

WYROK
z dnia 5 lutego 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz
Członkowie: Barbara Bettman
Dagmara Gałczewska-Romek
Protokolant: Renata Łuba

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 lutego 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Zakład Ogólnobudowlany H. Rogóz, M. Rogóz s.c., 41-253 Czeladź, ul. Nowopogońska 178.** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gmina Zabrze-Prezydent Miasta, 41-800 Zabrze, ul. Powstańców Śląskich 5-7** protestu z dnia 9 listopada 2009r.

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu ponowną ocenę i wybór najkorzystniejszej oferty z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

2. Kosztami postępowania obciąża Gminę Zabrze-Prezydenta Miasta, 41-800 Zabrze, ul. Powstańców Śląskich 5-7 i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 444 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez Zakład Ogólnobudowlany H. Rogóz, M. Rogóz s.c., 41-253 Czeladź, ul. Nowopogońska 178**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 9484 zł 00 gr (słownie: dziewięć tysięcy czterysta osiemdziesiąt cztery złote) przez Gmina Zabrze-Prezydent Miasta, 41-800 Zabrze, ul. Powstańców Śląskich na rzecz Zakład Ogólnobudowlany H. Rogóz, M. Rogóz s.c., 41-253 Czeladź, ul. Nowopogońska 178, stanowiącej uzasadnione koszty**

strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika i kosztów dojazdu na posiedzenie Krajowej Izby Odwoławczej.

3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,

4) dokonać zwrotu kwoty **5 556 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz

**Zakład Ogólnobudowlany H. Rogóz, M. Rogóz s.c., 41-253 Czeladź,
ul. Nowopogońska 178.**

U z a s a d n i e n i e

Odwołujący: Zakład Ogólnobudowlany S.C. Henryk Rogóz, Mieczysław Rogoż ul. Nowopogońska; 178 41-253 Czeladź zwany dalej również "Wykonawca"

Zamawiający: Gmina Zabrze-Prezydent Miasta Urząd Miejski
ul. Powstańców Śl.; 5-741-800 Zabrze

Przedmiot zamówienia: „Termomodernizacja budynku Szkoły Podstawowej nr 18 przy ul. Karczewskiego 10 w Zabrzu”.

Biuletyn Zamówień Publicznych: 314460 - 2009 z dnia 11.09.2009 r.

Dnia 24 listopada 2009 roku na podstawie art. 184 ust. 1a pkt 3 w związku z art. 179 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) zwanej dalej "ustawą pzp", Odwołujący zaskarżył rozstrzygnięcie Zamawiającego z dnia 18 listopada 2009r. doręczone Wykonawcy dnia 20 listopada 2009r., a polegające na oddaleniu protestu Wykonawcy z dnia 9 listopada 2009r.

Zamawiającemu zarzucił naruszenie:

1. art. 87 ust. 1 ustawy pzp przez zaniechanie wezwania wykonawcy do wyjaśnienia treści złożonej przez niego oferty, która budziła wątpliwości zamawiającego w części objętej pozycją 3.1 kosztorysu i odrzucenie najkorzystniejszej oferty bez podjęcia próby wyjaśnienia

okoliczności budzących jego wątpliwości oraz bezpodstawne uznanie, że takie wyjaśnienie nosiłoby znamiona negocjacji z wykonawcą,

2. art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 87 ust.2 pkt 3 ustawy pzp przez dokonanie odrzucenia oferty bez poprawiania omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia(SIWZ), a co za tym idzie z naruszeniem przepisów prawa,

W związku z powyższym wniósł o:

1. unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy.
2. poprawienie treści oferty wykonawcy na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp przez wpisanie w pozycji 3.1 kosztorysu: Prace budowlane wartości: 0,00 zł,
3. dokonanie ponownego badania i oceny ofert oraz uznanie oferty wykonawcy jako oferty najkorzystniejszej,
4. zwrot kosztów postępowania według norm przepisanych.

Odwołujący w uzasadnieniu podniósł.

Wykonawca załączył do oferty kosztorys: „Prace budowlane”, który zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia zawierał pozycję 3.1 o treści „Kalkulacja indywidualna. Dostawa i montaż zadaszania nad wejściem głównym do budynku /wg. rys. BI3”, pozycja ta w związku z omyłką Wykonawcy, nie zawiera wartości 0,00 zł w kolumnie wartość jednostkowa oraz wartość netto. Wskazana wada jest omyłką Wykonawcy nie stanowiącą jego zamierzonego działania. Badając treść całości złożonej oferty, zamawiający dokonujący prostych operacji matematycznych, musiał zauważyć, że suma pozycji kosztorysu ofertowego w tabeli „konstrukcja i wykończenie schodów”, wskazuje, że suma pozycji od 3.2 do 3.7 daje łączną kwotę wpisaną pod pozycją „Ogółem roboty uzupełniające”. Zamiarem wykonawcy było zatem przypisanie pozycji 3.1 wartości 0,00 zł, której to wartości wykonawca podczas edycji tekstu pomyłkowo nie wpisał. Zamawiający zobowiązany był zatem do poprawienia omyłki wykonawcy przez wpisanie w pozycji 3.1 wartości 0,00 zł Zauważyć także należy, że w sytuacji, gdy zamawiający miał wątpliwości dotyczące intencji wykonawcy to powinien był go wezwać do wyjaśnienia tych wątpliwości w trybie art. 87 ust. 1 ustawy pzp. Odwołujący przywołał komentarz „Prawo zamówień publicznych po nowelizacji z dnia 4 września 2009 r.” str. 118, wydanym przez Urząd Zamówień Publicznych w uwagach do art. 87 ust. 2 pkt 3 : „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 znacznej ingerencji ze strony zamawiającego lub nie dotyczy jej istotnych postanowień”. Według Odwołującego, poprawienie oferty nie stanowiłoby istotnej ingerencji ze strony zamawiającego ani nie stanowi istotnej zmiany oferty, gdyż wartość 0,00 zł w pozycji 3.1

kosztorysu: „Prace budowlane” wynika z treści tego kosztorysu, a konkretnie z podsumowania poszczególnych elementów w tabeli „konstrukcja i wykończenie schodów”.

Dalej Odwołujący podniósł. Z treści art. 87 ust. 1 ustawy pzp wynika uprawnienie zamawiającego do żądania od wykonawców wyjaśnienia treści złożonej oferty i gdyby zamawiający skorzystał z tych uprawnień wykonawca złożyłby stosowne wyjaśnienia i nie doszłoby do odrzucenia oferty z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp.

Pismem z dnia 18.11.2009r. Zamawiający postanowił oddalić protest w całości.

W uzasadnieniu podniósł w szczególności.

Zgodnie z brzmieniem art. 89 ust. 2 pzp zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp. Zapis art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp zezwala zamawiającemu na poprawienie w ofercie innych omyłek niż wymienione w punktach 1 i 2 tego ustępu, polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, które to omyłki zgodnie z treścią omawianego przepisu nie powodują istotnych zmian w treści oferty.

W przedmiotowej sprawie Odwołujący w ofercie, w części C Kosztorys ofertowy w pozycji 3.1 rozdziału „Prace budowlane” - dostawa i montaż zadaszenia nad wejściem głównym do budynku / wg rys. B13 (strona 85 oferty), nie wpisał żadnej wartości w polach „wartość jednostkowa” i „wartość netto” (pola te pozostały puste).

W związku z powyższym należy stwierdzić, iż wbrew twierdzeniom Odwołującego, Zamawiający nie może w takiej sytuacji zastosować postanowień art. 87 ustawy pzp. Przepisy tego artykułu zezwalają Zamawiającemu na dokonanie poprawek w ofertach w trzech przypadkach:

- 1) poprawienie oczywistych omyłek pisarskich (art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy pzp) tzn. takich gdy określony błąd pisarski nasuwa się czytelnikowi sam przez się, a ściślej gdy wynika z samej treści oferty, bez konieczności analizy kontekstu - brak wpisów w ofercie w miejscu określonym przez Odwołującego jako kalkulacja własna nie spełnia powyższych przesłanek;
- 2) poprawienie oczywistych omyłek rachunkowych (art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy pzp), w doktrynie omyłki rachunkowe definiowane są jako:
 - błąd popełniony przez wykonawcę przy obliczaniu ceny, polegający na otrzymaniu nieprawidłowego wyniku działania arytmetycznego,
 - błąd polegający na wpisaniu nieprawidłowego wyniku działania arytmetycznego.

W tym przypadku należy wskazać na całkowity brak podstaw do zastosowania przepisów punktu 2 art. 87 ust. 2, ponieważ w związku z niewypełnieniem przez Odwołującego pola „wartość jednostkowa”, brak Zamawiającemu danych do sprawdzenia ewentualnych działań arytmetycznych wykonawcy. Ponadto należy zwrócić uwagę na wynikający z tego przepisu obowiązek uwzględnienia konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek, co przy braku podania przez Protestującego wartości jednostkowej i wartości netto pozycji czyni niemożliwym jego zastosowanie w przedmiotowej sprawie;

3) poprawienie innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty (art. 87 ust. 2 pkt 3) - trudno w tej sytuacji twierdzić, iż wpisanie przez Zamawiającego w puste pola kosztorysu złożonego przez wykonawcę jakichkolwiek wartości nie jest istotną - a więc niedopuszczalną - zmianą treści oferty. Uzgodnienie wartości jaka winna się znaleźć w pustych polach prowadziłoby do zakazanego przepisami art. 87 ust. 1 porozumiewania się Zamawiającego i Wykonawcy, noszącego znamiona negocjacji dotyczącej złożonej oferty. Ponadto uzupełnienie brakujących wartości w polach kosztorysu powodowałoby konieczność uwzględnienia konsekwencji rachunkowych tych zmian, a te dopuszczalne są, co wskazano powyżej, tylko i wyłącznie przy poprawianiu oczywistych omyłek rachunkowych, co jednak jak wykazano w podpunkcie 2) nie zachodzi w przedmiotowej sprawie.

Zamawiający nie mógł również, jak sugeruje Odwołujący poprawić oferty poprzez wpisanie w puste pola kosztorysu kwoty 0,00 zł, ponieważ badając kosztorys, Zamawiający stwierdził, iż w pozycjach kosztorysu niepowodujących powstania obciążenia finansowego, w polach „wartość jednostkowa” i „wartość netto”, Wykonawca wpisał wartości 0,00 PLN (np. poz. 21 opłata za wyłączenie sieci elektroenergetycznej i ponowne założenie plomb przez VDP kosztorysu „Instalacja elektryczna”). Tak więc Zamawiający nie mógł przyjąć założenia, że brak wpisu w polach kosztorysu oznacza automatycznie wycenę tych pozycji w wysokości 0,00 PLN. Natomiast jakiegokolwiek wyjaśnienie z wykonawcami pozycji kalkulacji cenowych w ofertach nie zostało dopuszczone w przepisach ustawy pzp, a w kontekście art. 87 ust.1 wręcz zabronione, o czym mowa była wcześniej.

Tak więc, mając powyższe na względzie należy stwierdzić, iż w przedmiotowej sprawie nie ma możliwości zastosowania przepisów art. 87 ust. 2 ustawy pzp.

Należy więc zauważyć, mając na względzie zapisy punktu 12 części 1 SIWZ:

Cenę oferty należy obliczyć na podstawie kosztorysu ofertowego (część C wg Spisu zawartości oferty) sporządzonego metodą uproszczoną wg przedmiaru robót z podaniem składników cenotwórczych (stawki roboczogodziny, kosztów pośrednich, zysku) i pełnym zestawieniem cen materiałów, robocizny oraz sprzętu. Cena oferty i jej elementy oraz ceny jednostkowe, muszą być wyrażone w złotych polskich z dokładnością do dwóch miejsc po

przecinku (groszy), że odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie przepisów art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp jest

czynnością zgodną z przepisami ustawy a zarzut Odwołującego całkowicie uprawniony.

Reasumując Zamawiający uważa, że nie naruszył swym działaniem postanowień art. 27 ustawy pzp.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający w toku postępowania odwoławczego potwierdził, że oferta Odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą przy obowiązującym jedynym kryterium ceny jako kryterium oceny ofert (pkt 13.1. Kryteria oceny ofert SIWZ – kryteriami oceny ofert są: cena waga 100%), ponieważ oferta złożona przez Odwołującego jest ofertą najtańszą.

W związku z tym po stronie Odwołującego zachodzi interes prawny do wniesienia odwołania w rozumieniu art.179 ust.1 ustawy pzp.

Odwołujący we wniesionym odwołaniu zaskarżył decyzję Zamawiającego dotyczącą odrzucenia jego oferty i domagał się wyboru jego oferty jako oferty najtańszej, a tym samym oferty najkorzystniejszej spośród złożonych ofert.

Zamawiający decyzję odrzucenia oferty podjął na podstawie badania oferty Odwołującego w zakresie sporządzonego kosztorysu ofertowego. W sporządzonym przez Odwołującego kosztorysie ofertowym stwierdzono w dwóch pozycjach brak wyceny wartości pozycji kosztorysowej.

Brak wyceny dotyczył branży części elektrycznej i branży robót budowlanych – robót uzupełniających. Przy czym co do wyceny w części elektrycznej zarzut Zamawiającego dotyczył zapisu zero wartości, a w części robót uzupełniających (zadaszanie nad wejściem głównym) zarzut dotyczył braku wpisania jakiegokolwiek wartości, ponieważ Odwołujący pozostawił przedmiotową pozycję bez żadnej wartości (puste miejsce), zarzut ten odnosił się do pozycji 3.1. kosztorysu robót uzupełniających.

Przy czym w decyzji o odrzuceniu oferty Zamawiający jako zarzut pod adresem oferty Odwołującego wskazał na braki w dwóch pozycjach kosztorysu to jest w części elektrycznej gdzie roboty w jednej pozycji wyceniono na wartość zero (0,00zł.) oraz w części roboty uzupełniające gdzie w pozycji 3.1. w ogóle nie wpisano żadnej wartości.

Oceniając ofertę Odwołującego, Zamawiający w rozstrzygnięciu postępowania o udzielenie zamówienia stwierdził, że błędy występujące w ofercie Odwołującego nie kwalifikują się do poprawienia w trybie art. 87 ustawy pzp. W związku z tym Zamawiający zobowiązany był odrzucić ofertę Odwołującego, ponieważ jej treść była sprzeczna z treścią SIWZ to jest z przedmiarem robót i przywołał art.89 ust.1 pkt 2 ustawy i stosowny zapis SIWZ.

Odwołujący złożył protest, w którym domagał się od Zamawiającego poprawienia oferty, przez wpisanie w pozycji spornej kosztorysu wartości zero złotych to jest konkretnie w poz. 3.1. robót uzupełniających branży budowlanej, w trybie art.87 ust.2 pkt 3 ustawy pzp. Swoje stanowisko wykazywał tym, że jeżeli Zamawiający dokona przeliczenia kosztorysu w tej części to jest w pozycjach od 3.2. do 3.7. to stwierdzi, że w poz. 3.1. należy wpisać wartość zero, ponieważ suma poz. 3.2. do 3.7. odpowiada kwocie wpisanej w podsumowaniu tej części kosztorysu to jest prace budowlane – roboty uzupełniające. Według Odwołującego skoro żadna kwota nie będzie odpowiednia jak tylko kwota zero w miejscu brakującej wyceny (zadaszcie nad wejściem głównym) to oczywistym dla niego jest, że Zamawiający powinien jego ofertę w tym miejscu poprawić , uznając tą pomyłkę w ofercie jako nieistotną w stosunku do treści złożonej oferty. Jako alternatywne prawem dopuszczalne rozwiązanie powstałej sytuacji, Odwołujący wskazywał wezwaniu przez Zamawiającego do wyjaśnienia treści złożonej oferty w trybie art. 87 ust.1 ustawy pzp.

W odpowiedzi na złożony protest Zamawiający uzasadniając swoje stanowisko w zakresie oddalenia protestu w całości, jako błąd w ofercie Odwołującego wskazuje już tylko poz.3.1. Robót uzupełniających gdzie Odwołujący w pozycji kosztorysowej pozostawił puste miejsce. Jako przeciwstawienie do możliwości wpisania kwoty zero Zamawiający wskazuje np. poz.21 opłata za wyłączenie sieci elektroenergetycznej i ponowne założenie plomb przez VDP kosztorysu "Instalacja elektryczna", w której to pozycji odwołujący wpisał zero złotych (0,00zł). Z tego porównania, w ocenie Zamawiającego, nasuwa się wniosek, że jeżeli Odwołujący życzył sobie wpisać zero złotych to musiał to uczynić w sposób bardzo jednoznaczny to jest przez wpisanie właśnie tej kwoty, a jeżeli pozostawił puste miejsce to już zachodzi sytuacja nieporównywalna do sytuacji wpisania "zero złotych" i nie wiadomo co należałoby w to miejsce wpisać.

Zamawiający w takiej sytuacji uważa, że nie ma żadnej możliwości prawnej, aby sytuację wyjaśnić, sprostować, naprawić.

Jedynym rozwiązaniem racjonalnym w ocenie Zamawiającego w takiej sytuacji jest tylko odrzucenie oferty.

Szczegółowo Zamawiający w rozstrzygnięciu protestu dywaguje o braku możliwości zastosowania któregośkolwiek z zapisu art. 87 ust. 2 pkt-y 1-3 ustawy pzp, chociaż Odwołujący w proteście domaga się tylko reakcji Zamawiającego z pkt 3 art.87 ust.2 ustawy pzp.

Podobnie negatywnie Zamawiający odnosi się do możliwości skorzystania z art. 87 ust.1 ustawy pzp uważając, że wpisanie kwoty zero złotych w puste miejsce pozycji kosztorysowej stanowić będzie niedopuszczalną ingerencję w strukturę oferty i będzie niedozwoloną negocjacją pomiędzy Zamawiającym a Odwołującym.

Skład orzekający Izby na podstawie przedłożonej przez Zamawiającego dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ustalił co następuje.

Wyjaśnienia Zamawiającego udzielone na pytania wykonawców w trybie art.38 ustawy pzp, w ocenie Izby, pozostają w sprzeczności z postanowieniami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ).

I tak w dniu 13 października 2009r. Zamawiający udzielając wyjaśnień na pytanie nr 5 (Zgodnie z umową wartość oferty jest kwotą ryczałtową) wbrew zapisom SIWZ w tym umowy stwierdza, że "Zgodnie z warunkami SIWZ obowiązuje wynagrodzenie kosztorysowe, a nie ryczałtowe.....".

Niemniej w ocenie Izby błędnie udzielone Wyjaśnienia nie mają wpływu na treść SIWZ w tym wzorze umowy.

Bowiem w ocenie Izby wynagrodzenie w przedmiotowym postępowaniu ma charakter ryczałtowy, a nie kosztorysowy.

Za powyższym stanowiskiem, w ocenie Izby, przemawiają następujące zapisy SIWZ :

1. "(...) Cenę oferty stanowi suma wartości wszystkich jej elementów, zawierająca wszystkie koszty niezbędne do wykonania zamówienia(...)."Cenę oferty należy obliczyć na podstawie kosztorysu ofertowego"- pkt 12 SIWZ,
2. "1. Zobowiązuję się do wykonania w/w zamówienia zgodnie z warunkami określonymi w SIWZ i wzorze umowy. 2. Oferuję wykonanie zamówienia za cenę bruttoPLN słowniew tym cena netto.....PLN vat.....PLN t.j.22 %." - formularz oferty,
3. §1 Przedmiot umowy ust.3 Przedmiot umowy będzie realizowany zgodnie z : dokumentacją projektową, warunkami określonymi w SIWZ oraz ofertą, obowiązującymi przepisami i normami, warunkami określonymi w niniejszej umowie. § 3 Wartość przedmiotu umowy1. Wartość zadania z VAT, zgodnie z przyjętą ofertą wynosi.....PLN (słownie.....00/100) w tym kwota netto wynosiPLN obowiązujący VAT wynosiPLN tj.22%.2. Kwota określona w pkt 1 zawiera wszystkie koszty związane z realizacją zadania. § 7 Zapłata wynagrodzenia 1. Zapłata wynagrodzenia Wykonawcy następować będzie etapami, w okresach miesięcznych +/- 3 dni za wykonane i odebrane elementy robót wymienione w tabeli elementów rozliczeniowych lub części tych elementów określone w % do 90 % wartości umownej zadania. Pozostałe 10 % wartości wypłacone zostaną po

dokonaniu odbioru bezusterkowego końcowego i rozliczeniu przedmiotu umowy. Ust.1 a Za roboty niewykonane jako zbędne, choć objęte kosztorysem ofertowym specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót wynagrodzenie nie przysługuje. §11 Roboty zamienne i dodatkowe 1a Zamiana tych robót nie może spowodować (...) zwiększenia wartości przedmiotu umowy. Ust.2 roboty dodatkowe to te, które nie są objęte dokumentacją projektową i kosztorysem ofertowym d) zamawiający przeprowadzi postępowanie przetargowe na wybór wykonawcy robót dodatkowych.- Umowa nr CRU/.../2009.

Powyżej zacytowane zapisy wskazują na to, że zadanie objęte przedmiotowym zamówieniem ma być wykonane za kwotę podaną przez Wykonawcę w formularzu ofertowym. Zgodnie z wzorem umowy wynagrodzenie obejmuje wszystkie koszty związane z realizacją zadania. Rozliczenie robót nie przewiduje rozliczenia według kosztorysu powykonawczego, tylko według procentowego rozliczenia comiesięcznego do wyczerpania kwoty 90 % wartości robót i faktura końcowa na pozostałe 10 % robót po dokonaniu odbioru końcowego.

W ocenie Izby zapis w SIWZ, że wynagrodzenie ustala się na podstawie kosztorysu, nie oznacza w konkretnej sytuacji, że wynagrodzenie ma charakter kosztorysowy, nawet gdy w błędnym przekonaniu jest Zamawiający, udzielając wykonawcom wyjaśnień, ponieważ decydują zapisy SIWZ, które w przedmiotowym przypadku wskazują na wynagrodzenie określone kwotowo za całe zadanie, a nie jak w wynagrodzeniu kosztorysowym za poszczególne elementy roboty według kosztorysu powykonawczego sporządzanego zgodnie z kosztorysem ofertowym.

Co do cytowanych wyroków przez Zamawiającego to należy stwierdzić co następuje.

1. Wyrok KIO/UZP 1060/09 „żądanie wyjaśnień w trybie art.87 ust.1 zdanie 1 pzp w przypadku braku jakiegokolwiek wątpliwości co do treści oferty, nie byłoby zasadne i wykraczałoby poza zakres prowadzenia postępowania z należytą starannością, do stosowania którego to zakresu jest zobowiązany zamawiający.” W ocenie Izby cytowany Wyrok nie może stanowić przykładu dla rozpoznawanej sprawy, ponieważ nie wpisanie żadnej wartości przy pozycji kosztorysowej 3.1. Zadaszenie nad głównym wejściem nie świadczy o braku jakiegokolwiek wątpliwości, co do treści oferty, a wręcz przeciwnie brak wartości pomimo wyspecyfikowania pozycji w kosztorysie powinno budzić wątpliwości Zamawiającego.
2. Wyrok KIO/UZP 1073/09 „brak wskazania ceny jednostkowej , niezależnie od jej wysokości, nie jest omyłką , lecz istotnym brakiem oświadczenia, którego uzupełnienia ustawodawca nie dopuścił” odnosząc się do cytowanego wyroku, należy

jedynie wskazać, że zapadło ono przy zdaniu odrębnym więc chociażby z tego powodu nie powinno stanowić precedensu odnoszonego do przedmiotowej sprawy.

3. Wyrok KIO/UZP 691/09 „przepis art.87 ust.2 pkt 3 pzp daje Zamawiającemu możliwość poprawiania uchybień w ofertach merytorycznie poprawnych, w celu zapobieżenia ich eliminacji z postępowania z przyczyn wyłącznie formalnych lub niemających istotnego znaczenia w kontekście oferowanego świadczenia. Zakres możliwych do poprawienia omyłek powinien być interpretowany możliwie najszerzej, pod warunkiem braku skutku w postaci istotnych zmian w treści oferty. Ten wyrok w ocenie Izby wręcz wskazuje na zasadność żądań Odwołującego, którego oferta została bezpodstawnie odrzucona pomimo tylko jednej omyłki polegającej na braku podania ceny jednej pozycji kosztorysowej, która nie ma wpływu na wartość realizowanego zadania, ponieważ Wykonawca jest zobowiązany do wykonania umowy w pełnym zakresie wskazanym w SIWZ według ceny podanej w ofercie, która obejmuje całkowity koszt przedmiotowego zadania, czyli bez względu na wycenę, czy brak wyceny poszczególnej pozycji kosztorysu.

Reasumując Izba podzieliła stanowisko Odwołującego, że brak wyceny w pozycji 3.1. Robót uzupełniających – zadaszania nad wejściem głównym do budynku mógł być usunięty w trybie art.87 ust.2 pkt 3 ustawy pzp, ponieważ pomimo, że jest to pomyłka polegająca na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia to nie spowoduje ona istotnych zmian w treści oferty dlatego, że w świetle SIWZ kosztorys ofertowy ma znaczenie pomocnicze przy ustaleniu ceny, a rozliczenie realizowanej umowy nie będzie następować na podstawie cen jednostkowych zawartych w kosztorysie ofertowym, tylko na podstawie procentowo ustalanego zaawansowania realizacji robót przy obowiązywaniu ceny oferty jako ceny całkowitej za całość zadania. Dlatego też brak wyceny zadaszania nad wejściem głównym do budynku w ogóle nie stanowi istotnego elementu oferty, a tym bardziej, gdy Odwołujący wskazywał na poprawienie pustego miejsca przez wpisanie kwoty zero. Zamawiający chcąc utrzymać korzystną cenowo ofertę miał prawo na podstawie art. 87 ust.2 pkt 3 ustawy pzp dokonać wpisania kwoty zero zawiadamiając o tym Wykonawcę, którego oferta uległaby odrzuceniu gdyby takie poprawienie pozycji kosztorysowej Wykonawca zakwestionował (art.89 ust.1 pkt 7 ustawy pzp).

Natomiast również Odwołujący zasadnie wskazał na możliwość wyjaśnienia oferty na podstawie art. 87 ust.1 ustawy pzp, ponieważ skoro w wyniku wyjaśnienia nie uległaby zmianie wartość oferty (w puste miejsce w pozycji 3.1. branży budowlanej roboty uzupełniające – zadaszanie drzwi w głównym budynku – wpisano by wartość zero co nie zmieniło by wartości tej pozycji , w efekcie puste miejsce = wartości zero) to nie stanowiłoby

to w ocenie Izby negocjacji w sprawie zamówienia oraz również nie stanowiłoby zmiany treści oferty.

Reasumując Izba uznała, że Zamawiający chcąc doprowadzić do zgodności treści oferty z SIWZ w zakresie zapisu:

„Cena oferty i jej elementy oraz ceny jednostkowe, muszą być wyrażone w złotych polskich z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku (groszy)”, mógł dokonać tego zarówno w trybie art. 87 ust.1 jak 87 ust.2 pkt 3 ustawy pzp i nie doprowadzać do wyboru droższej oferty o 67.262,92zł brutto.

W związku z powyższym na podstawie art. 191 ust.1 a ustawy pzp orzeczono jak w sentencji, ponieważ Izba stwierdziła naruszenie art.89 ust.1 pkt 2 ustawy pzp w zakresie oferty Odwołującego, co miało wpływ na wynik postępowania.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art.191 ust.6 i 7 ustawy pzp, zasadzając od Zamawiającego na rzecz Odwołującego uzasadnione koszty postępowania odwoławczego oraz koszty reprezentacji Odwołującego obejmujące koszty dojazdu na rozprawę oraz wynagrodzenie pełnomocnika, według załączonych faktur PKP i pełnomocnika.

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/postanowienie* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Gliwicach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....