

WYROK
z dnia 26 września 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 września 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 września 2011 r. przez wykonawcę **ABM SOLID S.A., ul. Bartła 3, 33-100 Tarnów** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gmina Miasto Bielsko-Biała, Plac Ratuszowy 1, 43-300 Bielsko-Biała,**

przy udziale wykonawcy **Bielskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego S.A. ul. Warszawska 9, 43-300 Bielsko-Biała** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **ABM SOLID S.A., ul. Bartła 3, 33-100 Tarnów** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **ABM SOLID S.A., ul. Bartła 3, 33-100 Tarnów** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **ABM SOLID S.A., ul. Bartła 3, 33-100 Tarnów** na rzecz **Gminy Miasta Bielsko-Biała, Plac Ratuszowy 1, 43-300 Bielsko-Biała** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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 Bielsku-Białej.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający: Gmina Miasto Bielsko-Biała prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego w przedmiocie: „Budowa stadionu miejskiego przy ul. Rychlińskiego 21 w Bielsku-Białej”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 17 marca 2011 r. pod nr 2011/S 53-086573.

Zamawiający pismem z dnia 29 sierpnia 2011 r. poinformował odwołującego ABM SOLID S.A., z siedzibą w Tarnowie o odrzuceniu złożonej przez niego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Zamawiający uznał, że treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia ze względu na brak zgodności kosztorysu ofertowego z przedmiarem robót - załącznikiem nr 16 do siwz. Oferta nie odpowiada wymaganiom zamawiającego co do zakresu i ilości robót –przedmiotu zamówienia. Zamawiający wskazał w szczególności, że:

- w kosztorysie ofertowym pt. „Architektura, konstrukcja stalowa, konstrukcja żelbetowa” nie została ujęta pozycja kosztorysowa nr 40,

- w 49 pozycjach w czterech kosztorysach ofertowych stwierdzono niezgodności opisów pozycji w stosunku do opisów podanych w przedmiarach robót,

- w 197 pozycjach w trzech kosztorysach ofertowych pominięto istotne treści opisów robót.

Zamawiający stwierdził, iż: „Wykazane powyżej niezgodności przedmiotu oferty spółki ABM SOLID S.A. z wymaganym przez Zamawiającego zakresem robót powodują, że oferta Wykonawcy jest niezgodna z zapisami Siwz (wg Części VI pkt, 1 ppkt 3 oraz Części XII) określającymi wymagany sposób przygotowania kosztorysu ofertowego oraz obliczenia ceny i jednocześnie zmienia, określony przez Zamawiającego, przedmiot zamówienia co do zakresu i ilości robót. Zamawiający nie poprawił omyłek polegających na niezgodności treści oferty z siwz (na mocy art. 87 ust. 3 ustawy Pzp), ponieważ ich poprawienie spowodowałoby istotne zmiany treści oferty Wykonawcy. Niezależnie od powyższego, Zamawiający odrzuca ofertę ABM SOLID S.A.(...) na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, ponieważ Wykonawca został wykluczony z postępowania o udzielenie zamówienia (zgodnie z uzasadnieniem w części II niniejszego pisma)”. Zamawiający poinformował również, że wykluczył odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, ponieważ „Wykonawca w złożonej ofercie nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w SIWZ w Części V pkt. 1 ppkt. 1.2 w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia”. W dalszym ciągu zamawiający wskazał, że złożone przez odwołującego dokumenty nie potwierdzają spełniania warunku udziału w postępowaniu oraz poinformował, że „nie wezwał Wykonawcy do uzupełnienia dokumentów (na mocy art. 26 ust. 3 ustawy Pzp),

ponieważ pomimo ich złożenia oferta Wykonawcy podlega odrzuceniu, gdyż jej treść nie odpowiada treści siwz (art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp).

Wykonawca ABM SOLID S.A., z siedzibą w Tarnowie wniósł w dniu 14 września 2011 r. odwołanie wobec czynności odrzucenia jego oferty oraz wobec wykluczenia z postępowania na skutek zaniechania czynności wezwania do uzupełnienia dokumentów wymaganych w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów art. 7 ust. 1 i 3, art. 22 ust. 2 pkt 4, art. 26 ust. 3, art. 87 ust. 2 pkt 1 i 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 91 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.). Wykonawca wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienia: czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, czynności odrzucenia oferty odwołującego, czynności wykluczenia odwołującego z postępowania oraz nakazanie powtórzenia czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, czynności badania i oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty. Odwołujący w uzasadnieniu podniósł, co następuje:

Zamawiający w swym piśmie nie wskazał ani jednej pozycji kosztorysu ofertowego, w której wystąpiłaby niezgodność ilości jednostek przedmiarowych z ilością jednostek przedmiarowych, określonych w przedmiarach załączonych do siwz. Odwołujący przyznał, że pominął w kosztorysie ofertowym „Architektura, konstrukcja stalowa, konstrukcja żelbetowa” poz. 40. Jest to, zdaniem odwołującego, omyłka, którą zamawiający obowiązany był poprawić na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, gdyż zamawiający posiadał wszystkie dane, by omyłkę tę poprawić. Brakująca poz. 40 opisana w przedmiarze jako „Izolacje przeciwwilgociowe powłokowe bitumiczne pionowe wykonywane na zimno z emulsji asfaltowej - druga i następna warstwa” jest dopełnieniem poz. 39 przedmiaru i równocześnie kosztorysu ofertowego „Izolacje przeciwwilgociowe powłokowe bitumiczne pionowe wykonywane na zimno z emulsji asfaltowej - pierwsza warstwa”, z ilością jednostek przedmiarowych równą 207,57 m². Identyczny układ dwóch pozycji znajduje się w poz. 26 i 27 przedmiaru i wycenionego kosztorysu z identycznym opisem poz. 26 „Izolacje przeciwwilgociowe powłokowe bitumiczne pionowe wykonywane na zimno z emulsji asfaltowej - pierwsza warstwa” oraz poz. 27 w przedmiarze „Izolacje przeciwwilgociowe powłokowe bitumiczne pionowe wykonywane na zimno z emulsji asfaltowej - druga i następna warstwa” i w kosztorysie „Izolacje przeciwwilgociowe powłokowe bitumiczne pionowe wykonywane na zimno z emulsji asfaltowej - każda następna warstwa ponad jedną”. Wyrazy „każda następna warstwa ponad jedną” i „druga i następna warstwa” znaczą dokładnie to samo, a więc opisy pozycji 26 i 27 dokładnie odpowiadają opisom poz. 39 i 40. W poz. 27 odwołujący przyjął cenę jednostkową równą 2,25 [zł/m²], tak więc zamawiający miał pełną wiedzę jaką wartość należy uwzględnić w pominiętej poz. 40 i obowiązany był przyjąć tę cenę jednostkową do wyliczenia poz. 40. Różnica w cenie oferty na kwotę 574,45 zł stanowi 0,0007%

tej ceny, a zatem poprawienie ceny oferty o taką kwotę nie powoduje istotnych zmian w treści oferty. Odwołujący dodał, że gdyby zamawiający nie miał do dyspozycji wycenionej poz. 27, to i tak obowiązany byłby wycenić poz. 40 przyjmując jednostkową cenę rynkową (np. posługując się dostępnymi powszechnie cennikami).

Odwołujący przyznał ponadto, że w 246 pozycjach (49 pozycji wskazanych przez zamawiającego w grupie B oraz 197 pozycji wskazanych w grupie C) są rozbieżności między opisami pozycji w kosztorysach ofertowych, a opisami w przedmiarach. Jednak rozbieżności te nie świadczą o niezgodności treści oferty z treścią siwz, a wprost przeciwnie - treść kosztorysów w pełni odpowiada treści przedmiarów. Zamawiający opisał w części VI pkt 1 ppkt 3 siwz sposób sporządzenia kosztorysu ofertowego: kosztorys sporządzony metodą kalkulacji uproszczonej (dopuszczona metoda kalkulacji szczegółowej) na podstawie rozporządzenia Ministra Rozwoju Regionalnego i Budownictwa z 13 lipca 2001 r., przy czym „Różnice w zestawieniu materiałów spowodowane zastosowaniem różnych programów kosztorysowych do przygotowania ofert nie będą uznawane przez Zamawiającego za błąd w przygotowaniu Oferty przez Wykonawcę”. Stanowisko to potwierdził zamawiający w piśmie z dnia 13 kwietnia 2011 r. w odpowiedzi na pytanie nr 7. W wyjaśnieniu z dnia 6 kwietnia 2011 r. na zapytanie nr 3 „Proszę o wyjaśnienie czy Wykonawca może zmieniać podstawy wyceny, jednostki, opisy pozycji w przedmiarze przekazanym Zamawiającego i nie będzie to podstawą do odrzucenia oferty.” zamawiający wyjaśnił, iż: „nie dopuszcza zmiany obmiaru (ilości) i jednostek. Zamawiający dopuszcza zmianę podstawy wyceny. Zamawiający dopuszcza zmiany opisu pozycji za wyjątkiem przypadku zastosowania przez wykonawcę materiałów lub urządzeń zamiennych. W takim przypadku niezbędny jest oddzielny wykaz tych materiałów lub urządzeń zamiennych, zgodnie z zapisem Części III pkt. 4 ppkt. 34 oraz Części VI pkt. 5 siwz”. Zamawiający zatem dopuścił zmianę opisu pozycji bez jakichkolwiek zastrzeżeń („za wyjątkiem przypadku (...)” nie jest zastrzeżeniem, a jedynie ograniczeniem co do niektórych pozycji). Odwołujący wyjaśnił, iż sporządził kosztorysy ofertowe używając programu Rodos i wykorzystując podane przez zamawiającego podstawy wyceny. Program wygenerował opisy pozycji, w wielu przypadkach różniące się od opisów zawartych w przedmiarach. Odwołujący wyjaśnił, że „ręcznie” dokonałby zmian wygenerowanych opisów, dostosowując je do opisów pozycji w przedmiarach, gdyby nie to, że zamawiający uznał taką operację za zbytę, dopuszczając zmiany opisów pozycji.

Bezpodstawne odrzucenie oferty odwołującego i wybranie jako najkorzystniejszej oferty z wyższą ceną, złożonej przez Bielskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego S.A. jest rażącym naruszeniem przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 91 ust. 1 Pzp, tym bardziej, że w ofercie tej zamawiający dokonał poprawienia opisu pozycji kosztorysowej, a zatem naruszył art. 7 ust. 1 Pzp w zakresie równego traktowania wykonawców. Jednocześnie odwołujący podniósł, że zamawiający zobowiązany jest wezwać odwołującego do złożenia

dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Zaniechanie wezwania i wykluczenie go z postępowania jest rażącym naruszeniem art. 26 ust. 3 i art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca Bielskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego S.A. wnosząc o oddalenie odwołania. Przystępujący wskazał, że niezgodności treści oferty odwołującego są istotne i nie podlegają poprawie w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. W pozycjach 1-36 kosztorysu odwołujący nie podał klasy wytrzymałości betonu, co może grozić katastrofą budowlaną, w pozycjach 41-44, 46-55 w ofercie przewidziano dowolność stosowanych materiałów izolacyjnych i akustycznych, co może stanowić pogorszenie jakości robót i niezgodność z dokumentacją techniczną. W pozycjach 67-142 zestawienia nr 1 brak jest określenia typów ślusarki, co może oznaczać pogorszenie jakości wykonanych robót. W pozycjach 144-146 zestawienia nr 1 – odwołujący nie określił wysokości podkolanowej siedzisk, co jest niezgodne z wymaganiami PZPN. W pozycjach 149-154, 156, 158-165, 168 – 170, 173-175 zestawienia nr 1 odwołujący nie podał klasy wytrzymałości betonu.

Ponadto, przystępujący podniósł, iż w pozycjach 99 i 100 odwołujący zaoferował w ramach systemu sterowania oświetleniem, oprawy systemu HYBRYD oraz centralkę systemu Esystem, które nie są kompatybilne (są to dwa całkowicie różne systemy, które nie współpracują ze sobą).

Pismem z dnia 22 września 2011 r. zamawiający złożył na posiedzeniu odpowiedź na odwołanie. Wniósł o oddalenie odwołania jako niezasadnego. Zamawiający wyjaśnił, że w toku postępowania równo traktował wszystkich wykonawców. Zamawiający dokonał poprawy jednej pozycji w kosztorysie ofertowym Bielskiego Przedsiębiorstwa Budownictwa Przemysłowego S.A. – pozycja nr 438 kosztorys pt. „Architektura, konstrukcja stalowa, konstrukcja żelbetowa”. Pominięcie części opisu pozycji przez wykonawcę nie powodowało zmiany technologii wykonania robót oraz nie oznaczało zaoferowania rozwiązania równoważnego. Omyłka ma charakter marginalny w stosunku do całego zakresu kosztorysu robót objętych przedmiotem zamówienia. Identyczne pominięcie miało miejsce w kosztorysie odwołującego i gdyby stanowiło ono jedyne uchybienie, to zamawiający analogicznie dokonałby stosownej poprawy tej pozycji.

Zamawiający wyjaśnił również, że zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp nie miał obowiązku wzywania odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu gdyż oferta odwołującego podlegała odrzuceniu jako nieodpowiadająca treści siwz.

Zdaniem zamawiającego, nie można uznać za mające marginalne znaczenie omyłek w 246 pozycjach kosztorysu ofertowego, tym bardziej, że w przypadku niektórych z tych pozycji z uwagi na brak deklaracji odwołującego (np. co do klasy betonu w ok. 40 pozycjach, rodzaju witryny – w ok. 60 pozycjach, rodzaju okna – w ok. 20 pozycjach, czy też typu drzwi) nie można założyć, że pominięcie tych informacji było niezamierzone i zamawiający może je uzupełnić wpisując dane takie jak w przedmiarze robót oraz że nie będzie to stanowiło istotnej zmiany oferowanego przedmiotu zamówienia. Zaznaczył, że sumaryczna wartość robót w tych pozycjach stanowi znaczną wartość w stosunku do ceny oferty. Zamawiający uznał, że wykonawca wycenił inny zakres robót lub roboty wykonywane w innej technologii niż założone w dokumentacji projektowej i opisane w przedmiarach. Zamawiający wskazał, że nie dopuścił w wyjaśnieniach treści siwz zmiany opisów pozycji kosztorysowych w stosunku do opisów pozycji w przedmiarach, za wyjątkiem przypadku zastosowania przez wykonawcę materiałów lub urządzeń zamiennych, co zostało obwarowane dodatkowymi wymaganiami. Zamawiający wyjaśnił, że dopuści zastosowanie materiałów i urządzeń równoważnych stosownie do art. 29 ust. 3 i art. 30 ust. 4 Pzp. Z treści oferty odwołującego nie wynika zdaniem zamawiającego zastosowanie materiałów i urządzeń równoważnych. Odwołujący w kwestionowanych pozycjach zaoferował bowiem wykonanie innych robót lub wykonanie robót w zupełnie innej technologii oraz nie wypełnił dyspozycji części III pkt 4 ppkt 34 siwz. Tytułem przykładu zamawiający wskazał na rozbieżności w pozycji 89 kosztorysu ofertowego, w której odwołujący podał „Dwuteowniki HEB 200 do słupów S2 I-1” a wymagane było „Dwuteowniki HEB 200 do słupów SO TI-7”, w pozycji 538 odwołujący zaoferował „Wrota stalowe do garaży podnoszone przyspawane do obetonowanych ościeżnic” a wymagana była „Brama wykładana sekcyjna Sz4 z drzwiami 185x205 m. W bramie zamontowane drzwi. Brama lakierowana w kolorze zgodnym z projektem. Sterowanie elektryczne”, w pozycji 607 kosztorysu odwołujący zaoferował „Konstrukcje aluminiowe ścian osłonowych – ściany mocowane do konstrukcji stalowej o powierzchni szyb ponad 2 m²”, a wymagane było „Przykrycie dachu boksów”, w pozycji 9 kosztorysu odwołujący zaoferował „Tłumiki akustyczne SLGU 200x1200 wraz z próbą montażową, a wymagane było „Tłumiki akustyczne SLBU 315x1200 wraz z próbą montażową”. Zdaniem zamawiającego, tego rodzaju niezgodności nie podlegają poprawie w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego na rozprawie, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła w pierwszej kolejności, że odwołujący legitymuje się uprawnieniem do wniesienia odwołania, zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Odwołujący ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia - złożył ofertę z najniższą ceną w sytuacji, gdy jedynym kryterium oceny ofert jest cena. Jednocześnie odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraconych korzyści w związku z pozbawieniem go możliwości uzyskania zamówienia w przypadku potwierdzenia się naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, przez wykluczenie odwołującego z postępowania i odrzucenie złożonej przez niego oferty..

Izba stwierdziła również, że Bielskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego S.A. skutecznie przystąpiło do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wypełniając przesłanki, określone w art. 185 ust. 2 i 3 Pzp. Strony nie zgłaszały opozycji przeciwko przystąpieniu.

W niniejszej sprawie nie był sporny pomiędzy stronami stan faktyczny, co do rozbieżności treści opisów 246 pozycji kosztorysu ofertowego złożonego przez odwołującego. Istotą sporu było natomiast to, czy powyższe rozbieżności podlegały poprawie w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp jako inne omyłki, polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, których poprawienie nie stanowi istotnej zmiany treści złożonej oferty, a w konsekwencji czy ofertę należało uznać jako zgodną z wymaganiami siwz pomimo stwierdzonych rozbieżności.

Izba uznała, że w okolicznościach tej sprawy zarzuty naruszenia art. art. 87 ust. 2 pkt 1 i 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, w wyniku odrzucenia oferty złożonej przez odwołującego z powodu jej niezgodności z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie są zasadne.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp stanowi natomiast, że zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty, niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona. Jak podkreślono w publikacji Urzędu Zamówień Publicznych „Prawo Zamówień Publicznych po nowelizacji z dnia 4 września 2008 r.” pod red. J. Sadowego, Warszawa 2008, str. 117 i nast. „Ustawa dopuszcza również poprawianie innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty (art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy). Poprawianie omyłek na podstawie cyt. przepisu dotyczy omyłek nie mających charakteru oczywistego oraz niekoniecznie odnosi się do ceny, a więc może dotyczyć również innych elementów złożonej oferty. (...) Na podstawie cyt. przepisu można poprawić omyłkę, która nie powoduje istotnych zmian w treści oferty. Dopuszczalne wydaje się

dokonanie zmian w sytuacji, jeżeli z okoliczności wynika zamiar złożenia przez wykonawcę oferty zgodnie z wymaganiami 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 ocenie Izby, przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp ma zastosowanie, jeżeli niezgodność treści oferty z treścią siwz ma charakter „omyłki”, a jej poprawienie nie powoduje istotnych zmian w treści oferty. W orzecznictwie KIO za utrwalony uznaje się pogląd, że omyłki, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp winny mieć taki charakter, by czynności ich poprawy zamawiający mógł dokonać samodzielnie, bez udziału wykonawcy. Z treści oferty powinien wynikać zamiar złożenia przez wykonawcę oferty zgodnej z wymogami specyfikacji, a zamawiający na podstawie treści oferty posiada wszystkie dane niezbędne do dokonania poprawy omyłki, nie ingerując w sposób istotny w treść oferty. Stwierdzenie, że niezgodność oferty z treścią siwz nie stanowi omyłki lecz świadome i celowe działanie wyklucza zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Tak orzekł m.in. Sąd Okręgowy w Krakowie - w wyroku o sygn. akt: XII GA 429/09 stwierdził, że „artykuł 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p. wprowadzony w celu umknienia licznych niegdyś przypadków odrzucania ofert z powodu błahych pomyłek, dopuszcza poprawienie niedopatrzeń, błędów niezamierzonych, opuszczeń, drobnych różnic itp. lecz wszystkie te zmiany muszą mieścić się w pojęciu „omyłki”. Z założenia zatem umyślne zastosowanie w ofercie materiału całkowicie odmiennego od projektu nie może być traktowane jako omyłka w tym sensie, który nadaje jej przepis art. 87 Pzp". Powyższe stanowi w ocenie Izby odpowiedź na pytanie o granice, w których niezgodności treści oferty z treścią siwz mieszczą się w pojęciu „omyłki” i podlegają poprawie w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, a poza którymi poprawienie niezgodności stanowi nadużycie tego prawa.

W ocenie Izby, w niniejszej sprawie odwołujący działał świadomie pozostawiając w 246 pozycjach kosztorysu opisy robót lub technologii wykonania robót niezgodne z opisami zawartymi odpowiednio w przedmiarach. Powyższe niezgodności nie były zatem wynikiem niedopatrzeń, przypadkowego opuszczenia lub błędu niezamierzonego. Świadczy o tym treść wyjaśnień odwołującego, iż opracowując kosztorys ofertowy nie przywiązywał wagi do treści opisów pozycji, ponieważ zamawiający udzielając wyjaśnień na pytania wykonawców w toku postępowania dopuścił możliwość zmiany treści opisów, wskazując, że nie będzie to uznane za niezgodność treści oferty z treścią siwz. Odwołujący działał więc świadomie.

Ponadto Izba stwierdziła, że powyższe niezachowanie staranności przez odwołującego przy kosztorysowaniu robót nie znajduje uzasadnienia w treści wyjaśnień z dnia 6 kwietnia 2011 r. (odpowiedź na pytanie nr 3), na które powoływał się odwołujący. Ze stwierdzenia

„Zamawiający dopuszcza zmianę podstawy wyceny. Zamawiający dopuszcza zmiany opisu pozycji za wyjątkiem przypadku zastosowania przez wykonawcę materiałów lub urządzeń zamiennych.” Interpretowanego w świetle całej treści specyfikacji oraz w kontekście pytań wykonawców i pozostałych wyjaśnień zamawiającego wynika, że dopuszczalne zmiany opisu pozycji nie mogły obejmować takich elementów opisu jak materiały lub urządzenia, gdyż zgodnie z wymaganiem określonym w części III pkt 4 ppkt 34 i części VI pkt 5 siwz zastosowanie przez wykonawcę zamiennych materiałów i urządzeń zostało w siwz odrębnie uregulowane. Powyższe wyjaśnienia wskazują, że zamawiający dopuścił jedynie zmiany w opisie pozycji kosztorysowych o charakterze czysto technicznym, tj. wynikające z zastosowania przez wykonawców różnych programów do kosztorysowania. Nie oznacza to jednak, że w opisie pozycji można było wpisać inny zakres robót lub inny sposób ich wykonania niż był wymagany w dokumentacji projektowej i opisany w przedmiarach, jak to uczynił odwołujący.

Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego, że zamawiający miał obowiązek zażądać wyjaśnień treści oferty, a wówczas odwołujący przekazałby kalkulację szczegółową, z której wynika, że odwołujący wycenił w kosztorysie prawidłowy zakres robót, pomimo zamieszczenia w kosztorysie całkowicie innych opisów pozycji kosztorysowych niż w przedmiarach. Zauważyć należy, że zamawiający wymagał złożenia w ofercie kosztorysów uproszczonych, a zatem nie miał podstaw by żądać od wykonawcy złożenia kalkulacji szczegółowej. Ponadto, uznanie, że kalkulacja szczegółowa o innej treści niż kosztorys ofertowy w 246 pozycjach może zastąpić kosztorys złożony przez odwołującego w ofercie stanowiłoby naruszenie art. 87 ust. 1 Pzp, poprzez wprowadzenie de facto do oferty nowej treści. Stanowiłoby to również istotne naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wobec pozostałych uczestników postępowania, którzy dołożyli należytych starań, aby dostosować opis pozycji kosztorysu, według wskazanych podstaw wyceny, prawidłowo i zgodnie z wymaganiami dokumentacji projektowej.

Dodać należy, że na podstawie treści oferty odwołującego zamawiający nie miał wystarczających informacji, aby samodzielnie dokonać poprawy błędnych opisów pozycji kosztorysowych. W szczególności na podstawie wykazu materiałów załączonego do oferty zamawiający nie mógł domniemywać, że odwołujący prawidłowo je zastosował i wycenił w błędnie opisanych pozycjach. Ponadto, zauważyć należy, że odwołujący nie ujął w zestawieniu materiałów niektórych materiałów, tj. betonu klasy B 20, farby akrylowej oraz odpowiedniej ilości betonu klasy B 30. Ogólne oświadczenia wykonawcy o zapoznaniu się i akceptacji wymagań siwz nie może zastępować szczegółowego oświadczenia jakim jest oferowany przedmiot zamówienia, opisany w tym przypadku w kosztorysie ofertowym. Za szczególnie istotną, należy uznać treść kosztorysu w przypadku wynagrodzenia

kosztorysowego za wykonanie przedmiotu zamówienia, tak jak w przedmiotowym postępowaniu.

Biorąc pod uwagę powyższe, doprowadzenie treści oferty odwołującego do zgodności z wymaganiami siwz (przedmiarami) wymagałoby istotnej zmiany opisów 246 pozycji w kosztorysie złożonym przez odwołującego. Izba uznała, że w okolicznościach niniejszej sprawy zamawiający nie miał podstaw, aby wbrew treści oferty przyjąć, że wykonawca prawidłowo przyjął do wykonania i wycenił roboty wymagane w dokumentacji projektowej. Dlatego Izba uznała, że dokonanie takiej zmiany treści oferty odwołującego wykracza poza dyspozycję przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp i stanowiłoby w tym przypadku nadużycie prawa, o którym mowa w tym przepisie.

W konsekwencji Izba stwierdziła, że oferta złożona przez odwołującego podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, wobec braku podstaw do poprawienia oferty odwołującego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp i w tym zakresie decyzja zamawiającego jest zasadna.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia w postępowaniu art. 7 ust. 1 Pzp, Izba nie stwierdziła, aby zamawiający dokonał oceny ofert w sposób dyskryminujący ofertę odwołującego. Zamawiający w żadnej ze złożonych ofert nie dokonał bowiem poprawy błędów w kosztorysie ofertowym o takim charakterze i w takiej ilości, jak wystąpiły one w ofercie odwołującego.

Wobec stwierdzenia, że oferta odwołującego podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp z uwagi na fakt, iż treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, Izba nie znalazła podstaw do uznania, że zarzuty dotyczące naruszenia przepisów art. 7 ust. 1 i 3, art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 26 ust. 3 i art. 91 ust. 1 są zasadne. Zgodnie z brzmieniem art. 26 ust. 3 Pzp zamawiający nie ma obowiązku wzywania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w przypadku, gdy jego oferta podlega odrzuceniu. Wobec powyższego zamawiający jest zobowiązany wykluczyć wykonawcę z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp bez wzywania go do uzupełnienia dokumentów, co należałoby uznać za niecelowe. W ustalonych okolicznościach sprawy i w kontekście podniesionych zarzutów Izba stwierdziła ponadto, że zamawiający nie naruszył art. 91 ust. 1 Pzp, przez wybór oferty Przedsiębiorstwa Budownictwa Przemysłowego S.A. jako najkorzystniejszej

W oparciu o stan rzeczy ustalony w toku postępowania Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 i 2 oraz § 5 ust. 3 pkt 1 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).

Przewodniczący: