

Sygn. akt: KIO 2492/12

WYROK
z dnia 27 listopada 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Protokolant: Radosław Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **23 listopada 2012 r.** w Warszawie odwołania z dnia **9 listopada 2012 r.** wniesionego przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Budowlane DOMBUD S.A. z siedzibą w Katowicach, ul. Drzymały 15, 40-059 Katowice** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Uniwersytet Jagielloński, ul. Gołębia 24, 31-007 Kraków,**

przy udziale wykonawcy **RE-Bau Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, ul. Armii Krajowej 19, 30-150 Kraków** – zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego **Przedsiębiorstwo Budowlane DOMBUD S.A. z siedzibą w Katowicach, ul. Drzymały 15, 40-059 Katowice** i nakazuje:

zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: **piętnaście** tysięcy złotych **zero** groszy) uiszczone przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Budowlane DOMBUD S.A. z siedzibą w Katowicach, ul. Drzymały 15, 40-059 Katowice**, tytułem kosztów postępowania odwoławczego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, Nr 161, poz. 1078 i Nr 182, poz. 1228, z 2011 r. Nr 5, poz. 13, Nr 28, poz. 143, Nr 87, poz. 484, Nr 234, poz. 1386 i Nr 240, poz. 1429 oraz z 2012 r. poz. 769) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Krakowie**.

Przewodniczący:

.....

Sygn. akt: KIO 2492/12

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający **Uniwersytet Jagielloński, ul. Gołębia 24, 31-007 Kraków** wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Wyłonienie Generalnego Wykonawcy robót budowlano-montażowych, związanych z realizacją przebudowy i rozbudowy budynku przeznaczonego dla potrzeb Instytutu Psychologii UJ, a zlokalizowanego przy ul. Ingardena 6 w Krakowie. Nr sprawy: CRZP/UJ/381/2012«.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej **26.07.2012 r.** pod nrem **2012/S 142-237248**.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, Nr 161, poz. 1078 i Nr 182, poz. 1228, z 2011 r. Nr 5, poz. 13, Nr 28, poz. 143, Nr 87, poz. 484, Nr 234, poz. 1386 i Nr 240, poz. 1429 oraz z 2012 r. poz. 769) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

Zamawiający zawiadomił **30.10.2012 r.** o:

- 1) wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy **RR-Bau Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, ul. Armii Krajowej 19, 30-150 Kraków;**
- 2) uznaniu oferty wykonawcy **PB DOMBUD S.A. z siedzibą w Katowicach, ul. Drzymały 15, 40-059 Katowice** jako drugiej w rankingu ofert.

Wykonawca **PB DOMBUD S.A. z siedzibą w Katowicach, ul. Drzymały 15, 40-059 Katowice**, zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp, wniósł **09.11.2012 r.** do Prezesa KIO odwołanie na:

- 1) zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień odnośnie treści oferty;
- 2) zaniechanie poprawienia w ofercie odwołującego omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (zwanej dalej specyfikacją bez bliższego określenia), które to poprawienia nie powodowały istotnych zmian w treści oferty;
- 3) badanie i ocenę ofert nieporównywalnych ze względu na niedopełnienie przez zamawiającego obowiązków wynikających z **art. 87 ust. 1 i art. 87 ust. 2 pkt 3** Pzp oraz **pkt 3 ust. 7 in fine specyfikacji** co doprowadziło do nieprawidłowej i

nieuprawnionej oceny ofert oraz dokonania wyboru spośród ofert nieporównywalnych, a w konsekwencji do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;

- 4) bezpodstawny wybór oferty, która nie była najkorzystniejsza, wskutek wystąpienia uchybień wskazanych wyżej, przy bezpodstawnym zaniechaniu wyboru oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej

i ALTERNATYWNIE:

- 1) zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy RE-Bau Sp. z o.o. jako niezgodnej z treścią specyfikacji;
- 2) badanie i ocenę ofert nieporównywalnych ze względu na niedopełnienie przez zamawiającego obowiązków wynikających z **art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp** oraz **pkt 3 ust. 7 specyfikacji**, co doprowadziło do nieprawidłowej i nieuprawnionej oceny ofert oraz dokonania wyboru spośród ofert nieporównywalnych, a w konsekwencji do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
- 3) bezpodstawny wybór oferty, która nie była najkorzystniejsza, wskutek wystąpienia uchybień wskazanych wyżej, przy bezpodstawnym zaniechaniu wyboru oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej.

Zdaniem odwołującego zamawiający naruszył:

- 1) **art. 87 ust. 1 Pzp** przez zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień odnośnie treści oferty;
- 2) **art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp** – przez zaniechanie poprawienia w ofercie odwołującego omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją, które to poprawki nie powodują istotnych zmian w treści oferty;
- 3) **art. 87 ust. 1 i art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp** oraz **pkt 3 ust. 7 in fine specyfikacji** – przez badanie i ocenę ofert nieporównywalnych ze względu na niedopełnienie przez zamawiającego obowiązków wynikających z tych przepisów, co doprowadziło do nieprawidłowej i nieuprawnionej ich oceny oraz dokonania wyboru spośród ofert nieporównywalnych, a w konsekwencji doprowadziło to do naruszenia **art. 7 ust. 1 Pzp** – zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
- 4) **art. 91 Pzp** – przez bezpodstawny wybór oferty, która nie była najkorzystniejsza, wskutek wystąpienia uchybień przy bezpodstawnym zaniechaniu wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej

i ALTERNATYWNIE:

- 1) **art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp** – przez zaniechanie odrzucenia oferty RE-Bau Sp. z o.o. jako niezgodnej z treścią specyfikacji;

- 2) **art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp oraz pkt 3 ust. 7 specyfikacji** – przez badanie i ocenę ofert nieporównywalnych ze względu na niedopełnienie przez zamawiającego obowiązków wynikających z tych przepisów co doprowadziło do nieprawidłowej i nieuprawnionej ich oceny oraz dokonania wyboru spośród ofert nieporównywalnych, a w konsekwencji do naruszenia **art. 7 ust. 1 Pzp** – zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
- 3) **art. 91 Pzp** – przez bezpodstawny wybór oferty, która nie była najkorzystniejsza, wskutek wystąpienia uchybień przy bezpodstawnym zaniechaniu wyboru oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy RE-Bau sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej;
- 2) poprawienia treści oferty odwołującego, w trybie **art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp**, stosownie do treści załącznika A do specyfikacji (str. 7 z 1557), przez „wyzerowanie” w kosztorysie ofertowym pozycji dotyczących urządzeń aktywnych sieci komputerowej (pozycje od 159 do 180 kosztorysu ofertowego), celem doprowadzenia do porównywalności ocenianych ofert;
- 3) dokonania ponownego badania i oceny treści oferty odwołującego w stosunku do treści specyfikacji – z uwzględnieniem treści oferty poprawionej w trybie **art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp** oraz postanowienia **pkt 3 ust 7 in fine specyfikacji**;
- 4) dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej, przy założeniu kryteriów oceny ofert wskazanych przez zamawiającego

i ALTERNATYWNIE:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy RE-Bau sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej;
- 2) dokonania odrzucenia oferty oferty wykonawcy RE-Bau sp. z o.o.;
- 3) dokonania ponownego badania i oceny oferty odwołującego, w konsekwencji nakazanie dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej, niepodlegającej odrzuceniu.

W każdym przypadku odwołujący wnosi również o orzeczenie zwrotu odwołującemu uzasadnionych kosztów postępowania, w szczególności kosztów związanych z dojazdem na posiedzenie Krajowej Izby Odwoławczej, wynagrodzenia i wydatków pełnomocnika procesowego, w przypadku jego ustanowienia oraz kwoty wpisu.

Argumentacja odwołującego

30.10.2012 r. zamawiający skierował do wykonawców informację, że w prowadzonym przez siebie postępowaniu, zmierzającym do wyłonienia Generalnego Wykonawcy robót budowlano-montażowych, związanych z realizacją przebudowy i rozbudowy budynku przeznaczonego dla potrzeb Instytutu Psychologii Uniwersytetu Jagiellońskiego, zlokalizowanego przy ul. Ingardena 6 w Krakowie, nr sprawy: CRZP/UJ /381/2012, po przeanalizowaniu i ocenie wszystkich ofert, dokonał wyboru oferty wykonawcy RE-Bau Sp.zo.o. jako najkorzystniejszej.

Zamawiający dokonał badania i oceny ofert, które nie mogą być porównywalne, ponieważ charakteryzują się innym zakresem oferowanych usług i dostaw, w ten sposób, że **oferta odwołującego, wskutek zaistniałej omyłki, zawiera wycenę urządzeń aktywnych sieci komputerowej, podczas gdy oferta uznana za najkorzystniejszą, takiej wyceny nie zawiera.**

Zamawiający dopuścił do wyboru spośród ofert o różnym zakresie usług i dostaw, mimo że zgodnie z postanowieniem **pkt 3 „Opis przedmiotu zamówienia” w ust. 7 specyfikacji,** treść kosztorysów miała stanowić podstawę oceny zgodności oferowanego przedmiotu z wymaganiami specyfikacji, co obligowało zamawiającego do uznania, że sprzeczne w tym aspekcie oferty nie mogą być porównane.

W aktualnym stanie faktycznym oferta zwycięska jest tańsza od oferty odwołującego o **117.635,45 zł.**

Zważywszy jednak, że przedmiotowe elementy aktywne sieci komputerowej wyceniono na kwotę **608.140,22 zł** (dowód: – kosztorys ofertowy w aktach postępowania), porównanie ofert o identycznym zakresie (zatem bez uwzględnienia omyłkowo wycenionych urządzeń) doprowadziłoby do uznania, że oferta odwołującego, jako tańsza od oferty zwycięskiej o **490.504,77 zł** jest w rzeczywistości ofertą najkorzystniejszą, przy uwzględnieniu, że jedynym kryterium oceny była cena.

Ocena ofert, które nie są porównywalne i wybór spośród nich oferty, zdaniem zamawiającego najkorzystniejszej, stanowi naruszenie zasady równości traktowania oferentów oraz uczciwej konkurencji – zasad ujętych w **art. 7 Pzp**, będących podstawą, o którą powinien opierać się każdy przetarg.

Badanie ofert musiało ujawnić, że ich przedmiot, we wskazanym wyżej zakresie, jest różny. Nie tylko bowiem oferta odwołującego, ale także oferty wykonawców: P.B.-P. Łęgprzem Sp. z o.o., SKANSKA S.A., wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia pod przewodnictwem AGA-Bauservice Sp. z o.o., pod przewodnictwem Mostostal Warszawa S.A., pod przewodnictwem Przedsiębiorstwo Rewaloryzacji Zabytków w Krakowie S.A. – zawierały wycenę tych elementów sieci komputerowej, zaś oferta uznana

za najkorzystniejszą wraz z ofertą wykonawcy P.B.O. KARTEL S.A. takiej wyceny nie zawierały (dowód: – kosztorysy ofertowe w dokumentach postępowania).

Przyczyną takiego stanu rzeczy w przypadku odwołującego była omyłka pracownika, który uwzględnił we wskazanej w kosztorysie ofertowym ilości i wycenił pozycje zawarte w przedmiarze i wynikające z projektu, z tego powodu, że nie zostały one wykreślone, czy w jakikolwiek sposób oznaczone ani w przedmiarze (tak, jak to np. miało miejsce w przypadku urządzeń i instalacji audio-video, oznaczonych w przedmiarze kolorem czerwonym, wraz z osobną wyraźną adnotacją) ani w projekcie, mimo zastrzeżenia przez zamawiającego, że urządzenia aktywne sieci komputerowej nie stanowią przedmiotu postępowania (załącznik A do specyfikacji, str. 7).

Dla przykładu, będący załącznikiem do specyfikacji przedmiar dla instalacji słaboprądowych (oznaczony na każdej stronie opisem „UJ IP KOSZTORYS INST słabe prądy bez sprzętu aktywnego”), w pozycjach od 7.15 do 7.36 wymienia urządzenia (zwane „aparataami elektrycznymi”) wraz z liczbą wymaganych sztuk, bez oznaczenia lub wskazania, że dokładnie o te urządzenia i związane z nimi usługi będzie ograniczony przetarg.

Zamawiający miał możliwość oznaczenia ich, podobnie jak urządzeń instalacji audio-video, odpowiednim kolorem lub w inny sposób wyraźnie odróżnić je od pozostałych elementów przetargu.

Tymczasem na wyraźną wolę zachowania tych pozycji w przedmiarze, służącym za wzór do sporządzenia kosztorysów ofertowych (a także w projekcie stanowiącym podstawę wyceny), w ich pierwotnej formie i treści wskazuje odpowiedź zamawiającego na pytanie nr 68, zadane w trybie art. 38 Pzp, mimo że zamawiający miał wtedy możliwość doprecyzowania opisu przedmiotu umowy.

Takie działanie zamawiającego mogło i przyczyniło się do omyłkowego uwzględnienia i wycenienia w ofercie także elementów, których uwzględnienia zamawiający nie wymagał, co spowodowało, że oferty złożone w toku postępowania, w tym przede wszystkim oferta odwołującego i oferta uznana za najkorzystniejszą, ale także pozostałe oferty, nie miały tego samego zakresu przedmiotowego.

Zamawiającemu przysługuje szereg instrumentów, za pomocą których może doprowadzić do stanu, w którym badanie i ocena będzie dotyczyć ofert porównywalnych. Podstawową regulację w tym zakresie opisuje art. 87 ust. 1 Pzp.

Zamawiający, w przypadku pojawiających się wątpliwości co do treści oferty, powinien sięgnąć do instytucji wyjaśnień dotyczących treści oferty. Zamawiający zaniechał tego działania i nie zwrócił się z takim zapytaniem do odwołującego, ten zaś nie był w stanie stwierdzić zaistnienia omyłki, aż do chwili otrzymania zawiadomienia o rozstrzygnięciu przetargu.

Jak wskazano w wyroku Izby z 5 sierpnia 2009 r. (KIO/UZP 959/09), „zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp może zostać poprzedzone wyjaśnieniami, o których stanowi ust. 1 przywołanego przepisu, zmierzającymi do ustalenia rzeczywistej treści oferty oraz charakteru i rodzaju, czy samej potrzeby wprowadzenia ewentualnych zmian w jej treści”.

Zamawiający znał najlepiej parametry wymaganego przedmiotu zamówienia, widząc różnice w tym zakresie w ofercie odwołującego, powinien dążyć do ich wyjaśnienia, tym bardziej że był to zakres niejako „newralgiczny”, ponieważ mimo że wskazany we wszystkich dokumentach postępowania go dotyczących (przedmiary, projekty), miał nie być objęty postępowaniem – zamawiający był zobowiązany w tym zakresie do szczególnej staranności, do czego obliguje go **art. 29 ust. 1 i 2 Pzp**.

Omyłka mogła zostać skorygowana również przez samego zamawiającego w trybie **art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp**, zamawiający wiedział bowiem dokładnie, których urządzeń wyszczególnionych w przedmiarach i projektach dotyczy wymóg nieuwzględniania w przedmiocie zamówienia, nie musiał w tym celu sięgać po żadne informacje z zewnątrz ani nawet oświadczenie odwołującego. Korekty mógł dokonać w sposób opisany w odpowiedzi na pytanie nr 68, zadane w trybie **art. 38 Pzp**, tj. przez „wyzerowanie”, zamieszczonych w kosztorysie ofertowym dla instalacji słaboprądowych, pozycji dotyczących przedmiotowych urządzeń aktywnych sieci komputerowej. W wyniku odpowiedniej operacji matematycznej – nawet przy uwzględnieniu podania przez odwołującego ceny jednostkowej każdego z tych elementów – ogólna wartość tych elementów wyniosłaby „0” zaś cena oferty powinna wskutek tej korekty być obniżona o kwotę obejmującą wszystkie omyłkowo uwzględnione i wycenione urządzenia (w tym przypadku o **608.140,22 zł**).

Fakt, że omyłka może mieć wpływ na cenę oferty nie stanowi automatycznie przeszkody w jej poprawieniu, decydująca jest bowiem istotność dokonanej poprawy (wyrok Izby z 11 maja 2012 r. – KIO 868/12). Zmiana ceny całkowitej, będąca konsekwencją rachunkową uwzględnienia prawidłowej (zerowej) liczby urządzeń, doprowadziłaby do obniżenia ceny o 3% w stosunku do ceny podanej w nieskorygowanej ofercie.

Zastosowanie **art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp** w tym przypadku nie doprowadziłoby zatem do zniekształcenia woli odwołującego w zakresie istotnej części oferty, ani też nie doprowadziło do zaoferowania przedmiotu nieodpowiadającego wymogom specyfikacji, tym bardziej, że przecież zamawiający nie zamierzał zakupić tych urządzeń w drodze przedmiotowego postępowania.

Orzecznictwo Izby interpretuje przepis **art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp** w ten sposób, że z jego wykorzystaniem można korygować wszystkie niezgodności treści oferty z warunkami specyfikacji (w tym cenę ostateczną), byle tylko nie doprowadziło to do znaczącej ingerencji w oświadczenie woli wykonawcy (patrz wyrok Izby z 11 maja 2012 r., KIO 838/12, wyrok Izby z 6 czerwca 2012 r., KIO 1048/12).

Dopiero tak skorygowana oferta odwołującego w pełni odpowiadałaby wymogom specyfikacji (pomijała wycenę urządzeń aktywnych sieci komputerowej) i mogła być przedmiotem badania, oceny i porównania z innymi ofertami. Taka operacja jest dopuszczalna w świetle **art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp** i doprowadziłaby do wyboru oferty najkorzystniejszej i zaspokajającej merytoryczne oczekiwania i potrzeby zamawiającego, zatem jej przeprowadzenie było obowiązkiem zamawiającego, zaś zaniechanie wyboru stanowi o naruszeniu wskazanej normy ustawy.

Odwołujący nie ma informacji, jakie względy kierowały zamawiającym, gdy zdecydował się na badanie i ocenę oraz wybór spośród ofert, które nie są porównywalne.

Odwołujący bierze zatem pod uwagę sytuację, w której zamawiający, nie podejmując czynności korygowania oferty odwołującego w trybie **art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp**, w rzeczywistości uznawał, że treść oferty odwołującego odpowiada wymogom specyfikacji, mimo wycenienia w niej urządzeń aktywnej sieci komputerowej. W tym przypadku jednak zamawiający musiałby uznać ofertę wykonawcy RE-Bau za niezgodną ze specyfikacją (z powodu braku wyceny przedmiotowych elementów sieci komputerowej) i jednocześnie niemożliwą do skorygowania w trybie **art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp**, ze względu na niepodanie przez wykonawcę RE-Bau cen jednostkowych dla tych urządzeń. Także takiej czynności zamawiający jednak nie dokonał.

Odwołujący sformułował zatem zarzut i żądanie alternatywne, tj. wskazując na naruszenie **art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp** przez zaniechanie odrzucenia oferty niezgodnej ze specyfikacją, żąda odrzucenia oferty wykonawcy RE-Bau oraz ponownej oceny oferty odwołującego i w konsekwencji – uznania jej za najkorzystniejszą.

Zamawiający nie mógł bowiem przystąpić do wyboru spośród ofert, co do których zachodzą rozbieżności zakresu zaoferowanych usług i dostaw. Odwołujący zwraca uwagę, że postępowanie zamawiającego, w którego wyniku doprowadził zamawiający do oceny ofert nieporównywalnych, może stanowić również naruszenie dyscypliny finansów publicznych, penalizowane przez **ustawę z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2005 Nr 14, poz. 114 ze zm.)**. Art. 17 tej ustawy mówi o czynach polegających na działaniu lub zaniechaniu, w wyniku którego doszło do określenia przedmiotu lub warunków zamówienia w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji oraz każdym innym naruszeniu przepisów ustawy o zamówieniach publicznych, jeżeli miało ono wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Jednym z warunków umożliwiających sanowanie naganego postępowania jest jego skorygowanie w sposób zapewniający zgodność danej czynności i toku postępowania z przepisami o zamówieniach publicznych (art. 17 ust. 1a pkt 1 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych). Wskazane wyżej naruszenia przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych oraz specyfikacji doprowadziły do

wyboru oferty, która (przy założeniu prawidłowo przeprowadzonego postępowania) nie jest propozycją najkorzystniejszą.

W przypadku jej przyjęcia i podpisania umowy w aktualnym stanie faktycznym, zamawiający uzyska ten sam zakres dostaw i usług za cenę droższą o **490.504,77 zł** od oferty odwołującego, zatem godzącą w interes ekonomiczny zamawiającego, co jest z kolei niezgodne z określonymi w **art. 44 ust. 3 pkt 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych**, zasadami oszczędnego i efektywnego gospodarowania finansami jednostki sektora finansów publicznych, jaką jest wyższa uczelnia publiczna (**art. 9 pkt 11 ustawy o finansach publicznych**).

W ocenie odwołującego ponowne badanie i ocena oferty powinna przebiegać przy uwzględnieniu porównywalności ofert, do której doprowadzi skorygowanie oferty odwołującego w sposób opisany wyżej lub odrzucenie oferty uznanej za najkorzystniejszą, jako niezgodnej z specyfikacji.

W przeciwnym przypadku badanie i ocena ofert oraz ich efekt będą naruszać zasady prawa zamówień publicznych wskazane w art. 7 ust. 1 Pzp.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu **09.11.2012 r.** (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom **09.11.2012 r.** (art. 185 ust. 1 in initio Pzp).

Wykonawca **RE-Bau Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, ul. Armii Krajowej 19, 30-150 Kraków** **12.11.2012 r.** złożył: 1) Prezesowi KIO, 2) zamawiającemu i 3) odwołującemu – zgłoszenie przystąpienia po stronie zamawiającego do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (art. 185 ust. 2 Pzp).

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy **20.11.2012 r.** (art. 186 ust. 1 Pzp). Zamawiający uwzględnił odwołanie w całości.

Przystępujący po stronie zamawiającego wniósł sprzeciw do uwzględnienia w całości odwołania przez zamawiającego **23.11.2012 r.** (art. 186 ust. 4 Pzp).

Po przeprowadzeniu rozprawy, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy – Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie nie jest zasadne.

W ocenie Izby zostały wypełnione łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.

Izba postanowiła dopuścić, jako dowód, dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem oraz ...

Izba ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) nie jest sporny.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzuty naruszenia **art. 87 ust. 1 Pzp** – przez zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień odnośnie treści oferty i naruszenia **art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp** – przez zaniechanie poprawienia w ofercie odwołującego omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją, które to poprawki nie powodują istotnych zmian w treści oferty – nie zasługują na uwzględnienie.

Zamawiający w pkt 3 ust. 7 specyfikacji stwierdził, że cyt. „W przypadku rozbieżności opisów materiałów, urządzeń i wyposażenia w ofercie wykonawcy przyjmuje się, że wykonawca uwzględnił w cenie materiały, urządzenia i wyposażenie zgodnie ze specyfikacją techniczną. Ewentualne braki w wycenach pozycji robót oraz materiałów i sprzętu w kosztorysie uproszczonym nie stanowią podstawy do dodatkowego wynagrodzenia i przyjmuje się, że wykonawca zobowiązał się wykonać wszystkie roboty wynikające ze specyfikacji w ryczałtowej cenie oferty. Kosztorysy uproszczone i zestawienia materiałów stanowią jedynie podstawę do rozliczenia ewentualnych robót zamiennych oraz oceny zgodności oferowanego przedmiotu zamówienia z wymaganiami specyfikacji”. Podobnie zamawiający postanowił w pkt 10 ust. 4 specyfikacji.

Ponadto zamawiający w uwadze do specyfikacji stwierdził, że cyt. „1. Urządzenie i wyposażenie wskazane w przedmiarach do projektu instalacji audio video zaznaczone w kolorze czerwonym nie stanowią przedmiotu [...] postępowania. Zamawiający przewiduje przeprowadzenie odrębnego postępowania na zakup i dostawę wraz z montażem przedmiotowych urządzeń i wyposażenia. 2. Urządzenia aktywne sieci komputerowej wskazane w projekcie i przedmiarach nie stanowią przedmiotu zamawiający przewiduje przeprowadzenie odrębnego postępowania na zakup i dostawę wraz z montażem przedmiotowych urządzeń”. Podobną uwagę zawarł zamawiający przed przedmiarem gdzie

stwierdził, że cyt. „Urządzenie i wyposażenie wskazane w przedmiarach do projektu instalacji audio video zaznaczone w kolorze czerwonym nie stanowią przedmiotu [...] postępowania. Zamawiający przewiduje przeprowadzenie odrębnego postępowania na zakup i dostawę wraz z montażem przedmiotowych urządzeń i”.

Również zamawiający przed upływem terminu składania ofert, 20 sierpnia 2012 r., w odpowiedzi na pyt. 68 stwierdził, że cyt.: „Zamawiający informuje, że przedmiar prac załączony do specyfikacji ma jedynie charakter pomocniczy. Należy więc w razie rozbieżności lub braków przyjąć ilości zgodnie z projektem. Jeżeli wykonawca uważa, że pozycji tych nie należy wyceniać to ww. pozycje należy wyzerować”.

Zamawiający nie oznaczył czerwonym kolorem wszystkich miejsc w przedmiarze, które nie miały podlegać wycenie. Takimi elementami były pozycje **od 159 do 180** zaznaczone na czarno. Odwołujący tłumaczy, że z tego względu wycenił cyt. „wycenił te części, skutkiem czego cena oferty odwołującego była wyższa o **ok. 610 000 zł** czyli ok. 2,5% w stosunku do całej ceny”. Dlatego odwołujący zarzuca, że zamawiający zaniechał wystosować żądanie wyjaśnień – zgodnie z art. 87 ust. 1 Pzp, a następnie, po przeanalizowaniu wyjaśnień odwołującego, zamawiający zaniechał dokonać poprawy omyłki i w efekcie zmienić cenę oferty na niższą – zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

W ocenie składu orzekającego Izby odwołujący wybiórczo traktuje postanowienia specyfikacji skupiając się na stwierdzeniu, że wykonawcy nie powinni wyceniać pozycji przedmiaru zaznaczonych na czerwono. Ale zamawiający nigdzie nie stwierdził, że wykonawcy są zobowiązani wycenić wszystkie elementy zaznaczone standardowo na czarno. Zamawiający stwierdził, że przedmiar ma jedynie charakter pomocniczy i należy przyjąć ilości zgodnie z projektem, a pozycje „nadmierne” należy wyzerować. W związku z tym zamawiający nie miał wątpliwości, że do treści oferty wkradły się omyłki, które można byłoby poprawić zgodnie z przepisami art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Przy takim podejściu do oferty odwołującego zamawiający nie miał powodów do żądania wyjaśnień, a także uznania, że odwołujący popełnił w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją, których poprawienie nie powodowałoby istotnych zmian w treści oferty.

Odwołujący wskazał, że popełnił pomyłkę w ofercie tak w treści odwołania jak i podczas rozprawy. Jednak odwołujący nie wziął pod uwagę, że nie każda pomyłka, bez względu na przyczynę jej powstania, podlega poprawieniu zgodnie z art. 87 ust. 2 Pzp, a w tym zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Odwołujący nie wykazał, że poprawa omyłki w ofercie odwołującego nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty.

W związku z tym skład orzekający Izby stwierdza, że zarzuty naruszenia art. 87 ust. 1 Pzp i art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp – nie mogą zasługiwać na uwzględnienie.

W związku z tym, zamawiający był obowiązany dokonać oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty oraz dokonać oceny wszystkich ofert na równych zasadach i wybrać ofertę najkorzystniejszą, którą była oferta przystępującego.

Odwołujący nie wykazał naruszenia przez zamawiającego **art. 87 ust. 1 i art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp** oraz **pkt 3 ust. 7 in fine specyfikacji** – przez badanie i ocenę ofert nieporównywalnych ze względu na niedopełnienie przez zamawiającego obowiązków wynikających z tych przepisów, co doprowadziło do nieprawidłowej i nieuprawnionej ich oceny oraz dokonania wyboru spośród ofert nieporównywalnych, a w konsekwencji doprowadziło to do naruszenia **art. 7 ust. 1 Pzp** – zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców – i dlatego zarzut nie może zasługiwać na uwzględnienie. Tym samym również zarzut naruszenia **art. 91 Pzp** – przez bezpodstawny wybór oferty, która nie była najkorzystniejsza, wskutek wystąpienia uchybień przy bezpodstawnym zaniechaniu wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej – nie zasługuje na uwzględnienie.

Tym samym również odwołujący nie wykazał, że w postępowaniu zaistniały fakty wskazane w alternatywnych zarzutach. Po pierwsze zamawiający nie naruszył **art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp** – przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy RE-Bau Sp. z o.o. jako niezgodnej z treścią specyfikacji, gdyż odwołujący nie wykazał, że treść oferty wykonawcy RE-Bau Sp. z o.o. jest niezgodna ze specyfikacją. W związku z tym także pozostałe zarzuty nie zostały wykazane przez odwołującego.

Zamawiający – podczas prowadzenia postępowania – nie naruszył wskazanych przez odwołującego przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Z powyższych względów oddalono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący:

.....