

Sygn. akt KIO/UZP 410 /09

WYROK
z dnia 9 kwietnia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska - Maziarz

Członkowie: Agnieszka Trojanowska

Renata Tubisz

Protokolant: Jadwiga Ząbek

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **9 kwietnia 2009 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Wola Info S.A., ul. Cybernetyki 7, 02-677 Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Centralę Narodowego Funduszu Zdrowia, ul. Grójecka 186, 02-390 Warszawa** protestu z dnia **12 marca 2009 r.**,

przy udziale **Qumak-Sekom S.A., Al. Jerozolimskie 94, 00-807 Warszawa**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **uwzględnić odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciążyć **Centralę Narodowego Funduszu Zdrowia, ul. Grójecka 186, 02-390 Warszawa** i nakazuje:
 - 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Wola Info S.A., ul. Cybernetyki 7, 02-677 Warszawa,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **8 174 zł 00 gr** (słownie: osiem tysięcy sto siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Centralę Narodowego Funduszu Zdrowia, ul. Grójecka 186, 02-390 Warszawa** na rzecz **Wola Info S.A. ul. Cybernetyki 7, 02-677 Warszawa**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać zwrotu kwoty **5 426 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Wola Info S.A., ul. Cybernetyki 7, 02-677 Warszawa**.

Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na przebudowę lokali użytkowych nr 13, 14, 15 w siedzibie NFZ przy ulicy Grójeckiej 186 w Warszawie oraz budowę łącznika na IV kondygnacji, wykonawca - Wola Info S.A., zwany dalej protestującym lub odwołującym złożył protest na:

1. wykluczenie protestującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.)
2. zaniechanie poprawy oczywistych omyłek pisarskich i rachunkowych w ofercie protestującego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 1 i 2 oraz art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp,
3. nieprawidłową ocenę treści oferty protestującego,
4. uznanie oferty protestującego za niezgodną z treścią SIWZ,
5. zaniechanie wezwania protestującego do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, a także do złożenia wyjaśnień odnośnie treści dokumentów w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp.

Zarzucił zamawiającemu – Narodowemu Funduszowi Zdrowia, naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

1. art. 7 ust. 1 w zakresie naruszenia zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania stron, poprzez wykluczenie protestującego oraz uznanie jego oferty jako niezgodnej z treścią SIWZ,
2. art. 24 ust. 1 pkt 10, poprzez nieprawidłowe dokonanie oceny dokumentów

- i oświadczeń złożonych przez protestującego,
3. art. 26 ust. 3 i ust. 4, poprzez ich niezastosowanie i zaniechanie wezwania protestującego do złożenia dokumentów lub wyjaśnień dotyczących ich treści,
 4. art. 82 ust. 3, poprzez niewłaściwą i niezgodną z SIWZ ocenę oferty protestującego, której treść odpowiadała treści SIWZ,
 5. art. 87 ust. 2 pkt 1 i 2, poprzez niedokonanie przez zamawiającego poprawy oczywistych omyłek pisarskich i rachunkowych,
 6. art. 87 ust. 2 pkt 3, poprzez niewłaściwą i niezgodną z SIWZ ocenę oferty protestującego, której treść odpowiadała treści SIWZ,
 7. art. 89 ust. 1 pkt 2, poprzez uznanie przez zamawiającego, iż oferta protestującego jest niezgodna z treścią SIWZ.

Protestujący wniósł o:

1. unieważnienie czynności jego wykluczenia,
2. dokonanie powtórzenia czynności oceny ofert,
3. wezwanie go w trybie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp do złożenia dokumentów lub wyjaśnień dotyczących ich treści, w wyznaczonym przez zamawiającego terminie,
4. dokonanie poprawienia oczywistych omyłek pisarskich i rachunkowych w treści jego oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt. 1 i 2 ustawy Pzp, ewentualnie w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp,
5. dokonanie wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej i zgodnej z treścią SIWZ,

ewentualnie, w przypadku nieuwzględnienia powyższych żądań o unieważnienie postępowania, jako dotkniętego wadami uniemożliwiającymi zawarcie ważnej umowy.

Protestujący argumentował, że:

odnośnie poz. 48

W kosztorysie stanowiącym załącznik do SIWZ zamawiający podał dwa obmiary: obmiar = 34.82 m² oraz obmiar = 34 m. Jednocześnie zamawiający podał pozycje KNR, z których jedna w katalogu "M" - płyta Knauf FIRBBOARD - podana była w m². Pozostałe podane były w „m”.

W ocenie protestującego oznacza to, że dla prawidłowego sporządzania kosztorysu w takiej sytuacji wykonawca musiał wybrać jeden z proponowanych przez zamawiającego obmiarów, gdyż nie mógł sporządzić jednego kosztorysu dla dwóch różnych obmiarów oraz musiał przyjąć następujące założenia, aby treść oferty odpowiadała treści SIWZ:

1. jeżeli wykonawca wybrał obmiar = 34,82 m² musiał dokonać zmian w poszczególnych pozycjach KNR, zamieniając je z "m" na „m²”, z wyjątkiem pozycji „M” - płyta Knauf FIRBBOARD,

2. jeżeli natomiast wykonawca wybrał obmiar = 34 m musiał zmienić pozycję „M” - płyta Knauf FIRBBOARD, pozostawiając pozostałe pozycje bez zmian.

Protestujący wybrał wariant pierwszy, jednak każdy z tych wariantów wymagał zmiany co najmniej 1 pozycji. W ocenie protestującego, zamawiający naruszył zasadę określoną w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż w stosunku do pozostałych wykonawców, których oferty zostały uznane za ważne nie ocenił negatywnie zmiany jednej pozycji KNR, uznając te oferty za zgodne z treścią SIWZ.

Protestujący powołał się na wyrok Zespołu Arbitrów UZP/ZO/O-112/07.

odnośnie poz. 69

Protestujący w swojej ofercie w tej pozycji w kosztach „S” wskazał „wyciąg 0,04 m-g” zamiast „wyciąg 0,004 m-g” oraz środek transportu 0,06 m-g zamiast środek transportu 0,006 m-g”.

W ocenie protestującego pomyłka taka może być zakwalifikowana do oczywistych omyłek pisarskich (pominięcie jednego "0" po przecinku) i poprawiona w trybie art. 87 ust. 2 pkt 1 lub w trybie art. 87 ust 2 pkt 3 ustawy Pzp, gdyż nie powoduje istotnych zmian w treści oferty. Wskazał, że różnica w cenie powstała na skutek takiej omyłki to 70,06 zł, co przy wartości jego oferty wynoszącej ponad 9 mln zł nie stanowi istotnej zmiany w cenie oferty, a tym bardziej w jej treści.

odnośnie poz. 105

W ofercie protestującego wskazano „2,96r-g”, a w SIWZ „2,122r-g”. Protestujący wyjaśnił, że różnica ta wynika z omyłkowego przyjęcia jako podstawy do wyliczenia NNRNKB 202 2805-03 zamiast wskazanej w SIWZ NNRNKB 202 2806-3. W ocenie protestującego omyłka taka może być usunięta w trybie art. 87 ust. 2 lub 3 ustawy Pzp, gdyż różnica w zastosowanej podstawie obliczenia, mającej wpływ wyłącznie na koszt robocizny, nie stanowi niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, gdyż opis w SIWZ oraz w ofercie protestującego jest identyczny, a tym samym zobowiązanie protestującego zawarte w ofercie jest również tożsame z treścią SIWZ.

odnośnie poz. 78, 80, 82

Protestujący zastosował się do treści SIWZ, gdyż w treści SIWZ "Dane wyjściowe do kosztorysowania" w pkt. 4 "Koszty pracy sprzętu i transportu technologicznego /S/" zamawiający wymagał podania również „innych nie ujętych w dokumentacji i kosztorysach ofertowych, a niezbędnych do rozliczenia robót koniecznych [...] nie wyższe niż średnie ceny SEKOCENBUD [...]"

W związku z tym zapisem SIWZ protestujący w w/w pozycjach kosztorysu wskazał również pracę sprzętu w cenie 56.00m-g, gdzie cena średnia SEKOCENBUD wynosi 57,09/m-g.

Zwrócił uwagę, iż przedmiot zamówienia nie został w żaden sposób zmieniony, gdyż nadal protestujący zobowiązywał się do dostarczenia centrali klimatyzacyjnej, wskazując jednocześnie, iż w cenie ostatecznej takiej centrali zawarte są również koszty transportu i rozładunku.

Wskazał, że zgodnie z Rozdziałem XV pkt. 1 SIWZ zdanie ostatnie "Cena powinna obejmować koszt wszystkich robót zapewniających prawidłową realizację przedmiotu zamówienia [...]" - co zdaniem protestującego oznacza, że w w/w pozycjach należało uwzględnić koszt transportu i rozładunku centrali.

odnośnie poz. 48 - instalacje elektryczne

Pomimo braku wyceny robocizny możliwe było prawidłowe wyliczenie kosztów takiej robocizny i poprawienie takiej omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, ponieważ w ofercie protestującego został wskazany koszt jednej roboczogodziny dla robót elektrycznych (strona 9 oferty) w wysokości 16 zł. W związku z tym, że pozycja 48 była jednoznacznie określona przez zamawiającego jako $1,8 \cdot 0,955 = 1,719$ r-g/szt., wystarczającym było podstawienie do takiego wzoru określonej przez protestującego stawki.

odnośnie poz. 104 - instalacje elektryczne

Fakt zastosowania innej podstawy należy wyłącznie rozpatrywać w kwestii formalnej. Skoro treść oferty protestującego w polu "Opis" jest identyczna z treścią SIWZ, zarzut jest chybiony i stoi w sprzeczności z treścią art. 82 ust. 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Powołał się na wyrok Zespołu Arbitrów UZP/ZO/0-1120/06.

odnośnie poz. 142,143,144,145,146,147,149,156,157 i 170

Taka omyłka może być poprawiona w trybie art. 87 ustawy Pzp. Protestujący pominął współczynnik zmniejszający, jednak wszystkie dane niezbędne do poprawienia takiej omyłki były podane w ofercie, a zamawiający mógł dokonać takiej poprawki, wstawiając do wzoru odpowiedni, określony i znany współczynnik tym bardziej, iż powstała różnica w cenie wyniosła łącznie 198,16 zł, co stanowi 0,0025 % wartości całej oferty.

Podobna sytuacja dotyczyła pozycji 143, 144, 145, 149 i 170, gdzie współczynnik zmniejszający 0,955 do nakładów robocizny zastosowano tylko do jednego elementu. Również w tych pozycjach możliwe było dokonanie poprawki, gdyż zamawiający dysponował

wszystkimi danymi, a różnica w cenie wynosiła 18,68 złotych, co stanowi 0,00024 % ceny całej oferty.

odnośnie poz. 170

W pozycji tej element z nakładów sprzętu - Generator poziomu - wstawiono do nakładów materiału i rozliczono jako materiał, a nie jako sprzęt.

W ocenie protestującego możliwe jest poprawienie oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, poprzez przeniesienie tej pozycji z „M” do „S”, gdyż protestujący wskazał w ofercie stawkę w wysokości 9,18 zł.

odnośnie poz. 213

Zamawiający był uprawniony do poprawienia omyłki w zakresie zmiany podstawy wyceny, gdyż sam wskazał w SIWZ taki przypadek, jako jeden z przykładów, w których poprawi omyłki w ofercie (Rozdział XV pkt 7 tiret pierwszy).

Wykonawca podał 0,81r-g/szt, co przy podaniu wszystkich innych danych w tej pozycji prawidłowo, zobowiązywało zamawiającego do poprawienia tej pozycji zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp oraz w/w zapisem SIWZ.

Protestujący podniósł, iż elementy wyliczeń w kosztorysie nie powinny być oceniane jako treść oferty. Ofertę bowiem stanowi wyłącznie opis prac budowlanych do wykonania przez wykonawcę, a nie szczegółowy kosztorys umożliwiający wyłącznie wyliczenie cen poszczególnych elementów oferty, a także ceny całości oferty, zatem ocenie powinna podlegać wyłącznie ta część oferty, która dotyczy zobowiązania wykonawcy do realizacji określonych prac budowlanych (Kolumna Opis), a nie opisy lub ich elementy zawarte w poszczególnych pozycjach kosztorysowych „R”, „M” lub „S”.

Protestujący powołał się na wyrok KIO/UZP 1400/07, UZP/ZO/0-94/07, UZP/ZO-83/07, KIO/UZP 34/07 i UZP/ZO/0-2364/06.

W uzasadnieniu oddalenia protestu zamawiający wskazał:

odnośnie poz. 48

Zamawiający przedstawił w kosztorysie nakładczym wycenę okładziny ogniochronnej FIREBOARD i oferent zobowiązany był wykonać swoją kalkulację dokładnie tak jak życzył sobie tego zamawiający. Do oceny poszczególnych ofert wymagane jest, aby wszyscy oferenci posługiwali się takim samym kosztorysem nakładczym, wstawiając jedynie swoją

robocizną, czynniki cenotwórcze, ceny materiałów i sprzętu. Niedopuszczalne jest modyfikowanie nakładów kosztorysu nakładczego.

odnośnie poz. 69

Oferent zmienił samowolnie nakład na S (wyciąg). Niedopuszczalne jest modyfikowanie nakładów kosztorysu nakładczego.

odnośnie poz. 105

oferent zmienił samowolnie nakład na R (robocizną). Niedopuszczalne jest modyfikowanie nakładów kosztorysu nakładczego.

odnośnie poz. 78,80 i 82

W pozycjach tych dodano pracę sprzętu, co stanowi istotną zmianę w stosunku do przedmiarów załączonych do SIWZ. W treści SIWZ w punkcie IX Wykaz dokumentów i oświadczeń, jakie mają dostarczyć wykonawcy, w punkcie 5) podpunkt d) zamawiający postawił wymóg, zgodnie z którym „szczegółowe kosztorysy ofertowe należy wykonać zgodnie z zasadami przyjętymi w załączonych przedmiarach robót - załącznik nr 10 do SIWZ” .

odnośnie pozostałych pozycji

W pozycjach znalazły się zapisy, których treść nie odpowiada treści SIWZ. Biorąc pod uwagę, że oferta jest w istocie oświadczeniem woli zawarcia umowy, zawierającym istotne postanowienia umowy, w tym określenie przedmiotu umowy, różnice pomiędzy treścią oferty, a treścią SIWZ w zakresie przedmiotu umowy nie sposób uznać za omyłki niepowodujące istotnych zmian w treści oferty w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp.

W przedmiotowym przypadku niezgodności pomiędzy treścią oferty, a treścią SIWZ mają przełożenie na cenę oferty, zaś w przypadku pozycji 213 są równoznaczne z odstępstwem od projektu budowlanego.

W ocenie zamawiającego treść wzmiankowanych zapisów SIWZ jest jednoznaczna, co czyni ewentualne wyjaśnienia zbędnymi albo wyjaśnienia te polegałyby na zmianie treści oferty.

odnośnie zagadnień formalnych

Kosztorys ofertowy stanowi element oferty, zaś zawarte we wzmiankowanym kosztorysie wyliczenia stanowią element treści oferty. W przedmiotowym przypadku wynagrodzenie nie ma charakteru ryczałtowego, lecz kosztorysowy,

Sporne kwestie były przedmiotem wyjaśnień dotyczących treści SIWZ, których zamawiający, na wniosek jednego z wykonawców, udzielił pismem z dnia 20 stycznia 2009 r. (wobec wzmiankowanych wyjaśnień nie wniesiono środków ochrony prawnej). Zatem, kosztorys ofertowy ma znaczenie nie tylko pomocnicze.

Wobec spełnienia przesłanek do odrzucenia oferty, brak było podstaw prawnych do zwrócenia się do Wykonawcy o uzupełnienie dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Popęlnionych błędów, w szczególności z uwagi na ich charakter (sprzeczność z postanowieniami SIWZ w zakresie przedmiotu zamówienia), nie sposób uznać za oczywiste omyłkę" w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt. 1 i 2 ustawy Pzp. Nie można bowiem przyjąć, jaka powinna być treść konkretnego zapisu.

W odwołaniu odwołujący dodatkowo wskazał, że cała jego oferta liczyła 882 pozycji kosztorysowych, z czego 19 zostało uznane przez zamawiającego jako niezgodne z treścią SIWZ, czyli około 2 % wszystkich pozycji. Podniósł, że zamawiający nie udostępnił wykonawcom wersji elektronicznej kosztorysów, co przy takiej ilości pozycji w kosztorysach, utrudniało prawidłowe przygotowanie całej oferty.

Odnosząc się do przywołanego przez zamawiającego w rozstrzygnięciu protestu pisma z dnia 20.01.2009r. odwołujący, powołując się na wyrok KIO/UZP 1277/08 podniósł, że „nie ma znaczenia, że w przedmiotowym postępowaniu cena ofertowa nie ma charakteru ryczałtowego, gdyż obowiązek poprawienia omyłek na podstawie art. 87 ust. 2 PZP, nie jest uzależniony od rodzaju ceny w danym postępowaniu, ani od sposobu jej obliczenia”.

Wskazał (odnośnie poz. 48 w kosztorysie budowlanym), że oferta Asseco System S.A., którą zamawiający wybrał, jest identyczna w tej pozycji, jak oferta odwołującego, a pomimo tego oferta ta nie została odrzucona jako niezgodna z treścią SIWZ.

Dodatkowo powołał się na doktrynę, która wskazuje, iż "wskazanie niewłaściwej jednostki miary, niewielki błąd w ilości materiałów, nieprawidłowy wskaźnik lub krotność można zaliczyć do katalogu omyłek nie powodujących istotnej zmiany w treści oferty" (Dariusz Ziemiński Prawo Zamówień Publicznych, Infrastruktura Transportu nr 1/2009).

Powołał się także na orzecznictwo KIO, zgodnie z którym "Zamawiający powinien zakwalifikować omyłki (w jednostkach miary), jako inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Zamawiający mógłby dokonać odpowiednich działań arytmetycznych na podstawie danych figurujących w ofercie." (sygn. akt KIOIUZP 1424/08).

Przywołał również wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z dnia 23 lutego 2007 r. (sygn. akt. X Ga 23/07Iza), zgodnie z którym zdaniem Sądu Okręgowego, błędne podanie

w kosztorysie ofertowym ilości robót w stosunku do przedmiaru stanowi rozbieżność, która w istocie w żaden sposób nie wpływa na możliwość dokonania rzetelnej oceny ofert. W orzeczeniu tym Sąd wskazał na możliwość uwzględniania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego klauzuli nadużycia prawa podmiotowego, określonej w art. 5 Kodeksu cywilnego - uwzględnienie żądania odrzucenia oferty jedynie z tej przyczyny, że jeden z elementów dokumentu złożonej oferty, który na dodatek nie wpływa na możliwość rzetelnej oceny ofert, przy uwzględnieniu wszystkich podstawowych zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego stanowiłoby w istocie nadużycie prawa i naruszenie zasad współżycia społecznego, co w świetle art. 5 k.c. jest niedopuszczalne." (Instytut Zamówień Publicznych "Zmiany w zakresie poprawiania omyłek" 2009-01-12)

Stwierdził jednocześnie, iż zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa wykonawca nie ma obowiązku stosowania norm wynikających z KNR, określonych w odpowiednich katalogach oraz metod interpolacji i ekstrapolacji. Zapisy takich norm mają jedynie charakter pomocniczy.

Odnosząc się do żądania unieważnienia postępowania w przypadku oddalenia wszystkich powyższych zarzutów, odwołujący wskazał, iż zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zakresie zasady równego traktowania wszystkich wykonawców, gdyż uznając ofertę odwołującego za niezgodną z treścią SIWZ, uznał oferty pozostałych wykonawców za zgodne z treścią SIWZ pomimo, iż zawierały one takie same błędy jak oferta odwołującego.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ, ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu, pisma zamawiającego z dnia 20.01.2009r., zawierającego odpowiedzi na zapytania wykonawców, złożonych na rozprawie: oświadczenia dotyczącego różnic w cenie oferty Wola Info S.A., opinii Sebastiana Wrześcińskiego, opinii Jacka Łazarskiego, stanowisk i oświadczeń stron oraz przystępującego, zaprezentowanych w proteście, rozstrzygnięciu protestu, odwołaniu, przystąpieniach, a także w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Oдноśnie interesu prawnego odwołującego, skład orzekający Izby ustalił, że odwołujący posiadał interes prawny w złożeniu protestu i odwołania, ponieważ potwierdzenie się zarzutu niezasadnego odrzucenia jego oferty, w sytuacji, gdy odwołujący złożył ofertę najkorzystniejszą pod względem ceny, stanowiącej jedyne kryterium oceny ofert (zgodnie z Rozdziałem XVI pkt 1 SIWZ), oznaczałoby dla niego szansę na uzyskania przedmiotowego zamówienia. Tym samym wypełniona została materialnoprawna przesłanka do rozpoznania odwołania, wynikająca z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Skład orzekający Izby dopuścił w poczet materiału dowodowego oświadczenie odwołującego dotyczące różnic w cenie oferty Wola Info S.A., opinie Sebastiana Wrześnińskiego oraz Jacka Łazarskiego, kwalifikując je jako stanowiska odpowiednio strony, która je złożyła.

Bezsporny między stronami jest fakt wystąpienia w ofercie odwołującego odstępstw od przedmiarów, przekazanych przez zamawiającego w 19 pozycjach w 3 branżach: budowlanej, sanitarnej i elektrycznej.

Sporną natomiast pozostaje kwestia dopuszczalności poprawienia tych odstępstw.

Znowelizowany przepis art. 87 ust. 2 ustawy Pzp przewiduje dokonywanie przez zamawiającego trzech grup poprawek: oczywistych omyłek pisarskich, oczywistych omyłek rachunkowych oraz innych omyłek. W tym ostatnim przypadku wskazany przepis obarcza zamawiającego obowiązkiem dokonania poprawy treści oferty wykonawcy, o ile niezgodność treści oferty z treścią SIWZ jest wynikiem omyłki wykonawcy, a poprawienie omyłki nie spowoduje istotnych zmian w treści tej oferty, przy czym bez znaczenia dla obowiązku zastosowania tego przepisu jest stopień zawinienia samego wykonawcy.

Odnosnie dopuszczalności poprawienia owych innych omyłek, skład orzekający Izby podziela stanowisko, zgodnie z którym:

1. fakt, że omyłka dotyczy ceny, będącego niewątpliwie istotnym elementem oferty, sam w sobie nie stanowi przeszkody w poprawieniu tej omyłki, brak bowiem w art. 87 ustawy Pzp jakiegokolwiek ograniczenia w tym zakresie (por. KIO/UZP 1277/08),
2. dokonywanie poprawienia omyłek dotyczy zarówno postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, w których zamawiający przewidział wynagrodzenie ryczałtowe (cena ryczałtowa), jak i tych, w których zamawiający przewidział wynagrodzenie kosztorysowe (cena kosztorysowa), brak bowiem w art. 87 ustawy Pzp jakiegokolwiek ograniczenia w tym zakresie (por. KIO/UZP 1277/08),
3. podstawami oceny „istotności” poprawy co do treści oferty jest wielkość zmiany ceny całkowitej oferty oraz ilość pozycji, które będą musiały ulec zmianie (por. KIO/UZP 1277/08).

W tym miejscu skład orzekający stwierdza, że zamawiający zakwestionował 19 pozycji kosztorysów ofertowych odwołującego, opracowanych dla poszczególnych branż z łącznej liczby prawie 900 pozycji, dlatego też uznać należy, że zmiana wszystkich tych pozycji, oceniając te zmiany wyłącznie przez pryzmat ich ilości, nie byłaby istotna.

Zarzut niezasadnego odrzucenia oferty odwołującego z powodu zmiany normy na inną niż podana przez zamawiającego z kosztorysie nakładczym w pozycji 48 - branża budowlana.

Zarzut zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący w pozycji 48 w kolumnie „Podstawa” wpisał „KNR 9-09 0412-03”, w kolumnie „Opis i wyliczenia” wpisał: „Okładziny ogniochronne kanałów spalinowych w systemie Knauf FIRE-BOARD K253 z okładziną jednowarstwową płytami gipsowo – kartonowymi mocowanymi do profili metalowych 34.82”, zaś w kolumnie „j.m.” wpisał: „m²”

Zamawiający natomiast w „Kalkulacji szczegółowej cen jednostkowych pozycji” w pozycji 48 w kolumnie „Podstawa” wpisał „KNR 9-09 0413-03”, w kolumnie „Opis” wpisał jednocześnie „obmiar = 3,4*10=34,00m”, a nieco dalej w podsumowaniu metrażu okładzin „34,82m²”, w kolumnie „jm” zamawiający wpisał „m”. Nadto w przekazanym wykonawcom „Przedmiarze robót” zamawiający w kolumnie w kolumnie „Podstawa” wpisał „KNR 9-09 0413-03”, w kolumnie „j.m.” dla tej pozycji wpisał dwukrotnie „m” oraz raz „m²”.

W ocenie składu orzekającego Izby, w sytuacji, gdy w dokumentach składających się na specyfikację istotnych warunków zamówienia, a opracowanych przez zamawiającego, znalazły się niezgodności, konsekwencje tych niezgodności nie mogą w żadnym razie obarczać wykonawcy. W sytuacji zatem, gdy zamawiający w jednym miejscu SIWZ wskazał dla tej pozycji obmiar „34,82m²”, a w innym obmiar „34m”, nieodzownym było przyjęcie jednego z tych obmiarów i odpowiedniego dla wskazanej jednostki tego obmiaru normy.

Wybór przez odwołującego normy odpowiadającej obmiarowi wyrażonemu w m² przesadza o zgodności pozycji 48 w ofercie odwołującego z pozycją 48 w SIWZ, skoro taki obmiar pozycja 48 SIWZ zawierała.

Zarzut niezasadnego odrzucenia oferty odwołującego z powodu zmiany nakładu na S (wyciąg) z „wyciąg 0,004m-g” na „wyciąg 0,04m-g” oraz środek transportu z „środek transportu 0,06m-g” na „środek transportu 0,006m-g” w pozycji 69 - branża budowlana.

Zarzut zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie składu orzekającego Izby, niezgodność ta stanowi inną omyłkę, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp i zgodnie z tym przepisem winna być przez zamawiającego poprawiona.

Omyłka odwołującego w pozycji 69 sprowadza się do pominięcia jednego zera w podawanej wielkości.

Poprawienie tej omyłki, poprzez wpisanie zamiast „0,04m-g”, „0,004m-g” doprowadzi do zgodności treści oferty odwołującego z treścią SIWZ, przy jednoczesnym dochowaniu warunku dokonania takiej zmiany, tj. pozostawieniu treści oferty bez istotnej zmiany, o czym

świadczy znikomy skutek tej poprawki wynoszący ok. 70 zł przy łącznej cenie oferty wynoszącej ponad 9 mln zł.

Zamawiający nie zakwestionował skutku tej zmiany dla ceny ofertowej odwołującego, przedstawionego już w odwołaniu.

Zarzut niezasadnego odrzucenia oferty odwołującego z powodu zastosowania stawki za robociznę „2,96r-g”, zamiast 2,22r-g” w pozycji 105 - branża budowlana.

Zarzut zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie składu orzekającego Izby, niezgodność ta stanowi inną omyłkę, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp i zgodnie z tym przepisem winna być przez zamawiającego poprawiona.

W ocenie składu orzekającego Izby, skoro skutkiem przyjętej przez odwołującego innej niż wskazana przez zamawiającego podstawy wyceny była zmiana stawki za robociznę w tej pozycji, to niezgodność ta stanowi inną omyłkę, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp i zgodnie z tym przepisem winna być przez zamawiającego poprawiona.

Omyłka ta sprowadza się do przeoczenia wskazanej przez zamawiającego podstawy wyceny.

Poprawienie tej omyłki, poprzez uwzględnienie stawki za robociznę odpowiadającej żądanej przez zamawiającego podstawie wyceny doprowadzi do zgodności treści oferty odwołującego z treścią SIWZ, przy jednoczesnym dochowaniu warunku dokonania takiej zmiany, tj. pozostawieniu treści oferty bez istotnej zmiany, o czym świadczy znikomy skutek tej poprawki, tj. zmniejszenie ceny oferty o ok. 1050 zł przy łącznej cenie oferty wynoszącej ponad 9 mln zł.

Zamawiający nie zakwestionował skutku tej zmiany dla ceny ofertowej odwołującego, przedstawionego już w odwołaniu.

Trafnie też podniósł odwołujący, że sam zamawiający w Rozdziale XV pkt 7 tiret pierwszy zobowiązał się do poprawienia omyłki polegającej na błędnym wpisaniu ilości jednostek, nie uzależniając dokonania takiej omyłki od „źródła” jej powstania.

Zarzut niezasadnego odrzucenia oferty odwołującego z powodu dodania pracy sprzętu w pozycjach 78, 80 i 82 - branża sanitarna.

Zarzut zasługuje na uwzględnienie.

Z jednej strony zamawiający, pismem z dnia 20.01.2009r., zakazał wykonawcom usuwania, jak i dodawania pozycji w kosztorysie ofertowym, z drugiej strony, postanowieniem Rozdziału XV pkt 1 SIWZ zobligował wykonawców do objęcia ceną

ofertową wszystkich robót zapewniających prawidłową realizację przedmiotu zamówienia, a także kosztu robót, o których mowa w opisie przedmiotu zamówienia.

W ocenie składu orzekającego Izby, o ile realizacja jakiegoś elementu przedmiotu zamówienia wymaga wykonania robót z użyciem sprzętu (np. transportowego, rozładunkowego), to dla prawidłowej realizacji tego elementu konieczne jest uwzględnienie kosztu użycia tego sprzętu.

Biorąc pod uwagę treść wskazanego postanowienia SIWZ, skład orzekający Izby nie doszukał się w zakresie pozycji 78,80 i 82 niezgodności treści oferty odwołującego z treścią SIWZ.

Zarzut niezasadnego odrzucenia oferty odwołującego z powodu braku wyceny robocizny w pozycji 48 - branża elektryczna.

Zarzut zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie składu orzekającego Izby, niezgodność ta stanowi inną omyłkę, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp i zgodnie z tym przepisem winna być przez zamawiającego poprawiona.

Omyłka ta sprowadza się do pominięcia wyceny robocizny w tej pozycji. Poprawienie tej omyłki, poprzez uwzględnienie wyceny odwołującego robocizny w wysokości 16 zł, wskazanej w „Danych wyjściowych do kosztorysowania” (strona 9 oferty odwołującego, wg Załącznika nr 8 do SIWZ) doprowadzi do zgodności treści oferty odwołującego z treścią SIWZ, przy jednoczesnym dochowaniu warunku dokonania takiej zmiany, tj. pozostawieniu treści oferty bez istotnej zmiany, o czym świadczy znikomy skutek tej poprawki wynoszący ok. 73 zł przy łącznej cenie oferty wynoszącej ponad 9 mln zł.

Zamawiający nie zakwestionował skutku tej zmiany dla ceny ofertowej odwołującego, przedstawionego już w odwołaniu.

Zarzut niezasadnego odrzucenia oferty odwołującego z powodu zmiany podstawy wyceny w pozycji 104 - branża elektryczna.

Zarzut zasługuje na uwzględnienie.

Jak przyznał sam zamawiający, w piśmie informującym o wynikach postępowania z dnia 05.03.2009r., zmiana ta nie spowodowała żadnej zmiany nakładów na robociznę i materiał, a zatem nie sposób doszukać się w tym odstępstwie jakiegokolwiek merytorycznego skutku z punktu widzenia oferowanego przedmiotu zamówienia i jego ceny, a tym samym nie ma podstaw do stwierdzenia niezgodności treści oferty z treścią SIWZ.

Zarzut niezasadnego odrzucenia oferty odwołującego z powodu nieuwzględnienia współczynnika zmniejszającego 0,955 do nakładów robocizny w pozycjach 142, 143, 144, 145, 146, 147, 149, 156, 157 i 170 - branża elektryczna.

Zarzut zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie składu orzekającego Izby, niezgodność ta stanowi inną omyłkę, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp i zgodnie z tym przepisem winna być przez zamawiającego poprawiona.

Omyłka ta sprowadza się do pominięcia narzuconego przez zamawiającego współczynnika zmniejszającego we wskazanych pozycjach.

Poprawienie tej omyłki, poprzez dokonanie wyliczeń w oparciu o dane odwołującego zawarte w ofercie i z zastosowaniem żądanego przez zamawiającego współczynnika doprowadzi do zgodności treści oferty odwołującego z treścią SIWZ, przy jednoczesnym dochowaniu warunku dokonania takiej zmiany, tj. pozostawieniu treści oferty bez istotnej zmiany, o czym świadczy znikomy skutek tej poprawki wynoszący dla wszystkich wskazanych pozycji ok. 216 zł przy łącznej cenie oferty wynoszącej ponad 9 mln zł.

Zamawiający nie zakwestionował skutku tej zmiany dla ceny ofertowej odwołującego, przedstawionego już w odwołaniu.

Zarzut niezasadnego odrzucenia oferty odwołującego z powodu ujęcia elementu z nakładów sprzętu (Generator poziomu) w nakładach materiału i jego rozliczenia jako materiał, a nie jako sprzęt - pozycja 170 - branża elektryczna.

Zarzut zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie składu orzekającego Izby, niezgodność ta stanowi inną omyłkę, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp i zgodnie z tym przepisem winna być przez zamawiającego poprawiona.

Omyłka ta sprowadza się do ujęcia elementu nakładów sprzętu w innej grupie kosztorysowej, tj. w grupie materiałów.

Poprawienie tej omyłki, poprzez przeniesienie tej pozycji z „M” do „S” z uwzględnieniem podanej przez odwołującego w przenaszanej części pozycji stawki 9,18 zł/m-g doprowadzi do zgodności treści oferty odwołującego z treścią SIWZ, przy jednoczesnym dochowaniu warunku dokonania takiej zmiany, tj. pozostawieniu treści oferty bez istotnej zmiany, o czym świadczy znikomy skutek tej poprawki, tj. zmniejszenie ceny oferty o ok. 2 300 zł przy łącznej cenie oferty wynoszącej ponad 9 mln zł.

Zamawiający nie zakwestionował skutku tej zmiany dla ceny ofertowej odwołującego, przedstawionego już w odwołaniu.

Zarzut niezasadnego odrzucenia oferty odwołującego z powodu zmiany podstawy wyceny w pozycji 213 - branża elektryczna.

Zarzut zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie składu orzekającego Izby, skoro skutkiem przyjętej przez odwołującego innej niż wskazana przez zamawiającego podstawy wyceny była zmiana nakładów robocizny w tej pozycji, to niezgodność ta stanowi inną omyłkę, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp i zgodnie z tym przepisem winna być przez zamawiającego poprawiona.

Omyłka ta sprowadza się do przeoczenia wskazanej przez zamawiającego podstawy wyceny.

Poprawienie tej omyłki, poprzez uwzględnienie nakładów robocizny odpowiadającej żądanej przez zamawiającego podstawie wyceny doprowadzi do zgodności treści oferty odwołującego z treścią SIWZ, przy jednoczesnym dochowaniu warunku dokonania takiej zmiany, tj. pozostawieniu treści oferty bez istotnej zmiany, o czym świadczy znikomy skutek tej poprawki wynoszący ok. 73 zł przy łącznej cenie oferty wynoszącej ponad 9 mln zł.

Zamawiający nie zakwestionował skutku tej zmiany dla ceny ofertowej odwołującego, przedstawionego już w odwołaniu.

Trafnie też podniósł odwołujący, że sam zamawiający w Rozdziale XV pkt 7 tiret pierwszy zobowiązał się do poprawienia omyłki polegającej na błędnym wpisaniu ilości jednostek, nie uzależniając dokonania takiej omyłki od „źródła” jej powstania.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę fakt, że oferta w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest oświadczeniem woli, złożonym zamawiającemu w formie pisemnej, którego sens winien być odczytywany z uwzględnieniem okoliczności, kontekstu, a także celu jego złożenia.

W ocenie składu orzekającego Izby, odwołujący działając jako profesjonalista, biorący udział w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego miał zamiar złożenia oferty zgodnie z wymaganiami zamawiającego, ponieważ nie sposób przyjąć, że działaniem odwołującego kierowało co innego niż dążenie do uzyskania przedmiotowego zamówienia, a tylko w sytuacji złożenia oferty zgodnej z postanowieniami SIWZ, cel odwołującego mógłby zostać osiągnięty.

Dodatkowo skład orzekający Izby zwraca uwagę, że w aktualnym stanie prawnym kosztorysowanie robót budowlanych nie jest regulowane żadnymi przepisami, za wyjątkiem inwestorskiej kalkulacji kosztorysowej towarzyszącej zamówieniom publicznym.

Nadto decyzja zamawiającego o zastosowaniu kalkulacji szczegółowej wiąże się ze zwiększonymi nakładami pracy tak po stronie zamawiającego, jak i wykonawców, zwiększając jednocześnie ryzyko popełnienia błędów przy sporządzaniu SIWZ, a także w ofertach.

Wobec powyższego skład orzekający Izby uznał, że zamawiający bezpodstawnie odrzucił ofertę odwołującego, a także, że zamawiający dopuścił się naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy oraz bezpodstawnie zaniechał dokonania poprawek w ofercie odwołującego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, w konsekwencji czego skład orzekający Izby uznał, że zamawiający naruszył przepis art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Skład orzekający Izby nie znalazł natomiast podstaw do przypisania zamawiającemu naruszenia art. 87 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, ponieważ nie stwierdził w ofercie odwołującego omyłek, które kwalifikowałyby się do poprawienia na podstawie tego przepisu.

W konsekwencji uznania niezasadnego odrzucenia oferty odwołującego skład orzekający Izby uznał również, że zamawiający bezpodstawnie zaniechał wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, a ewentualnie do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp oraz bezpodstawnie wykluczył odwołującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania.

Jednocześnie też skład orzekający Izby, uwzględniając treść § 4 ust. 1 pkt 2 lit b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886), uznał za uzasadnione koszty odwołującego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 194 i 195 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 Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....