

Sygn. akt: KIO/UZP 261/10

WYROK
z dnia 24 marca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Członkowie: Luiza Łamejko
Honorata Łopianowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 marca 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Władysława Korlackiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe MONTERIN Władysław Korlacki, ul. Szkolna 7, 40-007 Katowice** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Wyższą Szkołę Przedsiębiorczości i Marketingu w Chrzanowie, ul. J. Woynarowskiej 1, 32-500 Chrzanów** protestu z dnia 1 lutego 2010 r.

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności unieważnienia postępowania, czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i czynności odrzucenia oferty Władysława Korlackiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P.W. MONTERIN oraz nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert,**
- 2. kosztami postępowania obciąża Wyższą Szkołę Przedsiębiorczości i Marketingu w Chrzanowie, ul. J. Woynarowskiej 1, 32-500 Chrzanów i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy)

z kwoty wpisu uiszczonego przez **Władysława Korlackiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe MONTERIN Władysław Korlacki, ul. Szkolna 7, 40-007 Katowice,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 8 044 zł 00 gr (słownie: osiem tysięcy czterdzieści cztery złote zero groszy) przez **Wyższą Szkołę Przedsiębiorczości i Marketingu w Chrzanowie, ul. J. Woynarowskiej 1, 32-500 Chrzanów** na rzecz **Władysława Korlackiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe MONTERIN Władysław Korlacki, ul. Szkolna 7, 40-007 Katowice,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 5 556 zł 00 gr (słownie: pięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Władysława Korlackiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe MONTERIN Władysław Korlacki, ul. Szkolna 7, 40-007 Katowice.**

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

Zamawiający Wyższa Szkoła Przedsiębiorczości i Marketingu w Chrzanowie, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Rozbudowę i modernizację infrastruktury dydaktycznej Wyższej Szkoły Przedsiębiorczości i Marketingu w Chrzanowie przy ulicy Janiny Woynarowskiej 1”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 24 listopada 2009 r., w poz. 405126-2009.

Wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przed dniem 29 stycznia 2010 r., tj. przed dniem wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do rozpoznania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zmianami) w brzmieniu sprzed wejścia w życie wskazanych przepisów.

W dniu 25 stycznia 2010r. zamawiający zawiadomił odwołującego P.W. MONTERIN Władysław Korlacki o odrzuceniu oferty jako niezgodnej z treścią siwz, o wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez P.B. DOMBUD S.A. oraz o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp. W postępowaniu zostało złożonych 10 ofert, z których 9 zamawiający odrzucił. Zamawiający uznał, że cena oferty najkorzystniejszej przekracza kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

P.W. MONTERIN Władysław Korlacki wniósł protest zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, art. 87 ust. 1 i ust. 2 pkt 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez odrzucenie oferty odwołującego. Odwołujący wniósł o unieważnienie decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego, o wyborze oferty najkorzystniejszej i decyzji o unieważnieniu postępowania. Wniósł również o powtórzenie oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej.

Podniósł, że zamawiający w punkcie 9.5.j siwz wymagał zgodności podstaw wyceny z określonymi w przedmiarze. Nie wymagał zgodności opisu pozycji z przedmiarem. W ofercie odwołującego podstawy wyceny nie są kwestionowane przez zamawiającego. Za wykonanie zamówienia przewidziano wynagrodzenie ryczałtowe (§ 11 ust. 1, § 12 wzoru umowy). W wyjaśnieniach z dnia 16 grudnia 2009 r. zamawiający wskazał, że „W załączniku nr 6 do siwz strony postanawiają, że za wykonanie przedmiotu umowy zamawiający zapłaci wykonawcy wynagrodzenie ryczałtowe. Wykonawca przed określeniem ceny oferty, powinien dokładnie zapoznać się z projektem budowlanym, położeniem obiektu, warunkami mogącymi mieć wpływ na wysokość wynagrodzenia. Kosztorys ofertowy nie jest bowiem dokumentem określającym zakres prac przewidzianych do wykonania przy danej inwestycji lecz swoistym formularzem cenowym, czyli zestawieniem elementów poddanych wycenie, które w przypadku wynagrodzenia ryczałtowego nie podlega weryfikacji z punktu widzenia prawidłowości przeprowadzonego obliczenia. Przedmiot zamówienia określają odpowiednie projekty i specyfikacje techniczne. Wykonawca, deklarując w ofercie wolę wykonania robót zgodnie z przekazaną dokumentacją akceptuje jej zawartość, co jest równoznaczne z pozbawieniem się możliwości zadania zapłaty za czynności wynikające z dokumentacji, a nie wycenione w kosztorysie. Błąd w kosztorysie nie może być więc rozpatrywany w kontekście wadliwości treści oferty w stosunku do specyfikacji. Wymaganie zawarte w specyfikacji, związane z wyceną wszystkich pozycji z załączonego przedmiaru robót, oraz kosztów robót nieujętych w przedmiarze, a wskazanych przez wykonawcę, jest związane z potrzebą wyceny robót w trakcie przewidzianych umową odbiorów częściowych.” Ponadto, zamawiający miał możliwość wyjaśnienia treści oferty w trybie art. 87 ust. 1 Pzp, z której nie skorzystał. Odnosząc się do podniesionych przez zamawiającego błędów w kosztorysie, odwołujący wyjaśnił, co następuje.

1. poz. 3.5.5 - W odpowiedziach na pytania zamawiający użył zwrotu „doprecyzujemy”, co oznacza, że zamawiający nie dokonał zmiany opisu pozycji w przedmiarze robót,

a tym samym nie mógł żądać wykazania takiej zmiany w opisie pozycji kosztorysu. Odwołujący stwierdził, że uwzględnił w ofercie doprecyzowanie dokonane przez zamawiającego.

2. poz. 7.1.10 do 7.1.13 – Odwołujący, aby nie narazić się na zarzut zmiany podstawy wyceny, dokonał wyceny w oparciu o podstawę podaną przez zamawiającego. W opisie materiałów istotnie występuje materiał „okna z PCV”, lecz wykonawca wycenił okna drewniane, o czym świadczy cena zaoferowanych okien. Wskazał, że dysponuje szczegółową wyceną dostawcy okien.
3. brak wyceny zabezpieczenia gzymsów przeciw ptakom - w pozycji dodanej do pozycji 2.2.1 kosztorysu ofertowego - Zgodnie z zaleceniem zamawiającego, aby „ująć w wycenie” odwołujący dodał do kosztorysu dwie dodatkowe pozycje określające montaż obróbek i elementów z blachy w wymaganych ilościach, a zabezpieczenia gzymsów przeciw ptakom mieszczą się w ww. dodanych pozycjach. Odwołujący wyjaśnił, że tylko w ten sposób można było wycenić żądane pozycje, gdyż brak jest podstaw wyceny dla „zabezpieczenia gzymsów” (jedyne rozróżnienie w podstawach wyceny dotyczy szerokości obróbek blacharskich - nieprzekraczające i przekraczające 25cm).
4. brak wyceny ścianek aluminiowych o odporności ogniowej EI60, z drzwiami o odporności EI.10 - szt. 4 - W załączniku do odpowiedzi zamawiający wskazał, iż ww. ścianki znajdują się: na parterze 1 szt., na I piętrze 1 szt., na II piętrze 1 szt. i na poddaszu 1 szt. W podsumowaniu rysunku zapisano: „SUMA 2; 1; 1”, czyli razem 4 sztuki. Zamawiający nie wskazał, że należy wycenić ścianki podwójnie (jak teraz twierdzi - na dwóch klatkach schodowych). Zamawiający wymagał, aby „uwzględnić w wycenie ścianki działowe aluminiowe. Ilości ścianek z podaniem ich wymiarów jak na załączonym zestawieniu ścianki ogniowej w prawym skrzydle budynku. Patrz: „ZAŁĄCZNIK NR 1 DO ODPOWIEDZI Z DNIA 21.12.2009r.”
5. brak wyceny poz. 27 próba szczelność instalacji wodociągowych - W kosztorysie ofertowym odwołujący wycenił koszt jednostkowy prób szczelności na cenę 1,10zł, lecz przyjął omyłkowo obmiar „0 m”, przez co suma pozycji wyniosła „0”. W tym przypadku zamawiający miał obowiązek poprawić omyłkę na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.
6. w pozycji 106 brak wyceny konstrukcji wsporczej pod centralą wentylacyjną – Odwołujący oświadczył, że konstrukcja mieści się w wycenie pozycji, na co wskazuje cena, a ponadto odwołujący dysponuje wyceną szczegółową dostawcy centrali i może ją przedstawić na żądanie zamawiającego.

Zamawiający rozstrzygnął protest, uwzględniając zarzut dotyczący braku wyceny poz. 27 (próba szczelności instalacji wodociągowych) i dokonał jej poprawy jako oczywistej omyłki rachunkowej. W pozostałym zakresie zamawiający oddalił protest. Wyjaśnił, że kosztorys

ofertowy należało opracować jako „kosztorys ofertowy pełny z cenami jednostkowymi dla poszczególnych pozycji (wg przedmiaru robót). Podstawa wyceny - zgodna z zapisem z przedmiaru robót." Zakres robót (w tym opis) winien być zgodny z opisem z przedmiaru oraz z wyjaśnieniami zamawiającego.

1. w poz. 3.5.5 – wykonawca nie dokonał zmiany opisu pozycji, z której wynikałby fakt uwzględnienia zmiany (doprecyzowania) materiału. Przyjęty materiał nie odpowiada wymaganiom zamawiającego.
2. w dołączonym do kosztorysu zestawieniu materiałów, brak wymaganego materiału (okna drewniane) – w poz. 7.1.10 do 7.1.13 odwołujący nie dokonał zmiany opisu materiału mimo, iż dopisał „zmieniona ilość zgodnie z wymaganiem zamawiającego”.
3. Odwołujący w żadnej pozycji kosztorysu ofertowego nie ujął „zabezpieczenia gzymsów przeciw ptakom w ilości 300 mb”. Ujął jedynie w poz. dodanych (str. 34 oferty) - „obróbki blacharskie z blachy- cynowej w ilościach zgodnych z odpowiedzią zamawiającego”.
4. Zamawiający, zgodnie z wyjaśnieniami z dnia 16.12.2009 r. (Ad 26 i 27) wymagał, aby w wycenie uwzględnić drzwi o odporności ogniowej EI30 - 4 szt. oraz ścianki działowe wg opisu i rysunków. W odpowiedziach na pytania z dnia 21.12.2009 r. zamawiający wyjaśnił, że (ZESTAW II, Ad. 1) „Należy uwzględnić w wycenie ścianki działowe aluminiowe. Ilość ścianek z podaniem ich wymiarów jak na załączonym zestawieniu ścianki ogniowej w prawym skrzydle budynku. patrz: „załącznik nr 1 do odpowiedzi z dnia 21 grudnia 2009r.”. Załącznik nr 1 podawał wymiary, rodzaj i ilość ścianek aluminiowych (4 szt.). Łącząc powyższe odpowiedzi można wyliczyć, że zamawiający wymagał 8 szt. ścianek aluminiowych.
5. w poz. 106 kosztorysu ofertowego ani w żadnej innej nie wyceniono konstrukcji wsporczej pod centralą wentylacyjną. W opisie kosztorysu ofertowego poz. 106 – odwołujący podał - M - centrala wentylacyjna typu VTS Ventus 40 - R – P, a zatem brak w tej pozycji konstrukcji wsporczej, która nie jest elementem składowym centrali.

PW MONTERIN Władysław Korlacki wniósł odwołanie od rozstrzygnięcia protestu, zarzucając naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, art. 87 ust. 1 i ust. 2 pkt 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez odrzucenie oferty odwołującego. Odwołujący powtórzył w odwołaniu argumentację zawartą w proteście. Odwołujący wniósł o nakazanie unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i czynności unieważnienia postępowania, nakazanie powtórzenia czynności oceny ofert i wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej i zasądzenie kosztów postępowania na rzecz odwołującego.

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:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

KIO stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem prawnym, w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp.

Przedmiot zamówienia obejmuje roboty budowlane, za wykonanie których zamawiający przewidział wynagrodzenie ryczałtowe, co jednoznacznie potwierdza treść § 11 ust. 1, § 12 wzoru umowy. W treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (pkt 9.5.j) zamawiający wymagał, aby wykonawcy złożyli w ofercie „kosztorys ofertowy pełny, z cenami jednostkowymi dla poszczególnych pozycji (wg przedmiaru robót). Podstawa wyceny- zgodnie z zapisem z przedmiaru robót. Konieczna jest wycena wszystkich pozycji przedmiaru robót.” W wyjaśnieniach z dnia 16 grudnia 2009 r. zamawiający jednoznacznie wskazał, że „W załączniku nr 6 do siwz strony postanawiają, że za wykonanie przedmiotu umowy zamawiający zapłaci wykonawcy wynagrodzenie ryczałtowe. [...] Kosztorys ofertowy nie jest bowiem dokumentem określającym zakres prac przewidzianych do wykonania przy danej inwestycji lecz swoistym formularzem cenowym, czyli zestawieniem elementów poddanych wycenie, które w przypadku wynagrodzenia ryczałtowego nie podlega weryfikacji z punktu widzenia prawidłowości przeprowadzonego obliczenia. Przedmiot zamówienia określają odpowiednie projekty i specyfikacje techniczne. Wykonawca, deklarując w ofercie wolę wykonania robót zgodnie z przekazaną dokumentacją akceptuje jej zawartość, co jest równoznaczne z pozbawieniem się możliwości żądania zapłaty za czynności wynikające z dokumentacji, a nie wycenione w kosztorysie. Błąd w kosztorysie nie może być więc rozpatrywany w kontekście wadliwości treści oferty w stosunku do specyfikacji. Wymaganie zawarte w specyfikacji, związane z wyceną wszystkich pozycji z załączonego przedmiaru robót, oraz kosztów robót nieuwjętych w przedmiarze, a wskazanych przez wykonawcę, jest związane z potrzebą wyceny robót w trakcie przewidzianych umową odbiorów częściowych.”

Powyższe wyjaśnienia zostały podtrzymane w całości przez zamawiającego w odpowiedzi na pytanie nr 1 zestaw III z dnia 21 grudnia 2009 r. o treści: „Przypominamy zatem ponownie, że oferent przed określeniem ceny oferty, powinien dokładnie zapoznać się z projektem budowlanym, specyfikacją wykonania i odbioru robót i warunkami mogącymi mieć wpływ na wysokość wynagrodzenia. Załączony przedmiar robót nie powinien być jedynie źródłem ustalenia ceny oferty. Oferent może i powinien sporządzić kosztorys ofertowy uwzględniający wszystkie te pozycje, które jego zdaniem mają wpływ na cenę oferty. Dopuszcza się ustalenie własnej podstawy wyceny pozycji kosztorysowych. Wycena

wszystkich pozycji z załączonego przedmiaru robót oraz kosztów robót nieujętych w przedmiarze a wskazanych przez wykonawcę. Wykonawca powinien wycenić wszystkie pozycje przedmiaru oraz roboty, które ujęte są w dokumentacji projektowej i siwz. Taka wycena jest niezbędna dla opracowania harmonogramu wykonania robót.”

Oferta odwołującego została odrzucona przez zamawiającego jako niezgodna z treścią siwz, ponieważ w kosztorysie ofertowym (branża budowlana, branża instalacyjna):

- poz. 3.5.5 – w opisie pozycji nie uwzględniono wyjaśnień z dnia 2 i 9 grudnia 2009 r., zgodnie z którymi opis pozycji winien brzmieć „posadzki rulonowe PCV o klasie ścieralności 34 i symbolu 43”
- poz. 7.1.10 do 7.1.13 – w zestawieniu materiałów (poz. 109, 110, 111) wpisano okna PCV, podczas gdy zgodnie z projektem powinny być okna drewniane.
- brak wyceny zabezpieczenia gzymsów przeciw ptakom,
- brak wyceny 4 szt. ścianek aluminiowych o odporności ogniowej EI60, z drzwiami o odporności EI30, podczas gdy w projekcie ścianki te występują w ilości - 8 szt.
- brak wyceny konstrukcji wsporczej pod centralą wentylacyjną.

Odnosząc się do zarzutów podniesionych w odwołaniu Izba stwierdziła, że w świetle postanowień zawartych w siwz brak jest postaw do uznania, że oferta odwołującego nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wskazane przez zamawiającego ww. „braki” w kosztorysie ofertowym nie mają wpływu na treść oferty w aspekcie jej zgodności z treścią siwz.

Izba zważyła, iż w świetle postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zamawiający nie wymagał dokonania obliczenia ceny oferty w oparciu o kosztorys ofertowy. Kosztorys był wymagany jedynie dla opracowania harmonogramu wykonania robót. Zamawiający wskazał jednoznacznie, wyjaśniając treść siwz, iż kosztorys ofertowy nie jest dokumentem określającym zakres prac przewidzianych do wykonania lecz zestawieniem elementów poddanych wycenie, które nie podlega weryfikacji z punktu widzenia prawidłowości przeprowadzonego obliczenia. Ponadto wskazał wprost, że błąd w kosztorysie nie może być więc rozpatrywany w kontekście wadliwości treści oferty w stosunku do specyfikacji. Zauważyć należy, że z charakteru wynagrodzenia ryczałtowego wynika, iż należy się ono w umówionej wysokości i wykonawca w zasadzie nie może żądać jego podwyższenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac. Istotą ceny ryczałtowej jest ustalenie jej z góry, bez przeprowadzenia szczegółowej analizy kosztów przedmiotu zamówienia, przy czym charakter okoliczności, z uwagi na które nie przewidziano rozmiaru lub kosztów prac, nie ma większego znaczenia. Odnosząc się szczegółowo do zarzutów Izba stwierdziła w pierwszej kolejności, iż odwołujący zgodnie z wymaganiem zamawiającego, w formularzu ofertowym w pkt 4

złożył oświadczenie, że gwarantuje wykonanie całości niniejszego zamówienia zgodnie z treścią siwz, wyjaśnień do siwz oraz jej modyfikacji.

Zgodnie z odpowiedzią na pytanie do siwz z dnia 2 i 9 grudnia 2009 r. (ad 7) o „sprecyzowanie jakie płytki podłogowe i ścienne należy zastosować i podać przykładowego producenta” zamawiający wyjaśnił „Doprecyzowujemy: (...) Posadzki rulonowe PCV o klasie ścieralności 34 i symbolu 43”. Z powyższego wyjaśnienia nie wynika, że zamawiający zmienił opis pozycji 3.5.5 zawartej w przedmiarze lub że wymagał wprowadzenia zmiany opisu pozycji samodzielnie przez wykonawców. Udzielając odpowiedzi zamawiający nie przywołał jakiegokolwiek konkretnej pozycji przedmiaru. W tych okolicznościach, skoro zamawiający nie dokonał zmiany opisu przedmiaru robót, tym samym nie mógł żądać wykazania zmiany w opisie pozycji w kosztorysie ofertowym. Uwaga dotycząca „doprecyzowania” przez zamawiającego rodzaju posadzki podlega uwzględnieniu w ofercie. Biorąc pod uwagę ryczałtowy charakter wynagrodzenia, a także oświadczenie złożone przez wykonawcę co do uwzględnienia w ofercie wszystkich wymagań specyfikacji i wyjaśnień zamawiającego nie ma podstaw by twierdzić, że odwołujący nie uwzględnił rodzaju posadzki opisanego przez zamawiającego.

Zgodnie z dokumentacją projektową, w ramach przedmiotu zamówienia wymagane jest wykonanie okien drewnianych. W przedmiarze robót zamawiający podał - w pozycjach dotyczących okien (poz. 7.1.10 – 7.1.13) – błędne podstawy wyceny KNR tj. dla okien z PCV. Jak wyjaśnił odwołujący, przyjęcie do kosztorysowania wskazanej przez zamawiającego podstawy wyceny KNR skutkowało tym, iż w zestawieniu materiałów automatycznie pojawiły się, jako materiał, okna z PCV, pomimo, że wykonawca prawidłowo wycenił w ww. pozycjach okna drewniane. Omyłka zawarta w zestawieniu materiałów (poz. 109 – 111) nie oznacza, jak twierdził zamawiający, że okna drewniane nie zostały wycenione w ofercie odwołującego. W ocenie Izby, treść oferty w powyższym zakresie powinna podlegać wyjaśnieniu w trybie art. 87 ust. 1 Pzp na etapie badania ofert, której to czynności zamawiający zaniechał. W danych okolicznościach wyjaśnienie odwołującego, iż w wycenie uwzględniono okna drewniane nie stanowi zmiany treści oferty. Zauważyć należy także, że to zamawiający wywołał omawianą omyłkę, poprzez wskazanie błędnej podstawy wyceny, a skutki błędów zamawiającego nie mogą obciążać wykonawców uczestniczących w postępowaniu. Biorąc pod uwagę powyższe, niezgodność treści oferty odwołującego z treścią specyfikacji w zakresie rodzaju zaoferowanych okien podlega poprawie w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp jako inna omyłka polegająca na niezgodności oferty z treścią siwz nie powodująca istotnej zmiany treści oferty.

W odpowiedziach na pytania do siwz z dnia 2 i 9 grudnia 2009 r. (ad 6) zamawiający wskazał, iż „Brakujące elementy nieobjęte przedmiarami należą do zakresu przetargu i należy je ująć w wycenie w niżej wyszczególnionych ilościach, m.in.: (...) obróbki

blacharskie z blachy tytanowo-cynowej 160,0 m², o szerokości przekraczającej 25 cm oraz nieprzekraczające 25 cm w ilości 75m² (obróbki gzymsów) i zabezpieczenia gzymsów przeciw ptakom w ilości 300mb". Odwołujący opracowując kosztorys dodał do pozycji przedmiaru 2.2.1 dwie dodatkowe pozycje określające montaż obróbek i elementów z blachy w ilościach zgodnych z żądanymi przez zamawiającego. W związku z powyższym odwołujący oświadczył, że zabezpieczenia gzymsów przeciw ptakom mieszczą się w dodanych pozycjach. Podkreślić należy, że w świetle wyjaśnień zamawiającego odwołujący mógł wycenić ww. prace w taki sposób, gdyż zamawiający pozostawił wykonawcom swobodę w powyższym zakresie. Zamawiający nie określił w przedmiarze osobnej pozycji dla ww. prac. Brak jest również podstaw wyceny dla robót dotyczących „zabezpieczenia gzymsów”. W wyjaśnieniach zamawiający ujął obróbki blacharskie i zabezpieczenie gzymsów w jednym punkcie, co mogło być odczytane przez wykonawców, jako możliwość dokonania wyceny omawianych prac w ramach pozycji „obróbki blacharskie”. Brak wyszczególnienia w kosztorysie odrębnej pozycji „zabezpieczenia gzymsów” nie może być poczytywane w ustalonych okolicznościach, jako niezgodność treści oferty z treścią siwz.

Na rozprawie strony zgodnie potwierdziły, iż w dokumentacji projektowej ww. ścianki aluminiowe występują w ilości łącznie 8 szt. Wyjaśnienia zamawiającego udzielone wykonawcom w toku postępowania w powyższym zakresie nie były jednakże jednoznaczne. Zamawiający przyznał, iż odpowiedzi na pytania wykonawców z dnia 16 grudnia 2009 r. (ad 20 i 27) zawierały błąd, polegający na wskazaniu wymaganej ilości 4 sztuk ścianek, bez zaznaczenia, że odpowiedź miała dotyczyć wyłącznie lewego skrzydła budynku. W kolejnej odpowiedzi na pytania wykonawców z dnia 21 grudnia 2009 r. (zestaw II poz. ad. 1) zamawiający wskazał ponownie, iż ścianki aluminiowe znajdują się: na parterze 1 sztuka, na I piętrze 1 sztuka, na II piętrze 1 sztuka i na poddaszu 1 sztuka, a w podsumowaniu, załączonego do wyjaśnień rysunku, dotyczącego prawego skrzydła budynku, zapisano jako sumę ścianek - 4 sztuki. Izba stwierdziła, iż treść wyjaśnień zamawiającego nie pokrywa się z ich interpretacją przyjętą przez zamawiającego. Z wyjaśnień nie wynika w żadnym stopniu, że łączna ilość ścianek aluminiowych wynosi 8 szt. W żadnym miejscu siwz lub wyjaśnień zamawiający nie wskazał powyższej ilości. Pytania wykonawców były jednoznaczne i dotyczyły braku odzwierciedlenia 8 szt. ścianek w przedmiarach. Zamawiający wskazywał w wyjaśnieniach jedynie ilość 4 szt. Z treści ww. wyjaśnień nie wynika, że wykonawcy powinni zsumować podawane ilości ścianek. Nie sposób zatem zgodzić się z zamawiającym, że z odpowiedzi zamawiającego wynika, iż wykonawcy mieli wycenić ścianki podwójnie. Brak wyceny w kosztorysie 4 szt. ścianek aluminiowych, w świetle omówionych powyżej postanowień siwz nie stanowi, w ocenie Izby, niezgodności z treścią specyfikacji.

Zamawiający w odpowiedzi na pytania do siwz z dnia 21 grudnia 2009 r. (zestaw II ad 12) wyjaśnił, że „kostrukcję wsporową pod centralę wentylacyjną należy ująć w pozycji

dostawy i montażu tej centrali, wyodrębniając ją w formie podpozycji”. Zgodnie z tą odpowiedzią wykonawcy mogli wycenić konstrukcję wsporczą w ramach pozycji: dostawa i montaż centrali. Biorąc pod uwagę ryczałtowy charakter ceny oferty nie można uznać za błąd - braku wyodrębnienia podpozycji. Brak ten nie może być poczytywany jako brak wyceny, ponieważ wycena konstrukcji wsporczej mogła być „ujęta” w pozycji dostawy i montażu centrali. W tych okolicznościach dokonanie przez odwołującego w pozycji 106 kosztorysu ofertowego wyceny konstrukcji wsporczej również nie stanowi niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji.

Biorąc pod uwagę dokonane ustalenia Izba uznała za potwierdzony zarzut naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 87 ust. 1 i ust. 2 pkt 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez odrzucenie oferty odwołującego. W konsekwencji Izba stwierdziła także, iż zachodzą podstawy do stwierdzenia naruszenia w postępowaniu przepisu art. 7 ust. 1 Pzp. Stwierdzone naruszenie przepisów ustawy Pzp miało wpływ na wynik postępowania, a zatem stosownie do brzmienia art. 191 ust. 1a Pzp odwołanie podlegało uwzględnieniu.

Biorąc za podstawę ustalony w toku postępowania stan rzeczy, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 191 ust. 1 i ust. 1a oraz art. 191 ust. 2 pkt 1 i 2 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 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 2007r. 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 z późn. zmianami) 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:

.....

.....