

Sygn. akt: KIO 825/13

## WYROK

z dnia 25 kwietnia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Izabela Kuciak**

Protokolant: **Jakub Banasiak**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 kwietnia 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 kwietnia 2013 r. przez **Odwołującego** – Przedsiębiorstwo Przemysłu Betonów "PREFABET - Białe Błota" S.A., ul. Betonowa 1, 86-005 Białe Błota, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego** - Miasto Bydgoszcz, ul. Jezuicka 1, 85-102 Bydgoszcz.

### orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu - Miastu Bydgoszczy, ul. Jezuicka 1, 85-102 Bydgoszcz unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i odrzucenia oferty Odwołującego – Przedsiębiorstwa Przemysłu Betonów "PREFABET - Białe Błota" S.A., ul. Betonowa 1, 86-005 Białe Błota oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym dokonanie poprawienia, w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, omyłek w kosztorysie sporządzonym przez Odwołującego.
2. Kosztami postępowania obciąża **Zamawiającego** - Miasto Bydgoszcz, ul. Jezuicka 1, 85-102 Bydgoszcz, i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **Odwołującego** – Przedsiębiorstwo Przemysłu Betonów "PREFABET - Białe Błota" S.A., Ul. Betonowa 1, 86-005 Białe Błota, tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od **Zamawiającego** - Miasta Bydgoszczy, ul. Jezuicka 1, 85-102 Bydgoszcz, na rzecz **Odwołującego** – Przedsiębiorstwo Przemysłu Betonów "PREFABET - Białe Błota" S.A., Ul. Betonowa 1, 86-005 Białe Błota, kwotę **10 000 zł 00 gr**

(słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Bydgoszczy**.

**Przewodniczący:** .....

### Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *„Wykonanie robót budowlanych, polegających na budowie sali gimnastycznej z łącznikiem do budynku Zespołu Szkół nr 10 przy ul. Karłowicza 2 w Bydgoszczy (w tym: rozbiórka istniejącej Sali gimnastycznej wraz z łącznikiem, termomodernizacja budynku szkoły, budowa boiska wielofunkcyjnego ze sztuczną nawierzchnią, zagospodarowanie terenu).”*

W niniejszym postępowaniu Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i odrzucenia oferty Odwołującego, ewentualnie wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i zaniechania odrzucenia ofert Przedsiębiorstwa Wielobranżowego „PUBR” Sp. z o.o. (dalej: „PUBR”) oraz wykonawcy „KONTBUD” Sp. z o.o. (dalej: „KONTBUD”) i zaniechania unieważnienia postępowania, zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”:

1. art. 7 ust. 1 i ust. 3 w związku z art. 29 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp przez opisanie przedmiotu zamówienia (w tym przedmiar i późniejsze wyjaśnienia Zamawiającego) w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, za pomocą mało dokładnych i zrozumiałych określeń, co utrudniało uczciwą konkurencję, prowadząc do odrzucenia oferty Odwołującego i dokonania wadliwej czynności wyboru oferty Wykonawcy PUBR jako najkorzystniejszej,
2. art. 7 ust. 1 i ust. 3 w związku z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie żądania od Odwołującego wyjaśnień, dotyczących treści złożonej oferty, co skutkowało odrzuceniem oferty Odwołującego oraz w konsekwencji dokonaniem wadliwej czynności wyboru oferty wykonawcy PUBR jako najkorzystniejszej,
3. art. 7 ust. 1 i ust. 3 w związku z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp przez zaniechanie poprawienia innych omyłek w ofercie Odwołującego, polegających na niezgodności oferty z treścią SIWZ, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty, co skutkowało odrzuceniem oferty Odwołującego oraz w konsekwencji dokonaniem wadliwej czynności wyboru oferty wykonawcy PUBR jako najkorzystniejszej,
4. art. 7 ust. 1 i ust. 3 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 i pkt 6 ustawy Pzp przez odrzucenie oferty Odwołującego, co skutkowało dokonaniem wadliwej czynności wyboru oferty wykonawcy PUBR jako najkorzystniejszej,

5. art. 7 ust. 1 i ust. 3 w związku z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp przez dokonanie wadliwej czynności badania i oceny ofert oraz w konsekwencji dokonanie wadliwej czynności wyboru oferty wykonawcy PUBR jako oferty najkorzystniejszej.

W związku z postawionymi wyżej zarzutami, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy PUBR jako najkorzystniejszej,
2. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, jako nie odpowiadającej SIWZ oraz zawierającej błędy w obliczeniu ceny, niepodlegające poprawieniu,
3. dokonania ponownego badania i oceny ofert złożonych w toku postępowania,
4. dokonania poprawienia oferty Odwołującego w zakresie brakujących pozycji oraz opisów tych pozycji, które różnią się od opisów przedmiaru robót budowlanych i zmieniających je wyjaśnień Zamawiającego do SIWZ,
5. dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu,

ewentualnie o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy PUBR jako najkorzystniejszej,
2. odrzucenia oferty wykonawcy PUBR z postępowania,
3. odrzucenia oferty wykonawcy KONTBUD z postępowania,
4. unieważnienia postępowania z powodu nie złożenia żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu,

a ponadto o:

5. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwoty 10.000,00 zł tytułem zwrotu kosztów niniejszego postępowania, a także kosztów zastępstwa prawnego - zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie,

oraz o przeprowadzenie przez Izbę dowodów z dokumentów, stanowiących dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący podniósł, że przyjęta przez Zamawiającego konstrukcja przetargu była nieczytelna (niejednoznaczna w rozumieniu art. 29 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp), co dotyczyło m.in. rozbicia sposobu rozliczenia na część ryczałtową i kosztorysową zamówienia.

Kwestionując czynność odrzucenia oferty Odwołującego, Odwołujący wskazuje, że wymaganą przez Zamawiającego pozycję nr 19 przedmiaru robót branży budowlanej (przedmiar 2/3) Odwołujący omyłkowo ujął w poz. 68 własnego kosztorysu ofertowego jako „wywiezienie okien” (kalkulacja własna - poza KNR), obejmującej obie pozycje przedmiaru nr 18 i nr 19 (za pierwszy i za każdy kolejny kilometr). Nie można więc w tym przypadku mówić o pominięciu pozycji, a co najwyżej o zmianie jej opisu, wynikającej z łącznej wyceny tej

usługi. Odwołujący wskazuje jednocześnie, że omawiane połączenie pozycji nr 18 i nr 19 przedmiaru nie było przez niego zamierzone. Był to błąd (omyłka) nieistotny, wynikający z zastosowania przez kosztorysanta własnej (poza KNR - Katalog Nakładów Rzeczowych) kalkulacji tej usługi, która w końcowej fazie tworzenia kosztorysu nie została rozbita w tabeli na dwa odrębne składniki. Nie miało to jednak żadnych skutków finansowych dla oferty i powinno podlegać procedurze wyjaśnienia bądź poprawienia przez Zamawiającego w trybie art. 87 ust. 1 i ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Omyłka ta mogła zostać poprawiona przez Zamawiającego w sposób, który pozwalał na porównanie ofert wszystkich wykonawców z zachowaniem zasady konkurencyjności, tj. z uwzględnieniem danych zawartych w kosztorysie ofertowym Odwołującego i w przedmiarze robót (w tym z uwzględnieniem ilości kilometrów zakładanych przez Zamawiającego - 14, oraz ilości ton odpadów - 4). Wbrew stanowisku Zamawiającego, nie wymagało to wcale prowadzenia negocjacji z Odwołującym. W ten sposób, Zamawiający mógł ustalić, że w zakresie połączonych pozycji 18 i 19 jego przedmiaru, oferta poszczególnych wykonawców wyglądałaby następująco: Odwołujący:  $105,00 \text{ zł} \times 4 = 420,00 \text{ zł}$ , PUBR:  $63,36 \text{ zł} + 24,64 \text{ zł} = 88,00 \text{ zł} \times 4 = 352,00 \text{ zł}$ , KONTBUD:  $66,94 \text{ zł} + 75,47 \text{ zł} = 142,41 \text{ zł} \times 4 = 569,64 \text{ zł}$ . Poprawka ta nie prowadziłaby z pewnością do istotnej zmiany oferty Odwołującego (niezależnie od tego, w jaki sposób ostatecznie Zamawiający ustaliby proporcje pozycji 18 i 19 w połączonej ofercie Odwołującego) oraz była możliwa do wprowadzenia przez Zamawiającego z pomocą danych zawartych w dokumentach postępowania: w ofercie Odwołującego i SIWZ.

Ewentualnie, uwzględniając niewielką wartość tej pozycji w ofercie Odwołującego (420,00 zł netto w zestawieniu do wartości netto całej oferty Odwołującego, tj. 7.688.617,88 zł netto), a także stanowisko KIO, wyrażone m.in. w wyroku z dnia 3 lutego 2012 r. sygn. akt: KIO 127/12, Zamawiający powinien był samodzielnie dopisać „brakującą” pozycję w kosztorysie Odwołującego i wpisać przy niej „0 zł” (na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp), co nie zmieniłoby oferty Odwołującego, w ramach której zobowiązał się on do pełnego wykonania przedmiotu zamówienia, w sposób wymagany przez Zamawiającego, tj. zgodny z: *„Zakres robót wynika z dokumentacji geologiczno-inżynierskiej, wielobranżowego projektu budowlanego, projektów wykonawczych, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót, przedmiarów robót oraz decyzji administracyjnej udzielającej pozwolenie na budowę”* (pkt 3.1. SIWZ - Opis Przedmiotu Zamówienia). Odwołujący podkreślił, że zgodnie z powyższym zapisem SIWZ, kosztorys ofertowy nie jest dokumentem określającym zakres prac przewidzianych do wykonania.

Zdaniem Odwołującego, brak uwzględnienia w kosztorysie Odwołującego „kraty okiennej OT1\*...” albo nie jest w ogóle błędem i niezgodnością z SIWZ, albo jest - co najwyżej - inną omyłką w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, która powinna być

skorygowana przez Zamawiającego w trybie tego przepisu. Omyłka ta została wywołana przez samego Zamawiającego, który w wyjaśnieniach z dnia 19.02.2013 r. w mocno niejednoznaczny sposób odpowiedział na pyt. nr 3, iż: „*W przedmiarach dotyczących termomodernizacji ujęto uzupełnienie Zamawiającego do dokumentacji projektowej w punktach od 1 do 4 za wyjątkiem pkt. 1c, 2.1 i paneli ochronnych o wys. 20 cm z tworzywa winylowego na drzwi przewidziane do wymiany w budynku szkoły (...) Punkty 5 do 10 z uzupełnień Zamawiającego należy ująć w wycenie ryczałtowej dot. sali gimnastycznej i boiska.*” Odpowiedź ta, zdaniem Odwołującego, nie była precyzyjna i nie wyjaśniła ostatecznie wątpliwości wykonawców dotyczących kalkulacji elementu, o którym mowa w pkt 2.1. Uzupełnienia Zamawiającego do dokumentacji projektowej.

Świadczy o tym przede wszystkim fakt, że wraz z Odwołującym łącznie aż pięciu (na siedmiu) oferentów popełniło ten sam błąd, w tym: Skanska, WEGNER, SOLGRUD, CELBUD i Odwołujący, co już samo w sobie świadczy o zasadności stanowiska prezentowanego w niniejszym odwołaniu.

Ponadto Odwołujący wyjaśnia, że w pierwotnej dokumentacji projektowej autorstwa Pracowni INWESTPROJ dla okien w sekretariacie (0.21) przewidziano do montażu kraty okienne. Natomiast w Uzupełnieniach Zamawiającego do dokumentacji projektowej, w pkt 2 Zamawiający zapisał, że: „*Należy zainstalować dodatkowe dwie kraty na okna: 2.1. o symb. OT1\*... (łącznik), 2.2. o symb. OT1...*” (sekretariat). Jednocześnie, w odpowiedzi z dnia 19.02.2013 r. wyjaśnił, że dodatkowa krata dla okien sekretariatu została uwzględniona w przedmiarze. Jeśli zatem dla okien sekretariatu były już wcześniej wymagane kraty, to wymóg zamontowania „*dodatkowych krat*” był niezrozumiały i został zgodnie przez większość wykonawców uznany za błąd Zamawiającego, skutkujący podwójnym przedmiarem krat dla okien sekretariatu (w świetle istniejącej dokumentacji projektowej - rysunki). Błąd ten został w kosztorysach ofertowych skorygowany w ten sposób, że wykonawcy (w tym Odwołujący) pominęli pozycję 2.1. (krata OT1\*), co pozwoliło skalkulować poprawną, łączną ilość krat, przy zachowaniu metrażu zakładanego przez Zamawiającego w przedmiarze, tj. 44,4 m<sup>2</sup>.

Odwołujący zwrócił uwagę, że także wykonawcy PUBR i KONTBUD mieli problem z interpretacją omawianej pozycji przedmiaru. O ile PUBR dopisał do pozycji „*kraty stalowe*” „*44,4 m + 3,70*”, o tyle KONTBUD wstawił dodatkową pozycję „*kraty stalowe*” w ilości 3,7 m. Jak widać, ww. wykonawcy uznali, że Zamawiający żąda montażu podwójnych krat dla sekretariatu, co jednak nie wynika z dokumentacji projektowej, która jest wiążąca dla wykonawców w świetle pkt 3.1. SIWZ.

Odwołujący wskazuje ponadto, na nikłą wartość skutków ewentualnego poprawienia oferty przez Zamawiającego w omawianym zakresie. Dodatkowa krata (o ile faktycznie wymóg jej zamontowania wynika z SIWZ) byłaby wyceniona przez Odwołującego na kwotę

ok. 1.680,00 zł netto, co porównując ją z wartością całej oferty Odwołującego, tj. 7.688.617,88 zł netto, jest kwotą znikomą w rozumieniu art. 87. ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Odnosnie „paneli ochronnych na drzwi”, Odwołujący wyjaśnił, że w pierwotnej dokumentacji projektowej (w zestawieniu stolarki) Zamawiający podał, że skrzydła drzwiowe mają posiadać panel ochronny ze stali nierdzewnej. Natomiast w przedmiarze, który był załącznikiem do SIWZ, odrębna pozycja kalkulacyjna w postaci paneli ochronnych na drzwi w ogóle nie została uwzględniona przez Zamawiającego - wbrew jego twierdzeniu, zawartym w jego piśmie z dnia 5.04.2013 r., zawiadamiającym o odrzuceniu oferty Odwołującego. Jednocześnie, w uzupełnieniu Zamawiającego do dokumentacji projektowej, w pkt 4 zapisano „Panel ochronny na wysokość 20 cm z blachy nierdzewnej lub tworzywa winylowego”. Z kolei, w wyjaśnieniach z dnia 19.02.2013 r. oraz 27.02.2013 r. Zamawiający wskazał, że „W przedmiarach uwzględnił uzupełnienie Zamawiającego do dokumentacji projektowej w pkt od 1 do 4 za wyjątkiem (...) paneli ochronnych o wysokości 20 cm z tworzywa winylowego.” (pytania odpowiednio nr 3 i nr 6). Tymczasem w wyjaśnieniach z dnia 01.03.2013 r., w odpowiedzi na pytanie nr 3 o treści „Czy dla wszystkich drzwi podanych na inwentaryzacji w uzupełnieniu dokumentacji należy uwzględnić panel ochronny ze stali nierdzewnej?”, Zamawiający odpowiedział „Tak. Należy uwzględnić panel ochronny do wszystkich drzwi podanych w inwentaryzacji.”

Z powyższego wynika, że Zamawiający sporządził niekompletny przedmiar, który nie został następnie w sposób jasny i precyzyjny uzupełniony, co skutkowało pominięciem paneli ochronnych jako odrębnej pozycji kosztorysu przez łącznie 5 z 7 wykonawców. Niejasność dotyczyła przede wszystkim tego, czy panele ochronne mają być odrębnym elementem wyceny, czy też należy je skalkulować łącznie ze skrzydłami drzwiowymi (na co wskazywał choćby fakt, że Zamawiający nie określił ilości m<sup>2</sup> tych paneli w przedmiarze, a jedynie wymagał, aby były one „uwzględnione dla wszystkich drzwi”), jak również materiału: początkowo „blacha nierdzewna”, następnie „blacha nierdzewna lub tworzywo winylowe”, potem już tylko „tworzywo winylowe”, aby w końcu powrócić do „stali nierdzewnej”.

W związku z powyższym, jedynie KONTBUD uznał, że wymogiem Zamawiającego jest odrębna wycena tej pozycji - dział 4 pkt 3 kosztorysu KONTBUD. Natomiast PUBR rozszerzył jedynie opis istniejącej pozycji nr 53 o 17,15 m<sup>2</sup>, w formie „8,085 + 17,15 = 25,235”.

Odwołujący podkreśla, że kolejne odpowiedzi Zamawiającego nie wskazywały wprost, że chodzi tu o odrębną pozycję kosztorysu, więc wykonawcy, w tym Odwołujący, uwzględnili koszt paneli w łącznej kalkulacji ceny skrzydeł drzwiowych, z czego jednak nie sposób wyciągnąć wniosku, że przedmiotem ich oferty nie są również te panele. Co więcej, Zamawiający zaniechał dokonania odrębnego (dodatkowego) przedmiaru paneli ochronnych

na drzwi, więc podanie tych wartości przez PUBR (17,15 m<sup>2</sup>) i KONTBUD (11,292 m<sup>2</sup>) nie miało jakichkolwiek podstaw zarówno w treści SIWZ, jak i późniejszych wyjaśnieniach Zamawiającego i jest oparte na samodzielnych wyliczeniach tych wykonawców, a nie przedmiarach Zamawiającego.

Niezależnie od powyższego Odwołujący podkreśla, że pomimo „*pominięcia*” ww. pozycji, zaoferował Zamawiającemu pełne wykonanie przedmiotu zamówienia, w sposób wymagany przez zamawiającego - określony w SIWZ i jego kolejnych modyfikacjach. Tym samym, nawet ewentualne, niewielkie odstępstwa w trzech ww. pozycjach, które należy uznać za nieistotne z punktu widzenia całej oferty Odwołującego (odnosząc się do wartości oferty i trzech „*pominiętych*” elementów, jak i znaczenia tych pozycji z punktu widzenia zakresu rzeczowego oferty), nie powinny skutkować jej odrzuceniem, ale zastosowaniem przez Zamawiającego przepisu art. 87 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp, z podkreśleniem, że jest to procedura obligatoryjna dla Zamawiającego.

W ramach tabeli przedmiaru robót 1/3 Zamawiający uwzględnił w pozycji nr 7 „*Izolacje cieplne stropodachów i poddaszy, wykonywane granulatem z wełny mineralnej o grubości 20 cm, metodą wdmuchiwania do przestrzeni poziomych*”, Odwołujący zamieścił natomiast w swoim kosztorysie (również w pozycji nr 7) „*Izolacje cieplne stropodachów i poddaszy wykonane granulatem z wełny mineralnej PAROC BLT 9 o grubości 9 cm, metodą wdmuchiwania do przestrzeni poziomych*”. Zmiana ta nie była jednak zamierzona przez Odwołującego i nie świadczy o braku jego woli w zakresie spełnienia ww. wymagania Zamawiającego. Jest jedynie skutkiem „*innej omyłki*” ze strony osoby sporządzającej kosztorys ofertowy Odwołującego. Osoba ta korzystając z KNR 9-12 0303-04 przyjęła automatycznie (w praktyce zrobił to program komputerowy) wartość standardową dla tej pozycji KNR, zapominając o zmianie jej opisu w sposób zgodny z przedmiarem.

O tym, że mamy w niniejszym przypadku do czynienia ze zwykłą omyłką świadczy już - na pierwszy rzut oka - choćby fakt, że wartość tej pozycji w kosztorysie Odwołującego to kwota (łącznie wartość) 63.044,42 zł. Jej porównanie z ofertą PUBR (23.105,61 zł) i KONTBUD (22.548,64 zł) nie pozostawia żadnych wątpliwości, że kosztorysant Odwołującego przyjął nawet znacznie wyższy parametr (grubość granulatu) niż wskazał na to Zamawiający, przewidując, że zgodnie z zapisem z dokumentacji projektowej (Projekt Wykonawczy, Przekrój A-A, nr rysunku 006), wartość ta może się jeszcze zwiększyć: „*Ocieplenie istniejącego stropodachu - Szkoła: (...) 5 granulatu z wełny mineralnej (wysokość warstwy do określenia po uzyskaniu dostępu do wnętrza stropodachu)*”. Mając więc na uwadze, że kalkulacja tej pozycji była prowadzona jedynie z uwzględnieniem m<sup>2</sup> ocieplanej powierzchni stropodachu, a nie faktycznej grubości wełny mineralnej (która w praktyce zostanie ustalona dopiero w toku robót), Odwołujący uwzględnił już w swoim kosztorysie



podwyższoną cenę z tego tytułu. Jeśli tak, to brak zmiany opisu w zakresie grubości wełny z 15 na 20 cm nie ma żadnego znaczenia dla oceny oferty Odwołującego. Jest to jedynie omyłka, która mogła i powinna zostać poprawiona przez Zamawiającego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp - poprzez prostą zmianę w opisie z 15 na 20 cm. Należy również dodać, że Zamawiający posiada specjalistyczne służby inżynierskie, dla których błąd ten był zapewne oczywisty i przypisywanie mu innego znaczenia, w tym dopatrywanie się niezgodności z SIWZ nie ma jakichkolwiek podstaw.

Kolejnym potwierdzeniem charakteru omyłki Odwołującego w tym zakresie jest sposób, w jaki inni wykonawcy, w tym PUBR i KONTBUD uwzględnili zmianę Zamawiającego do standardowego opisu tej pozycji w KNR. PUBR przyjął tę samą pozycję z KNR co Odwołujący (KNR 9-12 0303-04), a jedynie zmienił w opisie grubość ze standardowej 15 na 20 cm, przy czym, jego wycena jest znacznie niższa niż dokonana przez Odwołującego. Natomiast KONTBUD rozwiązał ten problem dodając do tej samej pozycji - co Odwołujący i PUBR - odrębną pozycję KNR 9-12 0303-06, która pozwala skalkulować dodatek za każdy 1 cm więcej ocieplenia. Również KONTBUD podał znacznie niższą cenę (wartość) tej pozycji w porównaniu z Odwołującym, a różnica ta jest na tyle znacząca, iż oczywiste jest, że wynika przede wszystkim z przyjęcia do wyceny - jako prognozowanej - nawet wyższej grubości ocieplenia niż minimum Zamawiającego określone w przedmiarze.

Zgodnie z odpowiedzią Zamawiającego z dnia 01.03.2013 r. na pytanie nr 11 do SIWZ, dotyczące drzwi zewnętrznych z PCV, Zamawiający zmienił opis tej pozycji na „Wymianę drzwi wejściowych na drzwi z ciepłego aluminium”. Odwołujący uwzględnił tę zmianę w swoim kosztorysie - dokonując wyceny tej pozycji jak dla drzwi aluminiowych (z uwzględnieniem posiadanych możliwości ich dostawy i montażu w tej cenie - w związku z realizacją innego kontraktu na pływalni w Kole), a jedynie z pośpiechu nie zmienił stosowanej wcześniej pozycji KNR dla drzwi z PCV, a w konsekwencji opisu tego elementu rzeczowego. Błąd ten podobnie jak pozostałe był spowodowany zmianami do SIWZ, dokonywanymi przez Zamawiającego w ramach wyjaśnień i w żadnym razie nie przeczy woli i zamiarowi Odwołującego, jakim jest montaż wymaganych przez Zamawiającego drzwi aluminiowych.

Zdaniem Odwołującego, wyjaśnienie Zamawiającego, o którym mowa, jest równie niejasne jak pozostałe kwestionowane przez Odwołującego w niniejszym odwołaniu, gdyż Zamawiający nie sprecyzował, czy zmiana na drzwi aluminiowe dotyczy rozliczanej kosztorysowo części termomodernizacji, czy też wyłącznie nowobudowanej sali gimnastycznej rozliczanej ryczałtowo, gdzie zgodnie z dominującymi poglądami KIO, sądów, oraz doktryny, tego rodzaju omyłki w kosztorysach nie mają żadnego znaczenia dla oceny ofert i nie uzasadniają ich odrzucenia.

Podobny błąd (jeśli tak zostanie ostatecznie zakwalifikowany) został popełniony również przez pozostałych wykonawców, w tym przez PUBR i KONTBUD (o czym poniżej), oraz WEGNER, co potwierdza zarzut zaniechania zastosowania przez Zamawiającego przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w kontekście niekompletności i niejasności jego wyjaśnień do SIWZ i ich kolejnych modyfikacji - z podkreśleniem faktu, że poprawienie tego błędu przez Zamawiającego wymagałoby jedynie zmiany opisu pozycji.

Konkludując Odwołujący podkreśla, że w sytuacji, gdy sporządzony przez Zamawiającego przedmiar robót nie był kompletny, w tym nie uwzględniał nawet tych zmian do dokumentacji projektowej, które zostały dokonane jeszcze przed ogłoszeniem przetargu, a jego późniejsze modyfikacje miały najczęściej charakter jedynie opisowy, mało konkretny, wybiórczy i nieprecyzyjny, a także podlegały zmianom w kolejnych odpowiedziach Zamawiającego, stawianie wykonawcom zarzutu niezgodności z treścią SIWZ i błędów w obliczeniach stanowi swego rodzaju nadużycie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 i pkt 6 ustawy Pzp. W takiej sytuacji Zamawiający powinien dokonać poprawienia oferty Odwołującego w sposób wskazany powyżej, a przede wszystkim zaakceptować fakt, że wymogi co do oferty powinny być sprecyzowane przez Zamawiającego jeszcze przed terminem końcowym jej złożenia, a nie dopiero na etapie badania i oceny ofert, gdzie Zamawiający - dysponując różnymi rozwiązaniami proponowanymi przez poszczególnych wykonawców (w zakresie swobody jaką dysponowali w związku z ww. błędami w dokumentacji przetargowej) - wybrał te, które uważał za najbardziej odpowiednie. Działanie takie jest ewidentnie sprzeczne z art. 7 ust. 1 i ust. 3 w związku z art. 29 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp, co uzasadnia, zdaniem Odwołującego, uwzględnienie odwołania.

#### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:**

W przedmiarze robót (wersja 2/3) w dziale 1.4 *Wymiana stolarki okiennej i drzwiowej*, rozdział 1.4.2 *Stolarka okienna PCV*, Zamawiający zawarł pozycje 18 i 19, opisane odpowiednio jako: „*wywiezienie okien samochodami skrzyniowymi na odl. 1 km z załadunkiem i rozładunkiem ręcznym*” oraz „*wywiezienie okien samochodami skrzyniowymi każdy następny 1 km (krotność 14)*”.

W kosztorysie ofertowym Odwołującego w rzeczonym dziale w rozdziale 1.4.3 *Uzupełnienie -stolarka okienna* Odwołujący w pozycji 68 ujął „*wywiezienie okien*”, kalkulując tę usługę na poziomie 105 zł/t.

W ofertach innych wykonawców sporne pozycje zostały ujęte i skalkulowane odpowiednio na poziomie 63,36 zł/t i 24,64 zł w ofercie PUBR oraz 66,94 zł/t i 75,47 zł/t w ofercie KONTBUD.

W pierwotnej dokumentacji projektowej dla okien w sekretariacie (pomieszczenie nr 21) przewidziano zamontowanie krat okiennych. W uzupełnieniu Zamawiającego do przedmiotowej dokumentacji znalazł się w pkt 2 zapis, że „*należy zainstalować dodatkowo dwie kraty na okna: 2.1. o symb. OT1\* - I piętro na klatce schodowej – okno od strony południowej – nad dachem łącznika, 2.2. o symbolu OT1 – parter w sekretariacie w pomieszczeniu nr 021 (zaznaczono na rzucie parteru, brak na elewacji).*”

Pismem z dnia 19.02.2013 r. Zamawiający udzielając odpowiedzi na pytanie: „*Czy w w/w przedmiarach zostały uwzględnione Uzupełnienia Zamawiającego do dokumentacji?*”, stwierdził, że: „*W przedmiarach dotyczących termomodernizacji ujęto uzupełnienia Zamawiającego do dokumentacji w punktach od 1 do 4 za wyjątkiem pkt 1c, 2.1 i paneli ochronnych o wys. 20 cm z tworzywa winylowego na drzwi przewidziane do wymiany w budynku szkoły (...). Punkty 1c, 2.1 oraz panele ochronne na drzwi należy ująć w wycenie kosztorysowej. Punkty 5 do 10 z uzupełnień Zamawiającego należy ująć w wycenie ryczałtowej dot. sali gimnastycznej i boiska.*”

W ofercie Odwołującego w kosztorysie ofertowym nie ujęto uzupełnienia Zamawiającego w zakresie krat okiennych. W poz. 75 rozdziału *Kraty okienne* dział 4. *Uzupełnienie – stolarka okienna PCV* Odwołujący dokonał wyceny krat stalowych, prętowych osadzonych w ścianach malowanych proszkowo ponad 2m<sup>2</sup> w ilości 44,4 m<sup>2</sup>.

W ofercie PUBR w dziele *Wymiana stolarki okiennej i drzwiowej* rozdział *Kraty okienne* w poz. 55 opisanej jako *Kraty stalowe, prętowe stałe malowane proszkowo osadzone w ścianach o powierzchni ponad 2m<sup>2</sup>* (zmiana wg odpowiedzi Zamawiającego) do ilości 44,4 m<sup>2</sup> wykonawca dodał 3,7 m<sup>2</sup> i dokonał odpowiedniej kalkulacji dla łącznej ilości.

Zaś wykonawca KONTBUD w kosztorysie ofertowym w dziale 4 pn. *Uzupełnienia i wyjaśnienia Zamawiającego do dokumentacji projektowej* ujął pozycję 2 opisaną jako *kraty okienne OT1\**, dokonując jej wyceny dla 3,7 m<sup>2</sup>, przy czym cena 1 m<sup>2</sup> przedmiotowych krat odpowiadała cenie krat ujętych w dziale *Stolarka drzwiowa aluminiowa, PCV i drewniana* w rozdziale *Kraty okienne* w poz. 55, której opis jest analogiczny jak w ww. pozycji.

W pierwotnej dokumentacji projektowej Zamawiający podał, że skrzydła drzwiowe mają posiadać panel ochronny ze stali nierdzewnej. W przedmiarze robót (wersja 1/3) w dziale 1.4 *Wymiana stolarki okiennej i drzwiowej* rozdział 1.4.3 *Stolarka drzwiowa aluminiowa, PCV i drewniana* w poz. 53 zwrócił uwagę na *Obicie blachą drzwi drewnianych – Panele z blachy nierdzewnej drzwi drewnianych*, wskazując, iż kalkulacji należy dokonać dla 8.085 m<sup>2</sup>. W uzupełnieniu dokumentacji projektowej w pkt 3 Zamawiający podał, że „*w dolnej części skrzydła drzwiowego zamontować panel ochronny na wysokości 20 cm z blachy nierdzewnej lub tworzywa winylowego.*” Pismem z dnia 19.02.2013 r., w odpowiedzi na pytanie nr 3, „*W przedmiarach dotyczących termomodernizacji ujęto uzupełnienia*

Zamawiającego do dokumentacji w punktach od 1 do 4 za wyjątkiem pkt 1c, 2.1 i paneli ochronnych o wys. 20 cm z tworzywa winylowego na drzwi przewidziane do wymiany w budynku szkoły (...). Punkty 1c, 2.1 oraz panele ochronne na drzwi należy ująć w wycenie kosztorysowej”. Analogicznej odpowiedzi Zamawiający udzielił na pytanie: „Czy załączone do dokumentacji przedmiary uwzględniają uwagi zawarte w piśmie dotyczącym uzupełnień Zamawiającego do dokumentacji?” (odpowiedź na pytanie nr 6 w piśmie z dnia 27.02.2013 r.). Natomiast w piśmie z dnia 01.03.2013 r. Zamawiający, odpowiadając na pytanie nr 3: „Czy dla wszystkich drzwi podanych w inwentaryzacji w uzupełnieniu dokumentacji należy uwzględnić panel ochronny ze stali nierdzewnej?”, stwierdził: „Tak. Należy uwzględnić panel ochronny do wszystkich drzwi podanych w inwentaryzacji”.

W kosztorysie ofertowym Odwołującego w dziale 1.4 Wymiana stolarki okiennej i drzwiowej rozdział 1.4.4 Stolarka drzwiowa aluminiowa, PCV i drewniana w poz. 73 opisanej Panele z blachy nierdzewnej drzwi drewnianych Odwołujący dokonał wyceny 8,085 m<sup>2</sup> rzeczonych paneli.

Wykonawca KONTBUD w kosztorysie ofertowym w dziale 4 pn. Uzupełnienia i wyjaśnienia Zamawiającego do dokumentacji projektowej ujął pozycję nr 3 Panele ochronne o wysokości 20 cm z tworzywa winylowego obustronnie – dot. przedmiaru 3/3, dokonując kalkulacji 11.292 m<sup>2</sup>.

W kosztorysie ofertowym PUBR w dziele 1.4 Wymiana stolarki okiennej i drzwiowej rozdział 1.4.3 Stolarka drzwiowa aluminiowa, PCV i drewniana w poz. 53 Obicie blachą drzwi drewnianych – Panele z blachy nierdzewnej drzwi drewnianych (zmiana wg odpowiedzi zamawiającego) dokonano kalkulacji 8,085+17,15 m<sup>2</sup>.

W przedmiarze robót wersja 1/3 w dziele 1.1 Docieplenie stropodachu dział 1.1.2 Docieplenie granulatem z wełny mineralnej w poz. 7 zawarto opis: „Izolacje cieplne stropodachów i poddaszy, wykonywane granulatem z wełny mineralnej o grubości 20 cm metodą wdmuchiwania do przestrzeni poziomych”.

W kosztorysie ofertowym Odwołującego w ww. części znajduje się opis: „Izolacje cieplne stropodachów i poddaszy, wykonywane granulatem z wełny mineralnej PAROC BLT 9 o grubości 15 cm, metodą wdmuchiwania do przestrzeni poziomych” i wycena 1 m<sup>2</sup> przedmiotowej roboty na poziomie 60,78. W ofertach innych wykonawców wycena ta kształtuje się na poziomie: KONTBUD - 21,74 zł, PUBR – 22,277 zł.

W przedmiarze robót w dziele 1.4 Wymiana stolarki okiennej i drzwiowej rozdział 1.4.3 Stolarka drzwiowa aluminiowa, PCV i drewniana w poz. 50 należało wycenić Wymianę drzwi wejściowych na drzwi z PCV, obsadzone na dyblach stalowych.

Pismem z dnia 01.03.2013 r. na pytanie nr 11: „Nie stosuje się drzwi zewnętrznych PCV ze względu na ich wytrzymałość, a tym bardziej w budynku szkolnym. Czy w związku z tym można w zamian zastosować drzwi aluminiowe ciepłe?”, Zamawiający udzielił następującej odpowiedzi: „Wszystkie drzwi zewnętrzne oznaczone na zestawieniu stolarki jako wykonane z PCV należy przyjąć i wycenić z ciepłego aluminium”.

W kosztorysie ofertowym Odwołującego w dziale 1.4 Wymiana stolarki okiennej i drzwiowej rozdział 1.4.4 Stolarka drzwiowa aluminiowa, PCV i drewniana w poz. 70 zawarto opis: „Wymiana drzwi wejściowych na drzwi z PCV, obsadzone na dyblach stalowych”, a robotę skalkulowano na poziomie 1040,04 zł/m<sup>2</sup>. W ofercie KONTBUD wyceniono „wymianę drzwi wejściowych na drzwi z PCV, obsadzone na dyblach stalowych” na poziomie 1632,25 zł/m<sup>2</sup>, zaś w ofercie PUBR cena przedmiotowej roboty (opis: „Wymiana drzwi wejściowych na drzwi z PCV, obsadzone na dyblach stalowych (wg odpowiedzi Zamawiającego drzwi aluminiowe)”) wynosi 1253,135 zł/m<sup>2</sup>.

Pismem z dnia 05.04. 2013 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty, na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy Pzp, wskazując, że „Wykonawca w kosztorysie ofertowym pominął – nie uwzględnił nw. pozycji, tj.:

- 1) poz. 19 przedmiaru robót branży budowlanej (przedmiar 2/3) – wywiezienie okien samochodami skrzyniowymi, każdy następny 1 km (krotność 14),
- 2) pozycji zawartej w Uzupelnieniu przekazanym przez Zamawiającego do dokumentacji projektowej, autorstwa INWESTRPROJ w Bydgoszczy, tj. dotyczącej kraty okiennej OT1\* - I Piętro na klatce schodowej – okno od strony południowej – nad dachem łącznika,
- 3) pozycji dotyczącej paneli ochronnych na drzwi – zawartej w przedmiarze robót budowlanych 3/3 (oprócz paneli na drzwi drewniane),

natomiast w nw. pozycjach, tj.:

- 4) nr 7 kosztorysu ofertowego branży budowlanej – wskazał: „Izolacje cieplne stropodachów i poddaszy, wykonywane granulatem z wełny mineralnej PAROC BLT 9 o grubości 15 cm, metodą wdmuchiwania do przestrzeni poziomych”, natomiast zgodnie z przedmiarem robót winno być: „Izolacje cieplne stropodachów i poddaszy, wykonywane granulatem z wełny mineralnej o grubości 20 cm metodą wdmuchiwania do przestrzeni poziomych”.
- 5) Nr 70 kosztorysu ofertowego branży budowlanej – wskazał: „Wymiana drzwi wejściowych na drzwi z PCV, obsadzone na dyblach stalowych”, natomiast zgodnie z odpowiedziami na pytania wykonawców winno być: „Wymiana drzwi wejściowych na drzwi z ciepłego aluminium”, bowiem Zamawiający udzielając odpowiedzi na pytanie

*z dnia 1 marca 2013 r. dokonał zmiany materiału drzwi zewnętrznych z PCV na aluminium”.*

**Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:**

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia przepisów art. 7 ust. 1 i ust. 3 w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp nie podlega rozpoznaniu. Przedmiotowy zarzut w istocie dotyczy postanowień SIWZ, zaś zgodnie z przepisem art. 180 ust. 2 ustawy Pzp, w postępowaniu o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp (dla robót budowlanych jest to wartość poniżej 5.000.000 euro), odwołanie przysługuje wyłącznie od czynności wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę, opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia, odrzucenia oferty odwołującego.

Ustawodawca określił więc w sposób enumeratywny przesłanki do wniesienia odwołania. W świetle przepisu art. 180 ust. 2 ustawy Pzp, odwołanie przysługuje wyłącznie od czynności podjętych przez zamawiającego i na etapie oceny ofert dotyczyć może jedynie czynności wykluczenia odwołującego z postępowania lub odrzucenia jego oferty. W katalogu tym nie ujęto natomiast przypadków zaniechania czynności oraz wyboru oferty najkorzystniejszej, co oznacza, że odwołanie w powyższych okolicznościach nie przysługuje.

Treść przepisu art. 180 ust. 2 ustawy Pzp pozwala na stwierdzenie, że ustawodawca objął ochroną jedynie najważniejsze interesy wykonawcy wnoszącego odwołanie, a dotyczące jego wykluczenia z postępowania lub odrzucenia jego oferty. Cel powołanego przepisu potwierdza również uzasadnienie do projektu zmiany ustawy Pzp, z którego wynika, że nowelizacja ma zapewnić ochronę prawną w zakresie zamówień publicznych poniżej tzw. progów unijnych, jednakże z „wylimitowaniem prawa do wniesienia środków ochrony prawnej na czynności niegodzące bezpośrednio w interes wykonawcy, który z nich korzysta (np. dotyczące nieprawidłowości w ofercie innego wykonawcy).”

Z powyższych przyczyn nie podlega rozpoznaniu również zarzut naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 i ust. 3 w zw. z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Przechodząc do oceny kolejnych zarzutów, podnoszonych przez Odwołującego, stwierdzić należy, iż w decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego Zamawiający nie wskazał, które wadliwości oferty Odwołującego świadczą o popełnieniu błędu w obliczeniu ceny a które wskazują na niezgodność treści oferty z treścią SIWZ. Biorąc jednakże pod uwagę stanowisko Zamawiającego, przedstawione w odpowiedzi na odwołanie, należy dojść do przekonania, że Zamawiający błędy w ofercie Odwołującego kwalifikuje na podstawie

przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, uznając, że niezgodność oferty Odwołującego z treścią SIWZ skutkowałą błędem w obliczeniu ceny. Z powyższych przyczyn, wskazane przez Zamawiającego wadliwości oferty Odwołującego należy oceniać w świetle przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W pierwszej kolejności zauważyć jednakże należy, iż podjęcie decyzji o odrzuceniu oferty danego wykonawcy jest możliwe po uprzednim ustaleniu, że stwierdzone w przedmiotowej ofercie omyłki nie należą do kategorii określonej w przepisie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. W tym miejscu uzasadnione wydaje się więc dokonanie szczegółowej analizy przedmiotowego przepisu.

Zaliczenie omyłki do kategorii, o której mowa w przepisie art. 87 ust. 2 ustawy Pzp, powoduje powstanie po stronie Zamawiającego obowiązku jej poprawienia. Do rozstrzygnięcia pozostaje zatem kwestia, czy poprawienie wskazanych omyłek polegających na niezgodności oferty z SIWZ, nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty. Tylko bowiem w sytuacji, gdy poprawienie omyłek nie wywoła skutku w postaci istotnej zmiany w treści oferty, ustawodawca dopuszcza ingerencję w treść oferty, na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, w celu wyeliminowania niezgodności z SIWZ. Skoro oferta stanowi jednostronne oświadczenie woli, zawierające propozycję zawarcia umowy, to dopuszczalna jest na gruncie powołanego przepisu, zmiana treści przedmiotowego oświadczenia wykonawcy, a w konsekwencji istotnych postanowień proponowanej umowy. Nie ulega bowiem wątpliwości, że oferta określa przedmiotowo istotne elementy umowy (*essentialia negotii*). Ustawodawca dopuszczając jednak możliwość zmian w treści oferty, wywołanych na skutek poprawienia innych omyłek niż pisarskie, czy rachunkowe, zakreślił jednocześnie ich granicę. Dokonane zabiegi nie mogą bowiem prowadzić do istotnych zmian w treści oferty. Powyższa regulacja wskazuje, że ustawodawca posługując się pojęciem nieostrym (istotne zmiany) zrezygnował z określenia katalogu zmian w treści oferty, które mogą nastąpić w wyniku poprawienia omyłek, dając wyraz temu, iż ważne są okoliczności sprawy. Tylko bowiem przy ich uwzględnieniu, można ocenić, czy poprawienie omyłki doprowadzi do istotnej zmiany w treści oferty.

Jak już zostało wyżej wskazane, treść oferty obejmuje istotne postanowienia umowy, a więc postanowienia, które odnoszą się m.in. do przedmiotu i ceny. Oznacza to, że za uprawnione należy uznać poprawienie błędów występujących w tym zakresie. Jednocześnie w orzecznictwie ugruntowany jest pogląd, że dokonując oceny istotności zmian w treści oferty należy brać pod uwagę rozmiar tych zmian, mając na uwadze ilość, jakość i wartość przedmiotowych zmian.

W okolicznościach niniejszej sprawy, dokonując oceny poprawności wyceny pozycji kosztorysowej, dotyczącej wywiezienia okien, Zamawiający w sposób dowolny przyjął, że poz. 68 kosztorysu ofertowego Odwołującego odpowiada poz. 18 przedmiaru robót, zaś za brakującą Zamawiający uznał pozycję 19. Ustalenia Zamawiającego w tym przedmiocie należy uznać za błędne, bowiem analiza treści kosztorysu ofertowego wykonawcy do powyższych wniosków nie prowadzi.

Na marginesie należy jedynie wskazać, że w tych okolicznościach celowym było skorzystanie z uprawnienia, o którym mowa w przepisie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Jednakże brak inicjatywy Zamawiającego w tym przedmiocie nie uniemożliwił dokonanie prawidłowej oceny oferty Odwołującego. Otóż, zgodnie z oświadczeniem Zamawiającego, złożonym na rozprawie, sytuacja, w której zajdzie konieczność wywiezienia okien samochodami skrzyniowymi na odległość do 1 km w istocie nie wystąpi, bowiem żadne składowisko przyjmujące tego rodzaju odpady nie mieści się w podanej odległości. Zatem, możliwe było ujęcie pozycji 18 i 19 przedmiaru robót i dokonanie wyceny usługi wywiezienia okien na odległość powyżej 1 km, z uwzględnieniem załadunku i rozładunku ręcznego, w ramach jednej pozycji. Wyjaśnienia Odwołującego, zawarte w odwołaniu i podtrzymane na rozprawie, stanowią potwierdzenie powyższego.

W tych okolicznościach nie można uznać, że Odwołujący nie ujął i nie wycenił robót, które stanowią element przedmiotu zamówienia. Jakkolwiek nie uczynił tego w sposób wymagany przez Zamawiającego, to należy uznać, że tego rodzaju wadliwość stanowi w istocie uchybienie co do formy kosztorysu ofertowego. Stąd też w tym przedmiocie nie ma potrzeby dokonywania poprawek, bowiem sporna pozycja 68 kosztorysu ofertowego Odwołującego zawiera wycenę wywiezienia okien, na odległość uwzględniającą położenie składowiska, przy jednoczesnym skalkulowaniu załadunku i rozładunku ręcznego.

Przechodząc do oceny braku pozycji kosztorysowej, dotyczącej kraty okiennej OT1\* stwierdzić należy, iż Uzupelnienia Zamawiającego do dokumentacji projektowej były w tym przedmiocie jasne. Jednocześnie Zamawiający konsekwentnie wskazywał na potrzebę uwzględnienia przedmiotowych krat w kosztorysie ofertowym, wyjaśniając jednocześnie, że przedmiar robót w tym zakresie nie został uzupełniony (pismo z dnia 19.02.2013 r.).

Żaden z wykonawców, w tym również Odwołujący, nie zwracał uwagi Zamawiającemu na celowość zmian dokumentacji projektowej w tym przedmiocie, stąd też na obecnym etapie postępowania nie jest możliwym rozstrzygnięcie o uprawnionych potrzebach Zamawiającego.

Jednakże biorąc pod uwagę, że rzeczony kraty zostały przez Odwołującego uwzględnione i wycenione w ilości pierwotnie wymaganej, Zamawiający winien dokonać poprawienia kosztorysu ofertowego Odwołującego, uzupełniając brakującą ilość krat, tj. 3,7



m<sup>2</sup>, przyjmując cenę za 1 m<sup>2</sup> kraty okiennej w wysokości przyjętej przez Odwołującego w poz. 75 kosztorysu ofertowego. Sposób dokonania wyceny brakującej pozycji nie może budzić wątpliwości i podlegać samodzielnemu ustaleniu przez Zamawiającego, mając na uwadze fakt, że Zamawiający dokonując uzupełnienia dokumentacji projektowej zwiększył jedynie ilość pierwotnie wymaganych krat stalowych, przedmiotowe kraty zostały w kosztorysie ofertowym Odwołującego wycenione, zaś wspomniani wykonawcy dokonali kalkulacji uzupełnionego asortymentu w oparciu o ceny zaproponowane do asortymentu wymaganego wcześniej.

Analogicznie Zamawiający winien postąpić w odniesieniu do brakujących paneli ochronnych na drzwi. Przedmiotowe panele zostały bowiem wycenione w kosztorysie ofertowym Odwołującego w poz. 73, jednakże w ilości nieuwzględniającej zmian dokonanych przez Zamawiającego w tym przedmiocie. Na marginesie należy jedynie zauważyć, iż w ofertach wykonawców pozytywnie zweryfikowanych przez Zamawiającego, ilości te są różne.

Jednocześnie należy przyjąć, że podstawą dokonania wyceny brakujących pozycji stanowić będzie cena jednostkowa zaproponowana przez Odwołującego w poz. 73 kosztorysu ofertowego z tej przyczyny, że w ofercie Odwołującego we wskazanej pozycji dokonano wyceny paneli z blachy nierdzewnej, w analogiczny sposób dokonał wyceny spornych paneli wykonawca PUBR, zaś oferta wykonawcy KONTBUD wykazuje w tym zakresie odmienną, jednakże powyższe wynika z faktu, że dodatkowe panele zaproponowano nie z blachy nierdzewnej a z tworzywa winylowego. Jednakże biorąc pod uwagę stanowisko Zamawiającego w przedmiocie materiału, z którego mają być wykonane panele (zaprezentowane wyżej) należy dojść do przekonania, że Zamawiający dopuścił oba te materiały.

Przechodząc do oceny błędów Odwołującego w opisach pozycji kosztorysowych w pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę, że intencją każdego wykonawcy jest złożenie oferty, która odpowiada wymaganiom Zamawiającego. Przedmiotowe błędy mogą być przyczyną odrzucenia oferty wykonawcy jedynie w sytuacji, w której Zamawiający ma uzasadnioną podstawę do stwierdzenia, że nie tyle opis danej pozycji był wadliwy, ale zaoferowano innego rodzaju świadczenie.

Powyższego Zamawiający nie stwierdził, poprzestając jedynie na konstatacji o błędzie w opisie pozycji 7 i 70 kosztorysu ofertowego branży budowlanej. Tymczasem wskazana w poz. 7 kosztorysu ofertowego Odwołującego grubość granulatu na poziomie 15 cm zamiast 20 cm, przy uwzględnieniu ceny izolacji w porównaniu z cenami, zaproponowanymi przez innych wykonawców i zasad doświadczenia życiowego, pozwala na stwierdzenie, że wycena w istocie dotyczyła żądanej przez Zamawiającego izolacji.

Analogicznie należy ocenić błąd w opisie poz. 70 kosztorysu ofertowego Odwołującego. Brak zmiany w opisie pozycji kosztorysowej nie świadczy jeszcze o zaoferowaniu świadczenia niezgodnego z treścią SIWZ. Jednocześnie analiza cenowa spornej pozycji kosztorysowej zarówno w ofercie Odwołującego, jak i pozostałych wykonawców pozwala na przyjęcie, że zaoferowano drzwi z ciepłego aluminium, bowiem dysproporcje cenowe nie są na tyle istotne, aby przyjąć stanowisko przeciwne, tym bardziej przy uwzględnieniu, że oferta Odwołującego jest ofertą najtańszą. Na marginesie należy zwrócić jedynie uwagę, że analogiczny opis, jak w ofercie Odwołującego, znalazł się również w ofercie wykonawcy KONTBUD, jednakże nie budził on wątpliwości Zamawiającego.

Zatem, stwierdzenie błędu w opisie ww. pozycji kosztorysowych obliuguje Zamawiającego do poprawienia opisu spornych pozycji w sposób odpowiadający opisowi, wynikającemu z przedmiaru robót.

Reasumując stwierdzić należy, że obowiązek odrzucenia oferty, na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp aktualizuje się w sytuacji, w której treść oferty nie odpowiada treści SIWZ, a jednocześnie brak podstaw do poprawienia oferty w trybie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Należy pamiętać, że brak możliwości poprawienia oferty musi wynikać z przyczyn obiektywnych i uniemożliwiać Zamawiającemu samodzielne podjęcie działań. Jednocześnie, odmienny sposób przedstawienia pozycji kosztorysowej niż wynika to z przedmiaru robót nie przesądza o nieusuwalnej wadliwości oferty, jeżeli są podstawy do stwierdzenia, że cały zakres robót został wyceniony. Analogicznie należy oceniać wszelkie błędy w opisie pozycji kosztorysowych. Zaś, braki poszczególnych pozycji w kosztorysie ofertowym mogą być kwalifikowane jako wadliwości, których usunięcie nie jest możliwe, jeżeli Zamawiający nie ma podstaw do uzupełnienia kosztorysu ofertowego w przedmiotowym zakresie, wobec braku wiedzy co do ceny poszczególnych pozycji. W konsekwencji wiedza w tym przedmiocie, powzięta z kosztorysu ofertowego, nie może być przez Zamawiającego pomijana. Zamawiający znając bowiem wszystkie wskaźniki potrzebne dla obliczenia ceny brakującej pozycji kosztorysowej zobowiązany jest do uzupełnienia kosztorysu ofertowego w tym przedmiocie.

Z powyższych przyczyn zarzut naruszenia przepisów art. 7 ust. 1 i ust. 3 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 i pkt 6 oraz art. 7 ust. 1 i ust. 3 w związku z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp przez nieuprawnione odrzucenie oferty Odwołującego i wybór oferty PUBR jako najkorzystniejszej należy uznać za uzasadniony.

Jednocześnie zarzut naruszenia przedmiotowych przepisów sformułowany w odniesieniu do wykonawców PUBR i KONTBUD zgłoszony jako ewentualny, wobec uwzględnienia zarzutu podstawowego, nie podlega rozpoznaniu. Nadto, przeszkodę do

rozpoznania przedmiotowych zarzutów sanowi przepis art. 180 ust. 2 ustawy Pzp, z przyczyn, o których była mowa wyżej.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a 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), zaliczając do kosztów postępowania odwoławczego wpis od odwołania w wysokości 10.000,00 zł. Jednocześnie nie uwzględniono wniosku pełnomocnika Odwołującego, zgłoszonego w odwołaniu, o zasądzenie kosztów zastępstwa prawnego wobec nieprzedstawienia do akt sprawy rachunku, dokumentującego poniesienie przedmiotowych kosztów (§ 3 pkt 2 lit. b powołanego rozporządzenia).

**Przewodniczący:** .....