

**WYROK**  
**z dnia 19 maja 2011 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **19 maja 2011 r.** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **9 maja 2011 r.** przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Eurovia Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Bielanych Wrocławskich przy ul. Szwedzkiej 5 i SPEC-BRUK J. Sekunda, K. Mendyk. Spółka Jawna z siedzibą w Libiążu, ul. Oświęcimska 69** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Andrychów – Burmistrza Miasta Andrychowa, Urząd Miejski w Andrychowie, Rynek 15**

**orzeka:**

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnić czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzyć czynność badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Eurovia Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Bielanych Wrocławskich przy ul. Szwedzkiej 5 i SPEC-BRUK J. Sekunda, K. Mendyk. Spółka Jawna z siedzibą w Libiążu, ul. Oświęcimska 69** i dokonać poprawienia omyłki w ofercie tego wykonawcy w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy,
2. kosztami postępowania obciąża **Gminę Andrychów – Burmistrza Miasta Andrychowa, Urząd Miejski w Andrychowie, Rynek 15** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Eurovia Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Bielanych Wrocławskich przy ul. Szwedzkiej 5 i SPEC-BRUK J. Sekunda, K. Mendyk. Spółka Jawna z siedzibą w Libiążu, ul. Oświęcimska 69** tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od **Gminę Andrychów – Burmistrza Miasta Andrychowa, Urząd Miejski w Andrychowie, Rynek 15** na rzecz **Eurovia Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w**

**Bielanach Wrocławskich przy ul. Szwedzkiej 5 i SPEC-BRUK J. Sekunda, K. Mendyk. Spółka Jawna z siedzibą w Libiążu, ul. Oświęcimska 69 kwotę 13 600 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu i zastępstwa prawnego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Krakowie**.

**Przewodniczący:** .....

### Uzasadnienie

Postępowanie o zamówienie publiczne w trybie przetargu nieograniczonego na budowę Lokalnej Obwodnicy Andrychowa, etap II, podetap II.1: od ul. Stefana Batorego do ul. Biała Droga w ramach projektu pn.: Rozbudowa strefy poprzez stworzenie wewnętrznego układu komunikacyjnego andrychowskiej podstrefy Krakowskiej Specjalnej Strefy Ekonomicznej zostało wszczęte przez zamawiającego Gminę Andrychów – Burmistrza Miasta Andrychowa, Urząd Miejski w Andrychowie, Rynek 15, ogłoszeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 22 marca 2011r. za numerem 2011-51388.

W dniu 4 maja 2011r. zamawiający poinformował o wynikach postępowania i wyborze oferty najkorzystniejszej tj. oferty DIMICO Drogi i Mosty Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bielsku –Białej, ul. Ks. J. Londzina 115 oraz o odrzuceniu 6 ofert w tym oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia tj. Eurovia Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Bielaniech Wrocławskich przy ul. Szwedzkiej 5 i SPEC-BRUK J. Sekunda, K. Mendyk. Spółka Jawna z siedzibą w Libiążu, ul. Oświęcimska 69 na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2010r. nr 113 poz. 759 ze zm. – dalej ustawy) z uwagi na niezgodność oferty z siwz, gdyż oferta zawiera kosztorysy, które nie zostały wykonane ściśle w oparciu o przedmiary robót (załącznik nr 3 do siwz), stanowiących podstawę ich sporządzenia. Zamawiający wskazał, że rozbieżność dotyczy branży elektrycznej – przebudowa ENIOIN nN I SN w pozycji 1.23 wykonawca wskazał błędną krotność jednostek obmiarowych tj. 1,00 zamiast 15,00. Zamawiający odrzucił także ofertę Zdzisława Flejtucha prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Budowlano-Inżynieryjny Zdzisław Flejtuch z siedzibą w Przeciszowie, ul. Długa 324 na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy wskazując na rozbieżności w kosztorysie ofertowym dotyczącym Budowy Lokalnej Obwodnicy Andrychowa w kosztorysie branży drogowej w postaci błędnych jednostek obmiarowych, w kosztorysie branży kanalizacyjnej w postaci braku nakładów zwiększających robociznę i sprzęt oraz błędnego opisu pozycji kosztorysowej, w kosztorysie branży wodociągowej w postaci błędnej podstawy wyceny, w kosztorysie branży zieleni w postaci błędnego opisu pozycji kosztorysowej oraz rozbieżności w kosztorysie ofertowym dotyczącym rozbudowy drogi powiatowej nr K 1743 w kosztorysie branży drogowej w postaci błędnej podstawy wyceny i błędnego opisu pozycji kosztorysowej, w kosztorysie branży kanalizacyjnej w postaci braku nakładów zwiększających robociznę i sprzęt i błędnej podstawy wyceny.

Zamawiający wskazał ponadto, że postępowanie o udzielenie zamówienia jest postępowaniem sformalizowanym i konieczne jest, aby wykonawcy wycenili identyczny zakres prac w sposób pełni zgodny z określonym przedmiarem robót. Wszelkie zaistniałe w kosztorysach rozbieżności w odniesieniu do poszczególnych pozycji kosztorysowych, w tym ilości zastosowanych

materiałów w stosunku do przedmiarów robót, stanowią o niezgodności treści oferty ze siwz. Przedmiary są wiążące dla wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia.

W dniu 9 maja 2011r. na czynność odrzucenia swojej oferty wnieśli wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia tj. Eurovia Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Bielanach Wrocławskich przy ul. Szwedzkiej 5 i SPEC-BRUK J. Sekunda, K. Mendyk. Spółka Jawna z siedzibą w Libiążu, ul. Oświęcimska 69, zwani dalej odwołującym zarzucając zamawiającemu naruszenie przepisów art. 87 ust. 1. art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 91 ust 1 ustawy i wnosząc o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego, powtórzenia czynności badania ofert i ewentualnie wezwania odwołującego do wyjaśnienia treści oferty lub ewentualnie poprawienia w ofercie Odwołującego omyłki w poz. 1.23 kosztorysu ofertowego, branża elektryczna - przebudowa ENION nN i sN, dokonania czynności oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty. Odwołujący w uzasadnieniu wskazał, że ma świadomość, że wobec czynności zamawiającego polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty mając na uwadze wartość zamówienia, która nie przekracza tzw. progu unijnego - nie przysługuje odwołanie (art. 180 ust. 2 ustawy), jednak uważa, że brak wniosku o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty mógłby być poczytany jako brak interesu w uzyskaniu zamówienia w sytuacji. gdyby odwołujący wyłącznie wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego (np. wyrok KIO z dnia 19 grudnia 2007 r., sygn. akt KIO/UZP 1431/07). Z drugiej strony wniosek o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego bez wniosku o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oznaczałby fikcję prawną, pozwalającą co prawda na wniesienie odwołania wobec czynności odrzucenia oferty (art. 180 ust. 2 pkt 4 ustawy), jednak bez możliwości uchylecia innej, późniejszej czynności, tj. czynności wyboru najkorzystniejszej oferty. Stąd, zdaniem odwołującego, wniosek o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, chociaż nie znajduje się on w katalogu czynności, wobec których przysługuje odwołanie (art. 180 ust. 2), jednak w połączeniu z wnioskiem o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego jest w pełni zasadny. Odwołujący wskazał, że w SIWZ zamawiający zawarł następujące postanowienia dotyczące przedmiaru (przedmiarów) robót i kosztorysu ofertowego:

- 1) w części I ..Opis przedmiotu zamówienia": „Zakres robót do wykonania w ramach w/w zadania został ujęty w przedmiarze robót (załącznik nr 3do Specyfikacji),\
- 2) w części III ..Opis warunków udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków" ust. 2 lit. K: ..(...) oferta będzie zawierać (...) kosztorys ofertowy wg cen netto dla zakresu określonego w przedmiarze robót (załącznik nr 3 do niniejsze] specyfikacji)",

3) w części IX „Opis sposobu obliczenia ceny” lit. b: „Cena oferty będzie wyliczona na podstawie przedmiarów robót - stanowiących załącznik nr 3 do specyfikacji i lit. c: „kosztorys ofertowy będzie stanowił załącznik do umowy”.

Jak z powyższego wynika, według odwołującego, zamawiający postanowił jedynie, że oferta będzie zawierać kosztorys ofertowy dla zakresu określonego w przedmiarze robót, nadto sporządzony wg cen netto (pkt 2 wyżej), oraz że cena oferty będzie wyliczona na podstawie przedmiarów robót (pkt 3 wyżej). Zamawiający żądając załączenia do ofert) kosztorysu ofertowego nigdzie w SIWZ nie wskazał sposobu sporządzenia tego kosztorysu (tj. czy metodą kalkulacji uproszczonej, szczegółowej lub jakiegokolwiek innej), nie wskazał też w jaki sposób cena oferty ma być wyliczona na podstawie przedmiarów robót. Nieprawdą jest, zdaniem odwołującego, że kosztorysy miały być sporządzone ściśle według przedmiarów robót. Przedmiar robót określał jedynie zakres robót, a sposób sporządzenia kosztorysu zamawiający pozostawiał uznaniu wykonawcy. Zamawiający nigdzie nie określił, że opis poszczególnych pozycji w kosztorysie musi odpowiadać opisowi w przedmiarze, co w szczególności dotyczy krotności. Odwołujący przyznał, że w poz. 1.23 kosztorysu ofertowego, branża elektryczna - przebudowa ENION nN i sN. wpisał w opisie pozycji krotność = 1,00, ale uważa, że zamawiający nie mógł uznać tego zapisu jako błędu, gdyż odwołujący w ogóle nie miał obowiązku wpisywania krotności do opisu pozycji. Skoro jednak wpisana krotność zamawiający uwzględnił w toku badania ofert, to mógł zwrócić się do odwołującego o wyjaśnienie dotyczące treści oferty na podstawie przepisu art. 87 ust. 1 ustawy. Uzyskałby wówczas stosowne wyjaśnienie. Odrzucenie oferty odwołującego, jego zdaniem, zostało zatem dokonane z naruszeniem przepisów ustawy. Odwołujący wskazał, że gdy zamawiający uznał, że wpisana krotność jest niepoprawna, tj. zamiast 1,00 powinno być 15,00, nie wolno mu było uznać tego jako błędu, lecz jako omyłkę inną niż omyłka pisarska i rachunkowa i poprawić tę omyłkę na podstawie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Przepis ten, podniósł odwołujący, dodany nowelizacją ustawy z dnia z dnia 4 września 2008 r. ma przede wszystkim na celu umożliwić zamawiającym poprawianie tego typu omyłek. W przepisie wskazuje się, że poprawieniu podlegają omyłki polegające na niezgodności treści oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia - czyli w szczególności polegające na niezgodności treści kosztorysu ofertowego (integralna część oferty) z treścią przedmiaru robót (integralna część specyfikacji istotnych warunków zamówienia) - niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Wskazał, że poz. 1.23 kosztorysu została, przy krotności 1.00. wyceniona przez niego na kwotę 150,82 zł. Jeżeli zamawiający dokonałby poprawienia omyłki, to wycena tej pozycji byłaby równa 2 263.80 zł. a więc wzrosłaby o 2 112.88 zł i o tyle (czyli o 0,036%, przy cenie 5 893 505,25 zł) wzrosłaby cena oferty odwołującego. Jest to, zdaniem odwołującego, zmiana nieistotna, w szczególności w sytuacji gdy cena oferty wybranej przez zamawiającego (5 995 396,10 zł) jest wyższa od ceny oferty Odwołującego o 101 890,85 zł. a po poprawieniu omyłki byłaby w dalszym ciągu

wyższa o 99 777.97 zł. Odwołujący podniósł, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia uprawniający go do wnoszenia środków ochrony prawnej na podstawie art. 179 ust. 1 ustawy, gdyż cena jego oferty jest niższa niż cena oferty wybranej przez zamawiającego jako najkorzystniejsza. Nawet po ewentualnym poprawieniu omyłki, w sytuacji gdy dwie oferty „tańsze” od oferty odwołującego zostały zasadniczo przez Zamawiającego odrzucone (przy czym oferta złożona przez Wykonawcę ABM SOLID S.A., ul. Bartła 3. 33-100 Tarnów została odrzucona z naruszeniem przepisów ustawy, gdyż Zamawiający nie wskazał wszystkich okoliczności skutkujących odrzuceniem oferty, o czym zgodnie z przepisem art. 181 ust. 1 ustawy Zamawiający został poinformowany pismem z dnia 9 maja 2011 r.). Odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraconych korzyści, których ma prawo oczekiwać w związku ze złożeniem najkorzystniejszej oferty. Odwołanie zostało podpisane przez dwóch członków zarządu Eurovia S.A. umocowanych do reprezentowania Eurovia S.A., zgodnie z odpisem z KRS, który załączono do odwołania. Eurovia S.A. działa w charakterze pełnomocnika wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia na podstawie pełnomocnictwa z dnia 6 maja 2011r. udzielonego przez dwóch współwłaścicieli spółki jawnej SPEC-BRUK, zgodnie z zasadami jej reprezentacji ujawnionymi w KRS, z którego odpis załączono do odwołania. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 9 maja 2011r.

W dniu 10 maja 2011r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania i wezwał ich do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 12 maja 2011r. do postępowania odwoławczego drogą elektroniczną zgłosił swój udział Zdzisław Flejtuch prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Budowlano-Inżynieryjny Zdzisław Flejtuch z siedzibą w Przeciszowie, ul. Długa 324 wskazując, iż przystępuje po stronie odwołującego i o uwzględnienie odwołania w całości. Wskazał, że ma interes w zgłoszeniu przystąpienia na podstawie art. 179 ust. 1 ustawy, gdyż jego oferta jest korzystniejsza cenowo od oferty wybranej i w przypadku uwzględnienia odwołania może mu zostać udzielone zamówienie. W uzasadnieniu zgłoszenia wskazał, że zarzuty i argumentacja odwołującego są słuszne, a zamawiający naruszył ustawę. Zgłoszenie przystąpienia zostało opatrzone podpisem cyfrowym właściciela firmy, kwalifikowanym za pomocą certyfikatu ważnego w okresie od 18 listopada 2010 do 17 listopada 2012. Kopia zgłoszenia przystąpienia została przekazana faksem zamawiającemu i odwołującemu, na dowód czego zgłaszający przystąpienie załączył wydruki transmisji faksowej.

W dniu 13 maja 2011r. do postępowania odwoławczego faksem zgłosił swój udział DIMICO Drogi i Mosty Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bielsku –Białej, ul. Ks. J. Londzina 115 wskazując, iż przystępuje po stronie zamawiającego i wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Zgłaszający przystąpienie wskazał, że ma interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego, gdyż pozwoli to na utrzymanie w mocy decyzji o wyborze jego

oferty jako najkorzystniejszej. W uzasadnieniu podniósł, że odwołanie służy tylko przedłużeniu procedury. Wskazał, że skoro ustawodawca nie przewidział odwołania na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, to jest to norma o charakterze *ius cogens* i odwołanie powinno być oddalone bez jego merytorycznej oceny. Ponadto wniosek odwołania nie wyczerpuje znamion z art. 180 ust. 3 ustawy w zakresie zaniechania dalszych czynności zamawiającego. Podniósł, że odwołujący dokonuje manipulacji pomiędzy „omyłką, a błędem pisarskim”. Według zgłaszającego przystąpienie komisja przetargowa prawidłowo zakwalifikowała zmianę jednostek obmiarowych u odwołującego jako błąd wynikający z woli oferenta, a sugerowana przez odwołującego poprawa tego błędu przez zmianę krotności na prawidłową spowodowałaby zmianę zaoferowanej ceny i jest niedopuszczalna bez względu na kwotę czy procent tej zmiany. Wskazał, że według niego możliwa jest jedynie zmiana treści oferty będąca skutkiem poprawienia w tekście oczywistej omyłki pisarskiej albo omyłki rachunkowej w obliczeniu ceny. Ponieważ złożona przez odwołującego oferta jest oferta w rozumieniu art. 66 kodeksu cywilnego, to każda zmiana ceny rodzi nieważność oferty. Zgłoszenie przystąpienia zostało podpisane przez prezesa zarządu. Wskazano, że zgłoszenie to przesłano do wiadomości Burmistrza Andrychowa.

W dniu 18 maja 2011r. zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości oraz o zasądzenie od odwołującego na jego rzecz kosztów postępowania odwoławczego. Podtrzymał swoje stanowisko, co do charakteru ceny ofertowej oraz sposobu jej obliczenia zawarte w informacji o wynikach postępowania. Powołał się na postanowienia pkt. I, III i IX siwz oraz załącznika nr 9 do siwz i wskazał, że wprowadzając te zapisy założył, że kosztorys ofertowy zostanie przygotowany ściśle według przedmiaru robót stanowiącego załącznik nr 3 do siwz i podkreślił, że rozliczenie przedmiotu zamówienia będzie prowadzone w formie kosztorysowej, a nie ryczałtowej. Podniósł, że rozważał możliwość poprawienia zaistniałej omyłki, ale okazało się to niemożliwe z uwagi na to, że w pozycji 3.19 kosztorysu ofertowego dotyczącego Budowy Lokalnej Obwodnicy Andrychowa – etap II, podetap II.1 od ul. Stefana Batorego do ul. Biała Droga, branży elektrycznej – oświetlenie dróg, gdzie pozycję tę odwołujący opisał odwołujący w identyczny sposób, jak pozycję 1.23, z tą zmianą, że w pozycji 3.19 podał krotność 15,00, odwołujący podał taką samą cenę jednostkową tj. 21,56zł. i w tej sytuacji zamawiający nie był w stanie stwierdzić, która z pozycji była prawidłowa i dlatego potraktował powyższe nie jako omyłkę, ale jako błąd. Zamawiający uznał, że wyjaśnienie tej rozbieżności w trybie art. 87 ust. 1 nie było możliwe, gdyż prowadziłoby do negocjacji z odwołującym.

#### **Izba ustaliła następujący stan faktyczny :**

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. protokołu postępowania wraz z załącznikami, specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami, modyfikacji

siwz z dnia 7 kwietnia 2011r. i z dnia 13 kwietnia 2011r. wyjaśnień treści siwz z dnia 25 marca 2011r., 7 kwietnia 2011r., 13 kwietnia 2011r., informacji o wyniku postępowania, oferty odwołującego.

Na podstawie powyższych dowodów ustalono, że

W rozdziale I siwz - Opis przedmiotu zamówienia – zamawiający wskazał, że przedmiotem zamówienia jest: „Budowa Lokalnej Obwodnicy Andrychowa, etap II, podetap II.1: od ul. Stefana Batorego do ul. Biała Droga” Zakres robót do wykonania w ramach wyżej wymienionego zadania obejmuje roboty w zakresie następujących branż:

- drogowa,
- konstrukcyjna – rozbiórki budynków,
- kanalizacyjna,
- wodociągowa,
- elektryczna – oświetlenie drogowe,
- elektryczna – przebudowa linii nN i SN,
- elektryczna – przebudowa linii WN ,
- gazowa,
- zieleni.

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia został ujęty w dokumentacji projektowej (załącznik nr 1 do specyfikacji). Roboty budowlane składające się na przedmiot zamówienia muszą być wykonane zgodnie ze Specyfikacjami technicznymi wykonania i odbioru robót (załącznik nr 2 do specyfikacji). Zakres robót do wykonania w ramach w/w zadania został ujęty w przedmiarze robót (załącznik nr 3 do specyfikacji).

W rozdziale III siwz - Opis warunków udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków – w pkt 2 Wykaz oświadczeń i dokumentów, jakie mają dostarczyć Wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, zamawiający wskazał także, co oferta będzie zawierać poza wymienionymi w pkt 2 oświadczeniami i dokumentami i są to :

J. formularz ofertowy (według wzoru – załącznik nr 8 do niniejszej specyfikacji).

K. kosztorys ofertowy wg cen netto dla zakresu określonego w przedmiarze robót (załącznik nr 3 do niniejszej specyfikacji).

L. wzór umowy (załącznik nr 9 do niniejszej specyfikacji) zparafowany przez osobę lub osoby uprawnione do reprezentowania Wykonawcy.

M. dowód wpłaty lub wniesienia wadium.

W rozdziale IX - Opis sposobu obliczania ceny, zamawiający wskazał, że wykonawca w formularzu ofertowym poda cenę brutto przedmiotu zamówienia – zgodnie z załącznikiem nr 8 do specyfikacji. Cenę należy liczyć do dwóch miejsc po przecinku. Cena oferty będzie



wyliczona na podstawie przedmiarów robót – stanowiących załącznik nr 3 do specyfikacji.

Kosztorys ofertowy będzie stanowił załącznik do umowy.

W załączniku nr 3 do siwz zawierającym przedmiar SB-BD w dokumentacji przetargowej branży elektrycznej przebudowa ENION nN I SN tom 03 opracowanie 240-AOB w pozycji 1.23 jako podstawę oszacowania zamawiający wskazał KNR 404/1107/4(1), jako opis pozycji : „Wywóz złomu z terenu rozbiórki, samochodem skrzyniowym na odległość do 1km, nakłady uzupełniające za każdy dalszy rozpoczęty 1km odległości ponad 1 km, samochód do 5t, jako jednostkę miary tonę, jako ilość jednostek 7,00, jako krotność 15,00. W pozostałych pozycjach tego przedmiaru w branży elektrycznej Enion nN i SN wskazano krotność 1,00.

Zamawiający przy pozycjach dotyczących wywozu powyżej 1 km w przedmiarach dotyczących budowy Lokalnej Obwodnicy Andrychowa w branży elektrycznej : pozycji 1.20 – oświetlenie drogowe, 3.19, 4.26 i 5.11 Andoria i 1.23 Enion oraz w przedmiarach dotyczących budowy drogi powiatowej branża elektryczna w pozycji 1.30 – oświetlenie drogowe, 1.18 – Enion wskazał dla wywozu uzupełniającego powyżej 1km krotność 15,00, jedynie w poz. 1.13 przedmiaru oświetlenie Andoria dla budowy obwodnicy wskazał krotność 1,00.

W wyjaśnieniach z dnia 25 marca 2011r. w odpowiedzi na pytanie „W nawiązaniu do rozdz. III pkt 2 SIWZ podpunkt K kosztorys ofertowy wg cen netto, prosimy o potwierdzenie, że do oferty należy dołączyć kosztorys ofertowy uproszczony dla zakresu określonego w przedmiarze robót”, zamawiający odpowiedział „Zamawiający informuje, że kosztorys ofertowy może być złożony w formie uproszczonej dla zakresu określonego w przedmiarze robót stanowiącego załącznik nr 3 do SIWZ.”

Pozostałej wyjaśnienia i modyfikacje siwz z dnia 7 i 13 kwietnia 2011r. nie odnosiły się do zarzutów odwołania.

Na podstawie protokołu postępowania ustalono, że

- wartość szacunkowa zamówienia wynosi 7 761 514,84zł. netto,
- Zdzisław Flejtuch zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę 5 682 813,90zł. brutto,
- odwołujący zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę 5 893 505,25zł. brutto
- DIMICO Drogi i Mosty sp. z o.o. zaoferowało wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę 5 995 396,10zł.

W ofercie odwołującego kosztorys ofertowy znajduje się na stronach od 81 do 120, a na Stronach 100 – 101 znajduje się kosztorys ofertowy branży elektrycznej i w pozycji 1.23 na stronie 101 wskazano: jako podstawę KNR 404/1107/4(1), jako opis pozycji „Wywóz złomu z terenu rozbiórki, samochodem skrzyniowym na odległość do 1km, nakłady uzupełniające za każdy dalszy rozpoczęty 1km odległości ponad 1 km, samochód do 5t Krotność 1,00”, jako

jednostkę miary tonę, jako ilość jednostek 7,00, jako cenę jednostkową 21,56, jako wartość 150,92.

Na stronie 97 znajduje się kosztorys ofertowy branży elektrycznej i w pozycji 3.19 wskazano: jako podstawę KNR 404/1107/4(1), jako opis pozycji „Wywóz złomu z terenu rozbiórki, samochodem skrzyniowym na odległość do 1km, nakłady uzupełniające za każdy dalszy rozpoczęty 1km odległości ponad 1 km, samochód do 5t Krotność 15,00”, jako jednostkę miary tonę, jako ilość jednostek 3,00, jako cenę jednostkową 21,56, jako wartość 64,68.

Odwołujący na stronach 95, 97, 98, 99, 116 i 119 wskazał krotność zgodne z wymaganiami Zamawiającego, w tym na str. 95 dla poz. 1.13, krotność 1,00.

### **Izba zważyła, co następuje :**

Izba nie dopatrzyła się okoliczności, które mogłyby skutkować odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy.

Izba uznała, że odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia. Jedynym kryterium oceny ofert w tym postępowaniu jest cena. Oferta odwołującego jest tańsza od oferty wybranej. W przypadku uwzględnienia odwołania odwołujący miałby zatem szansę na uzyskanie zamówienia. Odwołujący może ponieść szkodę w postaci kosztów przygotowania oferty oraz utraty zysku jaki zakładał osiągnąć z uzyskanego zamówienia. Przesłanka materialno prawna z art. 179 ust. 1 ustawy została wypełniona.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 87 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy i art. 91 ust. 1 ustawy poprzez odrzucenie oferty odwołującego mimo tego, że nie jest ona sprzeczna z treścią siwz i niezgodność dotycząca krotności mogła być wyjaśniona w trybie art. 87 ust. 1 ustawy lub usunięta w drodze poprawienia jej w trybie art. 87 ust. 2 ustawy.

Zarzut zasługuje na uwzględnienie w części, w jakiej dotyczy zaniechania zamawiającego poprawienia innej niezgodności treści oferty z treścią siwz w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Izba nie podziela stanowiska odwołującego, że zamawiający zaniechał zastosowania art. 87 ust. 1 ustawy. Przepis ten jest bowiem uprawieniem zamawiającego i powinien być stosowany wtedy, kiedy zamawiający ma wątpliwości, co do treści złożonej oferty. W przedmiotowej sprawie takie wątpliwości nie zachodziły. Odwołujący jednoznacznie zaoferował w poz. 1.23 kosztorysu ofertowego branży elektrycznej ENION nN I SN krotność 1, a niewątpliwie przedmiar w załączniku nr 3 dla tej pozycji przewidywał krotność 15. Zatem nie zachodziły tu wątpliwości, co do rzeczywistego zakresu oferty odwołującego oraz tego, że zachodzi niezgodność oferty z postanowieniami siwz w tym zakresie. Izba nie podziela także stanowiska odwołującego, co do

niewiążącego charakteru przedmiarów. Niewątpliwie zamawiający w rozdziale IX dotyczącym sposobu obliczenia wskazał, że obliczenia tego należy dokonać na podstawie przedmiarów oraz, że oczekuje dokonania obliczenia w formie kosztorysu ofertowego wg cen netto, a w wyjaśnieniach do siwz z dnia 25 marca 2011r. wyraźnie wskazał, że ma być to kosztorys uproszczony w zakresie odpowiadającym przedmiarom z załącznika nr 3. Dla weryfikowania prawidłowości sporządzenia oferty nie ma znaczenia, to jaki charakter ma wynagrodzenie na etapie realizacji umowy. Zamawiający oczekiwał przedstawienia obliczenia ceny w formie kosztorysu uproszczonego w zakresie odpowiadającym przedmiarom z załącznika nr 3. Zatem złożenie kosztorysu ofertowego istotne było dla weryfikacji oferty, czy jej zakres jest zgodny z zakresem przedmiarów. Izba jednakże podziela wątpliwości odwołującego, co do stopnia szczegółowości uproszczonego kosztorysu ofertowego oraz tego jak należy rozumieć sformułowanie „w zakresie odpowiadającym przedmiarom”. Zakres odpowiadający w ocenie Izby nie jest pojęciem tożsamym ze słowem „identyczny”, „ściśle” jak chce tego na etapie oceny ofert zamawiającego. W ocenie izby mogą zachodzić odstępstwa pomiędzy sformułowaniami przedmiaru, a kosztorysu ofertowego pod warunkiem, że wykonawca jest w stanie wykazać, że zakres pod względem przedmiotowym odpowiada przedmiarom. Nie mniej jednak wywody odwołującego, co do charakteru i stopnia złożoności kosztorysu ofertowego nie zmieniają faktu, że kosztorys ofertowy sporządzony przez odwołującego w formie uznanej przez niego za odpowiadającą kosztorysowi uproszczonemu i zawierający te dane, które sam odwołujący uznał za istotne dla oceny, czy kosztorys ofertowy odpowiada zakresowi przedmiarów pozostaje w sprzeczności w jednej pozycji z wielkościami podanymi w przedmiarze. Sam zatem odwołujący zamieszczając w kosztorysie ofertowym informacje o krotności upoważnił zamawiającego do sprawdzenia, czy podane wartości odpowiadają wartościom podanym w przedmiarach. Te wszystkie okoliczności wskazują na to, że zamawiający uprawniony i zobowiązany był do zweryfikowania ofert wykonawców pod względem kompletności i poprawności przedłożonych przez nich kosztorysów ofertowych. Nie oznacza to jednak, że wszystkie niezgodności w ramach pozycji kosztorysowych skutkowały koniecznością odrzucenia oferty. Zgodnie z art. 87 ust. 2 ustawodawca nakazał bowiem zamawiającemu dokonywać poprawy omyłek tj. oczywistych omyłek pisarskich, oczywistych omyłek rachunkowych i innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty. Niezgodność oferty odwołującego z treścią siwz nie jest oczywistą omyłką pisarską, ani oczywistą omyłką rachunkową. Wbrew stanowisku odwołującego zaprezentowanemu na rozprawie oczywista omyłka pisarska powinna być oczywista. Nie można przyjąć, że omyłka w krotności jest oczywista, skoro dla jej stwierdzenia konieczne jest porównanie pozycji kosztorysu ofertowego z przedmiarem, a nadto ustalenie czy w danej pozycji jako podstawy wyliczenia nie wskazano np. kalkulacji własnej. Dlatego dopiero sięgnięcie do materiału źródłowego, na którym oparto

kosztorys pozwoliło na wykrycie omyłki, a więc nie ma możliwości uznania, że jest to oczywiste. Jednak zamawiający zobligowany był rozważyć, czy nie ma w tym przypadku do czynienia z inną omyłką w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Izba uważa, że zamawiający uznając, że odwołujący popełnił błąd, a nie omyłkę oraz uznając, że niezgodność oferty nie daje się poprawić, bo wpływa na cenę oferty, wadliwie wyłożył i bezpodstawnie zaniechał zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Izba zauważa, że w przedmiotowej sprawie podanie krotności 1 dla pozycji 1.23 było omyłką. Wskazuje na to fakt, że we wszystkich innych pozycjach przedmiaru branży elektrycznej ENION nN I SN właśnie taką krotność podał zamawiający. W ocenie Izby omyłką odwołującego polegała na opuszczeniu cyfry 5 przy opisie i wyliczeniu przy podaniu krotności. Pozostałe elementy pozycji 1.23 były podane prawidłowo tj. kwota jednostkowa 21,56 uwzględnia krotność 15,00. Wskazuje na to właśnie powołana przez zamawiającego pozycja 3.19 ze strony 97 oferty odwołującego. Zamawiający dysponował zatem wszystkimi danymi niezbędnymi do samodzielnego poprawienia omyłki. Dokonanie poprawy poprzez korektę krotności w pozycji 1.23 nie wpływa na wysokość zobowiązania odwołującego i nie jest zmianą istotną. Nie wpływa także na pozycję oferty odwołującego względem innych ofert złożonych w postępowaniu. Poprawienie omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy wymaga powiadomienia odwołującego i wówczas, gdyby odwołujący uznał sposób poprawienia omyłki za nieprawidłowy mógłby to zrobić. Art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy jest jedynym przypadkiem kiedy zamawiający informuje wykonawcę o poprawieniu omyłki, wynika to właśnie ze specyficznego charakteru tej omyłki, która nie musi być omyłką oczywistą, jest na pewno niezgodnością z treścią siwz i jednocześnie może powodować zmiany w treści oferty, pod warunkiem, że nie są one istotne. Na marginesie jedynie wskazać należy, że Izba nie podziela poglądu zamawiającego, że o istotności zmiany w treści oferty decyduje, to czy zmiana nie wpływa na cenę. Izba stoi na stanowisku, że taka interpretacja tego przepisu jest nieuprawniona i nie znajduje odzwierciedlenia w przepisie ustawy. Zmiana nieistotna w treści oferty to zmiana o niewielkim w stosunku do całego przedmiotu oferowanego zakresie. W ocenie Izby nie było zatem podstaw do zaniechania zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy i zamawiający nieprawidłowo zastosował art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy odrzucając ofertę odwołującego i pomijając zastrzeżenie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Izba uznała, że zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez jego zastosowanie i art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy poprzez jego niezastosowanie, a konsekwencji art. 91 ust. 1 ustawy poprzez wybór oferty najkorzystniejszej spośród nie wszystkich ofert niepodlegających odrzuceniu.

Mając na uwadze powyższe Izba orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1, 2 oraz 3 pkt 1 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z § 3 pkt 1 i pkt. 2 lit. b oraz § 5 ust. 2 pkt. 1

rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) uwzględniając koszty odwołującego z tytułu wpisu oraz z tytułu zastępstwa prawnego na podstawie przedłożonej faktury VAT z ograniczeniem do kwoty maksymalnej określonej w rozporządzeniu.

**Przewodniczący :**

.....