

Sygn. akt: KIO 972/11

WYROK

z dnia 26 maja 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 maja 2011 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 maja 2011 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Handlowo-Uslugowe LITZ Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, Feliks Fietz prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Handlowo-Uslugowe Robót Instalacyjno-Inżynieryjnych LITZ Feliks Fietz, WUPRINŻ S.A. z siedzibą w Poznaniu**, w postępowaniu prowadzonym przez **Związek Międzygminny „Puszcza Zielonka” z siedzibą w Murowanej Goślinie**

przy udziale wykonawcy **Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Uslugowe EKO-WRAK Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Handlowo-Uslugowe LITZ Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, Feliks Fietz prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Handlowo-Uslugowe Robót Instalacyjno-Inżynieryjnych LITZ Feliks Fietz, WUPRINŻ S.A. z siedzibą w Poznaniu** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Handlowo-Uslugowe**

LITZ Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, Feliks Fietz prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Handlowo-Uslugowe Robót Instalacyjno-Inżynierskich LITZ Feliks Fietz, WUPRINŻ S.A. z siedzibą w Poznaniu tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Przedsiębiorstwo Handlowo-Uslugowe LITZ Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, Feliks Fietz prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Handlowo-Uslugowe Robót Instalacyjno-Inżynierskich LITZ Feliks Fietz, WUPRINŻ S.A. z siedzibą w Poznaniu na rzecz Związku Międzygminnego „Puszcza Zielonka” z siedzibą w Murowanej Goślinie kwotę 3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 972/11

Uzasadnienie

I. Związek Międzygminny „Puszcza Zielonka” z siedzibą w Murowanej Goślinie (zwany dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. „Kanalizacja obszaru Parku Krajobrazowego Puszcza Zielonka i okolic”. Kontrakt X-Zlewnia Centralnej Oczyszczalni Ścieków w Koziegłowach - zadanie 3 - Gmina Pobiedziska”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym WE z dnia 16 września 2010 r., poz. 2011/S 179-272729 i Zamawiający zamieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej. Postępowanie

prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. – Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759).

W dniu 6 maja 2011 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Handlowo-Uslugowe LITZ Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, Feliks Fietz prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Handlowo-Uslugowe Robót Instalacyjno-Inżynieryjnych LITZ Feliks Fietz, WUPRINŻ S.A. z siedzibą w Poznaniu, (dalej: Odwołujący) wnieśli odwołanie, w którym zakwestionowali prawidłowość wyboru oferty najkorzystniejszej i zarzuciła Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, polegające na niezachowaniu obowiązku równego traktowania wykonawców i prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji;
- 2) art. 89 ust 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty P.P.U . „Eko-Wark” Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie (oferta uznana za najkorzystniejszą);
- 3) art. 87 ust. 2 pkt 1 Prawa zamówień publicznych - poprzez nieprawidłowe uznanie przez Zamawiającego jako oczywistej pomyki pisarskiej odmiennego rozwiązania technicznego w kosztorysie (uziomy ze stali - załącznik nr 3 wezwania Zamawiającego);
- 4) art. 87 ust. 1 Prawa zamówień publicznych - poprzez nieprawidłowe dokonanie wyjaśnienia mającego wpływ na treść oferty. Wykonawca nie zamieścił wszystkich wymaganych elementów poniżej wskazanych pozycji w kosztorysie;
- 5) art. 91 ust. 1 ustawy Prawa zamówień publicznych polegające na uznaniu za najkorzystniejszą ofertę, która powinna zostać odrzucona.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpiło Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Uslugowe EKO-WRAK Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie, którego oferta została uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą (dalej: Przystępujący).

Odwołujący uzasadnił swoje zarzuty następująco:

Zamawiający w SIWZ w pkt 14.3.1 ppkt k) wskazał, że kompletna oferta musi zawierać „Kosztorysy ofertowe, których suma cen stanowić będzie cenę oferty, opracowanych na podstawie danych określonych w CZĘŚCI III niniejszej IDW - dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót oraz przedmiarów robót”.

Zgodnie z zapisem pkt 24.2 SIWZ wynagrodzenie w przedmiotowym postępowaniu ma charakter kosztorysowy, gdzie podstawą rozliczenia będzie wykonany przedmiot zamówienia.

W pkt 24.1 SIWZ Zamawiający wymagał dołączenia do oferty kosztorysów szczegółowych sporządzonych na podstawie Przedmiarów robót, w których podstawami wyceny dla robót budowlano-montażowych były KNR-y. Natomiast stosownie do pkt 24.3 SIWZ nie wolno było Wykonawcom wprowadzać samodzielnie zmian do Przedmiarów robót. Ponadto pytania i odpowiedzi potwierdziły, że jeżeli w jakichś pozycjach Zamawiający pierwotnie nie podał podstaw wyceny KNR, to podstawy te były w przedmiarach sukcesywnie przez niego uzupełniane (np. odpowiedź nr 24(2) z dnia 14.12.2010r, odpowiedzi nr 20(1) i 20(2), 22(1), 28(1) z dnia 16.12.2010r.). W przypadku, gdy Wykonawca proponował w ofercie inną organizację robót niż przyjęta przez Zamawiającego, należało sporządzić na te pozycje kosztorysowe kosztorysy zamienne (szczegółowe), a odpowiednie wartości robót tych pozycji wpisać do kosztorysu zasadniczego przyjmując w tych pozycjach ilość i jednostkę obmiarową jako „komplet 1”, co wynika z pkt 24.1 SIWZ.

Reasumując, wraz z ofertą wykonawca miał obowiązek złożyć kosztorysy szczegółowe sporządzone w oparciu o dane podane w SIWZ. Ponadto metodę i podstawę sporządzenia kosztorysu inwestorskiego z zastosowaniem kalkulacji szczegółowej, czyli tak jak wymaga w prowadzonym postępowaniu Zamawiający, określa Rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 18 maja 2004 r. w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym (Dz.U. z 2004 r. Nr 130 poz. 1389), gdzie zgodnie z § 4. 1. Kalkulacja szczegółowa ceny jednostkowej polega na określeniu wartości poszczególnych jednostkowych nakładów rzeczowych (kosztów bezpośrednich) oraz doliczeniu narzutów kosztów pośrednich i zysku, według wzoru:

$$C_j = S_n \times c + K_{pj} + Z_j$$

gdzie:

C_j - cena jednostkowa określonej pozycji przedmiarowej;

n - jednostkowe nakłady rzeczowe: robocizny - n_r , materiałów - n_m , pracy sprzętu - n_s ;

c - cena czynników produkcji: robocizny - C_r , ceny materiałów - C_m , ceny pracy sprzętu - C_s ;

$n \times c$ - koszty bezpośrednio jednostki przedmiarowej robót, według wzoru:

$$n \times c = (S_{nr} \times C_r + S_{nm} \times C_m + S_{ns} \times C_s)$$

gdzie:

K_{pj} - koszty pośrednie na jednostkę przedmiarową robót;

Z_j - zysk kalkulacyjny na jednostkę przedmiarową robót.

Analiza złożonych wraz z ofertą P.P.U. „Eko-Wark” Sp. z o.o. kosztorysów wykazała, iż są one w ocenie Odwołującego sporządzone niezgodnie z treścią SIWZ, tj. nie zostały sporządzone dla niektórych pozycji kosztorysy szczegółowe z uwzględnieniem dostawy materiałów, jaka jest objęta przedmiotem zamówienia. Braki w kosztorysach przedłożonych

przez wykonawcę wskazują, iż nie objęto ofertą całego zakresu przedmiotu zamówienia, gdyż pominięto w zobowiązaniu wynikającym z oferty szereg materiałów niezbędnych do wykonania zamówienia. Znaczna ilość braków w ofercie P.P.U . „Eko-Wark” Sp. z o.o. oznacza niemożność poprawienia tej oferty przez Zamawiającego w trybie art. 87 ust 2 pkt 3 ustawy Prawa zamówień publicznych, gdyż oznaczałaby w konsekwencji istotną zmianę treści oferty. Biorąc pod uwagę kosztorysowy charakter wynagrodzenia za wykonanie przedmiotu zamówienia, brak wyceny wszystkich wymaganych pozycji kosztorysu uniemożliwia w ocenie Odwołującego rozliczenie wykonanych robót, stosownie do postanowień, iż podstawą wynagrodzenia będą rzeczywiście wykonane roboty według dokonanego obmiaru robót. Z tych samych względów nie będzie możliwe także rozliczenie wykonanych ewentualnych robót dodatkowych i zamiennych.

Ponadto zdaniem Odwołującego, brakujące pozycje nie mogą być wycenione przez Zamawiającego bez ingerencji w treść oferty ze strony wykonawcy. Zamawiający nie ma podstaw do przyjęcia jakichkolwiek wartości dla brakujących pozycji, ponieważ koniecznych informacji nie ma w treści oferty. Wprowadzenie nowych informacji do treści oferty stanowiłoby w tym przypadku niedozwoloną zmianę jej treści, o której mowa w art. 87 ust. 1 Prawa zamówień publicznych zdanie drugie. Wobec braku podstaw do zastosowania art. 87 ust.2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych, oferta P.P.U . „Eko-Wark” Sp. z o.o. musi zostać odrzucona, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych. Brak wskazania ceny jednostkowej uniemożliwia dokonanie wyceny pozycji, a zatem zamawiający nie jest w stanie ustalić prawidłowej treści oświadczenia woli.

Odwołujący zauważa, że sam Zamawiający w trakcie oceny ofert dostrzegł braki w ofercie P.P.U . „Eko-Wark” Sp. z o.o. i w dniu 25 marca 2011r. wezwał tego wykonawcę do złożenia wyjaśnień dotyczących złożonej oferty. W ocenie Odwołującego zauważonych przez Zamawiającego braków w ofercie P.P.U . „Eko-Wark” Sp. z o.o. nie można wyjaśnić, gdyż brak jest w tym zakresie treści oferty mającej stanowić podstawę wyjaśnienia. Stąd też w ocenie Odwołującego wszystkie braki wskazane w piśmie Zamawiającego wzywającego do złożenia wyjaśnień P.P.U. „Eko-Wark” Sp. z o.o. stanowią o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ. Odwołaniem objęte są, według Odwołującego, wszystkie niezgodności, jakie zostały wykazane w piśmie z dnia 25 marca 2011 r. wzywającym do złożenia wyjaśnień P.P.U. „Eko-Wark” Sp. z o.o. i stanowią podstawę zarzutów zgłaszanych w odwołaniu.

Wymieniając 79 rodzajów uchybień w ofercie Przystępującego, Odwołujący zauważył, iż w pozycjach wymienionych w odwołaniu nie ujęto m.in. dostawy zastawki, dostarczenia stali zbrojeniowej; wyceny materiału (stali) w konstrukcjach wsporczych pomostów; dostawy pompki dozującej; dostawy szaf zasilających - sterowniczych wynikających z OPZ 2-12, dostawy mieszadła i zastawki o których mowa w OPZ; cementów; zbiornika magazynowego etc. We wskazanych przez Zamawiającego - w piśmie wzywającym do złożenia wyjaśnień

(pismo z dnia 25 marca 2011r.) w załączniku nr 4 - pozycjach, występuje brak materiałów, których te pozycje dotyczą (dot: zastawek kanałowych, mieszadeł wodno - powietrznych, stali zbrojeniowej, pomostu obsługowego ze stali KO, zbiorników magazynowych jednopłaszczyznowych oraz pompki dozującej reagent).

Wobec powyższego, Zamawiający poprzez wezwanie do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 Prawa zamówień publicznych doprowadził według Odwołującego do uzupełnienia oferty o brakujące elementy pozycji kosztorysowych, odstępując w tych pozycjach od wymogu sporządzenia kosztorysu szczegółowego.

Ponadto Odwołujący zauważył, iż P.P.U. „Eko-Wark” Sp. z o.o. na stronie 8074 w poz. 11 kosztorysu podał w inną niż wymagana w Przedmiarze robót Zamawiającego podstawę wyceny, co doprowadziło w konsekwencji do zmiany jednostki obmiarowej tej pozycji kosztorysowej (zarzut dotyczący „uziomów”).

Z kolei, na stronie 3006 w pozycjach 60 i 61 Kosztorysu Wykonawcy podał jako jednostkę obmiarową - zamiast m³ - m². Podanie jednostki m³ oznacza, że Zamawiający zamierza tę pozycję rozliczać na podstawie ilości (objętości) wymienianego gruntu w wykopie, a nie na podstawie powierzchni wykopu w obrębie której wymieniany jest grunt. W ocenie Odwołującego zmiana jednostki oznacza, że wykonawca złożył ofertę nieporównywalną w stosunku do innych ofert złożonych w tym postępowaniu oraz niezgodną z treścią SIWZ. Zamawiający według Odwołującego nie jest uprawniony do uznania podanej jednostki obmiarowej za omyłkę nadającą się do poprawienia w trybie art. 87 ust 2 pkt 3 ustawy Prawa zamówień publicznych.

Wykonawca EKO-WARK sp. z o.o. złożył wraz z ofertą kosztorys, w którym w pozycji 23 d. 1.2.2.4. dotyczącej rury wywiewnej z PCW o średnicy 110 mm podał cenę dla tej pozycji 0 zł. Należy pamiętać, iż zgodnie z SIWZ cena oferty jest ceną kosztorysową, a więc rozliczenia między wykonawcą i zamawiającym są dokonywane na podstawie cen jednostkowych podanych w ofercie. W sytuacji gdy z oferty nie wynika wartość świadczenia należna Wykonawcy za realizację zamówienia nie można mówić w takim zakresie o ofercie. Oznacza to zdaniem Odwołującego, iż Przystępujący złożył ofertę niepełną - nieobejmującą pozycji 23 d.1.2.2.4. przedmiaru, co oznacza złożenie oferty niezgodnej z SIWZ. Stanowi to samoistną przesłankę odrzucenia oferty EKO-WARK sp. z o.o. z niniejszego postępowania.

Zdaniem Odwołującego, wobec nieobjęcia zakresem kosztorysu Przystępującego materiałów, o których mowa powyżej, nie istnieje możliwość prowadzenia rozliczeń w przypadku wprowadzenia zmian do umowy określonych przez Zamawiającego w SIWZ. W szczególności zmian montowanych czy wbudowywanych materiałów (urządzeń), wprowadzania nowych stawek celnych, itp. Potwierdza to w ocenie Odwołującego, że wyjaśnienia wykonawcy wskazujące na ujęcie w kosztach R lub S materiałów/urządzeń nie mogą zostać uznane za prawidłowe.

Niezależnie od powyższego, Odwołujący zwrócił uwagę na ewentualne podstawy wykluczenia Przystępującego z postępowania. Mianowicie, jednym ze złożonych dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu jest wystawiony przez Policję w Izraelu zaświadczenie o niekaralności członka zarządu z Izraela. W ocenie Odwołującego dokument ten nie może zostać uznany za prawidłowy, bowiem w jego treści brak jakichkolwiek informacji, które mogłyby wskazywać czy poświadczenie niekaralności członka zarządu z Izraela obejmuje swym zakresem cały katalog przestępstw, o którym mowa w przepisach prawa zamówień publicznych jak również dyrektywy. Wobec powyższego Odwołujący wnosił o dokonanie przez Zamawiającego czynności zaniechanej, tj. wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie kwestionowanego dokumentu na podstawie art. 26 ust 4 ustawy Prawa zamówień publicznych.

Odwołujący także podniósł, że P.P.U. „Eko-Wark” Sp. z o.o. nie dokonał przedłużenia terminu związania ofertą. Na wyraźne wezwanie Zamawiającego do dokonania czynności przedłużenia terminu związania ofertą o określony termin, wykonawca przesłał oświadczenie, w którym nie określił, na jaki okres czasu przedłuży złożoną ofertę, cyt: „wyraża zgodę na przedłużenie terminu związania z ofertą”. Z uwagi na fakt, iż czynność przedłużenia terminu związania ofertą ma istotne znaczenie dla ważności oferty wykonawcy nie jest możliwe dorozumiane jej dokonanie. Wobec tego Odwołujący wnosił o wykluczenie P.P.U. „Eko-Wark” Sp. z o.o. na podstawie art. 24 ust 2 pkt 2 ustawy Prawa zamówień publicznych.

W związku z podniesionymi zarzutami, Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert.

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem ma interes w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych - jeżeli podniesione przez niego zarzuty by się potwierdziły, w wyniku czego zostałyby dokonana powtórna ocena ofert, a oferta Przystępującego zostałaby odrzucona bądź zostałby on wykluczony z postępowania – wówczas Odwołujący miałby realną szansę na uzyskanie zamówienia, jako że jego cena była na drugim miejscu w rankingu ofert. Zgodnie z poglądem prezentowanym w dotychczasowym orzecznictwie, Izba postanowiła nie odmawiać Odwołującemu prawa do wniesienia odwołania, mimo iż Zamawiający twierdził stanowczo, że nie ma możliwości finansowych, aby zwiększyć kwotę, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia do kwoty oferty Odwołującego. Przyjmuje się

bowiem, że po ewentualnym powtórzeniu oceny ofert i wybraniu oferty droższej od dotychczasowej, Zamawiający może zweryfikować swoje wcześniejsze ustalenia odnośnie wielkości środków koniecznych na realizację danego zamówienia, a istnienie takiej – chociażby teoretycznej – możliwości przesądza o istnieniu szansy Odwołującego na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W zakresie ewentualnych podstaw odrzucenia oferty Izba ustaliła, co następuje:

1. W rozdziale 24 SIWZ zatytułowanym „Opis sposobu obliczenia ceny” Zamawiający wymagał, aby kosztorysy ofertowe „były przygotowane w formie kosztorysów szczegółowych sporządzonych na podstawie przekazanego przedmiaru robót” (pkt 24.1). Określono, że wynagrodzenie będzie miało charakter kosztorysowy, a podstawą rozliczenia będzie wykonany przedmiot zamówienia (pkt 24.2). Równocześnie Zamawiający podał, iż wykonawcy, obliczając cenę oferty, muszą uwzględnić w kosztorysach ofertowych „wszystkie pozycje przedmiarowe opisane w przedmiarach robót” (pkt. 24.3). Ponadto, jak zauważył sam Odwołujący w odwołaniu, Zamawiający w SIWZ w pkt 14.3.1 ppkt k) wskazał, że kompletna oferta musi zawierać „Kosztorysy ofertowe, których suma cen stanowić będzie cenę oferty, opracowanych na podstawie danych określonych w CZĘŚCI III niniejszej IDW - dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót oraz przedmiarów robót”. Stosownie do pkt 24.3 SIWZ nie wolno było Wykonawcom wprowadzać samodzielnie zmian do Przedmiarów robót. Ponadto pytania i odpowiedzi potwierdziły, że jeżeli w jakichś pozycjach Zamawiający pierwotnie nie podał podstaw wyceny KNR, to podstawy te były w przedmiarach sukcesywnie przez niego uzupełniane. W przypadku, gdy Wykonawca proponował w ofercie inną organizację robót, niż przyjęta przez Zamawiającego, należało sporządzić na te pozycje kosztorysowe kosztorysy zamienne (szczegółowe), a odpowiednie wartości robót tych pozycji wpisać do kosztorysu zasadniczego przyjmując w tych pozycjach ilość i jednostkę obmiarową jako „komplet 1”, co wynika z pkt 24.1 SIWZ.
2. Zamawiający w dniu 25 marca 2011 r. wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty. W piśmie, w załączonych do niego czterech załącznikach, Zamawiający w formie tabelarycznej opisał cztery rodzaje nieścisłości zawartych w kosztorysach Przystępującego załączonych do oferty. W załączniku nr 1 opisano elementy, poprawienie których skutkowało dokonaniem poprawek, w wyniku których łącznie cena oferty ulega zmianie (zmniejszeniu) o kwotę 63.845,27 zł netto tj.

0,0852 % ceny ofertowej. W zakresie pozycji kosztorysu ofertowego wskazanych w załączniku nr 2 i 4 do wezwania, Zamawiający wezwał do wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, zgodnie z pytaniami zawartymi w kolumnie pn. „Treść żądania”, przy czym odnośnie załącznika nr 4 Zamawiający żądał potwierdzenia „objęcia ofertą pominiętego wymaganego zakresu przedmiotu zamówienia” (kosztorys szczegółowy powinien obejmować w każdej pozycji wielkość nakładów dla trzech elementów: materiały, robocizna i sprzęt, a kosztorys Przystępującego w niektórych pozycjach nie miał wyróżnionego elementu „materiały”). Ponadto Zamawiający poinformował, że na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 1) Prawa zamówień publicznych dokonał poprawienia w ofercie oczywistych omyłek pisarskich, których pełna lista stanowi załącznik nr 3 do niniejszego wezwania.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, Przystępujący potwierdził, że kosztorysy obejmują pełen zakres przedmiotu zamówienia.

3. Szczegółowe zarzuty odwołania, wymieniające 79 rodzajów uchybień z kosztorysów Przystępującego, pokrywają się z nieścisłościami dostrzeżonymi przez Zamawiającego w piśmie z dnia 25 marca, w załączniku nr 4.

Oceniając tak ustalony stan faktyczny, na wstępie Izba stwierdziła, że brak w obecnie obowiązujących przepisach definicji „kosztorysu szczegółowego”, żadanego przez Zamawiającego w SIWZ. Definicja ta nie jest zawarta, wbrew twierdzeniom Odwołującego, w Rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 18 maja 2004 r. w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym (Dz.U. z 2004 r. Nr 130 poz. 1389), bowiem akt ten określa metody sporządzania kosztorysów inwestorskich, a nie ofertowych. Niemniej jednak powszechnie za „kosztorys szczegółowy” uważa się kosztorys sporządzony za pomocą kalkulacji szczegółowej, ogólnie rzecz biorąc z wskazaniem nakładów rzeczonych: materiałów, robocizny i sprzętu dla każdej pozycji kosztorysowej. W ocenie składu orzekającego, nie ulega wątpliwości, że taki kosztorys Przystępujący do oferty załączył. W kosztorysie ofertowym niektóre pozycje, za przyzwoleniem Zamawiającego mogły być wycenione jako „1 komplet” – a więc było to dopuszczalne odstępstwo od ogólnej reguły kosztorysu szczegółowego, bez wymogu rozbicia na ilość i jednostkę obmiarową.

Kwestionowane w odwołaniu pozycje kosztorysu ofertowego Odwołującego dotyczące przepompowni, są pozycjami, w których wyjątkowo wskazano jako jednostkę miary „komplet”. Wobec powyższego, nie można zarzucać Przystępującemu, że w tych pozycjach nie wyodrębniono ceny za sam „materiał” (zbiornik reagenta, zastawki kanałowe, mieszadła etc). Skoro dopuszczalne było wycenienie w kosztorysie „kompletu”, to na stronie 31 oferty

Przystępującego pozycja opisana jako „Zastawka kanałowa naścienna (...) kpl 1” została wyceniona przez Przystępującego na kwotę 343,60 zł (bez wyróżnienia ceny za samą zastawkę). Ta sama pozycja została wyceniona na stronie 13 kosztorysu „Technologia i wentylacja” Odwołującego na kwotę 95,10 zł (z wyróżnieniem ceny za samą zastawkę). W rezultacie, nie ma powodów, aby twierdzić, że Przystępujący nie wycenił (a więc również: nie zaoferował) samej zastawki, tylko dlatego, że nie wyróżnił jej w wycenie danej pozycji. Dodatkowo wycenę przez Przystępującego kwestionowanych materiałów w pozycjach dotyczących przepompowni, objętych odwołaniem, a wskazywanych przez Odwołującego na rozprawie, uprawdopodobnia okoliczność, że wycena Przystępującego wskazanych pozycji jest wyższa, niż wycena tych samych pozycji dokonana przez Odwołującego (mieszadło 528,76 zł w ofercie Odwołującego, 3 315,76 zł w ofercie Przystępującego, zastawka – 95,10 zł w ofercie Odwołującego, 343,60 zł w ofercie Przystępującego – powyższe pozycje były wskazywane przez Zamawiającego i Przystępującego na rozprawie, czemu Odwołujący nie zaprzeczył).

Odnosząc się do zarzutu braku wyceny przez Przystępującego w poszczególnych pozycjach kosztorysowych stali zbrojeniowej, Izba ustaliła, że Przystępujący podał wycenę tego elementu w zestawieniu materiałów (np. w zestawieniu materiałów ze strony 1523 oferty Przystępującego, m. in. pozycje 4-8 zestawienia, obejmujące pręty AIII N o średnicach 8-16 mm, co odpowiada materiałom z kwestionowanych pozycji przedmiarowych ze strony 311 oferty Przystępującego). Skoro materiały te zostały ujęte w zestawieniu materiałów, nie ma wątpliwości, że oferta (i wycena) Przystępującego obejmuje te materiały. Zamawiający nie dokonywał poprawek w ten sposób, że doliczał do ceny oferty (np. do pozycji ze strony 311) ceny materiałów z zestawienia materiałów, ale uznał, zgodnie z wyjaśnieniem Przystępującego na wezwanie z dnia 25 marca br., że cena oferty obejmuje również te materiały, co było potwierdzeniem informacji wynikającej z zestawienia materiałów.

Reasumując, Izba uznała, że Przystępujący załączył do oferty wymagany postanowieniami SIWZ szczegółowy kosztorys ofertowy, i obliczył cenę zgodnie ze wskazówkami zawartymi w SIWZ, tzn. każda pozycja kosztorysu ofertowego Przystępującego odpowiadała pozycji przedmiarowej (tej okoliczności zresztą Odwołujący nie zakwestionował). Jedynie uchybienie Przystępującego polegało na tym, że nie we wszystkich pozycjach kosztorysu ofertowego wyróżnił wycenę „materiału”, co dostrzegł Zamawiający, sporządzając katalog tych pozycji w załączniku nr 4 do pisma z dnia 25 marca 2011 r. W odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień Przystępujący potwierdził, że w wycenie zawarł wszystkie materiały, zatem niewyróżnienie w pozycjach kosztorysowych wyceny niektórych materiałów, a uwzględnienie ich w zestawieniu materiałów nie miało wpływu na treść oferty.

W ocenie Odwołującego, „braki w kosztorysach przedłożonych przez wykonawcę wskazują, iż nie objęto ofertą całego zakresu przedmiotu zamówienia, gdyż pominięto w zobowiązaniu wynikającym z oferty szereg materiałów niezbędnych do wykonania zamówienia” – Izba jednak wskazuje, że niewyróżnienie w pozycji kosztorysowej wyceny „materiału” jest wyłącznie uchybieniem co do sposobu sporządzenia kosztorysu ofertowego i nie musi automatycznie skutkować odrzuceniem oferty, o ile odstępstwo od metody kalkulacji szczegółowej była dopuszczona przez Zamawiającego, bądź wycena danego „materiału” jest w ujęta w innym miejscu w ofercie w taki sposób, że objęcie go ofertą nie budzi wątpliwości.

Na rozprawie wykazano, że albo Przystępujący wycenił „1 komplet” dla pozycji, dla których Zamawiający dopuścił taką wycenę, albo wycena poszczególnych materiałów zawarta jest w zestawieniu materiałów, będącym elementem kosztorysu ofertowego. W konsekwencji, Izba uznała, że na gruncie postanowień SIWZ obowiązujących w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego, Przystępujący obliczył cenę ofertową zgodnie z wskazówkami Zamawiającego (w kosztorysie ofertowym ujęto wszystkie pozycje przedmiarowe, a jedynie na tym poziomie szczegółowości Zamawiający wymagał wyceny przedmiotu zamówienia w rozdziale „Opis sposobu obliczenia ceny oferty”), i nie było podstaw do uznania, że w wycenie nie uwzględniono całości przedmiotu zamówienia.

Trzeba również zauważyć, że wbrew twierdzeniom Odwołującego, biorąc pod uwagę kosztorysowy charakter wynagrodzenia za wykonanie przedmiotu zamówienia, brak wyceny wszystkich wymaganych pozycji kosztorysu nie może uniemożliwić rozliczenie wykonanych robót, stosownie do postanowień, iż podstawą wynagrodzenia będą rzeczywiście wykonane roboty według dokonanego obmiaru robót – ponieważ jednostką rozliczeniową będzie raczej „pozycja” przedmiarowa, a nie nakłady na poszczególne pozycje.

Wobec powyższego nie zaistniała podstawa do odrzucenia oferty Przystępującego w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych.

Odnosnie zarzutu dotyczącego jednostki obmiarowej piasku, Izba ustaliła, że na stronie 3006, w pozycjach 60 i 61, kosztorysu Przystępującego w wersji zawierającej ilość obmiarową piasku podano „m2”, a powinno być „m3” (ilość obmiarowa się zgadzała, nie zgadzała się jednostka miary). Równocześnie, w tej samej pozycji, podano cenę piasku dla 1m³ (na dole pozycji). Ponieważ była znana i wycena 1m³ piasku Przystępującego, i ilość obmiarowa narzucona przez Zamawiającego, podanie „m2” zamiast „m3” w kosztorysie ofertowym Przystępującego można uznać za oczywistą omyłkę pisarską z art. 87 ust. 2 pkt 1 Prawa zamówień publicznych (co uczynił Zamawiający – zgodnie z załącznikiem nr 3 do pisma z 25 marca 2011 r.). Należy zauważyć, że nawet gdyby wykazano - czego jednak Odwołujący nie uczynił - iż nie jest to omyłka z art. 87 ust. 2 pkt 1 Prawa zamówień

publicznych, a aby prawidłowo wyliczyć wycenę pisaku, należałoby skorygować cenę z pozycji 60 i 61, to wówczas zamianę „m2” na „m3” trzeba byłoby zakwalifikować do „innych omyłek niepowodujących istotnych zmian w treści oferty”, co również nie prowadziłoby do odrzucenia oferty Przystępującego, a jedynie do korekty wyceny pozycji 60 i 61 na stronie 3006 kosztorysu ofertowego, tj. do poprawki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych.

Odnosnie zarzutu podania przez Przystępującego w pozycji 23 d. 1.2.2.4. kosztorysu Przystępującego, ceny dla materiału z tej pozycji 0 zł, to Odwołujący co prawda nie popierał tego zarzutu na rozprawie, niemniej jednak wyraźnie również się z niego nie wycofał. Izba przychyliła się w tym zakresie do stanowiska Zamawiającego zaprezentowanego w odpowiedzi na odwołanie, i stwierdziła, że Zamawiający prawidłowo dla omyłkowej wyceny „0” zł dokonał poprawki, licząc zamiast „0” zł cenę z zestawienia materiałów (212,50 zł), zgodnie z załącznikiem nr 1 do pisma z dn. 25 marca 2011 r. W ocenie Izby Zamawiający był konsekwentny w sposobie dokonywania poprawek: jeżeli w wycenie danej pozycji w kosztorysie ofertowym była podana cena „0”, to Zamawiający obliczał wartość tej pozycji biorąc pod uwagę wycenę materiału zawartą w zestawieniu materiałów, a jeżeli – jak w przypadku materiałów, o których była mowa wyżej w uzasadnieniu, których wartości nie wyróżniono, obliczając wartość pozycji – Zamawiający nie dokonywał przeliczenia wartości pozycji, upewniwszy się, że w wycenie Przystępującego w wartościach poszczególnych zawarto również materiał zgodnie z zestawieniem materiałów, mimo braku stosownego wyróżnienia wyceny materiału w konkretnej pozycji.

Izba nie rozpatrywała zarzutu dotyczącego uziomów, bowiem na rozprawie Odwołujący zarzutu tego nie podtrzymał.

Odnosnie zarzutów dotyczących ewentualnych podstaw wykluczenia Przystępującego z postępowania Izba stwierdziła, co następuje:

1. Odwołujący wskazywał, że do oferty Przystępującego załączono zaświadczenie o niekaralności wystawione przez Policję w Izraelu – zarzucił, iż w dokumencie tym brak „jakichkolwiek informacji, które mogłyby wskazywać czy poświadczenie niekaralności członka zarządu z Izraela obejmuje swym zakresem cały katalog przestępstw o którym mowa w przepisach prawa zamówień publicznych jak również dyrektywy”. Izba uznała, że brak w Prawie zamówień publicznych przepisu, który nakazywałby organowi prawa obcego, wydającemu dokument zgodnie ze prawem, w którym organ ma siedzibę, aby w treści dokumentu wskazywał, jakich przestępstw prawa polskiego dana osoba nie popełniła. Oczywiste jest, że zaświadczenie wydane przez Policję w Izraelu dotyczy

katalogu czynów, spenalizowanych zgodnie z prawem izraelskim. Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu wezwania Przystępującego „do złożenia wyjaśnień w zakresie kwestionowanego dokumentu na podstawie art. 26 ust 4 ustawy Prawa zamówień publicznych”, zasadniczo nie wskazując, jaki przepis materialny został przez Zamawiającego naruszony przez ewentualne zaniechanie wezwania, a jedynie wskazując, z związku z podnoszonym zarzutem, na naruszenie art. 26 ust. 4 Prawa zamówień publicznych, przez zaniechanie wezwania.

Rozpatrując tak sformułowany zarzut, Izba uznała, że nie doszło do naruszenia przepisów Prawa zamówień publicznych, bowiem nie było podstaw do wzywania Przystępującego do wyjaśnienia „czy poświadczenie niekaralności członka zarządu z Izraela obejmuje swym zakresem cały katalog przestępstw o którym mowa w przepisach prawa zamówień publicznych jak również dyrektywy”.

2. Ponadto Odwołujący wskazywał, że Przystępujący nie dokonał przedłużenia okresu związania ofertą. W zakresie tak sformułowanego zarzutu, Izba ustaliła, iż Przystępujący złożył Zamawiającemu pismo z dnia 25 marca 2011 w którym oświadczył, że wyraża „zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą”. Do pisma dołączono „Aneks do ubezpieczeniowej gwarancji zapłaty wadium”, którym zmieniono okres ważności gwarancji – dotychczasową datę końcową okresu obowiązywania gwarancji (2 kwiecień 2011 r.) zastąpiono datą „28 maj 2011”. Dzień 28 maja 2011 r. jest to dzień, który Zamawiający wskazywał jako termin, do którego należy przedłużyć termin związania ofertą, zgodnie z pismem Zamawiającego z 21 marca 2011 r.

Wydaje się, że Odwołujący podnosząc przedmiotowy zarzut kwestionował sposób wyrażenia zgody przez Przystępującego na przedłużenie terminu związania ofertą, a dokładnie brak podania w piśmie z dnia 25 marca br. daty końcowej nowego terminu związania ofertą.

Izba na podstawie wyżej przywołanych dokumentów uznała, że nie doszło do naruszenia art. 24 ust 2 pkt 2 Prawa zamówień publicznych, bowiem Przystępujący wyraził zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą we właściwy sposób.

Wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą jest oświadczeniem, które podlega regułom wykładni jak każde inne oświadczenie woli. Zgodnie z art. 85 ust. 4 Prawa zamówień publicznych, przedłużenie terminu związania ofertą jest dopuszczalne tylko z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium. W przypadku oświadczenia Przystępującego, wyraził on zgodę na przedłużony termin związania ofertą (pismo Przystępującego było reakcją na pismo Zamawiającego wzywające do przedłużenia terminu związania ofertą do konkretnej daty) i jednocześnie złożył aneks do gwarancji wadium, w którym przedłużono okres jej trwania do daty wskazanej przez Zamawiającego. Biorąc pod uwagę wszystkie wyżej przywołane dokumenty łącznie

(pismo Zamawiającego zawierające wezwanie do przedłużenia terminu związania ofertą, wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą przez Przystępującego i załączenie aneksu do gwarancji wadialnej) nie ma wątpliwości, że Przystępujący wyraził zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą do konkretnej daty, tj. do dnia 28 maja 2011 r. W rezultacie Izba uznała, że zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 Prawa zamówień publicznych jest chybiony.

Reasumując, Izba stwierdziła, że nie doszło do naruszenia art. 7 ust. 1, art. 89 ust 1 pkt 2, art. 87 ust. 2 pkt 1, art. 87 ust. 1 oraz art. 91 ust. 1 Prawa zamówień publicznych i orzeczono jak w sentencji.

Akta postępowania o udzielenie zamówienia publicznego stanowią z urzędu materiał dowodowy w sprawie; Zamawiający sporządził kopię dokumentacji wraz z ofertą Przystępującego, natomiast oryginalną ofertę Odwołującego okazał na rozprawie i do akt sporządzono kopie pozycji z kosztorysów ofertowych Odwołującego, o których mowa w uzasadnieniu.

Na marginesie, Izba zauważa, że przy ocenie ewentualnego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych nie można brać pod uwagę dokumentów przywoływanych na rozprawie przez Zamawiającego, a dotyczących innych postępowań, bowiem o ile można wskazywać ogólnie pewne metody poprawiania omyłek w kosztorysach ofertowych, to jednak każdorazowa ocena prawidłowości dokonanych poprawek musi być dokonywana na gruncie konkretnych postanowień SIWZ danego postępowania i całości danej oferty.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....