

Sygn. akt KIO/UZP 1326 /08

WYROK
z dnia 26 listopada 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Barbara Bettman

Członkowie: Lubomira Matczuk-Mazuś
Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Jadwiga Ząbek

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **26 listopada 2008 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **INTERBUD Sp. z o.o. ul. Przemysłowa 5a, 26-300 Opczno** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gmina Nadarzyn ul. Mszczonowska 19, 05-830 Nadarzyn** protestu z dnia **28 października 2008 r.**

przy udziale **Przedsiębiorstwa Budowlano-Montażowego FLISBUD Stanisław Flis ul. Boh. Porytowego Wzgórza 25, 23-300 Janów Lubelski** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty oraz nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

2. Kosztami postępowania obciąża **Gminę Nadarzyn ul. Mszczonowska 19, 05-830 Nadarzyn** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **INTERBUD Sp. z o.o. ul. Przemysłowa 5a, 26-300 Opoczno**;
- 2) dokonać wpłaty kwoty **7 640 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy sześćset sześćdziesiąt złotych zero groszy) przez **Gminę Nadarzyn ul. Mszczonowska 19, 05-830 Nadarzyn** na rzecz **INTERBUD Sp. z o.o. ul. Przemysłowa 5a, 26-300 Opoczno** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, oraz wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3) dokonać wpłaty kwoty **XXX** (słownie: **XXX**) przez **XXX** na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;
- 4) dokonać zwrotu kwoty **5 936 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **INTERBUD Sp. z o.o. ul. Przemysłowa 5a, 26-300 Opoczno**.

Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na budowę budynku Urzędu Gminy Nadarzyn, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego (BZP Nr 1, poz. 152721 z 7.07.2008 r.), w dniu 28 października 2008 r. został złożony protest, a następnie odwołanie przez INTERBUD Sp. z o.o. z Opoczna.

Wniesienie protestu było następstwem powiadomienia w dniu 21 października 2008 r. o wykluczeniu Odwołującego z postępowania i o odrzuceniu oferty. Jako podstawę tych czynności Zamawiający podał następujące przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) i okoliczności:

I. W zakresie wykluczenia Odwołującego z postępowania i odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp:

a) naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 – przez brak przedłużenia ważności wadium, nie wniesienie nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą, oraz brak zgody na przedłużenie terminu związania ofertą;

b) naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 10 oraz ust. 2 pkt 3 ustawy – przez niespełnienie warunku posiadania środków finansowych lub zdolności kredytowej w wysokości minimum 1 000 000,00 PLN i brak dokumentu potwierdzającego wiarygodność finansową.

II. W zakresie odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy

- występowanie w kilku pozycjach kosztorysu ofertowego rozbieżności pomiędzy kosztorysem ofertowym a przedmiarem robót:

a) w kosztorysie ofertowym "Instalacje sanitarne" w poz. 144 jest: "Studnie rewizyjne o śr. 800 mm z kręgów betonowych, wewnątrz budynków wykonanie w gotowym wykopie, o gł. do 10m", zaś w przedmiarze robót: "Studnie schładzające";

b) w kosztorysie ofertowym "Instalacje sanitarne" w poz. 245 jest: "Osadniki deszczowe żeliwne o średnicy 150 mm , zaś w przedmiarze robót: "Osadniki deszczowe PCV",

c) w kosztorysie ofertowym "Wentylacja mechaniczna" w poz.30 jest: "Izolacja „ kanałów wentylacyjnych wełną mineralną gr.40 mm", zaś w przedmiarze robót: "Jednowarstwowa izolacja o grubości 80 mm,

d) w kosztorysie ofertowym "Zagospodarowanie terenu" w poz. 6 i 15 jest: wykonanie koryt o głębokości „20 cm", zaś w przedmiarze robót: „15 cm";

e) w kosztorysie ofertowym "Instalacja elektryczna" w poz. 89-93 jest: „3x40W", zaś w przedmiarze robót: „2x40W"

f) w kosztorysie ofertowym "Roboty budowlane" w poz. 67 nie uwzględniono wiatroizolacji;

g) w kosztorysie ofertowym "Roboty budowlane" w poz. 44 i 45 jest: „KNR" zaś w przedmiarze robót: „KNR–W";

h) w kosztorysie ofertowym "Roboty budowlane" w poz. 150 jest: „NNRKB 096", zaś w przedmiarze robót: "NNRKB 202";

i) w kosztorysie ofertowym "Instalacje teletechniczne" w poz. 29 jest: "KNNR 5 1209-11", zaś w przedmiarze robót: "KNNR 51209-06".

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu – Gminie Nadarzyn naruszenie przepisów art. 24 ust. 1 pkt 10, oraz art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4, art. 87 ust. 2, art. 89 ust. 1 pkt 2, pkt 5 i pkt 6 a także art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych:

- przez bezpodstawne wykluczenie Odwołującego za nieprzedłużenie wadium,
- przez bezpodstawne wykluczenie Odwołującego za nie spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiarygodności finansowej, i brak dokumentu potwierdzającego spełnianie tego warunku,

- przez zaniechanie poprawienia oczywistych omyłek pisarskich w tekście oferty Odwołującego,
- przez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego jako niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, uznanie za złożoną przez wykonawcę wykluczonego, a także za zawierającą omyłki rachunkowe, których nie można poprawić na podstawie art. 88 Pzp, lub błędy w obliczeniu ceny,
- przez nierzetelne dokonywanie oceny spełniania przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu oraz oceny jego oferty.

Odwołujący podniósł że, naruszenie przez Zamawiającego powyższych przepisów wobec faktu, że oferta Odwołującego zawiera najniższą cenę, spowodowało uszczerbek interesu prawnego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia. W ocenie Odwołującego stanowisko Zamawiającego jest niezasadne, a tym samym decyzja o wykluczeniu Odwołującego z przedmiotowego postępowania i odrzucenia jego oferty jest błędna, co uzasadnił przedstawioną poniżej argumentacją.

Ad I.a Odwołujący stwierdził, że zabezpieczył ofertę Gwarancją ubezpieczeniową zapłaty wadium nr Gwo/8/2008/071-30-03 z dnia 8 sierpnia 2008 r., której termin obowiązywania obejmował okres od 12 sierpnia 2008 r. do 10 września 2008 r. W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 26 sierpnia 2008 r., Odwołujący w dniu 2 września 2008 r., a więc na 8 dni przed upływem terminu obowiązywania gwarancji, dostarczył Zamawiającemu oryginał Aneksu nr 1/2008 do Gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium nr Gwo/8/2008 z dnia 08 sierpnia 2008 r., wystawiony 27 sierpnia 2008 r., przedłużający termin obowiązywania gwarancji do 10 listopada 2008 r. Za nieprawdziwy uznał także kolejny zarzut w tym zakresie, jakoby w odpowiedzi na pismo z dnia 17 października 2008 r. wyrażając zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą, zaniechał jednoczesnego przedłużenia wadium, albo wniesienia nowego wadium na przedłużony okres. Podkreślił, że w dniu 21 października 2008 r. przesłał faksem oświadczenie o wyrażeniu zgody na przedłużenie terminu związania ofertą oraz Aneks nr 2/2008 do Gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium nr Gwo/8/2008 z dnia 08 sierpnia 2008 r., wystawiony 21 października 2008 r., przedłużający termin obowiązywania gwarancji, zgodnie z wymaganiem Zamawiającego, do 20 grudnia 2008 r. Natomiast w dniu 22 października 2008 r. dostarczył Zamawiającemu oryginały wymienionych dokumentów, dochowując terminu wyznaczonego w piśmie Zamawiającego z dnia 17 października 2008 r. co potwierdza, że Aneks 02/2008 także został dostarczony przed upływem terminu ważności gwarancji wadium (10 listopada 2008 r.).

Ad. I. b Odwołujący ocenił dokonaną przez Zamawiającego analizę danych zawartych w zaświadczeniu banku, jako wybiórczą i nie uwzględniającą wszystkich informacji

w nim zawartych. Zarzucił brak ustosunkowania się do faktu, iż Odwołujący posiada limit wierzytelności w kwocie 1 100 000,00 PLN. Posiadanie limitu wierzytelności oznacza, zdolność kredytową na 1 100 000,00 PLN, co potwierdza spełnianie warunku jaki przewidywała specyfikacja. Za niezrozumiałe przyjął przemilczenie tego faktu w uzasadnieniu wykluczenia i wywodzenie o rzekomo brakujących środkach w oparciu o pozostałe dane zawarte w opinii bankowej (214 333,41 PLN - saldo środków dostępnych na rachunku oraz 500 000,00 PLN - zdolność kredytowa w przypadku wygrania przetargu publicznego). W przekonaniu Odwołującego Zamawiający jako podstawę prawną wykluczenia Odwołującego niesłusznie zastosował także przepis art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, zgodnie, z którym wykluczeniu podlega wykonawca, który nie złożył oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, gdyż przepis ten nie może mieć zastosowania w sytuacji, w której złożono dokument, który potwierdza spełnianie wyznaczonego warunku.

Ad II. Odwołujący zakwestionował odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 Pzp, przez przywołanie w uzasadnieniu tej decyzji, szeregu rozbieżności między kosztorysem ofertowym a przedmiarem robót, które ograniczają się jedynie do ich wyliczenia, nie dowodzi to, iż rozbieżności te rzeczywiście powodują niezgodność oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Niezgodności Odwołujący wyjaśnił następująco:

Ad II a) użycie w opisie poz. 144 kosztorysu ofertowego "Instalacje sanitarne" określenia "studnia rewizyjna" zamiast "studnia schładzająca" jest nieścisłością. Norma KNNR 4 0224-01 przywołana przez Zamawiającego odnosi się do studni rewizyjnych i program kosztorysowy używany przez Odwołującego po wpisaniu podstaw wyceny wygenerował opis pozycji zawierający sformułowanie "studnia rewizyjna," a nie tak jak podał Zamawiający w przedmiarze "schładzająca". Przeoczenie przez Odwołującego tej niezgodności i nie poprawienie opisu omawianej pozycji kosztorysowej jest przyczyną powstania niniejszej rozbieżności. Nie jest to więc celowe zaoferowanie innego przedmiotu zamówienia a przypadkowa niedokładność, która charakteryzuje omyłkę pisarską.

Ad II b) oryginalna norma zastosowana przez Zamawiającego (KNNR 4 0215-02) odnosi się do osadnika żeliwnego. Odwołujący przeoczył rozbieżność pomiędzy wygenerowanym opisem pozycji ("osadnik żeliwny") a zawartym w przedmiarze robót ("osadnik PCV"). Jest to więc pomyłka pisarska, nie zaś niezgodność oferty z treścią SIWZ,

Ad II c) oryginalna norma przywołana przez Zamawiającego w pozycji 30 (KNNR 2-16 0305-04) przewiduje izolacje o grubości 40-60 mm. Wprowadzenie do programu kosztorysującego podstawy wyceny spowodowało wygenerowanie opisu pozycji, w tym przypadku zawierającą

wartość grubości izolacji 40-60 mm. Wielkość zawarta ostatecznie w ofercie Odwołującego (40 mm), jest pomyłkowo pozostawioną wartością z przywołanego przedziału liczb, co nie było celowym działaniem Odwołującego, w sytuacji gdy przedmiar zawiera wymiar 30 mm, Ad II d) oryginalna norma zastosowana przez Zamawiającego i przeniesiona w poz. 6 i 15 kosztorysu ofertowego "Zagospodarowanie terenu" to KNR 231 0101-01 przewiduje wykonanie koryt o głębokości 20 cm. Stąd rozbieżność w stosunku do przedmiaru robót, (15 cm) która pomyłkowo nie została poprawiona,

Ad II e) oryginalna norma przywołana przez Zamawiającego zawiera zapis "do 3x40" a nie "do 2x40" jak w przedmiarze. Stąd rozbieżność w stosunku do przedmiaru robót, która pomyłkowo nie została poprawiona,

Ad II f) błąd w ofercie Odwołującego w kosztorysie ofertowym "Roboty budowlane" w poz. 67, jakoby pozycja ta nie uwzględniała wiatroizolacji, jest rzekomy. Nie wpisanie zwrotu "z wiatroizolacją" w pozycji kosztorysu ofertowego wynika jedynie z pomyłkowego niedostosowania wygenerowanego przez program kosztorysujący opisu pozycji kosztorysowej do opisu pozycji przedmiarowej. Obie pozycje odnoszą się jednak do tej samej normy KNNR 2 0508-01, która przewiduje wykonanie pokrycia dachu z wiatroizolacją, co wynika z wyszczególnienia robót dla przedmiotowej normy w opisie katalogu odnośnych norm, informacja ta została w innej formie zapisana w ofercie (przez powołanie się na właściwą normę KNR a nie poprzez dodatkowe wpisanie wiatroizolacji w opis pozycji kosztorysowej),

Ad II g) wyrażeniem tej samej treści w innej formie jest także wpisanie w poz. 44 i 45 kosztorysu ofertowego "Roboty budowlane" oznaczenia normy KNR WACETOB zamiast KNR-W jak to ma miejsce w przedmiarze robót. "W" w zwrocie "KNR-W" oznacza, iż twórcą tej normy jest firma Wacetob, co jest uwzględnione także w ofercie Odwołującego,

Ad II h) jako zmianę treści SIWZ nie można traktować także zapisu normy w poz. 150 kosztorysu "Roboty budowlane". Zapis NNRKB 006 oznacza, iż jest to załącznik nr 6 do normy KNR 202, co również wynika z przedmiaru Zamawiającego: zapis "z VI". Nie można tu więc mówić o zmianie treści oferty w stosunku do treści SIWZ, a jedynie o zapisaniu tych samych danych w innej formie. Zmiana formy nie może jednak stanowić podstawy do odrzucenia oferty.

Ad II i) rozbieżność odnosi się nie do błędnego opisu pozycji kosztorysu w stosunku do pozycji przedmiaru a do rozbieżności w przywołanych podstawach wyceny (KNNR 5 1209-11 zamiast KNNR 5 1209-06). Zmiana ta jest przypadkowa i polega na omyłkowym wpisaniu w poz. 29 kosztorysu ofertowego normy dotyczącej tej samej kategorii robót: wykonywanie otworów w ścianach lub stropach, jednak nie ceglanych a betonowych. Wykonanie otworów w betonie jest trudniejsze, nie ma więc racjonalnego uzasadnienia dla celu w jakim Odwołujący miałby świadomie dokonać takiej zmiany.

Odwołujący wniósł o:

- 1) unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania,
- 2) unieważnienie czynności odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego,
- 3) powtórzenie czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu,
- 4) powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego,
- 5) wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu.

Na wezwanie Zamawiającego z dnia 22 października 2008 r., do postępowania wywołanego wniesieniem protestu w dniu 31 października 2008 r. przystąpił FLISBUD Przedsiębiorstwo Budowlano Montażowe Stanisław Flis z siedzibą w Janowie Lubelskim, który opowiedział się za stanowiskiem Zamawiającego.

Zamawiający oddalił protest w trybie art. 183 ust. 3 Pzp, pozostawiając go bez rozpatrzenia.

W dniu 12 listopada 2008 r. zostało złożone odwołanie, z kopią przekazaną Zamawiającemu w tym samym terminie, w którym zarzuty i wnioski protestu potrzymano w całości.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, zgłosił swoje przystąpienie w dniu 25 listopada 2008 r., wykonawca FLISBUD Przedsiębiorstwo Budowlano Montażowe Stanisław Flis, który powołał się na interes prawny w uzyskaniu zamówienia, jako że złożył kolejną najkorzystniejszą ofertę.

Krajowa Izba Odwoławcza dopuściła dowody: z dokumentacji akt niniejszej sprawy, protokołu postępowania, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty Odwołującego, przedmiaru robót, wyroku KIO/UZP 1003/2008.

Ponadto rozważyła stanowiska przedstawione do protokołu rozprawy przez pełnomocników stron i Przystępującego.

Izba ustaliła i zważyła co następuje.

Protest został złożony 28 października 2008 r., zatem zgodnie z art. 4 ust. 2 ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 171, poz. 1058), do protestów i dotyczących ich odwołań, wnoszonych od dnia wejścia w życie ustawy nowelizacyjnej, stosuje się przepisy tej ustawy.

W postępowaniu zostały złożone trzy oferty. Jedyne kryterium oceny ofert stanowi cena.

Oferta Odwołującego podaje najniższą cenę, to jest 10 899 142,87 zł.

Oferta Przystępującego zawiera kolejną cenę, to jest 10 959 634,04 zł.

W rozdziale X SIWZ wymagane było wniesienie wadium na kwotę 120 000,00 zł.

W dokumentach oferty, Odwołujący złożył gwarancję ubezpieczeniową wystawioną przez PZU SA nr Gwo/8/2008, której prawidłowość nie została zakwestionowana przez Zamawiającego. W związku z zawieszeniem terminu związania ofertą wskutek protestów, przedłużonego o dalsze 60 dni, na wniosek Zamawiającego. Zamawiający wzywał wykonawców do przedłużenia wadium, pismem z dnia 17 października 2008 r. o wyrażenie zgody na przedłużenie okresu związania ofertą, oraz o przedłużenie ważności wadium lub wniesienie nowego wadium do dnia 20 grudnia 2008 r.

Odwołujący w określonym terminie do 22 października 2008 r., przesłał w pierwszej kolejności faksem, a następnie złożył w oryginale, pismo akceptujące przedłużenie okresu związania ofertą do dnia 20 grudnia 2008 r., wraz z aneksem Nr 2/2008 do gwarancji ubezpieczeniowej, poświadczającym jej przedłużenie do 20 grudnia 2008 r. Izba stwierdza, że Odwołujący wykazał, iż jego oferta pozostaje zabezpieczona wadium bez przerw, przez okres związania ofertą. Termin jej obowiązywania został przez wystawcę oznaczony finalnie do dnia 20 grudnia 2008 r. Aneks został złożony przed upływem okresu zabezpieczenia wadium, na który opiewał poprzedni aneks do gwarancji ubezpieczeniowej Nr 1/ 2008 r. Zamawiający nie miał podstaw do wykluczenia Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 4 Pzp, za nie wniesienie wadium i nie wyrażenie zgody na przedłużenie okresu związania ofertą. Bez znaczenia jest podnoszona okoliczność, iż w tekście aneksu nr 2/2008 do gwarancji, wystawiający zastrzegł początek jej ważności od 11.11.2008 r., w przeciwnym bowiem przypadku okres wadium, biorąc pod uwagę obydwie aneksy i daty ich wystawienia, zostałyby częściowo zdublowane.

W rozdziale VII pkt 1, pkt 3 SIWZ, wymagane było złożenie w dokumentach oferty informacji z banku, potwierdzającej posiadanie przez wykonawcę środków finansowych, lub zdolności kredytowej, minimum 1 000 000,00 zł. Odwołujący złożył zaświadczenie z dnia 02.07.2008 r. wystawione przez Raiffeisen BANK O/Piotrków Trybunalski potwierdzające:

- posiadanie na rachunku środków w kwocie 214 333,41 zł.,
- posiadanie zdolności kredytowej w przypadku uzyskania zamówienia w kwocie 500 000 zł,
- korzystanie z limitu wierzytelności do kwoty 1 100 000,00 zł.

Zamawiający nie podważył wiarygodności finansowej Odwołującego podczas pierwszej oceny, dokonanej w dniu 21 sierpnia 2008 r. Nie nastąpiła żadna zmiana okoliczności, w tym zakresie, która uzasadniałaby zmianę stanowiska Zamawiającego. Izba podzieliła argumentację Odwołującego, że posiadania zdolności kredytowej nie należy utożsamiać z dysponowaniem środkami finansowymi w realnie posiadanej kwocie. Zgodnie z art. 70 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe (Dz. U z 1997 r., Nr 140, poz. 939 ze zmian.), zdolność kredytowa oznacza "zdolność do spłaty zaciągniętego kredytu wraz z odsetkami w terminach określonych w umowie". Mając limit wierzytelności na kwotę 1 100 000,00 PLN nie można stwierdzić, iż Odwołujący posiada środki finansowe w tej

wysokości, należy jednak uznać, iż może dysonować środkami finansowymi do wysokości tej kwoty. Gdyby Bank wystawiający zaświadczenie, nie uznawał istotności informacji o limicie wiarytelności, dla celów poświadczenia wiarygodności finansowej z tytułu uczestnictwa w przetargu przez swojego klienta, wówczas by jej nie zamieścił w treści wydawanego dokumentu. Wynika to również z wyjaśnień Banku do wystawionego zaświadczenia z dnia 24.11.2008 r., złożonych jako dowód w sprawie. Istotne w ocenie Izby jest dysponowanie środkami finansowymi w wymaganej przez Zamawiającego kwocie bez względu na to jakim instrumentem w zakresie kredytowania oferowanego przez Bank posłuży się wykonawca. Powyższe ustalenia, potwierdzają spełnianie postawionego przez Zamawiającego warunku. Wykluczenie Odwołującego z postępowania, z zarzutem, że nie spełnia warunku udziału – wykazania wiarygodności finansowej i że nie złożył w tym przedmiocie wymaganego dokumentu, nie znajduje dostatecznego uzasadnienia i narusza przepisy art. 22 ust. 1 pkt 3 Pzp, art. 24 ust.2 pkt 3 Pzp oraz art. 24 ust. 1 pkt 10 Pzp.

W zakresie podniesionych pomyłek i nieścisłości w kosztorysie ofertowym Odwołującego, Izba stwierdza, że Zamawiający ustanowił formę wynagrodzenia kosztorysowego, co wynika z postanowień rozdziału XIV SIWZ i § 12 wzoru umowy, które między innymi stanowią, że ostateczne wynagrodzenie wykonawcy zostanie ustalone na podstawie faktycznego obmiaru robót objętych umową oraz kosztorysu powykonawczego, uwzględniającego stałe ceny jednostkowe z kosztorysu ofertowego.

Dla zachowania porównywalności ofert, zasadą jest przy wynagrodzeniu kosztorysowym, że zakres wycenionych kosztorysem ofertowym prac (ilość) oraz ich przedmiot powinny być identyczne we wszystkich ofertach.

Przedmiary i kosztorysy ofertowe są dokumentami obszernymi i szczegółowymi do tego stopnia, że łatwo można popełnić omyłkę, zarówno przy ich sporządzaniu jak i sprawdzaniu. Nie można odmówić Zamawiającemu prawa do odrzucenia oferty, jeżeli stwierdzi niezgodność kosztorysu ofertowego (oferty), z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jeszcze przed ostatecznym wyborem oferty, nawet przy dokonywaniu ponownej oceny ofert, nakazanej w tym przypadku wyrokiem KIO z dnia 6.10. 2008 r. sygn. akt KIO/UZP 1003/08. Czynność taką powinna jednak poprzedzać rzetelna analiza możliwości wyeliminowania omyłek pisarskich, czy rachunkowych. Zatem obowiązkiem Zamawiającego było uprzednie ustalenie, które z inkryminowanych niezgodności mają charakter omyłek, a które jednoznacznie stanowią o niezgodności zaoferowanego przedmiotu świadczenia z treścią SIWZ.

Izba stwierdza, że mimo iż Odwołujący podnosił tę okoliczność w zarzutach protestu i wnosił o sprostowanie popełnionych pomyłek, Zamawiający oddalając protest nie rozpatrzył tych żądań. Pozostawienie protestu bez rozpatrzenia jest prawnie dopuszczalne. Jednak zarówno

przepisy art. 87 i art. 88 Pzp, w brzmieniu obowiązującym do 23.10.2008 r. jak i art. 87 ust. 2 Pzp po nowelizacji, nakładają na Zamawiającego obowiązek poprawiania omyłek w ofercie z urzędu i powiadamiania o tym fakcie wykonawców.

Zamawiający zaniechał zatem dokonania prawem nakazanych czynności uznając, że stan faktyczny wynikający z oceny ofert nie wyczerpuje przesłanek powołanych w wyżej wymienionych przepisach.

Zgodnie z utrwaloną definicją omyłki pisarskiej, dotyczy ona takich błędów, które są łatwe do zauważenia, a "oczywistość" omyłki, rozumianej jako określona niedokładność nasuwa się każdemu, bez potrzeby przeprowadzania dodatkowych badań, czy też ustaleń. Może to być błąd pisarski, logiczny, przypadkowe przeoczenia lub inna niedokładność, która nasuwa się sama przez się każdemu, a przez dokonanie poprawki tej omyłki, właściwy sens oświadczenia pozostaje bez zmian.

Jako oczywiste omyłki, w ocenie Izby kwalifikują się wskazane w pkt. II lit. a, b, c, d, e, f, gdyż zakres robót oprócz opisu w kosztorysie ofertowym, dookreśla powołana w kosztorysie pozycja katalogu norm nakładów. Powołanie się na inny katalog, (inną nazwę tego samego katalogu) przy pozostawieniu prawidłowego opisu pozycji kosztorysu, zgodnego z przedmiarem, stanowi jedynie omyłkę pisarską (pkt II lit. g, h). pomyłka również występuje w pozycji II lit. i, gdyż rodzajów otworów (przejsć) determinuje rodzaj ścian, stropów, w których zgodnie z projektem będą wykonywane.

Skład orzekający Izby, w oparciu ustalenia poczynione na rozprawie i przeprowadzone dowody, podzielił stanowisko Odwołującego, że wskazane przez Zamawiającego różnice pomiędzy kosztorysem ofertowym, a przedmiarem robót stanowią oczywiste omyłki pisarskie, które Zamawiający powinien był poprawić na podstawie art. 87 ust. 2 Pzp. Oprócz omyłek widocznych od razu, jako omyłki mogą zostać uznane takie niedokładności, które wynikają z porównania odnośnych zapisów zawartych w oddzielnych dokumentach. Izba w całości przyjęła wyjaśnienia Odwołującego dotyczące oznaczenia tych samych katalogów przy użyciu ich innej nazwy, wymienionych w pkt II lit. g, h, – gdyż Zamawiający w tym zakresie nie przedstawił dowodu przeciwnego ani nie wykazał zmiany wielkości nakładów przekładających się na cenę oferty. W pkt II lit f opuszczenie w opisie kosztorysu ofertowego wyrazu z „wiatroizolacją” uzupełnia podanie prawidłowego katalogu norm nakładów rzeczowych w tej pozycji kosztorysu gdzie w opisie według normy wykonanie „wiatroiolacji” się znajduje.

Różnice w kosztorysie ofertowym w odniesieniu do poz. II a, b, c, d, e, - stanowią omyłkę wynikającą z przyjęcia norm nakładów katalogów powołanych w przedmiarze, bez uwzględnienia dokonanych przez Zamawiającego poprawek w tych pozycjach, zmieniających opisy katalogowe. Zamawiający winien wyraźnie oznaczyć pozycje w których zmienił opis katalogowy, aby wykonawcy mogli to uwzględnić w swoich ofertach i uniknąć

omyłek, czego zaniechał. Należy zatem stwierdzić, że omyłki były wywołane działaniami Zamawiającego.

Zamawiający nie udowodnił rozbieżności, stanowiących niezgodności treści oferty z treścią SIWZ (art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp), a także ich wpływu na cenę oferty (art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp). Nieuzasadnione jest przywołanie przez Zamawiającego jako podstawy odrzucenia oferty Odwołującego art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp. Zarzut Zamawiającego, iż oferta Odwołującego zawiera błąd w obliczeniu ceny jest bezzasadny. Zamawiający nie podał żadnej pozycji, w której występowałby błąd rachunkowy, jako wynik operacji na danych liczbowych, lub inny błąd w obliczeniu ceny. Odwołujący prawidłowo obliczył cenę oferty, a także ceny poszczególnych pozycji kosztorysowych.

Izba uznała, że zarzuty Odwołującego, co do naruszenia przepisów wskazanych w odwołaniu, a rozpoznawanych w granicach zarzutów protestu, przywołanych w treści uzasadnienia, znalazły potwierdzenie. Izba nie podzieliła argumentacji Zamawiającego, że Odwołujący nie zwracał się o sprostowanie omyłek w kosztorysie, bo zaprzecza temu treść protestu. Zarzut został w proteście podniesiony i podtrzymany w odwołaniu. Z tych względów wbrew stanowisku Zamawiającego, nie zachodziła przeszkoda, do rozpoznania odwołania w tym zakresie, wynikająca z ograniczeń nałożonych art. 191 ust. 3 Pzp.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 191 ust. 1 i ust. 1a Pzp uwzględniła odwołanie. Natomiast na podstawie art. 191 ust. 2 pkt 1 i 2 Pzp nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynność wykluczenia Odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty oraz nakazała powtórzenie badania i oceny ofert.

Zamawiający dokonując nakazanych czynności ma obowiązek zastosować przepis art. 4 ust. 1 ustawy z dnia 4 września 2004 r. o zmianie ustawy – Prawo Zamówień Publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. nr 171, poz. 1058)

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty zastępstwa prawnego pełnomocnika Odwołującego w wysokości 3 600,00 zł, na podstawie faktury złożonej do akt sprawy, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania, zmienionym rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z 10.10.2008 r. (Dz U. Nr 128, poz. 886, Dz.U. z 2008 r. nr 182 poz.1122).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) na niniejszy wyrok w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....