

WYROK
z dnia 8 października 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Daniel Konicz

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 października 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 września 2014 r. przez Odwołującego – J. T. (T.) prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Firma Handlowo-Uslugowa GOTOLET J. T. z siedzibą w Jasienicy, przy ul. Wołomińskiej 18A, 05-240 Tłuszcz, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Nadwiślański Oddział Straży Granicznej, ul. 17-go stycznia 23, 02-148 Warszawa, przy udziale wykonawcy Nafibud S.A. z siedzibą w Bielsku Podlaskim (17-100), przy ul. Kościuszki 10 lok. 7 zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. oddała odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego – J. T. (T.) prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Firma Handlowo-Uslugowa GOTOLET J. T. z siedzibą w Jasienicy, przy ul. Wołomińskiej 18A, 05-240 Tłuszcz i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10.000,00 zł (słownie: dziesięć tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego – J. T. (T.) prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Firma Handlowo-Uslugowa GOTOLET J. T. z siedzibą w Jasienicy, przy ul. Wołomińskiej 18A, 05-240 Tłuszcz tytułem wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.907 j.t. 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 Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Nadwiślański Oddział Straży Granicznej, ul. 17-go stycznia 23, 02-148 Warszawa prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: Przebudowa Ośrodka Konferencyjno-Szkoleniowego w m. Otwock przy ul. Żurawiej 15 (znak sprawy 10/Fl/AG/14), zwane dalej „Postępowaniem”. Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.759 j.t. ze zm.), zwanej dalej „Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 20 sierpnia 2014 r., pod nr 276024-2014.

W dniu 18 września 2014 r. Zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w Postępowaniu m.in. o odrzuceniu oferty wykonawcy J. T. (T.) prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą Firma Handlowo-Usługowa GOTOLET J. T. z siedzibą w Jasienicy, przy ul. Wołomińskiej 18A, 05-240 Tłuszcz oraz o wyborze oferty najkorzystniejszej, za którą uznana została oferta wykonawcy Nafibud S.A. z siedzibą w Bielsku Podlaskim (17-100), przy ul. Kościuszki 10 lok. 7 (dalej: „Wykonawca Nafibud”).

Z decyzją taką nie zgodził się ww. wykonawca (dalej: „Odwołujący”), który w odwołaniu wniesionym do Prezesa Izby w dniu 23 września 2014 r. zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. przepisu art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez zaniechanie zastosowania właściwego badania oferty Odwołującego i niezastosowanie do niej wszelkich procedur przewidzianych w Pzp w celu skorygowania stwierdzonych w zawartym w niej kosztorysie ofertowym omyłek oraz oparcie rozstrzygnięcia o nierzeczywistą przesłankę, tj. brak wyceny pozycji kosztorysowych od 38 do 41, w sytuacji w której pozycje te zostały przez Odwołującego wycenione,
2. przepisów art. 87 ust. 1 i art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp przez zaniechanie przeprowadzenia procedury wyjaśniającej i poprawienia omyłek stwierdzonych w kosztorysie ofertowym Odwołującego, w sytuacji gdy omyłki te były oczywiste, ich poprawienie nie stanowiłoby negocjacji pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą i nie prowadziłyby do zmiany oferty,
3. przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez bezprawne odrzucenie oferty Odwołującego w wyniku niezgodnego z prawem zaniechania dokonania czynności wynikających z przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
2. powtórzenia czynności badania i oceny ofert i w jej trakcie nakazania Zamawiającemu

dokonania czynności zgodnych z postanowieniami przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, wobec stwierdzenia omyłek w załączonym przez Odwołującego do oferty kosztorysie,
3. powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący stwierdził, że jest legitymowany do wniesienia odwołania. Zamawiający dokonał badania jego oferty z naruszeniem przepisów Pzp, co w konsekwencji uniemożliwiło jej wybór. Odwołujący wykazał, że jest zdolny do wykonania zamówienia, zatem nieuprawnionym działaniem Zamawiającego został pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia, ponieważ za najkorzystniejszą ofertę z ofert nie podlegających odrzuceniu powinna zostać uznana oferta Odwołującego. Konsekwentnie, na skutek działania Zamawiającego Odwołujący poniósł szkodę w postaci nie uzyskania zamówienia, o które się ubiegał. Szkada wyraża się wartością robót budowlanych wycenionych w ofercie Odwołującego.

Na uzasadnienie zarzutów odwołania stwierdził, że zgodnie z postanowieniami pkt VII ppkt 4.1 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”) wykonawca zobligowani byli dołączyć do oferty kosztorys ofertowy w formie szczegółowej, przygotowany na podstawie przedmiarów i szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia. Powyższy dokument został załączony do oferty złożonej przez Odwołującego.

Pismem z dnia 18 września 2014 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o wyborze oferty Wykonawcy Nafibud oraz odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Jako uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający powołał niezgodność treści oferty z treścią SIWZ. Zamawiający wskazał, że w części basenowej brakowało wyceny pozycji kosztorysowych od poz. 38 do poz. 41. Ponadto Zamawiający stwierdził, że w kosztorysie brakuje wyceny projektu wielobranżowego, który był wymagany zgodnie z pismem z dnia 2 września 2014 r. zawierającym odpowiedź na pytanie 15.

Odwołujący wyjaśnił, że z uwagi na powzięcie wątpliwości w zakresie przyczyn odrzucenia jego oferty, w dniu 22 września 2014 r., zapoznał się z dokumentacją przetargową dokonując wglądu do akt sprawy w siedzibie Zamawiającego. Na skutek sprawdzenia Odwołujący stwierdził, że poz. od 38 do 41 w części basenowej zostały wycenione, co potwierdzają załączone do odwołania fotokopie odpowiedniego fragmentu oferty wykonane w dniu 22 września 2014 r. W konsekwencji, brak jest jakichkolwiek podstaw do uznania za słuszne stanowiska Zamawiającego w zakresie tej przyczyn odrzucenia oferty Odwołującego.

W odniesieniu do braku wyceny projektu wielobranżowego Odwołujący stwierdził, że faktycznie na skutek omyłki tej wyceny nie ujął w kosztorysie ofertowym. Niemniej jednak, jego zdaniem, Zamawiający – zgodnie z obowiązującymi przepisami Pzp i orzecznictwem Izby – zobligowany był do przeprowadzenia procedury wyjaśniającej przewidzianej w przepisie art. 87 ust. 1 Pzp. Odwołujący zaznaczył, że nie miały miejsca jakiegokolwiek inne omyłki, czy też niezgodności treści oferty z treścią SIWZ.

Odwołujący przytoczył treść przepisu art. 87 ust. 1 i art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp i podał, że odrzucenie jego oferty z uwagi na fakt, że w kosztorysie nie znalazła się wycena jednej pozycji nosi znamiona kompletnego braku racjonalności, a przede wszystkim poszanowania norm prawnych. W ocenie Odwołującego wskazany przez Zamawiającego brak wpisuje się w hipotezę normy prawnej uregulowanej w przepisie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, za czym przemawia jego *ratio legis* (przeciwdziałanie odrzucaniu ofert z powodu błahych uchybień). Podkreślił, że w związku z tym czynność odrzucenia złożonej oferty w oparciu o przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, powinna być obligatoryjnie poprzedzona zastosowaniem instytucji uregulowanej w przepisie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp i dopiero brak zgody na dokonanie poprawki mógłby skutkować odrzuceniem oferty. W ocenie Odwołującego prawidłowe działanie Zamawiającego w zaistniałym stanie faktycznym powinno polegać na zerowaniu pozycji nie ujętej w kosztorysie, względnie, w ramach przeprowadzenia działań arytmetycznych, Zamawiający powinien uzupełnić omyłkowo pominiętą przez Odwołującego pozycję. Zaznaczył przy tym, że koszt prac nieujętych w kosztorysie to ok. 6-8 tys. zł, co stanowi ok. 0,5 % zaoferowanej przez Odwołującego ceny. W konsekwencji doszłoby do wzrostu ceny oferty w sposób nieznaczny i nadal oferta Odwołującego będzie ofertą z najniższą ceną (oferta Odwołującego przy uwzględnieniu wyceny projektu wielobranżowego opiewałaby na kwotę 1.895.490,76 zł brutto, podczas gdy oferta wybrana została wyceniona na kwotę 2.181.165,20 zł brutto, co daje ok. 286 tys. zł brutto różnicy).

Kolejno stwierdził Odwołujący, że SIWZ jest dokumentem o szczególnym znaczeniu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego – z jednej strony wyznacza wykonawcom ubiegającym się o nie wymogi, które ma spełniać oferta, by uczynić zadość potrzebom zamawiającego, z drugiej zaś – granice, w jakich może poruszać się zamawiający dokonując oceny złożonych ofert. Nie sposób w przedmiotowym postępowaniu przypisać Odwołującemu, iż nie dochował staranności wynikającej z profesjonalnego charakteru postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz charakteru prowadzonej działalności. Informacje podawane w takiej procedurze są oświadczeniami wiedzy składanymi w sposób celowy, w odpowiedzi na warunki określone przez Zamawiającego, zatem ich podanie winno być rozpatrywane w kategorii staranności wymaganej w danych okolicznościach, z uwzględnieniem wyżej wskazanych czynników. Należyta staranność wykonawcy określana przy uwzględnieniu zawodowego charakteru prowadzonej działalności gospodarczej uzasadnia zwiększone oczekiwanie co do umiejętności, wiedzy, skrupulatności i rzetelności, zapobiegliwości i zdolności przewidywania. Obejmuje także znajomość obowiązującego prawa oraz następstw z niego wynikających w zakresie prowadzonej działalności. Pomimo profesjonalnego charakteru Postępowania, w ocenie Odwołującego, Zamawiający nie powinien kierować się zbytnią restrykcyjnością, co jednak miało miejsce.

Odwołujący podkreślił również, że naczelną zasadą obowiązująca w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest wyrażona w przepisie art. 7 Pzp zasada równego

traktowania wykonawców. Zgodnie z jej treścią wszyscy wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego powinni być traktowani na równych prawach przez zamawiającego w toku całego postępowania, wobec czego jej naruszeniem będzie wybiórcze stosowanie pewnych wymagań w odniesieniu do niektórych tylko wykonawców.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpienie zgłosił Wykonawca Nafibud wnosząc o oddalenie odwołania. W piśmie zawierającym zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego przytoczył następującą argumentację.

W pierwszej kolejności podkreślił, że Zamawiający w dniu 2 września 2014 r. udzielił odpowiedzi na pytania do treści SIWZ, w których (pytanie 10 i 15) wskazał, że Wykonawcy zobowiązani są uwzględnić w ofercie opracowanie projektu budowlanego o szczególności projektu wykonawczego dla przystosowania budynku do zaleceń ekspertyzy wraz z uwzględnieniem uzgodnień z Państwową Strażą Pożarną. Wykonawca Nafibud zaznaczył, że z uwagi na fakt, iż udzielone przez Zamawiającego odpowiedzi stanowiły integralną część SIWZ i należało je wziąć pod uwagę przy formułowaniu oferty, należało wykonać dodatkowe kosztorysy. Odwołujący w załączonym do oferty kosztorysie nie uwzględnił pełnego zakresu prac jaki wynikał z SIWZ i późniejszych wyjaśnień, co potwierdził w treści odwołania. Zgłaszający przystąpienie podkreślił, że wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu umowy, zgodnie z § 11 ust. 1 wzoru umowy załączonego do SIWZ, jest wynagrodzeniem kosztorysowym.

W zakresie zarzutu dotyczącego niezastosowania przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp Wykonawca Nafibud wyjaśnił, że zastosowanie tego przepisu może mieć miejsce przy łącznym zaistnieniu dwóch przesłanek:

1. stwierdzeniu przez Zamawiającego, że niezgodność treści oferty z SIWZ ma charakter omyłki,
2. ustaleniu, że poprawienie takiej omyłki nie spowoduje istotnych zmian w ofercie.

Zaznaczył następnie, że nie każda nieprawidłowość w kosztorysie może być kwalifikowana jako omyłka podlegająca poprawieniu przez zamawiającego, ponieważ granicę wyznacza przepis 87 ust. 2 pkt 3 Pzp zakazujący dokonywania istotnych zmian w treści oferty. Zgłaszający przystąpienie podał, że nie podlega poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp brak wyceny poszczególnych pozycji kosztorysowych w sytuacji, w której Zamawiający przyjął kosztorysową formę wynagrodzenia. Z uwagi na to, że Odwołujący w ogóle nie przedłożył kosztorysu na część prac Zamawiający nie mógł poprawić oferty w tym zakresie, nie dysponował żadnymi danymi umożliwiającymi mu poprawienie oferty. Ewentualne wezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień również byłoby nieprawidłowe, ponieważ doprowadziłoby do prowadzenia pomiędzy Zamawiającym, a Odwołującym negocjacji, poza tym stanowiłoby naruszenie zasady równego traktowania wykonawców. Odwołujący mając wiedzę co do treści ofert (kosztorysów) pozostałych uczestników Postępowania byłby w lepszej sytuacji mogąc swobodnie dopasować

cenę brakujących pozycji kosztorysowych.

Następnie Wykonawca Nafibud wyjaśnił, że kosztorys wymagany przez Zamawiającego daje możliwość weryfikacji zgodności składanej oferty z opisem przedmiotu zamówienia i oczekiwaniami Zamawiającego co do zakresu wykonywanych prac. Takie celowościowe ujęcie kosztorysu ofertowego daje podstawę do traktowania go na równi z dokumentami wskazanymi w § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U.2013.231). Celem wskazanych tam dokumentów jest m.in. potwierdzenie, czy oferowane roboty budowlane odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego i taki sam cel spełnia kosztorys ofertowy. Ponadto zauważył, że katalog dokumentów wskazanych w powyższym rozporządzeniu jest katalogiem otwartym, co oznacza, że zamawiający może żądać przedłożenia dokumentów niewskazanych bezpośrednio w § 5 wzmiankowanego aktu normatywnego, jeśli będą one realizowały jego cel. Kosztorys ofertowy jako dokument realizujący cel przewidziany w § 5 rozporządzenia wpisuje się w katalog otwarty dokumentów, których zamawiający może żądać od wykonawcy robót budowlanych. Tak więc zasadne, w ocenie zgłaszającego przystąpienie, jest twierdzenie, iż ranga tego dokumentu jest równoznaczna z rangą dokumentów przewidzianych w § 5 rozporządzenia. W konsekwencji, skoro brak któregoś z dokumentów wskazanych w tym paragrafie daje podstawę do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, to zasadne jest twierdzenie, iż takie samo uprawnienie jest przewidziane w przypadku braku załączenia kosztorysu ofertowego na dany zakres prac.

Wykonawca Nafibud, odnosząc się do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego zasady równego traktowania wykonawców, stwierdził, że jest nim również odstępnie od wymogów określonych w SIWZ. Zasygnalizował przy tym, że wymóg przedłożenia kosztorysów ofertowych wynikał zarówno z treści ogłoszenia o zamówieniu, jak i postanowień SIWZ.

Na rozprawie Odwołujący podtrzymał argumentację zawartą w odwołaniu podkreślając dodatkowo, że zamieszczone na stronie internetowej przedmiary, w oparciu o które miał zostać sporządzony szczegółowy kosztorys były nieczytelne i błędnie oznaczone, wobec czego nie jest w stanie stwierdzić czy Zamawiający odnosi się do braku tych samych pozycji w kosztorysie Odwołującego, co on sam.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w oparciu o niżej przedstawioną argumentację.

Na uzasadnienie twierdzenia o braku wyceny kilku pozycji w kosztorysie ofertowym Odwołującego wyjaśnił, że ustalił to dokonując porównania treści udostępnionych wykonawcom przedmiarów (w części basenowej) z treścią odpowiednich pozycji z kosztorysu załączonego do odrzuconej oferty, w których to wycenione zostały koszty prac innych, niż wskazane przez

Zamawiającego. Zasygnalizował, że niezgodność taka mogła wynikać z powielenia w kosztorysie fragmentu przedmiaru dotyczącego części hotelowej przebudowywanego obiektu.

W związku z brakiem wyceny kosztów wykonania wielobranżowego obiektu budowlanego Zamawiający podkreślił, że w toku Postępowania udzielił wykonawcom odpowiedzi, w świetle której zostali oni zobligowani do ujęcia takiej pozycji w sporządzonym kosztorysie. Podał, że z uwagi na kosztorysowy charakter wynagrodzenia istotne było, aby dokument ów był kompletny, jako że stanowić miał podstawę do rozliczenia należnego wykonawcy wynagrodzenia. Wskazał dodatkowo, że ceny takich projektów w ofertach innych wykonawców wahały się od 15 do 450 tys. zł. oraz że nie miał podstaw do samodzielnego obliczenia należnego w tym zakresie Odwołującemu wynagrodzenia.

Wykonawca Nafibud poparł stanowisko Zamawiającego, wnosząc jak w piśmie zawierającym zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron i uczestnika postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy omówiony w dalszej części uzasadnienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron i uczestnika zawarte w odwołaniu i piśmie zawierającym zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba, wobec spełnienia przez Wykonawcę Nafibud (dalej również „Przystępujący”) przesłanek określonych przepisem art. 185 ust. 2 Pzp, dopuściła ww. do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze przystępującego po stronie Zamawiającego.

Izba stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp.

Na podstawie dokumentacji Postępowania Izba ustaliła, że przedmiotem zamówienia są roboty budowlane polegające na przebudowie Ośrodka Konferencyjno-Szkoleniowego Straży Granicznej zlokalizowanego w Otwocku przy ul. Żurawiej 15.

Opis przedmiotu zamówienia sprecyzowany został w załączniku nr 1 do SIWZ (dalej: „OPZ”). Zgodnie z pkt 1 ww. dokumentu przedmiot zamówienia miał zostać zrealizowany na podstawie przedmiarów do wielobranżowych kosztorysów inwestorskich, projektu remontu oraz wymiany i montażu instalacji, projektu przebudowy łącznika do basenu oraz ekspertyzy technicznej dotyczącej ochrony przeciwpożarowej budynku.

Wykonanie przedmiotu zamówienia podzielone zostało na trzy etapy wyszczególnione w pkt 2 OPZ. W zakres etapu I wchodziło m.in. opracowanie wielobranżowego projektu budowlanego o szczegółowości projektu wykonawczego dla przystosowania budynku do zaleceń ekspertyzy technicznej dotyczącej ochrony przeciwpożarowej wraz z uzgodnieniem przyjętych

rozwiązań z Państwową Strażą Pożarną. Wspomniana ekspertyza techniczna została wykonana na zlecenie Zamawiającego, a jej celem – zgodnie z pkt 1 opracowania – była ocena stanu techniczno-budowlanego oraz ustalenie zakresu niezgodności z obowiązującymi przepisami o ochronie przeciwpożarowej i wskazanie rozwiązań zamiennych powodujących poprawę warunków bezpieczeństwa pożarowego przedmiotowego budynku (Ekspertyza techniczna dotycząca stanu ochrony przeciwpożarowej budynku ośrodka konferencyjno-szkoleniowego, na dz. ew. nr 8/1 i 8/3, przy ul. Żurawiej 15A w Świdrze, str. 2, zwana dalej „Ekspertyzą”).

W pkt 6.3 Ekspertyzy określono następujące niezgodności w zakresie przepisów techniczno-budowlanych i przeciwpożarowych, które nie zostaną doprowadzone w budynku do stanu zgodnego z przepisami:

1. pozostawienie szerokości korytarzy ewakuacyjnych w strefie pożarowej ZL III o szerokości od 1,13-1,16m z lokalnymi przewężeniami do 0,9m, przy wymaganej szerokości 1,20m,
2. pozostawienie szerokości korytarzy ewakuacyjnych w strefie pożarowej PM o szerokości od 0,75-1,09m, przy wymaganej szerokości 1,20m,
3. pozostawienie w strefie pożarowej PM lokalnego obniżenia poziomej drogi ewakuacyjnej o wysokości od 1,85-2,06m, przy wysokości dopuszczalnej 2,20m,
4. pozostawienie biegów klatek schodowych o szerokości użytkowej od 0,98-1,08m, przy szerokości wymaganej 1,20m,
5. pozostawienie spoczników klatek schodowych o szerokości użytkowej od 1,0-1,46m, przy szerokości wymaganej 1,50m,
6. pozostawienie w klatkach schodowych stopni o maksymalnej wysokości 0,176-0,19m, przy dopuszczalnej wysokości 0,175m,
7. pozostawienie biegów schodów w pomieszczeniach technicznych o szerokości użytkowej 0,75m, przy szerokości wymaganej 0,8m,
8. pozostawienie spoczników schodów w pomieszczeniach technicznych o szerokości użytkowej 0,67m, przy szerokości wymaganej 0,8m,
9. pozostawienie części stopni w schodach w pomieszczeniach technicznych o maksymalnej wysokości od 0,23-0,26m, przy dopuszczalnej wysokości 0,2 m,
10. pozostawienie części spoczników w schodach zewnętrznych o szerokości użytkowej 0,84-1,28m, przy szerokości wymaganej 1,50m,
11. pozostawienie części stopni w schodach zewnętrznych o szerokości 0,31m, przy szerokości wymaganej 0,35m,
12. pozostawienie części stopni w schodach wewnętrznych o wysokości 0,20m, przy szerokości wymaganej 0,175m,
13. pozostawienie drzwi wyjściowych jednoskrzydłowych z pomieszczeń o szerokości w świetle od 0,59-0,79m, przy wymaganej szerokości co najmniej 0,8m,

14. pozostawienie drzwi wyjściowych jednoskrzydłowych z pomieszczeń o szerokości w świetle od 0,69-0,84m, przy wymaganej szerokości co najmniej 0,9m,
15. pozostawienie drzwi wyjściowych dwuskrzydłowych z pomieszczeń o szerokości w świetle od 0,8-0,83m, przy wymaganej szerokości skrzydła co najmniej 0,9m,
16. pozostawienie drzwi na drodze ewakuacyjnej i drzwi wyjściowych z klatki schodowej K3 o szerokości w świetle 1m, przy wymaganej szerokości co najmniej 1,20m,
17. pozostawienie drzwi wyjściowych jednoskrzydłowych z budynku o szerokości w świetle 0,75m, przy wymaganej szerokości co najmniej 0,8m,
18. pozostawienie drzwi wyjściowych jednoskrzydłowych z budynku o szerokości w świetle od 0,74-0,86m, przy wymaganej szerokości co najmniej 0,9m,
19. pozostawienie drzwi wyjściowych z klatki schodowej K1 o szerokości w świetle 0,86m, przy wymaganej szerokości co najmniej 1,20m,
20. pozostawienie drzwi dwuskrzydłowych o szerokości skrzydła nieblokowanego o szerokości od 0,63-0,86m, przy wymaganej szerokości co najmniej 0,9m,
21. pozostawienie drzwi wyjściowych z holu ewakuacyjnego i klatki schodowej K2 o łącznej szerokości 1,48m, przy wymaganej szerokości 1,80m,
22. pozostawienie w piwnicy drzwi w świetle przejścia o wysokości 1,88m, przy dopuszczalnej wysokości 2,0m,
23. pozostawienie poziomej drogi ewakuacyjnej w rejonie zaplecza kuchennego bez wymaganej klasy odporności ogniowej co najmniej EI 15 (z uwagi na występowanie luksferów i okien podawczych w części kuchennej),
24. pozostawienie holu ewakuacyjnego w rejonie klatki schodowej K2 o wysokości 3,18m, przy wymaganej wysokości 3,3m,
25. pozostawienie dróg ewakuacyjnych na poziomie piwnicy o wysokości 2,15m, przy wymaganej wys.2,2m.

Jednocześnie, w pkt 7 Ekspertyzy, określono następujące rozwiązania zamienne dla wyliczonych w pkt 6.3 odstępstw:

1. podział obiektu na strefy pożarowe zgodnie z podziałem funkcjonalnym (ZL 440-1350m², PM 440-520m²); blok hotelowy „B” (ZLV) oddzielony od części „A” i „C” (ZLIII) istniejącymi ścianami REI120, projektowanymi ściankami EI120 i drzwiami EI60; część obiektu PM, znajdująca się w piwnicy zostanie podzielona na dwie odrębne strefy pożarowe,
2. ponadnormatywne oświetlenie awaryjne ewakuacyjne o natężeniu min. 5 lx w klatkach schodowych i miejscach lokalnych przewężeń i obniżen poziomych dróg ewakuacyjnych, min. 2 lx na wszystkich pozostałych drogach ewakuacyjnych,
3. oświetlenie awaryjne przeszkodowe w miejscach zwężeń i obniżen poziomej drogi ewakuacyjnej,

4. rozszerzenie systemu detekcji dymu na korytarze przyległe do wydzielonej klatki schodowej.

Na podstawie ekspertyzy Mazowiecki Komendant Wojewódzki Państwowej Straży Pożarnej – postanowieniem z dnia 28 lipca 2014 r. – wyraził zgodę na spełnienie wymagań w zakresie bezpieczeństwa pożarowego w inny sposób niż określono to w przepisach techniczno-budowlanych dla niskiego budynku Ośrodka Konferencyjno-Szkoleniowego Straży Granicznej przy ul. Żurawiej 15A w Świdrze, zlokalizowanego na dz. nr 8/1 i 8/3 (znak sprawy WZ.5595.165.14, zwane dalej „Postanowieniem”), polegających na:

1. podziale budynku na strefy pożarowe zgodnie z częścią graficzną,
2. wyposażeniu dróg ewakuacyjnych w awaryjne oświetlenie ewakuacyjne o natężeniu nie niższym niż 5 lx w klatkach schodowych, miejscach lokalnych przewężeń i obniżień poziomych dróg ewakuacyjnych, oraz 2 lx na korytarzach w osi dróg ewakuacyjnych czasie działania 1 godz.,
3. wyposażeniu dróg ewakuacyjnych w podświetlane znaki wskazujące kierunki ewakuacji.

Opisane powyżej roboty budowlane i instalacyjne (wraz z uzgodnieniem z Zamawiającym ich harmonogramu i uzyskaniem pozwolenia na użytkowanie od Państwowej Straży Pożarnej) – zgodnie z pkt 2 OPZ – miały zostać wykonane w ramach II i III realizacji przedsięwzięcia. Przedstawiony scenariusz realizacji zamówienia został również odzwierciedlony w projekcie umowy (załączniku nr 5 do SIWZ) – *vide* § 1 ust. 5.

Izba ustaliła ponadto, że sporządzone przez Zamawiającego przedmiary robót podzielone zostały według branż (roboty ogólnobudowlane, roboty instalacyjne), z wyszczególnieniem niezbędnych do wykonania prac zarówno w części basenowej, jak i hotelowej. Istotny z punktu widzenia rozstrzygnięcia o zarzutach odwołania przedmiar nosił nazwę „Książka obmiarów BASEN”, a zawarte w nim sporne pozycje dotyczyły:

| L.p. | Nr pozycji | Opis pozycji |
|------|------------|---|
| 1. | 38 | Izolacje – taśma uszczelniająca na styku ściany z posadzką w pomieszczeniach mokrych |
| 2. | 39 | Posadzki płytkowe z kamieni sztucznych układane na klej – przygotowanie podłoża |
| 3. | 40 | Posadzki płytkowe z kamieni sztucznych; płytki 30x30 cm układane na klej metodą kombinowaną |
| 4. | 41 | Posadzki płytkowe z kamieni sztucznych; płytki 15x15 cm układane na klej metodą kombinowaną |

W toku Postępowania do Zamawiającego wpłynęły dwa wnioski o wyjaśnienie treści

SIWZ, dotyczące kwestii sporządzenia wielobranżowego projektu budowlanego . Każde z nich sprowadzało się do pytania o konieczność ujęcia w ofercie pozycji obejmującej jego sporządzenie, skoro nie został on ujęty w przedmiarach robót, na podstawie których wykonawcy mieli sporządzić i załączyć do oferty – zgodnie z pkt 7 ppkt 4.1) SIWZ – szczegółowy kosztorys ofertowy (zgodnie z § 13 ust. 1 dla wykonawcy przewidziane zostało wynagrodzenie kosztorysowe). Zamawiający potwierdził, że pozycję dotyczącą kosztów jego sporządzenia należy dopisać do kosztorysu (patrz: pismo Zamawiającego z dnia 2 września 2014 r. zawierające odpowiedzi na wnioski wykonawców o wyjaśnienie treści SIWZ, pytania 10 i 15 oraz odnośne odpowiedzi).

Na podstawie treści złożonej przez Odwołującego oferty ustalono, że pominął on pozycję dotyczącą sporządzenia wielobranżowego projektu budowlanego (bezsporne – okoliczność przyznana). W odniesieniu do niewycenionych w kosztorysie pozycji 38-41 w zakresie części basenowej kategorycznie twierdził, że ich wycena została ujęta w załączonym do oferty kosztorysie, na dowód czego do odwołania załączył wydruki zdjęć odpowiednich – w jego przekonaniu – fragmentów kosztorysu. Odwołujący nie potrafił na rozprawie wyjaśnić co dokładnie zostało uwidocznione na wydrukach (były one nieczytelne), stwierdził ponadto, że nie dysponuje własnym egzemplarzem złożonej Zamawiającemu oferty, ale jest pewien, że nawet jeśli sporne pozycje kosztorysowe nie zostały przez niego wycenione, to dane do tego niezbędne zawarte są w innych częściach oferty. Oświadczył, że ich wycena może być czasochłonna, ale z pewnością jest możliwa.

Wobec takiego stanowiska Odwołującego Izba dokonała sprawdzenia treści jego oferty, w wyniku czego stwierdziła, że pod pozycjami 38-41 we fragmencie kosztorysu dotyczącego części basenowej wycenione zostały koszty następujących prac:

| L.p. | Nr pozycji | Opis pozycji |
|------|------------|--|
| 1. | 38 | Drzwi stalowe pełne o powierzchni ponad 2 m ² , o odporności ogniowej EI 60 |
| 2. | 39 | Prace malarskie i glazurnicze – PARTER |
| 3. | 40 | Licowanie ścian płytkami na klej – przygotowanie podłoża |
| 4. | 41 | Licowanie ścian płytkami o wymiarach 20x20cm na klej metodą kombinowaną. |

W tak ustalonym stanie faktycznym Izba stwierdziła, że zarzuty odwołania nie zasługiwały na uwzględnienie.

Zgodzić należało się z obszernymi wywodami Odwołującego dotyczącego celu i konsekwencji wprowadzenia do Pzp przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Ma on przeciwdziałać odrzucaniu ofert zawierających błahе omyłki (definiowane ogólnie jako drobne,

niezamierzone niedokładności), niemające charakteru pisarskich, czy rachunkowych, które powodują niezgodność treści oferty z treścią SIWZ. Na jego podstawie dopuszczalne jest m.in. korygowanie kosztorysów ofertowych zawierających braki w wycenie pozycji kosztorysowych. Izba podziela przy tym zapatrywanie, że czynność poprawienia innej omyłki można poprzedzić wezwaniem do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty (art. 87 ust. 1 Pzp), z zastrzeżeniem zakazu prowadzenia w toku postępowania wyjaśniającego negocjacji pomiędzy zamawiającym, a wykonawcą, mających za przedmiot złożoną ofertę, o czym stanowi przepis art. 87 ust. 1 zd. drugie Pzp. Zamawiający powinien w ten sposób ustalić, po pierwsze, czy dostrzeżona niezgodność treści oferty wezwanego wykonawcy z treścią SIWZ ma w ogóle charakter omyłki, czy też nieusuwalnego w trybie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp merytorycznego błędu. Po drugie – złożone wyjaśnienia mają upewnić zamawiającego co do prawidłowości ustalonego przezeń sposobu poprawienia stwierdzonej omyłki, względnie wskazać mu właściwy, w ocenie wykonawcy, sposób dokonania tej czynności (a jednocześnie – pozwolić na ocenę, czy nie spowoduje ona istotnej zmiany treści oferty), bowiem inna omyłka nie musi mieć – w przeciwieństwie do omyłek pisarskich i rachunkowych – oczywistego charakteru. Co również istotne, przedstawiony mechanizm stanowi wyjątek od generalnej zasady braku możliwości ingerowania stron postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w treść złożonych ofert, wobec czego nie może być poddawany wykładni rozszerzającej.

Odnosząc się do kwestii brakujących pozycji kosztorysu Izba doszła do przekonania, że Odwołujący – sporządzając wymagany postanowieniami SIWZ szczegółowy kosztorys ofertowy w zakresie obejmującym część basenową inwestycji – zastąpił właściwy fragment kosztorysu fragmentem obejmującym pozycje 38-41 z części hotelowej inwestycji, o czym świadczy m.in. porównanie treści i nazw wspomnianych części kosztorysu. Nie kwestionując niezamierzonego charakteru omawianej niezgodności treści oferty z treścią SIWZ należy zwrócić uwagę, że nie ma ona charakteru omyłki (drobnej niezgodności), a merytorycznego błędu, którego poprawienie polegać miałyby na rekonstrukcji brakujących pozycji w całości.

Abstrahując od zakresu działań koniecznych do usunięcia omyłki w ofercie Odwołującego nie bez znaczenia jest również okoliczność, że nie zaofiarował on Izbie żadnych dowodów uzasadniających twierdzenie, że „[...]dane stanowiące podstawę takiej wyceny można wyłuskać z innych pozycji kosztorysu, co jest zadaniem czasochłonnym, ale wykonalnym[...]” (protokół rozprawy, str. 4). Podkreślić zatem należy, że postępowanie odwoławcze ma charakter kontradyktoryjny, wobec czego to strony, nie zaś Izbę, obarcza ciężar dowodzenia faktów, z których wywodzą one skutki prawne (por. przepis art. 190 ust. 1 Pzp). Skoro zatem Odwołujący twierdził, że uzupełnienie brakujących pozycji kosztorysu może być przez Zamawiającego dokonane samodzielnie, a nadto zarzucał mu, że bezzasadnie zaniechał dokonania czynności wezwania Odwołującego do złożenia w tym zakresie wyjaśnień, to tym bardziej winien na etapie

postępowania odwoławczego przedstawić argumentację na poparcie tezy o możliwości poprawienia stwierdzonych przez Zamawiającego braków.

Niezależnie od powyższego Izba wskazuje dodatkowo, że zarzut naruszenia przepisu art. 87 ust. 1 Pzp jest nieuzasadniony chociażby z tej przyczyny, że skoro omyłka Odwoływającego polegała na całkowitym pominięciu kilku pozycji kosztorysu, to kwestia ta nie mogła stanowić przedmiotu wyjaśnień. Te mogą bowiem dotyczyć treści złożonej oferty, a zatem składających się na nią informacji (wyrażonych wprost lub chociażby w sposób dorozumiany), nie zaś takich, które miały, czy powinny się na nią składać, a z jakichś przyczyn zostały przez wykonawcę pominięte. Czynność wezwania do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty mogłaby *ad casum* ewentualnie prowadzić do ustalenia przyczyn stwierdzonych przez Zamawiającego braków w kosztorysie ofertowym Odwoływającego, co nie było istotą zawisłego przed Izbą sporu.

W kwestii pominięcia w złożonej przez Odwoływającego ofercie pozycji kosztorysowej dotyczącej wielobranżowego projektu budowlanego Izba stwierdziła, że ze względu na wagę tego dokumentu w całym procesie budowlanym nie jest możliwe poprawienie omyłki polegającej na jego nieujęciu w złożonej ofercie. Nie jest przy tym tak, jak twierdził Odwołujący, że o nieistotności omyłki przesądzać ma koszt pominiętego w treści oferty elementu składającego się na oświadczenie woli wykonawcy, ponieważ jest to co najwyżej jeden z aspektów umożliwiających ustalenie charakteru zmiany treści oferty. Przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp dotyczy bowiem zakazu zmian istotnych, nie zaś takich które przekładają się wymiennie (znaczenie) na cenę korygowanej oferty. *Ergo* pod tym pojęciem kryją się nie tylko zmiany istotne w aspekcie całkowitej ceny oferty (tj. wpływające znacznie na jej obniżenie/podwyższenie), ale również dotyczące kluczowych z punktu widzenia przedmiotu zamówienia zobowiązań wykonawcy, którego oferta ma zostać poprawiona.

Pomijając okoliczność, że Odwołujący nie udowodnił twierdzenia, jakoby koszt sporządzenia takiego projektu oscylował w granicach 6-8 tys. zł, co – mając na względzie stanowisko Zamawiającego, który na rozprawie podał kwoty zgoła odmienne (15-450 tys. zł) oraz omówiony wcześniej rozkład ciężaru dowodu – uczynić powinien, a informacji takiej nie sposób wywieść z innych elementów treści oferty, to należało stwierdzić, że omyłka Odwoływającego polegała na nieujęciu w ofercie kosztów sporządzenia jednego z podstawowych dokumentów, przy pomocy którego miała zostać zrealizowana inwestycja. Należy dodatkowo zwrócić uwagę, że projekt dotyczyć miał istotnych dla możliwości korzystania z części inwestycji kwestii spełnienia wymagań dotyczących ochrony przeciwpożarowej, które – w drodze przewidzianego Postanowieniem odstępstwa – miały zostać zrealizowane w sposób odmienny niż określono to w przepisach techniczno-budowlanych. Ponadto, Zamawiający dwukrotnie zwracał uwagę na konieczność ujęcia w kosztorysie ofertowym pozycji dotyczącej kosztów sporządzenia wielobranżowego projektu budowlanego (*vide* pytanie 10 i 15 oraz stosowne odpowiedzi – pismo Zamawiającego z dnia 2 września 2014 r.), zatem każdy z wykonawców winien się z nią

liczyć, zwłaszcza zważywszy na przyjęty przez Zamawiającego model kosztorysowego rozliczenia realizacji przedmiotu zamówienia.

Nie bez znaczenia był również fakt, że Odwołujący pominął tą pozycję kosztorysu w ogóle, a nie tylko zapomniał jej wycenić, przez co nie byłoby wystarczające jedynie jej „zerowanie”, które rzeczywiście stanowi jeden z dopuszczalnych sposobów poprawiania omyłek w kosztorysach ofertowych, ponieważ kosztorys ofertowy załączony do oferty Odwołującego nie zawierał elementu, który miałby zostać w ten sposób wyceniony.

Ergo, w ocenie Izby, jakkolwiek ingerencja w treść oferty, mająca na celu doprowadzenie w tym zakresie do jej zgodności z postanowieniami SIWZ (przez co *de facto* należałoby rozumieć dopisanie pozycji kosztorysu, a dopiero następnie jej wycenę, przykładowo, w drodze jej „zerowania”) byłaby zmianą istotną, której dokonanie zostało wyłączone na mocy przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. W efekcie takiej ingerencji doszłoby bowiem w istocie do przedłożenia Zamawiającemu nowej oferty, uzupełnionej o ważny dla realizacji przedmiotu zamówienia element, który to niekwestionowanie został przez Odwołującego uprzednio pominięty.

Reasumując, Izba nie dopatrzyła się naruszenia przez Zamawiającego wskazanych w *petitum* odwołania przepisów art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, art. 87 ust. 1, 87 ust. 2 pkt 3 i 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, wobec czego orzekła, jak w sentencji.

O kosztach postępowania rozstrzygnięto stosownie do jego wyniku, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz § 3 pkt 1 i § 5 ust. 4 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.2010.41.238). Nie został uwzględniony wniosek pełnomocnika Zamawiającego o zasądzenie wynagrodzenia w kwocie 3.600,00 zł brutto, z uwagi na przepis § 3 pkt 2 powołanego Rozporządzenia. Wynika z niego, że o uzasadnionych kosztach stron postępowania odwoławczego, w tym wynagrodzeniu pełnomocnika (§ 3 pkt 2 lit. b Rozporządzenia), Izba orzeka na podstawie rachunku przedłożonego do akt sprawy, co nie miało miejsca.

Przewodniczący: