

WYROK
z dnia 30 marca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Członkowie: Marek Koleśnikow

Sylwester Kuchnio

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **29 marca 2010 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **„INSTAL KRAKÓW” Spółkę Akcyjną, 30-732 Kraków, ul. Konstantego Brandla 1** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Miasto Katowice, 40-098 Katowice, ul. Młyńska 4**, protestu z dnia **13 stycznia 2010 r.**

przy udziale **Przedsiębiorstwa Budownictwa Ogólnego i Usług Technicznych „ŚLĄSK” spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, 40-282 Katowice, ul. W. Sikorskiego 41**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża „INSTAL KRAKÓW” Spółkę Akcyjną, 30-732 Kraków, ul. Konstantego Brandla 1 i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **„INSTAL KRAKÓW” Spółkę Akcyjną, 30-732 Kraków, ul. Konstantego Brandla 1**,

- 2) dokonać zwrotu kwoty **5 556 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz „**INSTAL KRAKÓW**” Spółki Akcyjnej, 30-732 Kraków, ul. **Konstantego Brandla 1**.

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

Zamawiający – Miasto Katowice – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie 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 również „ustawą pzp” lub „pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest modernizacja ośrodka sportowego przy ul. Alfreda 1 w Katowicach – etap I – przebudowa hali sportowej wraz z niezbędną infrastrukturą.

6 stycznia 2010 r. Zamawiający poinformował o wynikach postępowania – wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego i Usług Technicznych „ŚLĄSK” sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach oraz o odrzuceniu oferty „INSTAL KRAKÓW” S.A. z siedzibą w Krakowie, która wobec dokonanych czynności wniosła odwołanie, poprzedzone protestem.

Środki ochrony prawnej zostały wniesione przez Odwołującego w terminach ustawowych, odpowiednio: protest 13 stycznia 2010 r. (pismem z tej samej daty), odwołanie 26 stycznia 2010 r. (pismem z tej samej daty) za pośrednictwem placówki pocztowej operatora publicznego. Zamawiający otrzymał kopię odwołania w dniu jego wniesienia, z zachowaniem terminu ustawowego wynikającego z art. 184 ust. 2 zd. 1 *in fine* pzp.

Odwołujący zarówno w proteście jak i w odwołaniu zarzucił Zamawiającemu:

- 1) naruszenie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp poprzez uznanie, iż omyłki zawarte w kosztorysie ofertowym nie stanowią innej omyłki polegającej na niezgodności z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia /zwanej dalej w skrócie „s.i.w.z.”/,
- 2) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp poprzez odrzucenie oferty „INSTAL KRAKÓW” S.A., pomimo iż jej treść odpowiadała treści s.i.w.z., z uwagi na fakt, iż omyłki zawarte w kosztorysie powinny być zostać poprawione przez Zamawiającego w oparciu o dyspozycję art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp, a przedmiotowe omyłki nie stanowiły niezgodności z s.i.w.z.

Odwołujący w związku z postawionymi zarzutami wniósł w odwołaniu o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności odrzucenia jego oferty, powtórzenia czynności oceny ofert, z uwzględnieniem jego oferty oraz dokonania czynności z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp.

Uzasadniając podniesione zarzuty, Odwołujący wywiódł, iż Zamawiający odrzucił jego ofertę na podstawie przepisu art. 89 ust.1 pkt 2 pzp, z uwagi na brak w kosztorysie pozycji 48.1, brak pozycji 3.6 w kosztorysie wentylacja i klimatyzacja oraz niepominięcie pozycji 17.3 i 23.3 w kosztorysie wentylacja i klimatyzacja /te dwa ostatnie zarzuty, z uwagi na uwzględnienie protestu w ich zakresie, nie zostały podniesione w odwołaniu/. Tymczasem na podstawie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 występujące w kosztorysach ofertowych omyłki Zamawiający był zobowiązany poprawić, gdyż stanowiły one inne omyłki polegające na niezgodności z s.i.w.z., niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Również fakt, iż Zamawiający przyjął dla tego postępowania zasadę wynagrodzenia kosztorysowego nie ma znaczenia, gdyż jak stwierdziła Krajowa Izba Odwoławcza /zwana dalej „Izbą” lub „KIO”/ w wyroku z dnia 26.11.2008 r. (sygn. akt. KIO/UZP 1277/08): „W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej – nie ma znaczenia, że w przedmiotowym postępowaniu cena ofertowa nie ma charakteru ceny ryczałtowej, gdyż obowiązek poprawienia omyłek na podstawie art. 87 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, nie jest uzależniony od rodzaju określenia ceny w danym postępowaniu, ani od sposobu jej obliczenia”.

Co do zarzutu braku pozycji 48.1 w ofercie (kosztorysie) – zakres dotyczący izolacji cieplnej ścian fundamentowych został wyceniony i uwzględniony w poz. 54 kosztorysu ofertowego (strona 7, teczka B oferty), co wynika jednoznacznie z opisu zawartości wycenionej pozycji kosztorysowej „izolacja ścian fundamentowych styrodurem gr 10 cm = 90 m² pytania i odpowiedzi z dnia 06-11-2009 r. pytanie nr 40”. W opisie tej pozycji podano zatem także, iż wprowadzenie wyceny izolacji ścian fundamentowych wynikało z odpowiedzi Zamawiającego z 6 listopada 2009 r. Wobec ujęcia pozycji 48.1 przedmiaru w kosztorysie ofertowym w pozycji nr 54, zarzut Zamawiającego braku wyceny izolacji ścian fundamentowych styrodurem o grubości 10 cm i w ilości 90 m² nie znajduje potwierdzenia w stanie faktycznym. Uznać należy, iż brak wyodrębnienia pozycji 48.1 w kosztorysie może zostać uznany za tzw. inną omyłkę polegającą na niezgodności z s.i.w.z., zwłaszcza że jej poprawienie nie spowoduje żadnej, a tym bardziej istotnej, zmiany w treści oferty.

Drugi zarzut stawiany ofercie – brak w kosztorysie wentylacja i klimatyzacja pozycji 3.6 o następującym opisie „przeciwpożarowa kłapa odcinająca EIS120 GRYFIT LX-4+WT72C +1WKKP+EI24V/48V DC+FD 24/48V AC/DC” – ilość 1 szt., nie uwzględnia istotnej okoliczności, że w pozycji 3.5 kosztorysu ofertowego znajduje się pozycja o identycznym opisie – w ilości 3 szt., po 898,36 zł za sztukę. Wobec tego, iż pozycje 3.5 i 3.6 zawierają identyczne opisy

przedmiotowe i dotyczą identycznej klapy przeciwpożarowej, to brak pozycji 3.6 jest tzw. inną omyłką w rozumieniu art. 87 ust 2 pkt 3 pzp, która winna zostać ona poprawiona przez Zamawiającego przez zwiększenie ilość sztuk w pozycji 3.5 kosztorysu ofertowego z 3 szt. na 4 szt. i przemnożenie ceny jednostkowej przez poprawiony obmiar. Taka czynność Zamawiającego nie stanowi uzupełnienia oferty z uwagi na fakt, iż nie wiąże się z koniecznością wprowadzenia do oferty nowej pozycji kosztorysowej, lecz ogranicza się do dokonania odpowiednich działań arytmetycznych na podstawie danych figurujących w ofercie (kosztorysie) /wyrok KIO z dnia 22 grudnia 2008 (sygn. akt KIO/UZP 1424/08)/.

W wyniku poprawienia omyłek dotychczasowa cena oferty 7.265.321,31 zł uległaby podwyższeniu jedynie o 161,38 zł, co nie stanowiłoby istotnej zmiany treści oferty. Jednocześnie nie miałyby to wpływu na wynik postępowania przetargowego, gdyż różnica w cenie ofertowej pomiędzy ofertą Odwołującego, a ofertą PBO „ŚLĄSK” sp. z o.o. wynosi 35.377,17 zł brutto.

Analiza orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej prowadzi do wniosku, że poprawienie tzw. innej omyłki jest możliwe, jeżeli spełnione są następujące okoliczności:

- istnieje niezgodność oferty z s.i.w.z.,
- czynność poprawy nie spowoduje istotnej zmiany w treści oferty,
- czynność poprawy może zostać dokonana samodzielnie przez Zamawiającego w oparciu o dane zawarte w ofercie.

Zdaniem Odwołującego powołane wyżej przesłanki zostały spełnione i Zamawiający winien był poprawić omyłki znalezione w jego ofercie.

Zamawiający rozpatrzył protest 22 stycznia 2010 r. przez jego częściowe uwzględnienie w zakresie zarzutów dotyczących poz. 17.3 oraz poz. 23.3 w kosztorysie wentylacja i klimatyzacja.

Wobec braku odrębnego uzasadnienia, przyjąć należy, iż Zamawiający podzielił następującą argumentację podniesioną w proteście przez Odwołującego. W odniesieniu do zarzutu polegającego na niepominięciu poz. 17.3 w kosztorysie wentylacja i klimatyzacja, obejmującego wykonanie przewodów wentylacyjnych z blachy stalowej, prostokątnych, ocynkowanych, typ A/I, o obwodzie przewodu do 1400 mm w ilości 252,8 m², to pozycja ta jest zgodna z obmiarem Zamawiającego i w żadnej odpowiedzi nie wydano instrukcji lub polecenia jej wykreślenia. Stąd ujęcie w kosztorysie ofertowym pozycji 17.3 było zgodne z ustalonym przez Zamawiającego obmiarem i zakresem rzeczowym.

Co do zarzutu niepominięcia poz. 23.3 w kosztorysie wentylacja i klimatyzacja, Zamawiający w odpowiedziach na pytania do s.i.w.z. stwierdził, iż zadanie nie obejmuje wykonania agregatu wody lodowej. Analizując odpowiedź Zamawiającego, należy stwierdzić, iż wyłączył on z zakresu wyceny wykonanie agregatu wody lodowej jako jednostkowego urządzenia, natomiast nie dał jednoznacznej odpowiedzi, iż nie wymagają wyceny roboty towarzyszące wykonaniu/montażu takiego

urządzenia, a mianowicie chociażby wykonanie konstrukcji wsporniczej, czy też przeprowadzenie rozruchu urządzenia. Oferent nie może ponosić odpowiedzialności za nieprecyzyjne instrukcje Zamawiającego odnoszące się do ograniczenia zakresu rzeczowego w kosztorysie. Skoro dopiero w uzasadnieniu odrzucenia oferty można było dowiedzieć się, że intencją Zamawiającego było, oprócz pominięcia wykonania samego urządzenia agregatu wody lodowej, również pominięcie przeprowadzenia jego rozruchu, to Zamawiający powinien w udzielonej odpowiedzi stwierdzić jednoznacznie, iż nakazuje usunięcie konkretnych pozycji z obmiaru. W związku z powyższym zasadne jest wykreślenie pozycji kosztorysowej nr 23.3, jako niestanowiące istotnej zmiany w ofercie i potraktowanie tego niewykreślenia jako innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z s.i.w.z.

Natomiast jako uzasadnienie oddalenia części protestu Zamawiający wskazał, iż oferta Odwołującego została odrzucona z uwagi na to, iż w kosztorysie załączonym do oferty znajdowały się braki, których nie można było poprawić. W punkcie 4 części VIII *Badanie ofert – sposób poprawiania omyłek; uzupełniania* s.i.w.z. Zamawiający określił, w jaki sposób będzie poprawiał inne omyłki opisane w punkcie 87 ust. 2 pkt 3 pzp, polegające na niezgodności oferty (w tym kosztorysu ofertowego) ze specyfikacją, a w punkcie 4 lit. h zawarty jest zapis, że Zamawiający odrzuci ofertę, jeśli w kosztorysie ofertowym stwierdzi brak pozycji lub też zostaną wprowadzone pozycje dodatkowe. Z uwagi na to, zarzuty dotyczące braku pozycji nr 3.6 w kosztorysie wentylacja i klimatyzacja oraz pozycji 48.1 w kosztorysie robót budowlanych zostały oddalone.

9 lutego 2010 r. do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosiło przystąpienie Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego i Usług Technicznych „ŚLĄSK” sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach, które uprzednio 15 stycznia 2010 r. zgłosiło przystąpienie do postępowania toczącego się w wyniku wniesionego protestu, wnosząc o jego oddalenie. Izba dopuściła zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, uznając iż jako wybrany Wykonawca ma on w tym zakresie interes prawny.

Zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego podniósł, iż Zamawiający w części IV pkt 3 ppkt 6 s.i.w.z. wskazał, iż wykonawca w kosztorysie ofertowym nie może pominąć jakiegokolwiek pozycji przedmiaru oraz winien go wycenić zgodnie z opisem pozycji (bez wprowadzania pozycji dodatkowych). Tymczasem Odwołujący pominął w kosztorysie pozycje 48.1 (izolacja styrodurem) oraz poz. 3.6 w kosztorysie wentylacja i klimatyzacja. Wobec tego jego oferta została odrzucona zgodnie z przywołanym zapisem s.i.w.z.

Po ustaleniu z urzędu, że odwołanie nie podlega odrzuceniu, Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której strony podtrzymały swoje dotychczasowe stanowiska.

Izba ustaliła, co następuje:

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z 12 października 2009 r., pod numerem 175787 – 2009, w tym samym dniu Zamawiający udostępnił s.i.w.z. na swojej stronie internetowej (www.bip.um.katowice.pl).

Wartość zamówienia nie przekracza kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie przepisu art. 11 ust. 8 ustawy pzp i wynosi 9 917 973,26 zł, co stanowi równowartość 2 558 090,65 euro.

Odwołujący złożył ofertę z najniższą ceną 7 268 266,31 zł, która stanowi, zgodnie z pkt. 2 części V s.i.w.z., jedyne kryterium oceny ofert. Cena wybranej przez Zamawiającego oferty Przystępującego wynosi 7 300 698,48 zł. /Ceny ofert w wysokości obowiązującej po poprawieniu przez Zamawiającego omyłek w trybie art. 87 ust. 2 pzp/

Specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera, między innymi, poniżej przytoczone postanowienia.

W części IV – Sposób obliczania ceny oferty:

pkt 2. *Wynagrodzenie wykonawcy.* „Formą wynagrodzenia za roboty stanowiące przedmiot zamówienia zgodnie z projektem umowy jest wynagrodzenie kosztorysowe polegające na rozliczeniu wg obmiarów wykonanych robót”.

pkt 3 ppkt 6. „Wykonawca w kosztorysach ofertowych nie może pominąć jakiegokolwiek pozycji przedmiaru oraz winien go wycenić zgodnie z opisem pozycji (bez wprowadzania pozycji dodatkowych)”.

pkt 3 ppkt 7 „Wykonawca nie może samodzielnie wprowadzić zmian do przedmiarów robót. Wszelkie błędy dostrzeżone w przedmiarach i dokumentacji projektowej Wykonawca winien zgłosić Zamawiającemu przed terminem składnia ofert”.

pkt 3 ppkt 8 „W przypadku uszczegółowień i/lub zmian do pozycji przedmiaru, wprowadzonych przez Zamawiającego w wyniku zapytań Wykonawców, należy wszystkie wprowadzone modyfikacje uwzględnić w cenie, jak również w opisach pozycji przedmiarowych”.

W części VIII – Informacja o trybie składania, otwarcia oraz badania ofert , w pkt. 4.

Badanie ofert – sposób poprawiania omyłek; uzupełnianie dokumentów:

ppkt 3. „W przypadku innych omyłek opisanych w art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp, polegających na niezgodności oferty (w tym kosztorysu ofertowego) ze specyfikacją, Zamawiający będzie stosował m.in. niżej wymienione zasady: (...)

lit. G) w przypadku innego opisu pozycji niż w przedmiarze i/lub zastosowania innych ilości obmiarowych niż w przedmiarze robót, zamawiający odrzuci ofertę zgodnie z art. 89 ust. 1 ustawy, jeżeli omyłki te spowodują istotną zmianę w treści oferty;

lit H) w przypadku barku pozycji kosztorysu, i/lub wprowadzenia pozycji dodatkowych, zamawiający odrzuci ofertę zgodnie z art. 89 ust. 1 ustawy”.

W zamieszczonej na stronie internetowej 6 listopada 2009 r. (pismo oznaczone IN.III.MK3410-53-39/09) odpowiedzi na pytanie nr 40 dotyczące tego, czy wobec braku pozycji izolacji cieplnej ścian fundamentowych pozycję tę należy ująć w kosztorysie i w jakiej ilości, Zamawiający udzielił następującej odpowiedzi: „Przyjąć KNR 0-29 0642-02 analogia gr. 10 cm Styrodur w ilości 90.0 m²”.

W zamieszczonej na stronie internetowej 12 listopada 2009 r. (pismo oznaczone IN.III.MK3410-53- /09) odpowiedzi na pytanie nr 1 o dokładne określenie numeru pozycji, w których należy umieścić podane rodzaje robót do wykonania z pkt. 40 pytań z 6 listopada 2009 r., Zamawiający udzielił następującej odpowiedzi: „dot. pkt. 40 poz. 48.1 Odpow. Przyjąć KNR 0-29 0642-02 analogia gr. 10 cm Styrodur w ilości 90.0 m²”.

6 stycznia 2010 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty Przedsiębiorstwa Budownictwa Ogólnego i Usług Technicznych „ŚLĄSK” sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach i jednocześnie odrzucił ofertę Odwołującego, który 13 stycznia 2010 r. wniósł protest. Zamawiający rozstrzygając protest 22 stycznia 2010 r. uwzględnił dwa zarzuty, podtrzymał jednak swoje stanowisko w zakresie pozostałych dwóch zarzutów.

Powyższe Izba ustaliła na podstawie znajdujących się w oryginalnej dokumentacji postępowania lub przekazanej przez zamawiającego w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem: ogłoszenia o zamówieniu, s.i.w.z., ofert wykonawców ubiegających się o zamówienie oraz przywołanych pism i dokumentów.

Izba zważyła, co następuje:

Izba rozpoznała odwołanie w oparciu o stan prawny sprzed wejścia w życie ustaw: z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 206, poz.1591), oraz z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), zgodnie odpowiednio: z art. 3 ust. 1 oraz z art. 4 przywołanych ustaw nowelizujących.

Odwołujący posiada interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy, gdyż potwierdzenie się zarzutów umożliwi mu uzyskanie zamówienia.

Zamawiający i Przystępujący zajęli na rozprawie stanowisko, iż zarzuty Odwołującego są spóźnione, wobec niezłożenia protestu na zawiadomienie 17 grudnia 2009 r. o poprawieniu niektórych omyłek, z uwagi na zawarcie w tym piśmie również informacji o niemożności poprawy 4 omyłek. Skład orzekający Izby nie uwzględnił tego stanowiska, gdyż oznaczałoby to pozbawienie Odwołującego możliwości zaskarżenia odrzucenia jego oferty, a ponadto uczestnicy postępowania na posiedzeniu nie zgłosili wniosku o odrzucenie odwołania.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy skład orzekający Izby uznał, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie, pomimo potwierdzenia się zasadności jednego z dwóch zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Zgodnie z przepisem art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3. Natomiast według przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty – niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

W przedmiotowej sprawie istota sporu sprowadza się do możliwości zastosowania przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp do dwóch niezgodności stwierdzonych przez Zamawiającego w kosztorysach ofertowych w porównaniu z przedmiarami robót w s.i.w.z.

W doktrynie i orzecznictwie utrwalony jest pogląd, iż niezgodność treści oferty z treścią s.i.w.z., a także możliwość usunięcia takiej niezgodności w drodze poprawienia omyłek innych niż pisarskie i rachunkowe, powinna być odrębnie badana w każdym konkretnym przypadku, z uwzględnieniem całokształtu związanych z nim okoliczności. Ustawodawca zrezygnował bowiem z enumeratywnego wskazania katalogu możliwych do poprawienia niezgodności i posłużył się nieostrym pojęciem „istotnych zmian” jako granicy dopuszczalnych zmian treści oferty. Jest to o tyle istotne, iż poprawienie omyłek w treści oferty jest obligatoryjne dla zamawiającego w razie łącznego spełnienia następujących przesłanek: po pierwsze – ustalenia, że stwierdzona niezgodność treści oferty z treścią s.i.w.z. ma charakter omyłki, po drugie – ustalenia, iż poprawienie tej omyłki nie spowoduje istotnych zmian w ofercie.

Zamawiający na potrzeby prowadzonego postępowania podjął próbę uszczegółowienia klauzuli generalnej przywołanego przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp przez wyliczenie w pkt 4 ppkt 3 lit. A-H s.i.w.z. ośmiu kategorii omyłek i opisanie sposobu postępowania z nimi. Obydwie rozbieżności kosztorysu ofertowego z przedmiarem robót zostały przez Zamawiającego zakwalifikowane do kategorii omyłek opisanych w pkt 4 ppkt 3

lit. H s.i.w.z. jako brak pozycji kosztorysu, które skutkują odrzuceniem oferty „zgodnie z art. 89 ust. 1 ustawy”. O ile dopuszczalne jest określenie w s.i.w.z. przykładowego katalogu „innych omyłek”, o tyle arbitralne przesądzenie *a priori* skutku odrzucenia oferty w przypadku braku pozycji kosztorysu jest za daleko idące i może prowadzić w konkretnych przypadkach do naruszenia przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp, zamiast do jego doprecyzowania.

Skład orzekający Izby, uznając iż postanowienia s.i.w.z nakładające na zamawiającego obowiązki sprzeczne z treścią ustawy nie mogą być stosowane, ocenił obydwie sporne niezgodności oferty z s.i.w.z przez pryzmat opisanych powyżej przesłanek, dochodząc do następujących wniosków.

W ocenie Izby pominięcie pozycji 3.6 kosztorysu wentylacja i klimatyzacja dotyczącej klapy przeciwpożarowej nastąpiło wskutek omyłki Odwołującego przy sporządzaniu oferty (kosztorysu). Izba uznała za wiarygodne wyjaśnienia Odwołującego na rozprawie, iż kosztorysant przy scalaniu tej pozycji z pozycją 3.5 zapomniał uwzględnić przy tej operacji 1 szt. klapy z pozycji 3.6. Jest to bowiem pozycja zawierająca taki sam opis „przeciwpożarowa klapa odcinająca EIS120 GRYFIT LX-4+WT72C +1WKKP+EI24V/48V DC+FD 24/48V AC/DC” jak pozycja 3.5. Odwołujący wykazał, iż różnica pomiędzy klapami z obu pozycji przedmiaru sprowadza się do tego, iż trzy klapy mają być zamontowane poziomo (wymiary L=250 i H=400) a jedna pionowo (wymiary L=400 i H=250) – w tym samym nawiewie (oznaczonym 1N). Zamawiający dopiero na rozprawie podniósł argument, iż występujące w niektórych ze złożonych ofert różnice cen jednostkowych w pozycjach 3.5 i 3.6 wskazują, iż są to inne klapy, jednak Izba uznała ten argument za nieprzekonujący, gdyż w 4 na 5 przedstawionych przypadków była to maksymalnie różnica w kwocie 2,26 zł.

Zdaniem składu orzekającego Izby dodanie brakującej 1 szt. klapy przeciwpożarowej w poz. 3.5 nie powoduje istotnych zmian w treści oferty. Wobec tego, iż cena jednostkowa klapy przeciwpożarowej Gryfit LX-4 jest prawidłowo ustalona w ofercie, poprawienie tej omyłki wymagałoby zatem jedynie wykonania prostej operacji arytmetycznej polegającej na przemnożeniu tej ceny jednostkowej przez określoną w przedmiarze łączną liczbę 4 sztuk. Taka zmiana co prawda zwiększa cenę oferty o 898,36 zł, jednak przy cenie całej oferty 7 268 266,31 zł dodanie 1 szt. klapy nie stanowi istotnej zmiany treści oferty, zarówno co do przedmiotu świadczenia, jak i ceny.

Biorąc powyższe pod uwagę potwierdził się zatem zarzut naruszenia przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp, gdyż zaistniała omyłka dotycząca nieuwzględnienia poz. 3.6 kosztorysu wentylacja i klimatyzacja podlegała obligatoryjnemu poprawieniu przez Zamawiającego.

Wskazane naruszenie nie miało jednak istotnego wpływu na wynik postępowania, gdyż nie potwierdził się zarzut zaniechania poprawienia niezgodności polegającej na braku pozycji 48.1 w kosztorysie ofertowym.

W okolicznościach sprawy bezsporne jest, iż pozycja ta nie występowała w przedmiarze robót zamieszczonym 12 października 2009 r. na stronie internetowej Zamawiającego wraz z pozostałą treścią s.i.w.z. Została ona bowiem wprowadzona przez Zamawiającego w dalszym toku postępowania, na skutek pytań wykonawców. 6 listopada 2010 r. Zamawiający nakazał uwzględnić w przedmiarze (kosztorysie ofertowym) konieczność izolacji cieplnej ścian fundamentowych w następujący sposób „przyjąć KNR 0-29 0642-02 analogia gr. 10 cm Styrodur w ilości 90.0 m²”, nie wskazując czy jest to nowa pozycja przedmiaru czy należy te roboty uwzględnić w którejś z dotychczasowych pozycji. Kwestia ta została wyjaśniona dopiero 12 listopada 2010 r. w ostatniej odpowiedzi na pytania do s.i.w.z., w której Zamawiający nakazał dodanie pozycji 48.1 w przedmiarze, z podstawą wyceny „KNR 0-29 0642-02 analogia”, opisem pozycji „gr. 10 cm Styrodur” i w ilości 90.0 m².

Odwołujący zawierając w pozycji 54 kosztorysu ofertowego roboty związane z izolacją cieplną ścian fundamentowych styrodurem, świadomie i celowo poprzestał na odpowiedzi Zamawiającego z 6 listopada 2009 r., czemu dał wprost wyraz przez dopisanie w jej opisie zdania „izolacja ścian fundamentowych styrodurem gr 10 cm = 90 m² pytania i odpowiedzi z dnia 06-11-2009 r. pytanie nr 40”. Izba nie podzieliła zaprezentowanego na rozprawie stanowiska Odwołującego, iż takie postępowanie było zgodne z ppkt. 8 pkt. 3 części IV s.i.w.z., gdyż wręcz przeciwnie, z tego postanowienia wynika nakaz uwzględnienia w kosztorysie ofertowym wszystkich wprowadzonych przez Zamawiającego modyfikacji, wynikłych z uszczegółowień lub zmian do pozycji przedmiaru, a nie tylko niektórych z nich. Z postanowienia ppkt. 7 pkt. 3 części IV s.i.w.z. wynika z kolei zakaz samodzielnego wprowadzania przez wykonawców zmian do przedmiarów robót. Z tego względu nie zasługuje na uwzględnienie stanowisko Odwołującego, iż dopisanie izolacji ścian fundamentowych styrodurem w poz. 54 kosztorysu ofertowego było prawidłowe, gdyż pozycja ta z punktu widzenia zasad sztuki budowlanej pasuje tam lepiej, niż w miejscu przewidzianym przez Zamawiającego. Zupełnym nieporozumieniem jest natomiast twierdzenie Odwołującego, iż uwzględnienie zarówno odpowiedzi z 6 jak i 12 listopada 2009 r. doprowadziłoby do podwójnej wyceny robót związanych z izolacją styrodurem. Z następstwa czasowego pytań wykonawców i udzielanych odpowiedzi Zamawiającego oraz ich treści wynika w sposób nie budzący wątpliwości, iż należy je rozumieć w ten sposób, że druga odpowiedź jest uszczegółowieniem pierwszej, a nie jej wariantem. W ocenie Izby powstała rozbieżność nie stanowi omyłki, gdyż jak to Odwołujący przyznał na rozprawie, scalenie tych dwóch pozycji przedmiarowych w ten konkretny sposób było jego świadomym posunięciem.

Izba stwierdziła również, iż na podstawie danych zawartych w ofercie obiektywnie nie jest możliwe doprowadzenie do uzgodnienia treści oferty z treścią s.i.w.z. W ofercie nie występują bowiem odrębne ceny jednostkowe za wykonanie robót opisanych w poz. 48.1 i 54 przedmiaru. Zawarcie wykonania 90 m² izolacji styrodurem w opisie izolacji przeciwwilgociowych bitumicznych (...), przewidzianych w ilości 542,72 m² oznacza, iż podana w poz. 54 cena jednostkowa stanowi

pewne uśrednienie i może być poprawna co najwyżej w sytuacji gdy obie roboty będą do siebie w proporcji 90 do 542,72 czyli kiedy na każdy 1 m² izolacji styrodurem będzie przypadać 6,03 m² izolacji bitumicznej. Brak cen jednostkowych w ofercie ma decydujące znaczenie, gdyż s.i.w.z. w sposób jednoznaczny przewiduje wynagrodzenie kosztorysowe. W zakresie braku tych dwóch cen jednostkowych, wymaganych przez obowiązującą w postępowaniu s.i.w.z., treść oferty Odwołującego nie odpowiada treści s.i.w.z., czego nie można poprawić na podstawie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp. Przemawia za tym, również okoliczność, iż Odwołujący ani w proteście, ani w odwołaniu nie wskazał sposobu usunięcia zaistniałej niezgodności, a na rozprawie oświadczył, iż kosztorys nie wymaga poprawienia, gdyż cena oferty jest prawidłowa. Zdaniem Izby mogłoby tak być, gdyby cena oferty miała charakter ceny ryczałtowej, a nie kosztorysowej, jak w przedmiotowym postępowaniu.

Zdaniem Izby wykonanie izolacji bitumicznej i izolacji styrodurem to dwie odrębne technologicznie etapy robót, polegające na kładzeniu kolejnych warstw izolacji i nie ma podstaw by kwestionować racjonalność ich wyodrębnienia w przedmiarze. Izba zauważa ponadto, iż to Zamawiający ustala obowiązującą w postępowaniu treść s.i.w.z. i wykonawcy mają obowiązek się do niej stosować, tak dalece, jak nie narusza ona przepisów prawa, pod rygorem narażenia się na negatywne konsekwencje. Odwołujący dokonując scalenia dwóch pozycji przedmiaru, według własnego uznania i koncepcji, przyjął na siebie ryzyko niezgodności treści swojej oferty z treścią s.i.w.z. ustaloną ostatecznie odpowiedziami z 12 listopada 2010 r. Zaoferował bowiem przedmiot zamówienia nie odpowiadający w pełni wymaganiom Zamawiającego – wykonanie dokładnie 90 m² izolacji styrodurem, niezależnie od tego jakie okażą się w toku prowadzonych robót i ustalone w obmiarze powykonawczym rzeczywiste potrzeby Zamawiającego. Wobec nieusuwalnej niezgodności treści oferty z treścią s.i.w.z. nie ma znaczenia czy cena oferty Odwołującego jest najniższa, gdyż oferta musi w każdym aspekcie swej treści odpowiadać treści s.i.w.z., w szczególności w zakresie przedmiotu świadczenia, a w przypadku wynagrodzenia kosztorysowego, również w zakresie cen jednostkowych za każdy element przedmiaru składający się na przedmiot zamówienia.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp nie miało wpływu na wynik postępowania i działając na podstawie art. 191 ust. 1 i 1a pzp, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 191 ust. 6 i 7 ustawy pzp w zw. z § 4 ust. 1 pkt 1 lit. a 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, z późn. zm.).

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 **Katowicach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....