

WYROK
z dnia 29 kwietnia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Ronikier-Dolańska

Członkowie: Katarzyna Prowadzisz

Małgorzata Rakowska

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na ~~posiedzeniu~~ rozprawie w dniu **27 kwietnia 2010 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Czesława Sztuk prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład robót Inżynieryjno-transportowych „WOD-GAZ” Czesław Sztuk, Suchowola 74a, 28-130 Stopnica** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gminę Nowa Słupia, ul. Rynek 15, 26-006 Nowa Słupia** protestu z dnia **22 marca 2010r.**

orzeka:

1. uwzględni odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz poprawienie w ofercie Odwołującego omyłek w opisach pozycji 4, 9, 63, 74, 81, 82 kosztorysu ofertowego w sposób zapewniający ich zgodność z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a także dokonanie ponownego badania i oceny ofert z udziałem oferty Odwołującego,
2. kosztami postępowania obciąża **Gminę Nowa Słupia, ul. Rynek 15, 26 – 006 Nowa Słupia** 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 uiszczanego przez **Czesława Sztuk prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład robót Inżynierijsko-transportowych „WOD-GAZ” Czesław Sztuk, Suchowola 74 a, 28 – 130 Stopnica;**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) przez **Gminę Nowa Słupia, 26 – 006 Nowa Słupia, ul. Rynek 15** na rzecz **Czesława Sztuk prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład robót Inżynierijsko-transportowych „WOD-GAZ” Czesław Sztuk, Suchowola 74 a, 28 – 130 Stopnica** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania;
- 3) dokonać wpłaty kwoty XXX (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 **Czesława Sztuk prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład robót Inżynierijsko-transportowych „WOD-GAZ” Czesław Sztuk, Suchowola 74 a, 28 – 130 Stopnica.**

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

Gminę Nowa Słupia, ul. Rynek 15, 26-006 Nowa Słupia, zwana dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 z ze. zm.), zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp”, prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie w celu zawarcia umowy na budowę sieci wodociągowej wraz z przyłączami, stacjami podwyższającymi ciśnienie oraz hydrantami p.poż. w miejscowości Nowa Słupia ulica Łazy.

Szacunkowa wartość zamówienia jest niższa niż kwoty wskazane w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Postępowanie o udzielenie zamówienia wszczęto dnia 18 stycznia 2010r. zamieszczając ogłoszenie o zamówieniu na tablicy ogłoszeń w Urzędzie Gminy Nowa Słupia oraz na stronie internetowej www.nowaslupia.bip.jur.pl. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane dnia 18 stycznia 2010r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 14638-2010, zmienione w dniu 28 stycznia 2010r. ogłoszeniem opublikowanym w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 25684-2010.

Czesław Sztuk prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład robót Inżynieryjno-Transportowych „WOD-GAZ” Czesław Sztuk, Suchowola 74a, 28-130 Stopnica, zwany dalej „Odwołującym”, został w dniu 15 marca 2010 r. (pismo z tej samej daty przekazane Odwołującemu faxem) zawiadomiony przez Zamawiającego, iż ofertę najkorzystniejszą na realizację zamówienia za cenę 1 291 069,46 brutto złożyło Przedsiębiorstwo Techniczno-Produkcyjne „EKWOD” sp. z o.o. Odrębnym pismem datowanym na 15 marca 2010r. (przekazanym Odwołującemu faxem w tym samym dniu) Zamawiający poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, ponieważ treść złożonej przez niego oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwanej dalej „siwz”).

Odwołujący wniósł pismem z dnia 22 marca 2010 r. protest (wpływ bezpośredni potwierdzony prezentatą tego samego dnia) wobec:

- zaniechania przez Zamawiającego czynności poprawy omyłek polegających na niezgodności oferty z siwz, jako niepowodujących istotnych zmian w treści oferty zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy,
- czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego,
- czynności Zamawiającego polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty.

Czynnościom Zamawiającego Odwołujący zarzucił naruszenie przepisów art. 7 ust. 1 i 3, art. 22 ust. 2, art. 87 ust. 2 pkt 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy i wniósł o:

- unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na wyborze najkorzystniejszej

oferty,

- unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego w przedmiotowym postępowaniu,
- powtórzenie czynności badania i oceny ofert w zakresie dotyczącym oferty Odwołującego,
- nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności polegającej na dokonaniu obowiązkowej poprawy omyłek polegających na niezgodności oferty z siwz, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty zgodnie z przepisem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy,
- dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

W uzasadnieniu protestu Odwołujący zakwestionował zasadność odrzucenia jego oferty na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. W jego ocenie Zamawiający bezpodstawnie przyjął, iż błędy w złożonym przez niego kosztorysie ofertowym nie mogą być poprawione na podstawie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, gdyż – jak twierdzi Zamawiający – w nim niezgodności, których poprawienie skutkowałoby wprowadzeniem istotnych zmian do treści oferty. Argumentował, iż Zamawiający w punkcie 19 siwz zawarł opis sposobu obliczania ceny oferty, w jednym z podpunktów wskazał, że *„obliczoną cenę wynikającą z formularza cenowego z harmonogramem rzeczowo finansowym prac należy przenieść do „Formularza ofertowego” stanowiącego załącznik nr 7 do niniejszej SIWZ”*. W siwz brak jest jednak wskazania, iż podstawę obliczenia ceny oferty stanowić ma kosztorys ofertowy. Dodał, iż w punkcie 13 siwz, gdzie wymienione były elementy oferty, również brak jest bezpośredniego lub pośredniego wskazania na kosztorysy ofertowe jako załączniki do oferty. Podniósł, iż formularz cenowy jest w istocie kosztorysem elementów scalonych, przygotowanych w oparciu o kosztorysy ofertowe - przedmiary robót. Inne elementy jak dane cenotwórcze, średnie koszty przyłącza wodociągowego mają wyłącznie charakter informacyjny. Zatem to formularz cenowy tj. jego poprawne wypełnienie, podanie cen za poszczególne elementy oraz podanie innych danych ma istotny wpływ na treść oferty. Kosztorysy ofertowe natomiast spełniają funkcję orientacyjną, na jakiej podstawie obliczono ceny za poszczególne elementy, albowiem przedmiary robót, a co za tym idzie kosztorysy ofertowe, nie zostały w ten sposób przygotowane przez Zamawiającego, żeby poszczególne pozycje składały się na wymienione elementy w formularzu cenowym. Poza tym przedmiary zawierały listę najważniejszych cząstkowych robót do wykonania całości przedmiotu zamówienia. W konsekwencji Odwołujący stwierdził, iż kosztorysy ofertowe nie są istotnym

elementem oferty, a zatem nieuprawnione jest twierdzenie Zamawiającego, jakoby omyłki w opisie wyszczególnionych pozycji kosztorysu ofertowego powodowały istotne zmiany w treści oferty, których nie można poprawić w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3Pzp. Podniósł, iż analiza siwz, a szczególnie projektu umowy prowadzi do wniosku, że Zamawiający przyjął sposób zapłaty ryczałtowy. Odniósł się także do wykazanych przez Zamawiającego błędów w kosztorysie ofertowym wskazując, iż zgodnie z przepisem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Zamawiający winien je poprawić, gdyż przedmiotowe omyłki polegają:

- dla pozycji 4, na omyłkowym podaniu mniejszej odległości odwozu,
- dla pozycji 9 i 74, na omyłkowym podaniu innej kategorii gruntu przy zasypywaniu wykopów (w pozycji wykopy kategoria gruntu prawidłowa),
- dla pozycji 63, na omyłkowym podaniu mniejszej grubości warstwy,
- dla pozycji 81 i 82, na omyłkowym podaniu odmiennej średnicy rur (większej niż wymagana).

Podkreślił, iż jego zamiarem było podanie właściwych parametrów w opisach pozycji kosztorysowych, co więcej zgodnie z dokumentacją projektową i Specyfikacją Techniczną Wykonania i Odbioru Robót Odwołujący za podane w kosztorysie ofertowym ceny pozycji wykona odwóz na odległość 5 km, dokona zasypu gruntem kategorii III-IV, zagęści warstwę odsączającą na grubość 20 cm, zastosuje właściwą średnicę rur oraz wykona cały przedmiot zamówienia za cenę ryczałtową zgodnie z siwz. Zwrócił uwagę, iż w kwestionowanych pozycjach numery KNR dla tych pozycji zostały podane prawidłowo.

Zamawiający pismem z dnia 29 marca 2010r. (przekazanym Odwołującemu oraz Przystępującemu faxem w dniu 30 marca 2010r.) oddalił odwołanie. Podkreślił, iż w pkt. 12 siwz Zamawiający wprost sformułował wymaganie, aby wykonawcy do oferty załączyli kosztorysy ofertowe szczegółowe opracowane na podstawie przedmiaru robót, stanowiącego załącznik nr 1.6 do siwz. Za bezpodstawne uznał twierdzenia Odwołującego, iż kosztorysy ofertowe nie stanowiły podstawy do obliczenia ceny ofertowej. W celu uzasadnienia swojego stanowiska przywołał brzmienie stanowiącego załącznik nr 8 do siwz „*Formularza cenowego z harmonogramem rzeczowo-finansowym prac*”, w którym jest zapis, iż „*oferujemy cenę ofertową za wykonanie poszczególnych elementów przedmiotu zamówienia zgodnie z załączonymi kosztorysami ofertowymi*”. Wskazał także, iż z postanowienia § 2 ust. 1 umowy jednoznacznie wynika kosztorysowy charakter wynagrodzenia, za czym przemawia sformułowanie, że „*Przedmiot umowy zostanie*

wykonany na warunkach określonych postanowieniami niniejszej umowy zgodnie ze (...) złożoną ofertą, w tym z kosztorysem ofertowym i ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia". Twierdził, iż także zapis § 2 ust. 2 nie pozwala przyjąć ryczałtowego charakteru zamówienia, gdyż przewiduje możliwość ograniczenia zakresu rzeczowego robót, a w konsekwencji zmniejszenia wynagrodzenia umownego, co jest możliwe tylko w przypadku wynagrodzenia kosztorysowego.

Odnosząc się do pomyłek popełnionych przez Odwołującego w kosztorysie ofertowym wyjaśnił, iż nie mają one charakteru omyłek oczywistych, zatem nie mogły być poprawione. Dodał, iż w celu ich poprawienia Zamawiający musiałby się zwrócić do Odwołującego o wskazanie prawidłowych cen jednostkowych w kwestionowanych pozycjach, co nie jest w świetle przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp dopuszczalne. Zaznaczył, iż takie działanie stanowiłoby niedopuszczalne negocjacje dotyczące treści oferty. Podkreślił, iż także przyjęcie innych niż w przedmiarach podstaw wyceny nie podlega poprawie na podstawie ww. przepisu ustawy. Zatem potwierdził zasadność odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

W konsekwencji ww. stanowiska Zamawiającego Odwołujący nadał w placówce pocztowej operatora publicznego w dniu 6 kwietnia 2010r. datowane na dzień 2 kwietnia 2010r. odwołanie, którego kopię przekazał w tym samym dniu Zamawiającemu (wpływ bezpośredni potwierdzony prezentatą).

W odwołaniu Odwołujący podtrzymał zarzuty i żądania, zgłoszone w proteście. Odnosił się do stanowiska Zamawiającego zawartego w rozstrzygnięciu protestu wskazując, iż dołączenie do oferty kosztorysów oraz wykonywanie przedmiotu zamówienia zgodnie ze złożoną ofertą, w tym kosztorysem ofertowym w żaden sposób nie przesądza o charakterze wynagrodzenia kosztorysowego, czyli określonego na podstawie faktycznie wykonanych prac - kosztorysu powykonawczego ujmującego wszystkie faktycznie wykonane roboty budowlane. Dodał, iż do umów z wynagrodzeniem ryczałtowym często dołącza się kosztorys ofertowy jako uzasadniający merytorycznie oferowaną cenę. Przyznał, iż przysługujące Zamawiającemu uprawnienie do ograniczenia zakresu rzeczowego robót, a w konsekwencji zmniejszenia wynagrodzenia umownego wskazywałoby na sposób rozliczenia kosztorysowego umowy, jednakże ograniczenie zakresu, a co za tym idzie wynagrodzenia umownego odnosi się wyłącznie do przyłączy wodociągowych (wycofanie zgody mieszkańca - nadzwyczajna istotna zmiana stosunków), dla których Zamawiający występuje jako inwestor zastępczy. Natomiast wynagrodzenie za sieć główną jest niezmiennie, co przemawia za jego ryczałtowym charakterem. Wyraził pogląd, iż wynagrodzenie wykonawcy w przypadku wykonania przedmiotu umowy, z którym

więztałoby się zwiększenie zakresu rzeczowego tj. większa ilość metrów bieżących sieci głównej czy większa ilość metrów bieżących przyłaczy jest niezmiennie - ryczałtowe. Zarzucił Zamawiającemu, iż nie brał on pod uwagę znaczenia omyłek stwierdzonych w kosztorysie ofertowym Odwołującego (ich znikomej wagi) w odniesieniu do całego przedmiotu zamówienia oraz treści oświadczenia woli - oferty przetargowej Odwołującego.

Uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia oraz stanowiska i oświadczenia Strony złożone na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołujący legitymuje się interesem prawnym w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust.1 Pzp.

Wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie w dniu 18 stycznia 2010r. tj. przed datą wejścia w życie w dniu 29 stycznia 2010 r. ustawy z dnia 2 grudnia 2009r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz.1778) do rozpoznawania niniejszej sprawy mają zastosowanie przepisy Pzp w brzmieniu dotychczasowym.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest budowa sieci wodociągowej wraz z przyłaczami, stacjami podwyższającymi ciśnienie oraz hydrantami p.poż. w miejscowości Nowa Słupia ulica Łazy. Jak wynika z brzmienia pkt. 3.2. siwz szczegółowy opis przedmiotu zamówienia określony został przez Zamawiającego w dokumentacji projektowej będącej integralną częścią siwz. Cena za realizację umowy miała obejmować wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia, co potwierdza m.in. pkt. 19.3.9 siwz zgodnie z którym *„Cena oferty uwzględnia wszystkie zobowiązania, musi być podana w PLN cyfrowo i słownie, z wyodrębnieniem należnego podatku VAT – jeżeli występuje”* oraz pkt. 19.3.3. siwz stosownie do którego *„Cena netto musi obejmować wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia. Cena musi obejmować koszty bezpośrednio robocizny, materiałów, pracy*

sprzętu i transportu technologicznego oraz koszty pośrednie, koszty zakupu i zysk". Wykonawcy zobowiązani byli obliczyć cenę na podstawie Formularza cenowego z harmonogramem rzeczowo finansowym i tak ustaloną cenę przenieść do Formularza ofertowego stanowiącego załącznik nr 7 do siwz. W pkt. 19.3.3. siwz Zamawiający doprecyzował, iż „Wszystkie wartości określone w formularzu cenowym oraz ostateczna cena oferty, muszą być liczone z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku”, a zgodnie z pkt. 19.3.5. siwz „Ostateczną cenę oferty stanowi sumowa wartości poszczególnych pozycji formularza cenowego”. W Formularzu ofertowym w pkt. 2 wykonawcy powinni podać cenę za przedmiot zamówienia (netto, brutto) „zgodnie z załączoną ofertą cenową” oraz złożyć oświadczenie, iż „w cenie (...)oferty zostały uwzględnione wszystkie koszty niezbędne do prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia”. W załączniku nr 8 do siwz pn. Formularz cenowy z harmonogramem rzeczowo finansowym prac konieczne było podanie ceny ofertowej za wykonanie „poszczególnych elementów przedmiotu zamówienia zgodnie z załączonymi kosztorysami”. W dalszej części należało podać ceny za poszczególne elementy takie jak m.in. sieć wodociągowa, przyłącza wodociągowe, hydranty ppoż. Jednocześnie Zamawiający na mocy pkt. 12.2 siwz wymagał, aby wykonawcy do oferty załączyli „kosztorysy ofertowe szczegółowe opracowane na podstawie przedmiarów robót”. Przedmiary robót stanowiły załącznik nr 1.6 do siwz. Do siwz Zamawiający załączył także projekt umowy, w którego § 2 wskazał, iż przedmiot umowy ma być wykonany zgodnie z projektem budowlanym, warunkami pozwolenia na budowę, obowiązującymi przepisami dotyczącymi wymagań technicznych oraz prawa budowlanego, zasadami sztuki budowlanej, z ofertą, w tym kosztorysami ofertowymi i siwz. Zgodnie z § 7 ust. 4 umowy Wykonawca bez dodatkowego wynagrodzenia zobowiązany będzie wykonać m.in. projekt organizacji ruchu, urządzić plac budowy, wykonać badania, próby i rozruch niezbędny przy realizacji zamówienia, zapewnić obsługę geodezyjną, wykonać odpowiednie zabezpieczenia terenu budowy, ubezpieczyć budowę. W § 10 ust. 1 umowy ma zostać podane wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu umowy. Zamawiający zastrzegł dla siebie także prawo ograniczenia zakresu rzeczowego robót, a w konsekwencji zmniejszenia wynagrodzenia umownego określonego w § 10 ust. 1 w przypadku rezygnacji właściciela nieruchomości z wykonania przyłącza wodociągowego.

Uwzględniając powyższe postanowienia siwz ofertę złożył Odwołujący załączając kosztorys ofertowy, w którym Zamawiający stwierdził omyłki w pozycji 4 (błędne podanie odległości, na którą ma być transportowany urobek – zamiast 5 km jest 1 km), w pozycjach 9 i 74 (omyłki polegające na błędnym podaniu kategorii gruntu przy zasypywaniu wykopów – zamiast kat.IV – podał I-II), w pozycji 63 (podaniu mniejszej grubości warstwy po zagęszczeniu – zamiast 20 cm podane zostało 10 cm), w pozycjach 81 i 82 (średnica

wiercenia rurami 150-250 mm zamiast odpowiednio 90/3 mm i 100/3mm). Formularz ofertowy oraz Formularz cenowy z harmonogramem rzeczowo finansowym prac został wypełniony przez Odwołującego zgodnie z wymaganiami siwz.

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego w piśmie z dnia 15 marca 2010r. informując, iż jej treść nie odpowiada treści siwz, a błędy stwierdzone w kosztorysie ofertowym nie mogą zostać poprawione na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, gdyż takie poprawki stanowiłyby istotną ingerencję w treść oferty.

Uwzględniając powyższe ustalenia faktyczne Izba zważyła, co następuje:

Rozpoznając odwołanie Izba w pierwszej kolejności uwzględniła argumentację Odwołującego, iż wynagrodzenie za realizację przedmiotu zamówienia zostało określone jako ryczałtowe (art. 632 § 1 Kc w zw. z art. 14 ustawy). Na powyższe wskazują postanowienia siwz w szczególności precyzujące, iż cena musi obejmować wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia, a także zawarte w Formularzy oferty oświadczenie, iż *„w cenie (...)oferty zostały uwzględnione wszystkie koszty niezbędne do prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia”*. Jak słusznie dowodził Odwołujący – wbrew stanowisku Zamawiającego - dołączenie do oferty kosztorysów oraz zobowiązanie do wykonywania przedmiotu umowy zgodnie ze złożoną ofertą, w tym kosztorysem ofertowym, nie przesądza o kosztorysowym charakterze wynagrodzenia, gdyż do umów z ustalonym wynagrodzeniem ryczałtowym umownym często dołącza się kosztorys ofertowy jako uzasadniający merytorycznie oferowane wynagrodzenie. Wynagrodzenie kosztorysowe jest obliczane na podstawie faktycznie wykonanych prac - zwykle kosztorysu powykonawczego ujmującego wszystkie faktycznie wykonane roboty budowlane. Trzeba podkreślić, iż w umowie brak jest postanowień wskazujących chociażby pośrednio, że wykonawca jest uprawniony do ustalenia wynagrodzenia na podstawie faktycznie wykonanych prac oraz kosztorysu. Ustaleniom tym nie przeczy brzmienie § 2 ust. 2 projektu umowy, na podstawie którego Zamawiający jest uprawniony do ograniczenia zakresu rzeczowego robót, a w konsekwencji zmniejszenia wynagrodzenia umownego określonego w § 10 ust. 1 w przypadku rezygnacji właściciela nieruchomości z wykonania przyłącza wodociągowego. Przywołane postanowienia umowy odnoszą się przede wszystkim do jej zakresu rzeczowego, którego zmniejszenie może w konsekwencji doprowadzić do odpowiedniego obniżenia wynagrodzenia za realizację całego przedmiotu zamówienia, co jest także możliwe w przypadku wynagrodzenia ryczałtowego. Także postanowienia § 7 ust. 4 umowy

wskazujące na szereg obowiązków wykonawcy, które mają być zrealizowane „bez dodatkowego wynagrodzenia” przemawia za ryczałtowym wynagrodzeniem za realizację zamówienia.

Uwzględniając powyższe istota sporu sprowadza się do ustalenia, czy Odwołujący był uprawniony, w świetle treści siwz oraz ustawy, do poprawienia omyłek stwierdzonych w opisach pozycji 4, 9, 74, 63, 81, 82 kosztorysu ofertowego na podstawie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Przywołany przepis zobowiązuje Zamawiającego do poprawienia omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, jeśli wprowadzenie poprawek nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty. Ustalenia wymaga, czy postulowane przez Odwołującego poprawki spowodują istotne zmiany w treści oferty

W ocenie Izby za trafną należy uznać argumentację Odwołującego, iż przy ryczałtowym charakterze wynagrodzenia rozbieżności pomiędzy kosztorysem ofertowym a przedmiarem robót, przygotowanym przez Zamawiającego, nie mogą być przesądzające dla oceny prawidłowości sporządzenia i przygotowania oferty. Wykonawca bowiem, przy tak ustalonym rodzaju wynagrodzenia, będzie miał obowiązek wykonać zamówienie zgodnie z dokumentacją projektową. Tym samym poprawki w opisach pozycji kosztorysowych nie będą stanowiły istotnej zmiany treści oferty.

Izba w tym zakresie przychyliła się zatem do stanowiska prezentowanego przez Odwołującego, iż poprawki w pozycji 4 (błędne podanie odległości, na którą ma być transportowany urobek – zamiast 5 km jest 1 km), w pozycjach 9 i 74 (omyłki polegające na błędnym podaniu kategorii gruntu przy zasypywaniu wykopów – zamiast kat. IV – podał I-II), w pozycji 63 (podaniu mniejszej grubości warstwy po zagęszczeniu – zamiast 20 cm podane zostało 10 cm), w pozycjach 81 i 82 (średnica wiercenia rurami 150-250 mm zamiast odpowiednio 90/3 mm i 100/3mm) nie mogą zostać zakwalifikowane jako istotnie ingerujące w treść oferty. Zamawiający zobowiązany był tym samym w okolicznościach faktycznych niniejszej sprawy do poprawienia opisu pozycji nr 4, 9, 74, 63, 81, 82 w taki sposób, by zapewnić zgodność oferty z przedmiarami robót. Poprawki te – zgodnie z oświadczeniem Odwołującego - nie będą miały wpływu na ceny poszczególnych pozycji, które zostały określone w sposób prawidłowy. Zamawiający w tym zakresie nie przedstawił dowodu przeciwnego. W konsekwencji Izba uwzględniła stanowisko Odwołującego, który podkreślał, iż jego zamiarem było podanie właściwych parametrów w opisach pozycji kosztorysowych, a błędy, które niewątpliwie zostały w kosztorysie ofertowym popełnione, mają charakter

drobnych, nieistotnych zarówno z punktu widzenia treści oferty, jak i obowiązków wykonawcy zakresu przedmiotowego umowy, uchybień.

Omyłki, o których mowa w przepisie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, nie muszą mieć charakteru omyłek oczywistych, dlatego też Zamawiający, gdy stwierdził błędy w opisach kwestionowanych pozycji kosztorysu ofertowego, mógł je samodzielnie poprawić i następnie wystąpić do Odwołującego o wyrażenie zgody na dokonane poprawki. Był także uprawniony – w trybie przepisu art. 87 ust. 1 ustawy – do wystąpienia do Odwołującego o wyjaśnienie treści oferty, a następnie ewentualnego dokonania odpowiednich korekt. Takie działanie Zamawiającego nie stanowiłoby niedopuszczalnych negocjacji dotyczących złożonej oferty, tym bardziej, że omyłki nie dotyczą zaoferowanych cen jednostkowych, lecz opisu pozycji kosztorysowych.

Izba biorąc pod uwagę stan faktyczny przedmiotowej stoi na stanowisku, iż Zamawiający badając ofertę Odwołującego zobowiązany był zastosować przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy poprawiając na jego podstawie omyłki w opisach pozycji 4, 9, 63, 74, 81, 82 kosztorysu ofertowego przedłożonego przez Odwołującego, tym samym zapewniając jego zgodność z przedmiarami robót stanowiącymi integralną część siwz. Zaniechanie Zamawiającego w tym zakresie stanowi naruszenie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, tym samym prowadząc do naruszenia zasad wynikających z przepisów art. art. 7 ust. 1 i 3 Pzp.

Uwzględniając powyższe na podstawie art. 191 ust. 1a ustawy orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 191 ust. 6 i 7 ustawy w zw. z § 4 ust. 1 pkt 1 lit. a 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 zm.) na niniejszy wyrok w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego **w Kielcach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....