

Sygn. akt: KIO/UZP 485/10

WYROK
z dnia 15 kwietnia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marek Szafraniec

Członkowie: Klaudia Szczytowska-Maziarz
Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 kwietnia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Bogdana Ryniewicza prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą EL-WENT Zakład Produkcyjno-Usługowy Bogdan Ryniewicz, 05-816 Michałowice, ul. Regulska 6** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gminę Wołomin, 05-200 Wołomin, ul. Ogrodowa 4** protestu z dnia 9 marca 2010 r.

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odrzucenia oferty Odwołującego dokonanych w dniu 4 marca 2010 r., a następnie powtórzenie czynności badania ofert, dokonanie w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp poprawienia oferty Odwołującego w zakresie pozycji 1236, 148 i 172 kosztorysu ofertowego oraz oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego

2. kosztami postępowania obciąża **Gminę Wołomin, 05-200 Wołomin, ul. Ogrodowa 4** 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 **Bogdana Ryniewicza prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą EL-WENT Zakład Produkcyjno-Uslugowy Bogdan Ryniewicz, 05-816 Michałowice, ul. Regulska 6,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 4 444 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) przez **Gminę Wołomin, 05-200 Wołomin, ul. Ogrodowa 4** na rzecz **Bogdana Ryniewicza prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą EL-WENT Zakład Produkcyjno-Uslugowy Bogdan Ryniewicz, 05-816 Michałowice, ul. Regulska 6** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania,
- 3) 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 **Bogdana Ryniewicza prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą EL-WENT Zakład Produkcyjno-Uslugowy Bogdan Ryniewicz, 05-816 Michałowice, ul. Regulska 6.**

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

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na: „*Remont pomieszczeń wewnętrznych na II piętrze w budynku Urzędu Miejskiego w Wołominie*”, zostało wszczęte przez **Gminę Wołomin, 05-200 Wołomin, ul. Ogrodowa 4**, zwaną dalej: „*Zamawiającym*”, ogłoszeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych Nr 10549-2010 z dnia 15 stycznia 2010 r.

W dniu 23 lutego 2010 r. Zamawiający poinformował za pośrednictwem faksu wszystkich Wykonawców, którzy złożyli oferty w sprawie, o wynikach postępowania. Zgodnie z nimi oferta Odwołującego została uznana za najkorzystniejszą.

W dniu 25 lutego 2010 r. jeden z Wykonawców (Medmix L. Krawczyk, E. Szklarczyk sp. j.) złożył do Zamawiającego pismo opisane jako „*Informacja o zaniechaniu czynności przez Zamawiającego*”.

Zamawiający, z uwagi na to, iż rozpatrywał powołaną informację na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j.: Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm. - zwanej dalej ustawą Pzp) w treści obowiązującej od dnia 29 stycznia 2010 r., i nie traktował tego pisma jako protestu w rozumieniu ustawy Pzp w treści obowiązującej przed dniem 29 stycznia 2010 r., nie poinformował pozostałych Wykonawców uczestniczących w postępowaniu o jej wniesieniu.

W dniu 4 marca 2010 r., pismem z tego samego dnia, Zamawiający poinformował za pośrednictwem faksu wszystkich Wykonawców o powtórzeniu, w wyniku uznania zasadności przekazanej informacji, czynności badania i oceny ofert, a także o ponownym wyborze oferty najkorzystniejszej.

Jeszcze tego samego dnia Wykonawca: Medmix L. Krawczyk, E. Szklarczyk sp. j. złożył do Zamawiającego ponownie pismo opisane jako „*Informacja o zaniechaniu czynności przez Zamawiającego*”. Z dokumentacji postępowania przedłożonej przez Zamawiającego i potwierdzonej za zgodność z oryginałem przez osobę upoważnioną przez kierownika Zamawiającego nie wynika, aby Zamawiający podjął jakiegokolwiek działania w związku z wpływieniem do niego tegoż pisma. Antycypując dalsze ustalenia, wskazać należy, iż brak o nim również wzmianki w podjętym w dniu 19 marca 2010 r. rozstrzygnięciu protestów, o których mowa poniżej.

W dniu 8 marca 2010 r. do Zamawiającego wniósł protest Wykonawca: ORPA Przedsiębiorstwo Budowlano-Drogowe Hanna Orłowska Paweł Orłowski sp. j.

W dniu 9 marca 2010 r. Wykonawca: Bogdan Ryniewicz prowadzący działalność gospodarczą pod firmą EL-WENT Zakład Produkcyjno-Usługowy Bogdan Ryniewicz, zwany dalej *Protestującym* lub *Odwołującym*, wniósł do Zamawiającego protest, w którym zarzucał Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp poprzez nieuprawnione uznanie, że w ofercie Odwołującego nie można poprawić zawartych w niej omyłek, a w konsekwencji jej odrzucenie oraz wnosił o unieważnienie czynności odrzucenia jego oferty oraz dokonanie ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty złożonej przez Protestującego.

Protestujący w uzasadnieniu do protestu podnosił, iż Zamawiający błędnie twierdził, że treść oferty w części dotyczącej kosztorysu ofertowego w pozycjach 8, 126, 148, 172 nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ). Podkreślał on, że opracowując kosztorys ofertowy posłużył się przedmiarem robót tożsamym w treści

z przekazanym przez Zamawiającego i nie dokonał w nim żądanych zmian w części dotyczącej opisu robót, a wskazane w uzasadnieniu odrzucenia jego oferty rozbieżności dotyczą jedynie części kalkulacji własnej. Zdaniem Protestującego w kwestionowanych przez Zamawiającego pozycjach kosztorysu ofertowego dokonał on wyceny robót zgodnie z postanowieniami SIWZ.

Protestujący wskazywał, iż opis sposobu obliczenia ceny podany przez Zamawiającego nie narzucał obowiązku stosowania wyłącznie nakładów związanych z przywołanym w przedmiarze kodem pozycji przedmiaru w nawiązaniu do katalogu (np. KNR, KNNR). Podnosił, że aktualnie nie ma przepisów prawa polskiego narzucających określony sposób opracowania kosztorysu ofertowego. Zawarcie w SIWZ żądania opracowania kosztorysu ofertowego metodą uproszczoną lub szczegółową nie przesądziło w jego opinii o konieczności zastosowania nakładów rzeczowych związanych z kodem pozycji przedmiaru opisanym symboliką katalogów np. KNR, KNNR. Zapisy Zamawiającego dopuszczały zastosowanie przez wykonawcę kalkulacji własnej (tj. zmianę nakładów lub ich pominięcie, czy też przyjęcie dodatkowych nakładów do kalkulacji), w której wykonawca mógł przyjąć własne nakłady np. na robociznę , materiał i sprzęt.

Opis zasad sporządzenia kosztorysu ofertowego podany w pkt 14.6 specyfikacji jest w opinii Protestującego bardzo ogólny oraz dopuszcza wiele sposobów przygotowania tego dokumentu. Dlatego też wykonawca mógł zastosować, a nie musiał, nakłady jednostkowe robocizny, materiałów i sprzętu wg kalkulacji własnej.

Protestujący ponosił, iż jedyne ograniczenia dotyczące sporządzenia kosztorysu ofertowego polegały na tym, iż:

- zakres robót, który jest podstawą do określenia ceny musiał być zgodny z zakresem robót określonym w przedmiarze robót (Załączniku nr 1C do SIWZ) – warunek ten spełnił posługując się przedmiarem Zamawiającego i nie zmieniając jego brzmienia w opisie pozycji kosztorysowej, dla której ustalił cenę wg kalkulacji własnej;
- nie dopuszcza się stosowania opustów (zarówno do wyliczonych cen jednostkowych, jak również do ogólnej ceny oferty) – warunek ten spełnił nie stosując tak rozumianych opustów;
- ceny tych samych składników cenotwórczych tj. R i wskaźników zastosowanych narzutów muszą być takie same dla wszystkich wycenionych pozycji przedmiarowych w ramach jednego kosztorysu – warunek ten spełnił stosując stawki i wskaźniki narzutów zgodnie z wymaganiami Zamawiającego. W tym miejscu Protestujący zwrócił również uwagę na okoliczność, że w ocenie tych parametrów kalkulacji Zamawiający nie może mylić wskaźników cenotwórczych ze wskaźnikami nakładów

rzeczowych np. wskaźnikiem 0,3 naliczanym do robocizny, który wg zapisów SIWZ ostatecznie nie był nawet narzucony wykonawcy do obowiązkowego zastosowania;

- wykonawca, który powołuje się na rozwiązania równoważne do opisywanych przez zamawiającego jest obowiązany wykazać, że oferowane przez niego produkty, urządzenia spełniają wymagania określone przez Zamawiającego, w takim przypadku do oferty należało załączyć opis proponowanego produktu, urządzenia zawierający dodatkowo jego parametry techniczne i nazwę producenta – warunek ten spełnił, ponieważ nie zmienił opisu przedmiaru dotyczącego zastosowanych materiałów.

Protestujący mając na względzie przedstawione powyżej argumenty oraz podkreślając, że stosował dopuszczoną przez Zamawiającego kalkulację własną, odniósł się szczegółowo do kwestionowanych przez Zamawiającego pozycji kosztorysu i wyjaśnił, że odpowiednio:

- w poz. 8 kosztorysu – uwzględnił, pomimo iż nie musiał, podany współczynnik do $R=0,3$ przyjmując stawkę robocizny tak jak w innych pozycjach kosztorysu tj. 9,00 zł, co wynika ze strony tytułowej kosztorysu;
- w poz. 126 – przyjął własne normy zużycia dla dwuteownika HEB 160. Wskazał jednocześnie, że normy nakładów podane w katalogach są normami maksymalnymi i wykonawca kalkulując robotę mógł w kalkulacji własnej przyjąć wartość nakładów inną niż katalogowa zgodnie z opisem sposobu obliczenia ceny podanym w SIWZ;
- w poz. 148 – w części kalkulacyjnej w materiałach uwzględnił wełnę mineralną jako dodatek do ochrony akustycznej i przeciwpożarowej ścianek działowych z płyt g-k, co w jego opinii też jest dopuszczane w ramach kalkulacji własnej;
- w poz. 172 – wycenił klej razem z posadzkami o parametrach takich jakich żądał Zamawiający, nie usunął natomiast w kalkulacji własnej nazwy Mozalep, która została automatycznie (w niezamierzony przez Protestującego sposób) przyjęta z programu kosztorysowego NORMA dla pozycji KNR, o czym może świadczyć fakt, iż nie zmienił opisu przedmiarowego roboty. W opinii Protestującego dopiero dokonanie zmiany materiału w opisie przedmiarowym robót (a nie w ramach obliczeń kalkulacji własnej) mogło stanowić podstawę dla Zamawiającego do wystąpienia z żądaniem dokumentu potwierdzającego parametry nowego materiału. Podkreślił on, że gdyby jego intencją było zastosowanie innego materiału zmiana ta miała by miejsce w opisie robót tj. w opisie przedmiarowym, a nie w części kalkulacyjnej pozycji kosztorysowej roboty budowlanej. Podnosił również, że o przypadkowym charakterze tej omyłki stanowią także zapisy kolejnych pozycji kosztorysowych, w których wyraźnie pojawia się klej wymagany przez Zamawiającego i jest on przyjmowany w części kalkulacyjnej innych pozycji kosztorysowych z pominięciem przypadkowo wpisanego kleju Mozalep.

Protestujący stwierdził również, iż Zamawiający odrzucił jego ofertę wskazując na rozbieżności w części kosztorysu dotyczącej kalkulacji ceny, która w jego opinii nie powinna być przedmiotem badania, z uwagi na okoliczność, iż Zamawiający wymagał opracowania kosztorysu ofertowego nie definiując jednocześnie szczegółowo zasad sporządzenia kalkulacji własnej np. nie ustalił jednoznacznie zasad stosowania norm nakładów rzeczowych podanych w opisach pozycji.

Podnosił on, iż z uwagi na okoliczność, że obecnie nie obowiązują przepisy definiujące pojęcie kosztorysu ofertowego opracowanego metodą uproszczoną lub szczegółową, ocena sposobu poprawności opracowania kosztorysu ofertowego musi być oparta wyłącznie o postanowienia opisu sposobu obliczenia ceny. Tymczasem z opisu sposobu obliczenia ceny zawartego w SIWZ nie wynika, że Zamawiający mógł badać i oceniać kalkulacje wykonawcy, gdyż opis ten dopuszczał zastosowanie kalkulacji własnej. On zaś kalkulując cenę nie zmieniał opisu robót w przedmiarze, a jedynie przedstawił szczegółowo własną kalkulację.

Zamawiający, z uwagi na fakt, iż żądał złożenia dwóch rodzajów kosztorysów – opracowanego metodą uproszczoną lub szczegółową – mógł, zdaniem Protestującego, działając zgodnie z zasadą równego traktowania, ocenić kosztorysy jedynie pod kątem zgodności przyjętych w nich opisów pozycji robót z opisem przedmiarowym pozycji. Nie powinien jednak analizować treści kalkulacji własnej wykonawcy. W tak przeprowadzonym procesie oceny, jedynym właściwym w opinii Protestującego, jego oferta spełniałaby wszystkie wymagania SIWZ, nawet w kontrowersyjnej pozycji 172, w której wystąpiła jedynie rozbieżność opisu roboty z opisem znajdującym się w części dotyczącej wyliczenia R, M, S w kalkulacji własnej. Rozszerzenie przez Zamawiającego badania kosztorysów opracowanych metoda uproszczoną i szczegółową o nakłady i szczegóły kalkulacji własnej, stanowiło w opinii Protestującego, naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania i nie powinno mieć miejsca w sprawie.

Niezależnie od powyższego Protestujący wskazał, że nawet gdyby przyjąć, iż rzeczywiście treść jego oferty nie odpowiada treści SIWZ, to obowiązkiem Zamawiającego powinno być dokonanie badania, czy zmiana ta może być poprawiona jako omyłka nie powodująca istotnej zmiany treści oferty zgodnie z art. 87 ust 2 pkt 3 ustawy Pzp. O takim omyłkowym charakterze wskazania kwestionowanego kleju w kalkulacji własnej przemawia fakt, że w kolejnych pozycjach znalazł już zastosowanie już wymagany klej - UZIN KE 2000S. W przeciwnym wypadku powinien być zastosowany korzystniejszy zdaniem Zamawiającego dla Protestującego klej Mozalep.

Zamawiający w dniu 19 marca 2010 r. rozstrzygnął protest przez jego oddalenie w całości.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp wskazał, że postępowanie prowadzone było w jednym z podstawowych trybów określonych ustawą Pzp i każdy z Wykonawców po spełnieniu postawionych przez Zamawiającego warunków udziału w postępowaniu mógł złożyć ofertę. Ponadto wyboru oferty Zamawiający dokonał zgodnie z przywołaną ustawą.

W przedmiocie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp Zamawiający podtrzymał swoje stanowisko w sprawie odrzucenia oferty Protestującego z uwagi na brak zgodności treści opisu zawartego w kosztorysie ofertowym z przedmiarem robót. W ocenie Zamawiającego niezgodność ta jednoznacznie wynikała z zapisu pkt 14.3 SIWZ, gdzie wskazane zostało, że *„cena ofertowa musi zawierać wszystkie koszty związane realizacją zadania, wynikające wprost z przedmiaru robót i dokumentacji projektowej”*. Jako uzasadnienie powyższych twierdzeń, Zamawiający przedstawił własne ustalenia co do treści spornych pozycji przedmiaru, a mianowicie:

- w pozycji 8 nie uwzględniono współczynnika do $R = 0,3$;
- w pozycji 126 zastosowano normę dla dwuteownika HEB 160 22,12 kg/m, a nie 43,03 kg/m,
- w pozycji 148 - obudowa płytami g-k słupów była wymagana bez ocieplenia, natomiast w kosztorysie ofertowym ujęto ocieplenie płytą z wełny mineralnej,
- w pozycji 172 zastosowano niewłaściwy klej do klejenia wykładzin - klej winylowy Mozalep zamiast kleju posiadającego parametry kleju typu UZIN KE 2000S.

Zamawiający przyznał, że Wykonawca opracowując kosztorys ofertowy posłużył się przedmiarem robót stanowiącym załącznik do SIWZ i nie dokonał zmian w części dotyczącej opisu robót, nie mniej jego zdaniem brak jest konsekwencji części opisowej z wyceną poszczególnych pozycji. Tytułem przykładu Zamawiający przywołał pozycję 172, gdzie opis wskazuje inny materiał tj. klej typu UZIN KE 2000S, natomiast w wycenie występuje klej winylowy Mozalep. W opinii Zamawiającego błędu tego nie można zakwalifikować jako oczywistej omyłki pisarskiej albo rachunkowej, ani też jako omyłki polegającej na niezgodności oferty z SIWZ, która nie powoduje istotnych zmian w treści oferty. Dlatego też nie ma w stosunku do nich zastosowania art. 87 ust. 2 ustawy Pzp.

Ponadto Zamawiający wskazał, że opis sposobu sporządzenia kosztorysu ofertowego podany w pkt 14.6 SIWZ dopuszcza przygotowanie kosztorysu dwoma metodami: szczegółową lub uproszczoną. A zatem, uwzględniając zapis przywołany wyżej

pkt. 14.3 SIWZ stanowiący, że cena ofertowa musi wynikać wprost z przedmiarów robót i dokumentacji projektowej, oczywistym jest, że Wykonawca w sposób jednoznaczny miał obowiązek stosowania nakładów przywołanych w przedmiarze.

Protestujący wobec oddalenia protestu w dniu 24 marca 2010 r. wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, w którym podtrzymał zarzuty i żądania zawarte w proteście.

W toku rozprawy Strony uzupełniły swoją argumentację w sposób następujący.

Odwołujący wnosił i wywodził jak dotychczas.

Zamawiający wskazał, że nie jest uprawnione twierdzenie Odwołującego, iż dopuszczona została kalkulacja własna wykonawcy przy sporządzaniu kosztorysu ofertowego w kwestionowanych pozycjach, ponieważ w przedmiarze robót stanowiącym załącznik do SIWZ wskazane zostały konkretne numery KNR, co jednoznacznie wskazuje, w opinii Zamawiającego, iż Wykonawca zobowiązany był przyjąć nakłady rzeczowe w ilości tam wskazanej. Ponadto Zamawiający podnosił, iż Odwołujący wskazuje kwestionowany klej Mozalep, ujęty w pozycji nr 172 kosztorysu ofertowego, również w pozycji nr 40 zestawienia materiałów stanowiącego część kosztorysu, co w jego opinii, stanowi o konsekwentnym działaniu Odwołującego.

Zamawiający podnosił również, iż Wykonawcy zgodnie ze specyfikacją mogli złożyć kosztorys szczegółowy lub uproszony wraz z wykazem RMS. Wybór formy pozostawał w gestii Wykonawcy. W przypadku, gdy Wykonawca złożył kosztorys szczegółowy, Zamawiający miał obowiązek weryfikacji jego pełnej treści.

Zamawiający twierdził ponadto, iż omyłki wykazane w kosztorysie Odwołującego mają istotny charakter, a ich poprawienie powodowałoby niemożliwość porównania kwestionowanej oferty z pozostałymi złożonymi w postępowaniu. Na pytanie Przewodniczącego, Zamawiający oświadczył, iż nie weryfikował konsekwencji finansowych dokonania ewentualnych poprawek w treści kosztorysu i nie odnosił ich do wartości ceny ofertowej.

Odwołujący odnosząc się do twierdzeń Zamawiającego wskazał, iż ujęcie kleju Mozalep w pozycji nr 40 zestawienia materiałów jest wynikiem skorzystania przy sporządzaniu kosztorysu ofertowego z programu NORMA i został on ujęty w tej pozycji automatycznie. Ponadto, niezależnie od wcześniejszych twierdzeń, Odwołujący wskazał, iż w jego opinii, klej ten ma te same parametry co wymagany przez Zamawiającego w SIWZ i służy tym samym celom. Zamawiający zaś w wypadku podjęcia wątpliwości powinien zwrócić się do niego z prośbą o wyjaśnienie, ewentualnie o przedstawienie dokumentacji technicznej opisującej parametry tegoż kleju.

Zamawiający, na pytanie Przewodniczącego, oświadczył, iż klej zaoferowany przez Odwołującego nie posiada parametrów identycznych z wymaganymi w opisie pozycji przedmiaru, ponieważ stosuje się go do innego typu wykładzin. W odpowiedzi na kolejne pytanie wyjaśnił, iż parametry, które decydowały o równoważności kleju ujętego w pozycji nr 172 i 173 zostały ujęte Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych, której jednak nie mógł przedstawić do wglądu Izby z uwagi na fakt, iż nie dysponował on nim na rozprawie pomimo wezwania go skierowanego przez Prezesa KIO do przedstawienia na rozprawie pełnej dokumentacji postępowania w oryginałach wraz ze wszystkimi ofertami złożonymi w sprawie.

Odwołujący ponadto podnosił, iż zgodnie z pkt 42 istotnych postanowień umowy, stanowiących załącznik do SIWZ, w ramach realizacji przedmiotu zamówienia zobowiązany byłby do ułożenia posadzek z wykładziny rulonowej flokowanej, do którego to rodzaju wykładziny możliwe byłoby zastosowanie obu rodzajów klejów, zarówno wymaganego w opisie pozycji przedmiaru, jak i ujętego w kosztorysie ofertowym w pozycji 172. Podkreślił również, iż pkt 14.7 SIWZ dopuszczał zastosowanie innych materiałów w przypadku, gdy ich zastosowanie nie powodowało konieczności przeprojektowania rozwiązań zawartych w dokumentacji technicznej.

Zamawiający nie zaprzeczył tym twierdzeniom Odwołującego. Ponadto na pytanie Przewodniczącego, Zamawiający wyjaśnił, iż w treści pkt 14 SIWZ, nie została zawarta w sposób wyraźny informacja o dopuszczeniu kalkulacji własnej przy wycenie poszczególnych pozycji kosztorysu. Uprawnienie takie wynikało jedynie z treści przedmiaru, gdzie w wybranych pozycjach wskazano zamiast odniesienia do odpowiedniego KNR, iż przy wycenie tej pozycji obowiązuje kalkulacja indywidualna.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron postępowania, na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk stron,

zaprezentowanych w proteście i w odwołaniu, jak też złożonych ustnie do protokołu 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, przed dniem 29 stycznia 2010 r., tj. przed dniem wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy ustawy Pzp oraz aktów wykonawczych wydanych na jej podstawie – rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów: z dnia 2 października 2007 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 187, poz. 1327) i 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.) w brzmieniu dotychczasowym – sprzed wejścia w życie wskazanych przepisów.

Kolejnym istotnym dla rozstrzygnięcia sprawy ustaleniem składu orzekającego Izby było wykluczenie możliwości wypełnienia którejkolwiek z przesłanek odrzucenia odwołania ustanowionych w art. 187 ust. 4 ustawy Pzp, a w szczególności określonej w pkt 6) powołanego przepisu, tj. wykluczenie, że odwołanie dotyczy czynności, które Zamawiający dokonał zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu.

Izba ustaliła, że Zamawiający w dniu 23 lutego 2010 r. poinformował za pośrednictwem faksu wszystkich Wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu o jego wynikach. Zgodnie z nimi oferta Odwołującego została uznana za najkorzystniejszą.

W dniu 25 lutego 2010 r. jeden z Wykonawców (Medmix L. Krawczyk, E. Szklarczyk sp. j.) złożył do Zamawiającego pismo opisane jako „*Informacja o zaniechaniu czynności przez Zamawiającego*”.

Zamawiający potwierdził na rozprawie, że z uwagi na to, iż rozpatrywał powołaną informację na podstawie ustawy Pzp w treści obowiązującej od dnia 29 stycznia 2010 r., i nie traktował tego pisma jako protestu w rozumieniu ustawy Pzp, nie poinformował pozostałych Wykonawców uczestniczących w postępowaniu o jej wniesieniu.

Izba uznała, że Zamawiający nie zrealizował tym samym obowiązku poinformowania Wykonawców o wniesionym proteście i wezwania ich do postępowania toczącego się w wyniku wniesieniu tego protestu. Zgodnie z powołanymi wyżej ustaleniami Izby

do przedmiotowego postępowania zastosowanie mają przepisy dotychczasowe, tj. w brzmieniu sprzed 29 stycznia 2010 r. (instytucja protestu i odwołania). Dlatego też Izba stanęła na stanowisku, iż wobec faktu, że powołane pismo swoją treścią wyczerpywało znamiona protestu, na Zamawiającym zgodnie z regulacją art. 181 ust. 3 ustawy Pzp spoczywał obowiązek przekazania Wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia kopii wniesionego protestu oraz jednoczesnego wezwania ich do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu. Od prawidłowego wypełnienia przez Zamawiającego tegoż obowiązku jest uzależniona możliwość skorzystania z prawa obrony interesu prawnego przez wezwanego Wykonawcę, który to interes może doznać uszczerbku w przypadku niekorzystnego dla tego Wykonawcy rozstrzygnięcia wniesionego protestu. Ustawa Pzp w art. 187 ust. 4 pkt 6) jednoznacznie stanowi, iż odwołanie wniesione przez Wykonawcę wezwanego zgodnie z art. 181 ust. 3 ustawy Pzp, które dotyczy czynności Zamawiającego dokonanej zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu podlega odrzuceniu.

Wobec zaniechania przez Zamawiającego czynności przekazania kopii protestu i wezwania do udziału w postępowaniu protestacyjnym, Odwołujący został pozbawiony możliwości skutecznego uzyskania statusu uczestnika tegoż postępowania protestacyjnego, a w efekcie, co ma doniosłe znaczenie dla sprawy, możliwości skorzystania z dalszych środków ochrony prawnej w sytuacji niekorzystnego dla niego rozstrzygnięcia protestu.

Strony na rozprawie zgodnie potwierdziły fakt, iż informację o wniesieniu powołanego protestu, nazywanego przez Zamawiającego konsekwentnie informacją o naruszeniu przepisów ustawy, Odwołujący powziął w chwili otrzymania zawiadomienia o powtórzeniu czynności badania i oceny ofert.

Wobec czego Izba uznała, iż na tym etapie postępowania, Odwołujący, z uwagi na uchybienie przez Zamawiającego obowiązkowi informacyjnemu nałożonemu na niego art. 181 ust. 3 ustawy Pzp, nie mógł skutecznie wnieść odwołania od rozstrzygnięcia protestu. Niemniej jednak niewłaściwym w ocenie Izby byłoby obciążanie Odwołującego negatywnymi konsekwencjami zaniechania Zamawiającego i przypisywanie rozstrzygnięciu protestu z dnia 4 marca 2010 r. atrybutu rzeczy osądzonej. Takie stanowisko Izba wywiodła wnioskując *a contrario* z art. 181 ust. 6 ustawy Pzp – skoro Wykonawca prawidłowo wezwany nie może następnie korzystać ze środków ochrony prawnej na czynności Zamawiającego wykonane zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu, to Wykonawca, co do którego zaniechano takiego wezwania ma prawo skorzystania ze środków ochrony prawnej na takie czynności Zamawiającego. Dlatego też w ocenie Izby Odwołujący prawidłowo skorzystał z podstawowego środka ochrony prawnej, tj. protestu.

Podkreślenia, w ocenie Izby, wymaga fakt, iż bezspornym jest, że Zamawiający swoją decyzją z 4 marca 2010 r. o powtórzeniu czynności badania i oceny ofert unieważnił czynność wyboru z dnia 23 lutego 2010 r. z uwagi na co, Odwołujący mógł się domagać, w takim stanie sprawy, jedynie powtórnej oceny, poprzedzonej unieważnieniem decyzji z dnia 4 marca 2010 r., czego Odwołujący dokonał wnosząc protest w dniu 9 marca 2010 r.

Uwzględniając powyższe ustalenia, Izba wykluczyła możliwość wypełnienia którejkolwiek z przesłanek odrzucenia odwołania ustanowionych w art. 187 ust. 4 ustawy Pzp.

W celu potwierdzenia posiadania przez Odwołującego interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia, Izba ustaliła, że na dzień orzekania nie upłynął jeszcze pierwotny termin związania ofertą określony w SIWZ. Uległ on zawieszeniu w dniu 25 lutego (w 20 dniu tego terminu) z uwagi na wniesienie protestu. W dniu doręczenia rozstrzygnięcia tegoż protestu, jak już wskazano powyżej, zawartego *de facto* w treści zawiadomienia z dnia 4 marca 2010 r. o powtórnym dokonaniu czynności badania i oceny ofert, do Zamawiającego wpłynął kolejny protest. Tym samym termin ten nie kontynuował swojego biegu po ostatecznym rozstrzygnięciu protestu z 25 lutego 2010 r., ponieważ w dniu 4 marca ponownie zostały wypełnione przesłanki jego zawieszenia. W toku postępowania wniesiono jeszcze dwa protesty na czynności Zamawiającego z dnia 4 marca 2010 r., w tym wniesiony przez Odwołującego, a ten nie został jeszcze ostatecznie rozstrzygnięty. Dlatego też możliwe jest jeszcze ewentualne powtórzenie czynności badania i oceny ofert w wyniku rozstrzygnięcia protestu Odwołującego oraz dokonanie ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej przed upływem terminu związania Odwołującego złożoną przez niego ofertą lub ewentualne jego przedłużenie, jeśli tego będzie wymagał stan sprawy.

Wobec dokonanych ustaleń Izba stwierdziła, iż wypełniona została przesłanka interesu prawnego Odwołującego w uzyskaniu zamówienia określona w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba postanowiła jako dowody w sprawie dopuścić dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem. Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także stanowiska i oświadczenia stron złożone na piśmie w ramach środków ochrony prawnej oraz ustnie do protokołu.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba, wobec przyznania tego faktu przez Zamawiającego, uznała za bezsporne, że Wykonawca opracowując kosztorys ofertowy posłużył się przedmiarem robót stanowiącym załącznik do SIWZ i nie dokonał zmian w części dotyczącej opisu robót.

Izba uznała argumentację Zamawiającego, że nie jest uprawnione twierdzenie Odwołującego, iż dopuszczona została kalkulacja własna wykonawcy przy sporządzaniu kosztorysu ofertowego w kwestionowanych pozycjach, ponieważ w przedmiarze robót stanowiącym załącznik do SIWZ wskazane zostały konkretne numery KNR, co jednoznacznie wskazuje, iż Wykonawca zobowiązany był przyjąć nakłady rzeczowe w ilości tam wskazanej. Taką interpretację obowiązków nałożonych na Wykonawcę podczas sporządzania kalkulacji kosztorysowej potwierdza jednoznacznie regulacja pkt 14.3 SIWZ, gdzie wskazane zostało, że *„cena ofertowa musi zawierać wszystkie koszty związane z realizacją zadania, wynikające wprost z przedmiaru robót i dokumentacji projektowej”*. Dodatkowym argumentem za takim rozumieniem powołanych zapisów jest wskazanie przez Zamawiającego, że uprawnienie do stosowania kalkulacji własnej wynikało jedynie z treści przedmiaru, gdzie w wybranych pozycjach wskazano zamiast odniesienia do odpowiedniego KNR, iż przy wycenie tej pozycji obowiązuje kalkulacja indywidualna.

Izba uznała również prawo Zamawiającego do weryfikacji treści złożonych kosztorysów w części przedstawiającej kalkulację szczegółową poszczególnych pozycji. Uprawnienie to nie uchybia w ocenie Izby zasadzie równego traktowania wykonawców.

Odnosząc się do podnoszonych przez Zamawiającego zarzutów do treści poszczególnych pozycji kosztorysu ofertowego Odwołującego, Izba za niezasadne uznała podważanie błędnej konstrukcji kalkulacji pozycji 8 kosztorysu, ponieważ kwestionowany współczynnik do $R=0,3$ został zastosowany.

W odniesieniu do pozostałych pozycji Izba przychyliła się do argumentacji Zamawiającego i uznała, iż kosztorys ofertowy złożony wraz z ofertą przez Odwołującego w pozycjach 126, 148 i 172, uwzględniając powyższe ustalenia co do wymagań stawianym w SIWZ kosztorysom ofertowym, zawiera błędy w kalkulacji. Jednak odmiennie od stanowiska Zamawiającego, Izba uznała, iż stwierdzone rozbieżności pomiędzy treścią

opisu każdej z tych pozycji, a szczegółową kalkulacją, można uznać za inne omyłki polegające na niezgodności oferty z SIWZ niepowodujące istotnych zmian w treści oferty i poprawić w trybie art. 87 ust 2 pkt 3) ustawy Pzp. Wskazać należy, iż omyłki wystąpiły w jedynie 3 pozycjach, podczas gdy cały kosztorys obejmuje 203 pozycje. Stanowi to, z uwzględnieniem odniesienia łącznej wartości tych pozycji do całej ceny (stanowią one jej niewielką część) w opinii Izby, uzasadnienie dla twierdzenia, iż poprawienie tych omyłek nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty. Izba uznała, iż wobec jednoznacznych postanowień SIWZ odnoszących się do sposobu sporządzania kosztorysu oraz przyznania faktu, iż Odwołujący posłużył się do sporządzenia kosztorysu ofertowego przedmiotem Zamawiającego oraz że nie zmienił on zapisów opisów poszczególnych pozycji tegoż przedmiaru, Zamawiający nie powinien mieć żadnych wątpliwości, co do zakresu popełnionych przez Odwołującego omyłek oraz sposobu ich poprawienia. Nieuprawnionym jest w opinii Izby twierdzenie Zamawiającego, że stwierdzone omyłki są na tyle istotne, iż nie można ich poprawić, szczególnie w świetle jego oświadczenia złożonego na rozprawie, że nie weryfikował on konsekwencji finansowych dokonania ewentualnych poprawek w treści kosztorysu i nie odniósł ich do wartości zamówienia.

Uwzględniając powyższe, Izba uznała, iż Zamawiający zaniechał czynności poprawienia w ofercie oczywistych omyłek w pozycjach 126, 148 i 172 kosztorysu ofertowego Odwołującego.

Tym samym w sposób nieuprawniony i przedwczesny odrzucił on ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp.

Mając powyższe na uwadze Izba stwierdziła naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp przywołanych w odwołaniu.

Uwzględniając powyższe Izba, działając na podstawie art. 191 ust. 1 ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego - stosownie do jego wyniku – orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy 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 (t.j. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie, Warszawa-Praga**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....