

Sygn. akt KIO/UZP 781/09

WYROK
z dnia 7 lipca 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

**Członkowie: Klaudia Szczytowska-Maziarz
Barbara Bettman**

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **3 lipca 2009 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Usługowo – Handlowe „WATEX” Sp. z o.o., ul. Baczyńskiego 1, 35 – 210 Rzeszów** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Zespół Opieki Zdrowotnej nr 2 SP ZOZ, ul. Batorego 9, 35 – 005 Rzeszów** protestu z dnia **29 maja 2009 r.**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie, unieważnia czynność odrzucenia oferty Odwołującego i nakazuje dokonanie czynności ponownego badania i oceny złożonych ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

2. kosztami postępowania obciąża Zespół Opieki Zdrowotnej nr 2 SP ZOZ, ul. Batorego 9, 35 – 005 Rzeszów

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 **Przedsiębiorstwo Produkcyjno -**

Usługowo - Handlowe „WATEX” Sp. z o.o., ul. Baczyńskiego 1, 35 - 210 Rzeszów,

- 2) dokonać wpłaty kwoty **8 174 zł 00 gr** (słownie: osiem tysięcy sto siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Zespół Opieki Zdrowotnej nr 2 SP ZOZ, ul. Batorego 9, 35 - 005 Rzeszów** na rzecz **Przedsiębiorstwa Produkcyjno - Usługowo - Handlowego „WATEX” Sp. z o.o., ul. Baczyńskiego 1, 35 - 210 Rzeszów** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpis od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać wpłaty kwoty xxx zł xxx gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) 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 **Przedsiębiorstwa Produkcyjno - Usługowo - Handlowego „WATEX” Sp. z o.o., ul. Baczyńskiego 1, 35 - 210 Rzeszów.**

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

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na roboty budowlane pn: *„Rozbudowa i nadbudowa Przychodni Specjalistycznej – Centrum Diagnostyczne w Rzeszowie, ul. Fredry 9”*, zostało wszczęte przez Zespół Opieki Zdrowotnej Nr 2, Samodzielny Publiczny ZOZ, , ul. Batorego 9, 35-005 Rzeszowie zwanego dalej: *„Zamawiającym”*, ogłoszeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych Nr 67001-2009 z dnia 27.04.2009 r.

W dniu 22.05.2009 r. Zamawiający przekazał faxem Wykonawcy: Przedsiębiorstwo Produkcyjno Usługowo Handlowe „WATEX” Sp. z o.o., ul. Baczyńskiego 1, 35-210 Rzeszów, zwanej dalej: *„WATEX” Sp. z o.o.”* albo *„Protestującym”* albo *„Odwołującym”* zawiadomienie o odrzuceniu jego oferty na mocy art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), zwanej dalej: *„Pzp”*. Wskazał, że zamieszczony w ofercie kosztorys jest niezgodny w treści z kosztorysem inwestorskim oraz ze zmianami jakie zostały w prowadzone do

kosztorysu inwestorskiego. Zmiany do kosztorysu nastąpiły w wyniku odpowiedzi Zamawiającego na zapytania wykonawców.

Zostały one zamieszczone w dniach 13-14.05.2009 r. na stronie internetowej:

<http://www.wrota.podkarpackie.pl/pl/bip/powiat/rzeszowski/zoz2>, na której była umieszczona SIWZ wraz z dokumentacją.

W kosztorysie ofertowym wystąpiły następujące różnice:

1. Różnica w wycenie stolarki okiennej - jest 78,39 m² a winno być 81 m² zgodnie z zestawieniem stolarki.
2. Nie uwzględniono zmiany wymiarów okien Fakro poz. 568. Wyceniono 78x140x43 szt. a winno być 78x160x43 szt.
3. Wyceniono pokrycie dachu z blachy cynkowej trapezowej T35 gr. 0,7, a winna być blacha trapezowa powlekana T35 gr. 0,7 kolor brąz połysk.
4. Niskie ceny przyjętych płytek ściennych i podłogowych świadczą mogą o niskiej jakości stosowanych materiałów.
5. Poz. 211 - wyceniono 87,26 m² a z godnie z zestawieniem stolarki winno być 88,49 m²
6. W kosztorysie robót elektrycznych nie uwzględniono instalacji na poddaszu.

W dniu 29.05.2009 r. (wpływ bezpośredni) na podstawie przepisu art. 180 w zw. z art. 179 Pzp firma: WATEX" Sp. z o.o. złożyła protest na czynność odrzucenia jego oferty.

Powyższej czynności zarzuciła:

1. naruszenie art. 7 Pzp w związku z art. 92 ust. 1 Pzp poprzez odrzucenie oferty Protestującego przed wyborem najkorzystniejszej oferty, a tym samym naruszenie zasad równego traktowania Wykonawców, oraz brak uzasadnienia faktycznego i prawnego decyzji o odrzuceniu.
2. naruszenie art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp w związku z art. 632 KC i art. 82 ust. 3 Pzp przez uznanie iż niezgodność kosztorysu ofertowego z kosztorysem inwestorskim przy wynagrodzeniu ryczałtowym jest podstawą do odrzucenia oferty.
3. naruszenie art. 87 ust. 1 i 2 Pzp poprzez zaniechanie poprawienia w ofercie oczywistych omyłek pisarskich, rachunkowych oraz innych polegających na niezgodności oferty ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SIWZ” nie powodujących istotnych zmian w treści oferty.

Wobec takich zarzutów Protestujący wnosi o:

1. Unieważnienie czynności odrzucenia oferty Protestującego
2. Ponowną ocenę i badanie ofert Wykonawców - zgodnie z warunkami SIWZ i projektem umowy stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ.
3. Uznanie oferty Protestującego za najkorzystniejszą w świetle przyjętych przez Zamawiającego kryteriów oceny ofert.

Zgodnie z art. 92 ust. 1 Pzp Zamawiający niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zawiadamia wykonawców, którzy złożyli oferty o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz o Wykonawcach, których oferty odrzucono, podając uzasadnienie faktyczne i prawne. W tym postępowaniu Zamawiający nie dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty a odrzucił ofertę Protestującego, nie uzasadniając faktycznie i prawnie swojej czynności. Przy ocenie zgodności oferty z treścią SIWZ Zamawiający zobowiązany jest do dokładnej analizy oczywistych omyłek pisarskich i rachunkowych oraz innych nie powodujących zmian w ofercie. Do takiej analizy Zamawiającego obliguje art. 87 ust. 2 Pzp a także art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Samo podanie podstawy prawnej odrzucenia jest niewystarczające. Uzasadnienie faktyczne musi być wyczerpujące. Jest to istotne dla Wykonawcy z uwagi na prawo Wykonawcy do obrony i podnoszenia argumentów na własną korzyść przy korzystaniu ze środków ochrony prawnej. W uzasadnieniu odrzucenia oferty Zamawiający podaje na przykład że: *„niskie ceny przyjętych płytek ściennych i podłogowych świadczyć mogą o niskiej jakości stosowanych materiałów”*. Zamawiający nie określił jakości tych płytek, od wszystkich wykonawców żądał oświadczenia, iż stosowane materiały posiadają stosowne atesty i certyfikaty. Ta podstawa do odrzucenia jest zupełnie niezrozumiała (wyrok KIO UZP 5/09). Zawiadomienie o odrzuceniu oferty bez wyboru najkorzystniejszej oferty jest naruszeniem zasady równego traktowania Wykonawców w tym postępowaniu. Protestujący nie ma możliwości uczestniczenia w tym postępowaniu poprzez działanie Zamawiającego niezgodnie z prawem.

Zamawiający w SIWZ - VIII sposób obliczenia ceny oferty - w pkt 2 określa wynagrodzenia za przedmiot zamówienia wynagrodzeniem kosztorysowym. Jednocześnie zobowiązuje wykonawców do uwzględnienia w cenie wszystkich kosztów, związanych z wykonaniem przedmiotu zamówienia wynikających wprost z dokumentacji projektowo - kosztorysowej, jak również w niej nie ujętych, a bez których nie można wykonać zamówienia. Zamawiający podkreśla, że skutki finansowe jakichkolwiek błędów w dokumentacji projektowej obciążają wykonawcę zamówienia - musi on przewidzieć wszystkie okoliczności mogą wpłynąć na cenę zamówienia.

Już z takich sformułowań SIWZ wynika, że wynagrodzenie to ma charakter wynagrodzenia ryczałtowego. Błędy projektantów obciążają wykonawcę natomiast omyłki pisarskie, rachunkowe czy inne nie mające istotnego wpływu na treść oferty skutkują odrzuceniem oferty. Takie stanowisko prezentuje Zamawiający. Jednocześnie w SIWZ XV - Informacje o trybie otwarcia i oceny ofert - pkt II kryteria, którymi Zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty-stwierdza, że z Wykonawcą, który złoży najkorzystniejszą ofertę zostanie podpisana umowa której wzór stanowi załącznik nr 1 do specyfikacji. We wzorze umowy w par. 5 Zamawiający to wynagrodzenie nazywa wynagrodzeniem ryczałtowym, które jest niezmiennie dla stron. A gdyby wskutek nadzwyczajnych sytuacji realizacja

zamówienia groziłaby stratą to tylko sąd może podwyższyć ryczałt lub rozwiązać umowę. Uznać więc należy, że tym postępowaniu Zamawiający przewidział ryczałtowe wynagrodzenie o którym mowa w art. 632 kc wprawdzie zapisał w SIWZ, że jest to wynagrodzenie kosztorysowe, ale warunki jakie postawił wykonawcom przy kalkulowaniu tego wynagrodzenia, a także zapisy umowy wykluczają wynagrodzenie kosztorysowe. Art. 630 kc daje prawo żądania podwyższenia wynagrodzenia kosztorysowego jeżeli dokumentację przygotowywał Zamawiający. Liczne orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej oraz piśmiennictwo jednoznacznie wskazują, że przy wynagrodzeniu ryczałtowym kosztorys ofertowy jest jedynie materiałem pomocniczym dla obliczenia wynagrodzenia, a błędy w kosztorysie nie skutkują odrzuceniem oferty. Przy wynagrodzeniu ryczałtowym ryzyko obliczenia ceny to ryzyko wykonawcy i nie ma znaczenia czy jakaś pozycja w kosztorysie została ujęta nieprawidłowo czy też pominięta zwłaszcza że wykonawcy podpisując ofertę składając jednocześnie oświadczenie na jakich warunkach wykonają zamówienie - oświadczenie o zapoznaniu się z warunkami zamówienia i ich akceptacji bez zastrzeżeń. (patrz: wyrok z 2 lipca 2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 616/08, wyrok z 31 marca 2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 348/09).

Gdyby jednak przyjąć, że wynagrodzenie obliczone przez wykonawcę może budzić wątpliwości to przy zachowaniu należytej staranności do czego są zobowiązani wszyscy uczestnicy tego postępowania Zamawiający winien wykorzystać wszystkie możliwości jakie daje ustawodawca. Należało więc skorzystać z art. 87 ust 1 Pzp. Na pytanie Zamawiającego „*czy obejmuje cały zakres zadania*” wykonawca udzielając odpowiedzi rozwiałby wątpliwości Zamawiającego. Oczywiście omyłki pisarskie, oczywiście omyłki rachunkowe i inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją niepowodujące istotnych zmian w treści oferty muszą być poprawione przez Zamawiającego. Bogate orzecznictwo KIO dopuszcza poprawianie pozycji w kosztorysie ofertowym. Analiza tych omyłek jednoznacznie wskazuje na obowiązek ich poprawienia przez Zamawiającego oraz na fakt, iż nie powodują one istotnych zmian w treści oferty. Znowelizowany przepis art. 87 ust 2 Pzp podkreśla, że zmiana oferty jest możliwa pod warunkiem, że nie jest to zmiana istotna. Brak działania w tym zakresie ze strony Zamawiającego powoduje że najkorzystniejsza oferta we wszystkich kryteriach nie bierze udziału w wyborze (patrz: wyrok sygn. akt: KIO/UZP 246/09). Odnosząc się do zarzutów Zamawiającego wyjaśnił.

Ad. 1

Różnica w wycenie stolarki okiennej - w ofercie Protestującego jest 78,39 m² - wino być 81 m² zgodnie z zestawieniem stolarki okiennej wynikającym z modyfikacji SIWZ. Zamawiający modyfikując SIWZ załączył zestawienie stolarki okiennej, z którego po zsumowaniu ilości okien wynikało, że w ofercie należy wycenić 81 m² okien. Zamawiający nie podał natomiast pozycji kosztorysowej, którą należy powiększyć o różnicę ilości stolarki

okiennej pomiędzy ilością wynikającą z załączonego do SIWZ przedmiaru, a modyfikacją SIWZ.

Zamawiający, w oparciu o aktualny stan prawny, zobowiązany jest dokonać w ofercie wykonawcy określonych zmian. Tak więc powinien on być - zdaniem Protestującego (również wyrok KIO/UZP 134/09), posługując się danymi, które już posiada (ceny jednostkowe wynikające z pozycji 207, 209, 210 kosztorysu ofertowego) dokonać zmian w ofercie Protestującego i za pomocą działań arytmetycznych, obliczyć ich wymaganą wartość, z uwzględnieniem prawidłowej ilości stolarki okiennej.

Poprawienie poz. 207, 209 i 210 kosztorysu ofertowego, będącego załącznikiem do oferty złożonej przez Protestującego, zmieni cenę oferty. Jednak cena ta nadal będzie ceną najniższą, a poprawiona kwota w odniesieniu do kwoty zamówienia nie będzie istotną (wartość podstawowa zamówienia - 5 576 654,01 zł. netto; różnica w cenie oferty spowodowana poprawieniem w/w omyłki 1273,10 zł - co stanowi około 0,022% wartości oferty (wyliczenie załącznik nr 1). Zmiana w ofercie Protestującego zostałaby dokonana z danych już zawartych w ofercie, z uwzględnieniem konsekwencji działań arytmetycznych, a dokonana zmiana będzie zmianą jedynie ilościową, wynikającą z uzgodnienia ilości wynikających z SIWZ z ilościami wynikającymi z oferty Protestującego.

Ad. 2

Nie uwzględniono zmiany wymiarów oknem FAKRO poz. 568. Wyceniono 78x140x43 szt. winno być 78x160x43 szt. Zamawiający modyfikując SIWZ załączył korektę przedmiaru robót w którym dokonał między innymi zmiany wymiarów okien. Według przedmiaru w pozycji 568 należało wycenić okna FAKRO FTPV78x140cm - 43 szt. czyli 46,956 m² okien, zgodnie z modyfikacją SIWZ należało wycenić okno FAKRO FTPV78x160 - 43 szt. czyli 53,664 m² okien. Protestujący nie uwzględnił w kosztorysie ofertowym w/w modyfikacji.

Poprawienie w/w omyłki nie spowoduje istotnej zmiany w treści oferty, gdyż w złożonej ofercie Protestujący w pozycji 179 prawidłowo wskazał cenę jednostkową okien FTPV78x160 -1141,47 zł (potwierdza to również cena okien z zestawienia materiałów poz. 133 str. 33 oferty - w załączeniu) oraz tabela kalkulacji szczegółowej (w załączeniu). Tym samym Protestujący poprawnie wskazał cenę jednostkową, która jest ceną wyjściową do poprawienia omyłki.

Zamawiający, w oparciu o aktualny stan prawny, zobowiązany jest dokonać w ofercie wykonawcy określonych zmian. Tak więc powinien on być - zdaniem Protestującego (również wyrok KIO/UZP 134/09), posługując się danymi, które już posiada (ceny jednostkowe wynikające z pozycji 179), za pomocą działań arytmetycznych, obliczyć ich wymaganą wartość, z uwzględnieniem prawidłowej ilości stolarki okiennej.

Poprawienie poz. 568 kosztorysu ofertowego, będącego załącznikiem do oferty złożonej przez Protestującego, zmieni cenę oferty. Jednak cena ta nadal będzie ceną najniższą, a poprawiona kwota w odniesieniu do kwoty zamówienia nie będzie istotną (wartość podstawowa zamówienia - 5 576 654,01 zł. netto; różnica w cenie oferty spowodowana poprawieniem w/w omyłki 5 905,05 zł co stanowi około 0,10% - wyliczenie załącznik nr 1). Zmiana w ofercie Protestującego zostałaby dokonana z danych już zawartych w ofercie, z uwzględnieniem konsekwencji działań arytmetycznych.

Ad. 3.

Wyceniono pokrycie dachu z blachy cynkowej trapezowej T35 gr. 0,7 - a winna być blacha trapezowa powlekana T35 gr. 0,7 kolor brąz połysk.

Zdaniem Protestującego (również wyroki KIO np. KIO/UZP 1326/08) przywołane w tym punkcie różnice pomiędzy kosztorysem ofertowym, a przedmiarem robót stanowią oczywiste omyłki pisarskie, które Zamawiający winien był poprawić na podstawie art. 87 ust. 2 Pzp. Zdaniem Protestującego jak również KIO oprócz omyłek widocznych od razu, jako omyłki mogą zostać uznane takie niedokładności, które wynikają z porównania odnośnych zapisów zawartych w oddzielnych dokumentach. O oczywistości pomyłki może świadczyć również fakt, że w wycenie obróbek blacharskich zastosowano blachę powlekaną.

Przeoczenie przez Protestującego tej rozbieżności i nie poprawienie opisu omawianej pozycji kosztorysowej jest przyczyną powstania niniejszej omyłki. Nie jest to więc celowe zaoferowanie innego przedmiotu zamówienia, a przypadkowe przeoczenie, które charakteryzuje omyłkę pisarską.

Zgodnie z utrwaloną definicją omyłki pisarskiej, dotyczy ona takich błędów, które są łatwe do zauważenia, a „oczywistość” omyłki, rozumianej jako określona niedokładność nasuwa się każdemu, bez potrzeby przeprowadzania dodatkowych badań, czy też ustaleń. Może to być błąd pisarski, logiczny, przypadkowe przeoczenia lub inna niedokładność, która nasuwa się sama przez się każdemu, a przez dokonanie poprawki tej omyłki, właściwy sens oświadczenia pozostaje bez zmian.

Ad. 4

Niskie ceny przyjętych płytek ściennych i podłogowych świadczyć mogą o niskiej jakości stosowanych płytek.

Zamawiający w SIWZ nie określił parametrów technicznych oraz kolorystyki płytek jakie należy wycenić przy sporządzaniu kosztorysu ofertowego. Należało zatem zgodnie z obowiązującym prawem uwzględnić płytki posiadające parametry techniczne dopuszczające do stosowania w budynkach użyteczności publicznych. Takie też płytki Protestujący wycenił w swojej ofercie. Przyjęto ceny wg producentów płytek np. Opoczno,

Lasslsberger. Nieuzasadnione jest zatem twierdzenie, iż ceny płytek ściennych i podłogowych świadczyć mogą o niskiej jakości stosowanych materiałów.

Mając jakiegokolwiek wątpliwości dotyczące jakości przyjętych płytek ściennych i podłogowych Zamawiający miał prawo zgodnie z art. 87 ust. 1 Pzp zażądać od Protestującego wyjaśnień dotyczących złożonej treści oferty.

Ad. 5

Różnica w wycenie stolarki poz. 211 - wyceniono 87,26 m² a zgodnie z zestawieniem stolarki winno być 88,49 m².

W ocenie Protestującego powyższe uchybienie stanowi omyłkę nie powodującą istotnej zmiany w treści oferty i powinno zostać przez Zamawiającego poprawione zgodnie z dyspozycją art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Poprawienie w/w omyłki nie spowoduje istotnej zmiany w treści oferty, gdyż w złożonej ofercie Protestujący prawidłowo wskazał cenę jednostkową, która stanowić będzie cenę wyjściową wprowadzonych następnie zmian.

Zamawiający, w oparciu o aktualny stan prawny, zobowiązany jest dokonać w ofercie wykonawcy określonych zmian. Tak więc powinien on być - zdaniem Protestującego (również wyrok KIO/UZP 134/09), posługując się danymi, które już posiada (ceny jednostkowe wynikające z pozycji 211) dokonać zmian w ofercie Protestującego i za pomocą działań arytmetycznych, obliczyć ich wymaganą wartość, z uwzględnieniem prawidłowej ilości stolarki okiennej.

Poprawienie poz. 211 kosztorysu ofertowego, będącego załącznikiem do oferty złożonej przez Protestującego, zmieni cenę oferty. Jednak cena ta nadal będzie ceną najniższą, a poprawiona kwota w odniesieniu do kwoty zamówienia nie będzie istotną (wartość podstawowa zamówienia - 5 576 654,01 zł. netto; różnica w cenie oferty spowodowana poprawieniem w/w omyłki 1128,48 zł co stanowi około 0,02% wartości oferty - wyliczenia zał. nr 1) Zmiana w ofercie Protestującego została by dokonana z danych już zawartych w ofercie, z uwzględnieniem konsekwencji działań arytmetycznych, a dokonana zmiana będzie zmianą jedynie ilościową, wynikającą z uzgodnienia ilości wynikających z SIWZ z ilościami wynikającymi z oferty Protestującego.

Biorąc pod uwagę fakt, iż z okoliczności przedmiotowego postępowania wynika zamiar złożenia przez Protestującego oferty zgodnej z wymogami Zamawiającego a także, iż Zamawiający posiada wszystkie dane do dokonania poprawy kosztorysu Protestującego w przywołanym zakresie, w związku z czym nie będzie zmuszony w sposób istotny ingerować w treść oferty powyższe uchybienia stanowią omyłkę polegającą na niezgodności oferty ze SIWZ nie powodującą istotnej zmiany w treści oferty i powinny zostać przez Zamawiającego poprawione zgodnie z dyspozycją art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Ad. 6.

W kosztorysie robót elektrycznych nie uwzględniono instalacji na poddaszu. Zamawiający odpowiadając na pytanie jednego z Wykonawców - informacja zamieszczona na stronie internetowej - dotyczące instalacji elektrycznych na poddaszu poinformował, iż roboty elektryczne obejmujące instalacje oświetlenia na poddaszu nie zostały uwzględnione w przedmiarze robót i nakazał wycenić je indywidualnie:

Odpowiedź Zamawiającego: 1,2,3,4 - wycenić indywidualnie

Wymieniony wyżej zakres nie został uwzględniony w przedmiarze robót, proszę wycenić indywidualnie uwzględniając tablicę T3 zakończone WLZ. (szukać rzut poddasza instalacja siłowa, GN WTYK, WLZ).

Stosując się do wymagań Zamawiającego, Protestujący w kosztorysie ofertowym uwzględniał wszystkie zmiany naniesione przez Zamawiającego dotyczące instalacji elektrycznej na poddaszu.

Należy podkreślić, że modyfikacja SIWZ dotycząca instalacji elektrycznej na poddaszu została zamieszczona na stronie zamawiającego na mniej niż 6 dni przed terminem składania ofert w związku, z czym Protestujący nie miał możliwości zadania pytania w jakiej pozycji uwzględnić wycenę instalacji elektrycznej na poddaszu.

W związku z brakiem informacji o dopisaniu nowych pozycji kosztorysowych uwzględniających wycenę instalacji oświetlenia poddasza, Protestujący nie dopisywał nowych, dodatkowych pozycji kosztorysowych. Roboty obejmujące instalację oświetlenia poddasza zostały wycenione indywidualnie i w kalkulowane w istniejące pozycje kosztorysowe gdzie:

„- brak wyceny przewodów instalacji oświetleniowej poddasza”

Cena za wykonanie została uwzględniona w pozycjach nr 93 i 94 kosztorysu ofertowego.

„- brak pozycji wyceny linek nośnych dla montażu opraw oświetleniowych /uwaga na rysunku oświetlenie poddasza/,

- brak pozycji wyceny opraw oświetleniowych oznaczenie " W",

- brak pozycji wyceny oprawy oznaczenie " H ", opraw oświetleniowych na zewnątrz budynku i dzwonka / rysunek oświetlenie parter/.”

Cena za wykonanie zakresu jw. i zgodnie z sugestią Zamawiającego o uwzględnieniu tablicy T3 została w kalkulowana pozycji nr 8 kosztorysu ofertowego.

Zamawiający nie podając w jakich pozycjach kosztorysowych należy uwzględnić wycenę instalacji oświetleniowej poddasza dopuścił tym samym dowolność w tym względzie. Nakazał jedynie wycenę indywidualną w/w zakresu robót.

Mając jakiegokolwiek wątpliwości dotyczące wycenionego zakresu robót elektrycznych Zamawiający miał prawo zgodnie z art. 87 ust. 1 Pzp zażądać od Protestującego wyjaśnień dotyczących złożonej treści oferty.

Ponadto należy podkreślić fakt, jak stwierdził Protestujący, że Zamawiający określając sposób obliczenia ceny oferty określił, iż w cenie kosztorysowej należy uwzględnić wszystkie koszty związane z wykonaniem przedmiotu zamówienia wynikające wprost z dokumentacji projektowo - kosztorysowej, jak również w niej nie ujęte, a bez których nie można wykonać zamówienia. Skutki finansowe jakichkolwiek błędów w dokumentacji projektowej obciążają wykonawcę zamówienia - musi on przewidzieć wszystkie okoliczności, które mogą wpłynąć na cenę zamówienia.

Odrzucając ofertę Odwołującego, Zamawiający naruszył jego interes prawny. Jeżeli bowiem Zamawiający działałby zgodnie z prawem, to oferta złożona przez niego uznana zostałaby jako najkorzystniejsza w rozumieniu przepisów Pzp i postanowień SIWZ. Poprzez bezprawną czynność Zamawiającego polegającą na odrzuceniu oferty wykonawca ten może stracić szansę na uzyskanie zamówienia. Tym samym interes prawny Protestującego doznał uszczerbku, protest jest więc uzasadniony.

W dniu 01.06.2009 r. Zamawiający faxem wysłał uczestnikom postępowania przetargowego kopię protestu i wezwał ich do udziału w postępowaniu protestacyjnym. Żadne przystąpienia nie miały miejsca.

Rozstrzygnięcie protestu nastąpiło w dniu 04.06.2009 r. faxem, poprzez jego oddalenie w całości. Nieścisłości związane z wyceną stolarki okiennej opisane w poz. ad. 1, 2 i 5 protestu, czy wycena pokrycia dachu z blachy cynkowej trapezowej T35 gr. 0,7, zamiast wyceny blachy trapezowej powlekanej T35 gr. 0,7 kolor brąz połysk, według Zamawiającego nie są to pomyłki, które zgodnie z art. 87 ust. 2 Pzp można poprawić.

Również taką pomyłką nie jest brak w kosztorysie ofertowym wyceny instalacji robót elektrycznych na poddaszu. Zamawiający w myśl art. 87 ust. 2 Pzp nie może poprawić czegoś czego nie ma. Opisane argumenty w ad.6 protestu nie przekonują Zamawiającego ponieważ podane przez protestującego pozycje kosztorysu ofertowego (poz.93 i 94 oraz poz. 8) , w których rzekomo ma się znajdować wycena brakującej instalacji elektrycznej na poddaszu, według Zamawiającego podane pozycje nie zawierają wyceny instalacji elektrycznej na poddaszu.

Ponadto poinformował, że pozostałe kosztorysy ofertowe były sporządzone zgodnie z przedmiarem robót oraz uwzględniały wszystkie modyfikacje zamieszczone na stronie internetowej w dniach 13-14.05.2009 r.

W dniu 09.06.2009 r. (data nadania u operatora pocztowego) Odwołujący na oddalenie protestu wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych podtrzymując zarzuty i wnioski z protestu wraz z nakazaniem unieważnienia protestu.

Dodatkowo Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- art. 181 ust. 3 i 4 Pzp poprzez błędne wezwanie do przystąpienia do protestu - podanie błędnej daty złożenia protestu, oraz rozstrzygnięcie protestu przed upływem terminu przystąpienia do protestu zgodnie z art. 181 ust. 4 Pzp.
- a także art. 7 Pzp poprzez nierównie traktowanie Wykonawców

W oddaleniu protestu Zamawiający, w ocenie Odwołującego w ogóle nie odniósł się do zarzutu nr 1 i nr 2, a jedynie podtrzymał swoje stanowisko w zakresie zarzutu nr 3 o braku możliwości poprawienia pomyłek kosztorysowych zgodnie z art. 87 ust 1 i 2 Pzp.

Wobec powyższych zarzutów nr 1 i nr 2 oraz ich uzasadnienia Zamawiający powinien zgodnie z prawem zająć swoje stanowisko podając jego uzasadnienie faktyczne i prawne. Tymczasem Zamawiający całkowicie zlekceważył Pzp i zarzuty nr 1 i nr 2 postawione przez Odwołującego w proteście, nie zajmując żadnego stanowiska wobec w/w zarzutów.

Zamawiający w uzasadnieniu oddalenia protestu podał swoje stanowisko tylko z zakresie dotyczącym zarzutu nr 3 protestu. Odwołujący w odpowiedzi, wskazuje, że w w/w pozycjach faktycznie opisy nie zostały wszędzie poprawione, gdyż standardowe opisy tabel kosztorysowych posiadają inną treść, tj. blachę ocynkowaną. Zdaniem Odwołującego nieścisłości te powinny być poprawione z zastosowaniem art. 87 ust. 2 Pzp zgodnie z uzasadnieniem podanym w proteście.

Odwołujący nie zgadza się ze stanowiskiem i uzasadnieniem Zamawiającego, że w ofercie brak jest wyceny robót instalacji elektrycznej. W modyfikacji przedmiaru robót Zamawiający nie wskazał konkretnych pozycji tabel KNR oraz ilości obmiarowych robót instalacji elektrycznej, lecz podał informację że w ofercie należy ująć w/w instalacje elektryczną. Dał tym samym całkowicie wolną rękę Wykonawcy, co do sposobu ujęcia tego zakresu w cenie oferty.

Wykonawca ponownie oświadcza, że wartość robót instalacji elektrycznych ujął w pozycjach nr 8, 93, i 94 kosztorysu ofertowego.

Odwołujący nie zgadza się ze stanowiskiem Zamawiającego, że pozostałe kosztorysy ofertowe były sporządzone zgodnie z przedmiarem robót oraz uwzględniały wszystkie modyfikacje zamieszczone na stronie internetowej. Zamawiający uznając inne oferty za prawidłowe naruszył art. 7 Pzp.

Kopie odwołania otrzymał tego samego dnia Zamawiający (wpływ bezpośredni).

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu postępowania w sprawie, zapoznaniu się z dokumentacją przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowieniami SIWZ, treścią oferty Odwołującego, jak i stanowisk stron,

zaprezentowanych w proteście, rozstrzygnięciu protestu oraz odwołaniu, a także na rozprawie ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby w pierwszej kolejności ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 187 ust. 4 Pzp.

Ustalono również, że Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający go do złożenia protestu i odwołania.

Zdaniem Izby, Odwołujący, którego oferta została odrzucona i nie podlegała klasyfikacji w ramach kryteriów oceny ofert, tj. ceny (90%) oraz warunków gwarancji (10%), podczas gdy cenowo i pod względem warunków gwarancji była najkorzystniejsza, miał interes prawny w złożeniu tak protestu, jak i odwołania. W przypadku uwzględnienia odwołania i unieważnienia czynności odrzucenia jego oferty, w przypadku potwierdzenia się podnoszonych w odwołaniu zarzutów, Odwołujący ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Odnosząc się do podniesionych w proteście, jak i w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 Pzp w związku z art. 92 ust. 1 Pzp, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego przed wyborem najkorzystniejszej oferty, a tym samym naruszenie zasad równego traktowania Wykonawców oraz brak uzasadnienia faktycznego i prawnego decyzji o odrzuceniu, Izba uznaje za zasadny.

Skład orzekający Izby ustalił, że w dniu 22.05.2009 r. Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na mocy art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp, co było podstawą rozpatrywanego odwołania. Zgodnie z protokołem DRUK ZP-2 Zamawiający do daty rozprawy nie dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej .

Po pierwsze, Izba uznaje że w przedmiotowym stanie faktycznym działanie Zamawiającego narusza przepisy Pzp.

Po drugie, Izba zwraca uwagę, iż od 2006 r. informacje o tych czynnościach muszą być przekazywane równocześnie tj. o wykluczeniu Wykonawcy z udziału w postępowaniu oraz odrzuceniu jego oferty, jak i o wyborze oferty najkorzystniejszej..

Po trzecie, Izba (wyrok z dnia 18.02.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 76/08) wskazuje w odniesieniu do art. 92 ust.1 Pzp należy zauważyć za doktryną, iż: *„Zarówno w przypadku informacji o wykluczeniach, jak i o odrzuceniu oferty zamawiający jest obowiązany w każdym przypadku podać wszystkim wykonawcom uzasadnienie faktyczne i prawne dokonanej czynności. (.....) Zamawiający w tym samym czasie informuje ponadto wykonawców o dokonanym wyborze najkorzystniejszej oferty, (.....). Przepis ten czyni*

informację o wyborze oferty kompletną. Informacja zawiera bowiem dane o wykonawcach wykluczonych, odrzuconych ofertach oraz o kolejności ofert niepodlegających odrzuceniu". (patrz: M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski: „Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz” wyd. 3, W-wa 2007, str.241-242 w programie Lex 2007). „Rozwiązanie powyższe (art. 92) ma sprzyjać koncentracji postępowania protestacyjno-odwoławczego i zapobiegać rozbieżnościom w rozstrzyganiu ewentualnych protestów. (.....). Wszystkie zatem czynności poprzedzające wybór mają charakter przygotowawczy i początkowo wyłącznie wewnętrzny. (.....). Odroczenie powiadomienia o wykluczeniu z ubiegania się o zamówienie dopiero na czas końcowego oświadczenia w sprawie wyboru oferty możliwe jest tylko przy przetargu nieograniczonym, negocjacjach bez ogłoszenia i zapytaniu o cenę(.....). Połączenie zawiadomienia o wyborze z informacjami dotyczącymi wcześniejszych czynności zamawiającego(.....)” (patrz: R. Szostak: „Prawo Zamówień Publicznych po nowelizacji. Komentarz do nowelizacji” W-wa 2006, str.177-178). „Jeżeli jednak wykonawca stwierdzi, że jego interes prawny na skutek czynności wykluczenia go z postępowania albo odrzucenia jego oferty; tudzież wyboru najkorzystniejszej oferty przez zamawiającego został naruszony, może wnieść protest do zamawiającego. Dlatego jednym z podstawowych obowiązków zamawiającego jest zawiadomienie wykonawców, którzy złożyli oferty o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, a także o wykonawcach, którzy zostali wykluczeni z postępowania. Z zasady równego traktowania wynika, że o każdej z tych czynności należy powiadomić jednocześnie wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty. Zawiadomień należy dokonać niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty”. (G. Wicik, P. Wiśniewski: „Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz. Suplement aktualizacyjny”, C. H. Beck, W-wa 2007, s. 484-485).

Z powyższego wynika, iż niedopuszczalne jest dokonanie czynności wykluczenia z udziału w postępowaniu, tudzież odrzucenia ofert złożonych w postępowaniu bez czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, gdyż są to czynności wcześniejsze, które zostają uzewnętrznione wobec uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego dopiero z chwilą wyboru oferty najkorzystniejszej. Powyższe dotyczy przetargu nieograniczonego, negocjacji bez ogłoszenia i zapytania o cenę.

Po czwarte, biorąc pod uwagę wpływ wskazanego naruszenia na wynik postępowania, Izba uznała, że jest on niezaprzeczalny i ewentualne ograniczenie jego skutków, poprzez nieprzeprowadzenie wyboru oferty najkorzystniejszej nie zmienia faktu, że niniejsze naruszenie może doprowadzić do sytuacji, że Odwołujący nie zostanie nawet poinformowany o dokonanej przez Zamawiającego czynności wyboru, z uwagi na utratę statusu uczestnika postępowania, w konsekwencji naruszając art. 7 Pzp.

Z uwagi na powyższe, Izba uznała zarzut za zasadny.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp w związku z art. 632 KC i art. 82 ust. 3 Pzp, poprzez uznanie, iż niezgodność kosztorysu ofertowego z kosztorysem inwestorskim przy wynagrodzeniu ryczałtowym jest podstawą do odrzucenia oferty, Izba uznaje za zasadny.

Odnosnie istotnych dla rozstrzygnięcia przedmiotowego zarzutu postanowień SIWZ, skład orzekający Izby ustalił:

W Rozdz. III pkt 1- 4 Zamawiający zawarł szczegółowy zakres robót stwierdzając, że precyzuje go: „1. Dokumentacja techniczno – kosztorysowa wraz z projektami budowlano instalacyjnymi (....) 2. Przedmiary robót (....) 3. Rzuty (....) 4. Specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót budowlanych (....)”.

W Rozdz. VIII. Sposób obliczania ceny oferty, Zamawiający zawarł w pkt 1-3 następujące zapisy: „1. Cenę ofertową należy określić na podstawie przedmiaru robót z wyszczególnieniem: - stawki roboczo-godziny, - kosztów zakupów materiałów, - kosztów pośrednich, - stopy zysku. W końcowym rozliczeniu podać cenę netto oferty -i- podatek VAT, oraz cenę brutto. 2. Forma wynagrodzenia za przedmiot zamówienia.

a) Wynagrodzenie kosztorysowe pozostaje niezmiennie do czasu zakończenia realizacji zadania i odbioru, b) V AT będzie naliczany zgodnie z obowiązującymi przepisami.

3. W cenie kosztorysowej należy uwzględnić wszystkie koszty związane z wykonaniem przedmiotu zamówienia wynikające wprost z dokumentacji projektowo - kosztorysowej, jak również w niej nie ujęte, a bez których nie można wykonać zamówienia.

Będą to między innymi następujące koszty: wszelkich robót przygotowawczych, tymczasowych dróg dojazdów porządkowych, zagospodarowanie placu budowy, utrzymania zaplecza budowy (naprawy, woda, energia elektryczna, telefon), dozoru budowy, zapewnienia warunków bhp i p/poż. odtworzenie dróg, chodników, wywozu nadmiaru gruntu, sporządzenia projektu BIOZ (Plan bezpieczeństwa i ochrony zdrowia na budowie), projektu organizacji robót, prac geodezyjnych i innych czynności niezbędnych do wykonania przedmiotu zamówienia. Skutki finansowe jakichkolwiek błędów w dokumentacji projektowej obciążają wykonawcę zamówienia - musi on przewidzieć wszystkie okoliczności, które mogą wpłynąć na cenę zamówienia. W związku z powyższym wymagane jest od oferentów bardzo szczegółowe sprawdzenie w terenie warunków wykonania zamówienia”.

Ponadto, w Rozdz. IX. Warunki płatności, w pkt 2, określił, że: „Dopuszcza się rozliczenie faktur częściowych płatnych przelewem po akceptacji Inspektora Nadzoru.”.

Z kolei w Rodz. XV. Informacja o trybie otwarcia i oceny ofert., w pkt II stwierdził: „Z wykonawcą, który złoży najkorzystniejszą ofertę zostanie podpisana umowa, której wzór stanowi załącznik Nr 1 do niniejszej specyfikacji. (....)”.

W Rozdz. XVIII. Zawarcie umowy, Zamawiający zapisał, że: „Z wybranym w drodze postępowania przetargowego oferentem, który złoży ofertę najkorzystniejszą, zostanie zawarta umowa zgodnie z postanowieniami ustawy (...), oraz zgodnie z wymaganiami niniejszej specyfikacji i warunkami określonymi w ofercie”.

W ramach załącznika nr 1 do SIWZ wzór umowy określił w preambule, że: „umowa spisana jest na podstawie dokonanego przez Zamawiającego wyboru oferty wykonawcy w przetargu nieograniczonym (...)”.

Ponadto, § 5 Wynagrodzenie zapisał, że: „1. Ryczałtowa wartość robót zgodnie z przeprowadzonym przetargiem wynosi: (...), w tym podatek VAT w wysokości (...), wartość robót bez podatku VAT (netto) wynosi (...). 2. Strony niniejszej umowy nie mogą zmienić ceny wykonania zamówienia przedstawionej w ust. 1. 3. Jeżeli jednak wskutek zmiany stosunków, której nie można było przewidzieć, wykonanie dzieła groziłoby wykonawcy rażącą stratą, sąd może podwyższyć ryczałt lub rozwiązać niniejszą umowę. 4. Jeżeli w toku realizacji robót wystąpi konieczność wykonania robót dodatkowych, nieobjętych zamówieniem podstawowym i nie przekraczających 50 % wartości realizowanego zamówienia, to Wykonawca zobowiązany jest wykonać te roboty na dodatkowe zamówienie Zamawiającego, udzielone z wolnej ręki zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt.5 lub 6 Prawa zamówień publicznych przy zastosowaniu wskaźników cenotwórczych nie wyższych niż przedstawione w ofercie do wykonania podstawowego. Ceny materiałów na podstawie udokumentowanych kosztów zakupu (faktury)”.

Zamawiający określił także w załączniku nr 2 do SIWZ wykaz wymaganych dokumentów, które trzeba załączyć do oferty, w jego ramach w pkt 7 zawarł Harmonogram rzeczowo - terminowo-finansowy. Ustalił, że: „Harmonogram musi zawierać wszelkie koszty składające się na cenę oferty, niezbędne do zrealizowania inwestycji z ich podziałem na poszczególne elementy, które mogą stanowić osobny element odbioru częściowego i uwzględnieniem terminów realizacji każdego z tych elementów. Zamawiający zastrzega sobie prawo do zmiany przez wykonawcę przedstawionego w ofercie harmonogramu rzeczowo-terminowo-finansowego w przypadku zaistnienia rozbieżności w założonym i rzeczywistym terminie rozpoczęcia realizacji zadania”

W § 7 ust. 1 - 2 wzoru umowy warunki płatności: „1. Rozliczanie robót będzie się odbywało fakturami częściowymi za elementy robót ujęte w harmonogramie rzeczowo-finansowym zatwierdzonym przez zamawiającego i fakturą końcową. Faktury częściowe wystawiane będą po wykonaniu i odebraniu przez inspektora nadzoru danego etapu robót, a regulowane będą w terminie do 30 dni od daty otrzymania przez zamawiającego faktury i protokołu odbioru wykonanego elementu robót. 2. Ostateczne rozliczenie za wykonane roboty nastąpi w oparciu o fakturę końcową wystawioną na podstawie protokołu odbioru końcowego. Faktura końcowa będzie płatna w terminie do 30 dni od daty jej otrzymania

przez zamawiającego. Wartość faktury końcowej nie może być niższa niż 10% wartości zamówienia”.

Zamawiający opracował także wzór formularza oferty – załącznik nr 3 do SIWZ dla każdego z uczestników postępowania, w ramach którego zapisał, że „(...) składamy ofertę (...) za wynagrodzeniem kosztorysowym w wysokości (...)”. W jego pkt 4 zapisał, że: „Do oferty dołączamy kosztorys ofertowy sporządzony w oparciu o zapisy SIWZ” .

W załączniku nr 4 do SIWZ Specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych, regulującej szczegółowy zakres robót w pkt. 13) Wymagania dotyczące przedmiaru i obmiaru robót Zamawiający ustalił, że: „Szczegółowy zakres robót budowlanych określa przedmiar robót. Kosztorys ofertowy należy sporządzić według przedmiaru robót. Podział kosztorysu na działy i rozdziały według przedmiaru robót, kolejność pozycji kosztorysowych według przedmiaru robót”. Zaś w pkt 15) Opis sposobu rozliczenia robót tymczasowych i prac towarzyszących, że: „Do obowiązków Wykonawcy należy, dokonywanie odpowiednich wpisów do dziennika budowy. W przypadku wykonania robót budowlanych z odstępstwami od projektu do obowiązków Wykonawcy należy uzyskanie stosownych uzgodnień i pozwoleń. Wszelkie koszty prac towarzyszących mają być wliczone w cenę brutto. Roboty tymczasowe i prace towarzyszące są jednym z elementów przedmiotu zamówienia”.

Odnosząc zapisy SIWZ do powyższego stanu faktycznego, Izba stwierdziła co następuje.

Po pierwsze, Izba za bezsporny, wobec oświadczenia Zamawiającego złożonego na rozprawie, uznaje ryczałtowy charakter wynagrodzenia w niniejszym postępowaniu.

Po drugie, Izba wskazuje, że niezgodność kosztorysu ofertowego z kosztorysem inwestorskim przy wynagrodzeniu ryczałtowym nie jest podstawą do odrzucenia oferty. Potwierdza to orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej (np. wyrok z dnia 29.04.2008 r., sygn. akt KIO/UZP 357/08, wyrok z dnia 15.09.2008 r., sygn. akt KIO/UZP 914/08, wyrok z dnia 25.09.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 968/08, czy też wyrok z dnia 19.06.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 730/09).

Po trzecie, należy wskazać, że obawy Zamawiającego, że mimo wynagrodzenia ryczałtowego nieścistości, będące podstawą odrzucenia oferty Odwołującego mogą stanowić podstawę na etapie realizacji zamówienia nienależytego wykonania umowy są niezasadne. Kosztorys ofertowy załączony do oferty ma co najwyżej charakter pomocniczy, przy czym Zamawiający nie wymagał jego załączenia do umowy (powyższy fakt Zamawiający potwierdził na rozprawie). Tym bardziej, że zgodnie z § 7 wzoru umowy rozliczanie robót będzie się odbywało fakturami częściowymi za elementy robót ujęte w harmonogramie rzeczowo-finansowym, zatwierdzonym przez Zamawiającego i fakturą końcową.

Po czwarte, Izba wskazuje, że Odwołujący oświadczył w ramach formularza oferty (ponowił podczas rozprawy), że zapoznał się z dokumentacją przetargową w tym: SIWZ i nie wnosi do niej zastrzeżeń oraz przyjmuje warunki w niej zawarte. Czyniąc niniejsze musiał zapoznać się z Rozdz. III SIWZ i zawartym tam odesłaniem do dokumentów, precyzujących przedmiot zamówienia, czyli dokumentacji projektowej (powyższe potwierdził na rozprawie Zamawiający). Ponadto, na mocy § 1 ust. 3 wzoru umowy Zamawiający określił jej przedmiot stwierdzając, że: *„Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia określa załączona do niniejszej umowy dokumentacja projektowa, przedmiary robót oraz specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót budowlanych (w części zawierającej zbiory wymagań w zakresie sposobu wykonania robót budowlanych, obejmujące wymagania w zakresie właściwości materiałów, wymagania dotyczące sposobu wykonania i oceny prawidłowości wykonania poszczególnych robót). Roboty muszą być wykonane zgodnie z obowiązującymi przepisami, normami oraz na ustalonych niniejszą umową warunkach”*.

Biorąc zatem pod uwagę ryczałtowy charakter wynagrodzenia w niniejszym postępowaniu, oświadczenie Odwołującego złożone w ofercie, fakt, że podstawą wykonania zamówienia jest dokumentacja projektowa, z którą Odwołujący zapoznał się podczas przygotowania oferty, obowiązek załączenia do umowy harmonogramu rzeczowo-finansowego, a nie kosztorysu ofertowego stwierdzić należy, że interesy Zamawiającego podczas realizacji zamówienia zostaną zabezpieczone. Cena zaoferowana obejmuje bowiem cały zakres przedmiotu zamówienia (wraz z błędami w dokumentacji projektowej - zgodnie z wymogiem ze strony 6 SIWZ, że skutki finansowe jakichkolwiek błędów dokumentacji projektowej, obciążają wykonawcę zamówieniem) zaś podstawą rozliczenia będzie harmonogram nie zaś kosztorys ofertowy na zasadach określonych w § 7 wzoru umowy.

Z uwagi na powyższe, Izba uznała zarzut za zasadny.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 87 ust. 1 i 2 Pzp, poprzez zaniechanie poprawienia w ofercie oczywistych omyłek pisarskich, rachunkowych oraz innych, polegających na niezgodności oferty ze SIWZ, nie powodujących istotnych zmian w treści oferty, Izba uznaje za bezprzedmiotowy.

Wobec ryczałтового charakteru wynagrodzenia nie ma podstaw do dokonywania jakichkolwiek poprawek w złożonej przez Odwołującego ofercie w trybie art. 87 ust. 2 Pzp.

Z uwagi na niniejsze Izba uznała jak powyżej.

Na marginesie, w oderwaniu od stanu faktycznego Izba wskazuję, że: *„Mając na względzie, iż art. 87 ust.2 pkt 3 ustawy dotyczy poprawienia omyłki niekoniecznie mającej charakter oczywisty, czynność ta jest nieskuteczna jeżeli wykonawca którego oferta jest poprawiana nie zgodził się na to w terminie 3 dni od dnia doręczenia zawiadomienia*

o poprawieniu. W takim przypadku, oświadczenie o braku zgody na poprawienie omyłki o której mowa w art. 87 ust.2 pkt 3 ustawy złożone zamawiającemu skutkuje odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust.1 pkt 7 ustawy. Warto w tym miejscu zwrócić uwagę, iż poprawienie oczywistej omyłki rachunkowej (tak samo jak i oczywistej omyłki pisarskiej) stanowi decyzję zamawiającego, w stosunku do której wykonawca nie może złożyć sprzeciwu (z zastrzeżeniem środków ochrony prawnej przewidzianych ustawą).” (J. Sadowy, Odformalizowanie procedur „otwartych” w nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych, [w:] Prawo zamówień publicznych po nowelizacji z dnia 4 września 2008 r., UZP 2008, s.118).

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 Pzp, poprzez uznanie, że pozostałe kosztorysy ofertowe w innych ofertach były sporządzone zgodnie z przedmiarem robót oraz uwzględniały wszystkie modyfikacje zamieszczone na stronie internetowej nie może być przedmiotem rozpoznania przez Izbę. Zgodnie bowiem z art. 191 ust. 3 Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w proteście, co miało miejsce w przedmiotowym stanie faktycznym. Z powyższych względów Izba nie brała pod uwagę zestawień analogicznych różnic jak w ofercie Odwołującego, znajdujących się w ofertach innych uczestników przedmiotowego postępowania, a złożonych przez niego na rozprawie.

Odnosnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 181 ust. 3 i 4 Pzp, poprzez błędne wezwanie do przystąpienia do protestu - podanie błędnej daty złożenia protestu oraz rozstrzygnięcie protestu przed upływem terminu przystąpienia do protestu zgodnie z art. 181 ust. 4 Pzp, Izba wskazuje, że nie był on przedmiotem protestu i został podniesiony przez Odwołującego dopiero na etapie odwołania. Wobec powyższego nie może być on przedmiotem rozpoznania przez Izbę. Niniejsze naruszenia nie ograniczyły prawa Odwołującego do złożenia odwołania, a wobec jego uwzględnienia, nie miały wpływu na wynik postępowania.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 191 ust. 1 i 1a Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania. O kosztach wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego skład orzekający Izby orzekł na podstawie § 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. z 2007 r., Nr 128, poz. 886 z późn. zm.), uznając za uzasadnione koszty w kwocie 3.600,00 zł, tj. maksymalnej kwocie dopuszczonej przez w/w rozporządzenie.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, 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 **Rzeszowie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*