

WYROK
z dnia 16 czerwca 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 16 czerwca 2014 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 maja 2014 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Remontobudowa sp. z o.o., Ekoinbud sp. z o.o. ul. Wielkopolska 5A, 80-180 Gdańsk** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Szkoła Policji w Słupsku, ul. Kilińskiego 42, 76-200 Słupsk,**

przy udziale wykonawcy: **P. L. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usług Budowlanych „L.” P. L., Żydowo 88A, 76-012 Żydowo** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Remontobudowa sp. z o.o., Ekoinbud sp. z o.o., ul. Wielkopolska 5A, 80-180 Gdańsk, i:**
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr.** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Remontobudowa sp. z o.o., Ekoinbud sp. z o.o. ul. Wielkopolska 5A, 80-180 Gdańsk** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 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 **Stupsku**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający: Szkoła Policji w Słupsku prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego na: „wykonanie termorenowacji i remontu budynku przy ul. Głowackiego 9-9a”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych pod poz. 141344-2014 w dniu 25 kwietnia 2014 r.

W dniu 26.05.2014 r. zamawiający poinformował Konsorcjum firm: Remontobudowa sp. z o.o., Ekoinbud sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku o odrzuceniu oferty Konsorcjum z uwagi na jej niezgodność ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia. Jednocześnie zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej. Jako podstawę odrzucenia oferty Konsorcjum Remontobudowa, zamawiający wskazał następujące uchybienia:

- pełnomocnictwo do reprezentowania wykonawcy wystawione na p. J. G. zostało złożone w formie kserokopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przez Remontobudowa sp. z o.o., a winno mieć formę oryginału lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez notariusza;
- brak pełnomocnictwa wystawionego na p. B. M. Ch. jako osobę wskazaną w ofercie do reprezentowania wykonawcy w toku aukcji elektronicznej;
- w kosztorysie robót budowlanych stwierdzono niezgodność oferty z przedmiarem robót, w poz. nr 61 zapisano: „izolacja z płyt ze styropianu”, a powinno być: „izolacja z płyt wełny mineralnej”;
- w kosztorysie robót elektrycznych:
 1. cement portlandzki: jest 1,25 t - powinno być 3,23 t,
 2. ciasto wapienne: jest 0,77 m³ - powinno być 2,43 m³,
 3. piasek: jest 7,93 m³ - powinno być 19,29 m³,
 4. w zestawieniu materiałów brak światełek – 598 szt.
- w kosztorysie robót sanitarnych: grzejniki stalowe: jest 68szt., powinno być 111 szt.

Zamawiający odstąpił od wezwania odwołującego do uzupełnienia pełnomocnictw, ze względu na przesłankę wskazaną w art. 26 ust. 3 Pzp, tj. pomimo złożenia pełnomocnictw uzasadnione jest odrzucenie oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp.

Konsorcjum Remontobudowa wniosło odwołanie wobec czynności odrzucenia oferty odwołującego, wyboru oferty najkorzystniejszej oraz wobec zaniechania przeprowadzenia aukcji elektronicznej. Odwołujący zarzucił naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), zwanej dalej „Pzp”:

- art. 89 ust. 1 pkt. 2 w zw. z art. 87 ust. 2 pkt. 3, poprzez odrzucenie oferty odwołującego

z uwagi na rzekomą niezgodność oferty z SIWZ, podczas gdy oferta zawiera inne omyłki, które powinny zostać poprawione przez zamawiającego;

- art. 89 ust. 1 pkt. 2 w zw. z art. 87 ust. 1, poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do wyjaśnienia treści oferty;

- art. 91a ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3, poprzez bezzasadny wybór oferty Zakładu Obsługi Budowlano - Instalacyjnej K. W. i zaniechanie przeprowadzenia aukcji elektronicznej z uwzględnieniem oferty odwołującego;

- art. 89 ust. 1 pkt. 2 w zw. z art. 26 ust. 3, poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do uzupełnienia oferty o pełnomocnictwa dla przedstawicieli odwołującego;

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienia decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego oraz o wyborze oferty najkorzystniejszej;

- powtórzenia czynności badania i oceny ofert;

- przyznanie odwołującemu kosztów poniesionych na wynagrodzenie pełnomocnika oraz kosztów dojazdu na rozprawę na podstawie przedłożonych na rozprawie rachunków.

Odwołujący wyjaśnił, że oferta odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą według kryterium oceny ofert, jakim w niniejszym postępowaniu jest cena. W przypadku uwzględnienia odwołania dojdzie do powtórnego badania ofert oraz przeprowadzenia aukcji elektronicznej, w której szanse odwołującego na wybór jego oferty jako najkorzystniejszej, w świetle kryterium oceny ofert, są wysokie.

W Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia określono rolę kosztorysu ofertowego oraz sankcje jego niezłączenia do oferty. Zgodnie z XII Opis sposobu obliczenia ceny pkt. 2, zamawiający wymagał określenia ceny na podstawie przedmiaru robót, poprzez sporządzenie kosztorysu ofertowego zawierającego ceny jednostkowe robót przemnożone przez liczbę jednostek przedmiarowych, ujmując w cenach jednostkowych wszystkie koszty towarzyszące wykonaniu zamówienia i przekazaniu do eksploatacji, a w pkt 3 wskazał m.in., że brak kosztorysów w złożonej ofercie spowoduje jej odrzucenie. Odwołujący podniósł, że SIWZ brak jest postanowień stanowiących, że taki efekt wywołuje również brak w kosztorysie ofertowym poszczególnych pozycji przedmiarowych.

Ponadto w dziale XII SIWZ (pkt 8) przewidziano możliwość ustalenia wynagrodzenia również w przypadku, gdyby zaszła konieczność kalkulacji ceny na podstawie materiałów zamiennych. Taka kalkulacja mogła nastąpić na podstawie publikacji „SEKOCENBUDU”.

Odwołujący wyjaśnił, że w formularzu ofertowym odwołujący złożył oświadczenie, w którym potwierdził złożenie oferty zgodnie z wymogami SIWZ i zaoferowanie przedmiotu zamówienia zgodnego z wymaganiami i warunkami opisanymi w ustawie Pzp oraz w SIWZ, a tym samym za zaoferowaną cenę zobowiązał się wykonać całe świadczenie polegające na wykonaniu wszystkich robót wchodzących w zakres zamówienia.

Brak załączenia do oferty oryginału lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez notariusza dla przedstawiciela Remontobudowy sp. z o.o. J. G. oraz pełnomocnictwa dla B. Ch. do reprezentowania odwołującego w toku aukcji elektronicznej są jedynie brakami formalnymi, które podlegają uzupełnieniu na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp. Zamawiający nie wzywał odwołującego do uzupełnienia oferty w tym zakresie. Powyższe zaniechanie nie było zasadne, gdyż zamawiający nie miał podstaw do odrzucenia jego oferty.

W odniesieniu do omyłek kosztorysowych wyszczególnionych w uzasadnieniu odrzucenia oferty, odwołujący podniósł, co następuje.

Kosztorys robót budowlanych - niezgodność oferty z przedmiarem robót - w poz. nr 61 zapisano: „izolacja z płyt ze styropianu”, powinno być: „izolacja z płyt z wełny mineralnej”.

Odwołujący wyjaśnił, że zamieszczenie w poz. nr 61 opisu niezgodnego z opisem zamieszczonym w przedmiarze robót stanowi niezamierzoną przez wykonawcę inną omyłkę, którą zamawiający winien poprawić na podstawie art. 87 ust. 2 pkt. 3 Pzp, wcześniej wzywając odwołującego do złożenia wyjaśnień treści oferty na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp. Omyłka ta wynikała z niejasnego stanowiska zamawiającego odnośnie dokumentu, jakiego należało użyć w celu policzenia poszczególnych pozycji kosztorysowych. Pierwotnie podstawą kalkulacji cen kosztorysowych oraz opisu pozycji, jakie miały znaleźć się w kosztorysie był przedmiar robót. W trakcie sprawdzania przez wykonawców dokumentacji technicznej, załączonej do SIWZ, okazało się, iż niektóre pozycje zawarte w przedmiarze różnią się od pozycji uwzględnionych w projekcie technicznym, stanowiącym załącznik do SIWZ. W dniu 8 maja 2014 r. zamawiający odpowiedział na pytania wykonawców dotyczące wyjaśnienia treści SIWZ dot. rodzaju, ilości materiałów oraz urządzeń, jakie będą wymagane do wykonania zamówienia w zakresie instalacji wod.-kan., instalacji c.o. oraz instalacji sprężonego powietrza. W pytaniach wskazywano, iż ilość i rodzaj materiałów uwzględnione w projekcie różnią się z pozycjami przedmiaru. W takich przypadkach zamawiający informował, iż przy kalkulacji ceny ofertowej należy policzyć zgodnie z projektem (tak m.in. rury wodociągowe z PP o średnicach 16-40 mm, brodziki, baterie natryskowe, grzejniki itp.). Z wyjaśnień zamawiającego można było wnioskować, iż w przypadku zaistnienia rozbieżności pomiędzy projektem, a przedmiarem, do celów kosztorysowych należy przyjąć opis pozycji i ilość z projektu. Takie rozumowanie mogło być uzasadnione również z uwagi na inne postanowienia specyfikacji. Zgodnie z treścią SIWZ pkt. 4, rozdział X. „Ofertę należy przygotować na lub w oparciu o załączniki do SIWZ”. W rozdziale XX pkt 11, jako załącznik do SIWZ określony jest m.in. projekt techniczny. Według załączonego do dokumentacji przetargowej projektu technicznego, który jest częścią SIWZ, ocieplenie stropodachu należy wykonać ze styropianu, a nie z wełny mineralnej. Informacja ta jest zawarta zarówno w opisie technicznym do projektu na stronie 5

„projektowana technologia termomodernizacji”, jak i w „zakresie robót dla całego zamierzenia remontowego”, punkt 1. Na wszystkich przekrojach projektu: od A-A do E-E, jako warstwa docieplenia stropodachu, widnieje „styropian twardy 18 cm”, a nie wełna mineralna. Dlatego opis pozycji 61 kosztorysu ofertowego branży budowlanej dotyczącej docieplenia stropodachu został przez odwołującego zmieniony z wełny mineralnej na styropian. Zmianę powyższą zamawiający powinien był wyjaśnić w trybie art. 87 ust. 1 Pzp.

Odwołujący stwierdził, że niezasadnie zastosował opis i rodzaj materiału zawarty w projekcie, podczas gdy takiej wyraźnej dyspozycji nie wydał zamawiający w wyjaśnieniach do treści SIWZ lub zmianie treści specyfikacji. Wyjaśnienia zamawiającego z dnia 8 maja 2014 r. miały wpływ na powstanie niejasności, wskutek czego odwołujący popełnił omyłkę, którą zamawiający powinien sprostować w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt. 3 Pzp.

Kosztorys robót elektrycznych:

- 1) cement portlandzki: jest 1,25 t - powinno być 3,23 t,
- 2) ciasto wapienne; jest 0,77 m³ - powinno być 2,43 m³,
- 3) piasek; jest 7,93 m³ - powinno być 19,29 m³,
- 4) w zestawieniu materiałów brak świetlówek - 598 szt.

Wszystkie rzekome braki dotyczą zestawienia materiałowego nie zaś kosztorysu ofertowego. Zestawienie materiałów nie jest zaś częścią przedmiaru. Niezależnie od powyższego, odwołujący wskazał, iż pozycje: cement, ciasto wapienne oraz piasek posiadają ceny jednostkowe wprost wyrażone w zestawieniu materiałowym. Zamawiający posiada zatem wszelkie dane, aby samodzielnie sprostować omyłki ilościowe na podstawie art. 87 ust. 2 pkt. 3 Pzp. Świetlówki są natomiast ujęte w cenie opraw oświetleniowych. Odwołujący przyjął, iż w kosztorysie wskaże i wyceni urządzenia (oprawy oświetleniowe) wraz z całym osprzętem. Jeżeli zamawiający miał wątpliwości w tym zakresie mógł żądać wyjaśnień, zgodnie z dyspozycją art. 87 ust. 1 Pzp. Zgodnie z przyjętą linią orzeczniczą, uwzględnienie kosztu w innej pozycji kosztorysowej niż w pozycji określonej w przedmiarze jest co najwyżej naruszeniem formy. Koszt świetlówek został ujęty w cenie opraw oświetleniowych, a zatem ten element został przez odwołującego wyceniony i znalazł się w cenie ofertowej. W przypadku niejasności zamawiający obowiązany był wezwać odwołującego do wyjaśnień.

Kosztorys robót sanitarnych: grzejniki stalowe - jest 68 szt., a powinno być 111 szt.

W przedmiocie grzejników stalowych wchodzących w skład instalacji sanitarnej c.o. wyszczególnionych zostało 26 typów grzejników stalowych, każdy z typów posiadał odmienne wymiary. W związku z faktem, że wykonawcy zauważyli rozbieżność pomiędzy ilością typów grzejników w projekcie, a przedmiarze, zamawiający, w wyjaśnieniach z dnia 8 maja 2014 r. zdecydował, iż cenę ofertową należy skalkulować na podstawie projektu. W rezultacie, w kosztorysach wykonawcy obowiązani byli

uwzględnić i wycenić 19 typów grzejników.

Odwołujący wyjaśnił, że w kosztorysie sanitarnym uwzględnił i wycenił 17 typów grzejników. Dwóch typów grzejników, tj.: grzejniki stalowe dwupłytkowe o wysokości 600-900mm i długości do 1600mm, np. 21K600*720 lub równoważne oraz grzejniki stalowe dwupłytkowe o wysokości 600-900mm i długości do 1600mm, np. 22K600*800 lub równoważne, odwołujący w ogóle nie wycenił, ani nie zawarł pozycji obejmujących ww. typy grzejników w kosztorysie ofertowym. Była to omyłka osoby zajmującej się kosztorysowaniem, która w trakcie przygotowywania kosztorysu uwzględniła wyłącznie typy grzejników znajdujących się na parterze budynku a pominęła grzejniki mające zostać wbudowane na piętrze. Odwołujący przyznał, że kosztorys zawiera ww. omyłkę i że omyłka ta skutkuje niezgodnością treści oferty z SIWZ. Odwołujący uznał jednocześnie, że to uchybienie powinno być przedmiotem sprostowania przez zamawiającego na zasadach określonych w art. 87 ust. 2 pkt. 3 Pzp. Odwołujący wskazał, że zgodnie z oświadczeniem zawartym w pkt. 4 oferty zaoferował przedmiot zamówienia zgodny z wymaganiami i warunkami opisanymi w ustawie Pzp oraz określonymi w SIWZ. Składając ww. oświadczenia potwierdził, że za zaoferowaną cenę zobowiązał się wykonać całe świadczenie polegające na wykonaniu wszystkich robót wchodzących w zakres zamówienia. Odwołujący uznał, że prawidłowym działaniem zamawiającego, w zakresie dwóch typów grzejników stalowych nieujętych w kosztorysie ofertowym, byłoby sprostowanie oferty, poprzez dopisanie dwóch pominiętych pozycji do kosztorysu i wycenę każdej z pozycji na kwotę 0,00 zł. Takie rozwiązanie jest dopuszczalne w świetle ustawy oraz interpretacji art. 87 ust. 2 pkt. 3 Pzp prezentowanej przez KIO (KIO 689/11).

Sprostowanie omyłki polegającej na nieuwzględnieniu w kosztorysie sanitarnym 43 grzejników stalowych nie spowoduje żadnych zmian w rankingu wykonawców, ani zmiany zakresu oferowanego świadczenia. Wartość wszystkich nieuwzględnionych grzejników wynosi łącznie 15 758,30 zł. Biorąc pod uwagę, iż wartość oferty wynosi 2.779.185,16 zł to kwota 15 758,30 zł stanowi ok. 0,5% wartości oferty. Odwołujący zastrzegł, że łączna wartość dwóch typów grzejników nieuwzględnionych w kosztorysie, tj. grzejników stalowych dwupłytkowych o wysokości 600-900 mm i długości do 1600 mm np. 21K600*720 lub równoważne (8 grzejników za kwotę 2 680,16 zł) oraz grzejników stalowych dwupłytkowych o wysokości 600- 900 mm i długości do 1600 mm np. 22K600*800 lub równoważne (2 grzejniki za kwotę 745,36 zł) wyniosła 3425,52 zł. Przyjmując zatem, że zamawiający wpisałby pominięte grzejniki do kosztorysu ale z wartością 0,00 zł, to faktyczna zmiana wartości oferty wyniosłaby 12.332,78 zł. W załączeniu odwołujący przedstawił kalkulację wartości 43 grzejników nieujętych w kosztorysie.

Wykonawca P. L. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo

Usług Budowlanych „L.” P. L. zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Wniósł o oddalenie odwołania. Wyjaśnił, że jest zainteresowany przeprowadzeniem aukcji elektronicznej, która zostałaby przeprowadzona w przypadku uwzględnienia odwołania.

Zamawiający pismem z dnia 11 czerwca 2014 r. złożył odpowiedź na odwołanie. Wniósł o oddalenie odwołania w całości, jako oczywiście bezzasadnego. Zamawiający stwierdził, że powody odrzucenia oferty zostały przedstawione w piśmie z dnia 26 maja 2014 r. Odwołujący nie kwestionował w odwołaniu istnienia niezgodności treści oferty z przedmiarem robót, kwestionował tylko ocenę tych niezgodności dokonaną przez zamawiającego.

W odniesieniu do kosztorysu robót budowlanych – poz. 61, zamawiający podniósł, że omyłka może podlegać poprawie w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, gdy ma charakter techniczny i nie jest nowym oświadczeniem woli wykonawcy. SIWZ w pkt XII pkt 2 stanowi, że podstawą kalkulacji cen kosztorysowych jest przedmiar robót, a nie projekt techniczny. Wyjaśnienie zamawiającego co do znaczenia projektu technicznego dotyczyło wyłącznie rozbieżności przedmiaru z ww. projektem w zakresie instalacji sanitarnych. Podniósł, że odwołujący nie zwracał się o wyjaśnienie stwierdzonych przez niego rozbieżności w kosztorysie. Omyłka w zakresie zaoferowania styropianu zamiast wełny mineralnej jest omyłką istotną i nie podlega poprawie. Ponadto ma ona istotny wpływ na cenę oferty, ponieważ wełna mineralna dachowa kosztuje ok. 84 zł/m² a styropian ok. 43 zł/m². Odwołujący nie dochował zatem należytej staranności. Poprawienie tego błędu skutkowałoby istotną zmianą treści oferty.

W zakresie kosztorysu robót elektrycznych zamawiający wyjaśnił, że w kosztorysie odwołującego zaniżone zostały ilości materiałów w stosunku do przedmiaru: cementu portlandzkiego, ciasta wapiennego oraz piasku (poz. 121, 126 i 128 oraz 130). Ponadto, w poz. 44-50 oraz poz. 52-60 określono nakłady materiałowe na montaż 310 kompletów opraw oświetleniowych, składających się z oprawy oświetleniowej (1 szt.), świetlówki (1-2 szt.) oraz zapłonika (1-2 szt.). Odwołujący podał w zestawieniu materiałów, załączonym do kosztorysu ofertowego, oprawy oświetleniowe nie w kompletach, a w sztukach, co oznacza, że nie ujął 598 szt. świetlówek i 598 szt. zapłonników.

W zakresie kosztorysu robót sanitarnych zamawiający wskazał, że odwołujący wycenił jedynie 68 szt. grzejników na 111 szt. wymaganych w przedmiarze, co oznacza, że odwołujący nie wycenił całego zakresu rzeczowego zamówienia. Zamawiający nie jest uprawniony do dopisania dwóch pozycji w kosztorysie ofertowym odwołującego oraz przyjęcia w tych pozycji wyceny w postaci 0,00 zł. Podkreślił, że w przedmiotowym postępowaniu wynagrodzenie ma charakter kosztorysowy. Poprawienie w tym zakresie treści

oferty odwołującego stanowiłoby naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp.

Zdaniem zamawiającego, w tych okolicznościach nie nastąpiło naruszenie art. 26 ust. 3 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do uzupełnienia pełnomocnictw, ani art. 91a ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie przeprowadzenia aukcji elektronicznej, w przypadku gdy pozostały w postępowaniu tylko dwie oferty niepodlegające odrzuceniu.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego na rozprawie, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Stosownie do art. 179 ust. 1 Pzp, odwołujący posiada legitymację do wniesienia niniejszego odwołania. Odwołujący wyjaśnił, że oferta odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą według kryterium oceny ofert, jakim w niniejszym postępowaniu jest cena. Uwzględnienie odwołania umożliwiłoby w konsekwencji przeprowadzenie aukcji elektronicznej, w której odwołujący miałby szansę na wybór jego oferty, jako najkorzystniejszej.

Zgodnie z art. 192 ust. 7 Pzp, Izba rozpoznała odwołanie w zakresie zarzutów zawartych w odwołaniu.

Izba uznała za skuteczne przystąpienie wykonawcy P. L. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usług Budowlanych „L.” P. L., do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego, zgłoszone stosownie do art. 185 ust. 2 i 3 Pzp.

W Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia rozdział X Opis sposobu przygotowania ofert pkt X.21 zamawiający określił komplet dokumentów składających się na ofertę jako: 1) wypełniony formularz oferty, 2) pozostałe załączniki przewidziane w SIWZ, 3) dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu, stosownie do rozdziału VI SIWZ, 4) kosztorysy ofertowe wraz z zestawieniem materiałów i podaniem cen jednostkowych. W pkt 22 tego rozdziału zamawiający wskazał, że w przypadkach określonych w art. 89 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający odrzuci ofertę.

W rozdziale XII Opis sposobu obliczenia ceny, zamawiający wymagał przedstawienia w ofercie ceny kosztorysowej, która stanowi wynagrodzenie kosztorysowe (pkt 1), określonej na podstawie przedmiaru robót, poprzez sporządzenie kosztorysu ofertowego zawierającego ceny jednostkowe robót przemnożone przez liczbę jednostek przedmiarowych, ujmując w cenach jednostkowych wszystkie koszty towarzyszące wykonaniu zamówienia i przekazaniu do eksploatacji (pkt 2). Zamawiający wskazał, że kosztorysy ofertowe,

sporządzone metodą uproszczoną wraz z wykazem materiałów i podaniem cen jednostkowych należy dołączyć do oferty oraz, że brak kosztorysów w złożonej ofercie spowoduje jej odrzucenie. Ponadto, że ceny jednostkowe netto i wskaźniki kosztowe określone przez wykonawcę w kosztorysie ofertowym obowiązują przez cały okres realizacji umowy i nie podlegają zmianom. Zakres robót, który jest podstawą do wyceny musi być zgodny z przedmiarem robót oraz opisem przedmiotu zamówienia zawartym w rozdziale III SIWZ i we wzorze umowy stanowiącym załącznik nr 6 do SIWZ (pkt 9). W pkt 10 zamawiający jednoznacznie wskazał, że rozliczenie za roboty nastąpi na podstawie faktycznie wykonanych prac stwierdzonych dokonany obmiarem według cen jednostkowych kosztorysu ofertowego.

W rozdziale XIV SIWZ zamawiający przewidział aukcję elektroniczną.

W wyjaśnieniach z dnia 8 maja 2014 r. zamawiający zawarł zmiany w zakresie konkretnych robót dotyczących: Instalacji wod.-kan., Instalacji c.o. oraz Instalacji sprężonego powietrza, które należy uwzględnić (ująć, policzyć), zgodnie z projektem.

Jak wynika z treści formularza ofertowego zawartego w ofercie, odwołujący złożył oświadczenie (pkt 4), w którym potwierdził zaoferowanie przedmiotu zamówienia zgodnego z wymaganiami i warunkami opisanymi w ustawie Pzp oraz w SIWZ. W pkt 6.1 ww. formularza odwołujący oświadczył również, że zapoznał się z SIWZ, nie wnosi żadnych zastrzeżeń oraz uzyskał niezbędne informacje do przygotowania oferty.

Odwołujący nie kwestionował faktu, że złożony w ofercie kosztorys ofertowy nie zawiera elementów wskazanych przez zamawiającego w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty, tj. w zakresie poz. 61 kosztorysu robót budowlanych, poz. 121, 126 i 128 oraz 130 kosztorysu robót elektrycznych oraz zestawienia materiałów w odniesieniu do poz. 44- 50 oraz 52- 60 tego kosztorysu. W zakresie braku zaoferowania wymaganej liczby grzejników, odwołujący wyjaśnił, że w kosztorysach należało uwzględnić i wycenić 19 typów grzejników, natomiast odwołujący w kosztorysie sanitarnym uwzględnił i wycenił 17 typów grzejników. Odwołujący przyznał, że nie wycenił ani nie zawarł pozycji obejmujących dwa typy grzejników, tj.: grzejniki stalowe dwupłytowe o wysokości 600-900mm i długości do 1600mm, np. 21K600*720 lub równoważne oraz grzejniki stalowe dwupłytowe o wysokości 600-900mm i długości do 1600mm, np. 22K600*800 lub równoważne, na skutek omyłki osoby zajmującej się kosztorysowaniem, która w trakcie przygotowywania kosztorysu uwzględniła wyłącznie typy grzejników znajdujących się na parterze budynku, a pominęła grzejniki mające zostać wbudowane na piętrze. Odwołujący przyznał, że kosztorys sanitarny zawiera ww. omyłkę i że omyłka ta skutkuje niezgodnością treści oferty z SIWZ, która jednak zdaniem odwołującego podlega poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

W tak ustalonym stanie faktycznym nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 89 ust. 1

pkt. 2 w zw. z art. 87 ust. 2 pkt. 3 oraz art. 87 ust. 1 Pzp, poprzez odrzucenie oferty odwołującego z uwagi na niezgodność treści oferty z treścią Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp stanowi, że zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty, niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona. Jak to podkreślono w publikacji Urzędu Zamówień Publicznych „Prawo Zamówień Publicznych po nowelizacji z dnia 4 września 2008 r.” pod red. J. Sadowego, Warszawa 2008, str. 117 i nast. „Ustawa dopuszcza również poprawianie innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty (art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy). Poprawianie omyłek na podstawie cyt. przepisu dotyczy omyłek nie mających charakteru oczywistego oraz niekoniecznie odnosi się do ceny, a więc może dotyczyć również innych elementów złożonej oferty. (...) Na podstawie cyt. przepisu można poprawić omyłkę, która nie powoduje istotnych zmian w treści oferty. Dopuszczalne wydaje się dokonanie zmian w sytuacji, jeżeli z okoliczności wynika zamiar złożenia przez wykonawcę oferty zgodnie z wymaganiami zamawiającego oraz poprawienie omyłki nie ingeruje w sposób istotny w treść oferty, tj. nie powoduje konieczności znaczącej ingerencji ze strony zamawiającego lub nie dotyczy jej istotnych postanowień.”

W ocenie Izby, jeśli doprowadzenie treści oferty do zgodności z SIWZ wymaga dopisania pozycji, zmiany treści pozycji oraz podania w niej oferowanej przez wykonawcę ceny robót, to dokonanie takiej zmiany w treści oferty wykracza poza dyspozycję przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. W konsekwencji pominięcie w kosztorysie ofertowym pozycji lub zaoferowanie innego materiału niż wymagany nie ma charakteru omyłki możliwej do poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. W omawianym przypadku nie jest również możliwe zastosowanie trybu wyjaśnień treści oferty na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp, co spowodowałoby to wprowadzenie do oferty nowej treści.

Podkreślić również należy, że zgodność treści oferty z treścią specyfikacji nie jest zapewniona przez sam fakt złożenia przez wykonawcę w formularzu ofertowym ogólnego oświadczenia o zapoznaniu się i akceptacji wymagań SIWZ, wówczas gdy z treści szczegółowych informacji zawartych w ofercie wynika konkretna niezgodność z wymaganiami zamawiającego.

Biorąc pod uwagę powyższe, w odniesieniu do poszczególnych zarzutów, Izba zważyła, jak poniżej:

Kosztorys robót budowlanych: poz. nr 61 - jest: „izolacja z płyt ze styropianu”, powinno być:

„izolacja z płyt z wełny mineralnej”.

Zamieszczenie w poz. nr 61 kosztorysu opisu niezgodnego z opisem zawartym w przedmiarze robót stanowi błąd, który nie podlega poprawie na podstawie art. 87 ust. 2 pkt. 3 Pzp. Odwołujący przyjął, wbrew wymogom zamawiającego, opis tej pozycji z projektu technicznego, a nie z przedmiaru, który stanowił podstawę do wyceny oferty. Wyjaśnienia zamawiającego z dnia 8 maja 2014 r. były jednoznaczne i nie dotyczyły w żadnym razie tej pozycji, nie mogły zatem wprowadzić odwołującego w błąd co do podstawy kalkulacji ceny oferty w tym zakresie. Odwołujący sam przyznał, że niezasadnie zastosował opis i rodzaj materiału zawarty w projekcie, podczas gdy takiej wyraźnej dyspozycji nie wydał zamawiający w wyjaśnieniach do treści SIWZ. Opis pozycji nr 61 kosztorysu ofertowego branży budowlanej, dotyczący docieplenia stropodachu został przez odwołującego zmieniony: z wełny mineralnej na – styropian, co oznacza zaoferowanie innego materiału niż wymagany. Zmiana ta nie podlegała wyjaśnieniu w trybie art. 87 ust. 1 Pzp. Przepis powyższy ma zastosowanie wyłącznie wówczas, gdy z treści oferty wynikają wątpliwości. W tym przypadku zastosowanie innego materiału niż wymagał zamawiający w przedmiarze stanowi ewidentną niezgodność z wymaganiem zamawiającego.

Kosztorys robót elektrycznych: cement portlandzki - jest 1,25 t, powinno być 3,23 t; ciasto wapienne - jest 0,77 m³ - powinno być 2,43 m³; piasek - jest 7,93 m³, powinno być 19,29 m³; w zestawieniu materiałów brak świetlówek – 598 szt.

Braki, dotyczące wyceny w zestawieniu materiałów wymaganej w przedmiarze ilości cementu portlandzkiego, ciasta wapiennego oraz piasku, podlegają poprawie w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Należy uznać, że powyższe omyłki nie są na tyle istotne, że nie można ich poprawić, poprzez dodanie brakującej ilości i przeliczenie ich wartości w oparciu o ceny jednostkowe podane w kosztorysie. Co istotne, zamawiający posiada wszelkie dane w treści oferty (ceny jednostkowe), umożliwiające samodzielne dokonanie stosownej korekty.

W zakresie braku wykazania w zestawieniu materiałów - świetlówek w ilości 598 szt., zamawiający nie posiada informacji koniecznych do dokonania ich wyceny. Oprawy, wycenione w kosztorysie obejmują bowiem komplet (oprawa, świetlówka i zapłonnik). Wbrew twierdzeniom odwołującego, zestawienie materiałów (w tym ceny jednostkowe) ma istotne znaczenie w niniejszej sprawie, co w sposób wyraźny podkreślił zamawiający w SIWZ, wymagając zestawień wraz z kosztorysem ofertowym, ze względu na kosztorysowy sposób wynagrodzenia za wykonanie zamówienia. Nie można zatem zgodzić się z odwołującym, że tylko brak złożenia kosztorysów w ofercie mógł spowodować odrzucenie oferty. Bez posiadania cen jednostkowych na poszczególne materiały nie będzie możliwe dokonanie prawidłowego rozliczenia wykonanych robót, na podstawie obmiaru powykonawczego. Jednocześnie Izba zauważa, że w omawianym zakresie nie ma wątpliwości co do treści złożonego w ofercie zestawienia materiałów, dlatego nie było podstaw do żądania przez

zamawiającego wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 Pzp.

Kosztorys robót sanitarnych: grzejniki stalowe; jest 68 szt. - powinno być 111 szt.

W powyższym zakresie decyzja zamawiającego nie została szczegółowo uzasadniona. Zamawiający nie przedstawił szczegółowej analizy w odniesieniu do braku grzejników. Izba wzięła jednak pod uwagę wyjaśnienia złożone przez odwołującego, w szczególności przyznanie, że złożona oferta nie obejmuje pełnego zakresu rzeczowego przedmiaru, co potwierdził na rozprawie również zamawiający.

W odniesieniu do wyceny za małej ilości poszczególnych rodzajów zaoferowanych grzejników, zachodzi podstawa do poprawienia treści oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, poprzez odpowiednie zwiększenie liczby grzejników, z uwzględnieniem cen jednostkowych podanych przez wykonawcę. W zakresie natomiast braku wyceny i ujęcia w kosztorysie dwóch typów grzejników, zamawiający nie miał podstaw do uzupełnienia treści oferty, ponieważ nie jest możliwe samodzielne ustalenie przez zamawiającego cen jednostkowych tych grzejników. Uzupełnienie tej informacji przez wykonawcę stanowiłoby natomiast niedozwoloną zmianę treści złożonej oferty w rozumieniu art. 87 ust. 1 Pzp. Sprzeczne z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców byłoby również dopisanie przez zamawiającego w złożonym kosztorysie dwóch pominiętych pozycji i dokonanie wyceny każdej z pozycji na kwotę 0,00 zł, których faktyczna wartość, jak wyjaśnił odwołujący wynosi 3425,52 zł. Powyższy brak stanowi błąd treści oferty prowadzący do nieporównywalności oferty odwołującego z ofertami złożonymi prawidłowo, tj. istotną niezgodność treści oferty z SIWZ, polegającą na braku uwzględnienia w ofercie pełnego zakresu przedmiotu zamówienia, której nie można poprawić w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Reguła, którą zamawiający przewidział w dziale XII SIWZ, odnośnie możliwości ustalenia wynagrodzenia w przypadku konieczności kalkulacji ceny na podstawie materiałów zamiennych nie może być użyta do sanowania treści złożonej oferty. Takie działanie zamawiającego nie jest uprawnione, gdyż naruszałoby zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji w postępowaniu.

W danym stanie faktycznym i prawnym Izba nie stwierdziła naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do uzupełnienia pełnomocnictw do reprezentowania wykonawcy, gdyż oferta odwołującego podlegała odrzuceniu. W świetle art. 26 ust. 3 Pzp uzupełnienie pełnomocnictw nie było uzasadnione, gdyż pomimo złożenia pełnomocnictw uzasadnione jest odrzucenie oferty odwołującego. Izba nie stwierdziła w konsekwencji naruszenia przepisów art. 91a ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3, przez wybór najkorzystniejszej i zaniechanie przeprowadzenia aukcji elektronicznej.

W tym stanie rzeczy Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp. O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp

oraz zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania. (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: