

Sygn. akt: KIO/UZP 414/09,

KIO/UZP 421/09,

WYROK

z dnia 24 kwietnia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Członkowie: Lubomira Matczuk-Mazuś

Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 kwietnia 2009 r. w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 kwietnia 2009 r. do łącznego rozpoznania,

wniesionych przez:

- A. Władysława Korlackiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „MONTERIN”, ul. Szkolna 7, 40-007 Katowice,**
- B. Przedsiębiorstwo Budowlane „DOMBUD” S.A., ul. Drzymały 15, 40-059 Katowice**

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Zespół Szpitali Miejskich w Chorzowie, ul. Strzelców Bytomskich 11, 41-500 Chorzów** protestów:

A. z dnia 13 marca 2009 r.

B. z dnia 16 marca 2009 r.

orzeka:

1. Uwzględni oba odwołania i nakazuje unieważnienie czynności unieważnienia postępowania i powtórzenie czynności badania i oceny ofert,

2. Kosztami postępowania obciąża **Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Zespół Szpitali Miejskich w Chorzowie, ul. Strzelców Bytomskich 11, 41-500 Chorzów** i nakazuje:

1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisów uiszczonych przez odwołujących się, w tym:

A koszty w wysokości **2 287 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące dwieście osiemdziesiąt siedem złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Władysława Korlackiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „MONTERIN”, ul. Szkolna 7, 40-007 Katowice,**

B koszty w wysokości **2 287 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące dwieście osiemdziesiąt siedem złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Przedsiębiorstwo Budowlane „DOMBUD” S.A., ul. Drzymały 15, 40-059 Katowice,**

2) dokonać wpłaty kwoty **8 174 zł 00 gr** (słownie: osiem tysięcy sto siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) stanowiącej uzasadnione koszty strony , w tym:

A kwoty **5 887,00 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy osiemset osiemdziesiąt siedem złotych zero groszy) przez **Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Zespół Szpitali Miejskich w Chorzowie, ul. Strzelców Bytomskich 11, 41-500 Chorzów,** na rzecz **Władysława Korlackiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo**

Wielobranżowe „MONTERIN”, ul. Szkolna 7, 40-007 Katowice, stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika,

- B** kwoty **2 287 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące dwieście osiemdziesiąt siedem złotych zero groszy) przez **Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Zespół Szpitali Miejskich w Chorzowie, ul. Strzelców Bytomskich 11, 41-500 Chorzów**, na rzecz **Przedsiębiorstwo Budowlane „DOMBUD” S.A., ul. Drzymały 15, 40-059 Katowice** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu,
- 3) dokonać wpłaty kwoty **00 zł 00 gr** (słownie: xxx) na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP, w tym
- A** kwoty **00 zł 00 gr** (słownie: xxx) przez **xxx**
- B** kwoty **00 zł 00 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 **7 713 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy siedemset trzynaście złotych zero groszy) na rzecz **Władysława Korlackiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „MONTERIN”, ul. Szkolna 7, 40-007 Katowice**,
- B** kwoty **7 713 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy siedemset trzynaście złotych zero groszy) na rzecz **Przedsiębiorstwo Budowlane „DOMBUD” S.A., ul. Drzymały 15, 40-059 Katowice**.

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

Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Zespołu Szpitali Miejskich w Chorzowie prowadzi postępowanie o udzielenia zamówienia publicznego w trybie

przetargu nieograniczonego na roboty budowlane "Rozbudowa i modernizacja Pawilonu nr 1 Zespołu Szpitali Miejskich w Chorzowie przy ulicy Strzelców Bytomskich 11". Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 11 grudnia 2008 r. w poz. 360409-2008.

W dniu 9 marca 2009 r. zamawiający zawiadomił wykonawców o odrzuceniu ofert i o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia z powodu nie złożenia żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu.

Wobec powyższych czynności P.W. MONTERIN w Katowicach wniosło protest, zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, art. 87 ust. 2 pkt 1 i 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zmianami), poprzez odrzucenie oferty odwołującego oraz unieważnienie postępowania bez podstaw prawnych i faktycznych. Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności odrzucenia jego oferty, unieważnienie czynności unieważnienia postępowania oraz o powtórzenie oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej.

Podnosząc, iż odrzucenie oferty jest bezpodstawne wykonawca wskazał, co następuje:

1. W pozycji 1.11 odwołujący nie pominął włókniny filtracyjnej, która została wyceniona, a jej opis umieszczono w opisie do tej pozycji oraz w wyszczególnieniu robocizny, materiału i sprzętu (R, M, S).
2. W ofercie został zamieszczony pełen opis pozycji 336 z przedmiaru robót bez szczegółowych wyliczeń i opisu sposobu wykonania robót, gdyż są to dane dodatkowe, wyjściowe, których brak nie wpływa na wycenę robót w tej pozycji. Kalkulacja pozycji winna nastąpić w oparciu o analizę własną. Zapis punktu IX.10 specyfikacji stwierdza, że „kosztorysy ofertowe (..) należy przygotować z uwzględnieniem wyszczególnienia robót ..”, co wykonawca uczynił.
3. Odwołujący przyznał, iż omyłkowo wpisał w pozycji 20 UPS 40 kVA 3f/1f (wejście trójfazowe, wyjście jednofazowe), jednak wycenił UPS 40 kVA 3f/3f (wejście trójfazowe, wyjście trójfazowe). Stwierdził, że UPS- y z wyjściem jednofazowym występują w produkcji i handlu jedynie do mocy 20 kVA (najczęściej do 16 kVA). W tej sytuacji zamawiający miał obowiązek zastosować art. 87 ust. 2 pkt 1 lub 3 Pzp i uznać tę omyłkę za oczywistą omyłkę pisarską bądź za inną omyłkę polegającą na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, nie powodującą istotnych zmian w treści oferty.
4. Wykonawca przyznał także, że w pozycjach 99 -104 kosztorysu oraz 1 i 3 oferty podał jednostkę miary inną niż określona w przedmiarach robót tj. "szt" (sztuka) zamiast "m" (metr). Jednostką miary wynikającą z podstaw wyceny dla programu kosztorysowego "Edbud", którym posługuje się odwołujący jest sztuka, a nie metr. W specyfikacji istotnych warunków zamówienia brak jest zapisu, który nakazuje zastosowanie w kosztorysie ofertowym

jednostek miary zaproponowanych w przedmiarze robót. Chociaż w kosztorysie protestującego jest zastosowana jednostka "sztuka", to wycena montażu danej jednej sztuki koryta zakłada zastosowanie jednego metra koryta, a więc ilości, jakiej żądał zamawiający. Wynika to z dołączonego do oferty zestawienia robocizny, materiału i sprzętu (R, M, S) gdzie widnieją wszystkie wycenione koryta w ilościach i jednostkach – metrach. Niezależnie od powyższego zamawiający miał obowiązek skorzystać z art. 87 ust. 2 pkt 1 lub 3 Pzp i uznać zmianę za oczywistą omyłkę pisarską bądź za inną omyłkę.

5. Odwołujący stwierdził w proteście, że treść jego oferty odpowiada treści specyfikacji i dlatego oferta nie podlega odrzuceniu, a zatem zamawiający posiada co najmniej jedną ofertę niepodlegającą odrzuceniu, w związku z czym nie może unieważnić postępowania z przyczyn określonych w art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp.

Przedsiębiorstwo - Budowlane "DOMBUD" S.A. w Katowicach również wniosło protest wobec czynności zamawiającego: odrzucenia oferty i zaniechania wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień, unieważnienia postępowania, zaniechania poinformowania o podstawach odrzucenia ofert wykonawców: P.B.-M. PERFEKT Mirosław Serkies oraz P.W. MONTERIN - Władysław Korlacki oraz zaniechania odrzucenia ofert tych wykonawców jako niezgodnych z treścią siwz. Wykonawca zarzucił naruszenie przepisów art. 7 ust. 1, art. 87 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 93 ust. 1 pkt 1 i art. 93 ust 3 pkt 2 Pzp oraz wniósł o unieważnienie decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego, ponowne badanie i ocenę oferty, odrzucenia ofert wykonawców P.B. – M. PERFEKT Mirosław Serkies oraz P.W. MONTERIN Władysław Korlacki oraz o unieważnienie decyzji o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia.

Wykonawca podał, że pozycja 336 została opisana w jego ofercie w sposób zgodny z przedmiarem i pkt. II.3 siwz. Pozycja ta stanowi kalkulację indywidualną i jako taka zawiera wszelkie prace oraz materiały niezbędne do wykonania wyspecyfikowanego w niej zakresu. W razie powzięcia przez zamawiającego wątpliwości, co do treści oferty, powinien on żądać złożenia wyjaśnień zgodnie z art. 87 ust. 1 Pzp.

Odwołujący stwierdził, iż zamawiający powinien podjąć decyzję o ewentualnym unieważnieniu postępowania dopiero po ostatecznym rozstrzygnięciu kwestii dotyczących odrzucenia ofert.

Zamawiający oddalił oba protesty.

W odniesieniu do protestu wniesionego przez P.W. MONTERIN zamawiający uwzględnił zarzut dotyczący pozycji nr 1.11 kosztorysu ofertowego.

W zakresie zarzutu (2) dotyczącego pozycji 336 - niepełny opis kalkulacji indywidualnej, zamawiający stwierdził, że w ramach odpowiedzi na pytania wykonawców

z 28 stycznia 2009 r. - pytanie nr 29 o treści: "W wycenie należy ująć mocowanie klinkieru za pomocą kotew z prętów ze stali nierdzewnej" doprecyzowywał sposób ujęcia robót budowlano - montażowych, które mają być wycenione w tej pozycji. Pozycja ta obejmuje dodatkowe roboty budowlane o określonej złożoności i zaawansowaniu technologicznym wraz z zastosowaniem specyficznych materiałów. Powinna być ona skalkulowana indywidualnie, co nie oznacza, że nie musi zawierać jednostkowych nakładów rzeczowych, materiałów i sprzętu niezbędnych do wykonania jednostkowej ilości danych robót. Ponadto, w części opisowej, kosztorys powinien zawierać warunki techniczne wykonania wskazanych robót z wyszczególnieniem robót, które uwzględniają konkretne jednostkowe nakłady rzeczowe. Opis wskazanej pozycji w ofercie P.W. MONTERIN, zdaniem zamawiającego, nie zawiera robocizny za łączenie cegły klinkierowej z bloczkami przy pomocy kotew, jak również nie obejmuje wyceny użytego materiału (prętów ze stali nierdzewnej), które nie znalazły się w żadnej innej pozycji kosztorysowej. Zamawiający wyjaśnił, iż nie miał podstaw do zastosowania trybu wyjaśnień (art. 87 ust. 1 Pzp), gdyż treść oferty wykonawcy nie budziła wątpliwości. Wykonując kosztorys ofertowy wykonawca miał obowiązek uwzględnić wszystkie czynności niezbędne do zgodnego ze sztuką budowlaną wykonania danego rodzaju robót - bez konieczności domniemania wykonania jakichkolwiek robót. Winien ująć i wycenić konieczny do realizacji wskazanych robót materiał. Zamawiający wskazał na kosztorysowy charakter wynagrodzenia, co zobowiązuje wykonawców do przedstawienia w sposób pełny i kompletny wszystkich wymaganych czynności i materiałów niezbędnych do prawidłowego wykonania robót.

Odnosząc się do zarzutu (3) dotyczącego pozycji 20 kosztorysu - zasilacz awaryjny, zamawiający wyjaśnił, że oferta dystrybutorów i producentów urządzeń UPS jest bardzo szeroka - dostępne są urządzenia o parametrach od 5 do 220 kVA. Zdaniem zamawiającego w pozycji przedmiarowej nr 20 wykonawca dokonał wyceny zupełnie innego, tańszego urządzenia. Zasilacz awaryjny UPS 40 kVA 3f/1f nie jest tożsamy z zasilaczem UPS 40 kVA 3f/3f. Zamawiający nie może traktować wyceny kosztorysowej tej pozycji, jako oczywistej omyłki pisarskiej z powodu różnicy w cenie tych urządzeń. Zamawiający stwierdził, że nie miał podstaw do żądania wyjaśnień dotyczących tej pozycji.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów (4 i 5) dotyczących pozycji 99 - 104 oraz pozycji 1 i 3 oferty, gdzie podano jednostkę rozliczeniową - "szt." (sztuka), zamiast „m” (metr) – niezgodną z przedmiarem robót. Stwierdził, że w obiegu handlowym wskazane koryta kablowe jako sztuka występują w różnych długościach: np. 2,00 m i 2,50 m. Zachodzi więc niejednoznaczność i nieprzekładalność miary 1 sztuka koryta w stosunku do 1 metra koryta. Zamawiający stwierdził, że nie wprowadził do siwz zapisu dopuszczającego rozwiązanie równoważne, a zatem żądał zachowania w kosztorysie ofertowym jednostek miary zaproponowanych w przedmiarze robót.

W odniesieniu do protestu wniesionego przez P.B "DOMBUD" S.A. zamawiający również podtrzymał decyzję o odrzuceniu oferty stosownie do art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp. Stwierdził, że nie zachodzą przesłanki z art. 87 ust 1 Pzp. Podał, że jego stanowisko odnośnie zarzutu dotyczącego niepełnego opisu kalkulacji w pozycji 336 kosztorysu jest identyczne z odpowiedzią na taki sam zarzut (2) przedstawiony w rozstrzygnięciu protestu P.W. MONTERIN. Zamawiający stwierdził, że wszystkie oferty złożone w postępowaniu należało odrzucić, gdyż ich treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a zawartych w nich błędów nie można poprawić stosując art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Zgodnie z treścią art. 93 ust. 3 pkt 2 Pzp zamawiający poinformował wykonawców, których oferty zostały odrzucone, podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

A. P.W. MONTERIN wniosło odwołanie od rozstrzygnięcia protestu podtrzymując zarzuty i wnioski zawarte w proteście. Wykonawca zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, art. 87 ust. 2 pkt 1 i 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp . Wskazał, iż błędne jest twierdzenie o braku tożsamości sztuki koryta z metrem koryta, gdyż w sprzedaży występują różne długości koryt. W kosztorysie występuje niewątpliwa tożsamość, a mianowicie: poz. 99 kosztorysu "koryto kablowe 400 -20 szt." - zestawienie robocizny, materiału i sprzętu (R, M, S) "koryto kablowe 400 -20 m", poz. 100 kosztorysu "koryto kablowe 300 -65 szt." - zestawienie robocizny, materiału i sprzętu (R, M, S) "koryto kablowe 300 -65 m". Stwierdził, że zaoferowane rozwiązanie przez odwołującego jest identyczne z tym jakiego wymagał zamawiający.

B. Przedsiębiorstwo - Budowlane "DOMBUD" S.A. wniosło odwołanie od rozstrzygnięcia protestu podnosząc, że zamawiający bezpodstawnie uznał, że nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu i unieważnił postępowanie. Naruszył w ten sposób przepisy art. 7 ust. 1 oraz art. 87 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp. Odwołujący wnioskował o nakazanie unieważnienia czynności odrzuceniu oferty odwołującego, ponownego badania i oceny oferty odwołującego, unieważnienia czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia, wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej. Odwołujący podtrzymał zarzuty i twierdzenia zawarte w proteście w zakresie odrzucenia jego oferty. Wyjaśnił, iż zadał zamawiającemu w dniu 09.01.2009r. pytanie (pyt. nr 25) w celu uściślenia zakresu spornej pozycji 336, wykazując tym samym szczególną staranność przy opracowywaniu oferty. Treść zadanego pytania świadczy o tym, że odwołujący nie miał wątpliwości, że cegłę klinkierową należy zakotwić, kwestią do wyjaśnienia był jedynie rodzaj zastosowanych elementów mocujących. Pozycja 336 została wyceniona zgodnie z odpowiedzią zamawiającego z dnia 28 stycznia 2009 r. Odpowiedź ta w ocenie

odwołującego doprecyzowała kwestię rodzaju elementów mocujących klinkier (kotwy z prętów ze stali nierdzewnej). Wyjaśnienie zamawiającego nie wprowadza w tej pozycji dodatkowych robót budowlanych. Ponadto, dla poz. 336 przewidziano kalkulację indywidualną i dlatego zawiera ona wycenę scaloną dotyczącą okładania ścian i słupów cegłami klinkierowymi z wszelkimi czynnościami i materiałami niezbędnymi do wykonania wyspecyfikowanego zakresu robót dla tej pozycji. Takie podejście zamawiający dopuścił odpowiadając w dniu 12.01.2009r. na pytanie 12 pisząc: "Oferta kosztorysowa winna zawierać: liczbę porządkową zgodną z przedmiarem robót, podstawę wyceny zgodną z przedmiarem robót, opis robót, ilości, wycenę szczegółową lub scaloną oraz wartości pozycji zgodne z zapisami SIWZ zawartymi w rozdziale IX. Opis sposobu przygotowania ofert." Ponadto, kalkulacja indywidualna charakteryzuje się tym, że nie posiada narzuconych norm zużycia czynników produkcji zarówno w odniesieniu do robocizny, materiałów jak i pracy sprzętu. W tym konkretnym przypadku należy przyjąć, że odwołujący wycenił scaloną pozycję nr 336, dotyczącą okładania ścian i słupów cegłami klinkierowymi, ze wszelkimi czynnościami i materiałami niezbędnymi do wykonania wyspecyfikowanego zakresu robót za cenę jednostkową 320 zł/m². Odwołujący wyjaśnił, że z uwagi na wynagrodzenie kosztorysowe - w związku z tym, że dla pozycji 336 została podana cena jednostkowa - ewentualna korekta zakresu faktycznie wykonanych prac, a co za tym idzie zmiana wynagrodzenia wykonawcy będzie prosta do ustalenia na podstawie przedłożonego przez niego kosztorysu ofertowego.

Krajowa Izba Odwoławcza, w wyniku analizy dokumentów przedłożonych do akt sprawy, oryginalnej dokumentacji postępowania oraz wyjaśnień stron postępowania odwoławczego złożonych na rozprawie, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołania zasługują na uwzględnienie.

KIO stwierdziła, że obaj odwołujący legitymują się interesem prawnym w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp. W postępowaniu wpłynęło 9 ofert. Jednego z wykonawców zamawiający wykluczył z postępowania, natomiast 8 pozostałych ofert - odrzucił - uznając, że ich treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Izba uznała, że interes prawny odwołujących P.W. MONTERIN i P.B. DOMBUD S.A. w uzyskaniu zamówienia mógłby doznać uszczerbku w przypadku potwierdzenia się zarzucanego w odwołaniach naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp, poprzez odrzucenie ofert złożonych przez ww. wykonawców oraz w konsekwencji poprzez unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia z powodu nie złożenia w postępowaniu żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu. W przypadku uwzględnienia odwołania złożonego przez

każdego z ww. wykonawców, odwołujący się wykonawcy mają możliwość uzyskania zamówienia.

W specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający wskazał, iż szczegółowy opis przedmiotu zamówienia został przedstawiony w załączniku nr 2 do siwz, zawierającym Specyfikację techniczne wykonania i odbioru robót oraz Przedmiary robót, na podstawie których wykonawcy zobowiązani są przygotować i załączyć do oferty kosztorysy ofertowe (pkt II.3 siwz). Ponadto, zamawiający udostępnił wykonawcom dokumentację projektową.

W pkt IX.6 siwz zamawiający wymagał złożenia wraz z ofertą kosztorysu ofertowego. Kosztorys ofertowy powinien być sporządzony w oparciu o Przedmiar robót i Specyfikację techniczną wykonania i odbioru robót budowlanych – obejmujący wycenę poszczególnych elementów zamówienia z cenami jednostkowymi i wyszczególnieniem składników ceny w szczególności R, Kp, Zysk (pkt 7). Zamawiający zalecił sporządzenie kosztorysu ofertowego według wzoru określonego w rozporządzeniu Ministra Rozwoju Regionalnego i Budownictwa z dnia 13 lipca 2001 r. w sprawie metod kosztorysowania obiektów i robót budowlanych (Dz. U. Nr 80, poz. 867), w formie uproszczonej, dopuszczając również złożenie kosztorysu szczegółowego. Zaznaczył, że kosztorys uproszczony winien zawierać ilości robót i cenę jednostkową dla każdej pozycji kosztorysowej, zestawienie materiałów (wraz z cenami) oraz tabelę elementów scalonych z wyszczególnieniem składników R, Kp i Zysk.

Zamawiający określił wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu umowy w formie kosztorysowej, co wynika z treści § 7 wzoru umowy załączonego do siwz. Okoliczność ta nie jest sporna w postępowaniu.

P.B. DOMBUD S.A. zadał zamawiającemu w dniu 09.01.2009r. pytanie (pyt. nr 25) dotyczące pozycji 336 o treści: "Elewacja poz. 336 - proszę o nadesłanie rysunków szczegółowych jej wykonania (w jaki sposób należy połączyć cegłę klinkierową z bloczkami), proszę o dokładne podanie ilości oraz rodzaju elementów mocujących". W dniu 28 stycznia 2009 r. zamawiający udzielił odpowiedzi: "W wycenie należy ująć mocowanie klinkieru za pomocą kotew z prętów ze stali nierdzewnej".

W dniu 12.01.2009r. zamawiający wyjaśnił, odpowiadając na pytanie 12, iż "Oferta kosztorysowa winna zawierać: liczbę porządkową zgodną z przedmiarem robót, podstawę wyceny zgodną z przedmiarem robót, opis robót, ilości, wycenę szczegółową lub scaloną oraz wartości pozycji zgodne z zapisami SIWZ zawartymi w rozdziale IX. Opis sposobu przygotowania ofert."

A.

Oferta PW MONTERIN została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp z powodu niezgodności jej treści z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W zakresie zarzutu dotyczącego opisu kalkulacji indywidualnej w pozycji 336 kosztorysu, Izba uznała, że odwołujący PW. MONTERIN zawarł w kosztorysie ofertowym opis pozycji zgodny z wymaganiami zamawiającego, chociaż nie zamieścił części wyjaśniającej sposób wykonania roboty, zawartej w przedmiarze (str. 82 oferty). Zamawiający opisał pozycję jako: „Okładanie (szpaldowanie) ścian i słupów ceglami klinkierowymi gr.1/2ceg. - spoinowanie spoiną płaską pograżoną około 5-7mm od lica ściany (masa spoinowa mrozoodporna w kolorze ciemno szarym) (wiązanie mijankowe cegieł klinkierowych, wątek ściany klinkierowej przechodzi bez żadnego zaznaczenia pomiędzy ścianą niskiego parteru a parteru, należy zwrócić uwagę na precyzyjne wykonanie fragmentów nadprożowych okien niskiego parteru, gdzie cegła klinkierowa układana jest na podwójną rolkę)”. W ocenie Izby, brak zamieszczenia przez odwołującego, w treści opisu ww. pozycji w kosztorysie, części zawartej w nawiasie, zaczynającej się od słów „wiązanie mijankowe..” nie stanowi podstawy do przyjęcia, że odwołujący dokonał niepełnego opisu kalkulacji indywidualnej w tej pozycji. Należało zważyć, że wyjaśnienie zawarte w nawiasie nie zmienia treści i zakresu robót określonych w tej pozycji. Izba wzięła pod uwagę wyjaśnienia zamawiającego, który stwierdził w toku rozprawy, że w robotach opisanych w pozycji 336 przedmiaru (kosztorysu odwołującego) z technologicznego punktu widzenia musi nastąpić zastosowanie kotew przy okładaniu cegłą klinkierową i wykonywaniu rolek. Ponadto, w odpowiedzi na pytanie jednego z wykonawców (pismo z dnia 28 stycznia 2009 r.) zamawiający wyjaśnił, iż "W wycenie należy ująć mocowanie klinkieru za pomocą kotew z prętów ze stali nierdzewnej". Zamawiający nie dokonał jakiegokolwiek zmiany w treści opisu tej pozycji. Twierdzenie zamawiającego, iż zwrot „ująć” należało rozumieć jako „wykazać co najmniej w zestawieniu materiałów” jest nieuprawnione. W ocenie Izby, wyrażenie „w wycenie należy ująć ...” wskazuje na konieczność „uwzględnienia” podanych okoliczności w tej wycenie. W podobny sposób wyjaśnienia zrozumiała większość wykonawców - niepełny opis kalkulacji w poz. 336 był jedną z podstaw odrzucenia sześciu spośród ośmiu ocenianych ofert. Interpretacja treści wyjaśnień przyjęta przez zamawiającego nie znalazła zatem potwierdzenia wśród wykonawców.

Sposób kalkulacji indywidualnej przewidziany przez zamawiającego dla tej pozycji oznacza wycenę scaloną. Zamawiający dopuścił wycenę szczegółową lub scaloną odpowiadając w dniu 12.01.2009r. na pytanie 12 pisząc: "Oferta kosztorysowa winna zawierać: liczbę porządkową zgodną z przedmiarem robót, podstawę wyceny zgodną z przedmiarem robót, opis robót, ilości, wycenę szczegółową lub scaloną oraz wartości pozycji zgodne z zapisami SIWZ zawartymi w rozdziale IX. Opis sposobu przygotowania ofert."

Biorąc pod uwagę powyższe, należało uznać, że pozycja 336 została wyceniona przez odwołującego zgodnie z wymaganiami zamawiającego.

Zamawiający wymagał w przedmiarze, w pozycji 20, zaoferowania zasilacza awaryjnego UPS 40 kVA 3f/3f. Odwołujący przyznał, iż omyłkowo wpisał w kosztorysie zasilacz UPS 40 kVA 3f/1f (wejście trójfazowe, wyjście jednofazowe), jednak faktycznie wycenił UPS 40 kVA 3f/3f (wejście trójfazowe, wyjście trójfazowe). Wykonawca P.W. MONTERIN podał w przedmiarze UPS 40kVA 3f/1f (str. 126 oferty poz. 20) natomiast w zestawieniu materiałów UPS 40kVA 3f/3f (poz. 122 str. 152 oferty). Izba uznała, że powyższa sprzeczność w treści oferty stanowi podstawę do zastosowania przez zamawiającego trybu przewidzianego w art. 87 ust. 1 Pzp, umożliwiającego żądanie złożenia wyjaśnień treści oferty. Zamawiający nie ma podstaw, aby odrzucić ofertę jako niezgodną z treścią specyfikacji, nie ma również podstaw do tego, aby przyjąć, iż oferta jest zgodna z treścią specyfikacji przed wyjaśnieniem sprzeczności w treści oferty. Tak więc, choć powyższy przepis literalnie daje zamawiającemu „możliwość” żądania wyjaśnień, w praktyce jest to - konieczność. Zaniechanie tej czynności powoduje niemożność dokonania prawidłowej oceny oferty. W przedmiotowym postępowaniu zamawiający zaniechał wyjaśnienia treści oferty tj. czynności, która umożliwia dokonanie oceny oferty i w ten sposób naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w związku z art. 87 ust. 1 Pzp.

Izba nie podzieliła twierdzenia odwołującego, iż zamawiający miał obowiązek zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 1 lub 3 Pzp i uznania powyższej rozbieżności za oczywistą omyłkę pisarską bądź za inną omyłkę polegającą na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, nie powodującą istotnych zmian w treści oferty. Wpisanie sprzecznych informacji w kosztorysie i zestawieniu materiałów przez odwołującego nie może być uznane za oczywistą omyłkę pisarską, z uwagi na brak spełnienia przesłanki oczywistości. Brak jest również podstaw do uznania, iż sprzeczne informacje stanowią inną omyłkę w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp przed wyjaśnieniem tej kwestii przez wykonawcę. W tym przypadku, dopiero po wyjaśnieniu sprzeczności, możliwe jest ewentualne poprawienie omyłkowego zapisu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Odwołujący przyznał, że w pozycjach 99 -104 kosztorysu jak i 1 i 3 oferty podał jednostkę miary inną niż określona w przedmiarach robót tj. „szt” (sztuka) zamiast „m” (metr). Stwierdził przy tym, iż jednostką miary wynikającą z podstaw wyceny dla programu kosztorysowego „Edbud”, którym posługuje się jest sztuka, a nie metr i stąd wynika zmiana jednostki.

W ocenie Izby, nie budzi wątpliwości fakt, że jednostki miary podane w przedmiarach są wiążące w zakresie sposobu opracowania kosztorysu ofertowego i zamawiający nie ma obowiązku stosowania w specyfikacji dodatkowych postanowień nakazujących ich stosowanie. Z punktu widzenia treści oferty istotne jest jednak, że chociaż w kosztorysie odwołującego została zastosowana jednostka „sztuka”, to pozycje od 99 do 103 kosztorysu,

dotyczące koryt kablowych i pozycja 104 dotycząca drabinki kablowej, zawierają wskazanie ilości zgodnych z przedmiarem z oznaczeniem obmiaru jako sztuka (str. 142 i 143 oferty), natomiast w zestawieniu materiałów wykonawca podał w pozycjach 25 – 29 odpowiednie koryta kablowe z oznaczeniem ilości w tych samych wielkościach liczbowych, w jednostkach miary – metrach (str. 149 oferty) oraz w pozycji nr 5 drabinka kablowa – w metrach.

W poz. 1 i 3 (str. 164 oferty) kosztorysu ofertowego „trasy kablowe” wykonawca wskazał „przygotowanie podłoża do zabudowy aparatów... - obmiar w „szt.” oraz w poz. 3 przygotowanie podłoża betonowego do zabudowy aparatów ...” obmiar w „szt.” Z treści zestawienia RMS (str. 165 oferty poz. 1-5) wynika, że odwołujący przewidział materiały w ilościach koniecznych do wykonania robót zgodnie z wymaganiami zamawiającego oraz odpowiednio do zakresu prac określonych w przedmiarze w metrach. W tych okolicznościach oznaczenie jednostki miary w sztukach nie może stanowić podstawy do uznania, iż treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Podobnie jak w przypadku pozycji 20 dotyczącej UPS, zamawiający miał obowiązek, przed odrzuceniem oferty odwołującego P.W. MONTERIN, zażądać wyjaśnienia w trybie art. 87 ust. 1 Pzp rozbieżnie podanych informacji w zakresie jednostek miary w omówionych pozycjach.

Izba nie rozpoznawała zarzutu odnośnie pozycji 1.11 kosztorysu ofertowego, dotyczącego pominięcia w opisie włókniny filtracyjnej, z uwagi na wycofanie tego zarzutu przez odwołującego w toku rozprawy z powodu jego uwzględnienia przez zamawiającego w rozstrzygnięciu protestu.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba stwierdziła naruszenie przez zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w związku z art. 87 ust. 1 Pzp, a w konsekwencji również naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 Pzp poprzez uznanie, iż treść oferty złożonej przez P.W. MONTERIN nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w sytuacji, gdy zawiera rozbieżne informacje, podlegające wyjaśnieniu. W tym stanie faktycznym nie doszło do wyczerpania przesłanki z art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp, na podstawie której zamawiający dokonał unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia. Oferta złożona przez odwołującego P.W. MONTERIN podlega ponownemu badaniu i ocenie.

B.

Oferta złożona przez odwołującego P.B. DOMBUD S.A. została odrzucona przez zamawiającego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp z powodu niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dotyczącej braku uwzględnienia w pozycji 336 pełnego opisu kalkulacji indywidualnej (w szczególności nie uwzględnienia w ofercie m.in. kotew). Uzasadnienie wyroku w tym zakresie jest zbieżne ze stanowiskiem

Izby przedstawionym powyżej, w odniesieniu do zarzutu, dotyczącego tej samej pozycji kosztorysu w ofercie P.W. MONTERIN.

Z treści oferty złożonej przez P.B. DOMBUD wynika, że odwołujący zawarł w pozycji 336 (str. 128 oferty) opis tej pozycji identyczny z opisem zawartym przez zamawiającego w przedmiarze robót. Odwołujący wyjaśnił, iż zadał zamawiającemu w dniu 09.01.2009r. pytanie (pyt. nr 25) w celu uściślenia zakresu ww. pozycji, co istotnie wskazuje na szczególną staranność wykonawcy przy opracowywaniu oferty. Biorąc pod uwagę treść oferty odwołującego w kontekście odpowiedzi udzielonej przez zamawiającego, iż "W wycenie należy ująć mocowanie klinkieru za pomocą kotew z prętów ze stali nierdzewnej" Izba uznała, że pozycja 336 została wyceniona przez odwołującego zgodnie z wyjaśnieniem zamawiającego. Zamawiający nie wymagał dodatkowego opisanie ww. pozycji ponad treść zawartą w przedmiarze robót. Nie dokonał jakiegokolwiek zmiany w treści opisu tej pozycji. Twierdzenie zamawiającego, iż zwrot „ująć” należało rozumieć jako „wykazać co najmniej w zestawieniu materiałów” jest nieuprawnione. W ocenie Izby, wyrażenie „w wycenie należy ująć ...” wskazuje na konieczność „uwzględnienia” podanych okoliczności. W podobny sposób wyjaśnienia zrozumiała większość wykonawców, których oferty (6 ofert) zostały odrzucone z uwagi na „niepełny opis kalkulacji w poz. 336” Rozumienie wyjaśnień, zaproponowane przez zamawiającego, nie znalazło zatem oparcia wśród większości wykonawców. Wyjaśnienie zamawiającego zawarte w odpowiedzi na pytanie nie wprowadza dodatkowych robót budowlanych, obejmujących dodatkowo zastosowanie specyficznych materiałów, w szczególności w kontekście wyjaśnienia zamawiającego złożonego na rozprawie, iż w robotach opisanych w pozycji 336 przedmiaru, a zatem i kosztorysu odwołującego, z technologicznego punktu widzenia musi nastąpić zastosowanie kotew przy okładaniu cegłą klinkierową i wykonywaniu rolek. W tych okolicznościach nie ma podstaw do uznania, że odwołujący nie wycenił pełnego zakresu robót objętych pozycją 336 kosztorysu ofertowego. Izba wzięła przy tym pod uwagę, iż prawdziwości takiego twierdzenia zamawiający nie dowiódł w toku postępowania. Sposób kalkulacji indywidualnej przewidziany przez zamawiającego dla tej pozycji oznacza możliwość dokonania wyceny scalonej. Zamawiający dopuścił kalkulację scaloną odpowiadając w dniu 12.01.2009r. na pytanie 12, cytowane w uzasadnieniu wyroku powyżej. W tym konkretnym przypadku odwołujący dokonał wyceny scalonej pozycji nr 336, dotyczącej okładania ścian i słupów cegłami klinkierowymi, z wszelkimi czynnościami i materiałami niezbędnymi do wykonania wyspecyfikowanego zakresu robót dla tej pozycji za cenę jednostkową 320 zł/m². Tak dokonana wycena umożliwia prawidłowe dokonanie rozliczenia roboty na podstawie obmiaru wykonanych prac, biorąc pod uwagę kosztorysowy charakter wynagrodzenia.

Z przedstawionych względów, Izba uznała za trafny zarzut naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez odrzucenie oferty odwołującego P.B. DOMBUD S.A. z powodu niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji. W konsekwencji należało uznać, że zamawiający naruszył w ten sposób przepis art. 7 ust. 1 Pzp nie zachowując w postępowaniu zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Izba nie znalazła podstaw do stwierdzenia naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 87 ust. 1 Pzp uznając, że nie zaistniała w przypadku oferty odwołującego P.B. DOMBUD S.A. okoliczność uzasadniająca zastosowanie powyższego przepisu.

Wobec powyższych ustaleń, Izba uznała, że zamawiający naruszył również przepis art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp dokonując unieważnienia przedmiotowego postępowania z uwagi na nie złożenie żadnej oferty nie podlegającej odrzuceniu.

Biorąc za podstawę stan rzeczy, ustalony w toku postępowania, Izba orzekła jak w sentencji na podstawie art.191 ust.1 i ust. 1a, art. 191 ust. 2 pkt 1 i 2 oraz art. 191 ust. 4 w związku z art. 187 ust. 1 zdanie drugie Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych stosownie do wyniku postępowania. Izba uwzględniła koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego P.W. MONTERIN w wysokości 3 600,00 zł, na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy stosownie do brzmienia § 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 ze 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 ze zmianami) 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:

.....

.....