

Sygn. akt: KIO/UZP 327/09,

KIO/UZP 341/09

WYROK

z dnia 31 marca 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Członkowie: Jolanta Markowska

Lubomira Matczuk-Mazuś

Protokolant: Magdalena Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 marca 2009 r. w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 marca 2009 r. do łącznego rozpoznania,

wniesionych przez:

A) ECOSERVICE Przedsiębiorstwo Budowlane Sp. z o.o., ul. Głowackiego 9, 65-301 Zielona Góra,

B) INSTAL KRAKÓW S.A., ul. Konstantego Brandla 1, 30-732 Kraków

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego Rejonowe Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o., ul. Jagiellońska 8, 32-500 Chrzanów protestów:

A) ECOSERVICE Przedsiębiorstwo Budowlane Sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze z dnia 3 marca 2009 r.

B) INSTAL KRAKÓW S.A. z siedzibą w Krakowie z dnia 26 lutego 2009 r.

przy udziale **XXX** zgłaszającego/zgłaszających* przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego się, oraz **XXX** po stronie zamawiającego*.

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie wniesione przez ECOSERVICE Przedsiębiorstwo Budowlane Sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze i nakazuje unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego, a także czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i powtórzenie czynności badania i oceny ofert

oraz oddala odwołanie wniesione przez INSTAL KRAKÓW S.A. z siedzibą w Krakowie.

2. Kosztami postępowania obciąża

– Rejonowe Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. z siedzibą w Chrzanowie – odwołanie sygn. akt KIO/UZP 327/09

– INSTAL KRAKÓW S.A. z siedzibą w Krakowie – odwołanie sygn. akt KIO/UZP 341/09

i nakazuje:

1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4574 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisów uiszczonych przez odwołujących się, w tym:

A koszty w wysokości 2287 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące dwieście osiemdziesiąt siedem złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **ECOSERVICE Przedsiębiorstwo Budowlane Sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze,**

B koszty w wysokości 2287 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące dwieście osiemdziesiąt siedem złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **INSTAL KRAKÓW S.A. z siedzibą w Krakowie,**

2) dokonać wpłaty kwoty 5887 zł 00 gr (słownie: pięć tysięcy osiemset osiemdziesiąt siedem złotych zero groszy) stanowiącej uzasadnione koszty strony, w tym:

A kwoty 5887 zł 00 gr (słownie: pięć tysięcy osiemset osiemdziesiąt siedem złotych zero groszy) przez **Rejonowe Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. z siedzibą w Chrzanowie** na rzecz **ECOSERVICE Przedsiębiorstwo Budowlane Sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu kosztów postępowania odwoławczego oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika,

B kwoty 00 zł 00 gr (słownie: XXX) przez **XXX** na rzecz **XXX** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu XXX,

3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: XXX) na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP, w tym

A kwoty 0 zł 0 gr (słownie: XXX) przez **XXX**

B kwoty 0 zł 0 gr (słownie: XXX) przez **XXX**

4) dokonać zwrotu kwoty 15 426 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołujących się, w tym:

A kwoty 7713 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy siedemset trzynaście złotych zero groszy) na rzecz **ECOSERVICE Przedsiębiorstwo Budowlane Sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze,**

B kwoty 7713 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy siedemset trzynaście złotych zero groszy) na rzecz **INSTAL KRAKÓW S.A. z siedzibą w Krakowie.**

Uzasadnienie

Zamawiający, Rejonowe Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o., ul. Jagiellońska 8, 32-500 Chrzanów wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Modernizacja i rozbudowa oczyszczalni Libiąż B” (nr referencyjny nadany przez Zamawiającego: PP-226-6-FS). Ogłoszenie zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych **30.12.2008 r.** Nr 381751.

327 – A.

24.02. 2009 r. zamawiający powiadomił o wyborze oferty wykonawcy konsorcjum Budownictwo Wodno-Inżynieryjne i Drogowe Sp. z o.o., ul. Batorego 19,43-200 Pszczyna i INTROL S.A., ul. Kościuszki 112, 40-519 Katowice oraz o odrzuceniu oferty wykonawcy ECOSERVICE Przedsiębiorstwo Budowlane Sp. z o.o., ul. Głowackiego 9, 65-301 Zielona Góra.

Powodem odrzucenia oferty wykonawcy ECOSERVICE Przedsiębiorstwo Budowlane Sp. z o.o., ul. Głowackiego 9, 65-301 Zielona Góra było: (1) cyt. „W załączonym do oferty kosztorysie ofertowym, przedmiar robót Nr P-6 >>Krata i piaskownik<< należało – zgodnie ze zmianą wprowadzoną pismem PP-226-6-300-FS/09 z dnia **19.01.2009 r.**, odpowiedź na pytanie 14 – wprowadzić do kosztorysu ofertowego pozycję 1A >>Demontaż zastawek, kraty, krat pomostowych<<. Wykonawca wprowadził pozycję i ją wycenił. Jednak wartość tej pozycji nie została dodana do wyceny obiektu i tym samym nie dodana do tabeli elementów scalonych, a w konsekwencji nie ujęta w cenie oferty. Wartość pominiętej w dodawaniu pozycji wynosi 1 342,86 EUR.”; (2) w kosztorysie ofertowym przedmiar robót P-2, poz.

P-2-149 i P-2-150 cyt. „Brak wyceny tych pozycji powoduje niezgodność treści oferty ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia.”.

03.03. 2009 r. wykonawca ECOSERVICE Przedsiębiorstwo Budowlane Sp. z o.o., ul. Głowackiego 9, 65-301 Zielona Góra, wniósł protest na:

1) zaniechanie zamawiającego polegające na niepoprawieniu oczywistej omyłki rachunkowej w ofercie odwołującego, względnie niepoprawieniu innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty;

2) czynność zamawiającego polegającą na bezpodstawnym odrzuceniu oferty odwołującego;

3) czynność zamawiającego polegającą na wyborze jako najkorzystniejszej oferty konsorcjum firm: Budownictwo Wodno-Inżynieryjne i Drogowe Sp. z o.o.

06.03. 2009 r. wykonawca konsorcjum Budownictwo Wodno-Inżynieryjne i Drogowe Sp. z o.o. przystąpił do postępowania wszczętego w wyniku wniesienia protestu.

09.03. 2009 r. zamawiający oddalił (omyłkowo nazywając tę czynność „odrzuceniem”) protest.

Jako podstawę odrzucenia protestu zamawiający uznał:

1) pominięcie w sumowaniu pozycji przedmiaru Nr P-6 „Krata i piaskownik” z kosztorysu ofertowego na kwotę 1 342,86 euro;

2) brak wyceny pozycji przedmiarowych nr P-2-149 i P-2-150 (kody pozycji z kosztorysu ofertowego) w kosztorysie ofertowym.

W ustawie nie zdefiniowano pojęcia oczywistej omyłki, a zamawiający nie uważa, że tego typu błąd można było zakwalifikować i poprawić jako oczywistą omyłkę ani inną omyłkę, zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 2 lub 3 Pzp. Zdaniem zamawiającego, oczywista omyłka rachunkowa powinna być widoczna od razu, na pierwszy rzut oka i nie budząca wątpliwości”.

Zamawiający dodatkowo argumentuje, iż cyt. „Na otwarciu ofert, wykonawcy otrzymali informację o cenach i zmiana ceny oferty – w tym przypadku w górę – może być dla nich niezrozumiała” oraz „Błędy rachunkowe, które nie są oczywiste, mogą być źródłem manipulacji przy przetargach”. „Pominięcie tej kwoty w połączeniu z brakiem wyceny dwóch innych pozycji przedmiarowych, może sugerować naruszenie zasad uczciwej konkurencji przez próbę zniżenia ceny ofertowej”.

Brak wyceny wyżej wskazanych elementów w kosztorysie ofertowym. Pozycje te mogą mieć istotne znaczenie, gdyż na tej podstawie została zniżona cena oferty. Dlatego zamawiający musiał odrzucić ofertę i wybrać inną ofertę, zgodnie z art. 91 ust. 1 Pzp w związku z ust. 25.4 specyfikacji.

13.03. 2009 r. wykonawca ECOSERVICE wniósł odwołanie od oddalenia protestu wniesionego na:

1) zaniechanie zamawiającego polegające na niepoprawieniu oczywistej omyłki rachunkowej w ofercie odwołującego, względnie niepoprawieniu innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty;

2) czynność zamawiającego polegająca na bezpodstawnym odrzuceniu oferty odwołującego;

3) czynność zamawiającego polegającą na wyborze jako najkorzystniejszej oferty konsorcjum firm: Budownictwo Wodno-Inżynieryjne i Drogowe Sp. z o.o.

Odwołujący zarzuca rozstrzygnięciu zamawiającego:

1) naruszenie art. 87 ust. 2 pkt 2 i 3 Pzp przez niepoprawienie oczywistej omyłki rachunkowej w ofercie odwołującego, względnie niepoprawienie innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty;

2) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 Pzp przez bezpodstawne odrzucenie oferty odwołującego;

3) naruszenie art. 91 Pzp przez dokonanie wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty z zaproponowaną ceną w kwocie 1 998 370,66 euro (z VAT), podczas gdy cena zaproponowana w ofercie odwołującego wynosiła 1 852 194,78 euro (z VAT).

Odwołujący wnosi o:

1) nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego;

2) nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę konsorcjum Budownictwo Wodno-Inżynieryjne i Drogowe Sp z o.o.;

3) nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert;

4) nakazanie zamawiającemu poprawienia oczywistej omyłki rachunkowej w ofercie odwołującego, względnie poprawienie innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty;

5) nakazanie zamawiającemu dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty spośród oferty niepodlegających odrzuceniu, tj. oferty złożonej przez odwołującego.

Ad 1. Zarzut naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 2 i 3 Pzp przez niepoprawienie oczywistej omyłki rachunkowej w ofercie odwołującego, względnie niepoprawienie innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty:

Zamawiający natknąwszy się na omyłkę w ofercie odwołującego (kosztorysie ofertowym) odrzucił ofertę. Zamawiający powinien poprawić oczywistą omyłkę rachunkową, zgodnie z

art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp. Zamawiający mógł też poprawić tę omyłkę, jako inną omyłkę polegającą na niezgodności oferty ze specyfikacją, gdyż poprawa tej omyłki nie powodowała istotnych zmian w treści oferty – art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Zdaniem odwołującego, już sam fakt, iż zamawiający był w stanie dokładnie opisać charakter omyłki, okoliczności jej popełnienia, a także pośrednio wskazać, sposób jej poprawienia, bez jakichkolwiek uprzednich wyjaśnień otrzymanych od odwołującego, świadczy o oczywistości omyłki. Nie sposób także zaprzeczyć, iż każdy racjonalnie działający wykonawca, który składa ofertę z zamiarem uzyskania zamówienia publicznego, złożyłby ofertę, w której uwzględniłby nowo dodaną pozycję 1A w Przedmiarze Robót P-6, w sumie pozycji przedmiarowych w tym Przedmiarze Robót, a także w tabeli elementów scalonych, oraz w cenie oferty.

Dalej odwołujący argumentuje, że nawet jeśli by uznać za poprawne stanowisko zamawiającego, iż popełniona omyłka rachunkowa nie ma charakteru oczywistej omyłki rachunkowej, to i tak zamawiający powinien był zastosować w tym przypadku art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp i poprawić przedmiotową omyłkę. Zmiana ceny netto oferty odwołującego o kwotę (*in plus*) 1 324,86 euro nie ma bowiem żadnego wpływu na wynik przetargu (cena zaproponowana przez odwołującego w dalszym ciągu pozostałaby ceną najniższą spośród wszystkich zaproponowanych w złożonych ofertach).

W związku z powyższym brak było jakichkolwiek przesłanek do odrzucenia przez zamawiającego oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp.

Ad 2. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 Pzp przez bezpodstawne odrzucenie oferty odwołującego:

W pkt 2 uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty odwołującego, zamawiający wskazał, iż „W załączonym do oferty kosztorysie ofertowym, przedmiar robót nr P-2 >>Budynek technologiczny<<, nie zostały wycenione pozycje P-2-149 i P-2-150. [...]. W odpowiedziach i wyjaśnieniach udzielonych Wykonawcom w toku postępowania o udzielenie zamówienia, Zamawiający nie nakazał usunięcia tych pozycji lub nie dokonania ich wyceny. Brak wyceny tych pozycji powoduje niezgodność treści oferty ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia.”.

Zgodnie z ust. 37 „Instrukcji dla Wykonawców” (będącej I częścią specyfikacji), zwanej dalej „i.d.w.”, załącznikiem nr 7 do i.d.w. jest „Wzór kosztorysu inwestorskiego”. Na końcu ust. 37 i.d.w. znajduje się również informacja, że wskazane w tabeli powyżej załączniki wykonawca wypełnia stosownie do treści ust. 14 i.d.w. (i.d.w., s. 27 i 28).

Ust. 14 pkt 3 lit. I i.d.w. (s.18 i.d.w.) stanowi zaś, cyt. „Kompletna oferta musi zawierać: kosztorys ofertowy ze wskazaniem cen jednostkowych pozycji kosztorysu oraz wartości tych pozycji w układzie zgodnym z załączonym do SIWZ przedmiarem robót. Układ kosztorysu –

wg wzoru stanowiącego załącznik nr 7 do niniejszej i.d.w. (bez części opisowej). Konieczna jest wycena wszystkich pozycji przedmiaru robót. W wycenie wyliczonej jak wyżej, należy ująć wszystkie niezbędne koszty wynikające z zapisów Kontraktu a także zaznaczyć te pozycje, które ewentualnie będą wykonywane przez podwykonawcę(-ów).”.

Tym niemniej, ust. 4 "WYCENA" akapit trzeci Załącznika nr 7 do i.d.w. (s. 4, "Wzór kosztorysu inwestorskiego"), ma brzmienie następujące, cyt.: „Ceny jednostkowe i ceny oferowane powinny być wprowadzone dla każdej pozycji Przedmiarów Robót. Pozycje robót opisanych w Przedmiarach Robót, przy których nie umieszczono żadnej stawki lub ceny, nie będą zapłacone przez zamawiającego po wykonaniu i będzie się uważało, że są pokryte przez stawki i ceny innych pozycji Przedmiarów Robót.”.

Z tych postanowień specyfikacji odwołujący wywnioskował istnienie dwóch norm: (ust. 14 pkt 3 lit. I zd. drugie i.d.w. oraz ust. 4 akapit trzeci zd. pierwsze Załącznika nr 7 do i.d.w.) oferent powinien wycenić wszystkie pozycje Przedmiarów Robót. Sankcją za brak wyceny którejkolwiek pozycji Przedmiarów Robót, nie jest – jak twierdzi Zamawiający – odrzucenie oferty, lecz – zgodnie z normą zawartą w ust. 4 akapit trzeci zd. drugie Załącznika nr 7 do i.d.w. – konieczność wykonania przez wykonawcę danej części robót bez dodatkowej zapłaty ze strony zamawiającego. Będzie się bowiem uważało, iż rzeczywista wartość niewycenionej pozycji jest pokryta przez stawki i ceny innych pozycji Przedmiarów Robót.

W pozycji Nr 149 Przedmiaru Robót P-2 wskazano pierwotnie „Pompa osadu: wydajność około 50 l/s; pompa śrubowa; płynna regulacja przepływu” (1 kpl.).

Na skutek szeregu pism zawierających wyjaśnienia zamawiającego i modyfikacje specyfikacji, można mieć – zdaniem odwołującego – wątpliwości, czy zamawiający usunął przedmiotową pozycję z Przedmiaru Robót P-2, czy też nie. Sam zamawiający w swoim piśmie z dnia 24 lutego 2009 r. podniósł, iż „nie nakazał usunięcia tych pozycji”, jednak kwestia ta nie jest jednoznacznie rozstrzygnięta.

W piśmie Zamawiającego nr PP-226-6-300 FS/09 z dnia 19 stycznia 2009 r., na pytanie 13 o treści "Przedmiar robót Nr P-10 Poz. 31 >>Pompownia osadu z komory KOC...<< oraz Przedmiar robót NR P-2 Poz. 149 >>Pompa osadu...<< >>czy w ww. pozycjach są zawarte te same urządzenia czy pozycje zostały powtórzone”, Zamawiający udzielił odpowiedzi o treści „Jak w odp. na pyt. 12.”. Z kolei, na pytanie 12 o treści „Przedmiar robót NR P-10 poz. 31 >>Pompownia osadu z komory KOC...<< brak opisu ww. urządzenia w ST-03.01 Urządzenia technologiczne i rozruch”, zamawiający udzielił następującej odpowiedzi: „Usunąć pozycję z przedmiaru”. Dodatkowo, na pytanie nr 5 o treści: „Przedmiar robót Nr P-2 poz. 149 >>Pompa osadu...<< oraz ST-03.01 >>Urządzenia technologiczne i rozruch<< opisane parametry urządzeń są różne. Które parametry są obowiązujące?”, udzielono następującej odpowiedzi: " Obowiązujące parametry z STWiORB ST-03.01”.

Zamawiający udzielił rozbieżnych odpowiedzi, z czego zdawał sobie sprawę – treść pisma zamawiającego nr PP-226-6-784 FS/09 z dnia 4 lutego 2009 r., cyt.: "W odpowiedziach z dnia 19.01.2009 r. napytania nr 12 i nr 80 oraz z dnia 02.02.2009 r. na pytanie nr 3 występują rozbieżności."

Z powyższego wynika, iż zamawiający wpierw usunął z Przedmiaru Robót P-10 >>Pompownia osadu z komory KOC<< (pozycja P-10-31), a następnie, na skutek pytań wykonawców, dodał na końcu tego Przedmiaru Robót, nową pozycję >>Pompa osadu z KSO do ZO<< (pozycja P-10-35).

Z uwagi na rozbieżności, odwołujący nie dokonał wyceny pozycji P-2-149, albowiem wydawało mu się, iż pompa wskazana w jednej pozycji została zastąpiona przez pompę wskazaną w nowo dodanej pozycji P-10-35. Tym niemniej, z uwagi na fakt, iż odwołujący nie miał co do tego stuprocentowej pewności, „z ostrożności procesowej” pozostawił w Przedmiarze Robot P-2 nieusuniętą pozycję nr 149 tak, aby móc zachować zgodność z postanowieniami specyfikacji, gdyby okazało się, że zamawiający jednak nie usunął pozycji P-2-149 (s. 46 oferty odwołującego).

W takim przypadku, wobec niewypełnienia pozycji Przedmiaru Robót – zdaniem odwołującego – należałoby zastosować sankcję określoną w pkt 4 akapit trzeci zd. drugie Załącznika nr 7 do i.d.w., tj. konieczność wykonania robót objętych pozycją P-2-149 bez dodatkowej zapłaty od zamawiającego. Jeżeli zaś zamawiający doszedłby do wniosku, iż jednak nakazał usunięcie pozycji P-2-149, wówczas działając w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 powinien poprawić omyłkę w treści oferty odwołującego i usunąć przedmiotową pozycję Przedmiaru Robót P-2. Ponieważ kwota wymieniona w tej pozycji to 0 euro, takie poprawienie omyłki w treści oferty z całą pewnością nie byłoby istotną zmianą jej treści, a co najważniejsze – nie miałyby żadnego wpływu na wysokość zaoferowanej przez odwołującego ceny.

W rozstrzygnięciu protestu zamawiający podniósł, iż cyt. „Odnosnie pozycji przedmiarowej Nr 149 Przedmiaru Robót P-2 (P-2-149) i odpowiedzi udzielonych przez Zamawiającego należy stwierdzić, że Protestujący [odwołujący] dobrze odczytał odpowiedzi Zamawiającego i nie usunął pozycji przedmiaru P-2-149. Dowodzi to, iż udzielone odpowiedzi na pytania Wykonawców były dla nich zrozumiałe."

Odwołujący stwierdza, że udzielone przez zamawiającego odpowiedzi, w ramach których dokonywano również modyfikacji specyfikacji, były wyjątkowo niejasne i niezrozumiałe, zwłaszcza w odniesieniu do pozycji Przedmiarów Robót P-10-31 oraz P-2-149.

Pozycja Nr 150 Przedmiaru Robót P-2 obejmuje „Zestaw hydroforowy o wydajności około 4 m³/h" (1 kpl.). Wartość tej pozycji została przez odwołującego uwzględniona w cenie jednostkowej pozycji Nr 146 Przedmiaru Robót P-2 „Prasa taśmowa...”. Zestaw hydroforowy

jest bowiem integralną częścią tej prasy taśmowej i jako taki został przez odwołującego wyceniony – s. 46 oferty odwołującego.

W rozstrzygnięciu protestu zamawiający podniósł, że „Twierdzenie Protestującego, iż wartość pozycji nr 150 przedmiaru robót P-2 obejmująca >>Zestaw hydroforowy o wydajności około 4 m³/h<< 1 kpl została ujęta w wycenie pozycji nr 146 Przedmiaru Robót P-2 >>Prasa taśmowa...<< (P-2-150) nie znajduje potwierdzenia w opisie tejże pozycji. Wnoszący protest nie zadbał o takie wypełnienie kosztorysu ofertowego, które pozwoliłoby Zamawiającemu uznać twierdzenie Protestującego.”.

W treści specyfikacji technicznej ST-03.01 URZĄDZENIA TECHNOLOGICZNE I ROZRUCH, do której odsyła opis pozycji P-2-150 Przedmiaru Robót, ww. zestaw hydroforowy nie został wskazany jako osobne urządzenie. Zgodnie z punktem 2.3 ST-03.01 (str. 200), „Maszyny i urządzenia winny być dostarczone kompletne z wyposażeniem i osprzętem do zamontowania (zgodnie z Szczegółową Specyfikacją Techniczną) jako indywidualne jednostki funkcjonalne.”. Informację o wskazanym w pozycji 150 przedmiarze P-2 (P-2-150) urządzeniu tj. zestawie hydroforowym, zawarto wyłącznie w Dokumentacji Projektowej – branża technologiczna Rysunki o numerach 2, 3, 4 i S (urządzenie oznaczone „5”).

Odwołujący wie że do płukania taśmy filtracyjnej prasy taśmowej niezbędna jest znaczna ilość wody (nawet kilka lub kilkanaście m³/h). Ze względów ekonomicznych do ww. celu najczęściej używa się ścieków oczyszczonych, które otrzymuje się „za darmo”, wymagają one jednak wytworzenia odpowiedniego (wymaganego przez producenta prasy taśmowej) ciśnienia przy żądanym przepływie. Zatem, odwołujący, w celu osiągnięcia właściwego efektu, który polega na skutecznym płukaniu taśmy filtracyjnej, a w konsekwencji pełnej wydajności pras filtracyjnych przy założonym efekcie odwodnienia, poprosił dostawcę prasy o ofertę kompleksową, zawierającą oprócz urządzenia głównego (prasy taśmowej) skompletowanie i zaoferowanie wszystkich urządzeń towarzyszących niezbędnych do właściwej pracy urządzenia takich jak np.:

- pompa podająca osad do prasy,
- autonomiczna automatyka,
- stacja przygotowania polielektrolitu,
- zestaw hydroforowy zapewniający prawidłowe płukanie taśmy filtracyjnej.

W świetle tych faktów i wyjaśnień odwołującego jest oczywiste, że poz. P-2-146 „Prasa taśmowa: wydajność 6-10 m³/h; odwodnienie osadu min. 18%; szerokość taśmy 1200 mm; pompa odśrodkowa Q = około 6 m³/h do płukania prasy; stacja przygotowania polielektrolitu z zbiornikiem, pompą dozującą i mieszadłem; szafa sterownicza PRO; szafa sterownicza PEL” powinna zawierać i zawiera kompletne urządzenie z wyposażeniem i osprzętem, jako indywidualną jednostką funkcjonalną, tak jak żądał tego zamawiający.

Mając na uwadze fakt, iż zamawiający nie dopuścił do modyfikacji treści Przedmiaru Robót, Odwołujący uwzględnił zawartość pozycji P-2-150 w pozycji P-2-146 bez dokonywania zmian w treści Przedmiaru Robót. W związku z posiadaną wiedzą o cenie „Prasy taśmowej” – 1 komplet (zawierającej zestaw hydroforowy), odwołujący uznał za zbędne sztuczne wydzielenie ceny zestawu hydroforowego, które to wydzielenie miałyby służyć jedynie wpisaniu tak stworzonej wartości do pozycji P-2-150.

Stąd też nie ma, zdaniem odwołującego, przeszkód odnośnie zastosowania przez zamawiającego sankcji za brak wyceny pozycji Przedmiaru Robót określonej w pkt 4 akapit trzeci zd. drugie Załącznika nr 7 do i.d.w., tj. konieczności wykonania robót objętych pozycją P-2-150 bez dodatkowej zapłaty od zamawiającego.

W rozstrzygnięciu protestu, zamawiający nie odniósł się do kwestii rzekomej niezgodności treści oferty odwołującego z treścią specyfikacji, podnosząc natomiast, iż „Podane w ofertach pozostałych Wykonawców ceny dla pozycji: P-2-149 zawierała się w przedziale od 1 842,11 EUR do 3 705,00 EUR, a w przypadku pozycji P-2-150 w przedziale od 438,75 EUR do 7 647,06 EUR. Zakres wycen podany w ofertach wskazuje, że pozycje te mogą mieć istotne znaczenie w ostatecznej cenie oferty. Brak wyceny tych pozycji w ofercie Wykonawcy zaniża cenę oferty.”.

Cena netto (bez VAT) oferty odwołującego wynosi 1 518 192 EUR (przed poprawieniem oczywistej omyłki rachunkowej), zaś cena netto drugiej w kolejności oferty (również odrzuconej przez zamawiającego) złożonej przez INSTAL Kraków wynosi 1 582 607 EUR. Cena netto oferty wybranej przez zamawiającego jako oferta najkorzystniejsza wynosi 1 638 000 EUR. Jak widać z powyższego, różnice w cenie netto oferty odwołującego w odniesieniu do pozostałych ofert wynoszą odpowiednio ponad 60 tysięcy EUR oraz prawie 120 tysięcy EUR. Odwołujący stwierdza, że bezzasadne są podnoszone przez zamawiającego argumenty, iż ceny pozycji P-2-149 i P-2-150 mogły (bądź też miały) istotne znaczenie w ostatecznej cenie oferty.

Brak jest jakichkolwiek przesłanek do uznania, iż oferta odwołującego powinna była zostać odrzucona przez zamawiającego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, jako nieodpowiadająca treści specyfikacji. Świadczy o tym także brak w rozstrzygnięciu protestu merytorycznie adekwatnych argumentów zamawiającego dotyczących niezgodności treści oferty odwołującego z treścią specyfikacji.

Zarzut naruszenia art. 91 Pzp przez dokonanie wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty z zaproponowaną ceną w kwocie 1 998 370,66 euro (z VAT), podczas gdy cena zaproponowana w ofercie odwołującego wynosiła 1 852 194,78 euro (z VAT):

Ponieważ, jak wskazano powyżej, brak było podstaw prawnych i faktycznych do odrzucenia oferty odwołującego, dokonany przez zamawiającego wybór najkorzystniejszej oferty jest niezgodny z art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z ust. 25.4 i.d.w.

Jedynym kryterium oceny ofert jest cena (pkt 25.2 i.d.w.). Wykonawca konsorcjum: Budownictwo Wodno-Inżynieryjne i Drogowe Sp z o.o. złożył ofertę za cenę 1 998 370,66 euro (z VAT), podczas gdy odwołujący złożył ofertę za cenę 1 852 194,78 euro (z VAT).

Na podstawie zgromadzonych dokumentów w aktach sprawy, dokumentacji postępowania oraz po wysłuchaniu stron na rozprawie, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Odwołujący legitymuje się interesem prawnym do wnoszenia środków ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 Pzp

W zakresie zarzutu pierwszego – naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 2 lub 3 Pzp przez niepoprawienie oczywistej omyłki rachunkowej w ofercie odwołującego, względnie niepoprawienie innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty – Krajowa Izba Odwoławcza podzieliła zarzut odwołującego, że zamawiający naruszył art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp przez niepoprawienie oczywistej omyłki rachunkowej w ofercie odwołującego.

Odnosnie pozycji P-6, strony zgadzają się, że wystąpiła omyłka rachunkowa, jednak występuje wątpliwość, czy jest to oczywista omyłka rachunkowa, czy też omyłka nieoczywista, a więc niepodlegająca poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp. W przypadku działania komisji musi ona sprawdzić wszystkie wyliczenia i uwzględnić poprawki, które wynikają z konieczności zastosowania przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych. Zamawiający stwierdził, że brak dodania ceny z pozycji P-6 do ogólnej sumy ceny ofertowej sprawia, że cena ta jest mniejsza o 1 342,86 euro.

Zamawiający sam, dokonał odpowiednie obliczenia i porównania załączonych do oferty formularzy czyli sprawdził wykonane przez odwołującego działania zgodnie ze schematem zawartym w specyfikacji. Następnie zamawiający wartości za poszczególne elementy zsumował dla każdego przedmiaru osobno, a potem przeniósł do tabeli elementów scalonych, a potem sumę przeniósł do formularza ofertowego. Ze sprawdzenia tego uzyskał pewność, że odwołujący w sumowaniu pominął kwotę 1 342,86 euro i o taką sumę podał mniejszą cenę ofertową. Zamawiający dokładnie doszedł do miejsca powstania omyłki i scharakteryzował je w piśmie informującym o odrzuceniu oferty odwołującego – pismo znak PP-226-6-FS1327/09 z 24.02.2009 r., cyt. „W załączonym do oferty kosztorysie ofertowym, przedmiar robót Nr P-6 >>Krata i piaskownik<< należało – zgodnie ze zmianą wprowadzoną

pismem PP-226-6-300-FS/09 z dnia **19.01.2009 r.**, odpowiedź na pytanie 14 – wprowadzić do kosztorysu ofertowego pozycję 1A >>Demontaż zastawek, kraty, krat pomostowych<<. Wykonawca wprowadził pozycję i ją wycenił. Jednak wartość tej pozycji nie została dodana do wyceny obiektu i tym samym nie dodana do tabeli elementów scalonych, a w konsekwencji nie ujęta w cenie oferty. Wartość pominiętej w dodawaniu pozycji wynosi 1 342,86 EUR.”

Zgodnie z najnowszymi poglądami doktryny ukształtowanymi zwłaszcza po nowelizacji z 04.09.2008 r. należy w nowy sposób podchodzić do kwestii omyłki rachunkowej, cyt. „Omyłka rachunkowa w obliczaniu ceny oznacza omyłkę rachunkową, która dotyczy obliczenia ceny, przy czym musi mieć ona charakter oczywisty. Jeżeli charakter omyłki i okoliczności jej popełnienia wskazują, iż każdy racjonalnie działający wykonawca, który składa ofertę z zamiarem uzyskania zamówienia publicznego, złożyłby ofertę o odmiennej (poprawnej) treści, można uznać iż omyłka ma charakter oczywisty (J. Sadowy, „Prawo zamówień publicznych po nowelizacji z dnia 4 września 2008 r.”, UZP 2008, s. 117).

Biorąc pod uwagę tę interpretację należy uznać, za oczywistą omyłkę rachunkową brak dodania do ogólnej sumy stanowiącej w efekcie cenę ofertową jednej z kwot wykazanych w przedmiarze, tym bardziej, że to właśnie sam zamawiający – bez żądania wyjaśnień – doszedł do powodu powstania takiej omyłki. Podobnie stanowi wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 21 stycznia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 20/09), cyt. „Oczywistą omyłką rachunkową jest widoczny, niezamierzony błąd rachunkowy popełniony przez wykonawcę, który polega na uzyskaniu nieprawidłowego wyniku działania arytmetycznego, a w szczególności błędne zsumowanie lub odjęcie poszczególnych pozycji.”. Jak z tego wynika błąd ten nie musi być błędem „rzucającym się w oczy”, ale musi być zauważalnym podczas sprawdzania obliczeń. A zamawiający jest m.in. obowiązany do sprawdzenia obliczeń i poprawienia oczywistych omyłek rachunkowych, co wynika z art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp.

W rozpoznawanym przypadku zamawiający dokonał sprawdzenia obliczeń i znalazł miejsce, w którym odwołujący popełnił omyłkę, jednak zaniechał poprawienia oczywistej omyłki rachunkowej czyli uchybił dyspozycji art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp. Wobec powyższego skład orzekający Izby uznał, że zarzut odwołującego jest zasadny i nakazuje zamawiającemu dokonania poprawy oczywistej omyłki rachunkowej w zakresie dodania do sumarycznej ceny ofertowej kwoty kosztów wykazanych w poz. P-6 w wysokości 1 342,86 euro.

Wobec uznania przez skład orzekający Izby, że zamawiający naruszył art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp zarzut naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp stał się bezprzedmiotowy i nie był rozpoznawany, jako zarzut sformułowany przez odwołującego jako zarzut ewentualny.

Na marginesie należy zauważyć, że nie ma sprzeczności w przepisach nakazujących odczytanie ceny podczas otwarcia ofert, zgodnie z art. 86 ust. 4 Pzp, oraz nakazujących

podanie nawet innej ceny wybranej oferty, zgodnie z art. 92 Pzp. Jednak zamawiający powiadamiając o cenie wybranej oferty powinien uzasadnić różnicę (o ile taka wystąpi) między ceną odczytaną podczas otwarcia ofert, a finalną ceną oferty wybranej. Mieści się to w zakresie obowiązku przedstawienia uzasadnienia wyboru oferty i streszczenia oceny i porównania złożonych ofert, o czym stanowi art. 92 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 Pzp.

W zakresie zarzutu bezpodstawnego odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp – Krajowa Izba Odwoławcza podziela zarzut odwołującego, że zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, gdyż – w związku z postanowieniem ust. 4 "WYCENA" akapit trzeci Załącznika nr 7 do i.d.w. – nie wystąpiły przesłanki do odrzucenia oferty.

To zamawiający w specyfikacji określa reguły jakimi muszą się kierować wykonawcy sporządzający oferty oraz tymi samymi regułami będzie musiał się kierować zamawiający podczas badania i oceny ofert.

W rozpoznawanej sprawie sam zamawiający doprecyzował okoliczności, w których będzie zobowiązany do określonego zinterpretowania deklaracji zawartych w ofercie. Otóż zamawiający nakazał w ust. 4 "WYCENA" akapit trzeci zdanie pierwsze Załącznika nr 7 do i.d.w. (s. 4, "Wzór kosztorysu inwestorskiego"), cyt.: „Ceny jednostkowe i ceny oferowane powinny być wprowadzone dla każdej pozycji Przedmiarów Robót.”. I niezwłocznie w zdaniu drugim określił regułę, którą będzie się kierować w przypadku pominięcia przez wykonawcę ceny, cyt.: „Pozycje robót opisanych w Przedmiarach Robót, przy których nie umieszczono żadnej stawki lub ceny, nie będą zapłacone przez zamawiającego po wykonaniu i będzie się uważało, że są pokryte przez stawki i ceny innych pozycji Przedmiarów Robót.”.

Tak też postąpił odwołujący – w pozycjach P-2-149 i P-2-150 nie umieścił żadnej ceny, bo tak należy czytać cenę 0 euro. Odwołujący nie miał pewności co do postanowień specyfikacji zmodyfikowanych w sposób lakoniczny zwłaszcza w odpowiedziach na pytania 5, 12 i 13 w piśmie z 19.01.2009 r. Mimo braku pewności co do treści specyfikacji, odwołujący podjął ryzyko zastosowania ceny 0 euro w kwestionowanych pozycjach, gdyż odwołujący miał pełną świadomość konsekwencji tak pominiętej ceny, czyli że zamawiający nie zapłaci po wykonaniu za te pozycje i będzie uważał, że elementy te pokryte zostały przez stawki i ceny innych pozycji Przedmiarów Robót. Dlatego zamawiający nie zdecydował się na żądanie dodatkowych wyjaśnień, gdyż zdawał sobie sprawę, że wstawienie ceny 0 euro nie może przynieść dla niego negatywnych konsekwencji, gdyż i tak pozycje te wycenił: w pozycji P-10-35 (cena za poz. P-2-149) ze względu na zawarcie ceny za pozycję P-2-149 w pozycji nowo dodanej decyzją zamawiającego i w poz. P-2-146 (cena za poz. P-2-150) ze względu na zawarcie tam ceny za komplet urządzeń obejmujący również cenę za przedmiot określony w poz. P-2-150.

Wobec niewypełnienia pozycji Przedmiaru Robót – zdaniem odwołującego – należałoby zastosować sankcję określoną w pkt 4 akapit trzeci zd. drugie Załącznika nr 7 do i.d.w., tj. zobligować odwołującego do wykonania robót objętych pozycjami P-2-149 i P-2-150 bez żadnej zapłaty przez zamawiającego.

Zamawiający zarzucił, że jeżeli odwołujący pominął w wycenie kwestionowane pozycje to powinien o tym zamieścić jakąkolwiek wzmiankę w ofercie. Jednak sam zamawiający nie ustanowił takiego wymogu w specyfikacji, ani taki wymóg nie wynika z żadnych przepisów prawa, a w tym ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych. Zamawiający nie miał prawa ustanawiać takiego wymogu po terminie składania ofert. W związku z tym skład orzekający Izby uznał, że zamawiający bezpodstawnie odrzucił ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Również zastosowanie ceny 0 euro w kwestionowanych pozycjach nie miało żadnego wpływu na cenę ofertową i w związku z tym – zdaniem składu orzekającego Izby – także odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp. było bezpodstawne. Jak wynika z tej analizy zarzut odwołującego zasługuje na uznanie i Krajowa Izba Odwoławcza uznaje, że odrzucenie oferty odwołujący było bezzasadne i zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 Pzp.

Na marginesie należy zauważyć, że wstawienie przez odwołującego ceny 0 euro za kwestionowane pozycje, czyli sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu nie może być w rozpoznawanym przypadku potraktowane jako czyn nieuczciwej konkurencji, gdyż zastosowanie przez odwołującego ceny 0 euro nie miało na celu eliminację innych przedsiębiorców, a tylko było wynikiem mniej lub bardziej udolnego zastosowania się odwołującego do postanowień specyfikacji. W związku z tym nie zostały spełnione wszystkie przesłanki uznania tego czynu, jako czynu nieuczciwej konkurencji, zgodnie z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503, z 2002 r. Nr 197, poz. 1661, z 2004 r. Nr 96, poz. 959, Nr 162, poz. 1693 i Nr 172, poz. 1804, z 2005 r. Nr 10, poz. 68 oraz z 2007 r. Nr 171, poz. 1206).

W związku z powyższym, wobec potwierdzenia się okoliczności zarzut naruszenia przepisów art. 87 ust. 2 pkt 2 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 Pzp należy uznać za zasadny.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 191 ust. 1, 1a i 2 pkt 1 i 2 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp w zw. z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz

rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 oraz z 2008 r. Nr 182, poz. 1122), uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w kwocie 3 600,00 zł.

341 – B.

24.02. 2009 r. zamawiający powiadomił o wyborze oferty wykonawcy konsorcjum Budownictwo Wodno-Inżynieryjne i Drogowe Sp. z o.o., ul. Batorego 19,43-200 Pszczyna i INTROL S.A., ul. Kościuszki 112, 40-519 Katowice oraz o odrzuceniu oferty wykonawcy Instal Kraków S.A., ul. K. Brandta 1, 30-732 Kraków. Powodem odrzucenia oferty było – zdaniem zamawiającego – art. 89 ust. 1 pkt 2 i pkt 6 Pzp, gdyż treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji i zawiera błąd w obliczeniu ceny.

26.02. 2009 r. wykonawca Instal Kraków S.A., ul. K. Brandta 1, 30-732 Kraków, wniósł protest.

Protestujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 i pkt 6 Pzp, w związku z odrzuceniem oferty odwołującego pomimo, iż treść oferty odpowiadała treści specyfikacji i nie zawierała błędów w obliczeniu ceny.

Protestujący wnosi o powtórzenie czynności oceny oferty, przywrócenie jej do postępowania przetargowego, a następnie ponowne przeprowadzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

02.03. 2009 r. wykonawca konsorcjum Budownictwo Wodno-Inżynieryjne i Drogowe Sp. z o.o. przystąpił do postępowania toczącego się na skutek wniesienia protestu.

13.03. 2009 r. wykonawca Instal Kraków S.A., ul. K. Brandta 1, 30-732 Kraków, wniósł odwołanie.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 i pkt 6 Pzp, w związku z odrzuceniem oferty odwołującego pomimo, iż treść oferty odpowiadała treści specyfikacji i nie zawierała błędów w obliczeniu ceny.

Odwołujący wnosi o powtórzenie czynności oceny oferty, przywrócenie jej do postępowania przetargowego, a następnie ponowne przeprowadzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Podstawą odrzucenia oferty było usunięcie z kosztorysu ofertowego pozycji przedmiaru nr P-2-149. Jednak zamawiający w sposób jednoznaczny w udzielonej przez siebie odpowiedzi na pytanie nr 13 nakazał zastosowanie tej samej czynności, jaką polecił wykonać w stosunku do pytania nr 12, a mianowicie na postawione przez jednego z wykonawców

pytanie nr 13, wskazał, aby zachować się, cyt.: „jak w odpowiedzi na pyt. 12”, w której to nakazał, aby, cyt.: „usunąć pozycję z przedmiaru”.

Dyspozycja Zamawiającego była dla odwołującego jednoznaczna i kategoryczna, gdyż nakazywała usunięcie również pozycji, o których była mowa w pytaniu nr 13.

Postępując zgodnie z poleceniem zamawiającego, odwołujący wykreślił z kosztorysu ofertowego pozycję przedmiarową P-2-149.

Odwołujący nie zgadza się ze stwierdzeniem zamawiającego, przedstawionym w uzasadnieniu odrzucenia protestu, iż odpowiedzi na pytanie nr 13 nie można w żaden sposób interpretować jako polecenia usunięcia pozycji przedmiaru P-2-149. Polecenie usunięcia tej pozycji wynika wprost z wydanej przez zamawiającego dyspozycji, aby postąpić, tak samo jak w odpowiedzi na pytanie nr 12, czyli usunąć z przedmiaru.

Zdaniem odwołującego, nie ma znaczenia, jak próbuje to uzasadnić Zamawiający, iż pytanie nr 13 jest pytaniem dwuczłonowym, w którym powołano się na dwie pozycje przedmiarowe i jego dyspozycja dotyczy usunięcia tylko jednej z tych pozycji, a mianowicie P-10-31, gdyż odpowiedź nie wyłączająca jednej z tych pozycji z polecenia usunięcia, wobec odesłania do odpowiedzi na pytanie nr 12, dotyczy w tym przypadku wszystkich pozycji o których mowa w pytaniu nr 13.

W związku z tym należy stwierdzić, że odwołujący poniósł negatywne konsekwencje na skutek zastosowania się do polecenia zamawiającego, czyli oferta odwołującego została odrzucona. A – zdaniem odwołującego oferta ta została przygotowana zgodnie z wymogami specyfikacji.

Nie jest obowiązkiem odwołującego odgadywanie intencji zamawiającego (w uzasadnieniu do odrzucenia protestu zamawiający pisze, iż cyt.: „Nie było intencją Zamawiającego usunięcie tej pozycji przedmiarowej.” Wykonawca jest obowiązany stosować się do postanowień zamawiającego, a zamawiający jest obowiązany przeprowadzić postępowanie w sposób jednoznaczny. Jakikolwiek niewłaściwości w postępowaniu zamawiającego nie mogą obciążać wykonawców i nie mogą skutkować odrzuceniem ofert wykonawców.

Zamawiający analizując pytania otrzymane od wykonawców zauważył, że te same urządzenia zostały ujęte w dwóch różnych pozycjach przedmiaru. Stąd polecenie – w odpowiedzi na pytanie nr 12 – aby usunąć pozycję przedmiaru, o którą pytał wykonawca, mimo, że pytanie nr 12 dotyczyło braku opisu w STWiORB urządzenia wymienionego w przedmiarze robót – pozycja P-10-31, a nie tego czy należy tę pozycję usunąć.

Pytanie nr 13 jest pytaniem dwuczłonowym, w którym powołano się na dwie pozycje przedmiarowe: P-10-31 i P-2-149:

a) czy w tych pozycjach zawarte są te same urządzenia?

b) czy pozycje zostały powtórzone?

Odpowiedź zamawiającego, dotycząca usunięcia pozycji przedmiarowej P-10-31 w odpowiedzi na pytanie nr 12, powoduje, że odpowiedź na pytanie nr 13 staje się bezprzedmiotowa. Stąd odpowiedź w pytaniu nr 13, zwracająca na to uwagę i odsyła do pytania i odpowiedzi na pytanie nr 12. Zamawiający w odpowiedziach na pytania dokładnie wskazywał, które pozycje przedmiaru należy usunąć lub dodać. Odpowiedzi na pytanie nr 13 nie można w żaden sposób interpretować jako polecenie usunięcia pozycji przedmiaru P-2-149. Zamawiający dodaje, że odnośnie pozycji przedmiaru P-2-149 wykonawca otrzymał wyjaśnienia przy odpowiedzi na pytanie nr 5 w tym samym piśmie z dnia 19.1.2009 r. W odpowiedzi na pytanie nr 5, zamawiający potwierdził, że dla pompy osadu z pozycji przedmiaru P-2-149 obowiązują parametry podane, w STWiORB ST-03.01. Odpowiedź ta wskazuje, że nie było intencją zamawiającego usunięcie tej pozycji przedmiarowej. Odpowiedzi na pytania wykonawców tworzą pewną całość i nie można ich interpretować wyrywkowo. Zamawiający udzielając odpowiedzi na pytania starał się aby odpowiedzi na pytania nie kolidowały ze sobą. Jeżeli takie przypadki się zdarzyły, to wykonawcy mogli zadawać i zadawali pytania z prośbą o wyjaśnienie.

Spośród 6 ofert, które otrzymał Zamawiający, 4 wykonawców właściwie nie skreśliło pozycji przedmiaru nr P-2-149, a więc odpowiedzi na pytania udzielone przez zamawiającego były zrozumiałe.

Na podstawie zgromadzonych dokumentów w aktach sprawy, dokumentacji postępowania oraz po wysłuchaniu stron na rozprawie, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Odwołujący legitymuje się interesem prawnym do wnoszenia środków ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 Pzp. Należy bowiem zauważyć, że wybór oferty najkorzystniejszej do czasu ostatecznego rozstrzygnięcia protestu może być wzruszony.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 i pkt 6 Pzp, w związku z odrzuceniem oferty odwołującego pomimo, iż treść oferty, zdaniem odwołującego, odpowiadała treści specyfikacji i nie zawierała błędu w obliczeniu ceny – Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że nie podziela zarzutu odwołującego, iż zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 i pkt 6 Pzp.

Podstawą odrzucenia oferty było usunięcie z kosztorysu ofertowego pozycji przedmiaru nr P-2-149. Zdaniem odwołującego, zamawiający w udzielonej przez siebie odpowiedzi na pytanie nr 13 nakazał zastosowanie tej samej czynności, jaką polecił wykonać w stosunku do pytania nr 12, a mianowicie na postawione przez jednego z wykonawców pytanie nr 13,

wskazał, aby zachować się, cyt.: „jak w odpowiedzi na pyt. 12”, w której to nakazał, aby, cyt.: „usunąć pozycję z przedmiaru”. Dyspozycja zamawiającego była dla odwołującego jednoznaczna oraz kategoryczna i nakazywała usunięcie obu pozycji, o których była mowa w pytaniu nr 13. Postępując zgodnie z poleceniem zamawiającego, odwołujący wykreślił z kosztorysu ofertowego pozycję przedmiarową P-2-149.

Zdaniem składu orzekającego Izbyże zarzut odwołującego, że zamawiający odpowiedziami na pyt. 12 i 13 pismem PP-226-6-300-FS/09 z 19.01.2009 r. zadysponował, aby z kosztorysu ofertowego wykreślić poz. P-2-149 nie zasługuje na uznanie w świetle analizy całego pisma z 19.01.2009 r., a zwłaszcza pytań i odpowiedzi nr 5, 12 i 13, które brzmią, cyt.:

„Pytanie 5: Przedmiar robót NR P-12 Poz. 149. „Pompa osadu...” oraz ST03.01 Urządzenia technologiczne i rozruch – opisane parametry urządzeń są różne. Które parametry są obowiązujące?”

Odpowiedź: Obowiązujące są parametry z STWiORB ST-03.01.

Pytanie 12: Przedmiar robót NR P-10 Poz. 31. „Pompownia osadu z komory KOC ...” – brak opisu ww. urządzenia w ST03.01 Urządzenia technologiczne i rozruch.

Odpowiedź: Usunąć pozycję z przedmiaru.

Pytanie 13: Przedmiar robót NR P-10 Poz. 31 „Pompownia osadu z komory KOC...” oraz Przedmiar robót NR P-2 Poz. 149 „Pompa osadu...” – czy w ww. pozycjach są zawarte te same urządzenia czy pozycje zostały powtórzone?

Odpowiedź: jak w odp. na pyt. 12.”.

Zamawiający w odpowiedzi na pyt. 5 odnosi się do poz. P-2-149. Gdyby zamawiający zamierzał, aby wykonawcy wykreślili tę pozycję nie mógłby sformułować w ten sposób swojej odpowiedzi. Ponadto branie pod uwagę tylko odpowiedzi na pyt. 12, bez przeanalizowania treści pytania nie może być wskazane jako właściwe działanie. Dodatkowo należy zauważyć, że odpowiedź na pyt. 12 została sformułowana w liczbie pojedynczej, a w pytaniu nr 13 występują dwie pozycje. Dlatego wykonawca powinien uznać, że odpowiedź dotyczy tylko jednego przedmiotu. Wobec pojawienia się wątpliwości u odwołującego dotyczących zakresu wykreśleń pozycji z kosztorysu ofertowego nic nie stało na przeszkodzie, aby odwołujący wystosował do zamawiającego kolejne żądanie wyjaśnień specyfikacji. Od przesłania odpowiedzi w dniu 19.01.2009 r. do upływu terminu składania ofert minęło jeszcze około 20 dni (termin składania ofert upłynął 10.02.2009 r.), dlatego wykonawcy mogli jeszcze żądać wyjaśnień specyfikacji.

Wobec tego skład orzekający Izby uznał, że wybiórcze i do tego częściowe branie pod uwagę odpowiedzi zamawiającego nie może zostać uznane za właściwe i odwołujący

powinien stosować się do całej treści specyfikacji, a w tym do wyjaśnień, modyfikacji i zaniechań modyfikacji specyfikacji.

W związku z tym skład orzekający Izby uznał postępowanie zamawiającego, polegające na skonstatowaniu, że odwołujący w sposób bezpodstawny wykreślił jedną z pozycji kosztorysu ofertowego i wobec tego jego oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, za właściwe. Ze względu na zaoferowanie innego zakresu świadczenia ofertowego przez pominięcie jednej z pozycji kosztorysu ofertowego w ofercie odwołującego zasadne jest stwierdzenie zamawiającego, że oferta ta podlega odrzuceniu, zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, gdyż treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji. Ponadto ze względu na brak możliwości dokonania poprawy tej oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, gdyż w ofercie, ani w dokumentacji postępowania brak jest podstaw do wyceny brakującej pozycji, skład orzekający Izby stwierdza, że postępowanie zamawiającego polegające na odrzuceniu oferty odwołujący jest uzasadnione.

Również zamawiający nie mógł w rozpoznawanym przypadku zastosować ust. 4 "WYCENA" akapit trzeci zdanie drugie Załącznika nr 7 do i.d.w. (s. 4, "Wzór kosztorysu inwestorskiego"). Postanowienie to ma brzmienie, cyt.: „Pozycje robót opisanych w Przedmiarach Robót, przy których nie umieszczono żadnej stawki lub ceny, nie będą zapłacone przez zamawiającego po wykonaniu i będzie się uważało, że są pokryte przez stawki i ceny innych pozycji Przedmiarów Robót.”. Jak z przytoczonej treści wynika, postanowienie odnosi się do pozycji, przy których nie umieszczono żadnej stawki lub ceny, a nie do pozycji, które wykonawca wykreślił.

Reasumując – skład orzekający Izby – stwierdza, że zamawiający nie naruszył przepisów art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 Pzp i w związku z tym zarzut odwołującego podlega oddaleniu.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 191 ust. 1 Pzp.

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

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 oraz z 2008 r. Nr 171, poz. 1058, Nr 220, poz. 1420 i Nr 227, poz. 1505) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Krakowie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*