

WYROK
z dnia 31 sierpnia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 31 sierpnia 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 sierpnia 2011 r. przez wykonawcę **Grupa 3J S.A., ul. Żagańska 19, 04-713 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Specjalistyczny Szpital im. dr Alfreda Sokołowskiego, ul. A. Sokołowskiego 4, 58-309 Wałbrzych**

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Grupa 3J S.A., ul. Żagańska 19, 04-713 Warszawa, i:**

 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **Grupa 3J S.A., ul. Żagańska 19, 04-713 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy: **Grupa 3J S.A., ul. Żagańska 19, 04-713 Warszawa** na rzecz zamawiającego: **Specjalistyczny Szpital im. dr Alfreda Sokołowskiego, ul. A. Sokołowskiego 4, 58-309 Wałbrzych** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) 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 **Wałbrzychu**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający: Specjalistyczny Szpital im. Dra Alfreda Sokołowskiego w Wałbrzychu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego w przedmiocie: „Budowa Centrum Pulmonologii dla Górników przy Specjalistycznym Szpitalu im. dr A. Sokołowskiego w Wałbrzychu”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 25 maja 2011 r. pod nr 2011/S 100-163670.

W dniu 12 sierpnia 2011 r. zamawiający przekazał wykonawcom informację o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp, uzasadniając, że w postępowaniu nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu. Zamawiający odrzucając ofertę wykonawcy Grupa 3J S. A. z siedzibą w Warszawie wskazał art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp uznając, że treść oferty nie odpowiada treści siwz w zakresie następujących pozycji kosztorysu ofertowego:

Branża budowlana:

- 1) poz. 49 - zamiast wymaganych pustaków ceramicznych przewidziano pustaki betonowe,
- 2) poz. 92 - w poz. sprzęt nie wyceniono pompy do betonu, która jest wymagana przez KNR,
- 3) poz. 99 - zaoferowano pręty żebrowe do 7 mm, zamiast wymaganych 8-14 mm,
- 4) poz. 248 - zaoferowano pręty żebrowe 8-14 mm, zamiast wymaganych 16 i pow. 16 mm,
- 5) poz. 260 - nie wyceniono materiału - ziemi urodzajnej.

Instalacje sanitarne

- 1) poz. 10 - zaoferowano zawory napowietrzające o nieodpowiednich średnicach: 70 mm zamiast 75 mm,
- 2) poz. 46 - 53 oraz 69 - 79 - dotyczących izolacji rurociągów, bezpodstawnie doliczono koszt sprzętu w postaci żurawia samochodowego.

Sieci zewnętrzne

- 1) poz. 19 i 40 - nie ujęto w materiałach stopnia włączowego do studzienki, pokrywy żelbetowej nastudziennej, pierścieni odciążających żelbetowych,

Branża elektryczna

- 1) poz. 42 - zaoferowano kabel YAKY 4x240 mm², zamiast wymaganego YAKY 4x120 mm²,
- 2) poz. 273 - samodzielnie zmieniono obmiar z 1 szt. na 5 szt.
- 3) poz. 282 - samodzielnie zmieniono obmiar z 1 szt. na 5 szt.

Wykonawca: Grupa 3J S. A. wniósł odwołanie wobec powyższych czynności. Podniósł, że Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 28 lipca 2011 r. o sygn. akt KIO 1525/11 uwzględniła odwołane wniesione przez Grupę 3J S. A. oraz nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, wykluczenie wykonawcy Przedsiębiorstwo Budowlano - Usługowe „BUDOPOL” S. A. i odrzucenie tej oferty oraz powtórzenie oceny ofert. Jak z sentencji tego wyroku wynika, zamawiający winien dokonać oceny ofert uprzednio wykluczony P.B.U. „BUDOPOL” S. A. Jako, że wykonawca ten nie wniósł skutecznie wadium. Pozostałe oferty zamawiający winien ocenić biorąc pod uwagę kryterium ustalone w siwz, tj. cena z wagą 100 %. Zdaniem odwołującego, zamawiający nie wykonał ww. wyroku i bezpodstawnie unieważnił postępowanie.

Odwołujący zarzucił 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.):

- art. 192 ust. 3 pkt. 1 Pzp, poprzez niewykonanie wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 lipca 2011 r. o sygn. akt KIO 1525/11,
- art. 93 ust. 1 pkt. 1 Pzp, poprzez unieważnienie postępowania w sytuacji, gdy złożono co najmniej jedną ofertę niepodlegającą odrzuceniu,
- art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp, poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty odwołującego,
- art. 91 ust.1 Pzp, poprzez zaniechanie wyboru oferty najkorzystniejszej w rozumieniu art. 2 pkt 5 Pzp.

Odwołujący wniósł w odwołaniu o jego uwzględnienie i nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienia czynności unieważnienia postępowania i czynności odrzucenia oferty odwołującego,
- wykonania wyroku KIO z dnia 28 lipca 2011 r. o sygn. akt KIO 1525/11,
- dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty, tj. oferty odwołującego,
- zasądzenie od zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego według norm przepisanych.

Zdaniem odwołującego, przed dokonaniem unieważnienia postępowania zamawiający bezpodstawnie przystąpił do badania ofert, która to czynność została już uprzednio przez niego wykonana, a Krajowa Izba Odwoławcza nie nakazała w wyroku powtórnego badania wszystkich ofert, lecz nakazała jedynie odrzucenie oferty P.B.U. „BUDOPOL” S. A. Z przebiegu postępowania oraz wniesionych środków ochrony prawnej nie wynikało, aby była kwestionowana oferta odwołującego. Wykonawcy mieli prawo do wniesienia odwołania w tym zakresie. Skoro żaden z wykonawców tej czynności nie zakwestionował, to czynność już się uprawomocniła i wobec niej nie przysługują środki ochrony prawnej. Również zamawiający nie mógł powracać do ww. czynności, skoro nie zostało to wywołane odwołaniem. Efektem tego było bezpodstawne odrzucenie oferty odwołującego i pozostałych ofert oraz w wyniku tego - unieważnienie postępowania.

Niezależnie od powyższego, jak wskazał odwołujący - z ostrożności procesowej, odniósł się do zarzutów, które zamawiający podał jako podstawę odrzucenia jego oferty wskazując, co następuje:

Branża budowlana

- poz.49 - zamiast wymaganych pustaków wentylacyjnych ceramicznych, w materiałach przyjęto pustaki wentylacyjne betonowe.

Odwołujący podniósł, że w opisie ww. pozycji są pustaki ceramiczne, a w wyszczególnieniu materiału wskazano pustak betonowy, co jest omyłką pisarską lub inną omyłką, którą zamawiający może poprawić w trybie art. 87 ust. 2 pkt. 3 Pzp. Opis pozycji jest niezmieniony, a to decyduje o zgodności przedmiotu oferty z przedmiotem siwz. (ponadto cena 1,80 zł/szt. jest średnią ceną pustaka wentylacyjnego ceramicznego z cennika materiałów SEKOCENBUD za II kw. 2011 r.) Powstała rozbieżność wynika z faktu, że zamawiający załączył do siwz przedmiar, który nie stanowi przedmiaru w rozumieniu § 6.1 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno - użytkowego (Dz. U. z 2004 roku nr 202 poz. 2072 z późn. zm.). W szczególności nie zawiera on wskazania właściwych specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych. Zawiera jedynie informację o podstawie wyceny (KNR - często z dopiskiem kosztorysanta „analogia”), opis i ilość robót w pozycji. Nie zawiera informacji o nakładach poszczególnych czynników produkcji, rodzaju materiałów. Ponadto, przy wpisywaniu danych z przedmiaru do programu kosztorysującego program bierze pod uwagę KNR bez zmian dokonanych przez kosztorysanta zamawiającego w ramach założonej analogii do wybranego KNR, dla którego program automatycznie przyjmuje nakłady i rodzaj materiałów. KNR 2-02 0122-07 przyjęty przez zamawiającego w przedmiarze dotyczy kanałów wentylacyjnych z pustaków betonowych. Taki materiał został automatycznie wprowadzony w nakładach materiałowych i nie poprawiony zgodnie z opisem pozycji. Odwołujący zaznaczył, że zgodnie z ustaloną linią orzecznictwa Zespołów Arbitrów i Sądów Okręgowych, nieścisłości w sformułowaniu postanowień siwz nie powinny obciążać wykonawców.

Odwołujący zauważył, że zamawiający nie postawił w siwz żadnych szczegółowych wymagań w zakresie sporządzenia kosztorysu ofertowego, a jedynie wymagał w pkt. X ppkt. 19, aby oferta zawierała: „kosztorys szczegółowy łącznie z tabelą elementów scalonych wraz z zestawieniem materiałów oraz składnikami cenotwórczymi”. Odwołujący odniósł, że wymagania te spełnia każda z pozycji kosztorysu ofertowego. Jest to kosztorys szczegółowy i zawiera tabele elementów scalonych w cenach brutto oraz zestawienie materiałów i składniki cenotwórcze, tj. robocizna (R), materiał (M), sprzęt (S) dla każdej pozycji. Zważywszy, że żaden przepis prawa nie precyzuje zasad sporządzania kosztorysu budowlanego, w tym kosztorysu ofertowego, należy przyjąć, że kosztorys odwołującego jest zgodny z treścią siwz.

Poz. 93 - w poz. sprzęt nie wyceniono pompy do betonu, która jest wymagana przez KNR

W poz. 93 (str. 92 oferty) wyceniono nakłady pracy pompy do betonu 183,25 zł/m-g,

Poz. 99 -zaoferowano pręty żebrowe do 7mm, zamiast wymaganych 8-14 mm.

W całym kosztorysie przyjęto jednolitą średnią cenę na stal zbrojeniową w wysokości 2200 zł/t, gdyż ceny prętów zbrojeniowych w zakresie średnic 8-20 mm zarówno w cennikach SEKOCENBUD jak i na rynku są jednakowe. Nieznacznie droższe są pręty o średnicy do 7 mm. Odwołujący zaznaczył, że w opisie pozycji są pręty 8-14 mm, a w wyszczególnieniu materiału są pręty do 7 mm w cenie 2200 zł/t. W opisie do pozycji nr 100 są pręty żebrowane do 7 mm, a w wyszczególnieniu materiału pręty 8-14 mm też w cenie 2200 zł/t. Zważywszy, że ofertę wykonawcy stanowi opis pozycji, który jest zgodny z przedmiarem zamawiającego, należy przyjąć, że jest to omyłka pisarska lub inna omyłka, którą zamawiający może poprawić w trybie art. 87 ust. 2 pkt. 3 Pzp.

Poz. 248 -zaoferowano pręty żebrowe 8-14 mm, zamiast wymaganych 16 i pow. 16mm

W opisie pozycji są pręty 16 i pow. 16mm, a w wyszczególnieniu materiału są pręty 8-14 mm, co jest omyłką pisarską lub inną omyłką, którą zamawiający może poprawić w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Opis pozycji jest niezmienny, a to decyduje o zgodności przedmiotu oferty z przedmiotem siwz.

Poz. 260 - nie wyceniono materiału (ziemi urodzajnej)

KNR 2-21 02-18 05 zawarty w przedmiarze, który udostępnił zamawiający, nie przewiduje nakładów na dostawę ziemi urodzajnej. Przewiduje jedynie przekopanie, oczyszczenie i rozścielenie rodzimej ziemi. W opisie pozycji zamawiający nie zaznaczył, że dodatek analogia przy KNR oznacza konieczność dostarczenia nowej ziemi urodzajnej. Zamawiający nie może po otwarciu ofert zmieniać lub doprecyzowywać postanowień i wz.

Instalacje sanitarne

Poz. 10 - zaoferowano zawory napowietrzające o nieodpowiednich średnicach:.

W opisie pozycji znajdują się zawory o średnicach 75 mm, a więc jest to omyłka pisarska lub podlega wyjaśnieniu, ponieważ jest to rozbieżność - w tej samej pozycji są różne informacje lub inna omyłka, którą zamawiający może poprawić w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Opis pozycji jest niezmienny, a to decyduje o zgodności przedmiotu oferty z przedmiotem siwz.

Poz. 46-53 oraz 69-79 - bezpodstawnie doliczono koszt sprzętu w postaci żurawia samochodowego.

KNR-y dla tych pozycji przewidują użycie środka transportu dla dostarczenia materiałów izolacyjnych na budowę, którego nazwa została jedynie zamieniona na żuraw samochodowy pozostawiając nakłady pracy w m-g w tej samej ilości. Tak więc środek transportowy został w każdej pozycji wyceniony. Jego nazwa nie ma znaczenia. W wycenie przyjęto cenę pracy samochodu skrzyniowego z dźwigiem -HDS.

Sieci zewnętrzne

Poz. 19 i 40 - nie ujęto w materiałach stopnia włazowego do studzienki, pokrywy żelbetowej nastudziennej, pierścieni odciążających żelbetowych.

Podstawą wyceny w tej pozycji jest KNR + analiza własna, co umożliwia zmianę nakładów tej pozycji. Dlatego też ceny stopni włazowych, pokrywę żelbetową nastudzienną, pierścienie

odciążające żelbetowe ujęto w cenach jednostkowych pozostałych materiałów, tym bardziej, że wykonawca przyjął w ofercie studnie systemowe, kompletnie wyposażone w przedmiotowe elementy. Nadto należy zauważyć, że zamawiający nie wymagał rozbicia materiałów, urządzeń na poszczególne elementy składowe. Z punktu widzenia zamawiającego istotna jest cena całkowita studni o parametrach opisanych w projekcie technicznym, wg którego ma być wykonana. Podana cena ofertowa netto skalkulowana na podstawie oferty dostawcy studni jest prawidłowa.

Branża elektryczna

Poz. 42 - zaoferowano kabel YAKY 4x240mm² zamiast wymaganego YAKY 4x 120 mm².

W opisie pozycji znajduję się prawidłowy kabel YAKY 4x 120 mm², w nakładach materiału omyłkowo jedynie wpisano kabel YAKY 4x240mm² - jest to omyłka pisarska lub inna omyłka, którą zamawiający może poprawić w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Przyjęta cena kabla odpowiada cenie kabla YAKY 4x120mm². Opis pozycji jest niezmienny, a to decyduje o zgodności przedmiotu oferty z przedmiotem siwz.

Poz. 273 i 282 - samodzielnie zmieniono obmiar z 1 szt. na 5 szt.

Jest to inna omyłka polegająca na niezgodności oferty z siwz, niepowodująca istotnych zmian w treści oferty, podlegająca poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Odwołujący wskazał, że zarzuty, które stanowiły podstawę odrzucenia oferty odwołującego nie mają odniesienia do wyroku KIO z dnia 28 lipca 2011 r. o sygn. akt KIO 1525/11, dlatego, zdaniem odwołującego, odrzucenie oferty wynikało z celowego działania zamawiającego, który dążył on za wszelką cenę do unieważnienia postępowania, co pozostaje w sprzeczności z celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Nieuzasadnione odrzucenie oferty w wyniku wadliwego wykonania wyroku Krajowej Izby Odwoławczej przesądza też o nierównym traktowaniu wykonawców, co stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp. Ponadto, zaniechanie dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej, w rozumieniu art. 2 pkt 5, stanowi naruszenie art. 91 ust.1 Pzp.

W dniu 30 sierpnia 2011 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wnioskował o oddalenie odwołania. Zamawiający wyjaśnił, że dokonał powtórzenia oceny ofert, mając na uwadze treść wyroku i wytyczne, które znalazły się w jego uzasadnieniu. W wyniku oceny ofert stwierdził, że wszystkie oferty podlegają odrzuceniu.

Zdaniem zamawiającego, KIO nakazała w wyroku powtórzenie oceny ofert, co oznacza – wszystkich ofert złożonych w postępowaniu. Jest to zgodne z zasadą równego traktowania wykonawców. Wskazał, że przedmiar załączony do oferty spełnia wymagania § 6 ust. 1 rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno - użytkowego. Zamawiający wskazał, że nie usprawiedliwiają błędów w kosztorysie odwołującego niedoskonałości programu

komputerowego do opracowania kosztorysu, gdyż wykonawca zawsze ma obowiązek taki dokument zweryfikować pod kątem zgodności z przedmiarem i projektem.

Zamawiający wskazał, że w przypadku zaoferowania prętów o mniejszej średnicy nie jest możliwe uznanie, że stanowi to oczywistą omyłkę, gdyż pozycja ta nie odpowiada zestawieniu materiałów i jakakolwiek zmiana w tym zakresie prowadziłaby do zmiany treści oferty.

Nieuzasadnione jest, w ocenie zamawiającego, zastosowanie sprzętu najcięższego, natomiast brak wskazania elementów składowych studni jest niezgodny z siwz, gdyż zamawiający nie wymagał studni systemowych.

Ponadto, błędny przekrój zaoferowanego kabla nie podlega poprawie, ponieważ w zestawieniu materiałów odwołujący potwierdził ten sam materiał niezgodny z wymaganiami.

Zamawiający wyjaśnił, iż nie miał podstaw, by samodzielnie dokonywać poprawy ww. błędów w kosztorysie.

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

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że odwołujący legitymuje się uprawnieniem do wniesienia odwołania, stosownie do dyspozycji art. 179 ust. 1 Pzp.

Izba nie stwierdziła naruszenia przepisu art. 192 ust. 3 pkt. 1 Pzp przez niewykonanie wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 lipca 2011 r. (sygn. akt KIO 1525/11). Zgodnie z ww. przepisem, Izba uwzględniając odwołanie może nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności lub nakazać unieważnienie czynności zamawiającego - w przypadku, gdy umowa o zamówienie publiczne nie została zawarta. Stosownie do treści wyroku KIO z dnia 28 lipca 2011 r. (sygn. akt KIO 1525/11), Izba uwzględniając odwołanie nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, wykluczenie z postępowania wykonawcy - Przedsiębiorstwo Budowlano-Usługowe „Budopol” S.A. i odrzucenie jego oferty oraz dokonanie ponownej oceny ofert. Zgodnie z zawiadomieniem z dnia 12 sierpnia 2011 r., zamawiający wykonał powyższe czynności nakazane przez Izbę. Zauważyć należy, że okoliczność, iż w ramach dokonanej ponownie oceny ofert zamawiający odrzucił ofertę odwołującego, nie stanowi naruszenia ustawy Pzp. Żaden przepis ustawy nie zakazuje zamawiającemu powtórzenia oceny wszystkich ofert wówczas, gdy uprzednio dokonana przez niego czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, a także czynność oceny ofert - została w toku

prowadzonego postępowania unieważniona. Stosownie do literalnego brzmienia sentencji wyroku KIO z dnia 28 lipca 2011 r., czynność oceny ofert musiała być dokonana ponownie, a tym samym uprzednia ocena ofert musiała podlegać unieważnieniu. W ramach powtórzenia czynności oceny ofert zamawiający mógł zmienić swoją decyzję z dnia 8 lipca 2011 r. w zakresie oceny poszczególnych ofert, biorąc pod uwagę wskazówki i wytyczne zawarte w wyroku co do zasad prawidłowej oceny. Zauważyć należy, że zasada uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców zobowiązuje zamawiającego do dokonania oceny wszystkich ofert w danym postępowaniu według tych samych zasad, przyjmując taką samą interpretację warunków siwz. Dlatego też zamawiający, wykonując wyrok Izby w zakresie wykluczenia jednego wykonawcy i odrzucenia jego oferty, ma prawo, a wręcz powinien zastosować takie same zasady (wytyczne zawarte w wyroku Izby) oceny również w stosunku do pozostałych wykonawców i pozostałych ofert. Biorąc pod uwagę cel prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którym jest wybór oferty najkorzystniejszej i zawarcie umowy o zamówienie, zgodnie z zasadami określonymi w ustawie Prawo zamówień publicznych, nie sposób przyjąć, że ocena ofert w danym postępowaniu o zamówienie publiczne może być dokonana przez zamawiającego w rozbieżny sposób - wobec różnych wykonawców uczestniczących w tym postępowaniu.

Reasumując, należało uznać, że w przedmiotowym postępowaniu zamawiający wykonał wyrok KIO z dnia 28 lipca 2011 r. dokonując w dniu 12 sierpnia 2011 r. wykluczenia wykonawcy P.B.U. Budopol S.A. i odrzucenia jego oferty oraz powtarzając czynność oceny ofert. Ani ww. wyrok Izby, ani przepisy ustawy Pzp nie zakazują zamawiającemu, aby w przypadku powtórzenia czynności oceny ofert, dokonał nowej czynności – w tym przypadku odrzucenia innych ofert, zapewniając tym samym zachowanie w postępowaniu zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Nie potwierdził się zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp, poprzez odrzucenie oferty odwołującego z powodu jej niezgodności z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Jednocześnie zarzut, iż zamawiający załączył do siwz przedmiar, który nie stanowi przedmiaru w rozumieniu § 6.1 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno - użytkowego (Dz. U. z 2004 roku nr 202 poz. 2072 z późn. zm.), jako dotyczący postanowień specyfikacji, Izba uznała za spóźniony – odwołujący miał możliwość zakwestionowania postanowień siwz w terminie wynikającym z art. 182 ust. 2 pkt 1 Pzp, czego nie uczynił.

W przedmiotowym postępowaniu zamawiający przewidział wynagrodzenie kosztorysowe za wykonanie przedmiotu zamówienia na podstawie kosztorysów powykonawczych. W celu dokonania tego rozliczenia zamawiający żądał przedstawienia przez wykonawców w ofercie kosztorysu szczegółowego, w którym wskazane są szczegółowe nakłady materiałowe, robocizny i sprzętu wraz z zestawieniem materiałów dla poszczególnych pozycji kosztorysu. W pkt. X

„Zawartość oferty” - ppkt. 19 siwz zamawiający postawił bowiem wymaganie, aby wykonawcy złożyli w ofercie: „kosztorys szczegółowy łącznie z tabelą elementów scalonych wraz z zestawieniem materiałów oraz składnikami cenotwórczymi”. Powyższe okoliczności nie były sporne pomiędzy stronami, co obie strony zgodnie potwierdziły na rozprawie. Biorąc pod uwagę wskazane wyżej okoliczności, dla prawidłowego rozliczenia wykonanych robót istotne jest, aby szczegółowe stawki materiałów, robocizny i sprzętu były zawarte w ofercie wykonawcy.

Jak wynika z dokumentacji postępowania, odwołujący złożył w ofercie szczegółowy kosztorys, tabele elementów scalonych w cenach brutto oraz zestawienie materiałów i składniki cenotwórcze, tj. robocizna (R), materiał (M), sprzęt (S) dla każdej pozycji. W kosztorysie w pozycjach: (Branża budowlana) poz. 49, poz. 92, poz. 99, poz. 248, (Instalacje sanitarne) poz. 10, (Sieci zewnętrzne) poz. 42, odwołujący wskazał jednak materiały niezgodne z przedmiarem zamawiającego i dokumentacją projektową. Odwołujący nie przeczył tej okoliczności, podnosił jedynie, że jest to wynikiem oczywistych omyłek pisarskich lub innych omyłek niepowodujących istotnych zmian w treści oferty, podlegających poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

W ocenie Izby, nie można uznać, że wskazanie innych materiałów niż wymagane, w okolicznościach tej sprawy, stanowi oczywistą omyłkę pisarską lub inną omyłkę niepowodującą istotnych zmian w treści oferty, podlegającą poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Izba wzięła w szczególności pod uwagę, że wykonawca wskazał nieprawidłowe materiały zarówno w kosztorysie, jak i w zestawieniu materiałów załączonym do oferty, co potwierdza jednoznacznie błędną treść oferty w powyższym zakresie i wyklucza tym samym możliwość uznania, że nastąpiło to skutkiem omyłki. Zamawiający nie miał podstaw, by wbrew oświadczeniom wykonawcy zawartym w dwóch miejscach oferty, samodzielnie dokonać zmiany treści pozycji co do przewidzianych przez wykonawcę materiałów, gdyż spowodowałoby to istotną, niedozwoloną zmianę treści oferty.

Nie sposób również uznać w niniejszym przypadku, że zachowanie w kosztorysie ofertowym prawidłowych opisów pozycji podstawowych, powielonych automatycznie z przedmiaru robót opracowanego przez zamawiającego, stanowi o zgodności treści oferty z wymaganiami siwz. Należy podkreślić, że przeczy temu jednoznacznie treść pozycji szczegółowych w zakresie nakładów materiałów oraz treść zawartego w ofercie zestawienia materiałów, które wynikają z wypełnienia kosztorysu tzw. ślepego przez odwołującego.

Argumentacja odwołującego, iż ww. omyłki powstały w efekcie niedoskonałości działania programu do kosztorysowania, nie zasługuje na uwzględnienie. Istotne jest bowiem dochowanie należytej staranności - wykonawca korzystając z jakiegokolwiek narzędzia do przygotowania kosztorysu powinien zweryfikować treść składanej oferty pod względem jej zgodności z wymaganiami zamawiającego – w szczególności przedmiarów i dokumentacji projektowej, co potwierdza złożeniem własnoręcznego podpisu pod ofertą.

Stwierdzone w omówionym powyżej zakresie niezgodności treści oferty odwołującego (kosztorysu ofertowego) z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia stanowią

podstawę do odrzucenia oferty odwołującego w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Decyzja zamawiającego w powyższym zakresie jest prawidłowa.

Iza uznała, że w pozostałych pozycjach kosztorysu ofertowego, zakwestionowanych przez zamawiającego tj.: poz. 260 (nie wyceniono ziemi urodzajnej), poz. 46 - 53 oraz 69 – 79 (doliczono koszt sprzętu w postaci żurawia samochodowego), poz. 19 i 40 (nie ujęto w materiałach stopnia włączowego do studzienki, pokrywy żelbetowej nastudziennej, pierścieni odciążających żelbetowych) istotne niezgodności treści oferty z treścią siwz nie występują, co jednak nie ma wpływu na ostateczną ocenę oferty, jako niezgodnej z siwz.

Co do braku wyceny ziemi urodzajnej należy wskazać, że biorąc pod uwagę KNR 2-21 02-18 05 zawarty w przedmiarze, wymaganie w tym zakresie nie zostało jednoznacznie określone przez zamawiającego, co nie może skutkować negatywnie dla oceny oferty wykonawcy. W zakresie ujęcia w ofercie kosztu sprzętu w postaci żurawia samochodowego należy wskazać, że wykonawca ma swobodę w doborze sprzętu, gdyż zamawiający nie zawarł w siwz jakichkolwiek ograniczeń w tym zakresie. Brak wyszczególnienia w materiałach stopnia włączowego do studzienki, pokrywy żelbetowej nastudziennej, pierścieni odciążających żelbetowych nie może być uznany za niezgodność treści oferty z treścią siwz. Podstawą wyceny w tej pozycji jest KNR + analiza własna, dlatego też można dopuścić w tym zakresie ujęcie ceny stopni włączowych, pokrywy żelbetowej nastudziennej, pierścieni odciążających żelbetowych w cenach jednostkowych pozostałych materiałów z uwzględnieniem w cenie pozycji kompletnie wyposażonych studni.

W poz. 273 oraz poz. 282 (branża elektryczna) kosztorysu, w których odwołujący samodzielnie zmienił obmiar z 1 szt. na 5 szt. zamawiający powinien dokonać poprawy w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, dostosowując treść oferty odwołującego do zgodności z przedmiarem i dokumentacją projektową. Powyższe nie stanowi istotnej zmiany treści oferty w rozumieniu art. 87 ust. 1 Pzp, gdyż nie wymaga złożenia jakiegokolwiek dodatkowego oświadczenia ze strony wykonawcy.

Wobec niepotwierdzenia się zarzutu co do nieuzasadnionego odrzucenia oferty odwołującego, Izba nie znalazła podstaw do stwierdzenia w przedmiotowym postępowaniu nierównego traktowania wykonawców, co stanowiłoby naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp.

Biorąc pod uwagę, że w wyniku dokonanej przez zamawiającego w dniu 12 sierpnia 2011r. oceny ofert wszystkie oferty złożone w postępowaniu zostały odrzucone, zastosowanie znajduje przepis art. 93 ust. 1 pkt. 1 Pzp, zobowiązujący zamawiającego do unieważnienia postępowania. W powyższych okolicznościach nie jest uzasadniony zarzut naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 91 ust.1 Pzp, przez zaniechanie wyboru oferty najkorzystniejszej w rozumieniu art. 2 pkt 5 Pzp.

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: