

WYROK
z dnia 3 września 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Wioleta Paczkowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **3 września 2010 r.** w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 20 sierpnia 2010 r. przez **Andrzeja Kulisia prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Firma Produkcyjno-Usługowa „WIÓREK” Andrzej Kuliś, 12-200 Pisz, ul. Gdańska 24** od czynności podjętych w postępowaniu o udzielenie zamówienia przez zamawiającego: **Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Stare Jabłonki, 14-133 Stare Jabłonki, ul. Olsztyńska 2**

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje: unieważnienie czynności odrzucenia oferty Andrzeja Kulisia prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Firma Produkcyjno-Usługowa „WIÓREK” Andrzej Kuliś, 12-200 Pisz, ul. Gdańska 24 oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem tej oferty.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Stare Jabłonki, 14-133 Stare Jabłonki, ul. Olsztyńska 2 i nakazuje:**
 - 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 10000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) kwoty wpisu uiszczonego przez Andrzeja Kulisia prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Firma Produkcyjno-Usługowa „WIÓREK” Andrzej Kuliś, 12-200 Pisz, ul. Gdańska 24,**
 - 2) dokonać wpłaty kwoty 13600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) przez Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Stare Jabłonki, 14-133 Stare Jabłonki, ul. Olsztyńska 2 na rzecz Andrzeja Kulisia prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Firma Produkcyjno-Usługowa „WIÓREK” Andrzej Kuliś, 12-200 Pisz, ul. Gdańska 24,**

Sygn. akt KIO 1796/10

stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu uiszczanego wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198 a i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Elblągu**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Stare Jabłonki – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759; zwanej dalej również „ustawą pzp” lub „pzp”), postępowanie o udzielenie zamówienia na robotę budowlaną pn. „Przebudowa dwóch dróg dojazdów pożarowych nr 11 i nr 12”.

10 sierpnia 2010 r. (pismem z 9 sierpnia 2010 r.) Zamawiający przesłał listem poleconym do Odwołującego – Firmy Produkcyjno-Usługowej „WIÓREK” Andrzej Kuliś z Piszku, zawiadomienie o wynikach postępowania: odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp oraz o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Michała Lasowego „DROMOS” Budowa Utrzymanie Dróg i Mostów z Różnowa.

20 sierpnia 2010 r. (pismem z tej samej daty) Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od powyższych czynności Zamawiającego, któremu w tym samym dniu przekazał kopię odwołania.

Odwołujący zarzucił w odwołaniu, iż przez podjęte czynności Zamawiający naruszył przepisy art. 89 ust.1 pkt 2 oraz art. 87 ust. 2 pkt 1 i art. 87 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych.

W związku z podniesionym zarzutami Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego
2. Unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.
3. Dokonania powtórnego badania i oceny ofert z udziałem Odwołującego, z uwzględnieniem postanowień art. 87 ust. 2 pkt.1 i art.87 ust.2 pkt.3 ustawy pzp oraz dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej na zasadach określonych ustawą pzp.

Uzasadniając podniesione zarzuty, Odwołujący podniósł, iż Zamawiający w uzasadnieniu faktycznym odrzucenia oferty wskazał na opisy kosztorysu ofertowego, które w ocenie Zamawiającego stanowią o niezgodnej ofercie z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwanej dalej w skrócie „s.i.w.z.”). Kosztorys ofertowy sporządzony został zgodnie z udostępnionym przez Zamawiającego przedmiarem robót, zawiera wszelkie koszty wykonania całego zamówienia oraz poszczególne pozycje robót zostały wycenione w oparciu o odpowiednie Katalogi Norm Rzeczowych, z uwzględnieniem zawartych w treści s.i.w.z. specyfikacji technicznych wykonania robót budowlanych. Podstawą wyceny (kalkulacji ceny jednostkowej danej pozycji kosztorysowej) są odpowiednie Katalogi Norm zawierające w sobie niezbędne do wykonania nakłady roboczogodzin, kosztów ogólnych,

materiałów etc. Każda z wycenianych pozycji ściśle powiązana jest z określoną przez Zamawiającego Specyfikacją wykonania i odbioru robót. Odniesienia do poszczególnych specyfikacji (oznaczone przykładowo D-01.01.01) związane są z opisem przedmiotu zamówienia, a nie sposobem kalkulacji ceny kosztorysowej. Zamawiający w świetle obowiązujących przepisów prawa obowiązany jest do szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia, a w przypadku robót budowlanych i przekazania wykonawcom do wypełnienia przedmiarów robót ma obowiązek odniesienia danej pozycji przedmiarowej do określonej specyfikacji, która to uszczegóławia sposób wykonania poszczególnych robót budowlanych. Specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót budowlanych nie zawierają w sobie norm kosztorysowych umożliwiających sporządzenie kosztorysu ofertowego. Zamawiający w rozdziale XV s.i.w.z. wymagał sporządzenia szczegółowego kosztorysu ofertowego, który to zgodnie z zasadami sporządzony został przez Odwołującego. Tym samym brak jakichkolwiek okoliczności do podjęcia czynności odrzucenia oferty w oparciu o wskazany wyżej art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy pzp poprzez wskazanie, iż zostały określone niewłaściwe podstawy kalkulacji poszczególnych cen jednostkowych.

Pozostałe rozbieżności opisu poszczególnych pozycji złożonego kosztorysu ofertowego, które zostały wymienione w otrzymanej informacji o odrzuceniu oferty związane są z przestawieniem szyku zdania bądź pominięciem określonego słowa. Omyłki te wprost kwalifikują się do ewentualnego poprawienia jako omyłki pisarskie na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 1 pzp przez Zamawiającego i doprowadzenia treści złożonej oferty do pełnej zgodności z treścią s.i.w.z. Wskazane omyłki są nieistotne, a Zamawiający bez udziału wykonawcy jest w stanie dokonać ich poprawy. Jak zauważa Krajowa Izba Odwoławcza w przypadku wystąpienia rozbieżności pomiędzy przedmiarami robót, a kosztorysem ofertowym Zamawiający uprawniony jest wyłącznie do dokonania czynności wynikającej z treści art.87 ust.2 pkt 3 pzp, powiadamiając o tym fakcie wykonawcę.

Biorąc pod uwagę aktualny stan orzecznictwa w przedmiotowym zakresie, przekazaną przez Zamawiającego informację należy potraktować jako podjętą czynność w oparciu o treść art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp a czynność odrzucenia jako przedwczesną. W tym stanie rzeczy Odwołujący pod rygorem odrzucenia oferty uprawniony jest do wyrażenia bądź nie wyrażenia zgody na podjęte przez Zamawiającego czynności związane z poprawieniem treści złożonej w postępowaniu oferty przetargowej. Poprawianie innych omyłek na podstawie wskazanego wyżej przepisu prawa dotyczy omyłek nie mających charakteru oczywistego oraz niekoniecznie odnoszących się do ceny, a więc może dotyczyć również innych elementów złożonej oferty, a w tym opisu poszczególnych pozycji kosztorysu ofertowego.

Sygn. akt KIO 1796/10

31 sierpnia 2010 r. Zamawiający wniósł do Krajowej Izby Odwoławczej odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. Odpis odpowiedzi na odwołanie został przekazany Odwołującemu na rozprawie 3 września 2010 r.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający podał, iż art. 89 ustawy określa zamknięty katalog okoliczności, których wystąpienie nakazuje Zamawiającemu odrzucenie oferty wykonawcy. Przepis ma charakter bezwzględnie obowiązujący, co oznacza, że ustawodawca nie pozostawił organizatorowi postępowania żadnej swobody decyzyjnej co do jego zastosowania. Wykonawca oferujący realizację zamówienia niezgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego, np. w innej niż przewidziano w s.i.w.z. technologii lub w odmiennym terminie, musi się spotkać z sankcją polegającą na odrzuceniu jego oferty. Z analizy dokumentacji wynika jasno, że zmiany, które naniósł Odwołujący w kosztorysach ofertowych w stosunku do przedmiaru robót zawartego w s.i.w.z. nie pozwalają na ocenę, czy faktycznie zaoferował on wykonanie zamówienia w sposób zgodny z wymaganiami Zamawiającego. Oferta musi odpowiadać wszystkim wymogom merytorycznym, między innymi zawierać wszystkie prawidłowe pod względem treści dokumenty czy też odnosić się do zawartego w s.i.w.z. opisu przedmiotu zamówienia. Przez treść oferty należy rozumieć treść oświadczenia woli wykonawcy, w którym zobowiązuje się on do wykonaniu określonego przedmiotu zamówienia za określoną przez siebie cenę. Z omyłek zawartych w kosztorysie ofertowym Odwołującego nie wynika wprost, że zawartość merytoryczna oferty jest zgodna z s.i.w.z. W sprawie tej nie chodzi o formę sporządzenia kosztorysów (np. ich wygląd), ale ich merytoryczną treść. Różnice wypunktowane przez Zamawiającego w oświadczeniu z dnia 9 sierpnia 2010 r. nie są drobnymi różnicami, jak chce je widzieć Odwołujący, gdyż ich zakres nie mieści się w pojęciu omyłki. Z tego powodu Zamawiający, wbrew twierdzeniom Odwołującego, nie mógł ich poprawić samodzielnie.

24 sierpnia 2010 r. Zamawiający przesłał do drugiego wykonawcy uczestniczącego w postępowaniu listem poleconym i faksem kopię odwołania, bez wskazania w piśmie przewodnim, iż wzywa go do przystąpienia do postępowania odwoławczego. Do dnia otwarcia rozprawy do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej nie wpłynęło zgłoszenie takiego przystąpienia.

Odwołanie nie zawiera braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, jednak wobec złożenia na posiedzeniu przez Zamawiającego wniosku o odrzucenie odwołania z uwagi na przekroczenie terminu na jego wniesienie, w pierwszej kolejności Izba zajęła się ustaleniem czy zaszła przesłanka określona przepisem art. 189 ust. 2 pkt. 3 pzp.

Sygn. akt KIO 1796/10

Izba nie uwzględniła wniosku Zamawiającego o odrzucenie odwołania, gdyż nie stwierdziła wniesienia odwołania po upływie 10-dniowego terminu od dnia przesłania informacji o czynności Zamawiającego stanowiącej podstawę do jego wniesienia (zawiadomienia o odrzuceniu oferty), określonego w przepisie art. 182 ust. 1 pkt 2 *in fine* pzp. Izba nie podziela stanowiska Zamawiającego, iż wobec wysłania tego zawiadomienia pocztą elektroniczną 9 sierpnia 2010 r., należy uznać, iż odwołanie zostało wniesione po upływie 5-dniowego terminu, określonego w przepisie art. 182 ust. 1 pkt 2 *in principio*. Z ustaleń Izby wynika bowiem, iż Zamawiający nie dysponuje potwierdzeniem otrzymania wiadomości poczty elektronicznej przez Odwołującego 9 sierpnia 2010 r., pomimo dwukrotnego kierowania w tym dniu tą drogą, a także dodatkowo 11 sierpnia 2010 r. faksem, żądania jej otrzymania. Wobec braku takiego potwierdzenia, Izba dała wiarę Odwołującemu, który oświadczył na posiedzeniu, iż nie otrzymał zawiadomienia kierowanego drogą elektroniczną. Wobec braku takiego zawiadomienia drogą faksową, w ocenie Izby należy przyjąć, iż ma zastosowanie termin 10-dniowy na wniesienie odwołania, liczony od wysłania 10 sierpnia 2010 r. zawiadomienia listem poleconym. Zatem Odwołujący wnosząc odwołanie 20 sierpnia 2010 r. dochował tego terminu zawitego na wniesienie środka ochrony prawnej.

W drugiej kolejności Izba ustaliła z urzędu, iż nie została wypełniona żadna z pozostałych przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 pzp.

Po ustaleniu, 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 5 lipca 2010 r. pod nr 175561-2010, w tym samym dniu Zamawiający zamieścił ogłoszenie na tablicy ogłoszeń w swojej siedzibie oraz na swojej stronie internetowej (www.bip.lasy.gov.pl/pl/bip/dg/rdlp_olsztyn/nadl_stare_jablonki), na której udostępnił również s.i.w.z.

Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy i wynosi 4.053.589,42 zł, co stanowi równowartość 1.055.897,22 euro.

Sygn. akt KIO 1796/10

Odwołujący złożył ofertę z drugą w kolejności ceną, która zgodnie postanowieniami pkt. 2 rozdziału XVII s.i.w.z. stanowi jedyne kryterium oceny ofert.

W specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający zawarł między innymi następujące postanowienia:

W rozdziale III *Opis przedmiotu zamówienia*:

„Zakres robót obejmuje przebudowę dwóch dróg dojazdów pożarowych nr 11 i nr 12 na łącznej długości 7675 mb o nawierzchni z kruszywa łamanego. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia znajduje się w opisie technicznym projektu budowlano-wykonawczego, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót oraz w przedmiarze robót stanowiących załączniki do niniejszej SIWZ”. /pkt 3/

W rozdziale XV *Opis sposobu obliczenia ceny*:

„Cena podana w ofercie obejmować powinna wszystkie koszty i składniki związane z wykonaniem przedmiotu zamówienia”. /pkt 1/

„Cena musi być podana w PLN cyfrowo i słownie, z wyodrębnieniem należnego podatku VAT”. /pkt 2/

„Do oferty należy załączyć szczegółowy kosztorys ofertowy zgodny z przedmiarem robót”. /pkt. 3/

„Wykonawca zobowiązany jest zapoznać się ze stanem rzeczywistym oraz przeprowadzić wizję lokalną, zapoznać się z warunkami terenowymi i uwzględnić je w wycenie przedmiotu zamówienia”. /pkt 4/

W załączniku nr 7 do s.i.w.z. *Projekt umowy*.

„Zakres rzeczowo-finansowy przedmiotu umowy określa opracowanie techniczne, specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót, przedmiar robót oraz opracowany na podstawie tych dokumentów kosztorys ofertowy, stanowiący załącznik Nr 1 do niniejszej umowy”. /§ 1 ust. 2/

„Wykonawca oświadcza, że w celu prawidłowej oceny zakresu prac niezbędnych do realizacji przedmiotu umowy przeprowadził wizję lokalną miejsca robót, sprawdził dokumentację techniczną i nie wnosi do niej zastrzeżeń i uwag”. /§ 1 ust. 3/

„Przedmiot zamówienia obejmuje wszelkie prace niezbędne z punktu widzenia sztuki budowlanej i obowiązujących przepisów do zrealizowania zadania określonego w opracowaniu technicznym”. /§ 7 ust. 1/

„Ponad prace bezpośrednio wynikające z dokumentacji technicznej przedmiot zamówienia obejmuje również wszystko to, co z technicznego punktu widzenia jest i okaże się niezbędne do zrealizowania przedmiotu umowy opisanego w opracowaniu technicznym”. /§ 7 ust. 2/

Sygn. akt KIO 1796/10

„Wynagrodzenie Wykonawcy za wykonanie przedmiotu umowy ustala się w kwocie (...). Wynagrodzenie wynika z oferty Wykonawcy, jest ono stałe i nie podlega waloryzacji wzrostu cen robót budowlano-montażowych w okresie realizacji umowy”. /§9 ust. 1/

„Ustalone wynagrodzenie obejmuje kompleksową realizację zadania określonego w § 1 niniejszej umowy i jest niezmiennie”. /§9 ust. 3/

W Załączniku nr 10 do s.i.w.z. *Przedmiar robót*, oprócz przedmiarów, zawierających odniesienia do poszczególnych Szczegółowych specyfikacji technicznych (SST), znajdują się również ślepe kosztorysy ofertowe, również zawierające w kolumnie pn. „Podstawa” odniesienia do tych SST, a przewidujące do wypełnienia kolumny pn. „Cena jednostkowa” i „Wartość”.

W ofercie Odwołującego znajdują się kosztorysy ofertowe, sporządzone metodą szczegółową, z uwzględnieniem cen jednostkowych z wyszczególnieniem robocizny (R), materiałów (M) i sprzętu (S), w których wskazano jako podstawę dokonania wyceny numery katalogów Kosztorysowych Norm Nakładów Rzeczowych.

W *Zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty* z 9 sierpnia 2010 r. Zamawiający informując Odwołującego, iż odrzucił jego ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp, w uzasadnieniu faktycznym podał, iż „w trakcie badania oferty – kosztorysów ofertowych, stanowiących integralną część oferty, komisja stwierdziła omyłki polegające na niezgodności oferty z SIWZ. Wykonawca sporządził błędnie kosztorys ofertowy niezgodny z przedmiarem robót załączonym do SIWZ tj.: Wykonawca do wyceny zastosował podstawę z KNNR a powinien podstawę ze Szczegółowych Specyfikacji Technicznych”.

W szczegółowym uzasadnieniu Zamawiający wskazał:

I. W kosztorysie na przebudowę drogi dojazdu pożarowego nr 11:

- w poz. 1 jest podstawa KNNR 1 0111-01, **powinna być podstawa D-01.01.01;**

- w poz. 2 jest podstawa KNNR 6 0103-03, **powinna być podstawa D-04.01.01;**

- w poz. 2 jest opis „Profilowanie i zagęszczanie podłoża wykonywane mechanicznie w gruncie kat. II-IV pod warstwy konstrukcyjne nawierzchni”

powinien być opis „Mechaniczne profilowanie i zagęszczenie podłoża pod warstwy konstrukcyjne nawierzchni w gr. kat. I-IV”;

- w poz. 3 jest podstawa KNNR 1 0202-07, *powinna być podstawa D-02.01.01;*

- w poz. 3 jest opis „Roboty ziemne wykonywane koparkami podsiębiernymi o poj. łyżki 0.60 m³ w gr. kat. I-II z transp. urobku na odl. do 1 km sam. samowład.”,

powinien być opis „Wykopy wykonywane w gruncie kat.III – zebranie „burty” z wywiezieniem ziemi samochodami samowładowczymi (miejsce wywozu wskaże inwestor)”;

Sygn. akt KIO 1796/10

- w poz. 4 jest podstawa KNNR 1 0104-13, powinna być podstawa D-01.02.01;
- w poz.4 jest opis „Karczowanie pni o śr. 36-45 cm koparką podsiębierną w gruntach kat. III-IV o normalnej wilgotności”;
- powinien być opis** „Mechaniczne karczowanie pni”;
- w poz. 5 jest podstawa KNNR 1 0305-01, powinna być podstawa D-02.01.01;
- w poz. 5 jest opis „Wykopy liniowe lub jamiste o głębokości do 1,5 m ze skarpami o szer.dna do 1,5 m w gruncie kat. I-II;
- powinien być opis** „Wykopy ręczne rowów o głębok. do 1,5 o szer. dna 0,8 m – kat.gr.III (odkopenie światłowodu);
- w poz. 6 jest podstawa brak podstawy, powinna być podstawa D-02.03.01;
- w poz.6 jest opis „Rury ochronne o śr. nom. 110 mm”;
- powinien być opis** „Zabezpieczenie światłowodu rurami dzielonymi AROT DVK śr.110”;
- w poz. 7 jest podstawa KNNR 1 0214-01, powinna być podstawa D-02.03.01;
- w poz. 7 jest opis „Zasypanie wykopów fund. podłużnych, punktowych, rowów, wykopów obiektowych spycharkami z zagęszcz. mechanicznym spycharkami (gr. warstwy w stanie luźnym 30 cm) – kat. gr. I-II,
- powinien być opis** „Zасыpywanie wykopów spycharkami z przemieszczeniem gruntu na odl. do 10 m w gruncie kat. I-III;
- w poz. 8 jest podstawa KNNR 1 0408-03, powinna być podstawa D-02.03.01;
- w poz. 8 jest opis „Zagęszczanie nasypów z gruntu sypkiego kat. I-II zagęszczarkami”
- powinien być opis** „Zagęszczenie nasypów zagęszczarkami; grunty sypkie kat. I-III”;
- w poz. 9 jest podstawa KNNR 6 0104-03, powinna być podstawa D-04.02.01;
- w poz. 9 jest opis „Warstwy odsączające wykonane i zagęszczane mechanicznie o gr.10 cm”
- powinien być opis** „Wykonanie i zagęszczenie mechaniczne warstwy odsączającej żwirowej w korycie lub na całej szer. drogi – grub. warstwy po zag. 10 cm (wartość dowozu ustala wykonawca)”;
- w poz. 10 jest podstawa KNNR 6 0204-01, powinna być podstawa D-04.04.02;
- w poz.10 jest opis „Nawierzchnia z tłucznia kamiennego – warstwa dolna o gr. 10 cm. Krotność = 1.2 ”;
- powinien być opis** „Nawierzchnia z kruszywa łamanego stabilizowanego mechanicznie – warstwa dolna- grub. po zagęszcz. 12 cm (wartość dowozu ustala wykonawca);
- w poz. 11 jest podstawa KNNR 6 0204-04, powinna być podstawa D-04.04.02;
- w poz. 11 jest opis „Nawierzchnia z tłucznia kamiennego – warstwa górna o gr. 7 cm. Krotność = 1,14”;

powinien być opis „Nawierzchnia z kruszywa łamanego stabilizowanego mechanicznie – warstwa górna- grub. po zagęszcz. 8 cm (wartość dowozu ustala wykonawca)”;

- w poz. 12 jest podstawa KNNR 2-010233-02, powinna być podstawa D-02.01.01;

- w poz.12 jest opis „ Mechaniczne plantowanie terenu spycharkami gąsienicowymi o mocy 55 kW(75 KM) w gruncie kat.III”;

powinien być opis „Mechaniczne plantowanie powierzchni gruntu rodzimego kat. I-III Tereny leśne.

II. W kosztorysie ofertowym na przebudowę drogi dojazdu pożarowego nr 12:

- w poz. 1 jest podstawa KNNR 1 0111-01, **powinna być podstawa** D-01.01.01;

- w poz. 2 jest podstawa KNNR 6 0103-03, **powinna być podstawa** D-04.01.01;

- w poz. 2 jest opis „Profilowanie i zagęszczanie podłoża wykonywane mechanicznie w gruncie kat. II-IV pod warstwy konstrukcyjne nawierzchni”,

powinien być opis „ Mechaniczne profilowanie i zagęszczenie podłoża pod warstwy konstrukcyjne nawierzchni w gr. kat. I-IV”;

- w poz. 3 jest podstawa KNNR 1 0202-07, **powinna być podstawa** D-02.01.01;

- w poz. 3 jest opis „ Roboty ziemne wykonywane koparkami podsiębiernymi o poj. łyżki 0.60 m³ w gr. kat. I-II z transp. urobku na odl. do 1 km sam. samowład.”,

powinien być opis „Wykopy wykonywane w gruncie kat.III – zebranie „burty” z wywiezieniem ziemi samochodami samowładowczymi (miejsce wywozu wskaże inwestor)”;

- w poz. 4 jest podstawa KNNR 1 0104-13, **powinna być podstawa** D-01.02.01;

- w poz.4 jest opis „Karczowanie pni o śr. 36-45 cm koparką podsiębierną w gruntach kat. III-IV o normalnej wilgotności”,

powinien być opis „ Mechaniczne karczowanie pni”;

- w poz. 5 jest podstawa KNNR 1 0305-01, **powinna być podstawa** D-02.01.01;

- w poz. 5 jest opis „Wykopy liniowe lub jamiste o głębokości do 1,5 m ze skarpami o szer.dna do 1,5 m w gruncie kat. I-II.

powinien być opis „Wykopy ręczne rowów o głębok. do 1,5 o szer. dna 0,8 m – kat.gr.III (odkopenie światłowodu);

- w poz. 6 jest podstawa D-01.03.04, **powinna być podstawa** D-02.03.01;

- w poz.6 jest opis „ Rury ochronne o śr. nom. 110 mm”,

powinien być opis „Zabezpieczenie światłowodu rurami dzielonymi AROT DVK śr.110mm”,

- w poz. 7 jest podstawa KNNR 1 0214-01, **powinna być podstawa** D-02.03.01;

- w poz. 7 jest opis „Zasypanie wykopów fund. podłużnych, punktowych, rowów, wykopów obiektowych spycharkami z zagęszcz. mechanicznym spycharkami (gr. warstwy w stanie luźnym 30 cm) – kat. gr. I-II,

Sygn. akt KIO 1796/10

powinien być opis „Zасыpywanie wykopów sypcharkami z przemieszczeniem gruntu na odl.do 10 m w gruncie kat. I-III;

- w poz. 8 jest podstawa KNNR 1 0408-03, **powinna być podstawa D-02.03.01;**

- w poz. 8 jest opis „Zagęszczanie nasypów z gruntu sypkiego kat. I-II zagęszczarkami”

powinien być opis „Zagęszczenie nasypów zagęszczarkami; grunty sypkie kat. I-III”;

- w poz. 9 jest podstawa KNNR 6 0104-03, **powinna być podstawa D-04.02.01;**

- w poz. 9 jest opis „Warstwy odsączające wykonane i zagęszczane mechanicznie o gr.10 cm”

powinien być opis „Wykonanie i zagęszczenie mechaniczne warstwy odsączającej żwirowej w korycie lub na całej szer. drogi – grub. warstwy po zag. 10 cm (wartość dowozu ustala wykonawca)”;

- w poz. 10 jest podstawa KNNR 6 0204-01, **powinna być podstawa D-04.04.02;**

- w poz.10 jest opis „Nawierzchnia z tłucznia kamiennego – warstwa dolna o gr. 10 cm. Krotność = 1.2 ”;

powinien być opis „Nawierzchnia z kruszywa łamanego stabilizowanego mechanicznie – warstwa dolna- grub. po zagęszcz. 12 cm;

- w poz. 11 jest podstawa KNNR 6 0204-04, **powinna być podstawa D-04.04.02;**

- w poz. 11 jest opis „Nawierzchnia z tłucznia kamiennego – warstwa górna o gr. 7 cm. Krotność = 1,14”;

powinien być opis z poz. 11 przedmiaru „Nawierzchnia z kruszywa łamanego stabilizowanego mechanicznie – warstwa górna- grub. po zagęszcz. 8 cm”;

- w poz. 12 jest podstawa KNNR 6 0107-01, **powinna być podstawa D-05.01.03”;**

- w poz. 12 jest opis „Wyrównanie istniejącej podbudowy tłuczniem kamiennym sortowanym zagęszczonym mechanicznie o gr. do 10 cm- poz. zastępcza – formowanie poboczy z pospółki”;

powinien być opis „Formowanie poboczy z pospółki”;

- w poz. 13 jest podstawa KNNR 2-010233-02, **powinna być podstawa D-02.01.01;**

- w poz.13 jest opis „ Mechaniczne plantowanie terenu sypcharkami gąsienicowymi o mocy 55 kW(75 KM) w gruncie kat.III”;

powinien być opis z poz. 12 przedmiaru „Mechaniczne plantowanie powierzchni gruntu rodzimego kat. I-III Tereny leśne”.

Powyższe Izba ustaliła na podstawie znajdujących się w dokumentacji postępowania, która została również przekazana Izbie w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez Zamawiającego: ogłoszenia o zamówieniu, s.i.w.z., protokołu postępowania, oferty

Sygn. akt KIO 1796/10

Odwołującego, zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz na podstawie innych przywołanych pism i dokumentów.

Uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie oraz złożone ustnie w toku rozprawy, Izba zważyła, co następuje:

Wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia 7 lipca 2010 r., Izba rozpoznała odwołanie w oparciu o stan prawny uwzględniający wejście 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).

Odwołujący posiada interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 pzp, gdyż potwierdzenie zasadności zarzutów odwołania oznaczałoby, iż w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp został pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia, ponosząc jednocześnie szkodę. W ocenie Izby, Odwołujący legitymuje się interesem, choć złożył drugą ofertę pod względem ceny stanowiącej jedyne kryterium oceny ofert. Izba zważyła jednak, iż z mocy przepisu art. 180 ust. 2 pzp, ograniczającego zakres zaskarżalnych czynności w postępowaniach poniżej tzw. progów unijnych, Odwołujący nie może kwestionować przez złożenie odwołania wyboru najkorzystniejszej oferty dokonanego przez Zamawiającego. Odwołujący skorzystał jednak z instytucji przewidzianej w przepisie art. 181 ust. 1 pzp i równoległe ze złożeniem odwołania na odrzucenie swojej oferty poinformował Zamawiającego o naruszeniu przez czynność wyboru najkorzystniejszej oferty przepisów art. 7 ust. 1 i 3, art. 24 ust. 1 pkt 3, art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 26 ust. 4, art. 90 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 3 i art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy pzp. W ocenie Izby, nie można zatem wykluczyć, że uwzględnienie odwołania otworzy Odwołującemu realną możliwość uzyskania zamówienia w przedmiotowym postępowaniu o jego udzielenie, gdyż z przepisu art. 181 ust. 1 pzp wynika, iż Zamawiający wciąż będzie mógł uznać zasadność przekazanej informacji. Izba wzięła również pod uwagę, że w przedmiotowym postępowaniu wpłynęły tylko dwie oferty, zatem nawet w razie podtrzymania przez Zamawiającego dokonanego wyboru, Odwołujący może być drugi w kolejności i uzyskać zamówienie, jeżeli zajdą okoliczności przewidziane w przepisie art. 94 ust. 3 pzp. Natomiast bezpodstawne odrzucenie jego oferty naraża Odwołującego na szkodę z powodu niezyskania odpłatnego zamówienia publicznego.

Sygn. akt KIO 1796/10

Wybrany wykonawca nie zgłosił w terminie 3 dni od przesłania mu kopii odwołania przez Zamawiającego, jednak Izba stwierdza, iż Zamawiający nie dopełnił obowiązku wyraźnego wezwania tego wykonawcy do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym, a zatem nie w pełni wykonał dyspozycję art. 185 ust. 1 pzp. W ocenie Izby może to narazić Zamawiającego na kwestionowanie przez tego wykonawcę orzeczenia zapadłego w niniejszej sprawie.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu i podlegających rozpatrzeniu, Izba uznała, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Izby, potwierdził się zarzut, iż bezzasadne było odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie przepisu art. 89 ust. 2 pkt 2 pzp z uwagi na niezgodność tej oferty z treścią s.i.w.z. polegającej na sporządzeniu kosztorysu ofertowego niezgodnego z przedmiarem robót załączonym do s.i.w.z.

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. 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 *de facto* sprowadza się do możliwości zastosowania przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp do dwóch kategorii niezgodności stwierdzonych przez Zamawiającego w kosztorysach ofertowych Odwołującego, w porównaniu z przedmiarami robót załączonymi do s.i.w.z., polegających, po pierwsze: na wskazaniu jako podstawy kalkulacji numerów z katalogów Kosztorysowych Norm Nakładów Rzeczowych (KNNR) – zamiast numerów ze szczegółowych specyfikacji technicznych (SST) załączonych do s.i.w.z. i wskazanych w przedmiarach robót, po drugie: na opisie poszczególnych pozycji pochodzącym z tych KNNR – zamiast opisów podanych w przedmiarach robót za SST.

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. Ma to w szczególności zastosowanie do przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp, który nie określa enumeratywnego katalogu możliwych do poprawienia niezgodności i posługuje się nieostrą

kategorią „istotności” 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 właśnie istotnych zmian treści złożonej oferty.

Izba oceniła sporne niezgodności obu kategorii stwierdzonych w kosztorysach ofertowych Odwołującego w stosunku do przedmiarów robót załączonych do s.i.w.z. przez pryzmat opisanych powyżej przesłanek, dochodząc do następujących wniosków.

W ocenie Izby, z całokształtu okoliczności, w szczególności z treści i formy kosztorysów ofertowych Odwołującego, wynika, iż zostały one sporządzone przy pomocy programu komputerowego NORMA PRO z zastosowaniem w każdej pozycji numerów podstaw i opisów występujących standardowo w katalogach Kosztorysowych Norm Nakładów Rzeczowych. Wobec braku twierdzeń przeciwnych, Izba dała również w tym zakresie wiarę oświadczeniu Odwołującego złożonemu na rozprawie. Wobec tego, iż jednocześnie z treści całej oferty wynika, iż zamiarem Odwołującego było złożenie oferty na wykonanie całego przedmiotu zamówienia obejmującego przebudowę drogi dojazdu pożarowego nr 11 i nr 12 na terenie Nadleśnictwa Stare Jabłonki, opisanego nie tylko w przedmiarach robót, ale przede wszystkim w dokumentacji projektowej i specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót, to uznać należy, iż brak przeredagowania standardowych opisów pozycji KNNR na identyczne jak zawarte w SST i przedmiarach robót załączonych do s.i.w.z. ma charakter pomyłki popełnionej przez osobę sporządzającą kosztorys w programie komputerowym, niezależnie od liczby miejsc, w których została popełniona. Ponieważ nie można jednak tym pomyłkom przypisać cechy oczywistości, nie są to zatem ani oczywiste pomyłki pisarskie, ani oczywiste omyłki rachunkowe, lecz tzw. inne omyłki. Jednocześnie, w ocenie Izby, do stwierdzenia w kosztorysie ofertowym tych omyłek, nie były konieczne żadne wyjaśnienia ze strony Odwołującego, lecz wystarczyło porównanie tego kosztorysu z przedmiarem, którego dokonał Zamawiający, bezbłędnie identyfikując wszystkie rozbieżności opisów.

W ocenie Izby, poprawienie tych omyłek w celu uzgodnienia treści kosztorysu ofertowego z treścią przedmiaru załączonego do s.i.w.z. nie spowoduje istotnej zmiany treści złożonej oferty ani co do zakresu zaoferowanego świadczenia, ani w ogóle żadnej zmiany w cenie oferty. Ze złożonej oferty – kosztorysów ofertowych jednoznacznie wynika, iż Odwołujący objął nim wszystkie czynności ujęte w poszczególnych pozycjach przedmiaru robót i dokonał ich wyceny. Wynika to również ze szczegółowego uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty, w którym Zamawiający nie stwierdził braku odzwierciedlenia jakiegokolwiek pozycji przedmiarów w kosztorysach ofertowych Odwołującego. Brak cechy istotności

Sygn. akt KIO 1796/10

dokonanych zmian, pomimo, iż dotyczą opisu niemal każdej pozycji kosztorysu ofertowego wynika również z przyjęcia w postępowaniu i wzorze umowy w sprawie zamówienia publicznego zasady wynagrodzenia ryczałtowego, przy którym kosztorysy ofertowe mają *de facto* znaczenie pomocnicze i służą do skalkulowania tej ceny. Nie można co prawda stwierdzić, nawet przy wynagrodzeniu ryczałtowym, wobec wyraźnego wskazania przez Zamawiającego w s.i.w.z., iż oczekuje sporządzenia takiego kosztorysu, iż nie powinien być on sporządzony oraz odzwierciedlać nie tylko pełny zakres, ale i sposób wykonania zamówienia w zakresie użytych materiałów i technologii odpowiedniej do osiągnięcia zamierzonych rezultatów. Izba zważyła jednak, iż wskazane przez Zamawiającego na rozprawie odmienności co do technologii wykonania i użytych materiałów okazały się być pozorne, gdyż kosztorys sporządzony przez Odwołującego metodą szczegółową, zarówno w odniesieniu do materiałów (M), jak i sprzętu (S) – jest zgodny z wymaganiami dokumentacji projektowej i SST.

Z kolei w odniesieniu do wymaganego przez Zamawiającego wskazania w kosztorysie ofertowym jako podstawy kalkulacji numerów poszczególnych SST, Izba uznała, iż jest to w istocie wymóg co do formy tego kosztorysu a nie jego treści, gdyż Odwołujący sporządzając zgodnie z oczekiwaniem Zamawiającego kosztorys szczegółowy miał prawo pozostawić odniesienia do numerów KNNR na podstawie których dokonał takiej szczegółowej kalkulacji poszczególnych pozycji. Nie ma zatem potrzeby dokonania w tym zakresie żadnych zmian, gdyż nie powoduje to w żaden sposób niezgodności treści oferty z treścią s.i.w.z.

Poprawienie omyłek w opisach pozycji kosztorysów ofertowych Odwołującego jest możliwe do dokonania bez jakichkolwiek negocjacji z Odwołującym, wyłącznie na podstawie danych zawartych w złożonej przez niego przed upływem terminu składania ofert. Izba stwierdza, iż *de facto* szczegółowe wskazanie sposobu poprawienia tych rozbieżności Zamawiający już zawarł w uzasadnieniu faktycznym odrzucenia oferty Odwołującego, wobec czego wystarczy je powielić w zakresie opisów pozycji oraz zawiadomić o dokonanych poprawkach – celem dopełnienia procedury przewidzianej w przepisie art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp i uznać je za wiążące, w razie braku sprzeciwu Odwołującego.

Z uwagi na związanie Izby przepisem art. 180 ust. 2 ustawy pzp, Izba nie nakazała unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, jednak czynności tej winien dokonać Zamawiający wykonując niniejszy wyrok. Izba wskazuje przy tym, iż unieważnienie odrzucenia oferty Odwołującego oznacza konieczność dokonania ponownego badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Sygn. akt KIO 1796/10

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego przepisów art. 89 ust. 2 pkt 2 oraz art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych przez nieuzasadnione odrzucenie oferty Odwołującego, miało wpływ na wynik postępowania, gdyż co najmniej doszło do niezasadnego odrzucenia drugiej w kolejności oferty – i działając na podstawie przepisów art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 pzp – orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp oraz zgodnie z przepisem § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), uwzględniając w kosztach postępowania jako uzasadnione koszty Odwołującego wynagrodzenie jego pełnomocnika na podstawie rachunku (faktury VAT) przedłożonej do akt sprawy, ograniczając jego wysokość do 3 600 zł – zgodnie z przepisem § 3 pkt 2 lit. b przywołanego rozporządzenia.

Przewodniczący:

.....