

WYROK

z dnia 19 stycznia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Luiza Łamejko

Członkowie: Izabela Kuciak

Emil Kuriata

Protokolant: Dorota Witak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **16 stycznia 2009 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum firm: GUDREX s.c. Piotr Gunia, Arkadiusz Drejowicz, Pilica, ul. Marii Sobieskiej 9 i Spółdzielnia Rzemieślnicza WIELOBRANŻOWA, Zawiercie, ul. Pogorzelska 5** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gminę Pilica, Pilica, ul. Żarnowiecka 46a** protestu z dnia 15 grudnia 2008 r.

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania oraz dokonanie powtórnej oceny ofert.

2. Kosztami postępowania obciąża Gminę Pilica, Pilica, ul. Żarnowiecka 46a i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 574 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **Konsorcjum firm: GUDREX s.c. Piotr Gunia, Arkadiusz Drejowicz, Pilica, ul. Marii Sobieskiej 9 i Spółdzielnia Rzemieślnicza WIELOBRANŻOWA, Zawiercie, ul. Pogorzelska 5,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 8 174 zł 00 gr (słownie: osiem tysięcy sto siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Gminę Pilica, Pilica, ul. Żarnowiecka 46a** na rzecz **Konsorcjum firm: GUDREX s.c. Piotr Gunia, Arkadiusz Drejowicz, Pilica, ul. Marii Sobieskiej 9 i Spółdzielnia Rzemieślnicza WIELOBRANŻOWA,**

Zawiercie, ul. Pogorzelska 5, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania i kosztów udziału pełnomocnika,

- 3) dokonać zwrotu kwoty 5 426 zł 00 gr (słownie: pięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum firm: GUDREX s.c. Piotr Gunia, Arkadiusz Drejowicz, Pilica, ul. Marii Sobieskiej 9 i Spółdzielnia Rzemieślnicza WIELOBRANŻOWA, Zawiercie, ul. Pogorzelska 5.**

Uzasadnienie

Zamawiający tj. Gmina Pilica prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na budowę chodnika w ciągu DW nr 794 od km 31+821 do km 34+681. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 21 października 2008 r. pod numerem 276683.

W dniu 9 grudnia 2008 r. (pismem z dnia 8 grudnia 2008 r.) Zamawiający poinformował Wykonawców o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) zwanej dalej ustawą Pzp tj. z uwagi na fakt, iż nie złożono żadnej oferty nie podlegającej odrzuceniu.

Ofertę Konsorcjum firm: GUDREX s.c Piotr Gunia, Arkadiusz Drejowicz oraz Spółdzielnia Rzemieślnicza WIELOBRANŻOWA zwanego dalej Konsorcjum GUDREX Zamawiający odrzucił na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp tj. z uwagi na niezgodności oferty z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Zamawiający stwierdził, iż przedstawiony przez Wykonawcę kosztorys ofertowy uproszczony jest niezgodny z przedmiarem robót stanowiącym Załącznik nr 6 do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w ten sposób, że w pozycjach nr 13, 17, 18, 19, 20, 31, 44, 48, 49, 50, 51, 62, 78, 79, 80, 81, 92, 116, 129, 131, 139, 140 kosztorysu na przebudowę sieci napowietrznej niskiego napięcia oraz w pozycjach nr 27 i 28 kosztorysu na przebudowę przepustu, które w przedmiarze opisane były przez analogię, nie uwzględnił wymaganego współczynnika do R, M, S zmieniając w ten sposób przedmiot zamówienia.

Wobec powyższej czynności Zamawiającego Konsorcjum GUDREX wniosło w dniu 15 grudnia 2008 r. protest zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- art. 87 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania Protestującego do złożenia wyjaśnień,
- art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 4 ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2008 r. Nr 171, poz.1058) oraz art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp przez zaniechanie poprawienia w ofercie (kosztorysie ofertowym) omyłek polegających na niezgodności oferty ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia nie powodujących istotnych zmian w treści oferty,
- art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 4 ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw oraz art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp przez zaniechanie poprawienia w ofercie (kosztorysie ofertowym) omyłek pisarskich,

- art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp przez unieważnienie postępowania mimo, że oferta Protestującego nie podlega odrzuceniu,
- art. 181 ust. 2, 2a i 3 ustawy Pzp przez brak wezwania do przedłużenia ważności wadium albo wniesienia nowego wadium, brak zawiadomienia o zawieszeniu terminu związania ofertą i przekazania kopii protestu z dnia 10 grudnia 2008 r. pozostałym wykonawcom,
- art. 7 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp przez nierówne traktowanie Protestującego z uwagi na brak wezwania do złożenia wyjaśnień co do treści jego oferty, pobieżne sprawdzenie jego oferty, uznanie braków oferty w pozycjach kosztorysu jako braków merytorycznych, a nie formalnych (co do formy oferty) lub jako omyłek pisarskich, jak też nie poprawienie oferty w jednej pozycji, zatem prowadzenie postępowania w sposób stroniczy, prowadzący do upływu terminu związania ofertą i w związku z tym spowodowanie realnego niebezpieczeństwa nie udzielenia zamówienia Wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Za nieuprawniony Protestujący uznał zarzut Zamawiającego, iż Protestujący zmienił przedmiar robót i nie uwzględnił wymaganego współczynnika R,M,S. Stwierdził, iż w żadnej ze wskazanych przez Zamawiającego pozycji w Specyfikacji (przedmiarze) nie było współczynnika do materiałów (M), zatem Wykonawca nie był zobowiązany dokonać przemnożenia przez ten współczynnik. Ponadto, współczynnik dotyczący robocizny (R) zawierała Specyfikacja (przedmiar) na przebudowę sieci napowietrznej niskiego napięcia, natomiast przedmiar na przebudowę przepustu zawierał współczynniki robocizny (R) i współczynnik sprzętu (S). Oświadczył, iż kosztorys ofertowy, w szczególności ceny jednostkowe w danych pozycjach uwzględniały ww. współczynniki. Przyznał jednak, że w pozycjach tych nie wpisał rodzaju współczynnika (R lub S) oraz jego wartości w lewej kolumnie (po stronie opisowej). Wyjaśnił, iż brak ujawnienia w części opisowej kosztorysu ofertowego współczynnika R i S oraz ich wysokości spowodowane było rodzajem programu komputerowego do kosztorysowania, który ten współczynnik automatycznie policzył, jednak pominął go w części opisowej. Zdaniem Protestującego, dla prawidłowości wypełnienia obowiązku policzenia ww. współczynników nie ma znaczenia czy składniki te będą ujęte graficznie w oddzielnej kolumnie czy też zostaną określone w innym miejscu w kosztorysie. Ważne jest, że zostały one policzone w poszczególnych pozycjach, zgodnie z przedmiarem robót. W ocenie Protestującego, niezgodność treści oferty z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia ma miejsce w sytuacji, gdy oferowany przedmiot zamówienia nie odpowiada wymaganiom merytorycznym określonym w Specyfikacji, nie dotyczy zaś formy, w jakiej te wymagania zostały spełnione przez Wykonawców. Na tę okoliczność przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 kwietnia 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 349/08). Podkreślił też, iż w obliczeniach jednostkowych pozycji kosztorysu uwzględnił współczynnik R i S przedstawiony w przedmiarze robót.

Jednocześnie stwierdził, iż w jednej pozycji tj. pozycji nr 17 kosztorysu ofertowego na przebudowę sieci napowietrznej niskiego napięcia nie policzył tego współczynnika. Wartość tej pozycji bez współczynnika $R=1,5$ wynosi 9,75 zł, natomiast ze współczynnikiem 14,65 zł. Różnica pomyłki to 4,90 zł, co powoduje, iż cena podana w ofercie Protestującego po uwzględnieniu ww. pomyłki wzrośnie o 4,90 zł. Zwrócił przy tym uwagę, iż cena za realizację całego zamówienia to 4 700 000 zł.

Zdaniem Protestującego, brak w kosztorysach ofertowych w części opisowej informacji o współczynniku R i S należy kwalifikować jako oczywistą omyłkę pisarską (art. 87 ust. 2 pkt. 1 ustawy Pzp). Wskazał również na uprawnienia Zamawiającego do poprawienia błędów w ofercie w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. W ocenie Protestującego, Zamawiający dokonując oceny czy dana omyłka ma charakter istotny, powinien zwrócić uwagę na konsekwencje, jakie będzie za sobą pociągało jej poprawienie tj. ile wyniesie wartość zmiany, a także ile pozycji będzie musiało zostać poprawionych. Przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 listopada 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 1277/08). Stwierdził, iż omyłka, którą należy poprawić w przedmiotowym stanie faktycznym nie jest omyłką istotną. Na takie stwierdzenie wpływ ma również ilość pozycji kosztorysu liczona w setkach i zróżnicowany charakter robót, a także duża liczba podstaw wyceny.

Stwierdził również, iż Zamawiający, poza pozycją nr 17, mógł samodzielnie dokonać przeliczenia, przez co doszedłby do wniosku, że współczynnik R lub S zostały policzone w danej pozycji. Tymczasem Zamawiający zaniechał sprawdzenia kosztorysów ofertowych we wskazanych pozycjach oraz ich poprawienia w myśli art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Zdaniem Protestującego, współczynnik dotyczący robocizny (R) był łatwo wyliczalny - ilość wynikała z przedmiaru, norma z KNNR, a cena roboczogodziny jest jedna dla całego kosztorysu i wynosiła 10 zł, zatem zwykłe działanie arytmetyczne wskazywałoby, że współczynnik został uwzględniony przez Protestującego. Wyjaśnienie Wykonawcy, udzielone zgodnie z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, o które mógł zwrócić się Zamawiający, rozwiązałyby wszelkie wątpliwości.

Protestujący podkreślił, iż wykonawca zobowiązany jest do realizacji całego przedmiotu zamówienia opisanego projektem budowlanym i wykonawczym, niezależnie od tego, czy i w jakiej ilości roboty zostały uwzględnione w przedmiarach.

Podniósł ponadto, iż w dniu 10 grudnia 2008 r. złożył protest na zaniechanie Zamawiającego w postaci nie wezwania na 7 dni przed upływem terminu związania ofertą do przedłużenia ważności wadium. Zamawiający nie zawiadomił również pozostałych Wykonawców o złożonym proteście, zawieszeniu biegu terminu związania ofertą, nie przekazał także innym Wykonawcom kopii protestu. W ocenie Protestującego, działanie Zamawiającego narusza art. 7 ustawy Pzp, bowiem prowadzi do unieważnienia

postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, co jest sprzeczne z celem postępowania.

Protestujący wniósł o uwzględnienie protestu, uchylenie decyzji o odrzuceniu oferty Protestującego, uchylenie decyzji o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz o przeprowadzenie ponownej oceny ofert.

Protest został złożony z zachowaniem terminu ustawowego z art. 180 ust. 2 ustawy Pzp.

Zamawiający nie dokonał rozstrzygnięcia protestu, co zgodnie z art. 183 ust. 3 ustawy Pzp uznaje się za jego oddalenie.

Wobec powyższego Konsorcjum GUDREX wniosło w dniu 30 grudnia 2008 r. odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 4 ustawy o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez zaniechanie poprawienia w ofercie (kosztorysie ofertowym) omyłek polegających na niezgodności oferty ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, nie powodujących istotnych zmian w treści oferty oraz bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego,

- art. 87 ust. 2 pkt. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 4 ustawy o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw oraz art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp przez zaniechanie poprawienia w ofercie (kosztorysie ofertowym) omyłek pisarskich oraz bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego,

- art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp przez unieważnienie postępowania pomimo, że oferta Odwołującego nie podlega odrzuceniu,

- art. 87 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania Protestującego do złożenia wyjaśnień,

- art. 7 ust. 1, 2, 3 ustawy Pzp przez nierówne traktowanie Wykonawcy z uwagi na brak wezwania do złożenia wyjaśnień co do treści oferty, pobieżne sprawdzenie jego oferty, uznanie braków oferty w wymienionych pozycjach kosztorysu jako braków merytorycznych, zamiast braków formalnych (co do formy oferty) lub nie potraktowanie ich jako omyłek pisarskich, jak też nie poprawienie oferty w jednej pozycji, a co za tym idzie prowadzenie postępowania w sposób stroniczy, prowadzący do upływu terminu związania ofertą (gdyby nie protest złożony w dniu 10 grudnia 2008 r.) i w związku z tym spowodowanie realnego niebezpieczeństwa nie udzielenia zamówienia Wykonawcy (Odwołującemu) wybranemu zgodnie z przepisami ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o uwzględnienia odwołania, unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego, unieważnienie czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz o nakazanie Zamawiającemu przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert. Odwołujący wniósł również o obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego.

Odwołanie zostało złożone z zachowaniem terminu i warunku jednoczesności przekazania Zamawiającemu kopii odwołania, wynikających z art. 184 ust. 2 ustawy Pzp.

Na rozprawie Odwołujący podkreślił, iż Zamawiający żądał kosztorysu uproszczonego i z tego powodu Odwołujący nie ujawnił w jego treści danych, których brak zarzuca Zamawiający. Podnosił, iż w pozycjach 17, 18, 48, 49, 78, 79, 129, w których należało uwzględnić współczynnik do R, Zamawiający z łatwością, dokonując stosowanych obliczeń, mógł stwierdzić, iż współczynnik ten został w kosztorysie uwzględniony. Z kolei w pozostałych pozycjach, Zamawiający nie był w stanie samodzielnie ustalić, iż poszczególne współczynniki zostały w ofercie uwzględnione, zatem powinien był zwrócić się do Odwołującego o wyjaśnienia. Odnosząc się do argumentów przedstawianych przez Zamawiającego na rozprawie, Odwołujący podniósł ponadto, iż Zamawiający wskazał na dodatkowe zarzuty wobec oferty Odwołującego, których nie podał w informacji o odrzuceniu oferty.

Zamawiający z kolei wskazywał na niezgodności treści opisu poszczególnych pozycji kosztorysu z opisem zawartym w przedmiarze robót i projektach technicznych. Odnosząc się do twierdzenia Odwołującego, iż powyższe stanowi nowe zarzuty wobec treści oferty Odwołującego, nie podnoszone w treści informacji z dnia 8 grudnia 2008 r., Zamawiający stwierdził, iż sformułowanie, którego użył w ww. piśmie to sformułowanie fachowe, które Odwołujący jako specjalista powinien zrozumieć.

Analizując dokumentację postępowania Izba dokonała następujących ustaleń:

Wartość zamówienia została oszacowana na 4 954 142,63 zł, co stanowi równowartość 1 277 795,94 euro.

W przedmiotowym postępowaniu oferty złożyło trzech Wykonawców, dwóch z nich zostało wykluczonych z udziału w postępowaniu, oferta trzeciego została odrzucona.

Kryteriami oceny ofert są w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego

Wykonawcy zaoferowali następujące ceny za realizację przedmiotu zamówienia:

- Konsorcjum firm: „DUET” Usługi Drogowo – Mostowe i Przedsiębiorstwo Usługowo – Handlowe „MARAD” M. Zębalska sp. j. – 4 102 399,63 zł,
- GUDREX s.c. P. Gunia, A. Drejowicz i Spółdzielnia Rzemieślnicza WIELOBRANŻOWA – 4 767 722,73 zł,
- Konsorcjum firm: Zakład Usługowo – Produkcyjno - Handlowy „MAKOL” M. Mazur – S. Mazur s.j. i Przedsiębiorstwo Utrzymania Zieleni i Robót Drogowych „AGROBRUK” Sp. z o.o. – 5 490 000,01 zł.

Wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu zamówienia ma charakter kosztorysowy (§ 6 ust. 1 Załącznika nr 5 do Specyfikacji – Wzoru umowy).

W tym stanie faktycznym Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest zasadne i jako takie podlega uwzględnieniu.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący posiada interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, uprawniający go do wniesienia środków ochrony prawnej.

Analizując treść Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, a w szczególności treść przedmiaru robót stanowiącego załącznik do Specyfikacji Izba stwierdziła, iż w części pozycji istotnie wskazano współczynniki do R, M i S. Bezsporne jest między stronami, iż w przypadku wskazania przez Zamawiającego ww. współczynników, powinny one zostać uwzględnione przy dokonywanych przez Wykonawcę obliczeniach.

Jednocześnie zgodnie z Częścią 6 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, pkt 6.6 Wykonawcy do oferty zobowiązani byli załączyć m.in. kosztorys ofertowy uproszczony. Wobec powyższego, Wykonawcy, zgodnie z uproszczoną metodą sporządzania kosztorysu, zobowiązani byli obliczyć wartość kosztorysową robót objętych przedmiarem jako sumę iloczynów jednostek przedmiarowych i ich cen jednostkowych. W przeciwieństwie do metody szczegółowej sporządzania kosztorysu, Wykonawcy nie mieli obowiązku podać cen poszczególnych pozycji w rozbiciu m.in. na ceny czynników produkcji tj. robocizny, ceny materiałów, pracy sprzętu.

Wobec braku zobowiązania do wskazywania w kosztorysie uproszczonym ceny w rozbiciu na podane wyżej składniki Izba uznała, iż Zamawiający w sytuacji, gdy powziął wątpliwości w zakresie uwzględnienia w cenie zaoferowanej przez Odwołującego wymaganego współczynnika do R, M czy S, powinien zwrócić się do Odwołującego o wyjaśnienie w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, a następnie, po dokonaniu oceny złożonych wyjaśnień, podjąć ostateczną decyzję co do prawidłowości dokonanych przez Odwołującego

obliczeń. Należy podkreślić, iż nie ma znaczenia w przedmiotowym stanie faktycznym fakt nie wykazania współczynników w części opisowej kosztorysu. Znaczenie bowiem ma wyłącznie okoliczność czy przedmiotowe współczynniki zostały przez Odwołującego faktycznie uwzględnione przy obliczaniu ceny. Warto również wskazać, iż żądanie wyjaśnień, o których mowa w art. 87 ust. 1 ustawy Pzp nie jest obowiązkiem Zamawiającego, jednak w sytuacji, gdy wątpliwości Zamawiającego rzutują na wynik postępowania, powinny one zostać wyjaśnione.

Jednocześnie wobec przyznanego przez Odwołującego nie uwzględnienia współczynnika w pozycji 17 kosztorysu ofertowego na przebudowę sieci napowietrznej niskiego napięcia Izba stwierdziła, iż uchybienie to stanowi o niezgodności treści oferty z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Jednakże z uwagi na datę dokonywania przez Zamawiającego oceny ofert tj. dzień 8 grudnia 2008 r., Zamawiający zobowiązany był zastosować art. 87 ust. 2 ustawy Pzp w treści znowelizowanej ustawą z dnia 4 września 2008 r. o zmienia ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 171, poz. 1058). W ust. 2 art. 87 ustawy Pzp nałożono na zamawiającego obowiązek poprawienia w ofercie oczywistych omyłek pisarskich, oczywistych omyłek rachunkowych z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek oraz innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, nie powodujących istotnych zmian w treści oferty. W ocenie Izby, z całą pewnością nie sposób stwierdzić, iż opisane powyżej uchybienie Odwołującego stanowi oczywistą omyłkę pisarską bądź oczywistą omyłkę rachunkową. Oczywistość danej omyłki powinna bowiem nasuwać się każdemu bez potrzeby przeprowadzania jakichkolwiek ustaleń w tym zakresie. Izba dała wiarę oświadczeniu Odwołującego, iż wartość ww. pozycji, a tym samym zaoferowanej ceny całkowitej wzrosłaby po uwzględnieniu współczynnika $R=1,5$ o 4,90 zł, a Zamawiający był w stanie, wobec współczynników do $M=0$ i $S=0$ samodzielnie, dokonując stosowanych obliczeń, dokonać zmiany w kosztorysie. Biorąc pod uwagę fakt, iż z okoliczności przedmiotowego postępowania wynika zamiar złożenia przez Odwołującego oferty zgodnej z wymogami Zamawiającego w powyższym zakresie, a także okoliczność, iż Zamawiający posiada wszystkie dane do dokonania poprawy kosztorysu w ww. pozycji 17, w związku z czym nie będzie zmuszony w sposób istotny ingerować w treść oferty, Izba uznała, że powyższe uchybienie stanowi omyłkę polegającą na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, nie powodującą istotnej zmiany w treści oferty i powinna zostać przez Zamawiającego poprawiona zgodnie z dyspozycją art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Izba pod rozwagę poddała również treść pisma Zamawiającego z dnia 8 grudnia 2008 r., w którym Zamawiający oprócz informacji o unieważnieniu postępowania, podał również powody odrzucenia oferty Odwołującego. Jak wskazano powyżej, Zamawiający

zarzucił Odwołującemu, iż w swojej ofercie w pozycjach 13, 17, 18, 19, 20, 31, 44, 48, 49, 50, 51, 62, 78, 79, 80, 81, 92, 116, 129, 131, 139, 140 kosztorysu na przebudowę sieci napowietrznej niskiego napięcia oraz w pozycjach 27 i 28 kosztorysu na przebudowę przepustu nie uwzględnił wymaganego współczynnika do R, M, S zmieniając w ten sposób przedmiot zamówienia. Na rozprawie z kolei Zamawiający skupił się na wskazaniu niezgodności części opisowej ww. pozycji z opisem prac w przedmiarze robót stwierdzając, iż udzielając informacji o powodach odrzucenia oferty miał na myśli, oprócz nie uwzględnienia współczynników do R, M, S, również niezgodność przedmiotu zamówienia wynikającą z ww. opisów. W ocenie Izby, powyższa interpretacja stanowiska Zamawiającego nie może się ostać. Czym innym jest bowiem brak uwzględnienia w kosztorysie ww. współczynników, a czym innym zaoferowanie wykonania zamówienia w sposób niezgodny z wymogami Zamawiającego lub z materiałów innych niż wymagał tego Zamawiający, co wynika z opisów poszczególnych pozycji.

Należy podkreślić, iż zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp Zamawiający zobowiązany jest podać w informacji o odrzuceniu oferty uzasadnienie faktyczne i prawne. Niewątpliwie informacja o odrzuceniu oferty Odwołującego zawiera podstawę prawną. Jednak w uzasadnieniu faktycznym Zamawiający zobowiązany jest do wyczerpującego wyjaśnienia przesłanek dokonanego rozstrzygnięcia oraz jednoznacznego wskazania wszystkich podstaw, na których oparł decyzję o odrzuceniu oferty. Powyższe jest niezwykle istotne m.in. z uwagi na prawo do obrony przez wykonawcę oferty przez wniesienie środków ochrony prawnej i podnoszenie argumentów na własną korzyść. Zdaniem Izby, z treści informacji podanej w uzasadnieniu faktycznym nie wynika, iż powodem odrzucenia oferty Odwołującego jest zaoferowanie niezgodnego z przedmiarem robót materiału lub niezgodnego z przedmiarem sposobu wykonania zamówienia, na co wskazywał na rozprawie Zamawiający np. w odniesieniu do pozycji 19 kosztorysu na przebudowę sieci napowietrznej niskiego napięcia. Tak też ww. informację odczytał Odwołujący, wobec czego zarówno w proteście, jak i w odwołaniu podnosił zarzuty wyłącznie w zakresie braku wskazania ww. współczynników. Zgodnie z art. 191 ust. 3 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów nie podniesionych w proteście, zatem Izba pozostawiła bez rozpoznania wskazywane przez Zamawiającego niezgodności opisów pozycji z przedmiarem robót oraz podnoszone w związku z tym przez Odwołującego argumenty. Okoliczności te, jako przyczyny odrzucenia oferty mogą zostać wskazane przez Zamawiającego w informacji o wynikach ponownego badania i oceny ofert, wobec których Odwołującemu będą przysługiwały środki ochrony prawnej.

Odnosząc się do zarzutu zaniechania poprawienia w kosztorysie ofertowym omyłek pisarskich Izba stwierdziła, iż rozpatrywane przez Izbę uchybienia w treści kosztorysu nie

stanowią omyłek pisarskich, zatem nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp.

Jednocześnie Odwołujący nie wykazał, będąc zobowiązany na podstawie art. 6 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. kodeks cywilny (Dz. U. z 1964 Nr 16, poz. 93 z późn. zm.) do wskazywania dowodów na poparcie swoich twierdzeń, naruszenia art. 7 ust. 2 ustawy Pzp tj. wykonywania czynności związanych z przygotowaniem oraz przeprowadzeniem przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia przez osoby nie zapewniające bezstronności i obiektywizmu.

Mając na uwadze, iż potwierdziły się zarzuty naruszenia art. 7 ust. 1 i 3, art. 87 ust. 1, art. 87 ust. 2 pkt 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, na podstawie art. 191 ust. 1, 1a oraz 2 ppkt 1 i 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 wyroku.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp. Na podstawie § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007 r. Nr 128, poz. 886 z późn. zm.), kosztami postępowania odwoławczego Izba obciążyła Zamawiającego.

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 Częstochowie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....