

Sygn. akt KIO 1549/10

WYROK

z dnia 3 sierpnia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: przewodniczący Anna Packo
protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 sierpnia 2010 r. w Warszawie
odwołania wniesionego przez

**Przemysława Jędrzejczyka prowadzącego działalność gospodarczą pod
nazwą Zakład Remontowo – Budowlany Jędrzejczyk
ul. Łomżyńska 1/1, 41-219 Sosnowiec**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego:

**Zespół Szkół Ogólnokształcących Nr 3
ul. Marszałka J. Piłsudskiego 114, 41-200 Sosnowiec**

przy udziale

Dan Pol M. Piechota Spółka Jawna ul. Murarska 28, 43-100 Tychy
zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie
zamawiającego – wnoszącego sprzeciw co do uwzględnienia w całości
zarzutów przedstawionych w odwołaniu przez zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża Przemysław Jędrzejczyka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Remontowo – Budowlany Jędrzejczyk ul. Łomżyńska 1/1, 41-219 Sosnowiec i nakazuje zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez Przemysław Jędrzejczyka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Remontowo – Budowlany Jędrzejczyk ul. Łomżyńska 1/1, 41-219 Sosnowiec.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Katowicach.

Przewodniczący:

.....

UZASADNIENIE

do wyroku KIO 1549/10 z 3 sierpnia 2010 r.

Zamawiający – Zespół Szkół Ogólnokształcących Nr 3 w Sosnowcu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie „kompleksowej termomodernizacji obiektu Zespołu Szkół Ogólnokształcących Nr 3 przy Piłsudskiego 114 w Sosnowcu” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759), w trybie przetargu nieograniczonego. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone 1 czerwca 2010 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 140793. Do postępowania stosuje się przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych w brzmieniu nadanym ustawą z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 206, poz. 1591) i ustawą z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778). Zamawiający ustalił wartość zamówienia na kwotę 4.010.181,00 zł, tj. 1.274.400,00 euro, jest więc ona mniejsza niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

12 lipca 2010 r. Zamawiający, na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, z której wynika, że wykonawca oferuje wykonanie części zamówienia stosując granulaty Polterm G, który został wycofany z produkcji – wyjaśnienia miały wskazywać, czy Odwołujący dysponuje oferowanym materiałem oraz wykazywać ten fakt.

16 lipca 2010 r. Odwołujący wyjaśnił, że w dostarczonym przez Zamawiającego przedmiarze robót we wskazanych pozycjach widnieją zapisy: „Izolacje cieplne i przeciwdźwiękowe z wełny mineralnej, pozioma z wełny mineralnej granulowanej POLTERM G układanej pneumatycznie, 1 warstwa

o grubości 25 cm (docelowo po opadzie)” oraz „Izolacje cieplne i przeciwdźwiękowe z wełny mineralnej, pozioma z wełny mineralnej granulowanej POLTERM G układanej pneumatycznie, 1 warstwa o grubości 18 cm (docelowo po opadzie)”. Sporządzając kosztorys ofertowy zorientował się, że opisy te zawierają materiał, POLTERM G, który został wycofany z produkcji, a dokument dopuszczający do zastosowania w budownictwie – aprobatą utracił ważność w 2001 r., a wobec braku możliwości zapytania Zamawiającego (kosztorys był sporządzany dnia 16 czerwca w godzinach popołudniowych, a termin składania ofert upływał 17 czerwca rano), postanowił na podstawie postanowień punktów I.3., II.1, VII.9, VIII specyfikacji istotnych warunków zamówienia, bez dokonywania zmiany opisu obu pozycji kosztorysowych, zastosować do ich wyceny materiał „Granulowana wełna szklana GULLUL 4201”.

19 lipca 2010 r. Odwołujący otrzymał informację o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Dan Pol M. Piechota Spółka Jawna oraz o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych. W uzasadnieniu odrzucenia oferty Zamawiający wskazał, że w dokumentacji żądał dla wykonania docieplenia stropodachu wyceny materiału POLTERM G (wyszczególnionego w przedmiarze) lub też POLTERM G, GULLUL lub tym podobnych (wyszczególnionych w punkcie 6.2. opisu technicznego projektu), a Odwołujący wycenił POLTERM G. Mając na uwadze wyrok KIO/UZP 1224/08 Zamawiający zwrócił się o wyjaśnienie treści złożonych ofert pytając o ten materiał, gdyż wg jego wiedzy, został on wycofany z obrotu i uzyskał wyjaśnienia, że oferowany jest inny materiał o porównywalnych parametrach. Zdaniem Zamawiającego zaofferowanie na etapie składania wyjaśnień materiałów innych niż w ofercie, stanowi zakazaną art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zmianę treści oferty, zatem w ofertach został zaofferowany nieprodukowany i nie posiadający aprobaty technicznej materiał. Zaofferowanie materiału, który nie posiada aprobaty technicznej i który nie jest produkowany oraz którego nie ma na rynku, musi być uznane za zaofferowanie świadczenia niemożliwego do spełnienia, zatem oferta winna zostać odrzucona na mocy art. 89 ust. 1 pkt

8 ustawy Prawo zamówień publicznych jako niezgodna z art. 387 § 1 kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 ustawy Prawo zamówień publicznych.

23 lipca 2010 r. Odwołujący złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie: art. 89 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo że jest ważna na podstawie odrębnych przepisów, art. 87 ust. 1 i 2 pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie w wyniku wyjaśnień poprawienia treści oferty, art. 7 ust. 3 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, tj. oferty Odwołującego oraz art. 14 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 387 kodeksu cywilnego poprzez wadliwą interpretację przepisów prawa z naruszeniem interesu Odwołującego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej jako bezwzględnie wadliwej oraz dokonania wyboru oferty Odwołującego w wyniku ponownego badania i oceny ofert.

Odwołujący następująco uzasadnił odwołanie.

Jako powód odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający podał domniemanie, że oferta ta jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów, tym samym nie uznał wyjaśnień z 16 lipca 2010 r. wprowadzając samodzielnie domniemanie nieważności oferty Odwołującego, pomimo oświadczenia Odwołującego się o wykonaniu przedmiotowego zamówienia na warunkach określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Tymczasem to Zamawiający w tych pozycjach przedmiaru robót wskazał nazwę materiału POLTERM G. W opisie technicznym projektu widnieje zapis: „6.2. Ocieplenie stropodachu i dachów szkoły – Ocieplenie stropodachu od strony wewnętrznej poddaszy segmentów dydaktycznych A, B, C wykonać wełną mineralną granulowaną (POLTERM G, GULLUL lub t.p.)” Zamawiający odrzucając ofertę Odwołującego winą za niejednoznaczne zapisy w przygotowanej dokumentacji służącej do opisu przedmiotu

zamówienia obciążył Odwołującego, który przecież nie powinien i nie może ponosić negatywnych skutków niejednoznacznych określeń zawartych w opracowanej dokumentacji projektowej służącej do opisu przedmiotu zamówienia.

Znamienne jest w podjętych przez Zamawiającego rozstrzygnięciach dokonanie wyboru oferty wykonawcy, który w tych dwóch pozycjach przedmiaru robót dokonał zmiany opisu i wprowadził inny niż POLTERM G materiał. Ofertę z taką zmianą Zamawiający ocenił i dokonał jej wyboru jako najkorzystniejszej, a wyjaśnień złożonych przez Odwołującego nie uznał i jego ofertę odrzucił. Odwołujący nie mógł dokonać wyceny tych dwóch pozycji przedmiaru robót z zastosowaniem materiału POLTERM G, nie zdołałby uzyskać jego ceny, bo nie ma go w sprzedaży, dlatego wycenił GULULL 4201. Zamawiający nie powinien rezygnować z wyjaśnienia niejasnych części oferty z góry zakładając, iż na pewno zmienią one jej treść, art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych należy bowiem interpretować tak, iż dopiero ewentualne próby zmiany treści oferty w oparciu o udzielone wyjaśnienia należy uznać za bezskuteczne/nieważne.

W opisanej sytuacji Zamawiający nie uznając wyjaśnień Odwołującego nie uznał też za wiarygodne oświadczenia wykonawcy o wykonaniu tego zamówienia na warunkach określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W konsekwencji odrzucił ofertę ważną na podstawie odrębnych przepisów, czym rażąco naruszył art. 89 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, a nie przyjmując złożonych wyjaśnień nie dopełnił też obowiązku ewentualnego poprawienia domniemanych niezgodności, czym naruszył art. 87 ust. 1 i ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Istotny w tej sprawie jest również fakt, że Zamawiający informację o wycofaniu z produkcji POLTERM G oraz o utracie ważności przez aprobatę techniczną uzyskał z informacji złożonej w trybie art. 181 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych przez wykonawcę, którego ofertę uznał za najkorzystniejszą.

Ponadto Zamawiający zarzucił Odwołującemu naruszenie art. 387 kodeksu cywilnego, który stanowi, że umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna,

tymczasem prawo cywilne definiuje jasno istotę świadczenia w art. 353 kodeksu cywilnego – polega ono na działaniu lub zaniechaniu, odnosi się zatem do istoty stosunku zobowiązaniowego, jest to zespół zachowań, który dłużnik musi podjąć w interesie wierzyciela. Odwołujący ma prawo zastosować inny materiał o równoważnych parametrach, której to równoważności Zamawiający nie kwestionował. Zastosowany materiał odnosi się zatem co najwyżej do sposobu spełnienia świadczenia. Jego równoważność wykazał Odwołujący czyniąc zadość tym samym dyspozycji wyrażonej w treści ust. 5 art. 30 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił całość zarzutów przedstawionych w odwołaniu stwierdzając, że „na obecnym etapie (po złożeniu odwołania) jest w stanie uznać, że oferta zawiera omyłkę i poprawić ją zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, chyba że wyrok Izby będzie stanowił inaczej, jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego wniesie sprzeciw wobec niniejszej decyzji Zamawiającego.”

22 lipca 2010 r. przystąpienie do postępowania po stronie Zamawiającego zgłosiła Dan Pol M. Piechota Spółka Jawna, która następnie wniosła sprzeciw wobec uwzględnienia odwołania. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania i obciążenie Odwołującego kosztami postępowania oraz przedstawił następujące stanowisko.

Decyzja Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego jest prawidłowa, a wyjaśnienia Odwołującego, że nie mógł on sporządzić prawidłowej i ważnej oferty, nie można uznać za wiarygodne. Zgodnie z treścią punktu VIII specyfikacji istotnych warunków zamówienia „Opis sposobu obliczenia ceny oferty” wykonawcy związani byli wyłącznie ilościami podanymi przez Zamawiającego w przedmiarach robót, mogli więc swobodnie dokonywać zmian opisów pozycji i innych (poza ilościami). Natomiast zgodnie z treścią punktu 6.2. projektu budowlanego ocieplenie stropodachów należało wykonać wełną mineralną granulowaną Polterm, Gullul lub t.p. $L = \max 0,042 W \sqrt{m^2K}$, wykonawcy mogli więc swobodnie dokonać wyboru odpowiedniego materiału spełniającego parametr podany przez Zamawiającego.

Zgodnie z wyrokiem KIO/UZP 1224/08 wydanym w sprawie użycia do wykonania robót materiału wycofanego z produkcji (Polterm G) Izba orzekła, iż Zamawiający dopuszczając inny materiał do zastosowania umożliwił wykonawcom właściwe sporządzenie ofert. Natomiast zaoferowanie materiału, który nie posiada aprobaty technicznej od 7 lat i który nie jest produkowany oraz którego nie ma na rynku, musi być uznane jako zaoferowanie świadczenia niemożliwego do spełnienia, mimo nawet pewnego przyczynienia się Zamawiającego do niewłaściwego sporządzenia ofert. Dlatego Zamawiający, mając świadomość wystąpienia opisywanego błędu w ofertach, jest obowiązany do odrzucenia tych ofert na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż wykonanie umowy na podstawie treści omawianych, błędnych ofert jest niemożliwe, a więc umowa taka byłaby nieważna na podstawie art. 387 § 1 kodeksu cywilnego, jako że zgodnie z art. 140 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie, nie będzie możliwe wykonanie takiej umowy.

Nieważność z mocy art. 387 § 1 kodeksu cywilnego to nieważność bezwzględna, umowa nie wywołuje zatem żadnym przewidzianych w niej skutków prawnych niezależnie od tego, czy którakolwiek ze stron o niemożliwości świadczenia własnego lub drugiej strony wiedziała. Nie jest też możliwa zmiana umowy czy przekształcenie przedmiotowe zobowiązania, w umowach dwustronnie zobowiązujących niemożliwość tylko jednego ze świadczeń pociąga za sobą nieważność umowy. Obiektywna niemożliwość świadczenia nakazuje przywiązywanie wagi nie do sytuacji konkretnego dłużnika, tylko do samego świadczenia (jego przedmiotu). Świadczenie jest niemożliwe do spełnienia przede wszystkim z przyczyn fizycznych, np. nieistnienie indywidualnie oznaczonego przedmiotu świadczenia.

W systemie zamówień publicznych, i w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, biorąc pod uwagę fakt, że wykonawcy mogli zaproponować rozwiązania równoważne, a zaproponowane przez wykonawców w ofertach rozwiązania materiałowe są wiążące, zachodzi

sytuacja, że wykonawca złożył ofertę z niewykonalnym przedmiotem zamówienia.

Wykonawcy jako podmioty profesjonalnie występujący w obrocie oraz zajmujące się wykonawstwem robót budowlanych winni mieć doskonałą orientację o dostępności materiałów na rynku. Jeśli więc Odwołujący, jak sam przyznaje, wiedział że Polterm G jest niedostępny od kilku lat i pomimo iż mógł złożyć ofertę z materiałem równoważnym, na co zezwalał Zamawiający, i który sam wskazał mu materiał równoważny (Gullull lub tym podobne), z pełną świadomością konsekwencji popełnił błąd składając ofertę nieważną.

Niemożliwe jest poprawienie tego błędu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych to odrębna przesłanka odrzucenia oferty od przesłanki określonej w art. 89 ust. 1 pkt 2, z którym koresponduje art. 87 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Wyjaśnieniom Odwołującego dotyczącym przygotowania kosztorysu nie można dać wiary, gdyż twierdzenie, że kosztorys mógł zostać opracowany w godzinach popołudniowych na dzień przed złożeniem oferty, podczas gdy liczył on blisko dwieście stron ma na celu wyłącznie próbę obrony ewidentnych błędów i braku należytej staranności po stronie Odwołującego przy sporządzaniu kosztorysów, a przy dołożeniu należytej staranności Odwołujący mając wątpliwość, czy może zmienić opisy pozycji (choć zapisy specyfikacji istotnych warunków zamówienia były jednoznaczne i zabraniały jedynie zmian w ilościach), mógł wystąpić z właściwym zapytaniem w trybie art. 38 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zaniechania, jakich na etapie opracowania kosztorysów ofertowych dopuścił się Odwołujący, nie mogą teraz służyć obronie błędów, jakie występują w jego kosztorysach.

W przedmiotowym przypadku Zamawiający nie mógłby samodzielnie dokonać poprawy rodzaju wełny z Polterm G na inny, bowiem zastosowanie innego materiału wymagałoby m.in. ustalenia z wykonawcą, jaką wełnę przyjąć i za jaką cenę.

W oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania, a także na podstawie oświadczeń złożonych podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba ustaliła, że treść postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz fakt, że POLTERM G został wycofany z obrotu nie są sporne pomiędzy uczestnikami postępowania.

Zakres rzeczowy wykonania robót określony został w stanowiących część specyfikacji istotnych warunków zamówienia przedmiarach robót, projektach budowlano – wykonawczych oraz specyfikacjach technicznych wykonania i odbioru robót. W punkcie II. 1. specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający zawarł też standardowe wymaganie, aby roboty wykonać zgodnie z opracowanymi projektami budowlanym i instalacyjnymi, przepisami Prawa budowlanego, obowiązującymi normami i zasadami sztuki budowlanej, w tym stosować wyroby budowlane dopuszczone do obrotu powszechnego lub jednostkowego stosowania w budownictwie, zgodnie z ustawą z dnia 16 kwietnia 2004 r. o wyrobach budowlanych i odpowiadające wymaganiom określonym w art. 10 ustawy Prawo budowlane.

Zgodnie z punktem VII ppkt 9 specyfikacji istotnych warunków zamówienia „Zawartość oferty przetargowej” oferta musiała zawierać m.in. kosztorysy ofertowe sporządzone metodą szczegółową na podstawie przedmiarów robót. Z kolei w punkcie VIII „Opis sposobu obliczenia ceny oferty” Zamawiający wskazał, że wykonawca jest zobowiązany do wyceny wszystkich pozycji występujących w przedmiarach robót, a brak jakiegokolwiek pozycji lub brak wyceny pozycji przedmiaru spowoduje odrzucenie oferty. Wprowadzenie przez wykonawcę jakichkolwiek zmian w ilościach określonych przez Zamawiającego w poszczególnych pozycjach przedmiarów spowoduje odrzucenie oferty.

W pozycji 23. i 24. przedmiarów stanowiących załącznik nr 2.1. do specyfikacji istotnych warunków zamówienia opisy pozycji brzmią odpowiednio: „Izolacje cieplne i przeciwdźwiękowe z wełny mineralnej, pozioma z wełny mineralnej granulowanej POLTERM G układanej pneumatycznie, 1 warstwa o grubości 25 cm (docelowo po opadzie)” oraz „Izolacje cieplne i przeciwdźwiękowe z wełny mineralnej, pozioma z wełny mineralnej granulowanej POLTERM G układanej pneumatycznie, 1 warstwa o grubości 18 cm (docelowo po opadzie).”

W „Specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót” zawarto dane techniczne granulatu wełny mineralnej, bez użycia nazw, a w punkcie 6.2. opisu technicznego projektu wskazano wełnę mineralną granulowaną POLTERM G, GULLUL lub tym podobną.

Art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wskazuje, że zamawiający musi poprawić w ofercie inne (niż oczywiste omyłki pisarskie i rachunkowe) omyłki polegające na niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Zatem, aby zamawiający mógł dokonać takiej korekty, konieczne jest jednoczesne wystąpienie trzech elementów: omyłki, niezgodności z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz brak istotnych zmian w treści oferty.

Pomijając fakt, iż w zaistniałej sytuacji, paradoksalnie, trudno stwierdzić niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia – przynajmniej w zakresie przedmiarów, po zapoznaniu się z wyjaśnieniami Odwołującego z 16 lipca 2010 r. Izba stwierdziła, że w niniejszym stanie faktycznym nie może uznać działania Odwołującego za omyłkę. Pomimo bowiem, że do zaistnienia przedmiotowego stanu faktycznego niewątpliwie przyczynił się projektant, który w przygotowanej przez siebie dokumentacji i przedmiarach użył nazwy nieistniejącego materiału, a tym samym Zamawiający, który odpowiada za treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia, to jednak brak podstaw do przypisania im winy za zaistniałą sytuację, skoro Odwołujący w momencie sporządzania

kosztorysu ofertowego ten błąd zauważył. Trzeba też podkreślić, że oferta jest oświadczeniem wykonawcy, a więc to on, zwłaszcza jako profesjonalista, bierze odpowiedzialność za jej treść.

Jednak Odwołujący, pomimo stwierdzenia błędu, zdecydował się zawrzeć w sporządzonym przez siebie kosztorysie nazwę oferowanego, a nieistniejącego materiału (sam brak aprobaty jest wtórny, gdyż wynika z najistotniejszego faktu – iż dany materiał nie jest produkowany), pomimo że, jak sam stwierdził, wycenił inny materiał, którego nazwę, skoro już używał w kosztorysie nazw materiałów, mógł i powinien był ujawnić – jeśli to on był przedmiotem oferty. Należy też zwrócić uwagę, że Odwołujący sporządzał kosztorys szczegółowy i nazwy POLTERM G użył nie tylko w skopiowanym z przedmiaru opisie pozycji, ale też w części dotyczącej opisu użytego materiału.

Zatem w mniejszym postępowaniu zaistniała sytuacja, w której Odwołujący *expressis verbis* zaoferował materiał, którego nie mógł i nie zamierzał użyć do wykonania zamówienia, a nie ujawnił materiału, jak twierdzi, rzeczywiście oferowanego – tym samym pozostaje trudność w ocenie tej oferty, gdyż w tym punkcie należałoby ją uznać za złożoną „na pozór”, „nie na serio”.

Owszem, takie sytuacje – ścisłego trzymania się opisu zawartego w przedmiarze z przypisaniem mu domniemanej treści zawartej np. w wyjaśnieniach specyfikacji istotnych warunków zamówienia – są zwyczajowo tolerowane w ofertach, jeśli dany zamawiający zawrze w specyfikacji istotnych warunków zamówienia „absolutny zakaz zmiany opisów przedmiaru”, jednak w niniejszym postępowaniu taka sytuacja nie miała miejsca i wykonawcy mogli dostosować opis do rzeczywistego brzmienia swojej oferty.

W stosunkach umownych opartych wyłącznie o kodeks cywilny strony umowy mogłyby w trakcie realizacji umowy zmienić wskazany materiał, zatem spełnienie świadczenia byłoby jak najbardziej możliwe. Ponieważ jednak postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, jak i późniejsza realizacja zawartej w wyniku tego postępowania umowy, jest sformalizowana, Zamawiający, zgodnie z art. 140 i 144 ustawy Prawo

zamówień publicznych, musiałby zawartą umowę realizować zgodnie z przedstawioną ofertą. Tym samym Zamawiający nie mógłby przyjąć oferty w brzmieniu złożonym przez Odwołującego, a uznanie wyjaśnień z 16 lipca 2010 r. prowadzi do zmiany jej treści w zakresie oferowanego materiału, co jest zabronione dyspozycją art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, a Zamawiający, jak stwierdzono, nie może dokonać korekty tej oferty.

Co prawda w rozdziale XVI specyfikacji istotnych warunków zamówienia „Warunki umowne” Zamawiający przewidział możliwość dokonania zmian postanowień zawartej umowy w przypadku m.in. wady lub zmiany w przedmiarach robót lub wady dokumentacji projektowo – wykonawczej, jednak w rozpatrywanej sprawie nastąpiła zasadniczo wada w kosztorysie ofertowym.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 2 pkt 1 i § 3, § 5 ust. 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. *w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania* (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący

.....