

Sygn. akt: KIO 2316/11

WYROK
z dnia 10 listopada 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Paweł Trojan

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 listopada 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26.10.2011 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Adam Duman prowadzący działalność gospodarczą pod firmą MUR-BET Adama Duman, Gródek nad Dunajcem 99, 33-318 Gródek nad Dunajcem oraz MUR-BET Adam Duman i wspólnicy Spółka jawna, Gródek nad Dunajcem 99, 33-318 Gródek nad Dunajcem** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Gmina Igołomia – Wawrzeńczyce, Wawrzeńczyce 57, 32-125 Wawrzeńczyce** w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Budowa sieci wodociągowej wraz z przyłączami dla miejscowości Złotniki i Wawrzeńczyce” (znak sprawy ZP.271.13.2011)

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania w wysokości **10.693,00 zł** (słownie: dziesięć tysięcy sześćset dziewięćdziesiąt trzy złote i zero groszy) obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Adam Duman prowadzący działalność gospodarczą pod firmą MUR-BET Adama Duman, Gródek nad Dunajcem 99, 33-318 Gródek nad Dunajcem oraz MUR-BET Adam Duman i wspólnicy Spółka jawna, Gródek nad Dunajcem 99, 33-318 Gródek nad Dunajcem** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Adam Duman prowadzący działalność gospodarczą pod firmą MUR-BET Adama Duman, Gródek nad Dunajcem 99, 33-318 Gródek nad Dunajcem oraz MUR-BET Adam Duman i wspólnicy Spółka jawna, Gródek nad Dunajcem 99, 33-318 Gródek nad Dunajcem,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **693 zł 00 gr** (słownie: sześćset dziewięćdziesiąt trzy złote i zero groszy) przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Adam Duman prowadzący działalność gospodarczą pod firmą MUR-BET Adama Duman, Gródek nad Dunajcem 99, 33-318 Gródek nad Dunajcem oraz MUR-BET Adam Duman i wspólnicy Spółka jawna, Gródek nad Dunajcem 99, 33-318 Gródek nad Dunajcem** na rzecz Zamawiającego **Gmina Igołomia – Wawrzeńczyce, Wawrzeńczyce 57, 32-125 Wawrzeńczyce** tytułem uzasadnionych kosztów strony poniesionych w związku z dojazdem pełnomocników na posiedzenie.

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

Przewodniczący:

.....

U z a s a d n i e

do wyroku z dnia 9 listopada 2011 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2316/11

Zamawiający – Gmina Igołomia – Wawrzeńczyce, Wawrzeńczyce 57, 32-125 Wawrzeńczyce prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie pn. „Budowa sieci wodociągowej wraz z przyłączami dla miejscowości Złotniki i Wawrzeńczyce” (znak sprawy ZP.271.13.2011).

Szacunkowa wartość zamówienia jest mniejsza od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 05.08.2011 r. Zamawiający zamieścił ogłoszenia w BZP Nr 1 z dnia 05.08.2011 r. pod pozycją 212097.

W dniu **21.10.2011 r.** Zamawiający przekazał Odwołującemu informację o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy Pzp.

Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **26.10.2011 r.** przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum Adam Duman prowadzący działalność gospodarczą pod firmą MUR-BET Adama Duman oraz MUR-BET Adam Duman i wspólnicy Spółka jawna.

Odwołanie zostało złożone wobec następujących czynności Zamawiającego wykonanych, w ocenie Odwołującego, niezgodne z przepisami ustawy:

1. zaniechania, polegającego na odstąpieniu od żądania wyjaśnień pomimo wątpliwości co do treści złożonej przez MUR-BET oferty oraz niepoprawienie w tejże ofercie dostrzeżonych omyłek;
2. odrzucenia oferty MUR-BET oraz wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez „AQVEDUKT -EKO” Mieczysław Kapusta.

Wobec powyższego Odwołujący zarzucił Zamawiającego naruszenie:

- art. 87 ust 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie żądania wyjaśnień w przypadku wątpliwości co do zgodności oferty MUR-BET z treścią SIWZ;
- art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. poprzez zaniechanie poprawienia w ofercie MUR-BET omyłek polegających na niezgodności oferty ze SIWZ niepowodujących istotnych zmian w treści oferty;
- art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy Pzp. w związku z § 2 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 18 maja 2004 r. w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym (Dz. U. z

2004 r. Nr 130, poz. 1389), poprzez przyjęcie, że treść oferty składającego niniejsze odwołanie nie odpowiada treści SIWZ oraz zawiera błędy w obliczeniu ceny, których nie można poprawić, a w konsekwencji odrzucenie oferty MUR-BET;

- art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nierówne traktowanie wykonawców i wybór oferty, która nie jest najkorzystniejsza, tj. oferty złożonej przez „AQVEDUKT-EKO” Mieczysław Kapusta Rusocice 129, 32-071 Kamień.

Wobec powyższego Odwołujący wniósł:

1. Nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
2. Nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty MUR-BET;
3. Nakazanie dokonania ponownego badania i oceny ofert oraz dokonania wyboru oferty poprzedzonego poprawieniem w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp oferty wykonawcy składającego niniejsze odwołanie, w zakresie:
 - a) wyceny sieci wodociągowej PE fi 50 mm,
 - b) pozycji 10 d. 3 i 11 d. 3 w wycenie sieci wodociągowej PE fi 90 mm
 - c) pozycji 27 d.9 i 29 d. 9 w wycenie przyłączy PE fi 50 mm
 - d) pozycji 2 d. 2.

Odwołujący w uzasadnieniu wskazał, że w dniu 21.10.2011 r. na stronie internetowej zamawiającego zamieszczono informację o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy „AQVEDUKT-EKO” Mieczysław Kapusta z ceną ofertową 4.751.835,80 zł brutto.

W tym samym dniu odwołujący się otrzymał pismo z informacją o wyborze najkorzystniejszej oferty, a także informację, iż decyzją Wójta Gminy Igołomia-Wawrzeńczyce jego oferta została odrzucona. Jako dowód powyższego powołał się na dokumentację postępowania.

Odwołujący podniósł, iż w piśmie o wyborze najkorzystniejszej oferty Zamawiający wskazał, iż podstawą odrzucenia oferty jest art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy Pzp wskazujące, że „ponieważ jej treść nie odpowiada treści SIWZ i zawiera błędy w obliczeniu ceny, tj. w kosztorysie ofertowym stwierdzono niezgodności z przedmiarem robót stanowiącym załącznik do SIWZ, na podstawie którego należało sporządzić kosztorys” Jako dowód powyższego powołał się na dokumentację postępowania.

Następnie Odwołujący podniósł, iż w piśmie z informacją o odrzuceniu oferty zamawiający ponadto podał, iż: „w kosztorysie ofertowym stwierdzono niezgodności z przedmiarem robót stanowiącym załącznik do SIWZ i wyjaśnieniami udzielonymi w trakcie postępowania (w dniu 26.08.2011 r.) na podstawie, których należało sporządzić kosztorys”. Zamawiający zarzucił Odwołującemu:

- a) brak wyceny rozdziału sieci wodociągowej PE fi 50 mm

b) błędną wycenę na sieci wodociągowej PE fi 90 mm w pozycjach:

- 10 d.3 - „Montaż kształtek ciśnieniowych PE, PEHD o połączeniach zgrzewano-kołnierzowych (tuleje kołnierzowe na luźny kołnierz) o śr. zewnętrznej 110 mm - tylko materiał, łuk PEfi 110 mm 90", zamiast „Sieci wodociągowe - montaż kształtek ciśnieniowych PE, PEHD o połączeniach zgrzewano-kołnierzowych (tuleje kołnierzowe na luźny kołnierz) o śr. zewnętrznej do 90 mm – tylko materiał (łuk PE90)";
- 11 d.3 - „Montaż kształtek ciśnieniowych PE, PEHD o połączeniach zgrzewano-kołnierzowych (tuleje kołnierzowe na luźny kołnierz) o śr. zewnętrznej 110 mm - tylko materiał, łuk PE 110 45 st.", zamiast „Sieci wodociągowe - montaż kształtek ciśnieniowych PE, PEHD o połączeniach zgrzewano-kołnierzowych (tuleje kołnierzowe na luźny kołnierz) o śr. Zewnętrznej do 90 mm -tylko materiał (łuk PE45)";

c) błędną wycenę na przyłączach PE fi 50 mm w pozycjach:

- 27 d.9 - przyjęto do wyceny zawory zaporowe grzybkowe żeliwne z kielichami gwintowanymi o śr. nominalnej 40 mm, a należało przyjąć zawory kulowe DN25 mm;
- 29 d.9 - przyjęto do wyceny zawory zwrotne antyskażeniowe DN20 typu EA, a należało przyjąć do wyceny zawory zwrotne antyskażeniowe typu EA DN 25 mm;

d) błędną wycenę na komorze pomiarowej dla rurociągu PE 110 w pozycji 2 d.2 - „wykopy jamiste o głęb. do 3.0 m wyk. na odkład koparkami podsiębiernymi o poj. łyżki 0.15 - 0.25 m3 w gr. kat. I-II", zamiast „roboty ziemne wykonywane koparkami podsiębiernymi o poj. łyżki 0.15 m3 w gr. kat. I-II z transp. urobku na odl. do 1 km sam. samowyład".

W odniesieniu do powyższych błędów w kosztorysie ofertowym Zamawiający podniósł, iż zgodnie z zapisami rozdziału XVIII ust. 5 pkt 3) SIWZ „stwierdzone w kosztorysie ofertowym istotne odstępstwa lub korekty pozycji wskazanych w przedmiarze robót, które powodują niedopuszczoną przez Zamawiającego zmianę przewidzianej technologii wykonywania robót, uznane będą za błąd w obliczeniu ceny, który nie może zostać poprawiony na zasadach przewidzianych w specyfikacji, mogący być podstawą do odrzucenia oferty, chyba że SIWZ lub przedmiar pozwalają na zastosowanie alternatywnych pozycji katalogowych (np. kalkulacji indywidualnej) oraz materiałów.

Na poparcie swojego stanowiska Zamawiający przytoczył część uzasadnienia z uchwały Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 marca 2011 r. (sygn. akt KIO/KD 15/11), w którym stwierdza się m. in. „pominięcie danych pozycji kosztorysu (a nie jedynie zaniechanie ich wyceny) stanowi o tym, iż zakres zawartych w nich prac w ogóle nie został zaoferowany zamawiającemu".

Zdaniem wnoszącego odwołanie czynność odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy Pzp została podjęta przez Zamawiającego z naruszeniem

przepisów ustawy, ponieważ treść oferty odpowiada treści SIWZ, a błędy w kosztorysie należało poprawić na zasadach określonych w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

W ocenie Odwołującego analiza zapisów SIWZ (w szczególności rozdziału XVIII ust. 1,2,3) prowadzi do wniosku, iż cena za wykonanie przedmiotu zamówienia ma charakter ryczałtowy. Wykonawca winien przecież podać w ofercie cenę „za wykonanie całości zadania” uwzględniającą wszystkie wymagania Zamawiającego określone w SIWZ m. in. „wszelkie koszty, jakie poniesie Wykonawca z tytułu należytego oraz zgodnego z umową i obowiązującymi przepisami wykonania przedmiotu zamówienia”. „Cena ofertowa stanowi wartość łączną całości zamówienia według kosztorysu ofertowego oraz wszelkich kosztów dodatkowych (w tym np.: ceł i wszelkich opłat, kosztów zagospodarowania i urządzenia terenu robót, kosztów prac przygotowawczych, porządkowych, organizacji ruchu na czas robót, zajęcia pasa drogowego, obsługi geodezyjnej, opracowania i uzgodnienia dokumentacji powykonawczej (w tym geodezyjnej inwentaryzacji powykonawczej), kosztów związanych z odbiorami wykonanych robót oraz przeprowadzeniem prób i badań technicznych, a także wszelkich innych kosztów bezpośrednich i pośrednich związanych z realizacją niniejszego zamówienia, jeśli nie ujęto ich w kosztach ogólnych).

W ocenie Odwołującego fakt tego nie zmienia, iż Zamawiający zawarł w projekcie umowy zastrzeżenie § 15 ust. 1, że ostateczne rozliczenie robót nastąpi fakturą końcową wystawioną przez Wykonawcę w terminie do 21 dni od daty odbioru końcowego przedmiotu umowy sporządzoną na podstawie kosztorysu ofertowego, a Wykonawca rozliczy wykonane roboty w sposób podlegający sprawdzeniu.

Ani z zapisów SIWZ, ani załączników do niej nie wynika, że wynagrodzenie Wykonawcy może zostać obniżone w stosunku do ceny podanej w ofercie (z wyjątkiem przypadku gdyby Zamawiający ograniczył zakres przedmiotu umowy - § 11). Ponadto w ocenie Odwołującego z zapisów SIWZ wynika natomiast, iż wartości określone w kosztorysie mają znaczenie dla ustalenia wartości robót dodatkowych.

Odnosząc się do ryczałтового charakteru ceny w przedmiotowym postępowaniu Odwołujący podniósł, że chociaż nigdzie nie zdefiniowano wprost tego określenia to art. 632 § 1 Kodeksu cywilnego stanowi, iż jeżeli strony umowy się o wynagrodzenie ryczałtowe, przyjmując zamówienie nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac. Wynika z tego, iż charakter ryczałtowy ma cena, odnosząca się do całości zamówienia bez względu na to, czy w trakcie jego realizacji ulegnie zmianie jego zakres i faktyczne nakłady pracy, sprzętu itd. Z istoty ceny ryczałtowej wynika, że metoda jej ustalenia nie ma charakteru wiążącego (potwierdza to wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 6 marca 2001 r. (I ACa 1147/00), zgodnie z którym „Jeżeli za wykonane dzieło strony ustaliły wynagrodzenie ryczałtowe, dołączenie przez wykonawcę do umowy kosztorysu nie ma znaczenia, a dokument ów uznać

należy jedynie za uzasadniający merytorycznie oferowaną przez przyjmującego zamówienie (wykonawcę) kwotę wynagrodzenia ryczałtowego". Zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 20.11.1998 r. (sygn. akt II CRN 913/97), ryczałt polega na umówieniu z góry wysokości wynagrodzenia w kwocie absolutnej, przy wyraźnej lub dorozumianej zgodzie stron na to, że wykonawca nie będzie domagać się wynagrodzenia wyższego.

Jak wskazał Odwołujący zgodnie z § 1 projektu umowy (załącznik nr 1 do SIWZ), szczegółowy zakres robót, stanowiący przedmiot umowy, został ustalony na podstawie projektu budowlano - wykonawczego i przedmiarów robót stanowiących podstawę do określenia wartości przedmiotu umowy. Z ust. 3 wynika wprost, że Zamawiający powierza Wykonawcy do wykonania zakres robót zgodnie z projektem budowlano - wykonawczym, specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót budowlanych, kosztorysem ofertowym stanowiącym integralną część niniejszej umowy, a Wykonawca roboty te przyjmuje do wykonania.

W ocenie Odwołującego z powyższych zapisów nie sposób wywieść, iż jedynie kosztorys załączony do oferty stanowi o tym, jakie roboty zaoferował dany wykonawca. Zgodnie z postanowieniami Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót (zwanej dalej STWiOR), zakres zamówienia obejmuje m. in. wykonanie rurociągu wodociągowego PE fi 50 mm o długości 2 708,5 mb. Na stronie 61 w ppkt 2.4 zaznaczono, że „dokumentacja projektowa, specyfikacja techniczna oraz inne dokumenty przekazane wykonawcy stanowią część umowy, a wymagania wyszczególnione w choćby jednym z nich są obowiązujące dla wykonawcy tak jakby były zawarte w całej dokumentacji. Wszystkie wykonane roboty i dostarczone materiały będą zgodne z dokumentacją projektową i specyfikacjami technicznymi. Dane określone w dokumentacji projektowej i w specyfikacjach technicznych będą uważane za wartości docelowe, od których dopuszczalne są odchylenia w ramach określonego przedziału tolerancji. W przypadku, gdy materiały lub roboty nie będą w pełni zgodne z dokumentacją projektową lub specyfikacją techniczną i wpłynie to na niezadowalającą jakość elementu budowlany (pogorszenie jakości), to takie materiały zostaną zastąpione innymi, a ponowne ich wykonanie obciąży wykonawcę”.

Jak wskazał Odwołujący przedmiar robót, stanowiący podstawę sporządzenia kosztorysu został sporządzony w formie uproszczonej, a ponadto jest opracowaniem wtórnym w stosunku do projektu i specyfikacji technicznych i to nie on determinuje zakres prac objętych przedmiotem zamówienia. Zawarte w przedmiarze robót zestawienia mają jedynie zobrazować skalę roboty budowlanej i pomóc wykonawcom w oszacowaniu kosztów inwestycji. Wobec tego przedmiarowi robót należy przypisać charakter dokumentu pomocniczego. W przedmiotowym postępowaniu z całą pewnością przedmiar robót nie obejmował pełnego zakresu prac, ponieważ oprócz pozycji w nim uwzględnionych przez

Zamawiającego, wykonawcy zostali zobligowani do obliczenia ceny z uwzględnieniem innych jeszcze kosztów, które jedynie przykładowo Zamawiający wskazał w SIWZ.

Ponadto gwarancją dla Zamawiającego, że Odwołujący wykona pełny zakres prac, będących przedmiotem zamówienia, jest zobowiązanie Odwołującego do wykonania zamówienia, zawarte w formularzu ofertowym. Takie stanowisko zawarto w uzasadnieniu wyroku KIO z dnia z dnia 20 października 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 1077/08), który to zapadł w wyniku odwołania złożonego przez MUR-BET Adam Dumana, na tle podobnego stanu faktycznego.

Skład orzekający stwierdził wówczas, iż „błąd w kosztorysie ofertowym, sporządzonym na podstawie przedmiaru robót, który ..., nie determinuje zakresu prac przewidzianych do wykonania zamówienia, nie może być rozpatrywany w kontekście niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, lecz co najwyżej błędu w obliczeniu ceny”.

Przyjąć zatem należy, w ocenie Odwołującego, że wszystkie pozycje kosztorysu ofertowego odpowiadają odpowiednim pozycjom przedmiaru robót, ewentualnie winny zostać poprawione przez Zamawiającego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Ponadto zarówno z treści SIWZ jak i projektu umowy jednoznacznie wynika, iż szczegółowy opis przedmiotu zamówienia określa załączona do umowy dokumentacja projektowa oraz specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót budowlanych (w części zawierającej zbiory wymagań w zakresie sposobu wykonania robót budowlanych, obejmujące wymagania w zakresie właściwości materiałów, wymagania dotyczące sposobu wykonania i oceny prawidłowości wykonania poszczególnych robót).

W ocenie Odwołującego oczywistym więc jest, iż wykonawca zobowiązuje się do wykonania wszelkich niezbędnych prac dla zrealizowania przedmiotu zamówienia. Takie stanowisko zostało zaaprobowane i wyrażone w treści uzasadnienia orzeczenia Zespołu Arbitrów z dnia 5 czerwca 2006 r. (UZP/ZO/0-1580/06) oraz orzeczenia z dnia 7 czerwca 2005 r. (UZP/ZO/0-1207/05).

Gdyby jednak nawet przyjąć, iż wynagrodzenie wykonawcy ma charakter kosztorysowy, to Zamawiający przed odrzuceniem oferty MUR-BET stosownie do postanowień art. 87 ust. 1 ustawy Pzp winien zwrócić się o stosowne wyjaśnienia, co do jej treści. W ocenie Odwołującego nieuzasadniona jest sytuacja, w której zamawiający podejmuje decyzję o odrzuceniu oferty na podstawie wyłącznie domniemania, że wykonawca zaoferował inną usługę, lub inny produkt, niż wymagane przez zamawiającego w SIWZ.

Zgodzić się należy, iż w złożonym kosztorysie znalazły się ewidentne błędy (opisane powyżej - lit b), c), d) - jednak z pewnością nie można uznać, iż są to błędy, których poprawienie spowodowałoby istotną zmianę w treści oferty.

Zwrócić należy uwagę, iż gdyby w kosztorysie zawrzeć prawidłowe materiały i pozycje zgodne z przedmiarami to cena oferty uległaby zmianie (obniżeniu) o kwotę 20 zł.

Jeżeli chodzi o pominięcie wyceny sieci wodociągowej PE fi 50mm, to ze względu na zapisy SIWZ i załączników do niej (w szczególności przedmiarów robót i STWiOR), należy uznać, iż wykonawca zobowiązał się do wykonania przedmiotu zamówienia w ramach ceny zawartej w złożonej ofercie.

Zgodnie z postanowieniami rozdziału XXVIII SIWZ (Informacje dodatkowe), Zmawiający winien poprawić w ofercie „inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, nie powodujące istotnych zmian w treści oferty” Ponadto w rozdziale XVIII ust 5 pkt 3, na który to powoływał się Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty, wskazano, iż stwierdzone w kosztorysie ofertowym istotne odstępstwa lub korekty pozycji wskazanych w przedmiarze robót, które powodują niedopuszczoną przez Zamawiającego zmianę przewidzianej technologii wykonywania robót, uznane będą za błąd w obliczeniu ceny, który nie może zostać poprawiony na zasadach przewidzianych w specyfikacji, mogący być podstawą do odrzucenia oferty, chyba że SIWZ lub przedmiar pozwalają na zastosowanie alternatywnych pozycji katalogowych (np. kalkulacji indywidualnej) oraz materiałów. W ocenie Odwołującego ww. błędy w kosztorysie z pewnością nie mogą być uznane za istotne odstępstwa powodujące niedopuszczoną zmianę w technologii wykonania robót, a już na pewno nie mogą być uznane za błąd w obliczeniu ceny, który nie może być poprawiony na zasadach przewidzianych w ustawie Pzp.

Odwołujący przywołał tezę orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej, w który wskazane, że: „O istotnej zmianie treści oferty można byłoby mówić w okolicznościach, gdy poprawienie omyłki w istocie powodowałoby tak wiele zmian w odniesieniu do podstawowych kwestii przedmiotu zamówienia, że moglibyśmy mówić o nowej ofercie, a nie o pewnej korekcie pierwotnego oświadczenia woli wykonawcy” (wyrok KIO/UZP 1906/09). Następnie wskazał, cytując fragment uzasadnienia orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej, że: Przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp jest przecież po to, aby dać Zamawiającemu możliwość poprawienia uchybień w ofertach merytorycznie poprawnych, w celu zapobieżenia ich eliminacji z postępowania z przyczyn wyłącznie formalnych i nie mających istotnego znaczenia w kontekście oferowanego świadczenia” (wyrok KIO/UZP 691/09).

„Poprawienie omyłek w postaci wpisania prawidłowych ilości wymaganych materiałów nie spowoduje istotnej zmiany w treści oferty, nawet jeśli w rezultacie ich dokonania zmianie ulegnie cena oferty. Cena oferty stanowi bowiem zasadniczą część - essentialia negotii przyszłej umowy, ale jednocześnie nie zawsze jej zmiana, zwłaszcza w niewielkich granicach, ma szczególne lub istotne znaczenie dla stron tej umowy” (KIO/UZP 2401/10).

W dalszej części uzasadnienia zostało wskazane, że orzeczenie, na które powołał się Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty zapadło na gruncie innego stanu faktycznego i nieobowiązującego już stanu prawnego, na co zresztą zwrócono uwagę w uchwale KIO: „Pominięcie danych pozycji kosztorysu (a nie jedynie zaniechanie ich wyceny) stanowi o tym,

iż zakres zawartych w nich prac w ogóle nie został zaoferowany zamawiającemu. Pośilkowo warto dodać, że w obecnym stanie prawnym zamawiający miałby obowiązek zbadania możliwości poprawienia oferty z zastosowaniem art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Zgodnie z przepisami pod rządami których toczyło się badane postępowanie zamawiający był uprawniony i zobowiązany do poprawienia jedynie oczywistych omyłek pisarskich oraz omyłek rachunkowych w obliczeniu cen. Jakakolwiek ingerencja zamawiającego w treść oferty, co do zakresu przedmiotowego oferowanego świadczenia była, co do zasady, niedopuszczalna".

Odwołujący pragnie ponadto podnieść, iż jeżeli Zamawiający miał wątpliwości odnośnie treści oświadczenia woli zawartego w przedmiotowej ofercie, to mógł przecież zwrócić się o wyjaśnienie treści oferty do wykonawcy, a nie bezpodstawnie odrzucać ofertę. W związku z koniecznością unieważnienia czynności odrzucenia oferty MUR-BET, niezbędne jest dokonanie ponownej czynności oceny ofert z udziałem tejże oferty.

Odwołujący wskazał, iż ma interes prawny we wniesieniu odwołania, ponieważ gdyby Zamawiający nie naruszył wyżej wskazanych przepisów ustawy Pzp, to po poprawieniu omyłek w treści oferty ze względu na odrzucenie oferty Zakład Instalacji Sanitarnych Rafał Oliwa, Zamawiający wybrałby właśnie jego ofertę (MUR-BET) jako najkorzystniejszą w przedmiotowym postępowaniu.

Izba ustaliła, że podstawą wniesienia odwołania była czynność Zamawiającego polegająca na odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy Pzp oraz zaniechanie wezwania Odwołującego na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień w przypadku wątpliwości co do zgodności treści jego oferty z treścią SIWZ, jak również zaniechania poprawienia na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w ofercie Odwołującego omyłek polegających na niezgodności treści oferty ze SIWZ niepowodujących istotnych zmian w jej treści.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, w tym po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami SIWZ, ofertą złożoną przez Odwołującego, korespondencją prowadzoną w ramach przedmiotowego postępowania pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia, jak również po zapoznaniu się z odwołaniem, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody przez Odwołującego będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności. Izba ustaliła, iż Odwołujący złożył w przedmiotowym postępowaniu ofertę pozwalającą zakwalifikować tego wykonawcę na pierwszym miejscu w rankingu ofert. Zarzuty podniesione w odwołaniu zmierzają do przywrócenia Odwołującego do udziału w postępowaniu poprzez unieważnienie czynności odrzucenia złożonej przez niego oferty. Tym samym, biorąc pod uwagę powyższy fakt, uwzględnienie odwołania umożliwi Odwołującemu uzyskania przedmiotowego zamówienia.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności z treści oferty złożonej w postępowaniu przez Odwołującego, treści SIWZ wraz z załącznikami, korespondencji prowadzonej pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielnie przedmiotowego zamówienia.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba, przy uwzględnieniu treści art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy Pzp rozważyła kwestię, czy nieprawidłowości w sporządzeniu przez Odwołującego kosztorysu ofertowego stanowiły wypełnienie hipotezy art. 89 st. 1 pkt 2 i 6 ustawy Pzp, zaś w drugiej kolejności, czy w niniejszym stanie faktycznym mogła mieć zastosowanie instytucja uregulowana w art. 87 ust. 2 pkt 3 w związku z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp umożliwiająca poprawienie stwierdzonych w ofercie Odwołującego omyłek.

- I. Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy Pzp, Izba uznała za niezasadny.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła co następuje.

Izba dokonała następujących ustaleń faktycznych w odniesieniu do powyższego zarzutu.

Po pierwsze Izba ustaliła, że Zamawiający w Rozdziale IV SIWZ zatytułowanym „Opis przedmiotu zamówienia” w pkt 3 wskazał, iż: „Szczegółowo przedmiot zamówienia określa przedmiar robót i projekt budowlany (...) stanowiące załączniki do niniejszej SIWZ”.

Po drugie ustalono, iż Zamawiający w Rozdziale IX zatytułowanym „Oświadczenia dokumenty, jakie wykonawca jest zobowiązany złożyć w ofercie w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu” w pkt 17 został zawarty następujący zapis: „Kosztorys ofertowy – sporządzony na podstawie projektu budowlanego i przedmiaru robót (Załącznik nr 8 do SIWZ), stanowiący sumę wszystkich pozycji wyszczególnionych w przedmiarze i uwzględniający nakłady rzeczowe na poszczególne pozycje branży”.

Ponadto zgodnie z rozdziałem XI SIWZ zatytułowanym „Sposób przygotowania oferty” pkt 8 oferta nie może zawierać rozwiązań alternatywnych.

Następnie Izba ustaliła, iż w Rozdziale XVIII zatytułowanym „Opis sposobu obliczenia ceny” zostały zawarte następujące postanowienia w następujących punktach:

1. Sporządzając ofertę wykonawca powinien obliczyć cenę za całość wykonanego zadania (...).
2. Podana w ofercie cena musi uwzględniać wszystkie wymagania Zamawiającego określone w niniejszej specyfikacji oraz obejmować wszelkie koszty, jakie poniesie Wykonawca z tytułu należytego oraz zgodnego z umową i obowiązującymi przepisami wykonania przedmiotu zamówienia.
4. Cena ofertowa stanowi łączną całość zamówienia według kosztorysu ofertowego oraz wszelkich kosztów dodatkowych (...).
5. Należy sporządzić kosztorys ofertowy metodą szczegółowej kalkulacji kosztorysowej na podstawie dokumentacji projektowej, przedmiaru robót, wizji w terenie oraz SIWZ przy czym:
 - 1) kosztorys winien zawierać tabele elementów scalonych oraz zestawienie sumaryczne robocizny, materiałów i sprzętu z cenami jednostkowymi;
 - 2) należy podać wszystkie składniki (nośniki) cenotwórcze przyjęte do opracowania kosztorysu ofertowego;
 - 3) stwierdzone w kosztorysie ofertowym istotne odstępstwa lub korekty pozycji wskazanych w przedmiarze robót, które powodują niedopuszczoną przez Zamawiającego zmianę przewidzianej technologii wykonywania robót, uznane będą za błąd w obliczeniu ceny, który nie może zostać poprawiony na zasadach przewidzianych w specyfikacji, mogący być podstawą do odrzucenia oferty, chyba że SIWZ lub przedmiar pozwalają na zastosowanie alternatywnych pozycji katalogowych (np. kalkulacji indywidualnej) oraz materiałów.

W Rozdziale XXVIII SIWZ zatytułowany „Informacje dodatkowe” Zamawiający przytoczył treść art. 87 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

Zamawiający w § 1 ust. 2 projektu umowy (załącznik nr 1 do SIWZ) wskazał, iż szczegółowy zakres robót stanowiących przedmiot umowy został ustalony na podstawie

projektu budowlano – wykonawczego i przedmiarów robót stanowiących podstawę określenia wartości przedmiotu umowy. W ust. 3 powyższego zapisu zostało wskazane, iż Zamawiający powierza wykonawcy do wykonania określony w ust. 1 zakres robót zgodnie z projektem budowlano – wykonawczym, specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót budowlanych, kosztorysem ofertowym stanowiącym integralną część niniejszej umowy, a wykonawca roboty te przyjmuje do wykonania.

Jak wynika z § 5 ust. 1 lit. c projektu umowy (załącznik nr 1 do SIWZ) Zamawiający zobowiązany jest do zapłaty wynagrodzenia zgodnie z umową i zakresem rzeczowym wykonanych robót.

Zgodnie z § 10 ust. 2 projektu umowy wynagrodzenie ustalone zostało na podstawie oferty przetargowej złożonej przez wykonawcę w postępowaniu przetargowym (...) i obejmuje całość nakładów, tj. robociznę, materiały i sprzęt.

W § 11 ust. 1 i 2 projektu umowy Zamawiający wskazał, że zastrzega sobie prawo do ograniczenia zakresu przedmiotu umowy i w tym wypadku wartość robót wyłączonych zostanie ustalona w oparciu o zakres wyłączonych robót i stosowne pozycje kosztorysu ofertowego.

Następnie ustalono, iż w § 15 ust. 1 projektu umowy zostało wskazane, że z zastrzeżeniem § 11 ostateczne rozliczenie robót nastąpi fakturą końcową wystawioną przez wykonawcę w terminie 21 dni od daty odbioru końcowego przedmiotu umowy sporządzona na podstawie kosztorysu ofertowego. Wykonawca rozliczy wykonane roboty w sposób podlegający sprawdzeniu. Do faktury należy dołączyć załączniki potrzebne do sprawdzenia i ustalenia ilości wykonanych robót.

Izba ustaliła ponadto, iż na str. 50 - 53 dokumentacji postępowania znajduje się przedmiar robót z dnia 25.07.2011 r. zatytułowany „Budowa sieci wodociągowej wraz z przyłączami dla miejscowości Złotniki, Wawrzeńczyce, Żydów (część) – ETAP III część I – sieć PE fi 50 mm” zawierający 24 pozycje kosztorysowe.

Izba ustaliła, iż w ofercie złożonej przez Odwołującego nie został, w kosztorysie ofertowym, dołączony fragment odpowiadający swoim zakresem przedmiarowi robót obejmującemu powyższy zakres, tj. „Budowa sieci wodociągowej wraz z przyłączami dla miejscowości Złotniki, Wawrzeńczyce, Żydów (część) – ETAP III część I – sieć PE fi 50 mm”.

Izba ustaliła również, iż w sporządzonym przez Odwołującego kosztorysie ofertowym następujące opisy pozycji kosztorysowych nie odpowiadają treści pozycji znajdujących się w przedmiarach robót oraz wyjaśnieniach Zamawiającego przekazanych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego:

- 10 d.3 - „Montaż kształtek ciśnieniowych PE, PEHD o połączeniach zgrzewano-kołnierzowych (tuleje kołnierzowe na luźny kołnierz) o śr. zewnętrznej 110 mm - tylko materiał, łuk PE fi 110 mm 90", zamiast „Sieci wodociągowe - montaż kształtek ciśnieniowych

PE, PEHD o połączeniach zgrzewano-kołnierzowych (tuleje kołnierzowe na luźny kołnierz) o śr. zewnętrznej do 90 mm – tylko materiał (łuk PE90)";

- 11 d.3 - „Montaż kształtek ciśnieniowych PE, PEHD o połączeniach zgrzewano-kołnierzowych (tuleje kołnierzowe na luźny kołnierz) o śr. zewnętrznej 110 mm - tylko materiał, łuk PE 110 45 st.", zamiast „Sieci wodociągowe - montaż kształtek ciśnieniowych PE, PEHD o połączeniach zgrzewano-kołnierzowych (tuleje kołnierzowe na luźny kołnierz) o śr. Zewnętrznej do 90 mm - tylko materiał (łuk PE45)";

c) dotyczące przyłączy PE fi 50 mm w pozycjach:

- 27 d.9 - zawory zaporowe grzybkowe żeliwne z kielichami gwintowanymi o śr. nominalnej 40 mm, zamiast zawory kulowe DN25 mm;

- 29 d.9 - zawory zwrotne antyskażeniowe DN20 typu EA, zamiast zawory zwrotne antyskażeniowe typu EA DN 25 mm;

d) opis pozycji komory pomiarowej dla rurociągu PE 110 w pozycji 2 d.2 - „wykopy jamiste o głęb. do 3.0 m wyk. na odkład koparkami podsiębiernymi o poj. łyżki 0.15 - 0.25 m3 w gr. kat. I-II", zamiast „roboty ziemne wykonywane koparkami podsiębiernymi o poj. łyżki 0.15 m3 w gr. kat. I-II z transp. urobku na odl. do 1 km sam. samowylad".

W dniu 21.10.2011 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy Pzp.

Powyższą czynności Odwołujący zaskarżył składając w dniu 26.10.2011 r. niniejsze odwołanie.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła co następuje.

Biorąc pod uwagę sposób skonstruowania oferty oraz istotne postanowienia SIWZ w tym zakresie zakres świadczenia wynikający z oferty winien odpowiadać zakresowi świadczenia ustalonemu w dokumentacji postępowania, w tym w szczególności SIWZ oraz dokumentacji technicznej i wyjaśnieniach Zamawiającego dotyczących treści SIWZ.

W tym zakresie Izba uznała, iż treść oferty w zakresie:

a) pozycji 10 d. 3 i 11 d. 3 w wycenie sieci wodociągowej PE fi 90 mm

c) pozycji 27 d. 9 i 29 d. 9 w wycenie przyłączy PE fi 50 mm

d) pozycji 2 d. 2 w wycenie komory pomiarowej dla rurociągu PE 110.

powoduje, iż oferta Odwołującego jest niezgodna z treścią SIWZ, gdyż zmiana opisu tychże pozycji powoduje, że zaoferowany zakres świadczenia różni się od zakresu opisanego w dokumentacji postępowania.

Jednakże najistotniejszym elementem powodującym niezgodność treści oferty z treścią SIWZ jest brak zaoferowania wykonania sieci wodociągowej PE fi 50 mm o łącznej długości 2381,1 mb i tym samym brak wyceny tego zakresu robót.

Powyższa okoliczność jest okolicznością bezsporną. Odwołujący w toku rozprawy potwierdził, iż wskazane przez Zamawiającego odstępstwa kosztorysów ofertowych od przedmiarów robót są wynikiem błędów. Potwierdził również, iż odstępstwa te mają wpływ na wysokość zaoferowanej przez Odwołującego ceny ofertowej, jak również wskazał, iż złożone w treści oświadczenie potwierdza, że zamierza on wykonać przedmiot zamówienia w przewidzianym przez Zamawiającego zakresie.

Jednocześnie Odwołujący w złożonym odwołaniu oraz w toku rozprawy wskazał, iż ze względu na przewidzianą przez Zamawiającego formę wynagrodzenia ryczałtowego błędy w kosztorysie ofertowym nie mają znaczenia, gdyż ma on jedynie charakter informacyjny i pomocniczy, zatem pominięte oraz zmienione pozycje nie stanowią odstępstwa treści oferty od treści SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz nie stanowią błędów w obliczeniu ceny w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

W ocenie Izby treść SIWZ oraz pozostałej części dokumentacji postępowania nie przemawia za uznaniem, iż w niniejszym postępowaniu mamy do czynienia z wynagrodzeniem ryczałtowym, jak również nie wskazuje jedynie na informacyjny i pomocniczy charakter kosztorysów ofertowych nie mający wpływu na zakres oferowanego świadczenia.

Na wstępie Izba pragnie wskazać, iż należy odróżnić dwa etapy odnoszące się do formy wynagrodzenia pozwalające na ocenę, z jakim wynagrodzeniem mamy do czynienia w określonym stanie faktycznym. Pierwszym etapem jest etap ustalania ceny, zaś drugim jest etap rozliczenia wynagrodzenia na etapie realizacji przedmiotu umowy (zamówienia). W ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego złożenie oferty w postępowaniu obejmuje, w odniesieniu do formy wynagrodzenia, etap pierwszy – etap ustalania (obliczania) przez wykonawcę ceny ofertowej. To elementy i postanowienia stron dotyczące tego etapu mają zasadniczy wpływ na ustalenie, z jakim wynagrodzeniem mamy do czynienia w danym stanie faktycznym. To postanowienia dotyczące sposobu obliczenia ceny pozwalają określić, na którym podmiocie ciąży ryzyko jej prawidłowego określenia, jak również który podmiot jest odpowiedzialny za prawidłowe ustalenie zakresu przedmiotowego zamówienia i kto ponosi ryzyko braku wyceny wszystkich elementów i czynności składających się na przedmiot zamówienia. Etap rozliczenia ma również znaczenie w ustaleniu formy wynagrodzenia, jednak analiza reguł odnoszących się do tego etapu ma drugorzędne i pomocnicze znaczenie.

Istotą wynagrodzenia ryczałtowego jest ciężar ryzyka odnoszący się do zidentyfikowania i wyceny zakresu przedmiotowego. Na rodzaj wynagrodzenia nie mają wpływu ani sposób, jak również forma wyceny (kosztorys ofertowy, tabela elementów

scalonych), jak również sposób jego rozliczenia (kosztorys powykonawczy, płatności częściowe, jednorazowa zapłata). W przypadku gdy wynagrodzenie zostało ustalone w formie ryczału ciężar ten spoczywa na przyjmującym zamówienie, w tym wypadku wykonawcy, a nie na zlecającym, w tym wypadku zamawiający. Na ustalenie z jakim rodzajem wynagrodzenia mamy do czynienia w pierwszej kolejności wpływ ma sposób wyceny oraz zidentyfikowanie jego zakresu na etapie wyceny. Powyższe niesie za sobą doniosłą konsekwencję, którą jest pominięcie kwestii związanych ze sposobem i poprawnością wyceny i ewentualnymi konsekwencjami wynikającymi z dokonania tych czynności. Wynika to z faktu, iż w przypadku wynagrodzenia ustalonego w formie ryczału odpowiedzialność za poprawne zidentyfikowanie i wycenę przedmiotu zamówienia spoczywa na wykonawcy i ewentualne błędy poczynione na tym etapie nie mogą być w przyszłości źródłem roszczeń ze strony tego ostatniego wobec zamawiającego.

Tym samym wykonawca w oparciu o powierzony zakres prac, stanowiący zazwyczaj jego ogólną charakterystykę, winien w przypadku wynagrodzenia ryczałtowego dokonać analizy tego zakresu, i przy przewidzeniu wszelkich możliwych ryzyk określić swoje całkowite wynagrodzenie ponosząc całkowitą odpowiedzialność za poprawność wyceny i prawidłowość identyfikacji przedmiotu zamówienia. Art. 632 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny stanowi bowiem, iż jeżeli strony umówiły się o wynagrodzenie ryczałtowe, przyjmujący zamówienie nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac. W takim przypadku całkowite ryzyko za dokonanie powyższych czynności ponosi wykonawca łącznie z jego konsekwencjami polegającymi na zakazie żądania podwyższenia wynagrodzenia ryczałtowego nawet w przypadku, gdy nie można było w sposób precyzyjny ustalić na etapie wyceny przewidzianego do wykonania zakresu.

Z istoty wynagrodzenia ryczałtowego wynika, że metoda jego ustalenia oraz forma nie mają charakteru wiążącego i są irrelewantne w odniesieniu do oceny poprawności jego ustalenia. W tym wypadku należy wysunąć tezę, iż brak jest możliwości badania poprawności i rzetelności wyceny przedmiotu zamówienia w przypadku wynagrodzenia ryczałtowego, gdyż całkowite ryzyko za jego wyliczenie spoczywa na przyjmującym zlecenie – wykonawcy. Wyjątkiem w odniesieniu do powyższej reguły jest kwestia rażąco niskiej ceny i tylko w tym zakresie może dojść do badania sposobu ustalenia wynagrodzenia.

Zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 20.11.1998 r. (sygn. akt II CRN 913/97) „Ryczałt polega na umówieniu z góry wysokości wynagrodzenia w kwocie absolutnej, przy wyraźnej lub dorozumianej zgodzie stron na to, że wykonawca nie będzie domagać się wynagrodzenia wyższego”. Należy w pełni zgodzić się z tezą zawartą w przywołanym powyżej wyroku Sądu Najwyższego. Powyższe jednak obarczone jest jednym warunkiem.

Otóż brak możliwości żądania podwyższenia wynagrodzenia ryczałtowego następuje jedynie wówczas, gdy większy zakres prac wynika z właściwości (istoty) przedmiotu zamówienia a nie decyzji zlecającego – zamawiającego.

Odmienne sytuacja przedstawia się w przypadku wynagrodzenia kosztorysowego, gdzie to zamawiający jest zobligowany do precyzyjnego ustalenia zakresu przedmiotowego, zaś wykonawca do wyceny tego przedmiotu ściśle według wskazówek zamawiającego. W tym to wypadku brak wyceny lub pominięcie którejkolwiek pozycji kosztorysowych powoduje odpowiednio błędną wycenę lub może powodować, iż pominięta pozycja nie została w ogóle zaoferowana przez wykonawcę. W tym ostatnim wypadku istotne znaczenie będzie miał ponadto sposób w jaki wykonawca potwierdza (oferuje) realizację określonego zakresu przedmiotowego. W przypadku wynagrodzenia ustalanego w formie kosztorysowej celem zapewnienia porównywalności cenowej ofert konieczna jest wycena całego i tożsamego zakresu przedmiotowego przez wszystkich wykonawców. Jeżeli zatem to kosztorys ofertowy stanowi podstawę do określenia wartości przedmiotu umowy to o prawidłowości wyceny będzie decydował sposób jego sporządzenia. W tym wypadku badaniu podlega poprawność wyceny poszczególnych pozycji kosztorysowych. I nie zmienia tego faktu okoliczność, iż nawet w przypadku wynagrodzenia kosztorysowego wykonawcy winni uwzględnić w cenie ewentualne i nieprzewidziane ryzyka, inne koszty (koszty transportu, ubezpieczenia, organizacji zaplecza budowy, cła, podatki). Jednakże ryzyka te i pozostałe koszty winny być uwzględnione w wycenie dokonanej w oparciu o kosztorys ofertowy. O poprawności sporządzenia kosztorysu ofertowego decyduje jego zupełność oceniana w odniesieniu do dokumentacji projektowej, tj. w pierwszej kolejności przedmiaru robót, a następnie projektu budowlanego oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych.

Ponadto w przypadku wynagrodzenia kosztorysowego każdy z wykonawców składających ofertę zobowiązuje się do wykonania pod względem ilościowym takiego zakresu, jaki zostaje ujęty w kosztorysach ofertowych. Potwierdza on przy pomocy kosztorysów ofertowych zakres ilościowy zamówienia oraz wskazuje na technikę, sposób i prawidłowość obliczenia ceny ofertowej. Wynika to z roli, jaką posiadają kosztorysy ofertowe sporządzone ściśle w oparciu o przedmiary robót, oraz z faktu, iż zamawiający w przypadku wynagrodzenia ustalanego w formie kosztorysowej jest obowiązany do przekazania wraz z dokumentacją projektową przedmiarów robót. Takiego obowiązku nie ma w przypadku wynagrodzenia ryczałtowego.

Na pomocniczą rolę kosztorysów ofertowych w postępowaniu, w ramach którego została ustalona forma wynagrodzenia ryczałtowego, wskazywały jednoznacznie wytyczne zawarte w uchylonym art. 88 ustawy Pzp, który zawierał enumeratywne wyliczenie rodzajów oczywistych omyłek w obliczeniu ceny możliwych do poprawy przez Zamawiającego. Powyższe przepisy w ust. 1 pkt 3 lit. a wskazywał, iż w przypadku oferty z ceną określoną za

cały przedmiot zamówienia albo jego część (cena ryczałtowa) przyjmuje się, że prawidłowo podano cenę ryczałtową bez względu na sposób jej obliczenia. Uchylenie powyższego przepisu nie oznacza, iż zawarte w nim wytyczne utraciły swoje znaczenie. Celem ustawodawcy uchylającego cytowany przepis było umożliwienie zamawiającemu poprawienia omyłek w szerszym niż dotychczas zakresie w celu ograniczenia sytuacji odrzucania ofert. Nie ulega zatem wątpliwości, iż w szczególności omyłki wskazane w uchylonym art. 88 ustawy Pzp będą mogły być nadal poprawiane. Nie jest to jednak katalog zamknięty, który obowiązywał przed zmianą ustawy.

Tym samym tylko w przypadku wynagrodzenia ustalonego w formie ryczałtu wszelkie nieprawidłowości w jego obliczeniu mogą zostać pominięte, gdyż w tym wypadku mamy do czynienia z domniemaniem, że prawidłowo podano cenę ryczałtową bez względu na sposób jej obliczenia. Takiego domniemania brak jest w przypadku wynagrodzenia kosztorysowego. Tutaj o poprawności wyliczenia wynagrodzenia decyduje kosztorys ofertowy i błędne jego sporządzenie nie pozwala na przyjęcie, że prawidłowo obliczono cenę ofertową, gdyż o poprawności obliczenia ceny decyduje wprost poprawność sporządzenia kosztorysu ofertowego. Ponadto w przypadku wynagrodzenia kosztorysowego ilościowy zakres świadczenia będący przedmiotem oferty ujęty zostaje w kosztorysie ofertowym i musi odpowiadać zakresowi ilościowemu określonymu w SIWZ.

Należy ponadto wskazać, iż sposób rozliczenia wynagrodzenia na etapie realizacji przedmiotu umowy nie przesądza jednoznacznie o zastosowanej formie wynagrodzenia. Zarówno w przypadku wynagrodzenia kosztorysowego, jak również wynagrodzenia ryczałtowego możemy mieć do czynienia z rozliczeniem na podstawie kosztorysu powykonawczego. Zasadniczym elementem mającym wpływ na rodzaj wynagrodzenia ma rozkład ryzyka za jego obliczenie, jak również konsekwencje tego ryzyka na etapie realizacji przedmiotu umowy. Wszakże w przypadku tzw. „fakturowania częściowego” rozliczanie poszczególnych etapów robót i dokonywanie płatności częściowych może opierać się na różnych dokumentach (kosztorysach powykonawczych, tabelach elementów scalonych lub harmonogramie rzeczowo - finansowym, które zawierają wartości dla poszczególnych etapów realizacji) i niezależnie od zastosowanej formy wynagrodzenia w oparciu o te dokumenty jest możliwe dokonywanie płatności częściowych. Powyższe sposoby rozliczania robót budowlanych umożliwiają również kontrolę postępu robót. Także w przypadku przerwania robót, np. wskutek odstąpienia którejkolwiek ze stron od umowy, umożliwiają one dokonanie inwentaryzacji i rozliczenie wykonanego już zakresu prac. Zatem sposób i forma rozliczenia wynagrodzenia na etapie realizacji ma wtórne znaczenie dla oceny z jakim wynagrodzeniem mamy do czynienia w określonym stanie faktycznym.

Jak wyżej zostało wskazane to ryzyko prawidłowego ustalenia wynagrodzenia decyduje o tym z jakim wynagrodzeniem mamy do czynienia w danym przypadku.

Powyższego nie zmieniała również, w ramach niniejszego postępowania, konieczność wykonania przez wykonawców wizji lokalnej oraz złożenie w ofercie oświadczenia w tym zakresie (załącznik nr 5 do SIWZ). Wizja lokalna ma na celu zapoznanie się wykonawców z terenem przyszłych prac budowlanych i nie wskazuje ona na przerzucenie ryzyka dookreślenia zakresu przedmiotowego na wykonawców.

Wobec powyższego istotą wynagrodzenia ryczałtowego jest jego niezmiennosc na etapie realizacji zobowiązania umownego, oraz przerzucenie ryzyka ekonomicznego realizowanego zobowiązania na wykonawcę, w tym wypadku wykonawcę robót budowlanych.

Tym samym nie sposób uznać, iż w niniejszym postępowaniu mamy do czynienia z formą wynagrodzenia ryczałtowego. Po pierwsze odwołania do tej formy wynagrodzenia nie zawiera żaden zapis SIWZ oraz umowy. O wynagrodzeniu ryczałtowym jest jedynie mowa w § 12 ust. 3 projektu umowy (załącznik nr 1 do SIWZ), jednakże dotyczy ono wynagrodzenia za roboty dodatkowe.

Po drugie, jak wynika z § 5 ust. 1 lit. c projektu umowy (załącznik nr 1 do SIWZ) Zamawiający zobowiązany jest do zapłaty wynagrodzenia zgodnie z umową i zakresem rzeczowym wykonanych robót.

Po trzecie Zamawiający dokonał w sposób szczegółowy określenia zakresu przedmiotowego robót nakazując jednocześnie wykonawcom dokonanie wyceny wszystkich jego elementów. Na powyższe wskazują rozdział IV SIWZ zatytułowany „Opis przedmiotu zamówienia” oraz rozdział XVIII SIWZ zatytułowany „Opis sposobu obliczenia ceny”. Jak wynika z powyższego kosztorysy ofertowe winny uwzględniać wycenę całego zakresu zamówienia w oparciu o opis przedmiotu zamówienia zawarty w SIWZ oraz załącznikach do niej. Ponadto jak wynika z wzoru formularza ofertowego (załącznik nr 2 do SIWZ) wykonawca winien złożyć oświadczenie, że oferuje wykonanie zakresu prac objętego zamówieniem zgodnie z SIWZ.

Powyższe wskazuje również na rolę jaką w ramach niniejszego postępowania pełni kosztorys ofertowy. Należy wskazać, iż w przypadku wynagrodzenia innego niż wynagrodzenie ryczałtowe kosztorysy ofertowe mają istotne znaczenie i stanowią o zakresie zaoferowanego w postępowaniu świadczenia. Taką rolę posiadają kosztorysy w niniejszym postępowaniu.

W pierwszej kolejności należy podnieść, iż przedmiar robót, zgodnie z zawartym w § 6 ust. 1 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych

wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno - użytkowego (Dz. U. z 2004 r. Nr 202, poz. 2072 z późn. zm.), powinien zawierać zestawienie przewidywanych do wykonania robót podstawowych w kolejności technologicznej ich wykonania wraz z ich szczegółowym opisem lub wskazaniem podstaw ustalających szczegółowy opis oraz wskazaniem właściwych specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych, z wyliczeniem i zestawieniem ilości jednostek przedmiarowych robót podstawowych. Tym samym analogicznie do powyższego, sporządzony w oparciu o przedmiar robót kosztorys ofertowy, zawiera zestawienie przewidzianych do wykonania robót.

W tym miejscu warto wspomnieć jaką rolę pełnią poszczególne elementy dokumentacji projektowej. Projekt budowlany, jak również decyzja pozwolenie na budowę określa i precyzuje przedmiot zamówienia pod względem tego co i gdzie ma zostać wykonane. Specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót budowlanych (STWiRB) określa przedmiot zamówienia pod względem jakościowy, tj. określa jak należy wykonać określone prace oraz w jakim standardzie. Przedmiar robót określa przewidziany do wykonania zakres ilościowy oraz wskazuje technologiczną kolejność ich realizacji. Fakultatywnie traktowany harmonogram rzeczowo - finansowy ustala kolejność realizacji robót w czasie rzeczywistym z przypisaniem wartości dla poszczególnych robót, zaś zestawienia materiałów określają wszystkie podstawowe środki trwałe niezbędne do realizacji robót.

W niniejszym stanie faktycznym, jak wynika z rozdziału IX SIWZ zatytułowanego „Opis przedmiotu zamówienia” z pkt 3 szczegółowo przedmiot zamówienia określa m.in. przedmiar robót. Ponadto, choć zapis ten znalazł się w nieodpowiednim miejscu SIWZ, na co wskazał w toku rozprawy Zamawiający, w rozdziale IX SIWZ zatytułowanym „Oświadczenia i dokumenty, jakie wykonawca jest zobowiązany złożyć w ofercie w celu potwierdzenia spełnienia warunków w postępowaniu” w pkt 17 jest mowa o kosztorysie ofertowym. Jednakże umiejscowienie tego zapisu w nieadekwatnym rozdziale SIWZ nie powoduje, iż zawarte tam wytyczne nie mają zastosowania w niniejszym postępowaniu. Otóż rozdział IX pkt 17 SIWZ stanowi, że kosztorys ofertowy winien być sporządzony na podstawie projektu budowlanego i przedmiaru robót (zał. Nr 8 do SIWZ), stanowiący sumę wszystkich pozycji wyszczególnionych w przedmiarze i uwzględniający nakłady rzeczowe na poszczególne pozycje branży. Zgodnie z rozdziałem XI SIWZ zatytułowanym „Sposób przygotowania oferty” pkt 8 oferta nie może zawierać rozwiązań alternatywnych.

W odniesieniu do sposobu potwierdzenia przez wykonawcę zaoferowania całego zakresu zamówienia i roli jaką w tym wypadku ma kosztorys ofertowy należy wskazać na zapis pkt 4 rozdziału XVIII SIWZ zatytułowanego „Opis sposobu obliczenia ceny” który stanowi, że: „Cena ofertowa stanowi wartość łączną całości zamówienia według kosztorysu ofertowego (...)”. Oznacza to nie tylko, iż kosztorys ofertowy winien uwzględniać wartość

całego zamówienia, tj. wycenę całego zakresu przedmiotowego ale również, iż całość zamówienia (pod względem ilościowym) winna zostać ujęta w kosztorysie ofertowym.

Należy wskazać, iż zapis rozdziału XVIII SIWZ pkt 5 wskazuje, że kosztorys ofertowy winien zostać sporządzony metodą szczegółowej kalkulacji kosztorysowej na podstawie dokumentacji projektowej, przedmiaru robót, wizji w terenie oraz SIWZ. Oznacza to, iż zakres ujęty w kosztorysie nie może być mniejszy od zakresu wynikającego z powyższych dokumentów oraz czynności. Jednakże gdyby w ramach wizji lokalnej lub analizy dokumentacji technicznej doszło do ustalenia dodatkowych i koniecznych do wykonania prac kosztorys ofertowy mógłby takie pozycje obejmować.

Jak wynika z § 1 ust. 2 projektu umowy (załącznik nr 1 do SIWZ) szczegółowy zakres robót stanowiących przedmiot umowy został ustalony na podstawie projektu budowlano – wykonawczego i przedmiarów robót stanowiących podstawę do określenia wartości przedmiotu umowy. Na istotną rolę kosztorysu ofertowego wskazuje również § 1 ust. 3 projektu umowy (załącznik nr 1 do SIWZ), który stanowi że zamawiający powierza wykonawcy do wykonania określony w ust. 1 zakres robót zgodnie z projektem budowlano – wykonawczym, specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót budowlanych, kosztorysem ofertowym stanowiącym integralną część niniejszej umowy, a wykonawca roboty te przyjmuje do wykonania. Ten zapis, w ocenie Izby, wskazuje wprost, iż pod względem ilościowym kosztorys ofertowy stanowi zaoferowany przedmiot świadczenia.

Biorąc pod uwagę powyższe nie sposób uznać, wbrew twierdzeniom Odwołującego, iż w niniejszym postępowaniu kosztorys ofertowy ma jedynie znaczenie informacyjne i pomocnicze i jego sporządzenie nie przekłada się na zakres zaoferowanego świadczenia oraz poprawność wyliczenia wynagrodzenia. Dokument ten umożliwia identyfikację zaoferowanego przez wykonawcę w ofercie zakresu przedmiotowego (zakresu świadczenia będącego przedmiotem oferty), umożliwia ocenę i kontrolę poprawności obliczenia ceny, jak również jest to dokument istotny z punktu widzenia rozliczenia robót na etapie realizacji i ewentualnego określenia podstaw wyceny robót dodatkowych lub zaniechanych.

Wobec powyższego Izba uznała, iż zmiana opisu poszczególnych pozycji kosztorysu ofertowego w odniesieniu do dokumentacji postępowania oraz pominięcie wyceny całego działu dotyczącego sieci PE fi 50 mm stanowią o niezgodności treści oferty Odwołującego z treścią SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz stanowią błąd w obliczeniu ceny w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Wynika to z faktu, iż brak dołączenia kosztorysu ofertowego dla pewnego elementu robót pozwala uznać, iż ten zakres świadczenia nie został zaoferowany, jak również pozwala uznać, iż jego wycena została pominięta przez Odwołującego, co jednocześnie wskazuje na błąd w obliczeniu ceny. Jeżeli chodzi o zmienione opisy pozycji kosztorysowych należy wskazać, iż świadczą one o zmianie

technologii realizacji robót w rozumieniu zapisu Rozdziału XVIII pkt 5 ppkt 3 SIWZ, którą Zamawiający zakwalifikował jako błąd w obliczeniu ceny.

Tym samym Izba uznała, iż zarzuty naruszenia przez Zamawiającego powyższych przepisów nie potwierdziły się, gdyż Izba uznała jednocześnie brak podstaw do zastosowania w niniejszym stanie faktycznym art. 87 ust. 2 pkt 3 oraz art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Kwestie możliwości ich wyjaśnienia oraz poprawienia na podstawie art. 87 ust. 1 i 2 ustawy Pzp zostały przeanalizowane w pkt II niniejszego uzasadnienia.

II. Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 87 ust. 1 oraz art. 87 st. 2 pkt 3 ustawy Pzp, Izba uznała za niezasadny.

Izba w zakresie powyższego zarzutu dokonała analogicznych ustaleń faktycznych jak w zakresie zarzutu art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy Pzp. Biorąc pod uwagę treść art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp Izba uznała, iż w drugiej kolejności zasadne jest rozważenie zasadności poprawienia zaistniałych w ofercie Odwołującego niezgodności treści oferty z treścią SIWZ na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, który Odwołujący uczynił kolejnym zarzutem odwołania.

Na wstępie należy wskazać, iż instytucja wyjaśnienia treści oferty uregulowana w art. 87 ust. 1 ustawy Pzp ma zastosowanie wówczas, gdy zawarte w ofercie informacje są niejasne, wzajemnie ze sobą sprzeczne lub mogą zostać odczytane w odmienny sposób niż wskazują na to okoliczności, w których zostały złożone określone oświadczenia woli i wiedzy powodując, iż istnieje konieczność wyjaśnienia treści oferty celem ustalenia jej zamierzonego przez wykonawcę brzmienia. Za treść oferty należy w szczególności uznać zakres zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia. Wszakże oferta, w pierwszej kolejności, stanowi oświadczenie woli wykonawcy, że zobowiązuje się on do realizacji przedmiotu zamówienia w zakresie i na zasadach określonych przez zamawiającego w zamian za określone wynagrodzenie. Tym samym biorąc pod uwagę treść art. 82 ust. 3 ustawy Pzp treść oferty powinna odpowiadać treści SIWZ, w szczególności w odniesieniu do zakresu zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia i sposobu jego realizacji, o ile został on sprecyzowany przez Zamawiającego.

W odniesieniu do możliwości poprawienia przez Zamawiającego innych omyłek polegających na niezgodności treści oferty z treścią SIWZ na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp Izba pragnie wskazać na uzasadnienie wyroku Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 23 kwietnia 2009 r. (sygn. akt XII Ga 102/09), w którego treści skład sądu wskazał, że:

„Kwalifikator "istotnych zmian", o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p., należy odnosić do całości treści oferty i konsekwencję tych zmian należy oceniać, biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia i całość oferty” oraz, że „Ocena, czy poprawienie innej omyłki przez zamawiającego powoduje (lub nie) istotną zmianę w treści oferty, musi być dokonywana na tle konkretnego stanu faktycznego. To co w ramach danego zamówienia może prowadzić do istotnej zmiany w treści oferty, nie musi rodzić takiego efektu przy ocenie ofert innego podobnego zamówienia”.

Z powyższego wynika, iż poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp mogą podlegać przede wszystkim elementy treści oferty odnoszące się do przedmiotu zamówienia (zakresu oferowanego świadczenia), zaś podstawą do zastosowania powyższego przepisu musi być niezgodność treści oferty z treścią SIWZ. Ponadto zaistniała rozbieżność pomiędzy treścią oferty a treścią SIWZ musi mieć charakter omyłki, przy jednoczesnym zapewnieniu, aby jej poprawienie nie prowadziło do istotnych zmian w treści oferty.

Tym samym sprostowaniu lub uzupełnieniu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp mogą podlegać wadliwie podane elementy kalkulacyjne, w tym ilości lub wymiary dla poszczególnych pozycji kosztorysowych – zarówno nie mające wpływu, jak również mające wpływ na cenę oferty, czy to całkowitą, czy cenę jednostkową, nie powodujące istotnych zmian w treści oferty, z ewentualnym uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek.

Warunkiem dokonania takich zmian (sprostowania omyłek) jest uznanie, iż elementy te stanowią merytoryczną treść oferty, zaś w wyniku ich odniesienia do treści SIWZ można stwierdzić, że są one niezgodne z postanowieniami SIWZ. Ponadto ich omyłkowe (odmienne) określenie musi wskazywać, iż wykonawca oferuje inny zakres świadczenia niż przewidziany w SIWZ. Należy także wskazać, iż ich dokonanie przez zamawiającego musi respektować wytyczne zawarte w art. 87 ust. 1 zdanie drugie ustawy Pzp, tj. nie mogą być one wynikiem negocjacji dotyczących złożonej oferty. Tym bardziej czynności te nie mogą stanowić zastąpienia wykonawcy przez zamawiającego w konstruowaniu jej istotnych elementów.

O ile w niniejszym stanie faktycznym można uznać, iż takie kryteria spełniają omyłki w opisach pozycji kosztorysowych oznaczonych w kosztorysie ofertowym Odwołującego numerami: 10 d. 3 i 11 d. 3 w wycenie sieci wodociągowej PE fi 90 mm; 27 d. 9 i 29 d. 9 w wycenie przyłączy PE fi 50 mm oraz 2 d. 2 w wycenie komory pomiarowej dla rurociągu PE 110, gdyż ich prawidłowa treść znajduje się w dokumentacji projektowej, o tyle za niedopuszczalne należy uznać uzupełnienie brakującej części kosztorysu, gdyż w tym wypadku jego całkowite pominięcie jest wynikiem błędu a nie omyłki – skutkując jednocześnie całkowitym pominięciem wyceny tego zakresu robót.

Powyższe jest spowodowane faktem, iż omyłki dotyczące następujących pozycji kosztorysu ofertowego pozycji 10 d. 3 i 11 d. 3 (sieć wodociągowa PE fi 90 mm), pozycji 27 d.9 i 29 d. 9 (przyłącza PE fi 50 mm) oraz pozycji 2 d. 2 (komora pomiarowa dla rurociągu PE 110) nie mają charakteru istotnego pod względem wartościowym, oraz w przeważającej większości mają nieznaczne znaczenie rzeczowe w odniesieniu do całego zakresu robót. Jak wskazał Odwołujący w toku rozprawy, czemu Zamawiający nie zaprzeczył, poprawienie powyższych pozycji mogłoby doprowadzić do zwiększenia wynagrodzenia o kwotę 180 złotych. Zatem istniała możliwość zastosowania do powyższych pozycji art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp i poprawienia ich opisu w sposób powodujący jego zgodność z treścią SIWZ. Jednakże aby mogło dojść do poprawienia powyższych omyłek pod względem rachunkowym uwzględniającym odstępstwo ich treści od treści SIWZ takie pozycje powinny zostać ujęte w kosztorysie ofertowym umożliwiając tym samym zastosowanie analogii. Odwołujący nie wskazał jednak takich pozycji, jak również nie uczynił przedmiotem zarzutów art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp umożliwiającego dokonanie poprawienia wynikłych stąd zmian. Wskazał w toku rozprawy, iż poprawienie omyłek w treści zmienionych pozycji kosztorysowych może się odbyć bez zmiany wartości tych pozycji. Ponadto na przeszkodzie zastosowaniu powyższej instytucji stoi zapis SIWZ rozdziału XVIII ust. 5 pkt 3) stanowiący, że: „stwierdzone w kosztorysie ofertowym istotne odstępstwa lub korekty pozycji wskazanych w przedmiarze robót, które powodują niedopuszczoną przez Zamawiającego zmianę przewidzianej technologii wykonywania robót, uznane będą za błąd w obliczeniu ceny, który nie może zostać poprawiony na zasadach przewidzianych w specyfikacji, mogący być podstawą do odrzucenia oferty, chyba że SIWZ lub przedmiar pozwalają na zastosowanie alternatywnych pozycji katalogowych (np. kalkulacji indywidualnej) oraz materiałów”.

W odniesieniu do powyższego Izba podzieliła pogląd Zamawiającego, iż dokonane przez Odwołującego w kosztorysie ofertowym zmiany opisu pozycji kosztorysowych stanowią zmianę technologii robót i tym samym przy braku wskazania przez Odwołującego alternatywnych pozycji kosztorysowych nawet dopuszczenie poprawienia ich opisu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie umożliwia zastosowania instytucji uregulowanej w art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, stanowiąc tym samym o uznaniu ich za błąd w obliczeniu ceny w znaczeniu nadanym zapisem rozdziału XVIII ust. 5 pkt 3) SIWZ.

Należy jednakże wskazać, iż całkowicie odmienna sytuacja ma miejsce w odniesieniu do sieci wodociągowej PE fi 50 mm. Ze względu na pominięty zakres przedmiotu zamówienia wynoszący 2381,1 mb sieci wodociągowej PE fi 50 mm, jak również ze względu na wartość tej pozycji stanowiącą w złożonych ofertach, zgodnie z wyjaśnieniami Zamawiającego złożonymi w toku rozprawy, od 6 – 10% brak jest możliwości poprawienia tej omyłki na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Biorąc pod uwagę chociażby zakres pominiętych

prac nie można w tym wypadku mówić o nieistotności zmiany oferty w odniesieniu do treści SIWZ.

Za powyższym przemawia istotny argument, który został wskazany przez Zamawiającego w toku rozprawy, iż w tym wypadku doszłoby *de facto* do zastąpienia wykonawcy w procesie ofertowania, stanowiąc jednocześnie niedopuszczalne negocjowanie oferty. Izba wskazuje, iż Zamawiający przy zastosowaniu instytucji uregulowanych w art. 87 ust. 1 i 2 ustawy Pzp nie może uzupełniać oferty o zakres, który nie został zaoferowany i którego wartości nie sposób ustalić w oparciu dotychczasową treść oferty. Dokonanie takiej czynności jest bowiem niemożliwe bez udziału Odwołującego, jak również ze względu na rozmiar pominiętych robót stanowiłaby ona istotną zmianę treści oferty polegającą na uzupełnieniu zaoferowanego świadczenia o dodatkowy zakres.

Biorąc pod uwagę postanowienia SIWZ oraz treść oferty Odwołującego brak jest podstaw do uznania, iż Zamawiający nie mógł odrzucić oferty Odwołującego, gdyż winien wyjaśnić i w następstwie poprawić stwierdzone w ofercie niezgodności pomiędzy jej treścią a treścią SIWZ.

Tym samym Izba uznała, iż w przedmiotowym postępowaniu nie doszło do naruszenia przez Zamawiającego art. 87 ust. 1 oraz art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Biorąc powyższe pod uwagę, jak wyżej wskazano, Zamawiający był zobligowany do odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy Pzp. Tym samym, wobec braku potwierdzenia się powyższych zarzutów, nie doszło również do naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Wobec powyższego brak stwierdzenia przez Izbę naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 i 6, art. 87 ust. 1 i ust. 2 pkt 3 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym nie została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania z uwzględnieniem postanowień 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. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) w tym w szczególności § 5 ust. 3 pkt 1.

Izba uwzględniła przedłożony przez Zamawiającego dowód w postaci kopii biletów kolejowych, jak również uznała za zasadne uwzględnienie, na podstawie złożonego oświadczenia, kosztów związanych z powrotem pełnomocników do miejsca siedziby Zamawiającego.

Przewodniczący:

.....

