

Sygn. akt: KIO 1931/12

WYROK
z dnia 24 września 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Paweł Trojan

Protokolant: Radosław Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 września 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 września 2012 r. przez wykonawcę **STEKOP S.A., ul. Mołdawska 9, 02-127 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - **Skarb Państwa – Minister Obrony Narodowej reprezentowany przez Dyrektora Zakładu Inwestycji Organizacji Traktatu Północnoatlantyckiego, ul. Nowowiejska 28A, 02-010 Warszawa** w trybie przetargu ograniczonego pn.: „Przebudowa budynku nr 4 w kompleksie przy ul. Szubińskiej 105 w Bydgoszczy wraz z wykonaniem Elektronicznego Systemu Ochrony Fizycznej (ESOF) oraz dostawą wyposażenia do tego budynku” (znak NCB/11/2012)

przy udziale wykonawcy **Centrum Badawczo – Produkcyjno - Usługowe Cecom S.A., ul. Grunwaldzka 229, 85-438 Bydgoszcz** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania w wysokości **13 600 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych i zero groszy) obciąża Odwołującego **STEKOP S.A., ul. Mołdawska 9, 02-127 Warszawa** i:

- 1) zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **STEKOP S.A., ul. Mołdawska 9, 02-127 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,
- 2) zasądza od wykonawcy **STEKOP S.A., ul. Mołdawska 9, 02-127 Warszawa** na rzecz **Skarb Państwa – Minister Obrony Narodowej reprezentowany przez Dyrektora Zakładu Inwestycji Organizacji Traktatu Północnoatlantyckiego, ul. Nowowiejska 28A, 02-010 Warszawa** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych i zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą.

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

Przewodniczący:

.....

U z a s a d n i e

do wyroku z dnia 24 września 2012 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1931/12

Zamawiający – Skarb Państwa – Minister Obrony Narodowej reprezentowany przez Dyrektora Zakładu Inwestycji Organizacji Traktatu Północnoatlantyckiego, ul. Nowowiejska 28A, 02-010 Warszawa prowadzi w trybie przetargu ograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Przebudowa budynku nr 4 w kompleksie przy ul. Szubińskiej 105 w Bydgoszczy wraz z wykonaniem Elektronicznego Systemu Ochrony Fizycznej (ESOF) oraz dostawą wyposażenia do tego budynku” (znak NCB/11/2012)

Szacunkowa wartość zamówienia jest mniejsza od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 28.03.2012 r. Zamawiający opublikował ogłoszenie o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych Nr 1 z 2012 r. z dnia 28.03.2012 r. pod pozycją 96880

W dniu **06.09.2012** r. Zamawiający poinformował Odwołującego o odrzuceniu złożonej przez niego oferty oraz o wyborze oferty najkorzystniejszej.

Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **11.09.2012** r. W jego treści Odwołujący wskazał, iż zaskarża następujące czynności Zamawiającego, polegające na:

- 1) odrzuceniu oferty Odwołującego „STEKOP Spółki Akcyjnej z siedzibą w Warszawie w warunkach, w których oferta ta była zgodna z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia,
- 2) dokonaniu wyboru oferty Centrum Badawczo - Produkcyjno - Usługowe CECOMM Spółki Akcyjnej z siedzibą w Bydgoszczy,

W zakresie żądań Odwołujący podniósł, iż wnosi o:

- 1) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia wyboru oferty Centrum Badawczo - Produkcyjno - Usługowe CECOMM Spółki Akcyjnej z siedzibą w Bydgoszczy,
- 2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego „STEKOP” Spółki Akcyjnej z siedzibą w Warszawie,

3) nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert, które nie podlegają odrzuceniu, z uwzględnieniem oferty Odwołującego, i dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty,

4) nakazanie Zamawiającemu stosowania zasady równego traktowania wszystkich podmiotów ubiegających się o przedmiotowe zamówienie, w sposób umożliwiający zachowanie zasad uczciwej konkurencji,

5) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów pełnomocnika (według rachunków, które zostaną przedłożone na posiedzeniu bądź na rozprawie).

W zakresie zarzutów Odwołujący wskazał, że powyższymi czynnościami Zamawiającego zarzuca naruszenie:

1) art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie pełnego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia, w tym w szczególności poprzez zaniechanie udostępnienia kosztorysów szczegółowych z dokładnym wyszczególnieniem materiałów, które powinny zostać uwzględnione w poszczególnych pozycjach kosztorysowych, oraz poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję,

2) art. 87 ust. 2 pkt 1, 2 i 3 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie poprawienia oferty Odwołującego w sytuacji, gdy przepisy ustawy to nakazują oraz bezpodstawne uznanie, że oferta Odwołującego, zawierająca oczywiste omyłki, jest niezgodna z treścią SIWZ,

3) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez jego błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie polegające na błędnym przyjęciu, że oferta Odwołującego była niezgodna z treścią SIWZ i w związku z tym bezzasadne odrzucenie oferty Odwołującego, co skutkowało wyborem przez Zamawiającego oferty Centrum Badawczo - Produkcyjno - Usługowe CECOMM Spółki Akcyjnej z siedzibą w Bydgoszczy,

4) art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez niewłaściwe zastosowanie, polegające na wyborze oferty Centrum Badawczo - Produkcyjno - Usługowe CECOMM Spółki Akcyjnej z siedzibą w Bydgoszczy, na skutek błędnego przyjęcia, że oferta Odwołującego była niezgodna z treścią SIWZ;

5) art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie, polegające na zaniechaniu wskazania pełnego uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty Odwołującego, co znacząco

utrudnia Odwołującemu ustalenie przyczyny odrzucenia oferty Odwołującego, a w konsekwencji sformułowanie precyzyjnych zarzutów odwoławczych,

6) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w wyniku czego doszło do nieuzasadnionego uprzywilejowania podmiotu, którego oferta została przez Zamawiającego wybrana jako najkorzystniejsza.

Odwołujący w uzasadnieniu wskazał, iż w rozdziale XIII pkt 1 SIWZ Zamawiający wskazał, że Zamawiający zastosuje jako kryterium oceny ofert cenę oferty brutto i wybierze, spośród ofert ważnych i niepodlegających odrzuceniu, ofertę z najniższą ceną brutto.

Podczas oceny ofert Zamawiający odrzucił oferty dwóch Wykonawców, w tym ofertę złożoną przez Odwołującego, dokonał oceny pozostałych dwóch ofert i wybrał jako najkorzystniejszą (pod względem najniższej ceny) ofertę złożoną przez Centrum Badawczo - Produkcyjno - Usługowe CECOMM Spółki Akcyjnej z siedzibą w Bydgoszczy. Jako przyczyny odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający wskazał, iż w jego ocenie oferta złożona przez Odwołującego dotknięta była błędami, polegającymi na niezgodności treści oferty z treścią SIWZ.

W ocenie Odwołującego Zamawiający w sposób błędny przyjął, że oferta Odwołującego była niezgodna z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia i w związku z tym odrzucenie oferty Odwołującego było bezzasadne. Odnosząc się do poszczególnych pozycji kosztorysu, które zostały przez Zamawiającego zakwestionowane. Odwołujący podniósł, co następuje.

1) Ad. poz. 10 — kosztorys „Instalacje sanitarne”: Zamawiający zarzucił, że w określonych pozycjach Odwołujący wskazał „inne materiały niezgodnie z przedmiarami” oraz, że „w kosztorysie ofertowym nie występują następujące materiały: konstrukcja wsporcza ze stali kształtowej i blachy, płyty z wełny mineralnej Isover PT80 gr. 50 mm oraz taśma spoinowa”.

W odniesieniu do powyższego Odwołujący wyjaśnił, iż Zamawiający nie udostępnił wykonawcom kosztorysów szczegółowych z dokładnym wyszczególnieniem materiałów, które powinny zostać uwzględnione w poszczególnych pozycjach kosztorysowych. Potwierdzeniem okoliczności, że kosztorys szczegółowy nie został udostępniony wykonawcom jest brzmienie pytania nr 81: „(...) proszę o udostępnienie kosztorysów szczegółowych nie zawierających cen. Wykonawcy dysponują jedynie przedmiarem i

zestawieniem materiałów, co może prowadzić do rozbieżności w poszczególnych pozycjach kosztorysowych. Odpowiedź na to pytanie brzmiała: „W ofercie należy ująć zakres opisany dokumentacją przetargową zgodnie z załączonymi przedmiarami.”. Na potwierdzenie powyższego Odwołujący przywołał dowód w postaci pisma Zamawiającego z dnia 31 maja 2012 r. (znak 1270/WZ/2012).

Jednocześnie Odwołujący wyjaśnił, iż nie posiadając kosztorysów szczegółowych, mając na uwadze znaczny zakres prac objętych przedmiotem zamówienia, przypisanie wskazanych w przedmiarze materiałów do konkretnych pozycji kosztorysowych zgodnie z intencją Zamawiającego było niemożliwe. W ocenie Odwołującego fakt braku udostępnienia wykonawcom kosztorysów szczegółowych spowodował, iż opis przedmiotu zamówienia nie był wyczerpujący, czym naruszony został przepis art. 29 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący wskazuje, iż zgodnie z ugruntowanym poglądem doktryny podstawowym obowiązkiem zamawiającego jest dokonanie opisu w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, a więc taki, który zapewnia, że wykonawcy będą w stanie, bez dokonywania dodatkowych interpretacji, zidentyfikować, co jest przedmiotem zamówienia (jakie usługi, dostawy czy roboty budowlane) i że wszystkie elementy istotne dla wykonania zamówienia będą w nim uwzględnione. Opis przedmiotu zamówienia powinien pozwolić wykonawcom na przygotowanie oferty i obliczenie ceny z uwzględnieniem wszystkich czynników wpływających na nią” (tak: M. Stachowiak, Komentarz do art. 29 ustawy - Prawo zamówień publicznych, [w:] Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2012). Z ostrożności Odwołujący wskazuje, że okoliczność, iż inny wykonawca składa ofertę zgodną z założeniem Zamawiającego, nie ma znaczenia, wystarczy bowiem, że określenie przedmiotu zamówienia mogło wprowadzić w błąd jakiegokolwiek wykonawcę (por. wyrok Sądu Okręgowego w Zielonej Górze z dnia 13 maja 2005 r., sygn. akt II Ca 109/05, niepubl.). Odwołujący zwrócił uwagę na to, iż w związku z tym, że wartość zamówienia w przedmiotowej sprawie jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, Odwołujący nie był uprawniony do zaskarżenia postanowień SIWZ. Tym niemniej, Odwołujący nie może ponosić negatywnych skutków prawnych w związku z tym, że treść SIWZ była niezgodna z art. 29 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący wskazuje, iż przygotowując ofertę, uwzględniał w pozycjach kosztorysowych wszelkie niezbędne materiały według Wytycznych Zamawiającego, bądź jeśli ich nie było - według swojej oceny, przy czym dotyczyło to głównie materiałów pomocniczych o niewielkiej lub szcążkowej wartości (np. wody). Ponadto przewidując zastosowanie innych materiałów niż podane w przedmiarze, Odwołujący wskazywał na zastosowanie materiałów o parametrach wyższych niż przewidziane w przedmiarze (dotyczy

to np. pozycji 171, 172 198, 199, 200, 201 - zamiast wełny mineralnej zaproponowana została otulina Thermaflex).

W ocenie Odwołującego zastosowanie innych materiałów niż wskazane przez Zamawiającego nie może być traktowane jako niezgodność oferty z treścią SIWZ, skoro zaproponowane przez Odwołującego materiały były wystarczające do wykonania przedmiotu zamówienia zgodnego z treścią SIWZ.

Niezależnie od powyższego Odwołujący wskazuje, iż w odpowiedzi na pismo Zamawiającego z dnia 8 sierpnia 2012 r., zawierające żądanie złożenia przez Odwołującego wyjaśnień w zakresie m.in. poz. 10 kosztorysu (Zamawiający zwrócił uwagę na to, iż w określonych pozycjach zastosowano inne materiały, co jest niezgodne z przedmiarami), Odwołujący pismem z dnia 13 sierpnia 2012 r. zwrócił się do Zamawiającego z prośbą o wskazanie, których materiałów owa niezgodność dotyczy, lub uznanie tego zastrzeżenia za nieistotne w świetle złożonych przez Odwołującego wyjaśnień - Odwołujący wyjaśnił Zamawiającemu przyczynę, która mogła spowodować rozbieżności oraz zwrócił uwagę na to, iż zmiany w materiałach polegały na zastosowaniu materiałów o wyższych parametrach.

Nadto podkreślić należy, że wymaganie przez Zamawiającego zastosowania przez Wykonawcę wyłącznie określonych materiałów do wykonania przedmiotu zamówienia, w sytuacji, gdy część z nich może zostać zastąpiona innymi, w tym materiałami o wyższych parametrach, należy traktować jako sprzeczne z art. 29 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z tym przepisem przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Jak wskazuje się w doktrynie nakazane jest (...) dokonywanie opisu przedmiotu zamówienia nie tylko takiego, który utrudnia uczciwą konkurencją, wskazując na konkretny produkt, ale i takiego, który potencjalnie mógłby wpłynąć na konkurencję na rynku" (tak: M. Stachowiak, Komentarz do art. 29 ustawy - Prawo zamówień publicznych, [w:] Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M., Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX 2012). Przede wszystkim wskazać należy, iż wymaganie zastosowania przez Wykonawcę wyłącznie tych materiałów, które zostały przez Zamawiającego ujęte w przedmiarze, w sytuacji, gdy mogą one zostać zastąpione innymi materiałami, których zastosowanie doprowadzi do uzyskania analogicznego efektu końcowego, należy uznać za nieuzasadnione racjonalnymi potrzebami Zamawiającego - tym bardziej, że dane podane przez Zamawiającego w SIWZ (a w szczególności brak udostępnienia kosztorysów szczegółowych z dokładnym wyszczególnieniem materiałów, które powinny zostać uwzględnione w poszczególnych pozycjach kosztorysowych) nie były wystarczające do ustalenia, które materiały winny zostać przypisane do poszczególnych pozycji kosztorysowych. Tym bardziej zatem, uznanie oferty Odwołującego za niezgodną z

treścią SIWZ na tej podstawie, że Odwołujący w ofercie zaproponował zastosowanie niektórych materiałów o parametrach wyższych niż wskazane przez Zamawiającego w przedmiarach, traktować należy jako nieuzasadnione.

2) Ad. poz. 11 - kosztorys „Instalacje sanitarne - Uzupełnienie 2”: Zamawiający zarzucił, że Odwołujący w pozycji 8 wskazał materiał niezgodny z przedmiarem tj. zamiast „Cokół pod czerpnie/wyrzutnie dachową 680x655 mm” zastosował „Cokół pod czerpnie/wyrzutnie dachową 880x555 mm”. Odwołujący wyjaśnia, że wbrew stanowisku Zamawiającego, powyższa rozbieżność stanowiła oczywistą omyłkę pisarską. Za przyjęciem, iż rozbieżność stanowiła oczywistą omyłkę pisarską, przemawia w szczególności okoliczność, że omyłka dotyczy wyłącznie pierwszych cyfr w liczbach wskazujących wymiary („680x655 mm” zamiast „880x555 mm”). Nadto Odwołujący wskazuje, iż z przedmiaru jednoznacznie wynikają wymiary ww. materiału. Charakter omyłki oraz jej oczywistość jest zatem niewątpliwy. W tym miejscu wskazać należy na wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 21 kwietnia 2006 r., zgodnie z którym „Oczywistą omyłką jest omyłka widoczna, niezamierzona niedokładność, błąd pisarski albo rachunkowy lub inna podobna usterka w tekście także wówczas, gdy oczywistość omyłki nie jest widoczna w treści (...), jest jednak omyłką wynikającą z porównania treści pozostałych dokumentów (...) - jest to oczywista omyłka” (tak: wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 21 kwietnia 2006 r., sygn. akt UZP/ZO/O-1098/06, LEX nr 199451). Mając na uwadze powyższe, należy stwierdzić, że Zamawiający zobowiązany był do poprawienia wskazanej oczywistej omyłki pisarskiej w trybie art. 89 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. W konsekwencji okoliczność, że Odwołujący w ofercie wskazał jako materiał zamiast „Cokół pod czerpnie/wyrzutnie dachową 680x655 mm” - „Cokół pod czerpnie/wyrzutnie dachową 880x555 mm” nie może skutkować uznaniem oferty Odwołującego za niezgodną z treścią SIWZ.

Niezależnie od powyższego, Odwołujący wskazuje, iż w odpowiedzi na pismo Zamawiającego z dnia 8 sierpnia 2012 r., zawierające żądanie złożenia przez Odwołującego wyjaśnień w zakresie m.in. poz. 11 kosztorysu, Odwołujący pismem z dnia 13 sierpnia 2012 r. wyjaśnił, iż w pozycji tej nastąpiła oczywista omyłka pisarska, a opisy powinny być zgodne z przedmiarami, tj. winno być „Cokół pod czerpnie/wyrzutnie dachową 680x655 mm”. A zatem, w ocenie Odwołującego, przyjęcie, iż jego oferta jest niezgodna z treścią SIWZ w zakresie opisanym powyżej, było bezpodstawne.

3) Ad. poz. 12 - kosztorys „Architektura i Konstrukcja”: W ocenie Zamawiającego wskazanie przez Odwołującego w pozycji 124 opłaty za masę uszczelniającą silikonową zamiast opłaty za wysypisko skutkuje niezgodnością oferty Odwołującego z treścią SIWZ. W ocenie Odwołującego ze stanowiskiem Zamawiającego nie sposób jest jednak się zgodzić. Niewątpliwie bowiem opisana przez Zamawiającego rozbieżność stanowiła oczywistą omyłkę pisarską, która winna zostać przez Zamawiającego poprawiona w trybie art. 89 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. Oczywisty charakter tej omyłki wynika w szczególności z porównania treści oferty Odwołującego z pozostałymi dokumentami, w tym z przedmiarem.

Niezależnie od powyższego, Odwołujący zwraca uwagę na to, iż na skutek zażądania przez Zamawiającego wyjaśnień dotyczących treści złożonej przez Odwołującego oferty, Odwołujący wskazał, iż w pozycji 124 popełniona została oczywista omyłka pisarska, a opisy powinny być zgodne z przedmiarami, tj. w pozycji tej wskazana została „opłata za wysypisko”. A zatem, w ocenie Odwołującego, przyjęcie, iż oferta Odwołującego jest niezgodna z treścią SIWZ w zakresie opisanym powyżej, było bezpodstawne.

4) Ad. poz. 14 - kosztorys „Architektura - Wyposażenie”: Zamawiający uznał, że niezgodność oferty Odwołującego z treścią SIWZ spowodowana jest faktem, iż Odwołujący w ofercie w pozycjach „wartość robocizny ” wpisał wartości, podczas gdy wpisane powinno być „0”. W tym miejscu Odwołujący zwraca uwagę na to, iż na skutek zażądania przez Zamawiającego wyjaśnień dotyczących treści złożonej przez Odwołującego oferty, Odwołujący wskazał, iż wpisane wartości winny być traktowane jako oczywiste omyłki pisarskie, a wartość robocizny powinna być zgodna z przedmiarami, tj. wynosić „0”. Jednocześnie Odwołujący wyraził zgodę na poprawienie opisaney omyłki. Podkreślić przy tym należy, że w związku z tym. iż Odwołujący był świadomy tego, że wpisanie kwoty w pozycji „wartość robocizny” stanowiło oczywistą omyłkę pisarską, to Zamawiający zobowiązany był do poprawienia oczywistej omyłki rachunkowej w trybie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp i odjęcie od sumy kosztów robocizny, wskazanych w pierwotnie złożonej ofercie. Brak jest zatem podstaw do twierdzenia, że opisana powyżej oczywista omyłka rachunkowa powoduje niezgodność oferty Odwołującego z treścią SIWZ.

W ocenie Odwołującego podkreślić należy, że obniżenie kwoty robocizny do „0” nie spowodowało obniżenia kwoty w pozycji dotyczącej dostawy wyposażenia (koszt robocizny oraz koszt dostawy wyposażenia stanowią odrębne pozycje). Zdaniem Odwołującego Zamawiający zatem błędnie przyjął, że zmniejszenie kwoty robocizny będzie skutkowało zmniejszeniem kwoty za dostawę wyposażenia i w związku z tym standard tego wyposażenia

będzie niższy. Z ostrożności, na wypadek przyjęcia, że odjęcie kwoty robocizny wpłynęłoby na wysokość wynagrodzenia za dostawę wyposażenia, Odwołujący wskazał, że obniżenie wynagrodzenia za wyposażenie o kwotę robocizny, tj. o kwotę 4.693,68 zł, nie mogłoby wpłynąć w żadnym zakresie na obniżenie standardu wyposażenia - kwota wynagrodzenia za wyposażenie wynosiła bowiem 325.068,68 zł, tj. kwota robocizny stanowiła jedynie 1,4% całej kwoty przeznaczonej na wyposażenie. A zatem przyjęcie, iż oferta Odwołującego jest niezgodna z treścią SIWZ w zakresie opisanym powyżej, było, zadaniem Odwołującego, bezpodstawne.

5) Inne omyłki: Zamawiający w piśmie z dnia 6 września 2012 r. stwierdził, iż oferta Odwołującego zawierała ponadto „znaczną liczbę” innych omyłek nie wskazując jednak precyzyjnie, jakie konkretnie były to omyłki. Powyższe znacząco utrudnia Odwołującemu ustalenie przyczyny odrzucenia oferty Odwołującego, a w konsekwencji i obronę swoich praw.

W ocenie Odwołującego na skutek błędnego odrzucenia jego oferty Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż to oferta Odwołującego była najkorzystniejsza cenowo w przedmiotowym postępowaniu. Zamawiający, bezpodstawnie odrzucając ofertę Odwołującego i dokonując wyboru oferty Centrum Badawczo - Produkcyjno - Usługowe CECOMM Spółki Akcyjnej z siedzibą w Bydgoszczy, w sposób uprzywilejowany potraktował spółkę Centrum Badawczo - Produkcyjno - Usługowe CECOMM Spółki Akcyjnej z siedzibą w Bydgoszczy. Mając powyższe na względzie Odwołujący wniósł jak na wstępie.

Na zakończenie Odwołujący wskazał, iż posiada interes w uzyskaniu zamówienia, albowiem zaproponowana w złożonej przez Odwołującego ofercie cena za wykonanie zamówienia była niższa od kwoty, jaką Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia, a ponadto oferta Odwołującego była ofertą z ceną najniższą spośród wszystkich złożonych ofert. A zatem w sytuacji, w której czynność Zamawiającego polegająca na odrzuceniu oferty Odwołującego zostanie unieważniona, oferta Odwołującego się winna zostać wybrana jako najkorzystniejsza pod względem ceny.

Zamawiający pismem z dnia 19.09.2012 r. złożył odpowiedź na odwołania wnosząc o;

- 1) oddalenie odwołania jako bezzasadnego,
- 2) zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów pełnomocnika, zgodnie z fakturą VAT, która zostanie przedłożona na rozprawie.

W uzasadnieniu wskazał, że w ramach prowadzonego postępowania zainteresowanie udziałem w przetargu wykazało czterech Wykonawców, którzy zostali zakwalifikowani do udziału i zaproszeni do składania ofert. Złożono cztery oferty, które zostały otwarte dnia 14.06.2012 r. Zamawiający jako jedyne kryterium oceny ofert zastosował cenę i miał udzielić zamówienia Wykonawcy, który spełnia wymogi określone w SIWZ oraz Pzp i zaofertuje najniższą cenę brutto za wykonanie przedmiotu zamówienia.

Oferty zostały złożone przez następujących Wykonawców (ceny z dnia otwarcia ofert):

1. oferta nr 1 - Centrum Badawczo - Produkcyjno - Usługowe CECOMM S.A. z siedzibą w Bydgoszczy, 85-438 Bydgoszcz, ul. Grunwaldzka 229, z ceną 8 313 936,91 zł brutto;
2. oferta nr 2 - Konsorcjum: Hertz System Ltd Sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze, 65-120 Zielona Góra, AL Zjednoczenia 118A (lider) oraz Przedsiębiorstwo Instalacyjno - Budowlane Uni - San z siedzibą w Warszawie, 03-122, ul. Modlińska 199A, z ceną 8 857 297,21 zł brutto;
3. oferta nr 3 - STEKOP S.A. z siedzibą w Warszawie, 02-127 Warszawa, ul. Mołdawska 9, z ceną 7 769 787,85 zł brutto;
4. oferta nr 4 - Konsorcjum: Sprint S.A. z siedzibą w Bydgoszczy, 85-758 Bydgoszcz, ul. Przemysłowa 15 (lider) oraz P.W. Lech Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy, 85-833 Bydgoszcz, ul. Smoleńska 1a, z ceną 8 304 665,20 zł brutto.

Następnie wskazał, iż to na Zamawiającym spoczywa ciężar podjęcia decyzji w sprawie zakwalifikowania czy w każdym przypadku mamy do czynienia z omyłką, którą należy poprawić. Niemniej, w sytuacji, gdy Zamawiający nie jest w stanie uzyskać potrzebnych dla siebie informacji z żadnego dokumentu oferty albo z tego powodu, że takie same pozycje nie są nigdzie wycenione/albo-z tego powodu, że potencjalnie możliwe do zastosowania są różne wyceny, nie jest możliwe zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Ponadto, wyjaśnienie treści oferty z zastosowaniem regulacji art. 87 ust. 1 Pzp nie może stanowić zmiany oferty, musi mieścić się w granicach merytorycznych treści oferty, zawartych w niej oświadczeń i informacji.

Odnosząc się do zarzutów Odwołującego, zawartych w odwołaniu zaskarżającym czynności Zamawiającego polegające na odrzuceniu oferty Odwołującego w warunkach, w których oferta ta była zgodna z treścią SIWZ, oraz dokonaniu wyboru oferty Centrum Badawczo-Produkcyjno-Usługowe CECOMM S.A. z siedzibą w Bydgoszczy, Zamawiający podnosi co następuje.

I. Zarzut naruszenia art. 29 ust 1 i 2 Pzp

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 Pzp poprzez zaniechanie pełnego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia, w tym w szczególności poprzez zaniechanie udostępnienia kosztorysów szczegółowych z dokładnym wyszczególnieniem materiałów, które powinny zostać uwzględnione w poszczególnych pozycjach

kosztorysowych, oraz poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

Ustosunkowując się do powyższego zarzutu, Zamawiający podnosi, iż przedmiot zamówienia został opisany w SIWZ w sposób wyczerpujący. Szczegółowy zakres robót określały: projekt budowlany, specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót oraz przedmiary robót wraz z zestawieniem materiałów. Przekazane przez Zamawiającego dokumenty były wystarczającą podstawą do prawidłowego sporządzenia kosztorysu ofertowego.

Odwołujący podnosi, iż z uwagi na brak kosztorysów szczegółowych nie było możliwe przypisanie wskazanych w przedmiarach materiałów do konkretnych pozycji kosztorysowych zgodnie z intencją Zamawiającego.

Wskazać należy, że sporządzenie szczegółowych kosztorysów i ich załączenie do oferty było obowiązkiem Wykonawców w toku postępowania przetargowego i zupełnie niezrozumiałe jest żądanie ich udostępnienia Wykonawcom przez Zamawiającego.

Ponadto, treść pozostałych ofert złożonych w postępowaniu wskazuje na to, iż było możliwe sporządzenie kosztorysów z wykorzystaniem materiałów ujętych w zestawieniu i ich odpowiednie przyporządkowanie do poszczególnych pozycji kosztorysu.

Odwołujący w uzasadnieniu odwołania nie wskazuje również, które konkretnie pozycje przedmiarów były sformułowane w sposób niejednoznaczny, mogący prowadzić do wątpliwości i utrudniający lub wręcz uniemożliwiający sporządzenie kosztorysu ofertowego.

Przyznać należy, iż w istocie Odwołujący nie był uprawniony do zaskarżenia postanowień SIWZ, z uwagi na treść art. 180 ust. 2 Pzp, jednakże mógł w terminie przewidzianym do wniesienia odwołania poinformować Zamawiającego o niemożności złożenia poprawnej oferty z uwagi na brak kosztorysów szczegółowych i niezgodny z przepisami sposób opisu przedmiotu zamówienia, czego Wykonawca nie uczynił. Ponadto w pytaniach Odwołującego do Zamawiającego dotyczących SIWZ powyższa kwestia również nie była podnoszona.

W szeregu pozycji kosztorysu „Instalacje sanitarne” sporządzonego przez Wykonawcę zostały zastosowane materiały niezgodne z przedmiarami, a ponadto w kosztorysie ofertowym niektóre materiały wcale nie zostały ujęte, tj. konstrukcja wsporcza ze stali kształtowej i blach, płyty z wełny min. Isover PT 80 gr, 50 mm i taśma spoinowa, wobec czego ich poprawienie stanowiłoby niedozwolone uzupełnienie oferty Odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazuje, że zastosowanie innych materiałów nie może być traktowane jako niezgodność z SIWZ, bowiem zaproponowane przez Odwołującego materiały posiadały parametry wyższe niż przewidziane w przedmiarze i były wystarczające do wykonania przedmiotu zamówienia.

Zdaniem Zamawiającego wskazać należy, iż wolą Zamawiającego było wykonanie przedmiotu zamówienia, w określonej technologii, przy użyciu materiałów wskazanych w przedmiarach, które były dla Wykonawców wiążące. Przedmiotem zamówienia nie jest budowa, ale przebudowa budynku wobec czego Zamawiający jest zainteresowany uzyskaniem jednolitego wykonania i spójności prac remontowych z elementami już istniejącymi. Odwołujący nie był uprawniony do dokonywania zmian w materiałach i zaproponowania innych materiałów o wyższych parametrach i niezgodnych z potrzebami Zamawiającego. Ponadto, zastosowanie przez różnych Wykonawców równych materiałów powoduje nieporównywalność ofert w tym zakresie.

Bezpodstawny jest zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 29 ust. 2 Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

Zakaz wyrażony w powyższym przepisie nie oznacza konieczności nabycia przez zamawiającego dostaw, usług czy robót budowlanych nieodpowiadających jego potrzebom, zarówno co do jakości, funkcjonalności czy wymaganych parametrów technicznych, a jedynie nakazuje dopuścić konkurencję między wykonawcami mogącymi spełnić postawione wymogi w odniesieniu do przedmiotu zamówienia bez ograniczania dostępu do niego. Jak słusznie zauważył Sąd Okręgowy w Zielonej Górze w wyroku z dnia 15 października 2007 r., sygn. akt V Gaz 90/07, „Uprawnieniem zamawiającego jest bowiem prowadzenie postępowania w celu uzyskania takiego przedmiotu, jaki jest mu dogodny ze względu na posiadane warunki oraz potrzeby i który spełni jego oczekiwania funkcjonalne.”

Ponadto, Odwołujący nie wskazał, w jakim zakresie i w jaki sposób opis przedmiotu zamówienia mógłby utrudniać uczciwą konkurencję między wykonawcami.

II. Zarzut naruszenia art 87 ust 2 pkt 1-3, art. 89 ust 1 pkt 2, art. 91 ust. 1 Pzp

Odwołujący podnosi zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 87 ust. 2 pkt 1-3 Pzp poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie poprawienia oferty Odwołującego w sytuacji, gdy przepisy ustawy to nakazują oraz bezpodstawne uznanie, że oferta Odwołującego, zawierająca oczywiste omyłki, jest niezgodna z treścią Specyfikacji Istotny Warunków Zamówienia. Powyższe, skutkowało bezzasadnym w ocenie Odwołującego odrzuceniem jego oferty i w konsekwencji wyborem przez Zamawiającego oferty Centrum Badawczo -Produkcyjno - Usługowego CECOMM Spółki Akcyjnej z siedzibą w Bydgoszczy.

Przedmiotowy zarzut, zdaniem Zamawiającego, również nie zasługuje na uwzględnienie. Oferta Odwołującego zawierała szereg uchybień, z których większość po wyjaśnieniach Odwołującego została uznana przez Zamawiającego za omyłki możliwe do poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 pkt 1-2 Pzp. Uchybienia, których dotyczy odwołanie nie

mogły być zakwalifikowane jako omyłki, podlegające poprawieniu, stanowiły bowiem błędy polegające na niezgodności treści oferty z SIWZ.

W pozycji nr 10 przesłanego Wykonawcy wykazu, dotyczącej kosztorysu „Instalacje sanitarne” Odwołujący w szeregu pozycji zastosował inne materiały niezgodne z przedmiarami, a ponadto nie ujął w kosztorysie niektórych materiałów, o czym mowa szerzej w pkt I, uzasadnienia odpowiedzi na odwołanie.

Zamawiający nie mógł w tym zakresie poprawić oferty, bowiem wiązałoby się to z koniecznością wyceny materiałów przez Zamawiającego i uzupełnieniem oferty Odwołującego, co nie jest dopuszczalne.

Nie sposób również uznać za oczywistą omyłkę pisarską, niezgodności przedstawionej w pozycji nr ii wykazu - kosztorys „instalacje sanitarne - Uzupełnienie 2”. Odwołujący w poz. 8 kosztorysu zamiast materiału „Cokół pod czerpnie/wyrzutnie dachową 680x655 mm” zastosował materiał „Cokół pod czerpnie/wyrzutnie dachową 880x555 mm”. - Ponadto, niezgodność w tym zakresie występuje w nazwie pozycji kosztorysowej oraz jest powtórzona w części dotyczącej materiałów, wobec czego nie może być mowy o oczywistej omyłce pisarskiej. Wykonawca zaproponował wykonanie innej pozycji kosztorysowej niż w przedmiarze, co może w konsekwencji wpływać również na rozmiar innych elementów, np. kanałów czy wentylatorów.

Jest to błąd polegający na niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, który nie podlega poprawieniu przez Zamawiającego.

Oceniając ofertę Zamawiający stwierdził, że w poz. 124 kosztorysu „Architektura i konstrukcje” (pozycja nr 12 wykazu) Odwołujący powinien był wykazać opłatę za wysypisko, czyli składowanie odpadów, zamiast wyceniać w tej pozycji masę uszczelniającą silikonową, która nie ma nic wspólnego z wywozem odpadów i opłatą za wysypisko.

Ponadto, niezgodność dotyczy nie tylko opisu pozycji, ale również pozostałych elementów, tj. ilości materiału i ceny jednostkowej. Ilość materiału (masy uszczelniającej silikonowej) wynosi 0,215 kg, zaś w ramach pozycji kosztorysowej Wykonawca miał przekazać materiały z rozbiórki o wadze 215 kg.

Powyższa niezgodność nie ma charakteru omyłki możliwej do poprawienia przez Zamawiającego, bowiem z żadnej innej części oferty Odwołującego nie można uzyskać informacji o wysokości kosztów wywieżenia odpadów. Dokonanie poprawy wiązałoby się z koniecznością przeprowadzenia negocjacji z Odwołującym i skutkowało niedopuszczalną zmianą treści oferty.

W trakcie procedury uzyskiwania i oceny wyjaśnień niedozwolone są jakiegokolwiek negocjacje dotyczące oferty. Negocjacje te, jeśli miałyby odnieść skutek, musiałyby prowadzić do zmiany treści oferty, co jest zakazane zgodnie z art. 87 ust. 1 Pzp. Zakaz prowadzenia negocjacji poszerza katalog czynności zabronionych w ten sposób, że nie tylko

dokonywanie zmian w ofercie, ale również samo podjęcie próby wprowadzenia takich zmian jest naruszeniem przepisów ustawy.

Wbrew twierdzeniom Odwołującego, niezgodność oferty Odwołującego z treścią SIWZ, dotycząca ujęcia we wszystkich pozycjach kosztorysu „Architektura - Wyposażenie” (pozycja nr 14 wykazu Zamawiającego) wartości robocizny różnej od „0”, podczas gdy powinna ona równać się „0” nie stanowi oczywiście omyłki pisarskiej.

Zamawiający zwrócił się do Odwołującego o wyjaśnienie, dlaczego w kosztorysie została ujęta robocizna, jednak przedstawione przez Odwołującego wyjaśnienie nie prowadziło do jednoznacznych wniosków co do wartości pozycji kosztorysowych. Odwołujący wskazał, iż „niezgodność należy traktować jako oczywistą omyłkę pisarską, wartość zestawienia winna być zgodna z przedmiarami tj. „0” (...) Po zmianie pozycji robocizny na „0” wartość wyposażenia będzie właściwa dla wysokiego standardu”. Pojawiła się wątpliwość czy pierwotną wartość robocizny należy odjąć od ceny danej pozycji, czy też zmienić wartość materiału, zachowując cenę pozycji w niezmienionej wysokości.

Dopiero na etapie odwołania, Wykonawca wskazał, iż Zamawiający powinien poprawić omyłkę poprzez wpisanie kwoty „0” w pozycji wartość robocizny i odjęcie sumy pozycji kosztów robocizny wskazanych w pierwotnie złożonej ofercie.

Niezależnie od powyższego, wymaga podkreślenia, iż wskazane w kosztorysie Odwołującego ceny wyposażenia były niskie, jak na wymagany przez Zamawiającego wysoki standard, zaś odjęcie wartości robocizny od ceny poszczególnych pozycji, spowodowałoby ich dalsze obniżenie.

W kwestii interpretacji pojęcia oczywiście omyłki pisarskiej wielokrotnie wypowiedziały się Zespół Arbitrów oraz Krajowa Izba Odwoławcza. Tak np. w wyroku z dnia 7 kwietnia 2005 r., UZP/ZO/0-611/05, LEX nr 179370, wskazano, iż: "Istotą uznania dokonanej omyłki za oczywistą jest możliwość jej stwierdzenia bez specjalistycznej wiedzy oraz jej bezsporność. (...) Oczywiście omyłki powoduje też, że natychmiast niewątpliwe jest, jaka powinna być treść konkretnego zapisu", W wyroku z dnia 3 października 2006 r., UZP/ZO/0-2555/06, LEX nr 213491, Zespół Arbitrów stanął na stanowisku, iż: "Za oczywistą omyłką pisarską w świetle art 87 p.z.p. uznać należy uchybienia o charakterze oczywistym, których poprawienie z jednej strony nie może prowadzić do zmiany oferty, z drugiej zaś muszą one być widoczne na pierwszy rzut oka bez potrzeby przeprowadzania dodatkowych badań czy ustaleń. Brak definicji ustawowej oczywiście omyłki pisarskiej powoduje potrzebę odwołania się do potocznego zwykłego rozumienia tego pojęcia. Oczywiście omyłką pisarską będzie więc niewłaściwe użycie wyrazu, mylna jego pisownia, błąd gramatyczny itp." Mając na uwadze powyższe, nie sposób jest uznać, iż przedmiotowa niezgodność w zakresie wartości robocizny stanowiła oczywiście omyłkę pisarską.

Wpisanie przez Odwołującego wartości robocizny nie może być również uznane za oczywistą omyłkę rachunkową, polegającą na niezamierzonym błędnym dokonaniu działania matematycznego, której poprawienie nie spowodowałoby istotnych zmian w treści oferty. Ponadto, w oparciu o treść oferty i wyjaśnień Odwołującego nie było możliwe ustalenie, jaka powinna być prawidłowa cena poszczególnych pozycji kosztorysowych.

Wymaga także podkreślenia, zdaniem Zamawiającego, że procedura wyjaśniania treści oferty nie może co do zasady skutkować wprowadzeniem zmian w treści oferty. Wyjaśnienia muszą ograniczać się do wskazania sposobu rozumienia treści zawartych w ofercie, nie mogą natomiast jej rozszerzać ani ograniczać. Wyjaśnienia wykraczające poza wskazany zakres nie mogą mieć wpływu na ocenę ofert.

Podsumowując, Zamawiający nie dopuścił się naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 1-3 Pzp poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie poprawienia oferty Odwołującego, bowiem wskazane przez Zamawiającego niezgodności oferty Odwołującego z treścią SIWZ stanowiły każda osobno podstawę do odrzucenia oferty Odwołującego. W konsekwencji powyższego, Zamawiający nie naruszył również art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 91 ust. 1 Pzp w sposób opisany w odwołaniu. Podkreślenia wymaga, iż dokonując badania i oceny ofert oraz kwalifikacji stwierdzonych w nich uchybień należało mieć także na uwadze charakter i specyfikę przyjętego przy realizacji zamówienia wynagrodzenia, tj. wynagrodzenie kosztorysowe.

III. Zarzut naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp

Zdaniem Odwołującego Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie wskazania pełnego uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty Odwołującego, co znacząco utrudnia Odwołującemu ustalenie przyczyny odrzucenia oferty Odwołującego, a w konsekwencji sformułowanie precyzyjnych zarzutów odwoławczych.

Przywołany powyżej zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Zamawiający w trakcie oceny ofert stwierdził występowanie wielu omyłek (uchybień) w Ofercie Odwołującego się. W związku z tym pismem nr wych. 1899 z dnia 09.08.2012 r. Zamawiający wystąpił do Stękop S.A. w trybie art. 87 ust. 1 Pzp przekazując szczegółowy wykaz stwierdzonych przez Zamawiającego omyłek z prośbą o ich wyjaśnienie. Wobec powyższego. Odwołujący posiadał wiedzę na temat wszystkich omyłek stwierdzonych w ofercie, zaś te uchybienia, które powodowały niezgodność oferty z SIWZ i skutkowały odrzuceniem oferty Odwołującego zostały wskazane wyraźnie w treści zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 06.09.2012 r.

IV. Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w wyniku czego doszło do nieuzasadnionego uprzywilejowania podmiotu, którego oferta została przez Zamawiającego wybrana jako najkorzystniejsza należy uznać za bezpodstawny.

W ocenie Zamawiającego wymaga zaznaczenia, iż obowiązek przestrzegania zasady uczciwej konkurencji przez zamawiającego zarówno na etapie przygotowania, jak i prowadzenia postępowania znajduje swój wyraz w przepisach odnoszących się do poszczególnych instytucji i rozwiązań ustawowych.

Odwołujący, poza art. 29 ust. 2 Pzp nie wskazał, w jaki sposób Zamawiający naruszył zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Niezależnie podnoszę, iż Zamawiający w sposób jednakowy traktował wykonawców na każdym etapie postępowania, bez stosowania przywilejów, a także środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości. Wykonawcy mieli zapewniony równy dostęp do istotnych dla postępowania informacji w jednakowym czasie, ocena warunków oraz ocena ofert zostały dokonane według wcześniej sprecyzowanych i znanych wykonawcom kryteriów, na podstawie dokumentów przedłożonych we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i ofercie, nie zaś innej wiedzy Zamawiającego.

W dniu 13.09.2012 r. przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosił w formie pisemnej wykonawca Centrum Badawczo – Produkcyjno - Usługowe Cecom S.A., ul. Grunwaldzka 229, 85-438 Bydgoszcz. W treści przystąpienia wskazał, co następuje.

Mając na uwadze powyższe wniósł o:

1. odrzucenie odwołania wniesionego przez „STEKOP” Spółka akcyjna, na podstawie przepisu art. 189 ust. 2 pkt 2 PZP w związku, z przepisem § 4 ust 2 pkt 3 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22.03.201.0 w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań albowiem odwołanie /ostało wniesione przez podmiot nieuprawniony (o czym szerzej w pkt 1 w uzasadnieniu),
2. w przypadku nieuwzględnienia wniosku o odrzucenie odwołania, z daleko posuniętej ostrożności wnoszę o oddalenie odwołania w całości, jako bezzasadnego z uwagi na wskazane w uzasadnieniu argumenty.

W uzasadnieniu wskazał, iż interes prawny Centrum Badawczo-Produkcyjno-Usługowe Cecom S.A. w przystąpieniu do postępowania po stronie Zamawiającego. Wskazał, iż oferta Przystępującego została wybrana jako najkorzystniejsza, zgodnie z zawiadomieniem o wyborze najkorzystniejszej oferty z 06.09.2012, Stąd też ewentualne uwzględnienie wniesionego odwołania i ponowne dokonanie oceny ofert, z uwzględnieniem

odrzuconej oferty Odwołującego się, może skutkować wyborem oferty Odwołującego się, z uwagi na niższą cenę. Zatem interes prawny w przystąpieniu do postępowania po stronie Zamawiającego nie może budzić wątpliwości, albowiem wynik postępowania może mieć wpływ na sytuację prawną, oraz faktyczną Centrum Badawczo-Produkcyjno-Usługowe Ceconmt S.A. Dowód: pisma Zamawiającego z 06.09,2022 „Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty”

II. Podstawy do odrzucenia odwołania

W pierwszej kolejności Przystępujący podkreśla, iż w sprawie zachodzą podstawy do odrzucenia odwołania „STEKOP” Spółka akcyjna, na podstawie przepisu art. 189 ust. 2 pkt 2 PZP w związku z przepisem § 4 ust 2 pkt 3 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22,03.2010 w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań. Podkreślić bowiem należy to, że Odwołujący się nie załączył do odwołania odpisu KRS Spółki. W konsekwencji należy przyjąć, iż brak odpisu KRS przesądza o nienależnym, wykazaniu umocowania osoby składającej odwołanie. Zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą KIO, w takich sytuacjach odwołanie winno zostać odrzucone. Wskazać można jedynie przykładowo na Postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z 7.10.2011 (KIO 2119/111, w którym stwierdzono, iż „Przepis par, 4 ust. 2 pkt B rozporządzenia w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań obligatoryjnie wymaga dołączenia do odwołania odpisu z Krajowego Rejestru Sądowego, pełnomocnictwa albo innego dokumentu potwierdzającego umocowanie do reprezentowania odwołującego. Skoro odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika, oprócz pełnomocnictwa, w przypadku spółki prawa handlowego należało dołączyć odpis z Rejestru Przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego, potwierdzający uprawnienie osób wystawiających pełnomocnictwo do dokonania takiej czynności.” W uzasadnieniu tegoż postanowienia Izba stwierdza, że „Braki w zakresie: treści odwołania, określonej art. 180 ust. 3 ustawy Pzp, lub brak pełnomocnictwa podlegają uzupełnieniu na wezwanie Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej lub w trybie art 187 ust 7 ustawy Pzp. Przepis wykonawczy (szczególny) w § 13 ust 2 pkt 1 powołanego wyżej rozporządzenia w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań, nakłada, na przewodniczącego składu orzekającego obowiązek wezwania odwołującego do poprawienia lub uzupełnienia odwołania, więc jedynie, w zakresie określonym .w § 4 ust 1 rozporządzenia zo sprawie regulaminu postępowania, nie dotyczącym załączników wymienionych w ust. 2 powołanej normy.” Zatem przedmiotowe odwołanie winno zostać odrzucone bez wezwania do jego uzupełnienia,

Z uwagi na powyższe dalsza argumentacja dotyczące bezzasadności odwołania zostaje przedstawiona wyłącznie z daleko posuniętej ostrożności.

III. Bezzasadność wniesionego odwołania

Odnosząc się do zarzutów przedstawionych w odwołaniu, w pierwszej kolejności należy poczynić uwagi natury ogólnej, co do interpretacji przepisu art. 87 ust. 2 PZP. Przede wszystkim podkreślić należy to, że „Poprawienie omyłki nie może polegać na uzupełnieniu oświadczenia przez wykonawcę” (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 stycznia 2012 r. KIO 2817/11). Nadto „Zamawiający uprawniony jest do dokonania poprawienia popełnionych w ofercie omyłek, jeżeli na podstawie treści oferty możliwe jest stwierdzenie, w jaki sposób omyłka powinna być poprawiona” (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 stycznia 2012 r. KIO 3/12).

Odnosząc powyżej wskazane uwagi natury ogólnej, należy odnieść się do wskazanych, w uzasadnieniu odwołania zarzutów, zgodnie z przyjętą w odwołaniu numeracją.

1. Bezzasadność zarzutu dotyczącego pozycji nr 10 „Instalacje sanitarne”

Odwołujący się w uzasadnieniu odwołania skrzętnie pomija istotną dla oceny zasadności odwołania okoliczność, iż zgodnie z postanowieniem Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (s. 5) przedmiary zawarte w załącznikach nr 1-13 są podstawą do opracowania kosztorysu ofertowego, który Wykonawca załączy do Formularza ofertowego. Kosztorys ofertowy będzie sprawdzony przez Zamawiającego w zakresie, zgodności z przedmiarami robót” Zatem za kuriozalny uznać należy zarzut, iż Zamawiający rzekomo winien przedstawić wykonawcom kosztorys szczegółowy. To wykonawcy wraz z ofertą winni sporządzić kosztorys, na podstawie przedmiaru robót: oraz pozostałych dokumentów. Przygotowane przez Zamawiającego przedmiary wraz. z pozostałymi dokumentami, stanowiły dokładny i precyzyjny opis przedmiotu zamówienia, To na wykonawcach zaś spoczywał, zgodnie z postanowieniem Tytuł X ust. 8 pkt 3 SIWZ, obowiązek sporządzenia oraz załączenia do oferty „kosztorysów ofertowych, opracowanych na podstawie załączonych do SIWZ przedmiarów robót.”

Należy zauważyć, iż z uwagi na ogólnikowość zarzutów Odwołującego, nie sposób odnieść się do wszystkich w sposób merytoryczny. Samo stwierdzenie w odwołaniu, iż brak udostępnienia wykonawcom kosztorysów szczegółowych miał spowodować to, iż opis przedmiotu zamówienia nie był wyczerpujący, jest gołosłowne i nie poparte żadnymi konkretnymi argumentami i dowodami. Co symptomatyczne, Odwołujący poprzestaje na ogólnikowym stwierdzeniu, iż rzekomo Zamawiający naruszył przepis art. 29, ust 1 ~P7.P, jednakże nie wskazuje na konkretne pozycje przedmiaru robót, które miałyby być sformułowane w taki sposób, iż uniemożliwiały sporządzenie oferty. Co istotne,, inni wykonawcy na podstawie. tychże przedmiarów złożyli prawidłowo sporządzone oferty, które nie podlegały odrzuceniu.

Przechodząc do dalszych zarzutów sformułowanych przez Odwołującego należy stwierdzić, iż przyznaje On, że przedstawił w ofercie materiały niezgodne z postanowieniami SIWZ. Jest to zatem pomiędzy stronami okoliczność, bezsporna. Odnosnie natomiast do przyczyn tychże niezgodności, należy wskazać co następuje. Bezpodstawny jest zarzut, iż Zamawiający w ofercie rzekomo naruszył zasady uczciwej konkurencji. Odwołujący się poza wskazaniem przepisu art. 29 ust 2 PZP nie powołuje konkretnie w jakich miejscach specyfikacja SIWZ miała rzekomo naruszać uczciwą konkurencję i w jaki sposób, o Rzekomo każdy z materiałów zaproponowanych przez Odwołującego się, który był niezgodny z SIWZ, jest materiałem „równoważnym”. W tym zakresie Odwołujący wielokrotnie podnosi to, iż zastosowane przez niego materiały cechują się w jego ocenie „wyższymi parametrami” jednakże w żadnym miejscu nie uzasadnia i nie udowadnia, jakie to parametry, dlaczego tenże produkt miałby być produktem o „wyższych parametrach” ze względu na potrzeby Zamawiającego itd. Co znamienne, Odwołujący się de facto „zastępuje” Zamawiającego wskazując arbitralnie, iż zaproponowane przez niego materiały, co prawda niezgodne z SIWZ, jednakże muszą zostać przez Zamawiającego przyjęte. Nie sposób jest zgodzić się z argumentacją, która jak w wielu poprzednich akapitach, również i tu z uwagi, na swą ogólnikowość, wymyka się ocenie merytorycznej. Zgodnie ze stanowiskiem zaprezentowanym w Wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 czerwca 2012 r. KIO 1144/12 „Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest postępowaniem sformalizowanym, Oznacza to, iż postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia są wiążące dla wykonawców w sposób bezwzględny” Wykonawcy zatem nie mogą dokonywać w sposób dla siebie dogodny zmian w materiałach, które mają zostać wykorzystane przy wykonywaniu przedmiotu przetargu.

X Ad. poz. 10 - kosztorys „Instalacje sanitarne”

Zamawiający wskazał dokładnie na konkretne pozycje z oferty Odwołującego się, które nie były zgodne z przedmiarami. Niezależnie od zastosowania materiałów niezgodnych z SIWZ, w kosztorysie ofertowym Odwołujący się nie zawarł kilku materiałów. Zamawiający słusznie wskazał więc, iż nie może dokonać uzupełnienia oferty Odwołującego się w tym zakresie, albowiem zmierzałoby to do wyceny tychże materiałów przez Zamawiającego, bądź do niedopuszczalnych na tym etapie negocjacji pomiędzy Zamawiającym a jednym z oferentów, które skutkować musiałyby, zmianą złożonej oferty. W tym zakresie należy odwołać się do tezy wyrażonej w Wyroku Krajowej Izby Odwoławczej % 19.03.2012, „O ile skorygowanie jednostki miary, ilości lub opisu pozycji jest nieistotną zmianą treści oferty, która może być poprawiona przez zamawiającego na podstawie art. 87 ust 2 pkt 3 ustawy ~ Prawo zamówień publicznych, to zmiana ceny jednostkowej stanowi zmianę istotną treści

oferty, której zamawiający nie może uwzględnić w trybie art. 87 ust 1 Pzp, ani poprawić jako omyłki na podstawie art. 87 ust 2 pkt 3 Pzp. Zamawiający może poprawić omyłki, jeśli czynność ta nie wymaga udziału" ze strony wykonawcy, tj. jeśli zamawiający do wykonania czynności nie wymaga oświadczenia od wykonawcy w danym zakresie". Zatem w przedmiotowej sprawie tym bardziej brak wielu materiałów w kosztorysie ofertowym nie może być traktowany zarówno jako oczywista omyłka pisarska, jak też inna omyłka, która mogłaby podlegać poprawieniu przez Zamawiającego. Dokonanie tychże poprawek wymagałoby złożenia przez Odwołującego oświadczeń woli co do sposobu dokonania poprawek, a zatem prowadziłoby do niedopuszczalnej zmiany oferty.

3. ad. 11 kosztorys „Instalacje sanitarne - Uzupelnienie 2" Podobnie sytuacja przedstawia się w zakresie niezgodności oferty Odwołującego się z SIWZ w pozycji nr 8 kosztorysu dotyczącej „Cokół pod czerpnie/ wyrzutnie dachową 680x655." Wbrew stanowisku Odwołującego się Zamawiający nie może uznać tejże niezgodności jako innej omyłki, którą mógłby poprawić, albowiem jej poprawienie wiązałoby się z uzupełnieniem oferty również w innych pozycjach, w tym w „Zestawieniu materiałów." Wreszcie niezgodności te nie sposób zakwalifikować jako oczywistych omyłek pisarskich/ gdyż nie są to omyłki „oczywiste." W tym zakresie należy odwołać się do jednomyślnego stanowiska doktryny, zgodnie z którym „W zakresie kategorii oczywistych omyłek pisarskich mieszczą się jedynie tego rodzaju niedokładności które są widoczne dla każdego, bez przeprowadzania jakiegokolwiek dodatkowej analizy, co oznacza, że ich poprawienie nie wywołuje zmiany treści oświadczenia woli wykonawcy to w sensie merytorycznym niezależnie od stopnia winy wykonawcy". (Janda Paweł, Pełczyński Piotr, Babiarz Stefan, Czarnik Zbigniew, Prawo zamówień publicznych.. Komentarz, s.704).

4. ad 12 „Architektura i Konstrukcja" pozycja 124

W zakresie niezgodności oferty z SIWZ w pozycji 124 należy wskazać, iż wbrew stanowisku Odwołującego, Zamawiający nie miał możliwości ustalenia na podstawie informacji znajdujących się w ofercie, jaka jest cena wywozu odpadów, stąd też poprawienie tejże „omyłki" nie może być dopuszczalne. W tym zakresie w całości odwołuję się do argumentacji przedstawionej w powyższym pkt 3 niniejszego pisma. W całości bezzasadna jest przy tym argumentacja Odwołującego się, iż „oczywisty charakter omyłki wynika w szczególności z porównania treści oferty Odwołującego z -pozostałymi dokumentami, w tym - przedmiarem" jak zostało wcześniej wykazane, oczywistość omyłki może wynikać wyłącznie z treści innych dokumentów oraz samej oferty, nie zaś z treści dokumentów pochodzących od Zamawiającego.

5. ad. 14 kosztorys „Architektura - Wyposażenie”

Kolejną niezgodnością pomiędzy SIWZ a ofertą Zamawiającego jest ujęcie w ofercie kosztów robocizny, podczas gdy jej wartość winna wynosić „0.” W tym zakresie należy podzielić w całej rozciągłości stanowisko Zamawiającego, iż niezgodnością z pewnością nie jest „oczywistą omyłką rachunkową!” Po raz kolejny odwołujący próbuje poprzez powołanie się na rzekome „omyłki/” usprawiedliwiać błędy i sprzeczności pomiędzy złożoną ofertą a SIWZ. Wpisanie wartości robocizny nie może zostać uznane za oczywistą omyłkę rachunkową, gdyż nie jest to błąd niezamierzony, polegający na błędnym dokonaniu działania matematycznego. W tym przypadku Odwołujący w sposób zamierzony nie tylko nie wpisał w pozycji „robocizna” kwoty „0” lecz wpisał inną kwotę, która w jego ocenie stanowić miała należne wynagrodzenia. Nie może zatem być to oczywista omyłka, rachunkowa. Oświadczenia Odwołującego się co do tego w jaki sposób, jakimi działaniami arytmetycznymi należy „poprawić” ofertę, było oświadczeniem woli, zmieniającym w istotnym zakresie treść oferty, W tym zakresie należy odwołać się do stanowiska zaprezentowanego w Wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 stycznia 2012 r. KIO 55/12, odnoszącego się do podobnego przedmiotu sporu. Izba stwierdza jednoznacznie, iż „W ocenie Izby powyższej niezgodności treści oferty Odwołującego z istotnymi - merytorycznymi wymogami SIWZ nie można poprawić w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Wskazany przepis zobowiązuje Zamawiającego do poprawienia oferty wykonawcy, jeśli spełnione są w tym. względzie określone wymogi opisane w dyspozycji wskazanego przepisu. Po pierwsze koniecznym, jest stwierdzenie, że mamy do czynienia z omyłkowym, tj. niezamierzonym, działaniem ze strony wykonawcy, który doprowadził do popełnienia błędu w ofercie, które to popełnienie błędu możemy stwierdzić w oparciu o samą treść oferty. Po drugie stwierdzony błąd w ofercie musi mieć charakter merytoryczny powodujący niezgodność treści, oferty z treścią SIWZ. Po trzecie zaś poprawienie tego nie może spowodować istotnych zmian w treści oferty. Zdaniem Izby w przedmiotowej sprawie nie możemy mówić o spełnieniu pierwszej z wymienionych przesłanek, tj. o omyłkowym działaniu wykonawcy, które możliwe byłoby do naprawy bez udziału wykonawcy i składania upływie terminu do składania, ofert odrębnego, a więc dodatkowego, a zarazem odmiennego niż złożone w treści oferty, oświadczenia woli. Słusznie wskazywał Zamawiający, że chcąc dokonać poprawienia oferty Odwołującego musiałby uzyskać od niego dodatkowe oświadczenie woli i tym samym prowadzić z Odwołującym niedozwolone negocjacje, co stanowiłoby naruszenie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. W oparciu o treść oferty Odwołującego nie sposób bowiem stwierdzić, czy kwota w poz. 1 formularza ofertowego jest prawidłowa, czy też jest prawidłowa kwota z poz. 2 formularza.” Podobnie we przedmiotowej sprawie w oparciu o treść oferty nie można ustalić jaka miała być prawidłowa kwota kosztów wywozu odpadów.

Reasumując powyższe Przystępujący wskazał, że każda z dokładnie wskazanych przez Zamawiającego niezgodności oferty Odwołującego z SIWZ stanowić może samodzielną podstawę do odrzucenia oferty „STEKOP” Spółka akcyjna, Wbrew stanowisku Odwołującego się Zamawiający nie może po upływie terminu do składania ofert w trybie negocjacji z danym, oferentem dokonywać zmian w treści składanych ofert z wyjątkiem enumeratywnie wskazanych przez ustawę sytuacji. W przedmiotowej sprawie wytknięte przez Zamawiającego niezgodności mogłyby zostać usunięte jedynie poprzez składanie -przez Odwołującego się stosownych oświadczeń woli, modyfikujących w sposób istotny złożoną ofertę. Takie działanie byłoby niezgodne z przepisem art. 87 ust. 1 PZP i naruszałoby podstawowe zasady postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, tj. równego i bezstronnego traktowania oferentów. Zatem Zamawiający w sposób prawidłowy odrzucił ofertę „STEKOP” Spółka akcyjna.

Na rozprawie Strony, jak również Przystępujący podtrzymali swoje stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, w tym po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, postanowieniami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, korespondencją prowadzoną w ramach przedmiotowego postępowania pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia, z ofertami złożonymi w postępowaniu przez Odwołującego i Przystępującego, jak również po zapoznaniu się z odwołaniem, odpowiedzią Zamawiającego na odwołanie, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba postanowiła oddalić wniosek przystępującego o odrzucenie odwołania, zgłoszony wraz z przystąpieniem. Przystępujący wskazał, iż ze względu na brak dołączenia wraz z odwołaniem aktualnego odpisu z rejestru KRS zostało ono wniesione przez podmiot nieuprawniony. W toku rozprawy zmodyfikował powyższy wniosek wskazując, że brak jest pewności, kto w dniu wniesienia odwołania jest uprawniony do reprezentowania

odwołującego, gdyż ta okoliczność przesądza o skutecznym wniesieniu środka ochrony prawnej. W jego ocenie wynika to z faktu, iż odpis aktualny KRS opatrzony jest datą 10.08.2012 r., zaś odwołanie wniesiono 11.09.2012 r.

Izba wskazuje, iż żaden z przepisów ustawy o Krajowym Rejestrze Sądowym nie wskazuje, jaka jest data ważności odpisu aktualnego z tego rejestru. Należy wskazać, iż w tym zakresie istnieje domniemanie, iż dokument ten zawiera aktualne dane i domniemanie to może być obalone jedynie przez dowód przeciwny wskazujący, iż doszło do zmiany danych ujawnionych w rejestrze lub zaszły inne okoliczności, które obligują zarejestrowany podmiot do ich aktualizacji. Tym samym aktualnym odpisem KRS można się posługiwać do momentu niezmienności danych w nim ujawnionych i tym samym to ta okoliczność przesądza o braku podstaw do posługiwania się takim dokumentem. Na uwagę w tym przedmiocie zasługuje interpelacja poselska z dnia 17 listopada 2010 r. nr 19391 do Ministra Sprawiedliwości dotycząca określenia ważności wypisu z KRS i innych dokumentów. W odpowiedzi na powyższą interpelację zostało wskazane m.in., iż jeżeli nie doszło do zmiany danych w rejestrze odpis aktualny może być ważny nawet przez czas nieokreślony, jak również, iż obecne i planowane możliwości dostępu do danych rejestrowych umożliwiają zainteresowanym podmiotom ich weryfikację. Wobec powyższego dostrzeżono, iż brak jest w tym zakresie konieczności zmiany przepisów.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody przez Odwołującego będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności. Wnosząc odwołanie wobec czynności odrzucenia oferty Odwołującego, która jest ofertą najkorzystniejszą ekonomicznie, ma on szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia, co przesądza o tym, iż doznał uszczerbku jego interes kwalifikowany możliwością poniesienia szkody.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności z treści ogłoszenia o zamówieniu, treści SIWZ wraz z załącznikami, ofert złożonych przez Odwołującego i Przystępującego oraz korespondencji prowadzonej pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielnie przedmiotowego zamówienia.

Izba dopuściła również dowody z dokumentów zawnioskowane przez Odwołującego w treści odwołania.

Izba postanowiła oddalić na podstawie art. 190 ust. 6 ustawy Pzp zgłoszony przez Odwołującego wniosek dowodowy o przesłuchanie świadka na okoliczność procedury sporządzenia kosztorysów ofertowych oraz woli odwołującego, co do zaoferowanego świadczenia w zakresie jego zgodności z treścią SIWZ. Wskazać należy, iż w kontekście podniesionych zarzutów pozbawiona znaczenia jest okoliczność realizowania procesu ofertowania w oparciu o wewnętrzną procedurę Odwołującego i tym samym za zbędne należy uznać wskazanie przebiegu procedury sporządzenia kosztorysów ofertowych. Ponadto powołanie świadka w celu wyjaśnienia procesów kosztorysowania, jako wymagającej wiedzy specjalistycznej jest niedopuszczalne, gdyż w tym zakresie adekwatny byłby dowód z opinii biegłego. W ocenie Izby w niniejszym stanie faktycznym brak jest konieczności prowadzenia postępowania dowodowego celem uzyskania informacji wymagających wiedzy specjalistycznej, gdyż w niniejszym stanie faktycznym ocena czynności zamawiającego sprowadza się do prawidłowości zastosowania instytucji uregulowanych w ustawie Pzp. Ocenie podlega ponadto zgodność oferty Odwołującego z treścią SIWZ. Dla dokonania powyższej oceny wystarczające jest zbadanie treści oferty złożonej przez Odwołującego oraz dokonanie analizy postanowień dokumentacji przetargowej, w tym treści SIWZ. W zakresie drugiej tezy należy wskazać, iż świadek zeznaje co do faktów i brak jest możliwości przeprowadzenia dowodu na okoliczność istnienia lub braku istnienia woli określonego podmiotu.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, iż postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego o wartości poniżej kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W drugiej kolejności Izba ustaliła, iż Zamawiający w rozdziale III. SIWZ zatytułowanym „opis przedmiotu zamówienia” w pkt 1 akapit 3 wskazał, iż: „Przedmiot zamówienia należy wykonać zgodnie z dokumentacją projektową oraz specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót”. W pkt 2 rozdziału III SIWZ zostało ponadto wskazane, iż: „Powyższe informacje mają charakter ogólny, zaś szczegółowy zakres przedmiotu zamówienia określają: projekt budowlany, specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót oraz przedmiary robót, zgodnie z poniższym wykazem: (...)”.

W trzeciej kolejności Izba ustaliła, iż Zamawiający w rozdziale III. SIWZ zatytułowanym „opis przedmiotu zamówienia” w ostatnim zdaniu pkt 5 wskazał, iż: „Przedmiary zawarte w załącznikach nr 1 – 13 do SIWZ są podstawą do opracowania kosztorysu ofertowego, który Wykonawca załączy do Formularza ofertowego. Kosztorys ofertowy będzie sprawdzony przez Zamawiającego w zakresie zgodności z przedmiarami robót”.

Następnie Izba ustaliła, iż Zamawiający w rozdziale X SIWZ zatytułowanym „Opis sposobu przygotowania oferty” w pkt 8 ppkt 3 wskazał, iż oferta powinna zawierać następujące dokumenty i informacje (...): kosztorysy ofertowe, opracowane na podstawie załączonych do SIWZ przedmiarów robót, odrębnie dla poszczególnych przedmiarów, wraz z zestawieniem zbiorczym kosztów, wynikających z tych kosztorysów oraz ceną oferty.

W dalszej kolejności Izba ustaliła, iż w rozdziale XI SIWZ zatytułowanym „Opis sposobu obliczenia ceny ofertowej” wskazał w pkt 2 sposób przedstawienia ceny: „Wykonawca powinien podać jednoznacznie określoną wartość wynagrodzenia (należy określić wartość netto bez podatku VAT oraz wartość brutto z podatkiem VAT) żądanego za wykonanie całości przedmiotu zamówienia, określonego niniejszą Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia oraz za poszczególne branże, zgodnie z załączonymi przedmiarami”.

Izba ustaliła, iż Zamawiający w § 12 wzoru umowy (załącznik nr 20 do SIWZ) zatytułowanym „Wynagrodzenie” w ust. 1 wskazał, że: „Strony ustalają, że obowiązującą je formą wynagrodzenia za wykonanie Przedmiotu Umowy jest wynagrodzenie kosztorysowe, ustalone wstępnie w oparciu o sporządzone przez Zamawiającego przedmiary robót oraz stałe ceny jednostkowe, wynikające z oferty wraz z kosztorysem ofertowym Wykonawcy, stanowiącym załącznik nr do niniejszej Umowy, w następującej wysokości: netto zł (słownie: zł), podatek VAT: zł (słownie: zł), brutto zł (słownie: zł)”. W § 12 ust. 6 wzoru umowy (załącznik nr 20 do SIWZ) zostało ponadto wskazane, że: „Ostateczna wysokość wynagrodzenia ustalona zostanie na podstawie kosztorysu powykonawczego opracowanego przez wykonawcę w oparciu o ceny jednostkowe wynikające z oferty i kosztorysu ofertowego oraz zakres faktycznie zrealizowanych robót, wynikających z dokonanych obmiarów powykonawczych (...).”

Izba ustaliła, iż w toku postępowania Zamawiający w piśmie z dnia 31 maja 2012 r. (znak 1270/WZ/2012) udzielił odpowiedzi na następujące pytanie nr 81 zadane przez jednego z wykonawców: „(...) proszę o udostępnienie kosztorysów szczegółowych nie zawierających cen. Wykonawcy dysponują jedynie przedmiarem i zestawieniem materiałów, co może prowadzić do rozbieżności w poszczególnych pozycjach kosztorysowych”. Odpowiedź na to pytanie brzmiała: „W ofercie należy ująć zakres opisany dokumentacją przetargową zgodnie z załączonymi przedmiarami.”

Następnie Izba ustaliła, iż Zamawiający wraz ze SIWZ przekazał wykonawcom przedmiary robót, obejmujące m.in. „Instalacje sanitarne”; „Architektura i konstrukcje”; „Architektura – wyposażenie” oraz w ramach uzupełnienia „Instalacje sanitarne – uzupełnienie 2”.

W przedmiarach dotyczących „Instalacji sanitarnych” zostały ujęte następujące materiały w następujących pozycjach:

Poz. 15 – wentylatory osiowe MURO 150T;

Poz. 21 – izolacja o grub. 50-70 mm wełną mineralną pod siatka drucianą rurociągów o śr. 160 mm;

Poz. 22 - izolacja o grub. 50-70 mm wełną mineralną pod siatka drucianą rurociągów o śr. 200 i 315 mm;

Poz. 23 – izolacja o grub. 50 mm elementami z wełny mineralnej w oplocie z siatki drucianej powierzchni płaskich kanałów A/I;

Poz. 34 – obudowa kanałów wentylacyjnych płytami gipsowo – kartonowymi na rusztach metalowych pojedynczych belek i podciągów, jednowarstwowa 50 – 01;

Poz. 38 - izolacja o grub. 50-70 mm wełną mineralną pod siatka drucianą rurociągów o śr. 315 mm;

Poz. 39 – izolacja o grub. 50 mm elementami z wełny mineralnej w oplocie z siatki drucianej powierzchni płaskich kanałów A/I;

Poz. 46 – instalacja ciepła technologicznego – rurociągi PE-RT/AL./PE-RT o śr. 20x2,3 mm na ścianach budynków;

Poz. 49 – obudowa kanałów wentylacyjnych płytami gipsowo – kartonowymi na rusztach metalowych pojedynczych belek i podciągów, jednowarstwowa 50 – 01;

Poz. 95 – przewody wentylacyjne z blachy stalowej, prostokątne, typ A/I o obwodzie do 1000 mm – udział kształtek do 55%;

Poz. 96 - przewody wentylacyjne z blachy stalowej, prostokątne, typ A/I o obwodzie do 1400 mm – udział kształtek do 55%;

Poz. 97 - przewody wentylacyjne z blachy stalowej, prostokątne, typ A/I o obwodzie do 1800 mm – udział kształtek do 55%;

Poz. 98 – kratki wentylacyjne typ A lub N o obw. do 1400 mm – do przewodów stalowych i aluminiowych;

Poz. 103 – anemostaty o wymiarze 595x595 mm typ PKA315+skrzynka rozpór MBT-0;

Poz. 114 – izolacja o gr. do 50 mm elementami wełny mineralnej w oplocie z siatki drucianej powierzchni płaskich kanałów A/I;

Poz. 115 - izolacja o grub. 50-70 mm wełną mineralną pod siatka drucianą rurociągów o śr. 125 mm;

Poz. 126 - obudowa kanałów wentylacyjnych płytami gipsowo – kartonowymi na rusztach metalowych pojedynczych belek i podciągów, jednowarstwowa 50 – 01;

Poz. 129 - przewody wentylacyjne z blachy stalowej, prostokątne, typ A/I o obwodzie do 600 mm – udział kształtek do 55%;

Poz. 130 - przewody wentylacyjne z blachy stalowej, prostokątne, typ A/I o obwodzie do 1000 mm – udział kształtek do 55%;

Poz. 133 - obudowa kanałów wentylacyjnych płytami gipsowo – kartonowymi na rusztach metalowych pojedynczych belek i podciągów, jednowarstwowa 50 – 01;

Poz. 136 - przewody wentylacyjne z blachy stalowej, prostokątne, typ A/I o obwodzie do 600 mm – udział kształtek do 55%;

Poz. 139 - obudowa kanałów wentylacyjnych płytami gipsowo – kartonowymi na rusztach metalowych pojedynczych belek i podciągów, jednowarstwowa 50 – 01;

Poz. 142 - przewody wentylacyjne z blachy stalowej, prostokątne, typ A/I o obwodzie do 600 mm – udział kształtek do 55%;

Poz. 143 - przewody wentylacyjne z blachy stalowej, prostokątne, typ A/I o obwodzie do 1000 mm – udział kształtek do 55%;

Poz. 171 – izolacja rurociągów śr. 16 mm otulinami Teramflex FRZ – jednowarstwowymi gr. 9 mm (E);

Poz. 172 - izolacja rurociągów śr. 25 mm otulinami Teramflex FRZ – jednowarstwowymi gr. 9 mm (E);

Poz. 194 – próba szczelności instalacji wodociągowych z rur żeliwnych, stalowych i miedzianych w budynkach niemieszkalnych (rurociąg o śr. do 65 mm);

Poz. 198 – izolacja rurociągów śr. 50x6,9 mm otulinami Termaflex FRZ – jednowarstwowymi gr. 9 mm (E);

Poz. 199 – izolacja rurociągów śr. 40 mm otulinami Termaflex FRZ – jednowarstwowymi gr. 9 mm (E);

Poz. 201 – izolacja rurociągów śr. 20 mm otulinami Termaflex FRZ – jednowarstwowymi gr. 9 mm (E);

Poz. 221 – jednostka wewnętrzna FXUQ125MA.

Przedmiar „instalacje sanitarne – uzupełnienie 2”:

Poz. 8 – „cokół pod czepnię/wyrzutnię dachową 680x655”.

Przedmiar ogólnobudowlany, architektoniczny i konstrukcyjny:

Poz. 124 – opłata na wysypisku.

Przedmiar „wyposażenie” zawiera w szczególności jedynie wyszczególnienie materiałów bez kosztów robocizny.

Odwołujący się wykonawca w złożonej ofercie przedłożył kosztorysy ofertowe sporządzone w oparciu o załączone przez Zamawiającego przedmiary robót.

W kosztorysach sporządzonych metodą szczegółową obejmujących branżę „Instalacji sanitarnych” (str. 248 – 351 oferty Odwołującego) zostały ujęte następujące materiały w następujących pozycjach:

Poz. 15 – wentylator MURO 150T;

Poz. 21 – otuliny Thermaflex FRZ gr. 9 mm, siatka tkana Rabitza, oczka 10x10 śr. 0,8-0,9 mm;

Poz. 22 - otuliny Thermaflex FRZ gr. 9 mm, siatka tkana Rabitza, oczka 10x10 śr. 0,8-0,9 mm;

Poz. 23 – otuliny Thermaflex FRZ gr. 9 mm, siatka tkana Rabitza, oczka 10x10 śr. 0,8-0,9 mm;

Poz. 34 – płyty gipsowo – kartonowe, kształtowniki stalowe profilowane U-50x0,60, kołki do wstrzeliwania, blachowkręty, gips szpachlowy, płyty z wełny mineralnej;

Poz. 38 - otuliny Thermaflex FRZ gr. 9 mm, siatka tkana Rabitza, oczka 10x10 śr. 0,8-0,9 mm;

Poz. 39 - otuliny Thermaflex FRZ gr. 9 mm, siatka tkana Rabitza, oczka 10x10 śr. 0,8-0,9 mm;

Poz. 46 - rury PE-RT/AL./PE-RT o śr. 20x2,3 mm, kształtki PE-RT/AL./PE-RT o śr. 20x2,3 mm, uchwyty do rur PE-RT/AL./PE-RT o śr. 20x2,3 mm;

Poz. 49 – płyty gipsowo – kartonowe, kształtowniki stalowe profilowane U-50x0,60, kształtownika stalowe profilowane C-50x0.60, kołki do wstrzeliwania, blachowkręty, gips szpachlowy, płyty z wełny mineralnej;

Poz. 95 – przewody (prostki) wentylacyjne prostokątne typ A/I z blachy stalowej cynkowanej o obwodzie 1000mm, kształtki wentylacyjne prostokątne typ A/I z blachy stalowej cynkowanej o obwodzie 1000mm, podpory kanałów (przewodów) wentylacyjnych typ A o obwodzie do 1000 m, uszczelki gumowe do przewodów wentylacyjnych prostokątnych o obwodzie do 1000 mm;

Poz. 96 - przewody (prostki) wentylacyjne prostokątne typ A/I z blachy stalowej cynkowanej o obwodzie 1400mm, kształtki wentylacyjne prostokątne typ A/I z blachy stalowej cynkowanej o obwodzie 1400mm, podpory kanałów (przewodów) wentylacyjnych typ A o obwodzie do 1400 m, uszczelki gumowe do przewodów wentylacyjnych prostokątnych o obwodzie do 1400 mm, podkładki amortyzacyjne z płyty gumowej o gr. 5 mm, śruby stalowe zgrubne z

łbem sześciokątnym z gwintem na całej długości z nakrętkami i podkładkami M8 o długości do 50 mm;

Poz. 97 - przewody (prostki) wentylacyjne prostokątne typ A/I z blachy stalowej cynkowanej o obwodzie 1800mm, kształtki wentylacyjne prostokątne typ A/I z blachy stalowej cynkowanej o obwodzie 1800mm, podpory kanałów (przewodów) wentylacyjnych typ A o obwodzie do 1800 m, uszczelki gumowe do przewodów wentylacyjnych prostokątnych o obwodzie do 1800 mm, podkładki amortyzacyjne z płyty gumowej o gr. 5 mm, śruby stalowe zgrubne z łbem sześciokątnym z gwintem na całej długości z nakrętkami i podkładkami M8 o długości do 50 mm;

Poz. 98 – kratki wentylacyjne typ A o obw. do 1400 mm, uszczelki gumowe do przewodów wentylacyjnych prostokątnych o obwodzie do 1400 mm, wkręty stalowe samogwintujące do blach z łbem stalowym śr. 6,3 mm o dług. do 45 mm;

Poz. 103 – analogia - anemostaty o wymiarze 595x595 mm typ PKA315+skrzynka rozpór MBT-0;

Poz. 114 – otuliny Thermaflex FRZ gr. 9 mm, siatka tkana Rabitza, oczka 10x10 śr. 0,8-0,9 mm;

Poz. 115 - otuliny Thermaflex FRZ gr. 9 mm, siatka tkana Rabitza, oczka 10x10 śr. 0,8-0,9 mm;

Poz. 126 - płyty gipsowo – kartonowe, kształtowniki stalowe profilowane U-50x0,60, kształtownika stalowe profilowane C-50x0.60, kołki do wstrzeliwania, blachowkręty, gips szpachlowy, płyty z wełny mineralnej;

Poz. 129 – przewody (prostki) wentylacyjne prostokątne typ A/I z blachy stalowej cynkowanej o obwodzie 600mm, kształtki wentylacyjne prostokątne typ A/I z blachy stalowej cynkowanej o obwodzie 600mm, podpory kanałów (przewodów) wentylacyjnych typ A o obwodzie do 600 m, uszczelki gumowe do przewodów wentylacyjnych prostokątnych o obwodzie do 600 mm, podkładki amortyzacyjne z płyty gumowej o gr. 5 mm, śruby stalowe zgrubne z łbem sześciokątnym z gwintem na całej długości z nakrętkami i podkładkami M8 o długości do 50 mm;

Poz. 130 - przewody (prostki) wentylacyjne prostokątne typ A/I z blachy stalowej cynkowanej o obwodzie 1000mm, kształtki wentylacyjne prostokątne typ A/I z blachy stalowej cynkowanej o obwodzie 1000mm, podpory kanałów (przewodów) wentylacyjnych typ A o obwodzie do 1000 m, uszczelki gumowe do przewodów wentylacyjnych prostokątnych o obwodzie do 1000 mm, podkładki amortyzacyjne z płyty gumowej o gr. 5 mm, śruby stalowe zgrubne z łbem sześciokątnym z gwintem na całej długości z nakrętkami i podkładkami M8 o długości do 50 mm;

Poz. 133 - płyty gipsowo – kartonowe, kształtowniki stalowe profilowane U-50x0,60, kształtownika stalowe profilowane C-50x0.60, kołki do wstrzeliwania, blachowkręty, gips szpachlowy, płyty z wełny mineralnej;

Poz. 136 - przewody (prostki) wentylacyjne prostokątne typ A/I z blachy stalowej cynkowanej o obwodzie 600mm, kształtki wentylacyjne prostokątne typ A/I z blachy stalowej cynkowanej o obwodzie 600mm, podpory kanałów (przewodów) wentylacyjnych typ A o obwodzie do 600 m, uszczelki gumowe do przewodów wentylacyjnych prostokątnych o obwodzie do 600 mm, podkładki amortyzacyjne z płyty gumowej o gr. 5 mm, śruby stalowe zgrubne z łbem sześciokątnym z gwintem na całej długości z nakrętkami i podkładkami M8 o długości do 50 mm;

Poz. 139 - płyty gipsowo – kartonowe, kształtowniki stalowe profilowane U-50x0,60, kształtownika stalowe profilowane C-50x0.60, kołki do wstrzeliwania, blachowkręty, gips szpachlowy, płyty z wełny mineralnej;

Poz. 142 - przewody (prostki) wentylacyjne prostokątne typ A/I z blachy stalowej cynkowanej o obwodzie 600mm, kształtki wentylacyjne prostokątne typ A/I z blachy stalowej cynkowanej o obwodzie 600mm, podpory kanałów (przewodów) wentylacyjnych typ A o obwodzie do 600 m, uszczelki gumowe do przewodów wentylacyjnych prostokątnych o obwodzie do 600 mm, podkładki amortyzacyjne z płyty gumowej o gr. 5 mm, śruby stalowe zgrubne z łbem sześciokątnym z gwintem na całej długości z nakrętkami i podkładkami M8 o długości do 50 mm;

Poz. 143 - przewody (prostki) wentylacyjne prostokątne typ A/I z blachy stalowej cynkowanej o obwodzie 1000mm, kształtki wentylacyjne prostokątne typ A/I z blachy stalowej cynkowanej o obwodzie 1000mm, podpory kanałów (przewodów) wentylacyjnych typ A o obwodzie do 1000 m, uszczelki gumowe do przewodów wentylacyjnych prostokątnych o obwodzie do 1000 mm, podkładki amortyzacyjne z płyty gumowej o gr. 5 mm, śruby stalowe zgrubne z łbem sześciokątnym z gwintem na całej długości z nakrętkami i podkładkami M8 o długości do 50 mm;

Poz. 171 – otuliny Teramflex FRZ gr. 9 mm, klej Thermaflex 474, taśma Thermatape FR 3x50 mm, klipsy montażowe Thermaclips;

Poz. 172 - otuliny Teramflex FRZ gr. 9 mm, klej Thermaflex 474, taśma Thermatape FR 3x50 mm, klipsy montażowe Thermaclips;

Poz. 194 – próba szczelności instalacji wodociągowych z rur żeliwnych, stalowych i miedzianych w budynkach niemieszkalnych (rurociąg o śr. do 65 mm) – zawory przelotowe proste mosiężne śr. 15 mm, zawory zwrotne przelotowe mosiężne śr. 15 mm;

Poz. 198 – otuliny Teramflex FRZ gr. 9 mm, klej Thermaflex 474, taśma Thermatape FR 3x50 mm, klipsy montażowe Thermaclips;

Poz. 199 – otuliny Teramflex FRZ gr. 9 mm, klej Thermaflex 474, taśma Thermatape FR 3x50 mm, klipsy montażowe Thermaclips;

Poz. 201 – otuliny Teramflex FRZ gr. 9 mm, klej Thermaflex 474, taśma Thermatape FR 3x50 mm, klipsy montażowe Thermaclips;

Poz. 221 – jednostka wewnętrzna FXUQ125MA+BEVQ125MA.

Kosztorys „instalacje sanitarne – uzupełnienie 2” w poz. 8 (kosztorys uproszczony oraz wersja szczegółowa): specyfikuje „cokół pod czerpnię/wyrzutnię dachową 880x555” (str. 368 oraz 372 oferty Odwołującego).

Kosztorys ogólnobudowlany, architektoniczny i konstrukcyjny (str. 452 oferty Odwołującego) zawiera pod poz. 124 (opłata na wysypisku) wycenę materiału w postaci masy uszczelniającej silikonowej.

Kosztorys „wyposażenie” (str. 539 – 548 oferty Odwołującego) zawiera w szczególności szczegółowej wycenę robocizny w sumarycznej wartości 5.773,23 zł brutto.

Zamawiający pismem z dnia 08.08.2012 r. wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie stwierdzonych omyłek. Zwrócił się m.in. o wyjaśnienie w następującym zakresie:

Pkt 10 – kosztorysy „Instalacje sanitarne” poz. 15, 21-23, 34, 38, 39, 46, 49, 95-98, 103, 114, 115, 126, 129, 130, 133, 136, 139, 142, 143, 171, 172, 194, 198, 199, 201 i 221 – zastosowano inne materiały niezgodne z przedmiarami,

Pkt 11 – kosztorysy „Instalacje sanitarne – Uzupełnienie 2” poz. 8 – niezgodny opis pozycji i użytych materiałów,

Pkt 12 – kosztorys :Architektura i konstrukcja” – poz. 124 – powinna być wykazana opłata za wysypisko, natomiast jest wyceniona masa uszczelniająca,

Pkt 14 – ceny wyposażenia są zbyt niskie jak na wymagany wysoki standard,

Pkt 15 – zestawienie R powinno być równe 0, a jest inne, co jest niezgodne z przedmiarami.

W odpowiedzi na powyższe Odwołujący pismem z dnia 13.08.2012 r. wskazał m.in., że:

Ad. 10. Zamawiający nie precyzuje, które materiały podane w ofercie są niezgodne. Prosimy o wskazanie, których materiałów to dotyczy, gdyż w poszczególnych pozycjach występuje wiele materiałów lub uznanie tego zastrzeżenia jako nieistotnego w świetle powyższych wyjaśnień. Zamawiający nie udostępnił kosztorysów szczegółowych z dokładnym wyszczególnieniem materiałów w poszczególnych pozycjach kosztorysowych. Wszystkie

niezbędne materiały zostały uwzględnione w pozycjach kosztorysowych wg. Wytycznych Zamawiającego, a jeśli ich nie było, wg. naszego uznania. Dotyczy to głównie materiałów pomocniczych niewielkiej lub szcążkowej wartości, np. dotyczy to wody. W odniesieniu do zastrzeżenia o zastosowaniu innych materiałów niż podane w przedmiarach oświadczamy, że zmiany polegały na zastosowaniu materiałów o parametrach wyższych niż przewidywał to przedmiar, np. w pozycjach 171, 172, 198, 199, 200, 201 zamiast wełny mineralnej wprowadziliśmy otulinę Thermaflex.

Ad. 11. Oczywista omyłka pisarska, opis powinien być zgodny z przedmiarami.

Ad. 12. Poz. 124 – oczywista omyłka pisarska, opis powinien być zgodny z przedmiarami, tj. „opłata za wysypisko”.

Ad. 14. Niezgodność należy traktować jako oczywistą omyłkę pisarską, wartość zestawienia R powinna być zgodna z przedmiarami, tj. „0” – wyrażamy zgodę na poprawienie omyłki. Po zmianie pozycji robocizny „0” wartość wyposażenia będzie właściwa dla jego standardu.

Zamawiający pismem z dnia 06.09.2012 r. zatytułowanym „zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty” wskazał, iż za najkorzystniejszą ofertę została uznana oferta złożona przez wykonawcę Centrum Badawczo – Produkcyjno – Usługowe CECOMM S.A. W odniesieniu do oferty Odwołującego wskazał, iż „Zamawiający stwierdził występowanie w ofercie uchybień (wykaz – pismo nr wych. 1889/WZ/2012 z 09.08.2012 r.), z których większość po wyjaśnieniach Wykonawcy (pismo z 13.08.2012 r.) uznał za możliwe do poprawienia na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 1 – 3 Pzp. Jednakże niektóre ze stwierdzonych uchybień nie mogą być zakwalifikowane jako możliwe do poprawienia omyłki, lecz stanowią błędy polegające na niezgodności treści oferty z treścią SIWZ. Dotyczy to następujących pozycji z przesłanego Wykonawcy wykazu:

- poz. 10 – kosztorysy „Instalacje sanitarne” poz. 15, 21-23, 34, 38, 39, 46, 49, 95-98, 103, 114, 115, 126, 129, 130, 133, 136, 139, 142, 143, 171, 172, 194, 198, 199, 201 i 221 – zastosowano inne materiały niezgodne z przedmiarami, a ponadto w kosztorysie ofertowym nie występują następujące materiały: konstrukcja wsporcza ze stali kształtowej i blachy, płyty z wełny mineralnej Isover PT80 gr. 50 mm oraz taśma spoinowa – Zamawiający nie może zmienić lub dopisać materiałów, gdyż wiązałoby się to z dokonaniem ich wyceny przez Zamawiającego,

Poz. 11 – kosztorysy „Instalacje sanitarne – Uzupełnienie 2” poz. 8 – zastosowano materiał niezgodny z przedmiarem zamiast „Cokół pod czerpnię/wyrzutnię dachową 680x655 mm” zastosowano „Cokół pod czerpnię/wyrzutnię dachową 880x555 mm”. Zamawiający nie może dokonać poprawy, gdyż brak jest tego materiału w „Zestawieniu materiałów”, co wiązałoby się z wyceną tego materiału,

Poz. 12 – kosztorys :Architektura i konstrukcja” – poz. 124 – powinna być wykazana opłata za wysypisko, natomiast jest wyceniona masa uszczelniająca silikonowa. Zamawiający nie może poprawić omyłki, gdyż z oferty nie można uzyskać informacji o koszcie wywieżenia tych odpadów,

Poz. 14 – kosztorysy „Architektura – wyposażenie” – wszystkie pozycje kosztorysu – wartość robocizny powinna być równa „0”, a są wstawione wartości. Zamawiający nie może uznać tego, jak proponuje Wykonawca, za oczywistą omyłkę pisarską, a ponadto zmniejszenie kwoty za wyposażenie skutkowałoby obniżeniem jego standardu, podczas gdy Zamawiający w SIWZ wymagał „wysokiego standardu wyposażenia”.

Wskazane powyżej błędy powodują niezgodność oferty z SIWZ i skutkują odrzuceniem oferty nr 3 na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Ponadto należy zaznaczyć, że oferta nr 3 zawiera znaczną liczbę „innych omyłek” powodujących konieczność dokonania przez Zamawiającego zmiany zapisów i przeliczenia wielu pozycji kosztorysowych (a nawet całego kosztorysu). Konieczne z tego powodu zmiany w ofercie w istocie byłyby istotnymi zmianami zarówno z punktu widzenia skutków tych zmian jak i ich ilości, co powoduje, że wykraczają one poza przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 mówiący o „... niepowodowaniu istotnych zmian w treści oferty”.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

I. W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie pełnego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia, w tym w szczególności poprzez zaniechanie udostępnienia kosztorysów szczegółowych z dokładnym wyszczególnieniem materiałów, które powinny zostać uwzględnione w poszczególnych pozycjach kosztorysowych, oraz poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję Izba wskazuje, iż brak jest podstaw do rozpoznania i tym samym do uwzględnienia powyższych zarzutów.

W pierwszej kolejności należy wskazać, iż art. 180 ust. 2 pkt 1 – 4 ustawy Pzp wskazuje zamknięty katalog czynności, które mogą być przedmiotem zaskarżenia w postępowaniach, których wartość jest mniejsza od kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Czynność sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia nie mieści się w powyższym katalogu, a zatem nie może być przedmiotem zaskarżenia i tym samym merytorycznego rozpoznania przez Izbę.

Jedynie ma marginesie Izba pragnie wskazać, iż w ramach postępowania, którego przedmiotem są roboty budowlane Zamawiający, zgodnie z postanowieniami Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót

budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (Dz. U. z 2004 r. Nr 202, poz. 2072 z późn. zm.), wydanego na podstawie delegacji ustawowej zawartej w art. 31 ust. 4 ustawy Pzp opisuje przedmiot zamówienia przy użyciu dokumentacji projektowej. Zgodnie z § 4 ust. 1 ww. rozporządzenia dokumentacja projektowa, służąca do opisu przedmiotu zamówienia na wykonanie robót budowlanych, dla których jest wymagane uzyskanie pozwolenia na budowę, składa się w szczególności z: projektu budowlanego w zakresie uwzględniającym specyfikę robót budowlanych, projektów wykonawczych, przedmiaru robót oraz informacji dotyczącej bezpieczeństwa i ochrony zdrowia, w przypadkach gdy jej opracowanie jest wymagane na podstawie odrębnych przepisów. Tym samym brak szczegółowych kosztorysów nie stanowi wady opisu przedmiotu zamówienia. Ponadto, jak wskazał w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający, sporządzenie szczegółowych kosztorysów i ich załączenie do oferty jest obowiązkiem wykonawców w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Na marginesie również należy wskazać, iż wykonawca miał możliwość poinformowania Zamawiającego o niezgodnej z przepisami ustawy czynności na podstawie art. 181 ust. 1 ustawy Pzp, jak również mógł wnieść w tym przedmiocie zapytania na podstawie art. 38 ust. 1 ustawy Pzp – z których to instytucji nie skorzystał w toku postępowania.

Biorąc pod uwagę powyższe brak jest podstaw do rozpoznania i uwzględnienia powyższych zarzutów.

II. W odniesieniu do zarzutów naruszenia przez Zamawiającego art. 87 ust. 2 pkt 1, 2 oraz 3 ustawy Pzp na skutek jego niezastosowania i zaniechania poprawienia oferty Odwołującego w sytuacji, gdy przepisy ustawy to nakazują oraz bezpodstawne uznanie, że oferta Odwołującego, zawierająca oczywiste omyłki, jest niezgodna z treścią SIWZ Izba uznała, iż zarzut powyższy zasługuje jedynie na częściowe uwzględnienie.

Izba wskazuje, iż w całości podziela wskazane w treści odwołania ogólne wytyczne odnoszące się do czynności poprawienia oczywistych omyłek pisarskich i rachunkowych, w tym tezy zawartej w uzasadnieniu przywołanego przez Odwołującego wyroku Zespołu Arbitrów z dnia 21 kwietnia 2006 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-199451).

Potwierdzeniem powyższych założeń w stosowaniu instytucji uregulowanej w art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp jest również wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 kwietnia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 418/09). Wskazany wyrok porusza kwestię oczywistej omyłki, wskazując, iż za taką można uznać, jeżeli jej dostrzeżenie: „Jest bezsporne, nie budzące wątpliwości, widoczne na pierwszy rzut oka, ma postać niedokładności przypadkowej, polegającej na przeoczeniu”, jak również, że: „Oczywista omyłka pisarska, której dopuścili się odwołujący, jest możliwa do poprawy bez odwoływania się do innych, niż oferta,

dokumentów". W tym miejscu Izba wskazuje, iż nie tylko sama treść oferty może być pomocna dla celów identyfikacji oraz poprawienia oczywistych omyłek pisarskich, rachunkowych lub innych omyłek, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp lecz w szczególności treść SIWZ, w stosunku do której na mocy art. 82 ust. 3 ustawy Pzp oferta winna być badana i oceniana pod względem zgodności. W zakresie możliwości jej poprawienia na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp decyduje okoliczność, czy czynność ta nie doprowadzi do istotnej zmiany treści oferty. W takim wypadku należy bowiem ocenić jej wpływ na treść tej ostatniej, rozmiar i wagę (znaczenie) dla całokształtu oświadczenia woli.

Ponadto, jak słusznie wskazał w toku rozprawy Przystępujący, to nie procentowa ilość wadliwych pozycji decyduje o możliwości zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, lecz zakres i waga odstępstwa i niezgodności merytorycznej treści oferty z treścią SIWZ.

W ramach przedmiotowego postępowania okolicznością bezsporną, przyznaną przez Odwołującego, jak również nie kwestionowaną przez Zamawiającego i Przystępującego było zaoferowanie w ofercie STEKOP S.A. odmiennych pozycji materiałowych w kosztorysach „Instalacje sanitarne”; „Instalacje sanitarne – uzupełnienie 2”. Odwołujący nie kwestionował, co do zasady istnienia wskazanych przez Zamawiającego w piśmie z dnia 06.09.2012 r. (zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty) nieprawidłowości w sporządzeniu kosztorysu ofertowego. Wnosił jedynie o odmienną ich kwalifikację i uznanie ich za oczywiste omyłki pisarskie lub inne omyłki w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 1 i 3 ustawy Pzp.

1. W odniesieniu do kwestii zastosowania w kosztorysach ofertowych dotyczących branży „Instalacje sanitarne”, złożonych wraz z ofertą Odwołującego odmiennych niż wskazane w przedmiarach materiałów Izba wskazuje, iż brak jest podstaw do poprawienia oferty Odwołującego w tym zakresie.

Powyższe należy w szczególności odnieść do zmiany przez Odwołującego izolacji wełną mineralną rurociągów oraz powierzchni płaskich i zastąpienie tego materiału otuliną Themaflex (poz. 21 – 23, 38, 39, 114 oraz 115). Zdaniem Odwołującego materiał ten jest materiałem równoważnym wobec narzuconemu w przedmiarach robót i posiada lepsze parametry techniczne od wskazanego w dokumentacji postępowania. W ocenie Izby, jak wynika z rozdziału III SIWZ zatytułowanego „opis przedmiotu zamówienia” w ostatnim zdaniu pkt 5 zostało wskazane, iż: „Przedmiary zawarte w załącznikach nr 1 – 13 do SIWZ są podstawą do opracowania kosztorysu ofertowego, który Wykonawca załączy do Formularza ofertowego. Kosztorys ofertowy będzie sprawdzony przez Zamawiającego w zakresie zgodności z przedmiarami robót”. Izba ustaliła również, co potwierdził w toku rozprawy

Zamawiający, iż nie dopuścił on wprost możliwości zastosowania materiałów równoważnych. Jednakże w tym zakresie Odwołujący nie wskazał sposobu poprawienia swojej oferty wskazując jedynie w treści odwołania, iż brak kosztorysów szczegółowych uniemożliwił sporządzenia oferty i tym samym negował samą niezgodność treści oferty z treścią SIWZ. W jego ocenie materiały te są równoważne i wystarczające do wykonania przedmiotu zamówienia zgodnego z treścią SIWZ. W ocenie Izby brak jest możliwości zastosowania w odniesieniu do zmienionych pozycji kosztorysu :Instalacje sanitarne” instytucji uregulowanej w art. 87 ust. 2 pkt 1 – 3 ustawy Pzp. Wyjaśnienia Odwołującego wskazują, iż nie mamy tutaj do czynienia z omyłką, lecz działaniem celowym polegającym na świadomej zmianie materiałów. Sam Odwołujący nie zaproponował sposobu poprawienia tych pozycji, jak również nie wykazał ich równoważności.

W odniesieniu do pozostałych pozycji kosztorysowych, wskazanych w piśmie Zamawiającego zawierającym informację o wyborze oferty najkorzystniejszej Izba nie doszukała się rozbieżności pomiędzy przedmiarami a kosztorysem ofertowym. Należy w tym miejscu wskazać, iż sam opis pozycji nie musi uwzględniać wszystkich elementów składających się na ten element robót i wobec powyższego wyspecyfikowanie materiałów dla każdej pozycji wymusza analizę pod kątem prawidłowości konstrukcji pozycji kosztorysowej. Dla przykładu poz. 34 obejmująca obudowy kanałów wentylacyjnych płytami gipsowo – kartonowymi na rusztach metalowych pojedynczych belek i podciągów zawiera w zakresie materiałów: płyty gipsowo – kartonowe oraz konieczne do wykonania rusztów kształtowniki stalowe profilowane U-50x0.60, kołki do wstrzeliwania oraz blachowkręty. W tym zakresie Zamawiający nie sprecyzował w jakim zakresie zachodzi rozbieżność pomiędzy przedmiarami a ofertą Odwołującego. Za niezgodność nie może zostać również uznane wpisanie w poz. nr 15 wentylatora MURO 150T zamiast wentylatora osiowego MURO 150T, gdyż to symbol i nazwa własna urządzenia pozwalają na uznanie, iż mamy do czynienia z tym samym urządzeniem.

2. W zakresie wskazanej w piśmie Zamawiającego z dnia 06.09.2012 r. – „Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty” (znak Nr 2155/WZ/2012) niezgodności oferty Odwołującego z treścią SIWZ, polegającej na ujęciu w kosztorysie „Instalacje sanitarne – uzupełnienie 2” „cokołu pod czerpnię/wyrzutnię dachową 880x555 mm” zamiast wskazanego w przedmiarach „cokołu pod czerpnię/wyrzutnię dachową 680x655”, która w ocenie Zamawiającego nie mogła być poprawiona, Izba wskazuje, iż omyłka ta wyczerpuje hipotezę norm prawnych uregulowanych w art. 87 ust. 2 pkt 1 i 3 ustawy Pzp. Można ją bowiem zakwalifikować, co sugerował w treści odwołania Odwołujący, jako oczywistą omyłkę pisarską, jak również za inną omyłką polegającą na niezgodności oferty ze SIWZ. Izba w

tym zakresie nie podzieliła podniesionego przez Zamawiającego w piśmie z dnia 06.09.2012 r. – „Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty” (znak Nr 2155/WZ/2012) argumentu, iż nie można dokonać poprawy, gdyż brak jest tego materiału w „Zestawieniu materiałów”, co wiązałoby się z wyceną tego materiału. Powyższy element został przez Odwołującego wyceniony, zarówno w kosztorysie szczegółowym (poz. nr 8 – „Instalacje sanitarne – uzupełnienie 2) na str. 368 oferty, jak również w zestawieniu materiałów w poz. 10 (str. 385 oferty Odwołującego). W ocenie Izby powyższa omyłka wypełnia wszystkie przesłanki umożliwiające dokonanie jej poprawienia, zaś jak wskazał Odwołujący jest ona wynikiem oczywistej omyłki pisarskiej, co jednocześnie wskazuje Zamawiającemu, która normę prawną winien zastosować do tej czynności.

3. Analogicznie jak w przypadku izolacji typu Thermaflex, ujętych w kosztorysie zatytułowanym „Instalacje sanitarne”, brak jest podstaw do poprawienia omyłki w pozycji nr 124 kosztorysu ogólnobudowlanego. Odwołujący bowiem zamiast opłaty za wysypisko wycenił masę uszczelniającą silikonową. W tym wypadku oferta Odwołującego nie umożliwia ustalenia wartości dla tej pozycji, a zatem zgodzić się należy ze stanowiskiem Zamawiającego, iż brak jest możliwości jej poprawienia. Zamawiający bowiem nie posiada danych do ustalenia jej wartości, zaś samodzielna wycena tej czynności byłaby niedopuszczalna.

4. W odniesieniu do wyceny przez Odwołującego robocizny w kosztorysie „Architektura – wyposażenie” Izba wskazuje, iż w tym zakresie istniała możliwość zmniejszenia ceny oferty Odwołującego o koszty robocizny. Zamawiający mógł bowiem ustalić wartość robocizny dla wyposażenia i odjąć tą wartość od ceny ofertowej bez udziału wykonawcy w tym zakresie. Jak wynika z kosztorysu ofertowego zawierającego wycenę wyposażenie ogólna sumaryczna wartość robocizny dla całego kosztorysu wynosi 5.773,23 zł brutto, co przy ogólnej wartości oferty Odwołującego nie stanowi istotnej zmiany w treści oferty, w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Nie zasługuje w tym miejscu na uznanie argument Zamawiającego, podniesiony w toku rozprawy, iż nie wiadomo, czy wartość ta została ujęta w cenie materiału i czy należy ją zsumować z tą wartością. Otóż w przypadku dokonania poprawek w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp wykonawcy przysługuje prawo wynikające z treści art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp do zgłoszenia sprzeciwu wobec takiej czynności Zamawiającego. Zatem Zamawiający mógł pomniejszyć wartość oferty o koszty robocizny, zaś w przypadku gdyby czynność ta nie czyniła zadość intencjom Odwołującego mógł on wnieść w tym zakresie sprzeciw.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, iż powyższy zarzut potwierdził się jedynie w części. Niemożność poprawienia Izba stwierdziła w odniesieniu do pozycji nr 124 w kosztorysie ogólnobudowlanym dotyczącej opłaty za wysypisko. W zakresie rozbieżności w kosztorysie „Instalacje sanitarne” Odwołujący nie wskazywał na konieczność i możliwość ich poprawienia wskazując jedynie, iż zastosowane materiały są równoważne i nie czynią jego oferty niezgodnej z treścią SIWZ.

III. W odniesieniu do zarzutów naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Izba uznała, iż brak jest podstaw do uwzględnienia powyższego zarzutu.

1. Izba wskazuje, iż w toku postępowania ustalono, że Zamawiający określił w przedmiarach robót materiały, jakie wykonawcy winni wycenić i zaoferować w ramach złożonej oferty. Zmiany narzuconych przez Zamawiającego materiałów Odwołujący, co do większości nie kwestionował. W uzasadnieniu odwołania przyznał bowiem, iż w pozycjach nr 171, 172, 198, 199, 200 oraz 201 kosztorysu „Instalacje sanitarne” zamiast wełny mineralnej zaproponował otulinę Thermaflex.

W tym względzie, w ocenie Izby, należy dokonać oceny, czy mamy w tym wypadku do czynienia z niezgodnością treści oferty z treścią SIWZ pod względem formalnym, czy niezgodności pod względem funkcjonalnym – merytorycznym. Gdyby zaoferowane przez Odwołującego materiały okazały się równoważne lub posiadały cechy i parametry wyższe niż narzucone przez Zamawiającego to niezgodność tą byłoby można sprowadzić jedynie do niezgodności formalnej oferty. Zamawiający w treści SIWZ (rozdział III pkt 5) wskazał, iż: „Przedmiary zawarte w załącznikach nr 1 – 13 do SIWZ są podstawą do opracowania kosztorysu ofertowego, który Wykonawca załączy do Formularza ofertowego. Kosztorys ofertowy będzie sprawdzony przez Zamawiającego w zakresie zgodności z przedmiarami robót”. Następnie w rozdziale X SIWZ zatytułowanym „Opis sposobu przygotowania oferty” w pkt 8 ppkt 3 zostało wskazane, iż oferta powinna zawierać następujące dokumenty i informacje (...): kosztorysy ofertowe, opracowane na podstawie załączonych do SIWZ przedmiarów robót, odrębnie dla poszczególnych przedmiarów, wraz z zestawieniem zbiorczym kosztów, wynikających z tych kosztorysów oraz ceną oferty. Z powyższych postanowień SIWZ wynika, iż sporządzone kosztorysy winny odpowiadać przedmiarom. Ponadto ustalona w ramach przedmiotowego postępowania forma wynagrodzenia (wynagrodzenie kosztorysowe) skutkuje tym, iż w celu zapewnienia porównywalności cenowej ofert każdy z wykonawców winien sporządzić ten kosztorys w sposób prawidłowy i wycenić cały zakres przedmiotowy zamówienia – bez dokonywania jego modyfikacji.

Określona przez Zamawiającego w treści SIWZ forma wynagrodzenia w postaci kosztorysowej determinuje znaczenie przedmiarów robót i sposobu sporządzenia kosztorysów ofertowych, jak również funkcję jaką pełnią te ostatnie. W takim wypadku, aby zapewnić porównywalność cenową ofert warunkiem koniecznym jest wycena przez każdego wykonawcę tego samego zakresu przedmiotowego.

Izba wskazuje, iż przy tak określonej formie wynagrodzenia kosztorysy ofertowe stanowią istotny element treści oferty. Tym samym, w oparciu o ww. zapisy SIWZ, sporządzenie kosztorysów ofertowych odbywa się poprzez wypełnienie przedmiarów robót, zaś ich niezgodne wypełnienie przesądza o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ oraz w konsekwencji powoduje niemożność porównania cenowego złożonych w postępowaniu ofert. Przedmiar robót, zgodnie z zawartym w § 6 ust. 1 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno - użytkowego (Dz. U. z 2004 r. Nr 202, poz. 2072 z późn. zm.), powinien zawierać zestawienie przewidywanych do wykonania robót podstawowych w kolejności technologicznej ich wykonania wraz z ich szczegółowym opisem lub wskazaniem podstaw ustalających szczegółowy opis oraz wskazaniem właściwych specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych, z wyliczeniem i zestawieniem ilości jednostek przedmiarowych robót podstawowych.

Jak wynika z § 4 ust. 3 ww. rozporządzenia jeśli zamówienie na roboty budowlane, o których mowa w ust. 1 i 2, jest udzielane w trybie zamówienia z wolnej ręki lub w istotnych postanowieniach umowy przyjęto zasadę wynagrodzenia ryczałtowego, dokumentacja projektowa może nie obejmować przedmiaru robót.

Ponadto w przypadku wynagrodzenia kosztorysowego każdy z wykonawców składających ofertę zobowiązuje się do wykonania pod względem ilościowym oraz jakościowym takiego zakresu, jaki zostaje ujęty w kosztorysach ofertowych. Potwierdza on przy pomocy kosztorysów ofertowych zakres ilościowy i jakościowy zamówienia oraz wskazuje na technikę, sposób i prawidłowość obliczenia ceny ofertowej. Wynika to z roli, jaką posiadają kosztorysy ofertowe sporządzone ściśle w oparciu o przedmiary robót, oraz z faktu, iż Zamawiający w przypadku wynagrodzenia ustalonego w formie kosztorysowej jest obowiązany do przekazania wraz z dokumentacją projektową przedmiarów robót. Takiego obowiązku nie ma w przypadku wynagrodzenia ryczałtowego.

W związku z powyższym zastosowanie materiałów innych niż narzucone byłoby dopuszczalne w tych okolicznościach, o ile wykonawca byłby w stanie wykazać, iż zmiana ta

nie spowoduje pogorszenia się właściwości technicznych i eksploatacyjnych przedmiotu zamówienia.

W tym zakresie, na co słusznie zwrócił uwagę Przystępujący, Odwołujący nie podjął się próby wykazania równoważności zmienionych materiałów, co w szczególności dotyczy zastosowania otuliny Thermaflex. Izba wskazuje, iż Odwołujący w tym zakresie poprzestał jedynie na własnych twierdzeniach, co do zachowania równoważności tego materiału. Biorąc pod uwagę konsekwencje tej zmiany, tj. uznanie niezgodności treści oferty z treścią SIWZ i związany z tym obowiązek Zamawiającego odrzucenia oferty wskazać należy, iż to na Odwołującym ciąży obowiązek udowodnienia tego faktu. Obowiązek ten znajduje swoją normatywną podstawę w treści 190 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp, który stanowi, że strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne.

Odwołujący nie podjął starań w tym zakresie, uniemożliwiając tym samym podważenie dokonanej przez Zamawiającego czynności odrzucenia jego oferty.

2. W zakresie ceny – opłaty za wysypisko, Izba w pkt II niniejszego uzasadnienia wskazała, iż jest to tego rodzaju błąd, którego nie sposób poprawić przy uwzględnieniu art. 87 ust. 2 pkt 1 – 3 ustawy Pzp. Zamawiający nie posiada bowiem żadnej wiedzy na temat tego rodzaju opłaty, którą Odwołujący mógł wynegocjować z odbiorą odpadów. Tym samym jest to tego rodzaju niezgodność, której nie sposób konwalidować w oparciu o dostępne w ustawie Pzp instytucje. Wobec powyższego, przy uwzględnieniu obowiązku sporządzenia kosztorysu ściśle w oparciu o przedmiary, zastąpienie pozycji obejmującej opłatę za wywóz odpadów pozycją obejmującą wycenę masy uszczelniającej silikonowej doszło do niezgodności treści oferty z treścią SIWZ.

Izba wskazuje, w odniesieniu do podniesionych przez Przystępującego oraz Zamawiającego w toku rozprawy innych okoliczności skutkujących odrzuceniem oferty Odwołującego (nieprawidłowe określenie gwarancji, inne omyłki w ofercie Odwołującego, w tym brak wyceny 1 kpl architektonicznej dokumentacji powykonawczej, rażąco niska cena dotycząca dokumentacji powykonawczej), iż brak jest podstaw do uwzględnienia powyższych okoliczności. Zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu – stanowiąc tym samym granice orzekania. Istotą zarzutu jest bowiem wskazanie naruszonej przez Zamawiającego normy prawnej (wzorca kontroli dla czynności podmiotu zamawiającego) oraz podstaw faktycznych zarzutu, czyli czynności bądź zaniechania czynności z którymi wiąże się postawiony w ramach środka ochrony prawnej zarzut. Biorąc pod uwagę podstawy faktyczne czynności Zamawiającego, wskazane w

piśmie z dnia 06.09.2012 r. (Nr 2155/WZ/2012) stanowią one przedmiotowe ramy orzekania Izby w ramach niniejszego odwołania.

Jak wynika jednoznacznie z treści art. 180 ust. 1 ustawy Pzp odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub zaniechania czynności, do której zamawiający był zobowiązany na podstawie ustawy. Podniesienie nowych zarzutów przez Zamawiającego w toku postępowania odwoławczego pozostaje bez wpływu na ocenę czynności Zamawiającego podjętej w toku postępowania o udzielenie zamówienia.

IV. W zakresie zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp Izba uznała, iż nie zasługuje on na uwzględnienie. Stwierdzenie podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp powoduje, iż czynność wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Przystępującego nie była czynnością wadliwą i brak jest podstaw do jej wzruszenia. Wobec powyższego nie zasługuje również na uwzględnienie zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

V. W zakresie zarzutu naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp na skutek braku podania pełnego uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty Odwołującego Izba wskazuje, iż zasługuje on na uwzględnienie. Zamawiający bowiem w piśmie z dnia 06.09.2012 r. zawierającym informację o wyborze oferty najkorzystniejszej wskazał m.in., iż oferta nr 3 zawiera znaczną liczbę „innych omyłek” powodujących konieczność dokonania przez Zamawiającego zmiany zapisów i przeliczenia wielu pozycji kosztorysowych (a nawet całego kosztorysu). Jednakże Zamawiający wbrew treści art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, nie sprecyzował jakie inne omyłki zostały dostrzeżone w ofercie Odwołującego. Na etapie rozprawy Zamawiający, jak również Przystępujący wskazywali na nowe okoliczności, które w ich ocenie winny skutkować odrzuceniem oferty Odwołującego. Izba wskazuje, iż Zamawiający każdorazowo dokonując czynności odrzucenia ofert wykonawcy winien w sposób szczegółowy podać wszystkie okoliczności faktyczne jakie brał pod uwagę przy tej czynności, gdyż tylko wówczas istnieje możliwość jej oceny, co do zgodności z prawem i istniejącym stanem faktycznym. Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, iż powyższy zarzut zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Częściowe potwierdzenie się zarzutu naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 1 – 3 ustawy Pzp oraz potwierdzenie się zarzutu naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w niniejszych okolicznościach nie może skutkować

uwzględnieniem odwołania, gdyż stwierdzono, że oferta Odwołującego podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Tym samym w przedmiotowym stanie faktycznym nie została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania z uwzględnieniem postanowień 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. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) w tym w szczególności § 5 ust. 3 pkt 1 oraz ust. 4.

Przewodniczący:

.....

