

WYROK
z dnia 24 marca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: **Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

Protokolant: **Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **24 marca 2011 r.** w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 15 marca 2011 r. przez **Jolantę Kijas prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą PROFI Jolanta Kijas, 45-844 Opole, ul. Stanisława Bronicza 11** od czynności podjętych w postępowaniu o udzielenie zamówienia przez zamawiającego, którym jest: **Gmina Dąbrowa, 49-120 Dąbrowa, ul. ks. prof. J. Sztonyka 56**

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje: unieważnienie czynności odrzucenia oferty PROFI Jolanta Kijas z Opola oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem tej oferty.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża Gminę Dąbrowa i nakazuje:**
 - 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty postępowania odwoławczego w wysokości w **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) – kwoty wpisu uiszczonego przez **Jolantę Kijas prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą PROFI Jolanta Kijas.**
 - 2) dokonać wpłaty kwoty **13600 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) przez **Gminę Dąbrowa** na rzecz **Jolanty Kijas prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą PROFI Jolanta Kijas**, stanowiącej koszty postępowania odwoławczego poniesione przez stronę z tytułu uiszczonego wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów strony obejmujących wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198 a i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) na niniejszy wyrok

Sygn. akt KIO 554/11

– w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Opolu**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Dąbrowa (49-120 Dąbrowa) – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759; zwanej dalej również „ustawą pzp” lub „ppz”), postępowanie o udzielenie zamówienia na roboty budowlane pn. „Rozbudowa i przebudowa budynku świetlicy wiejskiej w Karczowie ul. Szkolna 2 –Etap II”.

10 marca 2011 r. (pismem datowanym na 9 marca 2011 r.) Zamawiający przekazał drogą faksową Odwołującemu – Jolancie Kijas prowadzącej w Opolu działalność gospodarczą pod firmą PROFI Jolanta Kijas, zawiadomienie o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp [„nieprawidłowy kosztorys ofertowy, nie uwzględniający wszystkich elementów z przedmiar robót (m.in.: /branża elektryczna/ poz.:24)], a także o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez OLBUD II Zakład Budowlano-Remontowy Wojciech Sanak z Nysy (cena ofertowa 161.304,89 zł), oraz o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 pzp, gdyż cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (120.000,00 zł).

15 marca 2011 r. (pismem z 14 marca 2011 r.) Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od powyższych czynności Zamawiającego, któremu w tym samym dniu przekazał kopię odwołania.

Odwołujący zarzucił w odwołaniu naruszenie przez Zamawiającego następujących przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych:

1. Art. 7 ust. 1 a tym samym zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.
2. Art. 89 ust. 1 pkt.2 poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo że jej treść jest zgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwanej dalej w skrócie „s.i.w.z.”).
3. Art. 91 ust. 1 poprzez niedokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty.
4. Art. 93.ust. 1 pkt.4 przez unieważnienie postępowania, pomimo iż oferta Odwołującego nie podlega odrzuceniu i nie przewyższa kwoty jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie niniejszego zamówienia.

W związku z podniesionym zarzutami Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert zgodnie z przepisami ustawy pzp i dokonania wyboru oferty Odwołującego.

Odwołujący wskazał między innymi następujące okoliczności prawne i faktyczne uzasadniające wniesienie odwołania.

Zamawiający w rozdziale III pkt 10 s.i.w.z. precyzuje jakie dokumenty miały składać się na ofertę, między innymi wymienia kosztorys ofertowy jako zał. Nr 7, który ma

informować o „cenach jednostkowych i wartości robót + narzuty do kosztorysu” i jednocześnie w rozdziale III pkt. 11 s.i.w.z. wskazuje, iż „wykonawca powinien sporządzić kosztorys ofertowy uwzględniający wszystkie elementy ujęte w przedmiarze robót”. Zgodnie z tymi postanowieniami Odwołujący załączył do oferty kosztorys ofertowy, który zawiera informację o cenach jednostkowych i wartości robót oraz o narzutach, uwzględniający wszystkie elementy ujęte w przedmiarze robót w tym również poz. 24 z branży elektrycznej. Z uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty można jedynie wywnioskować, że Zamawiającemu może chodzić o brak wyceny poz. 24 branży elektrycznej, gdyż nie podaje on w s.i.w.z., co według Zamawiającego jest „elementem przedmiaru robót”. Jeżeli bowiem elementem z przedmiaru robót jest pozycja kosztorysowa, w tym przypadku poz. 24 branży elektrycznej, to została ona w kosztorysie Odwołującego ujęta i wyceniona, a cena ofertowa została obliczona zgodnie z postanowieniami s.i.w.z., a w szczególności z rozdziałem III pkt. 10, załącznikiem Nr 7 i pkt. 11.

Wskazać należy również, że jeżeli oferta Odwołującego nie podlega odrzuceniu a jej cena 93.532,61 zł jest ceną najniższą zaoferowaną spośród złożonych ofert i jest ceną nieprzewyższającą kwoty 120.000 zł, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie tego zamówienia, to tym samym nie wystąpiła przesłanka o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 pzp. Mimo tego, iż ustawodawca wyposażył Zamawiającego w szereg uprawnień w toku całego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, to nie oznacza, iż Zamawiający nie jest w żaden sposób ograniczony i może ustanawiać wymagania oraz ocenę ofert w sposób dowolny i całkowicie uznaniowy. Powyższe postępowanie Zamawiającego doprowadziło również do naruszenia art. 7 ust. 1 pzp a tym samym zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania oferentów.

23 marca 2011 r. Zamawiający wniósł do Krajowej Izby Odwoławczej odpowiedź na odwołanie, której kopia została przekazana Odwołującemu na posiedzeniu przed Izbą 24 marca 2011 r. – wnosząc o oddalenie odwołania i podając następujące argumenty uzasadniające zajęte stanowisko.

Zgodnie z wymogami s.i.w.z. rozdział III pkt 11 Wykonawca przystępując do postępowania winien był sporządzić kosztorys ofertowy uwzględniający wszystkie elementy ujęte w przedmiarze robót, który stanowił załącznik do s.i.w.z. Odwołujący załączył do swojej oferty kosztorys ofertowy nieuwzględniający pozycji z przedmiaru robót branży elektrycznej określonej jako: „Puszki z tworzywa sztucznego o wym. 110x110 mm o 4 wylotach dla przewodów o przekroju do 16 mm² - w gotowym otworze ślepy”, natomiast w kosztorysie ofertowym Odwołujący przyjął jedynie pozycję: „Puszki z tworzywa sztucznego o wym. 95x115 i 140x140 mm o 4 wylotach dla przewodów o przekroju do 16 mm² - w gotowym

otworze ślepym”. Nie odpowiada ona pozycji określonej przez Zamawiającego i nie może zostać uznana za spełnienie wymogu określonego przez Zamawiającego właśnie dlatego, że jest odmienna w swej treści, co jest bezsporne. Nie jest wystarczające określenie ogólne kwoty z tytułu branży elektrycznej. Nie chodzi o to, by Wykonawca określał w przedmiarze jakiegokolwiek roboty, czy pozycje, ale te pozycje, których oczekuje Zamawiający. Porównanie s.i.w.z. i oferty bezspornie przekonuje, że przedmiar Wykonawcy różni się od przedmiaru wskazanego przez Zamawiającego. Różnica choćby w jednym miejscu powoduje, że oferta nie spełnia wymogów s.i.w.z., dlatego w kontekście skutków technicznych zastosowanej przez Wykonawcę odmienności w rodzaju puszek, nie można było uznać tej odmienności jako dopuszczalnej.

Zamawiający określił we wzorze umowy, stanowiącym załącznik do s.i.w.z., jako obowiązujący – wynagrodzenie w formie kosztorysowej, wobec czego Zamawiający nie miał podstaw, aby zaakceptować ofertę Odwołującego jako spełniającą wymagania s.i.w.z. i porównywać ją z ofertami wykonanymi zgodnie z s.i.w.z., gdyż wtedy naruszyłby zasadę równego traktowania Wykonawców.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych i wpis został przez Odwołującego uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

Wobec ustalenia w toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających, iż nie została wypełniona żadna przesłanka skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 pzp, i braku odmiennych wniosków Stron na posiedzeniu, Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Strony podtrzymały swoje dotychczasowe stanowiska.

15 marca 2011 r. (pismem z tej daty) Zamawiający wysłał wyłącznie listem poleconym, za zwrotnym potwierdzeniem odbioru, do pozostałych wykonawców uczestniczących w postępowaniu kopię odwołania wraz z wezwaniem do przystąpienia do postępowania odwoławczego wszczętego wniesieniem odwołania. Do chwili otwarcia posiedzenia żaden wykonawca nie zgłosił takiego przystąpienia do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. W toku posiedzenia 24 marca 2011 r., na podstawie zwrotek okazanych przez Zamawiającego, Izba ustaliła, iż wszyscy wykonawcy, z wyjątkiem dwóch, otrzymali kopię odwołania nie później niż 20 marca 2011 r., a zatem upłynął dla nich 3-dniowy termin na zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego. Wobec ustalenia, że oferty każdego z trzech pozostałych wykonawców, którym formalnie nie upłynął termin na skorzystanie z tego uprawnienia, zostały przez Zamawiającego odrzucone, na co nie wnieśli oni swoich odwołań, Izba uznała, iż w tych okolicznościach, dopuszczalne jest dalsze prowadzenie postępowania odwoławczego w niniejszej sprawie bez konieczności odraczania

Sygn. akt KIO 554/11

posiedzenia. Sposób dopełnienia przez Zamawiającego obowiązku wynikającego z przepisu art. 185 ust. 1 pzp jedynie teoretycznie może narazić Zamawiającego na kwestionowanie orzeczenia zapadłego w niniejszej sprawie przez któregokolwiek z tych dwóch wykonawców.

Izba ustaliła, co następuje:

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z 31 stycznia 2011 r. pod nr 34769-2011, w tym samym dniu Zamawiający zamieścił ogłoszenie w swojej siedzibie na tablicy ogłoszeń oraz na swojej stronie internetowej (www.bip.gminadabrawa.pl), na której udostępnił również s.i.w.z.

Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp i wynosi 93.365,36 zł, co stanowi równowartość 24.320,23 euro.

Odwołujący złożył ofertę z najniższą ceną oferty (przyjętą w s.i.w.z. dla porównania ofert) wynoszącą 93.532,61 zł, przy czym z postanowień pkt. 4 rozdziału I Instrukcji dla wykonawców („IDW”) s.i.w.z. wynika, iż cena oferty stanowi jedyne kryterium oceny ofert.

W specyfikacji istotnych warunków zamówienia, Zamawiający zawarł nadto następujące postanowienia istotne dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy.

W Instrukcji dla wykonawców:

W rozdziale II *Dokumentacja przetargowa* w pkt. 7 *Zawartość dokumentacji przetargowej*:

„W skład dokumentacji niniejszego przetargu, udostępnionej wykonawcom wchodzi:

- a) instrukcja dla wykonawców,
- b) formularz oferty
- c) wzory oświadczeń
- d) wzór umowy
- e) przedmiary robót: Branża budowlana, Branża elektryczna, Branża sanitarna
- f) specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót (wersja elektroniczna, wersja tradycyjna do wglądu w siedzibie zamawiającego)
- g) projekt budowlany (wersja elektroniczna, wersja tradycyjna do wglądu w siedzibie zamawiającego)

(...)

Sygn. akt KIO 554/11

Zamawiający zakłada, że wykonawcy zapoznają się dokładnie z treścią wszystkich dokumentów przetargowych. Oferty sporządzone niezgodnie z wymogami dokumentacji przetargowej będą odrzucone”.

W rozdziale III *Sporządzanie ofert* w pkt. 10 *Dokumenty składające się na oferty*:
„Oferta powinna być spięta w sposób trwały i zawierać następujące dokumenty:

Dokumenty wymagane:

Wypełniony i podpisany formularz *oferta wykonawcy* wraz z podaniem ceny oferty.

/Cena oferty winna zawierać koszty robót budowlanych wynikające z projektu budowlanego oraz koszty wszystkich robót towarzyszących, bez których wykonanie zamówienia byłoby niemożliwe/.

oraz jako załączniki ponumerowane wg porządku przedstawionego poniżej.

(...)

nr 7 kosztorys ofertowy z cenami jednostkowymi i wartością robót + narzuty do kosztorysu.

Informacje powyższe wykonawca składa na piśmie”.

W rozdziale III *Sporządzanie ofert* w pkt. 11 *Kosztorys ofertowy*:

„Wykonawca powinien sporządzić kosztorys ofertowy uwzględniający wszystkie elementy ujęte w przedmiarze robót”.

W załączonym do s.i.w.z. *Przedmiarze Robót* Etap dla branży elektrycznej w poz. 24 tabeli przedmiarów wpisano odpowiednio w kolumnach: *Podstawa / Opis i wyliczenia / j.m. / Poszcz / Razem*, następujące informacje: „KNNR 5 0303-10” / „Puszki z tworzywa sztucznego o wym. 110x110 mm o 4 wylotach dla przewodów o przekroju do 16 mm² - w gotowym otworze ślepym 1” / „szt.” / „1,000” / „1,000”.

W ofercie Odwołującego znajdują się następujące informacje istotne dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy.

W załączonym *Kosztorysie ofertowym* dla branży instalacje elektryczne w poz. 24 wypełnionej tabeli przedmiarów wpisano odpowiednio w kolumnach: *Podstawa wyceny / Opis / Jednostka miary / Ilość / Cena zł / Wartość zł*, następujące informacje: „KNNR 5 0303-10” / „Puszki z tworzywa sztucznego o wym. 95x115 i 140x140 mm o 4 wylotach dla przewodów o przekroju do 16 mm² - w gotowym otworze ślepym” / „szt.” / „1” / „16,230” / „16,23”.

Powyższe Izba ustaliła na podstawie oryginalnej dokumentacji postępowania, przekazanej również Izbie w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez

Zamawiającego, w szczególności: ogłoszenia o zamówieniu, s.i.w.z., protokołu postępowania oraz oferty Odwołującego.

Uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, a także przedstawione ustnie w toku rozprawy do protokołu, Izba zważyła, co następuje:

Wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia 31 stycznia 2011 r., Izba rozpoznała odwołanie w oparciu o stan prawny uwzględniający wejście w życie ustaw: z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 206, poz.1591), oraz z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778).

Odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 pzp, gdy ma zarówno interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W ocenie Izby Odwołujący legitymuje się interesem w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożył ofertę z najniższą ceną, stanowiącą jedyne kryterium oceny złożonych ofert, co stwarza mu realną szansę na uzyskanie zamówienia. Jednocześnie bezpodstawne odrzucenie oferty przez Zamawiającego naraża Odwołującego na szkodę z powodu nieuzyskania odpłatnego zamówienia publicznego.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu i podlegających rozpatrzeniu w postępowaniu o wartości zamówienia poniżej tzw. progów unijnych (art. 180 ust. 2 pzp), Izba uznała, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba zważyła, iż zgodnie z przepisem art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem jednak art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp. Natomiast według tego ostatniego przepisu 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.

W przedmiotowej sprawie istota sporu *de facto* sprowadza się do możliwości zastosowania przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp do niezgodności stwierdzonej przez Zamawiającego w kosztorysie ofertowym Odwołującego, w porównaniu z przedmiarem robót elektrycznych załączonych do s.i.w.z., polegającej na odmiennym opisie jednej pozycji kosztorysu ofertowego Odwołującego w stosunku do opisu podanego przez Zamawiającego w przedmiarach robót. W ocenie Izby potwierdził się zarzut, iż niedopuszczalne było jako przedwczesne odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp, z powołaniem się na niezgodność tej oferty z treścią s.i.w.z. polegającej na rozbieżności w opisie poz. 24 kosztorysu ofertowego robót elektrycznych w stosunku do opisu tej pozycji zawartego w przedmiarze załączonym do s.i.w.z., bez uwzględnienia przez Zamawiającego obowiązku uprzedniego zastosowania przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp.

W doktrynie i orzecznictwie utrwalony jest pogląd, iż niezgodność treści oferty z treścią s.i.w.z., a także możliwość usunięcia takiej niezgodności w drodze poprawienia omyłek innych niż pisarskie i rachunkowe, powinna być odrębnie badana w każdym konkretnym przypadku, z uwzględnieniem całokształtu związanych z nim okoliczności. Ma to w szczególności zastosowanie do przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp, który nie określa enumeratywnego katalogu możliwych do poprawienia niezgodności z treścią s.i.w.z. i posługuje się nieostrą kategorią „istotności” jako granicy dopuszczalnych zmian treści oferty. Jest to o tyle istotne, iż poprawienie omyłek w treści oferty jest obligatoryjne dla każdego zamawiającego w razie łącznego zajścia następujących przesłanek: po pierwsze – ustalenia, że stwierdzona niezgodność treści oferty z treścią s.i.w.z. ma charakter omyłki, po drugie – stwierdzenia, iż poprawienie tej omyłki nie spowoduje właśnie istotnych zmian treści złożonej oferty. Izba zbadała zatem sporną niezgodność w kosztorysie ofertowym Odwołującego w stosunku do przedmiaru robót załączonego do s.i.w.z. przez pryzmat opisanych powyżej przesłanek, dochodząc do następujących wniosków.

W ocenie Izby z całokształtu okoliczności, w szczególności z treści i formy kosztorysu ofertowego Odwołującego wynika, iż został on sporządzony przy pomocy programu komputerowego Norma PRO, a w poz. 24 zastosowano opis występujący standardowo w katalogach Kosztorysowych Norm Nakładów Rzeczowych dla podstawy wyceny KNNR 5 0303-02. Wobec braku twierdzeń przeciwnych ze strony Zamawiającego, Izba dała w tym zakresie wiarę oświadczeniu Odwołującego złożonemu na rozprawie. Wobec tego, iż jednocześnie z treści całej oferty wynika, iż zamiarem Odwołującego było złożenie oferty na wykonanie całego przedmiotu zamówienia obejmującego rozbudowę i przebudowę budynku świetlicy wiejskiej w Karczowie, opisanego nie tylko w przedmiarach robót, ale również projekcie budowlanym i specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót, to uznać należy, iż brak preredagowania standardowego opisu pozycji KNNR5 0303-02 na występujący w

poz. 24 przedmiarów robót elektrycznych załączonych do s.i.w.z. ma charakter pomyłki popełnionej przy sporządzaniu kosztorysu w programie komputerowym z wykorzystaniem jego standartowych ustawień. Nawet jeżeli nie można tej pomyłce przypisać cechy oczywistości, uznając, iż nie jest to oczywista pomyłka pisarska, to nie sposób nie uznać, iż nie mieści się w kategorii tzw. innych omyłek. Jednocześnie w ocenie Izby, do stwierdzenia tej omyłki w kosztorysie ofertowym Odwołującego, nie były konieczne żadne wyjaśnienia z jego strony, lecz wystarczyło porównanie tego kosztorysu z przedmiarem, co *de facto* przeprowadził Zamawiający, bezbłędnie identyfikując rozbieżność opisu w poz. 24 robót elektrycznych.

W ocenie Izby poprawienie tej omyłki w celu uzgodnienia treści kosztorysu ofertowego z treścią przedmiaru załączonego do s.i.w.z., nie spowoduje istotnej zmiany treści złożonej oferty, ani co do zakresu zaoferowanego świadczenia, ani nawet żadnej zmiany w cenie oferty. Ze złożonej oferty – kosztorysu robót elektrycznych wynika, iż Odwołujący objął nim również poz. 24 ujętą przedmiarze robót branży elektrycznej załączonym do s.i.w.z. i dokonał jej wyceny. Wynika to zresztą również ze szczegółowego uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty zawartego w odpowiedzi na odwołanie, gdyż Zamawiający nie stwierdził braku odzwierciedlenia jakiegokolwiek pozycji przedmiarów w kosztorysach ofertowych Odwołującego. Brakowi cechy istotności dokonanej zmiany nie stoi również na przeszkodzie przyjęta dla rozliczenia wykonanych robót zasada wynagrodzenia kosztorysowego. Nie można bowiem stwierdzić, iż co do zasady wynagrodzenie kosztorysowe wyłącza możliwość zastosowania przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp do omyłek popełnionych w kosztorysach ofertowych stanowiących treść oferty. W niniejszej sprawie nie ma natomiast z pewnością żadnych przeszkód do poprawienia pomyłki, która dotyczy wyłącznie opisu poz. 24, która wyrażona jest w jednostce miary „sztuka”, a ilość jednostek przewidywanych przez Zamawiającego i wycenionych przez Odwołującego jest zgodna i wynosi „1”. Można stwierdzić nawet, iż wycena tej pozycji robót elektrycznych polega na podaniu swoistego ryczału za wykonanie puszek z tworzywa sztucznego. W niniejszej sprawie narzuca się wręcz znikomość omyłki Odwołującego, wobec rozbieżności opisu sprowadzającej się wyłącznie do wskazania puszek o dwóch różnych wymiarach w stosunku do jednego wymiaru opisanego w przedmiarze Zamawiającego.

Izba uznała za nieistotne dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy, przesądzenie czy wymiary puszek wpisane w kosztorysie ofertowym Odwołującego gwarantują osiągnięcie nie gorszego rezultatu w zakresie funkcjonalności instalacji elektrycznej, niż wymiary puszek wskazane w przedmiarze przez Zamawiającego. Z tego względu zbędne stało się rozstrzygnięcie, opinii którego z ekspertów, którzy uczestniczyli w przygotowaniu dokumentacji składającej się na opis przedmiotu zamówienia, przedłożonych przez każdą ze

Stron w toku postępowania odwoławczego (Zamawiający – pismo z 18 marca 2011 r. od Krzysztofa Trusza, Odwołujący – pismo z 21 marca 2011 r. od Mirosława Bulika), należy dać wiarę. Izba stwierdziła, iż Zamawiający ma prawo określić swoje wymagania i pilnować ich przestrzegania przez wykonawców, jednak nie może tego czynić z naruszeniem przepisów pzp nakładających na niego konkretne obowiązki przed podjęciem decyzji o odrzuceniu oferty z powodu stwierdzonych rozbieżności w treści kosztorysów ofertowych. Natomiast Odwołujący, jeżeli chciałby się powołać na przewidzianą w pkt. 1 rozdziału I IDW s.i.w.z. możliwość ujęcia w ofercie „innych materiałów i urządzeń niż podane w dokumentacji projektowej”, to musiałby uzyskać, wymaganą również tym postanowieniem, akceptację autora projektu (Zamawiającego) przed terminem składania ofert.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, iż naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych: art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, i działając na podstawie przepisów art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy pzp – orzekła jak w sentencji.

Z uwagi na związanie Izby przepisem art. 180 ust. 2 ustawy pzp, Izba nie nakazała unieważnienia innych czynności dokonanych w postępowaniu: unieważnienia postępowania i wyboru najkorzystniejszej oferty, jednak powinien tego dokonać Zamawiający, wykonując niniejszy wyrok. Izba wskazuje przy tym, iż unieważnienie odrzucenia oferty Odwołującego oznacza konieczność dokonania ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem tej oferty, jeżeli nie wyrazi on sprzeciwu na poprawienie w treści swojej oferty (kosztorysie ofertowym) omyłki stwierdzonej przez Zamawiającego.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w związku z przepisem § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), obciążając Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, na które złożył się wpis uiszczony przez Odwołującego oraz jego uzasadnione koszty, w ramach których uwzględniono wynagrodzenie pełnomocnika, na podstawie przedłożonego do akt sprawy rachunku (faktury VAT), ograniczając jego wysokość do 3600 zł – zgodnie z przepisem § 3 pkt 2 lit. b przywołanego rozporządzenia.

Przewodniczący:

.....