

Sygn. akt KIO/UZP 1190/09

**WYROK**  
z dnia 28 września 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący:** Andrzej Niwicki

**Członkowie:** Marzena Teresa Ordysińska  
Małgorzata Rakowska

**Protokolant:** Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **23 września 2009 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ABM SOLID S.A. w Tarnowie, Gliwickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego S.A., ul. Bartła 3, 33-100 Tarnów** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Miasto Jastrzębie-Zdrój, al. Piłsudskiego 60/B503, 44-335 Jastrzębie-Zdrój** protestu z dnia **29 lipca 2009 r.,**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: PBO Skobud Sp. z o.o., Holma Sp. z o.o., Tiwwal Sp. z o.o., ul. Bracka 30, 34-300 Żywiec** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie.**

2. Kosztami postępowania obciąża **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ABM SOLID S.A. w Tarnowie, Gliwickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego S.A., ul. Bartła 3, 33-100 Tarnów** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 462 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ABM SOLID S.A. w Tarnowie, Gliwickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego S.A., ul. Bartła 3, 33-100 Tarnów,**
- 2) dokonać zwrotu kwoty **15 538 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ABM SOLID S.A. w Tarnowie, Gliwickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego S.A., ul. Bartła 3, 33-100 Tarnów.**

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

Odwołujący – Konsorcjum firm ABM Solid S.A. w Tarnowie (lider) i Gliwickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego S.A. w Gliwicach uczestniczący w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na modernizację i nadbudowę Hali Widowiskowo – Sportowej przy ul. Leśnej w Jastrzębiu Zdroju zarzucił Zamawiającemu którym jest Miasto Jastrzębie Zdrój naruszenie art. 7, art. 22, art. 89 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W proteście z dnia 29.07.2009 r. zakwestionował wybór oferty złożonej przez Konsorcjum firm Mostostal Warszawa S.A., Mostostal Puławy S.A. oraz Acciona Empresarial de la Moraleja w Madrycie pomimo że nie spełnia wymogów SIWZ i ustawy Pzp nie będąc ofertą najtańszą.

Oprotestował również czynność odrzucenia jego oferty i zaniechanie poprawienia omyłek w trybie art. 87 Pzp, w tym wynikających z art. 87 ust. 2 Pzp.

Uzasadniając zarzuty wskazał, że Zamawiający odrzucił ofertę ze względu na fakt, że kosztorys ofertowy sporządzono niezgodnie z przedmiarem robót stanowiącym załącznik do SIWZ. Zamawiający stwierdził, że przyjęte przez Odwołującego wyceny różnią się nakładami

normowymi (R) od pozycji wynikających z przedmiaru. Opierając się na pkt 24 SIWZ ofertę odrzucił.

Odwołujący zarzucił nieuzasadnione zaniechanie poprawienia omyłek mimo wcześniejszego dokonania czynności poprawienia (pisma z dnia 13.06.2009 r. i 30.06.2009 r.) w analogicznych sytuacjach. Odwołujący wskazał, że różnica w cenie po ewentualnych poprawkach wyniosłaby ok. 2 tys. zł brutto, co nie wpływa istotnie na treść oferty, a w szczególności nie wpłynęłaby na wynik przetargu. Stwierdził, że składając ofertę miał zamiar złożyć ją zgodnie z wymogami, o czym świadczy dostosowanie opisów zakresu robót do wymaganych przedmiarem, co oznacza, że zobowiązał się do wykonania oczekiwanego zakresu robót. Powołał orzecznictwo KIO na poparcie tezy o obowiązku poprawienia omyłek przez Zamawiającego.

Odwołujący wskazał, że w SIWZ nie zastrzeżono obowiązku użycia programu kosztorysowego Norma, na podstawie braku którego została odrzucona jego oferta. Zauważył, że Zamawiający narzucił, z naruszeniem art. 7 Pzp, podstawy katalogowe zapisane tylko w programie Norma. Stwierdził, że program ten w swoisty sposób przedstawia podstawę kosztorysową i uzyskanie całkowitej zgodności w innych programach do kosztorysowania jest niemożliwe, a tym samym niemożliwe jest uzyskanie identycznych nakładów. Wskazał, że w programie Norma określenie kolumn występuje w 4 cyfrowej sekwencji, w której 2 ostatnie cyfry odnoszą się do wariantu pozycji, natomiast pozostałe programy nie zawierają wariantów i określenie kolumn ograniczają do 2 cyfrowej sekwencji. Wskazał na niemożność odrzucenia oferty na podstawie warunku nie opisanego w SIWZ. Odwołujący powołał się na pisma Zamawiającego z 21.05.2009 r. i 8.06.2009 r., w których stwierdzono, że oceniana będzie zgodność oferty z przedmiarami będącymi załącznikiem do SIWZ uszczegółowionymi o odpowiedzi na zapytania ofertowe przewidując możliwość wystąpienia różnic w przedmiarach w wersji pdf i ath.

Wskazał, że w późniejszym etapie postępowania Zamawiający jedynie pomocniczo udostępnił kosztorys/przedmiar sporządzony w programie Norma próbując przyjąć, że program ten jest elementem SIWZ.

Zauważył, że poprawienie omyłek jest obowiązkiem Zamawiającego wynikającym z przepisów ustawy, a nie ewentualne regulacje zawarte w SIWZ.

Wskazując zarzuty wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, poprawienia omyłek oraz ponownej oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej.

Zamawiający uznał zarzuty dotyczące wyboru najkorzystniejszej oferty, odrzucenia oferty Odwołującego i zaniechania poprawienia omyłek w trybie art. 87 ustawy Pzp za nieuzasadnione. Wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający wskazał, że w pkt 24 SIWZ zostały określone zasady poprawiania omyłek oraz przykłady błędów, które skutkować będą odrzuceniem oferty. Zauważył, że zastrzegł sobie możliwość żądania szczegółowej wersji pozycji kosztorysowej w przypadku, gdy podstawa wyceny w tej pozycji różnić się będzie od podstawy wyceny tej pozycji wynikającej z załączonego do SIWZ przedmiaru lub braku wyceny. Wskazał, iż „w przypadku, gdy z opisu i norm danej pozycji kosztorysu wynikać będą te same normy – pozycje te zostaną uznane za spełniające wymogi SIWZ, w przeciwnym wypadku oferta podlegać będzie odrzuceniu.”

Zamawiający stwierdził, że na przedstawionych zasadach dokonywał poprawiania oczywistych omyłek wyliczając nowe wartości ofert po przedstawieniu przez wykonawcę na wezwanie Zamawiającego szczegółowej wersji kosztorysowej. W przedmiotowej sprawie w wyniku dokonanej analizy stwierdził, że normy w szczegółowej wersji pozycji kosztorysowych różnią się od norm wynikających z podstaw wyceny ujętych w przedmiarze – załączniku do SIWZ. Pozycje te zostały uznane za nie spełniające wymogów SIWZ i stały się podstawą odrzucenia oferty.

Zamawiający zauważył, że wykonawca w pozycji 56 kosztorysu Sieci i przyłącza wod-kan zmienił podstawę wyceny w stosunku do przedmiaru wprowadzając kalkulację własną, co również było przyczyną odrzucenia.

Zamawiający stwierdził również, że kwestionowanie sposobu i zasad poprawiania omyłek rachunkowych jest kwestionowaniem zapisów SIWZ, co na tym etapie postępowania jest zarzutem spóźnionym w świetle art. 180 ust. 3 pkt 2 ustawy Pzp określającego terminy wniesienia protestu dotyczącego treści specyfikacji. Zauważył, że wykonawcy nie oprotestowali wskazanych w SIWZ zasadami poprawiania omyłek i przykładów błędów powodujących odrzucenie oferty.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania. Stwierdził, że Odwołujący nie wskazał, o jakich omyłkach w ofercie mowa jest w proteście i odwołaniu i w jaki sposób powinny być one poprawione. Zauważył, że Odwołujący sporządzając kosztorys ofertowy korzystał z przedmiarów dostępnych w formacie PDF, jednakże wprowadził odmienne dane niż określone przez Zamawiającego. Posłużenie się innymi podstawami kosztorysowania uznał za świadome. Przystępujący wskazał na pkt 13.3 SIWZ stanowiący, iż wycenę wszystkich robót w kosztorysach ofertowych należy sporządzić w formie kosztorysu uproszczonego zawierającego podstawę wyceny, opis robót, jednostkę obmiarową i ilość zgodne z załączonymi przedmiarami robót oraz cenę jednostkową i wartość pozycji wraz z dołączonym zestawieniem cen robocizny, materiałów i sprzętu. W ocenie przystępującego Zamawiającego nie posiadał niezbędnych danych do dokonania poprawy, czyli wiedzy wynikającej z oferty, jak daną omyłkę poprawić.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając dokumentację postępowania, po rozpoznaniu sprawy na rozprawie z udziałem stron i uczestnika, ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba uznaje za oczywiste stwierdzenie, że przedmiar robót, na podstawie którego należało sporządzić kosztorys ofertowy w niniejszym postępowaniu, stanowi integralną częścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Za prawidłowe uznaje się ustalenie dokonane w sprawie przez Zamawiającego o różnicach występujących w szeregu pozycji kosztorysu złożonego przez Odwołującego, w stosunku do przedmiaru robót. W tym kontekście alternatywne twierdzenie Odwołującego o zgodności treści jego oferty z treścią SIWZ nie zasługuje na uwzględnienie. Niezgodność tę potwierdza w istocie rzeczy również sam Odwołujący, który nie kwestionował dokonywanych przez Zamawiającego poprawek popełnionych omyłek, a nadto zażądał w proteście i odwołaniu dokonania kolejnych poprawek.

Za nieuzasadniony uznano zarzut naruszenia art. 7 ustawy Pzp poprzez narzucenie stosowania przez wykonawców konkretnego programu do sporządzania kosztorysów tj. programu Norma. Skład orzekający uznaje za wiarygodne stanowisko Zamawiającego, że możliwe jest sporządzenie kosztorysu ofertowego w programie Rodos, którym posłużył się Odwołujący, bez dokonywania zmian podstaw do wyceny. Takie właśnie nieuzasadnione zmiany znalazły się w ofercie złożonej przez Odwołującego. Należy przy tym wskazać, że Odwołujący podnosząc zarzut naruszenia art. 87 ustawy Pzp i żądając dokonania poprawienia omyłek, poprzestał na ogólnym sformułowaniu zarzutu i nie sprecyzował żądania co do sposobu działania Zamawiającego, któremu zarzuca zaniechanie.

Analizując treść postanowień pkt 24 SIWZ, w których Zamawiający opisał sposób wyjaśniania badanych ofert, poprawiania oczywistych omyłek pisarskich, rachunkowych oraz innych omyłek, na które to zasady powoływał się Zamawiający uzasadniając decyzję o odrzuceniu oferty, skład orzekający Izby nie stwierdził sprzeczności tych postanowień z przepisami art. 87 ust. 2 ustawy Pzp, przyznając przy tym rację Odwołującemu o nadrzędności regulacji ustawowej nad postanowieniami Specyfikacji.

Biorąc pod uwagę, że Zamawiający żądał zgodnie z pkt 13.3 SIWZ dokonania wyceny wszystkich robót w kosztorysie ofertowym w formie kosztorysu uproszczonego zawierającego podstawę wyceny, opis robót, jednostkę obmiarową i ilość zgodne z załączonymi przedmiarami robót oraz cenę jednostkową i wartość pozycji wraz z dołączonym zestawieniem cen robocizny, materiałów i sprzętu, należy stwierdzić, że wykazane rozbieżności w zakresie podstaw wyceny nie mogły być uznane za omyłki możliwe do samodzielnego poprawienia przez Zamawiającego na podstawie art. 87 ust. 2 ustawy pzp.

W świetle dokonanego ustalenia, orzeczono, jak w sentencji wyroku.

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

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 **Gliwicach**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....