

Sygn. akt: KIO 1020/10

WYROK

z dnia 14 czerwca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: członek Krajowej Izby Odwoławczej: Barbara Bettman

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 czerwca 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez konsorcjum firm: **lider - Przedsiębiorstwo Instalacji Budowlanych „Unimax” S.A. ul. Okrzei 35, 25-528 Kielce, uczestnik - Przedsiębiorstwo Budowlane „Unimax” Sp. z o.o. ul. Okrzei 35, 25-528 Kielce,**

od czynności zamawiającego **Świętokrzyskiego Centrum Rehabilitacji w Czarnieckiej Górze Czarniecka Góra 43, 26-220 Stąporków.**

Przy udziale wykonawcy XXX, zgłaszającego swoje przystąpienie do odwołania po stronie zamawiającego/odwołującego.

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie.

2. Nakazuje zamawiającemu - Świętokrzyskiemu Centrum Rehabilitacji w Czarnieckiej Górze unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego, dokonanie poprawy omyłek w kosztorysie ofertowym odwołującego oraz dokonanie powtórnej oceny i wyboru oferty.

3. kosztami postępowania w kwocie 10 000,00 zł. (słownie; dziesięć tysięcy złotych zero groszy) obciąża Świętokrzyskie Centrum Rehabilitacji w Czarnieckiej Górze, Czarniecka Góra 43, 26-220 Stąporków.

4. zasada od **Świętokrzyskiego Centrum Rehabilitacji w Czarnieckiej Górze, Czarniecka Góra 43, 26-220 Stąporków** na rzecz konsorcjum firm: **lider - Przedsiębiorstwo Instalacji Budowlanych „Unimax” S.A. ul. Okrzei 35, 25-528 Kielce, uczestnik - Przedsiębiorstwo Budowlane „Unimax” Sp. z o.o. ul. Okrzei 35, 25-528 Kielce** kwotę **13 600,00 zł.** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącej uzasadnione koszty odwołującego z tytułu wpisu od odwołania i zastępstwa przez pełnomocnika.

Przewodniczący

.....

Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na „Budowę szpitalnego oddziału rehabilitacji w Świętokrzyskim Centrum Rehabilitacji w Czarnieckiej Górze” (Biuletyn Zamówień Publicznych nr 1, poz. 81448 z 23.03.2010 r.), w dniu 26 maja 2010 r. zostało złożone bezpośrednio w siedzibie Krajowej Izby Odwoławczej, odwołanie przez konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Instalacji Budowlanych „Unimax” S.A. i Przedsiębiorstwo Budowlane „Unimax” Sp. z o. o. z siedzibą w Kielcach, którego kopia została w tym samym terminie przekazana zamawiającemu.

Wniesienie odwołania nastąpiło skutkiem powiadomienia faksem w dniu 21 maja 2010 r. o wyborze najkorzystniejszej oferty Przedsiębiorstwa Budowlano – Usługowo – Handlowego AGAT Sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach oraz o odrzuceniu oferty odwołującego.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu: Świętokrzyskiemu Centrum Rehabilitacji w Czarnieckiej Górze naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. nr 223, poz. 1655; z 2008 r. Nr 171, poz. 1058, Nr 220, poz. 1420, Nr 227, poz. 1505; z 2009 r. Nr 19, poz. 101, Nr 65, poz. 545, Nr 91, poz. 742, Nr 157, poz. 1241, Nr 206, poz. 1591, Nr 219, poz. 1706, Nr 223, poz. 1778), dalej ustawy Pzp, tj. art. 7 ust. 1 i 3, art. 89 ust. 1 pkt. 2 w związku art. 87 ust. 2 pkt. 3, art. 91 ust. 1 tej ustawy wobec podjętych czynności i zaniechania czynności prawnych, do których zamawiający był zobowiązany, podczas oceny ofert w prowadzonym postępowaniu, a polegających na:

1. odrzuceniu złożonej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp, jako niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) bez dokonania poprawienia stwierdzonych omyłek na podstawie art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp;
2. oraz wskutek wyboru najkorzystniejszej oferty z naruszeniem art. 91 ust. 1 tej ustawy.

W związku z powyższym odwołujący wnosił o nakazanie:

1. poprawienia wskazanych pozycji w kosztorysie ofertowym, gdyż stwierdzone niezgodności powinny zostać uznane w świetle art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp za inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty;
2. dokonania powtórnego badania i oceny ofert z uwzględnieniem jego oferty;
3. anulowania decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu zarzutów i żądań, odwołujący powołał się na naruszenie swego interesu, gdyż zamawiający zaniechał wykonania czynności prawnych, do których był zobowiązany z mocy prawa, co w konsekwencji uniemożliwiło wybór oferty odwołującego

jako najkorzystniejszej. Odwołujący przytoczył treść uzasadnienia pisma zamawiającego z dnia 21 maja 2010 r. zawiadamiającego o odrzuceniu złożonej oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jako niezgodnej z treścią SIWZ. Ponadto przyznał, iż w niżej wymienionych pozycjach kosztorysu ofertowego wystąpiły niezgodności, tj.

- branża sanitarna (instalacje centralnego ogrzewania).

1. poz. kosztorysu nr 14,

- branża sanitarna (instalacja wentylacji),

2. poz. kosztorysu nr 7,

3. poz. kosztorysu nr 76,

4. poz. kosztorysu nr 194,

5. poz. kosztorysu nr 316,

6. poz. kosztorysu nr 358,

- branża sanitarna (instalacja wody lodowej).

7. poz. kosztorysu nr 4,

8. poz. kosztorysu nr 51,

9. poz. kosztorysu nr 52,

Odwołujący podał w odniesieniu do:

- pkt 1, iż niezgodność powstała w wyniku błędnie udzielonej odpowiedzi na zadane przez odwołującego pytania w dniu 8 kwietnia 2010 r. do postanowień SIWZ. (pytanie: w przedmiarach brak izolacji na przewodach PEX prowadzonych w posadzce (w opisie jest mowa o izolacji PE gr. 6 mm). Odpowiedź: należy uwzględnić otulinę izolacyjną grubości 6 mm z pianki PE wyceniając pozycje przedmiaru dotyczące przewodów PEX-AL-PEX. Odwołujący stwierdził, iż zgodnie z tym wyjaśnieniem wliczył cenę otulin do pozycji 14 kosztorysu ofertowego na instalacje centralnego ogrzewania bez dopisania nowej pozycji (cena rurociągów PEX-AL-PEX z kształtkami - 4,06 zł/m, cena izolacji - 0,70 zł/m: razem 4,76 zł/m), gdyż zmiana pozycji naruszyłoby postanowienia rozdziału XVIII pkt. 2 SIWZ.

Punkty od 2 do 7 to omyłki, gdzie prawidłowo wpisano do kosztorysu ofertowego Katalog Nakładów Rzeczowych, prawidłowo wskazano tablice, a niezgodność polega na błędnym wpisaniu pozycji w znaczeniu wielkości nakładów.

- pkt 8 i 9 to omyłki polegająca na wskazaniu katalogów Wacetob, a nie standardowych, obydwa katalogi odnoszą się do tego samego rodzaju robót na co wskazuje identyczny KNR, numer tablicy i pozycji, różnica polega na wpisaniu litery „W” przed nr tablicy.

Odwołujący podkreślał, iż opisane powyżej niezgodności łącznie spowodowały różnicę w wycenie w kwocie 111,30 zł brutto, przy cenie oferty w oparciu o złożony kosztorys ofertowy na kwotę 10 827 773,17 zł. Zaznaczył również, że kosztorys ofertowy zawiera 1961 pozycji sporządzonych metodą kosztorysu szczegółowego, co wymagało wydrukowania 766 stron. Odwołujący powoływał się na interpretacje prawne Urzędu

Zamówień Publicznych i orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej np. wyrok KIO/UZP 1277/08, iż poprawianie omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty jest dopuszczalne w taki sposób, że wpływa to na zmianę ceny, KIO stwierdziła: że sam fakt, iż omyłka dotyczy ceny - czyli istotnego elementu oferty - nie powoduje, że ma ona charakter istotny w stosunku do całej oferty. W celu oceny czy dana omyłka ma charakter istotny - należy zważyć przede wszystkim, jakie konsekwencje będzie miało poprawienie danej oferty, tzn. ile wyniesie wartość zmiany.”

Szczególnie podkreślał, iż uwzględniając cenę zaoferowaną przez odwołującego po dokonaniu korekt w ww. pozycjach kosztorysu w porównaniu do wartości oferty wybranej, pozostawienie jej wyboru jako najkorzystniejszej - spowoduje podrożenie inwestycji o 117 828,59 zł.

Zdaniem odwołującego, kwestia błędnego podania pozycji przy prawidłowo określonym Katalogu Nakładów Rzeczowych i tablicy nie stanowi żadnego problemu w dokonaniu poprawienia błędnie wypełnionych pozycji. Na dowód czego w załączeniu przedłożył zestawienie w układzie pozycji kosztorysowych, opracowane metodą szczegółową: obejmujące pozycje z omyłką i analogiczne pod nią pozycje sporządzone prawidłowo. Wskazał, iż do poprawienia tego typu omyłek obowiązuje zamawiającego przepis art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp. Następnie przytoczył uzasadnienie do projektu wprowadzenia tej normy do ustawy Prawo zamówień publicznych, w brzmieniu: „W projekcie wprowadza się istotne zmiany dotyczące sposobu poprawiania oczywistych omyłek pisarskich i rachunkowych (art. 87 ust. 2). Rezygnuje się z zamkniętego katalogu sposobu poprawiania omyłek rachunkowych, pozostawiając jednocześnie zamawiającemu uprawnienie do poprawiania oczywistych omyłek pisarskich, rachunkowych oraz innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Proponowane rozwiązanie przyczyni się do usprawnienia procedury udzielania zamówienia publicznego oraz do zmniejszenia liczby odrzucanych ofert i unieważnianych postępowań. Ograniczy sytuacje, w których oferty uznane za najkorzystniejsze podlegają odrzuceniu ze względu na błędy rachunkowe w obliczeniu ceny, które nie są możliwe do poprawienia w myśl ustawowo określonych reguł, co jest szczególnie istotne w kontekście zamówień na roboty budowlane, w których oferty wykonawców, niezwykle obszerne i szczegółowe, liczące nieraz po kilkadziesiąt tomów, często podlegają odrzuceniu ze względu na drobne błędy w ich treści. Proponowany przepis art. 87 ust. 2 pkt. 3 w szczególności ma na celu umożliwienie poprawiania tego rodzaju błędów, które mogą się pojawić w trakcie sporządzania kosztorysu ofertowego. Proponowane rozwiązanie nie stoi na przeszkodzie temu, aby zamawiający samodzielnie precyzował w specyfikacji istotnych warunków zamówienia przykładowe okoliczności, w których będzie dokonywał poprawy omyłek w

ofertach w trybie art. 87 ust 2. Powyższe prowadzi do przejrzystości postępowania, ogranicza kazuistykę ustawy i może ograniczyć ewentualne spory z wykonawcami." Także opracowanie „Prawo zamówień publicznych” pod redakcją Jacka Sadowego Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych Warszawa 2008 stwierdza: „Zgodnie z art. 87 ust 2 ustawy, zamawiający poprawia w ofercie: oczywiste omyłki pisarskie, oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek, inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. 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 cytowanego przypisu dotyczy omyłek nie mających charakteru oczywistego oraz niekoniecznie odnosi się do ceny, a więc może dotyczyć również innych elementów złożonej oferty." Na poparcie swego stanowiska, odwołujący przytoczył tezy z wyroków Krajowej Izby Odwoławczej o sygnaturach akt: KIO/UZP 5/09; KIO/UZP 134/09; KIO/UZP 1277/08, KIO/UZP 112/09; KIO/UZP 93/09; KIO/UZP 16/09; KIO/UZP 579/09.

Zdaniem odwołującego, sprostowanie popełnionych przez niego omyłek jest dopuszczalne. Zaniechanie poprawienia kosztorysu ofertowego spowoduje zaś świadomą utratę korzyści w wysokości ponad 117 tys. zł. Argumentował, iż w złożonych kosztorysach, podstawa wyceny została określona w sposób prawidłowy, a zmiana pozycji do prawidłowo określonych tablic KNR i właściwych wielkości obmiarowych spowoduje nieznaczny wzrost ceny o 111,30 zł. z uwagi na przyjęcie tego samego zakresu robót. Niewielkie rozbieżności norm robocizny i materiałów, które są znormalizowane dla każdej pozycji oraz zmiana cen materiałów, które są zamawiającemu znane, gdyż każdy wykonawca był zobowiązany dołączyć do kosztorysu ofertowego zestawienie materiałowe sprawia, że zamawiający samodzielnie bez udziału odwołującego ma możliwość dokonania poprawienia kosztorysów ofertowych, wypełniając w ten sposób zobowiązanie wynikające z dyspozycji art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 28 maja 2010 r. do postępowania odwoławczego zgłosił swoje przystąpienie po stronie zamawiającego wykonawca wybrany - Przedsiębiorstwo Budowlano – Usługowo – Handlowego AGAT Sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach. Izba uznała wymienione przystąpienie za bezskuteczne. Przepis art. 185 ust. 2 ustawy Pzp wymaga, aby zgłoszenie przystąpienia zostało doręczone Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej w formie pisemnej albo elektronicznej, opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu, z przesłaniem kopii zamawiającemu i oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie. Izba

stwierdziła, iż wymienione przystąpienie zostało przesłane do Prezesa Izby faksem w dniu 1 czerwca 2010 r., a następnie wpłynęło w dniu 7 czerwca 2010 r. w oryginale - nadane drogą pocztową w dniu 1 czerwca 2010 r. Z tych względów należało uznać, iż przystąpienie w wymaganej formie pisemnej zostało zgłoszone po upływie ustawowego terminu 3 dni od daty doręczenia kopii odwołania. W następstwie czego, Izba postanowiła nie dopuścić Przedsiębiorstwa Budowlano – Usługowo – Handlowego AGAT Sp. z o.o. do postępowania odwoławczego.

Zamawiający udzielił odpowiedzi na wniesione odwołanie na posiedzeniu Izby z udziałem stron, w którym podtrzymał stanowisko zawarte w piśmie z dnia 21 maja 2010 r. o odrzuceniu oferty odwołującego.

Odnosząc się do podnoszonych zarzutów odwołania, podał że wykonawca powinien sporządzić ofertę zgodnie ze wskazaniem SIWZ. Merytoryczne odstępstwa stanowią postawę do odrzucenia oferty. Zdaniem odwołującego rodzaj stwierdzonych niezgodności w kosztorysie ofertowym odwołującego w stosunku do przedmiaru, nie jest możliwy do poprawy w oparciu o wskazania art. 87 ust. 2 ustawy Pzp. W oparciu o przedłożoną stronę przedmiaru wywodził, iż wykaz materiałów w ofercie odwołującego nie obejmuje przewidzianych do zastosowania w oznaczonej pozycji, śrub stalowych z łbem sześciokątnym M10.

Krajowa Izba Odwoławcza nie stwierdziła podstaw skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Okoliczność bezsporną stanowi, iż postępowanie dotyczy zamówienia o wartości poniżej progów określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Z tych względów ten środek ochrony prawnej przysługuje wyłącznie wobec czynności enumeratywnie wymienionych w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp, w tym od odrzucenia oferty wykonawcy. Odwołanie znajduje więc normatywne oparcie w art. 180 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza dopuściła i przeprowadziła dowody: z ogłoszenia o zamówieniu, z protokołu postępowania z załącznikami, specyfikacji istotnych warunków zamówienia z modyfikacjami, zapytań wykonawców do SIWZ wraz z udzielonymi odpowiedziami, oferty odwołującego – kosztorysu ofertowego. Ponadto Izba rozważyła stanowiska pełnomocników stron, przedstawione do protokołu rozprawy.

Rozpatrując sprawę w granicach zarzutów odwołania, jak stanowi art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła co następuje.

Przedmiot zamówienia określony w rozdziale II SIWZ obejmuje „Budowę szpitalnego oddziału rehabilitacji w Świętokrzyskim Centrum Rehabilitacji w Czarnieckiej Górze.” W rozdziale XI pkt 5 inne dokumenty wymagane w postępowaniu zamawiający w podpunkcie 5.6 wymagał złożenia kosztorysu ofertowego sporządzonego metodą kalkulacji szczegółowej, zawierającego także tabelę elementów scalonych oraz zestawienie robocizny, materiałów i sprzętu.

W rozdziale XVIII SIWZ - Opis sposobu obliczenia ceny.

1. Zamawiający ustala, że obowiązującym rodzajem wynagrodzenia w przedmiotowym zamówieniu jest wynagrodzenie kosztorysowe. W związku z tym zamawiający przewiduje wynagrodzenie kosztorysem powykonawczym opracowanym na podstawie sprawdzonych i zatwierdzonych obmiarów wykonanych robót.

2. Kosztorys ofertowy powinien być sporządzony przez wykonawcę na podstawie przedmiarów robót oraz dokumentacji technicznej (projektowej i STW i OR), wg metody kalkulacji szczegółowej, zawierając także tabelę elementów scalonych oraz zestawienie robocizny, materiałów i sprzętu. Wycena winna nastąpić według podstaw wskazanych w przedmiarach przy zastosowaniu nakładów normatywnych wynikających z tych podstaw. Zamawiający pod rygorem odrzucenia oferty nie dopuszcza możliwości zmiany podstaw i nakładów normatywnych z nich wynikających, gdyż mogłoby to doprowadzić do nieporównywalności ofert.

3. Na stronie tytułowej kosztorysu należy wykazać zastosowane w pozycjach kosztorysowych narzuty i stawkę roboczogodziny. Narzuty i stawka roboczogodziny na stronie tytułowej winny być zgodne z przyjętymi w pozycjach kosztorysowych pod rygorem odrzucenia oferty. Ceny jednostkowe i czynniki cenotwórcze (w tym narzuty i stawka roboczogodziny) składające się na cenę jednostkową podane w kosztorysie ofertowym nie będą podlegały zmianie i będą obowiązywać w okresie realizacji całego przedmiotu zamówienia.

4. W kosztorysie ofertowym muszą być wycenione wszystkie pozycje przedmiaru robót, co oznacza podanie ceny jednostkowej i obliczenie wartości dla każdej pozycji przedmiaru. Pominiecie pozycji przedmiaru, brak ceny jednostkowej dla jakiegokolwiek pozycji przedmiaru skutkować będzie odrzuceniem oferty.

5. Wykonawcom nie wolno zmieniać ilości obmiarowych ani dopisywać nowych pozycji kosztorysowych bez zgody zamawiającego. Przed wykonaniem wyceny wykonawca winien sprawdzić przedmiary z dokumentacją projektową i specyfikacjami technicznymi (...). W przypadku stwierdzenia nieścisłości zawiadomić niezwłocznie zamawiającego. W przypadku, gdy w toku realizacji zamówienia okaże się, iż przy sprawdzeniu pominięto jakiś zakres prac, który przy zachowaniu należytej staranności w rozumieniu art. 355 par. 2 K. c. „dało się wychycić,” uznaje się że zakres ten został wyceniony w innych pozycjach.

6. (...) Kalkulacja ceny winna uwzględniać wymagania określające standard, jakość i sposób wykonania robót oraz właściwości wyrobów budowlanych zawarte w projektach i specyfikacjach technicznych wykonania i odbioru robót.

12. W przypadku konieczności wykonania ewentualnych robót zamiennych lub robót dodatkowych wartość tych robót zostanie ustalona na podstawie parametrów kosztowych i cen czynników produkcji przyjętych w kosztorysie ofertowym (...).

Rozdział XX SIWZ - Kryteria i sposób obliczenia ceny.

1. Oferty będą oceniane: cena – waga 100%.

5. Zamawiający poprawia w tekście oferty oczywiste omyłki pisarskie oraz omyłki rachunkowe z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek, oraz inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty, niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawców, których oferty zostały poprawione.

W załączniku nr 10 do SIWZ - Wzorce istotnych postanowień umowy – w rozdziale VI i VII został potwierdzony kosztorysowy rodzaj wynagrodzenia oraz warunki, iż stawki i ceny jednostkowe oraz ceny czynników produkcji dla pozycji określonych w wycenionym kosztorysie ofertowym są stałe na okres wykonywania niniejszej umowy i nie podlegają zmianie.

W odpowiedzi z dnia 8 kwietnia 2010 r. na zadane przez odwołującego pytanie do SIWZ o treści – w przedmiarach brak izolacji na przewodach PEX prowadzonych w posadzce (w opisie jest mowa o izolacji PE gr. 6 mm), zamawiający udzielił odpowiedzi: - należy uwzględnić otulinę izolacyjną grubości 6 mm z pianki PE, wyceniając pozycje przedmiaru dotyczące przewodów PEX-AL-PEX.

Z druku ZP -12 załącznika do protokołu postępowania wynika, że oferty złożyło 6 wykonawców. Oferta odwołującego podaje cenę brutto: 10 827 773,17 zł., natomiast oferta wybranego wykonawcy - Przedsiębiorstwa Budowlano – Usługowo – Handlowego AGAT Sp. z o.o. podaje cenę: 10 945 713,34 zł.

Zamawiający poza ofertą wybraną, pozostałe oferty odrzucił. Pismem z dnia 21 maja 2010 r. odwołujący został poinformowany o odrzuceniu oferty na podstawie art. 89 ust.1 pkt. 2 ustawy Pzp z tych przyczyn, iż wykonawca przedłożył do ofert kosztorys ofertowy, w którym dokonał wyceny pozycji przedmiarowych poprzez zmianę podstaw w stosunku do podstaw wynikających z przedmiarów robót:

Kosztorys ofertowy - Branża sanitarna (instalacje centralnego ogrzewania).

1) poz. kosztorysu nr 14 - brak otulin o gr. 6 mm przy rurach PEX - AL – PEX

Kosztorys ofertowy - Branża sanitarna (instalacja wentylacji),

2) poz. kosztorysu nr 7 jest KNR 2-17 0103/06, powinno być KNR 2-170103/05,

3) poz. kosztorysu nr 76 jest KNR.2 - 17 0130/03, powinno być KNR 2 - 17 0130/04,

- 4) poz. kosztorysu nr 194 jest KNR 2-17 0130/02, powinno być KNR 2-17 0130/03,
- 5) poz. kosztorysu nr 316 jest KNR 2-17 0102/06, powinno być KNR 2 - 17 0103/06,
- 6) poz. kosztorysu nr 358 jest KNR 2- 15 0112/02, powinno być KNR2-15 0113/02,

Kosztorys ofertowy -Branża sanitarna (instalacja wody lodowej).

- 7) poz. kosztorysu nr 4 jest KNR 2- 17 0321/01, powinno być KNR 2-17 0321/02,
- 8) poz. kosztorysu nr 51 jest KNRW4-01 0333/09, powinno być KNR 4-01 0333/09,
- 9) poz. kosztorysu nr 52 jest KNRW4-01 0208/12, powinno być KNR 4-01 0208/12.

Zamawiający uzasadnił, iż powyższe stanowi naruszenie wymogu ustalonego postanowieniem rozdziału XVIII pkt 2 SIWZ, zakazującego wykonawcom pod rygorem odrzucenia oferty zmiany podstaw i nakładów normatywnych z nich wynikających. W opinii zamawiającego, z uwagi na powołaną regulację SIWZ, która została zaakceptowana przez wykonawcę przez złożenie stosownego oświadczenia w punkcie 8 oferty, nie istnieje możliwość usunięcia tego błędu, nawet na mocy art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Zdaniem zamawiającego, próba usunięcia stwierdzonej wady stanowiłaby w aspekcie zapisu rozdziału XVIII pkt 2 SIWZ naruszenie fundamentalnej zasady wynikającej z art. 7 ustawy Pzp równego traktowania wykonawców. Skoro treść oferty odwołującego nie odpowiadała treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia zgodnie z art. 82 ust. 3 ustawy Pzp, zamawiający uznał, iż istnieją podstawy do jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Według wyliczeń odwołującego, niezgodności w jego kosztorysie ofertowym w stosunku do podstaw określonych przedmiarem, spowodowały korektę wartości w wycenie kwestionowanych pozycji kosztorysowych w następujących wielkościach:

Ad 1) zdaniem odwołującego wycena pozycji 14 jest zgodna z udzieloną odpowiedzią, tj. bez dopisania nowej pozycji (cena rurociągów PEX-AL-PEX z kształtkami – 4,06 zł/m, cena izolacji 0,70 zł/m: razem 4,76 zł/m), gdyż zmiana pozycji naruszyłaby postanowienia rozdziału XVIII pkt 2 SIWZ, w cenie jednostkowej tej pozycji została ujęta wycena izolacji.

Ad 2) + 19,38 zł,

Ad 3) + 7,70 zł,

Ad 4) + 10,05 zł,

Ad 5) + 10,60 zł,

Ad 6) - 1,88 zł,

Ad 7) + 25,21 zł,

Ad 8) + 21,60 zł,

Ad 9) - 1,20 zł.

W kwocie łącznej zwiększającej cenę oferty, według wyliczeń odwołującego, wynoszącej 111,30 zł. brutto.

Oferta odwołującego zawiera zgodnie z wymaganiami odrębne zestawienia cen materiałów i pracy sprzętu, stawek robocizny - parametrów kosztowych(narzutów) i cen czynników produkcji przyjętych w kosztorysie ofertowym. Między innymi cen jednostkowych tych materiałów, których zaniżone ilości wyceny, przy zmianie nakładów normatywnych zarzuca zamawiający.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła co następuje.

Izba nie kwestionuje interesu do wniesienia środków ochrony prawnej, w sytuacji gdy odwołujący utrzymywał, iż czynności i zaniechania zamawiającego naruszające zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, niezgodne z wymogiem ustawowym równego traktowania wykonawców i nie zapewniające przestrzegania reguł uczciwej konkurencji pozbawiły odwołującego uzyskania zamówienia, mimo iż jego oferta według ustalonych kryteriów oceny była najkorzystniejsza.

Jak wynika, z przytoczonych wyżej postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wynagrodzenie ustalone w tym postępowaniu ma bez żadnych wątpliwości charakter kosztorysowy w rozumieniu art. 629 K. c., co stanowi okoliczność bezsporną między stronami. Izba podzieliła pogląd zamawiającego, iż w takiej sytuacji dla porównywalności złożonych ofert w kryterium ceny, wymagane jest aby został wyceniony przez poszczególnych wykonawców identyczny zakres prac, w sposób w pełni zgodny z określonym przedmiarem robót. Zamawiający bezsprzecznie zastrzegł, iż wycena winna nastąpić według podstaw wskazanych w przedmiarach przy zastosowaniu nakładów normatywnych materiałów, robocizny i pracy sprzętu, wynikających z tych podstaw. Zamawiający pod rygorem odrzucenia oferty nie dopuszczał możliwości zmiany podstaw i nakładów normatywnych z nich wynikających, gdyż mogłoby to doprowadzić do nieporównywalności ofert.

Poza punktem 1, w uzasadnieniu odrzucenia oferty odwołującego, zamawiający nie podnosił, iżby odwołujący pominął jakąkolwiek pozycję w złożonym kosztorysie ofertowym w stosunku do objętych przedmiarem. Istota zarzutu w odniesieniu do punktu 2 - 9 odwołania, sprowadza się do wyceny według odmiennych podstaw, niż wskazał zamawiający w przedmiarach - przez podanie ściśle oznaczonego katalogu nakładów rzeczowych, czy też odstępstw od nakładów normatywnych.

Zamawiający w piśmie z dnia 21 maja 2010 r. nie kwestionował, iż zostały podane w ofercie odwołującego ceny jednostkowe materiałów, stawki pracy sprzętu, stawki roboczogodziny. Potwierdził natomiast, iż różnice wyceny wynikały z przyjęcia innych nakładów rzeczowych, niż podaje katalog (lub na podstawie odmiennych wersji katalogów w

przypadku poz. 8 i 9), niż zamawiający wskazał w przedmiarze. Dopiero na rozprawie zamawiający podnosił, iż nawet uwzględniając korektę w pozycji 4 (instalacja wody lodowej) podano inny rodzaj śrub stalowych M12, zamiast określonych przedmiarem M10, które nie zostały podane z określeniem ceny w wykazie materiałów. Zdaniem Izby, nie zachodzą przeszkody aby w takim przypadku do dokonania korekty przyjąć pozycje 193 wykazu materiałów, gdzie ogólnie podano „śruby stalowe zgrubne z łbem sześciokątnym.”

Zdaniem Izby, sama okoliczność, iż zamawiający zabronił zmian nakładów, pod rygorem odrzucenia oferty, a odwołujący swoim oświadczeniem ogólnym przyjął warunki uczestnictwa w postępowaniu - ustalone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, nie wyłącza obowiązku zamawiającego nałożonego przepisem art. 87 ust. 2 ustawy Pzp, poprawy popełnionych omyłek w ofercie wykonawcy, w sytuacji gdy tylko taka poprawa jest dopuszczalna i możliwa w myśl wskazań powołanej normy art. 87 ust. 2 ustawy Pzp. Izba podzieliła stanowisko odwołującego, opierające się na uzasadnieniu do projektu zmian ustawy Pzp – wprowadzonych art. 87 ust. 2 tej ustawy, iż dopuszczalne jest poprawianie omyłek w kosztorysach ofertowych wykonawców, z zastosowaniem wszystkich możliwych podstaw takich czynności określonych tym przepisem. Izba uznała, iż w stanie faktycznym niniejszej sprawy zachodzą podstawy do sprostowania popełnionych przez odwołującego omyłek w kosztorysie ofertowym na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Normy nakładów robocizny, materiałów i pracy sprzętu, są znormalizowane dla każdej pozycji i wynikają wprost z katalogu, którego zastosowanie zamawiający przewidział udostępniając wykonawcom przedmiar. Ceny materiałów, których wykonawca zmierza użyć w celu realizacji zamówienia, zostały podane w ofercie - wynikają z zestawienia materiałowego, zatem również są zamawiającemu znane. Tak samo czynniki cenotwórcze w postaci stawek robocizny i pracy sprzętu.

Z tych względów, Izba uznała, iż zamawiający dysponuje informacjami, w oparciu o które może samodzielnie bez udziału odwołującego, dokonać poprawienia kosztorysów ofertowych, wypełniając w ten sposób zobowiązanie wynikające z dyspozycji art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp. Do czynności poprawy nie jest nieodzowne składanie przez odwołującego dodatkowych oświadczeń, zmieniających treść oferty, czy uzupełniających istotne postanowienia (stawki, ceny), których pierwotnie wymieniona oferta by nie zawierała, bądź których nie można by uzyskać - wyliczyć w prawidłowej wysokości posługując się danymi zawartymi w tekście oferty i materiałach przetargowych.

Za istotną treść oferty w rozumieniu art. 66 par. 1 K. c., w związku z art. 14 ustawy Pzp, w przypadku ceny kosztorysowej, przyjmuje się ceny jednostkowe (uzgodnione podstawy wyceny), a nie tylko cenę całkowitą, która może ulec zmianie, w związku z obmiarem powykonawczym i rozliczeniem kosztorysem powykonawczym, który przewidział zamawiający, nawet w sytuacji gdyby miało to prowadzić do odrębnego zlecenia robót

dotychczas w trybie art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, czy wykonania robót zamiennych, o czym stanowi zarówno specyfikacja istotnych warunków zamówienia jak i wzór umowy. W każdym razie jeżeli obmiar powykonawczy wykaże mniejszą ilość wykonanych robót, niż przewidywał to przedmiar, a w ślad za nim kosztorys ofertowy, wynagrodzenie wykonawcy będzie to uwzględniało i ulegnie pomniejszeniu w stosunku do podanej ceny ofertowej.

Zamawiający jednoznacznie podał, iż ceny jednostkowe i czynniki cenotwórcze, a więc ceny materiałów, robocizny, pracy sprzętu, narzuty np. kosztów pośrednich, zakupu, zysku składające się na wycenę jednostkową pozycji kosztorysowej są wiążące w czasie realizacji całego przedmiotu zamówienia. Stanowią one zatem istotną treść oferty. Skoro możliwa jest poprawa oferty odwołującego, bez podawania przez tego wykonawcę nowych podstaw wyceny, oznacza to zdaniem Izby, iż zachodzą przesłanki określone przepisem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, a dokonanie poprawy nie ingeruje w istotną treść oferty. Zamawiający przyznał, iż mimo zapytań, nie udostępnił przedmiaru w formie elektronicznej – (aktywnej), umożliwiającej sporządzenie kosztorysu bezpośrednio na tym formularzu, a jedynie w wersji PDF, co utrudniło wykonawcom sporządzenie kosztorysów i spowodowało większe ryzyko popełnienia omyłek.

Nie sposób podzielić stanowiska zamawiającego, że podanie w kosztorysie ofertowym wykonawcy niezgodnych nakładów, czy też na podstawie innego katalogu norm nakładów rzeczowych niż w przedmiarze, i w związku z tym przyjęcie w kwestionowanych pozycjach innych nakładów tak w zakresie robocizny, sprzętu czy materiałów, niż wynikające z przewidzianych przez zamawiającego katalogów, nie poddaje się poprawie. Prawidłowe wielkości nakładów, wynikają wprost z góry podanego katalogu w załączniku do SIWZ – przedmiarze będącym częścią udostępnianej wykonawcom dokumentacji projektowej, zgodnie z § 10 przepisów rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno użytkowego (Dz. U. Nr 202, poz. 2072). W świetle powyższego, zamawiający ma możliwość przyjęcia przy dokonaniu poprawy oferty odwołującego, takich wielkości nakładów jakie wynikają z katalogu, który powinien zostać zastosowany dla danej pozycji i prawidłowego wyliczenia ceny jednostkowej pozycji w oparciu o wielkości nakładów z katalogów podanych w przedmiarze, stawek robocizny, pracy sprzętu, cen z zestawienia materiałowego.

W odniesieniu do kwestionowanej pozycji z punktu 1 odwołania, Izba podzieliła stanowisko odwołującego, iż wobec udzielonej odpowiedzi na konkretne zapytanie o sposób ujęcia wyceny izolacji na przewodach PEX prowadzonych w posadzce w pozycji dotyczącej przewodów PEX-AL-PEX, wycena tej pozycji – 14 w kosztorysie ofertowym branży sanitarnej - instalacje centralnego ogrzewania jest prawidłowa, gdyż otulina izolacyjna grubości 6 mm z pianki PE została ujęta w pozycji przedmiaru dotyczącego przewodów PEX-AL-PEX.

Zamawiający nie uwzględnił, iż sam dopuścił w przypadku pominięcia jakiegoś zakresu prac tak w przedmiarze jak i w kosztorysie ofertowym – iż „uznaje się iż został on wyceniony w innych pozycjach.”

Zamawiający nie podważył też skutecznie wyliczenia dokonanego przez odwołującego w załączniku do odwołania z którego wynika, iż po dokonanej korekcie, cena oferty odwołującego ulegnie zwiększeniu o 111,30 zł. brutto. Biorąc pod uwagę cenę oferty wybranego wykonawcy 10 945 713,34 zł. brutto, w porównaniu do ceny oferty odwołującego brutto: 10 827 773,17 zł. z uwzględnieniem + 111,30 zł. korekty, prowadzi to do wniosków, iż poprawa w kosztorysie ofertowym odwołującego nie spowoduje zmiany w rankingu cenowym ofert. Oferta odwołującego nadal będzie najkorzystniejsza w ustalonym kryterium ceny.

Postępowanie dowodowe potwierdziło, iż zamawiający odrzucając ofertę odwołującego, bez dokonania jej poprawy naruszył przepisy art. 7 ust. 1 i 3, art. 89 ust. 1 pkt. 2 w związku art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp. Oferta wykonawcy Przedsiębiorstwa Budowlano – Usługowo – Handlowego AGAT Sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach nie jest najkorzystniejsza w przyjętym kryterium ceny, zatem jej wybór narusza art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

W tym stanie rzeczy Izba uwzględniła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, gdyż naruszenie przepisów ustawy miało wpływ na wynik postępowania i orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 tej ustawy.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp.

Izba zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 13 600,00 zł. tytułem zwrotu wpisu 10 000,00zł i kosztów zastępstwa prawnego przez pełnomocnika w wysokości 3 600,00 zł, na podstawie faktury złożonej do akt sprawy, zgodnie z § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Kielcach**.

Przewodniczący:

.....