie, Odwołujący powinien był wystąpić o wyjaśnienie znaczeni wyłączenia zawartego w pkt 26 ust. 1 siwz, tak aby uniknąć sytuacji, w której jego oferta zostałaby uznana za niezgodną z treścią siwz. Rezygnując z tej możliwości samodzielnie dokonał wykładni siwz, co doprowadziło do sprzeczności jego oferty z

pozostałymi postanowieniami, w których Zamawiający wskazywał jednoznacznie na konieczność złożenia wyceny pozycji kosztorysowych w pełnym zakresie (pkt. 13.3, pkt 26.10 siwz, § 3 ust. 1 i 2 wzoru umowy). Założenia wyjściowe do kosztorysowania, nie zmieniały zakresu zamówienia objętego Częścią I, a do tego faktycznie doprowadził Odwołujący w swojej ofercie, przerzucając część tych prac do Części II, co wpływało na zmianę sposobu rozliczenia tych prac z kosztorysowego na ryczałtowy. Izba uznała, iż pkt 26 ust. 1 siwz należało rozumieć, jako wytyczną dotyczącą sposobu prezentacji wycenionych prac w formularzu ofertowym, a nie klauzulę dopuszczającą zmianę sposobu wyceny prac objętych Częścią I, czy też ich zakresu.

Odnośnie drugiej podstawy faktycznej odrzucenia oferty Odwołującego – niewłaściwej ilości obmiarowej pozycji 28 kosztorysu (str. 000074 oferty), Izba uznała, iż stwierdzona niezgodność z przedmiarem robót załączonym do siwz kwalifikowała się do uznania jej za niezgodności podlegającą poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Ustawy. Zmiana ilości na prawidłową była bowiem możliwa bez ingerowania w treść oferty, tj. wskazaną przez Wykonawcę cenę jednostkową, a jej konsekwencje rachunkowe nie zmieniały kolejności ofert ocenianych według kryterium ceny. W okolicznościach faktycznych niniejszej sprawy, zaniechanie przez Zamawiającego dokonania poprawienia treści oferty Odwołującego nie wpływało jednak na ostateczną ocenę tej oferty, a w konsekwencji na sam wynik postępowania. Ponieważ Izba utrzymała w mocy decyzję o odrzuceniu oferty Odwołującego w oparciu o pierwszą z okoliczności omówionych powyżej, ustalenie, że druga z podstaw odrzucenia wskazana przez Zamawiającego nie była uzasadniona, pozostawało faktycznie bez wpływu na wynik postępowania, w którym wybrano jako najkorzystniejszą ofertę innego wykonawcy.

Mając powyższe na względzie odwołanie podlegało oddaleniu na podstawie art. 192 ust. 1 i 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 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 od odwołania oraz koszty Zamawiającego stwierdzone rachunkiem złożonym przed zamknięciem rozprawy i obciążyła nimi Odwołującego.

Przewodniczący: