

Sygn. akt KIO 683/11

WYROK
z dnia 12 kwietnia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 kwietnia 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 1 kwietnia 2011 r. przez **Mieczysław Samsel Zakład Melioracyjno-Budowlany „SAMBUD” ul. Kłosowa 5, 47-201 Kędzierzyn Koźle** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego, którym jest **Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Rudy Raciborskie, ul. Rogera 1; 47-430 Rudy**

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego, unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty oraz nakazuje ponowne badanie, ocenę i wybór najkorzystniejszej oferty po uprzednim dokonaniu przez Zamawiającego poprawienia omyłki Odwołującego w:**

zadanie częściowe nr 1 , dział 8,poz.102

zadanie częściowe nr 2, dział 19 poz.223

zadanie częściowe nr 2, dział 19 poz. 224

zadanie częściowe nr 3 dział 27, poz.289

zadanie częściowe nr 3, dział 27, poz.290

kosztorysu ofertowego

2. kosztami postępowania obciąża **Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Rudy Raciborskie, ul. Rogera 1; 47-430 Rudy** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez **Mieczysław Samsel Zakład Melioracyjno-Budowlany „SAMBUD” ul. Kłosowa 5, 47-201 Kędzierzyn Koźle** stanowiący koszty postępowania odwoławczego,
- 2) dokonać wpłaty kwoty **13 600 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) przez **Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Rudy Raciborskie, ul. Rogera 1; 47-430 Rudy** na rzecz **Mieczysław Samsel Zakład Melioracyjno-Budowlany „SAMBUD” ul. Kłosowa 5, 47-201 Kędzierzyn Koźle** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 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 **Gliwicach**.

Przewodniczący:

.....

UZASADNIENIE

Zamówienie publiczne, które jest przedmiotem niniejszego postępowania odwoławczego prowadzone jest na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) zwanej dalej „ustawą”

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 4 lutego 2011r. pod poz.2011/S 24-038520; numer referencyjny Zamawiającego: 2710-SB04-11.

Zamawiającym jest: Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe, Nadleśnictwo Rudy Raciborskie, ul. Rogera 1, 47-430 Rudy zwany dalej “Zamawiającym”.

Odwołującym jest: Mieczysław Samsel prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Melioracyjno - Budowlany „SAMBUD” z siedzibą w Kędzierzynie - Koźlu przy ulicy Kłosowej 5, 47 - 206 Kędzierzyn – Koźle zwany dalej „Odwołującym”.

Odwołanie zostało wniesione w dniu 1 kwietnia 2011r pismem z dnia 30 marca 2011r.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu niezgodne z przepisami ustawy czynności oraz zaniechania polegające na:

1. wyborze oferty Wykonawcy: RPM S.A., ul. Niegolewskich 7, 42 - 206 Lubliniec jako najkorzystniejszej podczas gdy była odpowiednio na miejscu 4 pod względem kryteriów oceny ofert;
2. odrzuceniu oferty Odwołującego się, podczas gdy oferta ta po dopuszczalnym poprawieniu posiadałaby walor prawidłowej oferty i nadto najkorzystniejszej;
3. zaniechaniu poprawienia omyłek występujących w ofercie odwołującego się na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy;
4. zaniechaniu wezwania Odwołującego się do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty - kosztorysu ofertowego;

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy przez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty sklasyfikowanej na czwartym miejscu pod względem ceny i bezprawne uznanie oferty Odwołującego, która zawierała niższą cenę oferty za podlegającą odrzuceniu,
2. art. 87 ust. 1 oraz ust. 2 pkt 3 ustawy poprzez zaniechanie poprawienia oferty Odwołującego, co do nieprawidłowego ujęcia kilku kosztów w kosztorysie ofertowym oraz jednokrotnego pominięcia kosztu wykonania palisady o długości 4,0 mb; nie powodujących istotnych zmian w treści oferty (która po usunięciu stwierdzonych uchybień byłaby jeszcze bardziej korzystna finansowo) oraz w konsekwencji naruszenie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy poprzez nie dokonanie zmiany wartości poprawionych pozycji kosztorysu, jak również nie zawiadamiając o powyższym Odwołującego; nie wezwanie Odwołującego się do złożenia wyjaśnień co do treści oferty;
3. art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy poprzez uznanie, iż oferta nie odpowiada treści SIWZ oraz, że zawiera błędy w obliczeniu ceny, nie stosując art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Odwołujący żąda:

1. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty za którą uznano ofertę RPM S.A. z siedzibą w Lublińcu,
2. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego z przedmiotowego postępowania,
3. nakazania Zamawiającemu dokonania poprawy omyłek w ofercie Odwołującego,
4. dokonania ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego,
5. wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu.

Odwołujący przedstawił następującą argumentację formalną i prawną.

Odwołujący przyznał, że jego oferta istotnie zawiera drobne uchybienia - podlegające jednak absolutnie poprawieniu i tak:

1. zadanie częściowe nr 1, dział 8 poz. 102 - w wycenie rozbiórki bezzasadnie ujęto koszty materiałów - różnica w cenie oferty - 22.307,46 Złotych;
2. zadanie częściowe nr 2, dział 19, poz. 223 - w wycenie bezzasadnie ujęto koszty rur - różnica w cenie oferty - 15.450,32 Złotych;
3. zadanie częściowe nr 2, dział 19, poz. 224 - w wycenie rozbiórki bezzasadnie ujęto koszty materiałów - różnica w cenie oferty - 15.933,90 złotych
4. zadanie częściowe nr 3, dział 24 - w wycenie pominięto koszty wykonania palisady o długości 4,0mb - różnica w cenie oferty + 1.925,67 złotych;
5. zadanie częściowe nr 3, dział 27, poz. 289 - w wycenie bezzasadnie ujęto koszty materiałów - różnica w cenie oferty - 7.648,27 złotych;
6. zadanie częściowe nr 3, dział 27, poz. 290 - w wycenie rozbiórki bezzasadnie ujęto koszty materiałów - różnica w cenie oferty: - 7.648,27 złotych

Podsumowując powyższe Odwołujący dokonał następującego wyliczenia: cena oferty złożona przez Odwołującego się wynosiła: 2.431.048,14 Netto, 2.990.189,21 brutto po dokonaniu korekty o wyżej wymienione pozycje, omyłkowo umieszczone w kosztorysie i w jednym wypadku omyłkowo nieuwzględnione różnica w cenie wynosi In minus: 67.062,55 złotych/ netto stąd: cena oferty przed poprawkami: 2.431.048,14 netto - korekta 67.062,55 netto = 2.363.985,59 złotych/netto + VAT = 2.907.702,28 brutto - cena oferty po poprawkach.

Odwołujący wskazał, że po poprawkach cena ostateczna jest jeszcze niższa niż w złożonej ofercie, co jednoznacznie wyczerpuje podstawowy cel ustawy Prawo Zamówień Publicznych - w zakresie gospodarnego i celowego wydatkowania środków publicznych.

Odwołujący uważa, że wskazane omyłki są „symboliczne” i wynikają z pracy -funkcjonowania programu kosztorysowego, ponieważ program do tworzenia kosztorysów automatycznie wprowadza pozycje zakwestionowane przez Zamawiającego to jest pozycje materiałowe.

Odwołujący podnosił, że Zamawiający odrzucając jego ofertę powołując się na art. 89 ust. 1 pkt 2 zaniechał zastosowania procedury z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, czyli dokonania w ofercie poprawek innych omyłek polegających na niezgodności oferty z SIWZ.

Ponadto naruszył przepis art. 87 ust. 1 ustawy nie wzywając odwołującego się do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty. W ocenie Odwołującego wszystkie niezgodności, poza brakiem uwzględnienia 4 mb palisad - nadają się do poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, natomiast w zakresie owej nieistotnej pozycji - palisad w ilości 4mb - należało zażądać wyjaśnień. Tym bardziej zatem uzasadnione jest stanowisko odwołującego się, zważywszy, iż

postępowanie dotyczy wielomilionowego kontraktu, a różnice w cenie pomiędzy odwołującym się a wybranym wykonawcą wynoszą blisko 600.000,00 złotych. Na ogólną liczbę kilkuset pozycji, 5 spośród 6 wskazanych niezgodności polegają na wycenie większej niż wymagana przez zamawiającego ilość określonych robót. Odwołujący przyznaje, że pozycje te nie były wymagane w ogóle przez Zamawiającego.

Odwołujący oczekuje przeprowadzenia postulowanych przez Odwołującego poprawek w treści oferty, ponieważ nie tylko nie zwiększyto ceny ale wręcz przeciwnie - zmniejszy cenę o kwotę: 67.062,55 netto + VAT = 82.486,94 złotych/brutto

Uwzględniając powyższe, zmiana polegająca na właściwym przyjęciu poszczególnych pozycji kosztorysu poprzez wykreślenie pozycji nie wymaganych przez Zamawiającego i dodania jednej pozycji omyłkowo pominiętej przez Odwołującego się (w drodze korekty błędu na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy), oraz związanej z tym korekcie wartości nie powinna być uznawana za istotną i niemożliwą do przeprowadzenia. Szczególnie, że różnica cenowa pomiędzy ofertami złożonymi w przedmiotowym postępowaniu jest znaczna i wynosi 576.348,85 zł.

W tym stanie rzeczy Odwołujący popiera odwołanie.

Zamawiający pismem z dnia 07.04.2011r. wniósł odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania .

Zamawiający w swoim piśmie potwierdził jak w odwołaniu, że Odwołujący niesłusznie doliczył koszty materiałów rozbiórkowych na łączną kwotę 68.418,21zł, a co stanowi 2,8% wartości jego oferty czyli wykracza poza definicję omyłki niepowodującej istotnych zmian w ofercie. W ocenie Zamawiającego sytuacja Odwołującego odpowiada dyspozycji zawartej w art.89 ust.1 pkt 6 ustawy, zgodnie z którym zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny. Natomiast poprawienie oferty(kosztorysu ofertowego) w przypadku pominięcia jednego z elementów nie jest w ogóle możliwe. Zamawiający potwierdza jak w odwołaniu, że pominięcie dotyczy budowy palisady drewnianej o długości 4 mb, która jest ujęta w projekcie technicznymi co było przedmiotem szczegółowych wyjaśnień do SIWZ. Zamawiający uważa, że nie jest możliwe uzupełnienie ofert w sytuacji ujawnienia ceny i składników cen konkurencyjnych ofert, szczególnie oferty kolejnej w rankingu cen.

W tym stanie rzeczy Zamawiający wnosi oddalenie odwołania.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje.

Izba ustaliła co następuje.

Dokonując badania akt postępowania odwoławczego obejmującego dokumentację Zamawiającego o udzielenie zamówienia publicznego oraz na podstawie wyjaśnień stron udzielonych na rozprawie, w szczególności w zakresie istotnym dla rozstrzygnięcia zarzutów odwołania, Izba ustaliła co następuje.

Odwołujący posiada interes do wniesienia odwołania w rozumieniu art.179 ust.1 ustawy zgodnie z którym środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale, przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Z protokołu postępowania przedmiotowego zamówienia -druk ZP-PN wynika, że złożono siedem ofert i z porównania cenowego wynika, że oferta Odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą,

ponieważ cena oferty wybranej wynosi 3.566.538,06zł, a cena oferty Odwołującego wynosi 2.990.189,21 zł.

Z treści ogłoszenia – Sekcja IV Procedura- wynika, że kryterium udzielania zamówienia jest najniższa cena.

W tym stanie rzeczy Odwołujący posiada interes do wniesienia odwołania, co ustalono na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a powyższe powoduje merytoryczne rozpoznanie sprawy.

Zamawiający pismem z dnia 25 marca 2011r. Zn.spr. ZG-GS 2710/1364/11 zawiadomił o wyborze najkorzystniejszej oferty to jest oferty RPM S.A. 42-206 Lubliniec, ul. Niegolewskich 7. Jednocześnie w tym piśmie powiadomił o odrzuceniu i przyczynach odrzucenia pozostałych sześciu ofert w tym oferty Odwołującego.

W odniesieniu do Odwołującego zamieszczono następującą informację o przyczynach odrzucenia jego oferty: uzasadnienie faktyczne: oferta niezgodna z SIWZ w zakresie obliczenia ceny(kosztorysu ofertowego), uzasadnienie prawne:art.89 ust.1 pkt2ustawy-Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli(...): - ust.1 pkt2 jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, - ust.1 pkt6 – zawiera błędy w obliczeniu ceny.

Szczegółowy wykaz niezgodności treści złożonej oferty w zakresie sposobu obliczenia ceny (kosztorysu ofertowego)zamieszczono natomiast w Protokole z dnia 25 marca 2011r. z posiedzenia Komisji przetargowej spisany na okoliczność oceny ofert złożonych w postępowaniu.

Przedstawiono je następująco:

1. zadanie częściowe nr 1, dział 8 poz. 102 - w wycenie rozbiórki bezzasadnie ujęto koszty materiałów;
2. zadanie częściowe nr 2, dział 19, poz. 223 - w wycenie bezzasadnie ujęto koszty rur ;
3. zadanie częściowe nr 2, dział 19, poz. 224 - w wycenie rozbiórki bezzasadnie ujęto koszty materiałów;
4. zadanie częściowe nr 3, dział 24 - w wycenie pominięto koszty wykonania palisady o długości 4,0mb, co było przedmiotem wyjaśnień do SIWZ (11);
5. zadanie częściowe nr 3, dział 27, poz. 289 - w wycenie bezzasadnie ujęto koszty materiałów;
6. zadanie częściowe nr 3, dział 27, poz. 290 - w wycenie rozbiórki bezzasadnie ujęto koszty materiałów;

Wniosek Komisji zawierał: W oparciu o art.89 ust.1 pkt2 – odrzucić ofertę gdyż jej treść nie odpowiada treści SIWZ w zakresie sposobu obliczenia ceny.

Bezpodstawność przyjęcia do wyceny w wymienionych pozycjach kosztorysu ofertowego Odwołującego kosztu materiału jest pomiędzy stronami bezsporna, jak również brak wyodrębnienia wyceny palisady o długości 4 mb, którą Odwołujący skalkulował na poziomie 1.925,67 złotych.

Izba na rozprawie dokonała sprawdzenia wyszczególnionych w kosztorysie Odwołującego pozycji i porównała z odpowiadającymi im pozycjami w przedmiarze robót, na podstawie którego to sprawdzenia stwierdziła u udziałem stron, że pozycje te odnoszą się do rozbiórek bądź do obiektów tymczasowych. W związku z tym okoliczność wystąpienia niezgodności jest bezsporna (powyżej wymienione punkty 1,2,3,4,6) .Bowiem do robót rozbiórkowych nie należy doliczać materiału, również materiałów nie należy naliczać do obiektów tymczasowych, ponieważ nastąpi ich odzysk.

Przy uwzględnieniu tego rodzaju poprawek kwota oferty Odwołującego ulegnie obniżeniu i będzie jeszcze bardziej konkurencyjna, w sytuacji gdy na dzień składania ofert jak powyżej wskazano była i tak już najkorzystniejsza.

Odwołujący wyliczył w odwołaniu, wysokość jego wynagrodzenia po uwzględnieniu pomniejszenia o nieuprawnione uwzględnienie kosztów materiałów oraz uwzględniając kwotę z kolei nieuwzględnionej palisady o długości 4 mb i przedstawił cenę 2.907.702,28 przy cenie podanej w ofercie w wysokości 2.990.189,21zł.

Na podstawie specyfikacji istotnych warunków zamówienia Izba ustaliła, że w zakresie opisu przedmiotu zamówienia i jego realizacji zawarto następujące ustalenia:

1. Przedmiotem zamówienia są roboty budowlane: Remont stawów rybnych Salm Mały, Salm Duży i Babiczak Północny położonych na terenie rezerwatu przyrody „Łęczczok”, w zakresie remontu grobli czołowych wraz z obiektami hydrotechnicznymi i częściowego odmulenia (§3),
2. Zadanie zostało podzielone na następujące trzy zadania częściowe: zadanie nr 1: Remont stawu Babiczak Północny, zadanie nr 2: Remont stawu Salm Duży, zadanie nr 3: Remont stawu Salm Mały. Podziału na zadania częściowe dokonano wyłącznie z uwagi na zaplanowany harmonogram czasowy prowadzenia robót. Zamawiający nie dopuszcza do składania ofert częściowych ani wariantowych. Rozpatrywane będą jedynie oferty na wszystkie trzy zadania częściowe (§3).
3. Szczegółowy zakres robót przewidzianych do wykonania opisano w: przedmiarze robót, dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót (§3).
4. §4 – Terminy wykonania zamówienia: Zadanie częściowe nr 1:30.09.2011r., zadanie częściowe nr 2:30.09.2012r., zadanie częściowe nr 3:30.09.2012r.

Na podstawie specyfikacji istotnych warunków zamówienia Izba ustaliła, iż w zakresie obliczania ceny obowiązywały następujące ustalenia:

1. Cena kosztorysowa za wykonanie przedmiotu zamówienia, powinna być podana cyfrowo i słownie w złotych polskich w formularzu ofertowym, (...).
2. Do oferty należy dołączyć kosztorys ofertowy (sporządzony metodą szczegółową) (...).
3. W celu uszczegółowienia, Zamawiający wskazuje w przedmiarze katalogowe podstawy wycen dla poszczególnych pozycji kosztorysowych. Dopuszcza się zmianę ww. podstaw pod warunkiem, że zawarty w nich opis robót będzie zgodny z opisem robót wyszczególnionych w danej pozycji przedmiaru. (...)
4. Zamawiający poprawi w ofercie ewentualne omyłki rachunkowe zgodnie z zasadami określonymi w art.87 ust.2 ustawy Prawo zamówień publicznych niezwłocznie zawiadamiając o tym Wykonawcę, którego oferta została poprawiona. Zamawiający odrzuci ofertę w przypadku stwierdzenia w ofercie wad wyszczególnionych w art.89 ust.1 pkt 1-8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Powyższe zapisy dotyczące ceny, sporządzania kosztorysu ofertowego i poprawiania omyłek rachunkowych zawarte są w §13 .SIWZ p.n. Opis sposobu obliczenia ceny.

W §14 SIWZ dotyczącym opisu kryteriów przy wyborze oferty Zamawiający ustalił, że Wybór oferty dokonany zostanie na podstawie jedyne kryterium, jakim jest cena oferty brutto(koszt).

W §17 SIWZ Zamawiający zamieścił Istotne postanowienia, które zostaną uwzględnione w treści zawartej umowy i tak:

1. W związku z kosztorysowym rozliczeniem budowy Zamawiający informuje, że zapłata zostaną objęte tylko te zakresy, które rzeczywiście zostaną wykonane.(...)
(1.3.).
2. Do umowy należy załączyć harmonogram rzeczowo-finansowy szczegółowo

określający etapy i terminy wykonania poszczególnych elementów zadania, który będzie podstawą do późniejszego rozliczania zrealizowanych etapów robót- wzór harmonogramu zawiera załącznik nr 4 do SIWZ (1.6.).

3. Podstawą wystawienia faktury będzie protokół odbioru robót podpisany przez upoważnioną przez zamawiającego osobę-inspektora nadzoru, potwierdzający wykonanie części zamówienia zgodnie z harmonogramem robót (1.7.).

W §19 Informacje dodatkowe zawarte zostały następujące informacje:

1. Każdy wykonawca ma prawo zwrócić się do Zamawiającego o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający udzieli wyjaśnień niezwłocznie (...) (5).
2. W szczególnie uzasadnionych przypadkach zamawiający może w każdym czasie, przed upływem terminu do składania ofert, zmodyfikować treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Dokonaną w ten sposób modyfikację przekazuje się niezwłocznie wszystkim wykonawcom, którym przekazano siwz i zamieszcza się na stronie internetowej Zamawiającego.

We wzorze umowy, który został parafowany i załączony do oferty znalazły się następujące postanowienia:

1. Wykonawca zapewnia wykonanie robót w zakresie i na warunkach określonych w SIWZ, kosztorysie ofertowym, dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót, decyzjami administracyjnymi, które stanowią integralną część niniejszej umowy. (§1 ust.2),
2. Zakres robót, o których mowa w §1 ust.1, w rozbiciu na poszczególne zadania częściowe, których zakres opisano w SIWZ i załącznikach do SIWZ, zostanie wykonany w następujących terminach: Zadanie częściowe nr 1:30.09.2011r., zadanie częściowe nr 2:30.09.2012r., zadanie częściowe nr 3:30.09.2012r. Integralną częścią niniejszej umowy jest harmonogram robót stanowiący załącznik nr 1 umowy. Wykonawca zobowiązuje się do realizacji robót zgodnie z uzgodnionym harmonogramem pod rygorem rozwiązania umowy z winy Wykonawcy.(§3),
3. Za wykonanie pełnego zakresu rzeczowego przedmiotu umowy określonego w §1 ust.1 ustala się wynagrodzenie kosztorysowe w kwocie:.....zgodnie z ofertą przetargową. Wykonawca zobowiązuje się w ramach ww. kwoty do wykonania pełnego zakresu rzeczowego będącego przedmiotem umowy. Roboty należy wykonać z należyłą starannością zgodnie z przedmiarem robót, dokumentacją projektową, warunkami wynikającymi z decyzji administracyjnych, zaleceniami nadzoru inwestorskiego oraz nadzoru przyrodniczego, obowiązującymi normami oraz sztuką budowlaną.(§8),
4. Strony dopuszczają, że rozliczenie za wykonanie przedmiotu umowy będzie odbywać się kwartalnie, fakturami częściowymi zgodnie z harmonogramem rzeczowo-finansowym. Podstawę do wystawienia faktur stanowi kosztorys powykonawczy oraz protokół odbioru wykonanych robót ujętych w harmonogramie rzeczowo finansowym(...)(§9).

Harmonogram robót przewidywał tak jak w SIWZ podział na trzy zadania z wyceną: robót przygotowawczych i towarzyszących, robót konstrukcyjnych, robót ziemnych z podziałem na karczowanie i roboty rozbiórkowe(roboty przygotowawcze i towarzyszące), mnicz spustowy, zasilający, burzowy, odprowadzający, rurociąg, grodze (roboty konstrukcyjne), groble,

wyspy(roboty ziemne).

W toku rozprawy strony wyjaśniły, że w przedmiarze robót nie ujęto pozycji palisady. W toku przygotowywania ofert jeden z wykonawców zadał pytanie: W przedmiarze wykonania mnicha nr 3 Inwesor nie skalkulował wykonania palisady. Proszę o podanie długości palisady, średnicy kołków i ich długości. Na tak zadane pytanie w dniu 4 marca 2011 r., Zamawiający wyjaśnił: Palisada drewniana została przedstawiona w projekcie wykonawczym na rysunku SM-7. Długość palisady drewnianej 4 mb., średnica 12cm i długość 100cm. Koszty palisady należy uwzględnić przy wycenie mnicha nr 3.

Na podstawie dokonanych powyżej ustaleń Izba zważyła co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W toku postępowania odwoławczego na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz zgodnego wyjaśnienia na rozprawie stron ustalono, że przedmiar robót wykonania mnicha nr 3 nie zawierał pozycji do skalkulowania pn. „palisada drewniana”, a co przewidywała dokumentacja wykonawcza.

Na zadane pytanie przez jednego z wykonawców Zamawiający udzielił wyjaśnienia, zgodnego z dokumentacją wykonawczą, że palisadę należy wycenić. Zamawiający nie mógł udzielić innego wyjaśnienia skoro dokumentacja wykonawcza przewidywała wykonanie palisady o parametrach jak w wyjaśnieniu Zamawiającego na skutek zapytania wykonawcy.

Oceniając skutki tego wyjaśnienia należy stwierdzić, że Zamawiający dokonał wyjaśnienia co do kalkulowania ceny, ale nie dokonał modyfikacji przedmiaru robót.

Możliwość wyjaśnień i modyfikacji zapisów SIWZ Zamawiający przewidział w powyżej cytowanych zapisach SIWZ:

W §19 SIWZ:

1. Każdy wykonawca ma prawo zwrócić się do Zamawiającego o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający udzieli wyjaśnień niezwłocznie (...) (5).
2. W szczególnie uzasadnionych przypadkach zamawiający może w każdym czasie, przed upływem terminu do składania ofert, zmodyfikować treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Dokonaną w ten sposób modyfikację przekazuje się niezwłocznie wszystkim wykonawcom, którym przekazano siwz i zamieszcza się na stronie internetowej Zamawiającego.

Zaistniałe w przedmiotowym postępowaniu zachowania Zamawiającego w zakresie braku wyceny palisad należy zakwalifikować do wyjaśnień, a nie do modyfikacji SIWZ, co zresztą wynika z czynności Zamawiającego z dnia 04.03.2011 r., gdzie Zamawiający określił je jako wyjaśnienie bez wprowadzenia modyfikacji w przedmiarze robót. Skoro zarówno ustawa w art.38 rozróżnia wyjaśnienia i zmianę siwz, a także postanowienia SIWZ rozróżniają jako odrębne te dwa pojęcia to nie można obarczać ujemnymi skutkami Odwołującego za nie wprowadzenie nowej pozycji w przedmiarze robót w zakresie palisady, skoro Zamawiający na zadane pytanie udzielił wyjaśnienia, a nie dokonał modyfikacji przedmiaru robót.

W związku z powyższym brak w kosztorysie ofertowym Odwołującego pozycji wyceny palisady nie można zakwalifikować jako omyłki, a tym bardziej błędu w obliczeniu ceny.

Reasumując nie można z tego tytułu czynić żadnego ujemnego skutku dla Odwołującego.

Natomiast co do zbędnego skalkulowania w kosztorysie ofertowym Odwołującego kosztów materiałów w robotach budowlanych rozbiórkowych i obiektach tymczasowych to są omyłki, które należy zakwalifikować do innych omyłek przewidzianych w art. 87 ust.2 pkt3 ustawy i obowiązkiem Zamawiającego jest dokonanie ich poprawienia , ponieważ nie mają one istotnego znaczenia co do treści złożonej oferty. Odwołujący na rozprawie wyjaśnił, że przyczyną ujęcia w stosownych pozycjach kosztów materiałów wynikało z automatycznych działań programu kosztorysowego naliczającego koszt materiału oraz omyłki kosztorysanta, który w takich okolicznościach nie dokonał korekty kosztorysu, przez wykreślenie pozycji materiałów w robotach rozbiórkowych i obiektach tymczasowych.

W tej sytuacji Izba uznała, że Zamawiający nie ma jakichkolwiek trudności w usunięciu z kosztorysu ofertowego zbędnych pozycji materiałowych na podstawie przedmiaru robót.

W związku z powyższym orzeczono jak w sentencji, mając na uwadze treść art. 192 ust.2 ustawy, zgodnie z którym Izba uwzględnia odwołanie , jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy , które mają istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, ponieważ pomimo dokonania poprawek oferta odwołującego będzie nadal ofertą najkorzystniejszą, ponieważ cena ulegnie obniżeniu po korektach kosztorysu.

W niniejszej sprawie potwierdziły się zarzuty dotyczące naruszenia art 7 ust.1i3,art.87 ust.2 pkt 3, i art.89 ust.1 pkt2i6 ustawy, ponieważ na podstawie dokonanych ustaleń w sprawie Zamawiający miał obowiązek poprawić inne omyłki polegające na niezgodności oferty z siwz jako nie powodujące istotnych zmian w treści oferty, a nie zakwalifikować je do błędów w obliczeniu ceny.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie z art. 192 ust.9 i10 ustawy i § 5 ust.2 pkt 1) w związku z § 3 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2010r. nr 41 poz.238) zasądzając od Zamawiającego na rzecz Odwołującego koszty uiszczzonego wpisu od odwołania w kwocie 10.000,00zł. i wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego na podstawie przedstawionej faktury w kwocie 3.600,00zł..

Przewodniczący:

.....