

**WYROK**

z dnia 26 października 2010 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Justyna Tomkowska**

**Protokolant: Mateusz Michalec**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 października 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu **11 października 2010 r.** przez **Novum Managment Sp. z o.o., Spółka komandytowo- akcyjna, 62-800 Kalisz, ul. Częstochowska 21**, w postępowaniu prowadzonym przez **Burmistrza Miasta Turka, 62-700 Turek, ul. Kalińska 59**,

**orzeka:**

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz czynności odrzucenia oferty Odwołującego się, powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego się oraz okoliczności i wynikających z nich konsekwencji wskazanych w uzasadnieniu**
- 2. kosztami postępowania obciąża Burmistrza Miasta Turka i nakazuje:**
  - 1) zaliczyć w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Novum Managment Sp. z o.o., Spółka komandytowo- akcyjna, 62-800 Kalisz, ul. Częstochowska 21 tytułem wpisu od odwołania,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) przez **Burmistrza Miasta Turka, 62-700 Turek, ul. Kalińska 59** na rzecz **Novum Managment Sp. z o.o., Spółka komandytowo- akcyjna, 62-800 Kalisz, ul. Częstochowska 21** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Koninie.**

**Przewodniczący:**

.....

**UZASADNIENIE**  
**Do wyroku KIO/2214/10**

W dniu 11 października 2010 roku wykonawca **Novum Management Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowo – akcyjna** wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od czynności Zamawiającego w postaci odrzucenia oferty złożonej przez odwołującego się wykonawcę a skutkiem tego wybrania jako najkorzystniejszej oferty Hieronima Moczydłowskiego Zakład Budowlany BUD – BET w postępowaniu pod nazwą: „Budowa Tureckiego Inkubatora Przedsiębiorczości w celu realizacji kompleksowych usług na rzecz biznesu.”

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i uchylenie czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego oraz o dopuszczenie tej firmy do dalszego udziału w postępowaniu przetargowym, żądaniem ewentualnie było powtórzenie postępowania przetargowego w całości. Ponadto Odwołujący wnosił o obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego i z uwagi na to zwrot wpisu na rzecz Wykonawcy.

Działaniom Zamawiającego Odwołujący zarzucał naruszenie art. 87 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 i 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, dalej „ustawy Pzp”.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazywał, iż zawiadomieniem z dnia 5 października 2010 roku Zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze najkorzystniejszej, która została złożona przez Hieronima Moczydłowskiego Zakład Budowlany BUD - BET, 62 - 700 Turek, Szadków Pański 35. Równocześnie Zamawiający odrzucił m.in. ofertę złożoną przez Novum Management Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowo -akcyjna. W uzasadnieniu do tej decyzji wskazano, iż oferta ta nie uwzględnia w kosztorysie ofertowym stanowiącym integralną część oferty zmiany treści SIWZ z dnia 13 września 2010 roku w zakresie dokonania korekty przedmiaru, polegającej na wycenie ścianek działowych według katalogów NNRNKB 2024 lub ORGB 202 2024 03 ścianki działowe z płyt gipsowo - kartonowych, ognioodpornych GKF grubości 12,5 mm na rusztach metalowych, 2 - warstwowe, pokrycie 2- stronne 3.497,721 m<sup>2</sup> **KNR 202613/3** izolacje pionowe z płyt z wełny mineralnej 100 mm układanych na sucho 3.497,721 m<sup>2</sup>. Natomiast Wykonawca (Novum) w kosztorysie ofertowym (str. 58) wycenił ścianki działowe w jednej pozycji 27.2 według KNNR 2 17 202 2024 03 050 jako ścianki działowe z płyt gipsowo - kartonowych ognioodpornych 13 GKF na rusztach metalowych, obustronnie 1 - warstwowo z wypełnieniem wełną mineralną grubości 100 mm.

Wykonawca nie zgodził się z twierdzeniem Zamawiającego, iż dokonana wycena ścianek działowych w pkt 27.2 oferty jest sprzeczna z SIWZ, co skutkuje odrzuceniem jej oferty. Po pierwsze zauważył, iż wycena tych prac mogła zostać dokonana w jednej pozycji

w ofercie. Zmiana w tym zakresie miała miejsce w związku z udzieleniem przez Zamawiającego odpowiedzi na pytanie nr 49, która brzmi: „Poz. 27.2 przedmiaru - w uzgodnieniu z projektantem wprowadza się korektę katalogu do wyceny ścianek działowych ścianki działowe należy wycenić według katalogów: NNRNKB 2024 - 03 lub ORGB 2022024 03 ścianki działowe z płyt gipsowo - kartonowych ognioodpornych GKF grubości 12,5 mm na rusztach metalowych, 2 - warstwowe, pokrycie 2-stronne. 3.479,721 m<sup>2</sup> KNR 202 613/3 izolacje pionowe z płyt z wełny mineralnej 100 mm układanych na sucho 3.497,721 m<sup>2</sup>”. W tym miejscu należy podkreślić, iż jeżeli Zamawiający żądał doliczenia do kosztorysu jakiejś pozycji to wprost to określał, tak wynika choćby z odpowiedzi na pytanie nr 31, natomiast w odpowiedzi na pytanie nr 49 takiego jednoznacznego stwierdzenia nie ma.

Wykonawca w swej ofercie zastosował się do zmiany SIWZ, co wynika choćby z faktu, iż w programie komputerowym służącym do przygotowania oferty skorzystano z wyceny ścianek działowych w oparciu o kod ORGB 202 - 2024 - 03 - 050, a więc zgodnie z dokonaną zmianą SIWZ. Potwierdzeniem tej okoliczności jest wydruk z programu komputerowego WINBUD Kosztorys Prof. (\*Wer. 2009.30) dotyczący tej właśnie inwestycji. Przy dokonywaniu wyceny tego właśnie elementu uwzględniono wszystkie pozycje wskazane przez Zamawiającego w odpowiedzi na pytanie nr 49. W trakcie sporządzania wyceny tego elementu wkradła się nieścisłość w opisie w postaci wskazania w wycenie ścian działowych obustronnie 1 - warstwowych, gdy tymczasem miały być 2 - warstwowe (przy jednoczesnym zastosowaniu prawidłowego nr KNR). Uznać jednak należy, iż tego rodzaju nieścisłość ma charakter oczywistej omyłki i mogła zostać przez Zamawiającego poprawiona w trybie art. 87 ust. 2 pkt 1) lub art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy. Zwłaszcza, art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy daje ku temu podstawę, gdyż stanowi on, że: Zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze SIWZ, niepowodujące istotnych zmian w jej treści - niezwłocznie zawiadamiając o tym Wykonawcę, którego oferta została poprawiona." Skoro był to jeden błąd (i to jedynie w opisie - przy prawidłowym nr KNR i prawidłowej cenie) który de facto nie miał wpływu na ostateczną wartość złożonej przez Novum oferty, gdyż ta nie uległaby zmianie, Zamawiający mógł we własnym zakresie poprawić tę ofertę, na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3) lub ewentualnie wezwać wykonawcę w trybie art. 87 ust. 1 do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty. Zamawiający nie postąpił w ten sposób, tylko podjął decyzję o odrzuceniu oferty Novum. Takie działanie nie dość że jest sprzeczne z treścią wskazanych powyżej przepisów ustawy Pzp oraz zapisów w SIWZ dotyczących w/w postępowania (gdzie Zamawiający zaleca zachowanie w kosztorysie ofertowym opisów pozycji z przedmiarów robót. W razie powstania ewentualnego sporu na etapie realizacji zamówienia, decydujący będzie opis pozycji z przedmiaru robót Zamawiającego), to było bardzo stroniczym działaniem w stosunku do tego Wykonawcy.

Wniosek taki wynika z dokonanej analizy oferty złożonej przez Wykonawcę, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, a w której to znajdowało się wiele niezgodności z treścią SIWZ. Część z nich została poprawiona przez samego Zamawiającego, a część z nich nie została zupełnie zauważona. Do najbardziej jaskrawych przypadków niezgodności treści tej oferty ze SIWZ należy:

1. Brak referencji, dotyczących wybudowania dwóch obiektów użyteczności publicznej o wartości nie mniejszej niż 4.000.000.,00 zł brutto każda z nich. W załączniku nr 4 do oferty - wykaz robót budowlanych wskazano dwie inwestycje, z których jedna to budowa hali widowiskowo - sportowej przy Gimnazjum nr 2 w Turku. Natomiast z referencji iż dnia 10 grudnia 2008 roku oraz protokołu z dnia 23 października 2007 roku jednoznacznie wynika, realizacja tej inwestycji dotyczyła jedynie budowy tej hali do stanu surowego zamkniętego. Uznać więc należy, iż ten wykonawca nie spełnia tego warunku, gdyż jedna z tych inwestycji nie dotyczyła kompleksowej realizacji budynku użyteczności publicznej, a jedynie jego pewnego etapu. Przez budynek użyteczności publicznej rozumie się zgodnie z § 3 pkt 6) Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 roku w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (Dz. U. Nr 75, poz. 690 ze zm.), należy przez to rozumieć budynek przeznaczony na potrzeby administracji publicznej, wymiaru sprawiedliwości, kultury, kultu religijnego, oświaty, szkolnictwa wyższego, nauki, wychowania, opieki zdrowotnej, społecznej lub socjalnej, obsługi bankowej, handlu, gastronomii, usług, w tym usług pocztowych lub telekomunikacyjnych, turystyki, sportu, obsługi pasażerów w transporcie kolejowym, drogowym, lotniczym, morskim lub wodnym śródlądowym, oraz inny budynek przeznaczony do wykonywania podobnych funkcji; za budynek użyteczności publicznej uznaje się także budynek biurowy lub socjalny.

2. Brak uprawnień Juliusza K., który został wskazany jako osoba posiadająca uprawnienia w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, wodociągowych i kanalizacyjnych. Natomiast z dołączonej do oferty decyzji o stwierdzeniu przygotowania zawodowego do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie wynika, iż Pan K. nie posiada wymaganych uprawnień w zakresie wentylacji, a więc i ten istotny warunek specyfikacji nie został spełniony. Ponadto z ogólnie dostępnych informacji z ewidencji działalności gospodarczej prowadzonej przez Burmistrza Turku wynika, iż Panowie Juliusz K. i Zygmunt K. prowadzą działalność gospodarczą, a więc ten Wykonawca nie może dysponować bezpośrednio osobami wymienionymi w załączniku nr 5 do SIWZ, gdzie widnieją również te osoby, a co za tym idzie załącznik został sporządzony niezgodnie z literą prawa .

3. Zamawiający we własnym zakresie dokonał licznych poprawek w błędach znajdujących się w dokonanym przez wybranego Wykonawcę obmiarze, co zapewne uczynił

w trybie art. 87 ust. 2 pkt 1) lub art. 87 ust. 2 pkt 3), np. poz 32.1 kosztorysu, a czego nie uczynił w przypadku do jednej nieścisłości znajdującej się w ofercie Novum.

4. Zamawiający w wielu miejscach nie zauważył niezgodności oferty Wykonawcy wybranego z treścią SIWZ, które w żaden sposób nie zostały poprawione i tak: pkt 9.7 oferty - włącz dachowy z systemowym kołnierzem uniwersalnym (brak oznaczenia wymiarów, tymczasem w SIWZ mowa o włączu o wymiarach 120 x 70; pkt 10.3 - Malowanie przed montażem farbami i emaliami chlorokauczukowymi skorodowanymi więźby dachowej na murach i słupach - powinno być emalia chlorokauczukowa chromianowa, której cena jest większa o około 20%; pkt 18.8 - Zagęszczanie podłoża wykonywane ręcznie w gruncie kat II - IV - powinno być kat II - III; **pkt 195.d.1.4.1 -jest zawór bezp. inst. co. SYR 2115 2"**, a **powinien być zawór „1"**; pkt 246 d.1 4.2. - Kocioł stojący Buderus Logano GE515 250 kW, tymczasem powinno być Kocioł Stojący Buderus GE 315 140 kW

5. Zgodnie z odpowiedzią na pytanie nr 11 Zamawiający podtrzymał treść SIWZ dotyczącą działu VI pkt 9 w zakresie cen składników cenotwórczych, które muszą być takie same dla wszystkich wycenionych pozycji przedmiaru robót. Dopuścił jedynie rozbieżności cen robocizny dla poszczególnych branż. Tymczasem w wielu pozycjach ceny tych samych składników cenotwórczych są znacząco odmienne, np. kosztorys ofertowy budowa zjazdu publicznych - mieszanka betonowa - cena 211,50/m<sup>3</sup>, (poz. 10 zestawienie RMS), natomiast w kosztorysie ofertowym poz. 16 -mieszanka betonowa 268,14.zł/m<sup>3</sup>, kosztorys ofertowy budowa zjazdów publicznych słupki drewniane (poz. 15 zestawienie RMS) - cena 272,60zł/m<sup>3</sup>, w kosztorysie budowlanym RMS poz. 231 - cena 131,21 zł /m<sup>3</sup>, Zestawienie RMS robót budowlanych poz. 83 gwoździe budowlane 4,85 zł, zestawienie RMS roboty sanitarne gwoździe budowlane 4,75zł (poz. 66); zestawienie RMS roboty budowlane kołki rozporowe 0,235zł/szt, zestawienie RMS roboty sanitarne (poz. 80) cena 0,27zł/szt, zestawienie RMS roboty budowlane poz. 161 - piasek do betonów zwykłych 31,73zł/m<sup>3</sup>, zestawienie RMS kosztorys robót instalacyjnych piasek do betonów zwykłych 31,1zł/m<sup>3</sup>, zestawienie RMS kosztorys budowlany poz. 17 mieszanka betonowa B10 - cena 229,76zł/m<sup>3</sup>, zestawienie RMS kosztorys robót sanitarnych poz. 137 mieszanka betonowa B10 - cena 225,16zł /m<sup>3</sup>, takich sytuacji jest znacznie więcej.

6. Zmianie uległa jednostka miary w poz. 21 kosztorysu - Uruchomienie i pomiary linii dozorowanych adresowych - do 24 adresów Jednostka miary - adres, zmian polega za zamianie jednostki miary z „adres" na „linia" tymczasem z pkt Działu III pkt 1 pppkt 6 wynika, aby wymagane jest aby w kosztorysie ofertowym ilości i jednostki miary odpowiadały ilościom i jednostkom miary w poszczególnych pozycjach załączonych do przedmiarów branżowych robót. Wymagane jest wypełnienie i określenie wartości we wszystkich pozycjach kosztorysowych występujących w kosztorysie ofertowym. Nie dopuszcza się wstawiania „0" jako wartości pozycji kosztorysu ofertowego."

Reasumując Odwołujący wykonawca wskazuje, że uznać należy, iż w opinii Novum Management Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowo - akcyjna oferta spółki nawet jeżeli uznać, iż zawierała tę jedną nieścisłość to Zamawiający w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 1) lub art. 87 ust. 2 pkt 3) mógł sprostować tę oczywistą omyłkę jak to uczynił w przypadku oferty uznanej za najkorzystniejszą, ewentualnie mógł w trybie art., 87 ust. 1 zwrócić się do Wykonawcy o wyjaśnienie treści złożonej oferty. Ponieważ tak nie postąpił dokonany wybór oferty Pana Hieronima Moczydłowskiego uznać należy za sprzeczny z ustawą Pzp.

Wykonawca składający odwołanie wskazywał, iż interes prawny w złożeniu tej informacji posiada z uwagi na fakt, iż jego oferta jest najkorzystniejsza biorąc pod uwagę jedyne kryterium (100% cena) wskazane przez Zamawiającego to i jego oferta winna być wybrana jako najkorzystniejsza.

**Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ, ofert złożonych w postępowaniu, stanowisk i oświadczeń stron zaprezentowanych w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:**

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie, po dniu 29 stycznia 2010 roku, tj. po wejściu w życie nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 5 listopada 2009 roku o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 206, poz. 1591) – tzw. „małej nowelizacji” oraz ustawy z dnia 2 grudnia 2009 roku o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778) – tzw. „dużej nowelizacji” do rozpoznawania odwołania mają zastosowanie przepisy Prawo zamówień publicznych w brzmieniu nadanym nowelizacjami, które weszły w życie odpowiednio dnia 22 grudnia 2009 roku oraz 29 stycznia 2010 roku.

W drugiej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, skierowała odwołanie na rozprawę.

Po trzecie ustalono, iż Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w złożeniu odwołania, gdyż potwierdzenie się zarzutów niewłaściwego odrzucenia jego oferty oznaczałoby dla Odwołującego możliwość uzyskania zamówienia ze względu na złożenie oferty najkorzystniejszej w postępowaniu pod względem wyznaczonego kryterium wyboru ofert. Tym samym wypełniona została materialnoprawna przesłanka do rozpoznania odwołania, wynikająca z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

### **Izba ustaliła następujący stan faktyczny:**

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Budowę tureckiego inkubatora przedsiębiorczości w celu realizacji kompleksowych usług na rzecz biznesu”.

W SIWZ Zamawiający w punkcie III.1. – Dokumenty i oświadczenia, które należy złożyć wraz z ofertą – zamieścił zapisy, iż wykonawca jest zobowiązany do złożenia wraz z formularzem ofertowym kosztorysu ofertowego sporządzonego na podstawie przedmiarów robót stanowiących załącznik do SIWZ metodą uproszczoną dla cen jednostkowych (z narzutami) dla poszczególnych pozycji z wyszczególnieniem: opisu roboty, ilości przedmiarowej, jednostki roboty, ceny jednostkowej roboty oraz wartości roboty stanowiącej iloczyn ilości przedmiarowej i ceny jednostkowej. W rozdziale tym stwierdzono również, iż Zamawiający zaleca zachowanie w kosztorysie ofertowym opisów pozycji z przedmiarów robót. W razie powstania ewentualnego sporu na etapie realizacji zamówienia, decydujący będzie opis pozycji z przedmiaru robót Zamawiającego. Kosztorys ofertowy miał zawierać zbiorcze zestawienie cen czynników cenotwórczych tj. ceny materiałów, sprzętu i robocizny oraz zastosowane narzuty.

W rozdziale VI – Opis sposobu obliczenia ceny – wskazano, iż wykonawca określi cenę oferty, która stanowić będzie wynagrodzenie kosztorysowe (...).

Kryterium oceny ofert określono jako cena – waga 100%.

Odpowiadając na pytania wykonawców, Zamawiający w odpowiedziach z dnia 13 września 2010 roku, w odpowiedzi nr 49 wskazał, iż w pozycji 27.2 przedmiaru wprowadza korektę do wyceny ścianek działowych polegającą na tym, iż ścianki działowe należy wycenić według katalogów: NNRNKB 2024-03 lub ORGB 2020 2024 03 ścianki działowe z płyt gipsowo-kartonowych ognioodpornych GKF grubości 12,5 mm na rusztach metalowych, 2-warstwowe, pokrycie 2-stronne 3 497,721 m<sup>2</sup> oraz KNR 202 613/3 izolacje pionowe z płyt z wełny mineralnej 100 mm układanych na sucho 3 497,721 m<sup>2</sup>.

W terminie składania ofert do Zamawiającego wpłynęło 8 ofert.

W dniu 5 października 2010 roku Zamawiający zawiadomił o wyborze oferty najkorzystniejszej firmy Hieronim Moczydłowski Zakład Budowlany BUD-BET oraz odrzuceniu oferty Odwołującego się obecnie wykonawcy Novum Management Sp. z o.o. S.K.A. ze względu na art. 89 ust. 1 pkt 2 ponieważ treść złożonej oferty nie odpowiada treści SIWZ. W uzasadnieniu Zamawiający wskazywał, że wykonawca w kosztorysie ofertowym na stronie 58 oferty w pozycji 27.2 wycenił ścianki działowe z płyt gipsowo-kartonowych ognioodpornych 13\_10 GKF na rusztach metalowych, obustronnie 1-warstwowo, profil U-100 z 13\_10 wypełnieniem wełną mineralną grubości 100 mm według KNNR 2 17 202-2024-03-050. Wykonawca nie był wzywany do złożenia wyjaśnień odnośnie kwestionowanej pozycji i nie

były poprawiane w jego ofercie żadne błędy. Wobec takiego zachowania Zamawiającego, wykonawca złożył odwołanie

**Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje:**

**Zarzuty naruszenia art. 87 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 i 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zasługują na uwzględnienie.**

Odnośnie zarzutów naruszenia przez Zamawiającego art. 87 ust. 1 i 2 oraz art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez odrzucenie ofertę Odwołującego, Izba uznała ww. zarzuty za zasadne rozpatrzyć łącznie, z uwagi na ich charakter.

W odniesieniu do zarzutu konieczności odrzucenia oferty Odwołującego ze względu na to, iż jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, tj. kosztorys ofertowy zawiera błędy, których nie można poprawić na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych Izba uznała, iż nie zachodzi wskazana przyczyna odrzucenia oferty. Zdaniem Izby poprawienie wskazanych w odwołaniu niedokładności w opisie jednej pozycji kosztorysu nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty Odwołującego. Jest to bowiem pominięcie w opisie pozycji pojedynczych wyrazów lub krótkich fraz, które określają w pewien sposób zakres pozycji jednak ich uzupełnienie, na które pozwala art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, doprowadzi do pełnej zgodności treści opisu zawartego w kosztorysie z opisem zastosowanym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia – przedmiarze (taki jest cel tego przepisu), zatem nie będzie zachodziła wskazana przez Zamawiającego możliwość realizacji przedmiotu zamówienia niezgodnie z jego wymaganiami.

Odwołujący oświadczył, iż chcąc uczynić zadość wymaganiom postawionym przez Zamawiającego w SIWZ połączył wycenę wskazywaną w odpowiedzi na pytanie nr 49 w jedną pozycję ponieważ w innych przypadkach, gdy Zamawiający miał na myśli zmianę przedmiaru i dodanie do niego jakiegokolwiek pozycji, to wyraźnie wskazywał powyższe w udzielanych odpowiedziach. W przypadku kwestionowanej pozycji takiego wskazania nie było, co potwierdza wprost odpowiedź na pytanie znajdująca się w aktach sprawy prowadzonego postępowania. Nie było więc przeciwwskazań aby wycenić pozycję 27.2 jako jeden wiersz w kosztorysie ofertowym, nie zaś rozbijać na wycenę ścianek działowych i izolacji jako odrębne pozycje. Fakt, że inni wykonawcy dokonali wyceny w sposób, jaki de facto oczekiwał Zamawiający ma znaczenie drugorzędne, ponieważ Zamawiający wprost nie wymagał takiej wyceny. W ocenie składu orzekającego możliwa jest zatem wycena w jednej pozycji pod warunkiem, że uwzględnia wszystkie składowe przedmiotu zamówienia określone przez Zamawiającego dotyczące danej pozycji kosztorysu. W takim przypadku poprawienie innej oczywistej omyłki będzie możliwe ponieważ sprowadzało się będzie do

poprawienia opisu pozycji według właściwych norm KNR, przy zachowaniu cen jednostkowych i ilości. Odwołujący oświadczył na rozprawie, iż w wycenie ujęto wszystkie wskazywane przez Zamawiającego elementy we właściwej ilości i za cenę określoną w ofercie jest w stanie wykonać prace o podanym charakterze. Nie dojdzie zatem w ocenie składu orzekającego do zmiany w treści złożonej oferty. Potwierdza to także zrzut z ekranu programu kosztorysowego, załączony w dniu 8 października 2010 roku Zamawiającemu do informacji o niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynnościami podjętymi w toku prowadzonego postępowania, do których był on zobowiązany na podstawie ustawy. Z załączonej informacji jasno wynika, iż pozycja została wyceniona zgodnie z zaleceniami Zamawiającego i na podstawie podanych przez niego w odpowiedzi nr 49 katalogów wyceny. Co więcej Izba wskazuje, iż zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp wykonawca ma prawo nie zgodzić się w terminie 3 dni od dnia doręczenia zawiadomienia o poprawieniu omyłek na jej samodzielne poprawienie przez Zamawiającego w sposób niego przez wskazany.

Jednocześnie Izba wskazuje, iż korekta ta ma charakter bardziej formalny (ze względu na fakt, iż zamówienie jest udzielane przy zastosowaniu procedury udzielania zamówień publicznych) niż praktyczny, ponieważ nawet bez jej dokonania wykonawca musiałby zrealizować roboty zgodnie z dokumentacją projektową i wymaganiami inwestora – Zamawiającego. Tym samym dokonana zmiana nie ma przymiotu „istotnej zmiany treści oferty”. Przy tym, wbrew twierdzeniom Zamawiającego, nie ma podstaw, by Zamawiający musiał dokonywać zmian cen jednostkowych wskazanych pozycji czy prowadzić negocjacje co do ceny, a zatem nie zachodzi sytuacja, w której Zamawiający nie mógłby przeprowadzić korekty nie wiedząc, jak tego dokonać.

Ponadto wskazać można, iż Zamawiający na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp ma możliwość zwrócić się do wykonawcy o złożenie wyjaśnień w sprawie oferty i ustalić, czy wycena została dokonana zgodnie ze wskazówkami Zamawiającego i czy zawiera wszystkie wymagane przez niego elementy.

Z tych względów Izba wskazuje konieczność zastosowanie przez Zamawiającego w stosunku do oferty Odwołującego przywołanych przepisów w stosownym zakresie podczas powtórzenia czynności badania i oceny ofert dokonywanej z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Dodatkowo, Izba zwraca uwagę, iż dokonane poprawienie w ofercie nie powinno spowodować zmiany w cenie oferty, a co za tym idzie dodatkowych kosztów dla Zamawiającego. Odwołujący złożył na rozprawie oświadczenie, iż w kwestionowanej pozycji znajduje się wycena całości prac wymaganych przez Zamawiającego, a złożona oferta nadal będzie ofertą z najniższą ceną.

**Zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w stosunku do oferty wybranej jako najkorzystniejsza.**

Odnośnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp poprzez wybór oferty firmy Hieronima Moczydłowskiego Zakład Budowlany BUD – BET, jako najkorzystniejszej, mimo licznych błędów w kosztorysie ofertowym, wskazanych w odwołaniu, czyli zarzutu zaniechania odrzucenia oferty firmy Hieronima Moczydłowskiego Zakład Budowlany BUD – BET, Izba pozostawiła bez rozpoznania.

W niniejszej sprawie przedmiotem zamówienia publicznego są roboty budowlane, których wartość, zgodnie z protokołem postępowania (DRUK ZP-2) została oszacowana na 11 684 727,62 zł, co zgodnie ze średnim kursem złotego w stosunku do euro wynoszącym 3,839 stanowi 3 043 690,45 euro. Zatem wartość zamówienia nie przekracza kwoty 4 845 000 euro.

Zgodnie z przepisem art. 180 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, w postępowaniu o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 (dla robót budowlanych jest to wartość poniżej 4 845 000 euro), odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności dotyczących wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki i zapytania o cenę, opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, wykluczenia wykonawcy odwołującego się z postępowania lub odrzucenia jego oferty.

Ustawodawca określił więc w sposób enumeratywny przesłanki do wniesienia odwołania. Należy zwrócić uwagę, że w świetle przepisu art. 180 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, odwołanie przysługuje wobec ściśle wymienionych czynności, w tym jedynie dwóch, którymi są: czynność wykluczenia wykonawcy z postępowania i odrzucenia jego oferty. W katalogu tym nie ujęto natomiast przypadków zaniechania czynności np. odrzucenia oferty uznanej za najkorzystniejszą przez Zamawiającego, co oznacza, że odwołanie w powyższych okolicznościach nie przysługuje.

Treść art. 180 ust. 2 pkt 4 Pzp pozwala na stwierdzenie, że ustawodawca objął ochroną jedynie najważniejsze interesy wykonawcy wnoszącego odwołanie, a dotyczące jego wykluczenia z postępowania lub odrzucenia jego oferty. Cel powołanego przepisu potwierdza również uzasadnienie do projektu zmiany Pzp, z którego wynika, że nowelizacja ma zapewnić ochronę prawną w zakresie zamówień publicznych na roboty budowlane poniżej progu 4 845 000 euro, jednakże z: *„wyeliminowaniem prawa do wniesienia środków ochrony prawnej na czynności nie godzące bezpośrednio w interes wykonawcy, który z nich korzysta (np. dotyczące nieprawidłowości w ofercie innego wykonawcy).”*

W tym stanie rzeczy, na podstawie art. 180 ust. 2 pkt 4 w związku z art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp Izba rozpoznawała odwołanie tylko w odniesieniu do zarzutów związanych z odrzuceniem oferty Odwołującego. W konsekwencji Izba nie rozpoznawała zarzutu

dotyczącego naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp poprzez wybór oferty firmy Hieronima Moczydłowskiego Zakład Budowlany BUD – BET, jako najkorzystniejszej przyjmując jednocześnie jako wyjaśnienie niniejszego zarzutu argumentację wskazywaną przez Odwołującego, iż przedstawienie błędów w ofercie wybranej miało na celu wykazanie nierównego traktowania wykonawców i niezachowanie zasady uczciwej konkurencji przez Zamawiającego w toku prowadzonego postępowania.

Tym samym, decyzja Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego się w przedmiotowym postępowaniu nie była uzasadniona. Krajowa Izba Odwoławcza uznała, iż Zamawiający naruszył swoim działaniem przepisy art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 87 ust. 1 i ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp prowadząc postępowanie z naruszeniem zasady dotyczącej zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołanie, na podstawie art. 192 ust. 2 wskazanej ustawy podlegało więc uwzględnieniu. W ocenie Izby zarzuty Odwołującego w stosunku do czynności lub zaniechań Zamawiającego potwierdziły się i podjęte decyzje miały wpływ na wyniki postępowania o udzielenie zamówienia.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), tj. stosownie do wyniku postępowania.

**Przewodniczący:**

.....