

WYROK
z dnia 2 czerwca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kawa

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 czerwca 2011 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 maja 2011 r. przez wykonawcę **Remontex Firma Prywatna Marek Gajewski, 40-200 Rybnik, ul. Larysza 11** w postępowaniu prowadzonym przez **SPZOZ Państwowy Szpital dla Nerwowo i Psychiczenie Chorych w Rybniku, 44-201 Rybnik, ul. Gliwicka 33.**

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie: czynności unieważnienia postępowania, wykluczenia odwołującego i odrzucenia jego oferty oraz nakazuje dokonanie ponownej oceny i badanie oferty odwołującego.**
2. kosztami postępowania obciąża **SPZOZ Państwowy Szpital dla Nerwowo i Psychiczenie Chorych w Rybniku, 44-201 Rybnik, ul. Gliwicka 33** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Remontex Firma Prywatna Marek Gajewski, 40-200 Rybnik, ul. Larysza 11** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **SPZOZ Państwowy Szpital dla Nerwowo i Psychiczenie Chorych w Rybniku, 44-201 Rybnik, ul. Gliwicka 33** na rzecz **Remontex Firma Prywatna Marek Gajewski, 40-200 Rybnik, ul. Larysza 11** kwotę **13 715 zł 50 gr** (słownie: trzynaście tysięcy siedemset piętnaście złotych pięćdziesiąt groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, dojazdu oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Państwowy Szpital dla Nerwowo i Psychicznie Chorych w Rybniku ul. Gliwicka 33, zwany dalej „Zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Termomodernizacja Oddziału VI, Oddziału XVIII, Oddział XX w Szpitalu dla Nerwowo i Psychicznie Chorych w Rybniku, ul. Gliwicka 33” z terminem realizacji do 30.11.2011 r. - w trybie przetargu nieograniczonego” Ogłoszenie zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych pod pozycji:69464/11, znak przetargu: DZp/DT/1/2011. Szacunkowa wartość zamówienia jest niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych, wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo Zamówień Publicznych.

W postępowaniu o zamówienie zostało zgodnie z protokołem postępowania złożone 4 oferty, z czego jeden z wykonawców –firma „Remontex Firma Prywatna Marek Gajewski” ul.Larysza11 40-200 Rybnik ,zwany dalej „Odwołującym” został z postępowania wykluczony ,a jego oferta została uznana za odrzuconą, oferty 3 pozostałych wykonawców zostały przez Zamawiającego odrzucone. Równocześnie Zamawiający podjął decyzję o unieważnieniu postępowania.

W złożonym odwołaniu Odwołujący podniósł zarzuty: 1) odrzucenia oferty Odwołującego, z uwagi na to, że nie odpowiadała treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia; 2) unieważnienia przetargu z uwagi na to, że w postępowaniu nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu;

Wskazując powyższe jako zarzut wobec działań Zamawiającego, Odwołujący wskazał na naruszenia 1) art. 26 ust. 3 ustawy Prawo Zamówień Publicznych, poprzez jego niezastosowanie, polegające na braku wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentacji, na skutek błędnego przyjęcia, że oferta Odwołującego podlegała odrzuceniu; 2) art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo Zamówień Publicznych, poprzez jego niezastosowanie, polegające na zaniechaniu dokonania w ofercie Odwołującego obligatoryjnych poprawek polegających na niezgodności oferty z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia które nie powodują istotnej zmiany treści oferty, w szczególności zaniechanie poprawienia omyłek w treści kosztorysu ofertowego, a w konsekwencji bezprawne odrzucenie oferty Odwołującego; 3) art. 7 ust. 1 w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo Zamówień Publicznych, poprzez zaniechania wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty; 4) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo Zamówień Publicznych, poprzez jego błędną wykładnię i zastosowanie, polegające na odrzuceniu oferty Odwołującego, pomimo iż oferta odpowiadała treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia; 5) art. 93 ust. 1 ustawy Prawo Zamówień Publicznych, poprzez jego błędną

wykładnię i zastosowanie, polegającego na unieważnieniu przetargu, pomimo, iż co najmniej jedna oferta (Odwołującego), odpowiadała treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

Ponadto Odwołujący podkreślił, że w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia występują rozbieżności, uniemożliwiające określenie w sposób jednoznaczny i nie budzący wątpliwości rodzaju wynagrodzenia za wykonanie przedmiotu zamówienia.

Uzasadniając podniesiony zarzut wskazał między innymi następujące argumenty:

- w rozdziale XIII pkt 1 sporządzonej przez Zamawiającego, Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, znajduje się postanowienie określające cenę oferty jako cenę kosztorysową. Nie koreluje to z kolei z pkt. 3 rozdziału XIII Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, w którym widnieje następujące postanowienie: „Cena ofertowa nie podlega waloryzacji i zmianie do końca realizacji przedmiotu zamówienia”. Natomiast z § 5 wzoru umowy, będącego częścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (vide art. 36 ust. 1 pkt. 16) wynika, że ustalone wynagrodzenie będzie miało charakter ryczałtowego. Sformułowanie postanowień SIWZ w sposób niejednoznaczny, nie może powodować, że będą one interpretowane na niekorzyść wykonawców. Trudno bowiem wówczas mówić o niezgodności oferty z treścią SIWZ. Nie jest zatem dopuszczalne, aby wykonawcy ponosili negatywne konsekwencje nieprecyzyjnego sformułowania SIWZ np. w postaci uznania ich oferty za niegodną z SIWZ i podlegającą odrzuceniu

- Odwołujący złożył ofertę przedkładając w załączeniu wymagane przez Zamawiającego dokumenty oraz kosztorysy ofertowe, które zawierały jednak oczywiste i nieistotne omyłki w ilości metrażu, polegające na błędnym wprowadzeniu w kosztorysie ofertowym dotyczącym ocieplenia oddziału XX w poz. 38 obmiaru, cyfry 4 zamiast cyfry 0 (385,94 m² zamiast 385,90 m²). Zdaniem Odwołującego błędy popełnione przez niego w kosztorysie trzeba zakwalifikować jako omyłki niezamierzone, drobne, których poprawienie nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty. Zauważy, że w odniesieniu do braku wprowadzenia w kosztorysie ofertowym dotyczącym węzła centralnego ogrzewania oddziału XVIII, w poz. 28 obmiaru, dodatkowej cyfry 0 (1.350 m² zamiast 13.500 m²) sam Zamawiający we wzorze przedmiaru określił taką, a nie inną ilość m², dlatego też Odwołujący nie chcąc wprowadzać zmian, pozostawił tą pozycję w takiej formie, w jakiej znajdowała się w formularzu udostępnionym przez Zamawiającego.

Jeżeli Zamawiający nie skorygował pomyłek, bowiem powziął wątpliwości co do treści oferty (złożonego oświadczenia), winien w pierwszej kolejności wezwać odwołującego do złożenia wyjaśnień, na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo Zamówień Publicznych, a dopiero potem odrzucić ofertę.

- w odniesieniu do wpisania w poz. 36 kosztorysu ofertowego dotyczącego docieplenia oddziału VI, (wykopy liniowe o ścianach pionowych w gruntach suchych kat. I-II z

wydobyciem urobku łopata lub wyciągiem ręcznym; głębokość do 1,5, szerokość) kwoty 0,00 zł, to wspomniane wyżej działanie nie powoduje zdaniem Odwołującego niezgodności treści oferty, z wymogami siwz, gdyż brak wyceny tej pozycji kosztorysu, nie wynika z pominięcia jakiegokolwiek pozycji z przedmiaru robót, zaś Odwołujący w kolumnie „cena” określił wartość określił na „0,00 zł”. Wskazał że Odwołujący zdecydował, że usługa określona w tej pozycji zostanie wykonana bezpłatnie, a dodatkowe koszty jej wykonania są uwzględnione przy innych pozycjach.

Wskazał że nawet jeżeli przyjąć pogląd, iż popełnione przez niego błędy nie mogą zostać poprawione, to wobec wspomnianych wcześniej nieścisłości Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia i skonstruowaniu przez Odwołującego oferty w oparciu o wynagrodzenie ryczałtowe, kosztorys ofertowy i przedmiary nie będą miały żadnego znaczenia. Ze swej natury wynagrodzenie ryczałtowe jest niezmienne, gdyż wykonawca i tak zobowiązuje się do wykonania prac za określoną cenę, a kosztorys ofertowy i przedmiary mają jedynie charakter pomocniczy. Konsekwencją przyjęcia wynagrodzenia ryczałtowego jest niedopuszczalność odrzucenia oferty, w przypadku gdy dokumentacja sporządzona przez Odwołującego zawiera błędy oraz nieścisłości. Przy cenie ryczałtowej wykonawca zobowiązuje się do realizacji całej inwestycji za ostateczną cenę. Ustalona w ten sposób cena ma charakter stały i niezmienny, niezależnie od rozmiarów robót budowlanych i kosztów ponoszonych przez wykonawcę podczas ich realizacji. Zgodnie z przepisami ustawy - Prawo Zamówień Publicznych, ostateczną cenę zawsze przyjmuje się za prawidłową.

Uzasadniając swoje stanowisko podniósł, że w ocenie Zamawiającego, omyłki popełnione przez Odwołującego w złożonej przez niego ofercie powodowały odrzucenie oferty, z przyczyn niezgodności ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, gdyż *„Odwołujący był zobowiązany do wypełnienia i określenia wartości w pozycjach występujących w kosztorysie ofertowym, a uchybienie temu obowiązkowi skutkuje odrzuceniem oferty”*. W związku z tym, iż zdaniem Zamawiającego oferta Odwołującego podlegała odrzuceniu, Zamawiający zaniechał zwrócenia się do Odwołującego o uzupełnienie oświadczenia, że osoby, które będą brały udział w realizacji zamówienia, posiadają wymagane uprawnienia, jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień.

Oceniając działania Zamawiającego wskazał że nie sposób zgodzić się z zapatrywaniami Zamawiającego na wspomnianą problematykę z uwagi na fakt, że nie można odrzucić oferty, tylko dlatego że zawiera ona błędy, o których mowa w art.87 ust. 2 pkt 3. Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo Zamówień Publicznych, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3. Zastrzeżenie to powoduje, że nawet jeżeli występują niezgodności pomiędzy ofertą, a Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, Zamawiający obowiązany jest do korekty pomyłek, a nie do automatycznego odrzucania ofert. Brak jest również

podstaw do twierdzenia, że wpisanie w pozycji obmiaru wartości 0,00 zł powoduje niezgodność oferty ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia. Wreszcie, niekonsekwentność w tworzeniu postanowień SIWZ, spowodowały, że Odwołujący sporządził ofertę ustalając w niej wynagrodzenie ryczałtowe. Działanie Zamawiającego polegające na braku zwrócenia się do Odwołującego z wezwaniem do uzupełnienia dokumentacji, również nie zasługuje na aprobatę. Oferta Odwołującego nie podlegała odrzuceniu, zatem Zamawiający obligatoryjnie powinien wezwać Odwołującego do uzupełnienia dokumentacji o oświadczenie, że osoby, które będą brały udział w realizacji zamówienia, posiadają wymagane uprawnienia, jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień. Treść przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Prawo Zamówień Publicznych wskazuje, że nie jest to czynność fakultatywna, gdyż nie znajdują się w nim żadne określenia wskazujące na inną wykładnię tego przepisu. Na skutek błędnego odrzucenia oferty, Zamawiający unieważnił postępowanie, czym uchybił art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo Zamówień Publicznych, bezprawnie dokonując tej czynności mimo, iż oferta Odwołującego w rzeczywistości nie podlegała odrzuceniu. Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu albo nie wpłynął żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od wykonawcy niepodlegającego wykluczeniu, z zastrzeżeniem pkt 2 i 3. Podsumowując, czynności odrzucenia oferty Odwołującego i unieważnienia postępowania nie odpowiadają prawu i nie mogą korzystać z ochrony. Zamawiający nie dokonał poprawek omyłek w ofercie Odwołującego, ani nie wezwał go do uzupełnienia dokumentacji, mimo iż obowiązki takie nakłada na niego ustawa Prawo Zamówień Publicznych.

Nadto Odwołujący przywołał szereg argumentów w postaci orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, mającego uzasadniać prawidłowość Odwołującego w zakresie złożonej przez niego oferty jak i również sprzecznego z tym orzecznictwem postępowania Zamawiającego.

Wobec powyższego wniósł o: 1) unieważnienie czynności Zamawiającego, polegającej na unieważnieniu postępowania; 2) unieważnienie czynności Zamawiającego, polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego; 3) nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności składających się na proces wyboru oferty najkorzystniejszej.

Zamawiający przed rozpoczęciem posiedzenia złożył odpowiedzi na odwołanie.

Ustosunkowując się do zarzutów podniesionych w odwołaniu podniósł, że zarzuty Odwołującego nie zasługują na uwzględnienie, a wobec tego brak jest podstaw do uwzględnienia żądań zgłoszonych przez Odwołującego. Zgodnie z treścią art. 89 ust. 1 pkt 2 Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3; W ocenie Zamawiającego, w okolicznościach zaistniałych w przedmiotowym postępowaniu, tj. niezgodności oferty Odwołującego z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia spełniona została

przesłanka odrzucenia oferty określona w art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Wskazał iż przepisy Pzp zobowiązują Zamawiającego do odrzucenia złożonej oferty w sytuacjach określonych w przepisach ww. ustawy, tj. zgodnie z treścią art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

W przedmiotowym postępowaniu oferta Odwołującego nie odpowiadała treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wskazał iż Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia jest dokumentem szczególnej rangi w postępowaniu o zamówienie publiczne, gdyż właśnie w treści specyfikacji Zamawiający szczegółowo opisuje przedmiot zamówienia, zawierając przy tym wymagania, które ma spełniać oferta, by uczynić zadość potrzebom Zamawiającego.

W uzasadnieniu tej argumentacji podniósł, że w pozycji 36 kosztorysu „wykopy liniowe o ścianach pionowych w gruntach suchych kat. I -II z wydobyciem urobku łopatą lub wyciągiem ręcznym, głębokość do 1,5m" KNR 2-01 0317 - 0101 w ilości 8,40m³ Odwołujący podał cenę jednostkową o wartości 0,00 zł. Brak wypełnienia i określenia wartości w pozycji kosztorysu zgodnie z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia skutkowało odrzuceniem złożonej przez Odwołującego oferty. Nadto wprowadzenie przez Wykonawcę zmian w ilościach określonych przez Zamawiającego w poszczególnych pozycjach kosztorysu skutkowało zgodnie z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia odrzuceniem oferty. I tak w kosztorysie dotyczącym docieplenia Oddziału XX w poz. 38 przedmiaru robót - „przyklejenie płyty styropapy EPS 100 gr. 14 cm klejem bitumiczny trwale plastycznym KNR 0-23 2612-01 Wykonawca zmienił obmiar z 385,94 m² na 385,90 m².

Również w kosztorysie dotyczącym węzła co. Oddziału XVIII w pozycji 28 czyszczenie przez szrotkowanie ręczne do trzeciego stopnia czystości rurociągów o średnicy zewn. do 57mm.(stan wyjściowy powierzchni B)" KNR 7-12 0101-04 Wykonawca zmienił obmiar na 1.350 m² zamiast 13.500 m².

Stwierdził że w zaistniałej sytuacji, wbrew temu co sądzi Odwołujący, Zamawiający po przeprowadzeniu czynności sprawdzających i stwierdzeniu szeregu niezgodności treści oferty z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zmuszony był zastosować przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp i odrzucić ofertę Odwołującego.

Odnosnie zarzutu podnoszonego przez Odwołującego dotyczącego sprzeczności w ustaleniach czy cena za wykonanie zamówienia jest ceną ryczałtową czy kosztorysową stwierdził iż, Zamawiający w Rozdziale XIII Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia określił zasady obliczenia ceny ofertowej, które wyraźnie wskazują, iż jest ona ceną kosztorysową (tak treść ust. 1- 11 Rozdziału XIII Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia).

Zamawiający wprowadzając zapis „Cena ofertowa nie podlega waloryzacji i zmianie do końca realizacji przedmiotu zamówienia" nie dopuszczał waloryzacji ceny ofertowej ze względu na zmianę cen poszczególnych robót, które wynikałyby np. z podwyżki cen

zastosowanych materiałów. Celem Zamawiającego było, *aby ceny podane przez Wykonawcę w kosztorysie ofertowym nie ulegały zmianie i były podstawą do rozliczenia faktycznie wykonanych robót*. Wskazał że Zamawiający nie może zgodzić się z twierdzeniem Odwołującego jakoby z § 5 wzoru umowy, będącego częścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wynikało, iż ustalone wynagrodzenie będzie miało charakter ryczałtowy. Zamawiający kategorycznie stwierdza, iż w żadnym miejscu Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia ani w projekcie umowy nie użyto terminu „wynagrodzenie ryczałtowe”.

Argumentując podniesiony przez Odwołującego zarzut naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp wskazał, że Zamawiający nie miał obowiązku dokonania poprawek w złożonej przez Odwołującego ofercie, gdyż dostrzeżone w niej nieprawidłowości nie były oczywistymi omyłkami pisarskimi czy rachunkowymi, ani innymi omyłkami polegającymi na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującymi istotnych zmian w treści oferty. Podniósł, iż gdyby Zamawiający dokonał poprawek w treści oferty Odwołującego wbrew art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, to spowodowałby tym samym zmianę złożonego przez Odwołującego oświadczenia woli, szczególnie w sytuacji gdy w ofercie Odwołującego nie zostały wypełnione i określone wartości we wszystkich pozycjach kosztorysu zgodnie ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia (np. w pozycji 36 kosztorysu dotyczącego docieplenia Oddziału VI).

Zdaniem Zamawiającego nie podanie przez Odwołującego ceny w poz. 36 ww. kosztorysu należy uznać za pozostające w sprzeczności z zasadą odpłatności zamówień publicznych. Tym samym podanie przez Odwołującego ceny „0,00 zł” należy uznać za niedopuszczalny błąd, do którego poprawienia w ofercie Zamawiający nie miał żadnych podstaw prawnych.

Wskazał, iż Zamawiający nie może w imieniu Wykonawcy dokonać wyceny oferowanej usługi, gdyż byłaby to ze strony Zamawiającego daleko idąca ingerencja w cenę oferty i tym samym istotna zmiana w treści oferty. Wobec powyższego stwierdził, iż Zamawiający nie mógł samodzielnie dokonać poprawek omyłek dostrzeżonych w treści oferty Odwołującego, gdyż nie zostały spełnione przesłanki określone w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych

W zakresie zarzutu naruszenia Zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp podał, że Zamawiający nie zwrócił się do Odwołującego z wezwaniem do uzupełnienia w ofercie oświadczenia wymaganego w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, że osoby które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, posiadają wymagane uprawnienia, jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień, z uwagi na fakt, iż oferta Odwołującego nawet po uzupełnieniu wspomnianego oświadczenia i tak podlegałaby odrzuceniu.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 93 ust. 1 Pzp. argumentował że Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli: *Nie złożono żadnej oferty niepodlegającej*

odrzuconiu (...). Zdaniem Zamawiającego z uwagi, iż wszystkie złożone oferty nie odpowiadały wymogom określonym w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia postępowanie o udzielenie zamówienia zostało prawidłowo unieważnione zgodnie z treścią art. 93 ust. 1 Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron postępowania zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy ustaliła i zaważyła co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Następnie Izba stwierdziła, że Odwołujący, wnosząc przedmiotowe odwołanie w dostateczny sposób wykazał swój interes w złożeniu niniejszego środka ochrony prawnej w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, ponieważ złożona oferta jest z najniższą ceną i w przypadku uwzględnienia odwołania ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Stan faktyczny sprawy podany przez uczestników postępowania jest klarowny i nie wymagał zdaniem Izby w zakresie objętym zarzutami, dalszych ustaleń faktycznych.

Izba stwierdza, że odwołanie jest zasadne i zasługuje na uwzględnienie.

Dokonując analizy podniesionych w odwołaniu zarzutów Izba stwierdza, że z zapisów pozycji oferty odwołującego zakwestionowanych przez Zamawiającego w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty wynika, iż zapisy w ofercie nie odpowiadają dokładnie zapisom podanym przez Zamawiającego w kosztorysie ofertowym. Jednakże czy te rozbieżności są na tyle istotne, że uzasadniają stanowisko Zamawiającego o odrzuceniu oferty jako niezgodnej z siwz Zamawiający nie wykazał. Nie wykazał dlaczego nie podjął próby wyjaśnienia tych rozbieżności poprzez zażądanie od odwołującego wyjaśnień w trybie art. 87 ust.1 ustawy Pzp. Wskazany przepis nie nakazuje wprost zamawiającemu obowiązku występowania do wykonawcy z takim żądaniem, to jednak taka potrzeba po stronie Zamawiającego występuje szczególnie dlatego, iż to na Zamawiającym który ze swoich twierdzeń wywodzi skutek prawny w postaci konieczności wykluczenia Odwołującego i odrzucenia jego oferty, spoczywa ciężar udowodnienia podstawy do zastosowania tej sankcji wobec oferty. W przypadku zrodzenia się u Zamawiającego jakichkolwiek wątpliwości co do sformułowań zawartych w treści oferty, Zamawiający ma możliwość żądania od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści ofert, co wynika z art. 87 ust. 1 zdanie pierwsze Pzp. Z utrwalonej linii orzeczniczej KIO w tym zakresie wynika iż zaniechanie przez zamawiającego tego trybu wyjaśniania wątpliwości odnoszących się do treści złożonej oferty

winno być uznane za naruszenie przepisów postępowania / np. wyroki KIO 1327/09: 1443/09 : 2145/10/

Wyjaśnienia udzielone przez Odwołującego stanowią jego oświadczenie jako wykonawcy, którym jest on związany na równi ze złożoną ofertą. Zamawiający jest zobligowany do prowadzenia postępowania z należytą starannością i dlatego nie może pozostawić żadnych elementów treści oferty do końca niewyjaśnionych, zwłaszcza że przepis pozwala Zamawiającemu na żądanie od wykonawców wyjaśnień, wobec wszystkich elementów treści oferty, a nie tylko dotyczących jakichś szczególnych sformułowań.

Zamawiający może dokonać odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy jedynie w sytuacji ustalenia w sposób nie budzący wątpliwości, że oferta wykonawcy nie zapewni realizacji zamierzonego i opisanego w siwz celu, a oferowane świadczenie nie odpowiada wyrażonym w treści siwz wymaganiom, pomimo poczynionych przez Zamawiającego działań zmierzających do wyjaśnienia tych nieścisłości. Wobec tego Zamawiający, u którego zrodziły się jakiegokolwiek wątpliwości co do treści oferty jest wprost zobowiązany (ze względu na regułę należytej staranności), a nie tylko uprawniony, do żądania wyjaśnień w tym zakresie. Ponadto należy podkreślić, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest postępowaniem wymagającym od każdego uczestnika postępowania profesjonalizmu. Profesjonalizm którym winien się cechować Zamawiający to nie tylko znajomość przepisów prawa, ale również staranność na każdym etapie postępowania. Z profesjonalizmu oraz reguły staranności winna również wynikać umiejętność bezstronnej oceny każdej złożonej oferty. Ten obowiązek ma zastosowanie w szczególności kiedy zamawiający zamierza odrzucić ofertę wykonawcy. To zamawiający dysponując środkami publicznymi winien w sposób niebudzący wątpliwości wykazać ,że dołożył należytej staranności aby zamówienie zostało udzielone wykonawcy który złożył ofertę najkorzystniejszą. Ustawodawca wskazując w przepisie art. 91 ust.1 w związku z treścią pkt.5 art.2 ustawy Pzp zasadę wyboru wykonawcy zamówienia, nigdzie nie wskazuje ,że za ofertę najkorzystniejszą winna być uznana taka oferta, która również jest najbardziej poprawna pod względem formalnym tj. spełnienia wszystkich wymogów postanowień siwz. Tym samym odrzuceniu może podlegać tylko taka oferta która pomimo zastosowania przez Zamawiającego procedury wyjaśniania i poprawiania omyłek nadal nie gwarantuje prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia

Izba zwraca uwagę, iż mimo użytego w art. 87 ust. 1 Pzp zwrotu „może żądać”, to nie można tego przepisu interpretować tylko odnosząc tę regulację do pewnego uprawnienia Zamawiającego przyznanego ustawą z którego Zamawiający może lecz nie musi korzystać. Przepis ten daje bowiem także wykonawcy podstawę do domagania się zastosowania procedury wyjaśnienia treści oferty, co w niniejszej sprawie, wobec wątpliwości Zamawiającego, przed odrzuceniem oferty powinno mieć zastosowanie.

Odnosząc się do poszczególnych zarzutów cząstkowych składających się na jeden zarzut niezasadnego odrzucenia oferty Odwołującego, Izba stwierdza, że nie podzieliła stanowiska Zamawiającego co do zaistnienia przesłanek do odrzucenia odwołania, a w szczególności niemożliwości ich poprawienia. Sprzeczność treści oferty z treścią siwz zachodzi wówczas, gdy przedmiot zaoferowany w ofercie nie odpowiada przedmiotowi zamówienia i rozbieżności te dotyczą istotnych elementów -vide wyrok KIO 1105/08, a tego Zamawiający w sposób przekonywujący nie wykazał. Jako przykład na niezasadność odrzucenia oferty, zdaniem Izby należy wskazać podaną przez Zamawiającego jedną z podstaw odrzucenia oferty, tj. niezgodność w pkt. XX poz. 38 kosztorysu ofertowego, gdzie różnica pomiędzy wielkością z przedmiaru robót, a wielkością podaną w kosztorysie ofertowym wynosi zaledwie 0,04 m². Jest to wielkość, która w żaden sposób nie może wpływać na istotną zmianę treści oferty a tym samym winna być poprawiona jako omyłka rachunkowa, Odwołujący zmienił obmiar z 385,94 m² na 385,90 m². Jest to omyłka tak oczywista, że zostałyby – biorąc pod uwagę jej wpływ na treść oferty, poprawiona przez każdego kto ją zauważy. Tym bardziej winien to uczynić Zamawiający.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego zmiany obmiarów węzła co. -XVIII w pozycji 28 czyszczenie przez szczotkowanie ręczne do trzeciego stopnia czystości rurociągów o średnicy zewn. do 57mm-KNR 7-12 0101-04 Odwołujący zmienił obmiar na 1.350 m² zamiast 13.500 m². Ustosunkowując się do tego zarzutu Izba stwierdza, że w/w pozycja jest jedną z 31 pozycji wymienionych w tym przedmiarze robót. W dwóch ostatnich kolumnach tego przedmiaru Zamawiający wykazał określone w jednostkach miary ilości jako „poszczególne” i „razem”. W każdej jednej pozycji tego zestawienia – oprócz pozycji 28 ilość podana w pozycji kolumny „poszcz” odpowiada ilości wskazanej w kolumnie „razem”. Tym samym słuszne wydaje się twierdzenie Odwołującego, że to Zamawiający popełnił błąd w określeniu wielkości tej pozycji i w sposób niejasny określił zakres danych robót. Za taką argumentacją przemawia również fakt, że takie same omyłki w tym zakresie popełniło również dwóch innych wykonawców, których oferty zostały przez zamawiającego odrzucone. Wystąpienie takiego samego błędu czy omyłki u trzech wykonawców wskazuje na brak precyzji w zapisach przedmiaru robót przedstawionego przez Zamawiającego, a tym samym winno go skłonić do wystąpienia do wykonawców o wyjaśnienie tej sprawy, czego zaniechał. Ponadto wydaje się zasadne twierdzenie Odwołującego, że poprzez w/w mylące lub błędne zapisy w tej pozycji przedmiaru robót, to Zamawiający co najmniej przyczynił się do błędów 3 wykonawców w tej sprawie. Błędy popełnione przez Zamawiającego nie mogą skutkować negatywnymi konsekwencjami dla wykonawców.

W zakresie kolejnego zarzutu dotyczącego pozycji 36 kosztorysu „wykopy liniowe o ścianach pionowych w gruntach suchych kat. I -II z wydobyciem urobku łopata lub wyciągiem ręcznym, głębokość do 1,5m” KNR 2-01 0317 - 0101 w ilości 8,40m³ Odwołujący podał cenę

jednostkową o wartości 0,00 zł. Brak wypełnienia i określenia wartości w tej pozycji kosztorysu skutkowało odrzuceniem złożonej przez Odwołującego oferty. Odwołujący argumentując zapis w kosztorysie wskazał na dwa elementy: po pierwsze iż nie pominął wyceny tej pozycji kosztorysu a tylko wpisał wartość tej roboty na kwotę „0,00” gdyż wartość robót z tej pozycji dotyczącej wykopów, Odwołujący rozliczył w innych pozycjach, w szczególności dotyczących pracy sprzętu, a po drugie wskazał że wbrew twierdzeniu Zamawiającego wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu zamówienia ma charakter ryczałtowy. Wynagrodzenie ryczałtowe jest niezmiennie, wykonawca zobowiązuje się do wykonania prac za określoną cenę, a kosztorys ofertowy i przedmiary mają jedynie charakter pomocniczy. Konsekwencją przyjęcia wynagrodzenia ryczałtowego jest niedopuszczalność odrzucenia oferty, w przypadku gdy dokumentacja kosztorysowa sporządzona przez Odwołującego zawiera błędy oraz nieścisłości.

Dokonując analizy powyższych argumentów stron, Izba stwierdza, że w siwz w rozdziale XIII siwz- *opis sposobu obliczania ceny* Zamawiający wskazał iż „cena ofertowa jest ceną kosztorysową” a nadto że cena nie podlega waloryzacji i zmianie do końca realizacji przedmiotu zamówienia, że winna ona wynikać z kosztorysów ofertowych obliczonych na podstawie przedmiarów robót. Zarówno w siwz jak i z załączonego projektu umowy nigdzie nie wynika iż ostateczne ustalenie ceny za wykonanie zamówienia będzie wynikało z dokonanych obmiarów, co wskazywałoby na rodzaj ustalonego wynagrodzenia. Twierdzenie Zamawiającego iż z zapisu paragrafu 5 umowy, że „Cena ofertowa nie podlega waloryzacji i zmianie do końca realizacji przedmiotu zamówienia” wynika tylko to, że nie dopuszczał on waloryzacji ceny ofertowej ze względu na zmianę cen poszczególnych robót, które wynikałyby np. z podwyżki cen zastosowanych materiałów, zdaniem Izby nie zasługuje na uwzględnienie, gdyż w przypadku ceny kosztorysowej możliwe jest również zapłacenie za wykonanie zamówienia w kwoty niższej niż to wynika z ceny ofertowej, ale do tego niezbędne jest ustalenie dokonywania zapłaty na podstawie obmiarów robót i kosztorysu powykonawczego. Zamawiający jakoby sugeruje ,ze ustalona cena ma charakter kosztorysowy, z określeniem jej maksymalnej wysokości ustalonej w umowie – tylko to nie wynika z żadnego postanowienia siwz. Tym samym zdaniem Izby ustalona przez Zamawiającego cena za wykonanie zamówienia jest ceną kosztorysową tylko z nazwy / ustalona w oparciu o kosztorysy na etapie składania oferty/, a nie z cech właściwych dla danego rodzaju wynagrodzenia. Dopuszczalne jest zdaniem Izby określenie przy wynagrodzeniu kosztorysowym wskazanej ceny w ofercie, jako ceny maksymalnej, natomiast wskazanie tej ceny jako ceny sztywnej powoduje ,że nie ma ona charakteru kosztorysowego lecz ryczałtowy. Wykazanie przez Odwołującego jednej z pozycji kosztorysu ofertowego jako ceny „0,00” nie ma znaczenia dla ceny zamówienia i nie może być podstawą do odrzucenia oferty. Również Izba w tym składzie stoi na stanowisku, że wykonawcy mogą

nawet przy wynagrodzeniu kosztorysowym w pewnych szczególnych sytuacjach spowodowanych np. wyjątkowo trudną wyceną danej pozycji w oparciu o KNR, taką pozycję kosztorysu wycenić jako „0,00” wskazując iż jest ona ujęta np. w innej pozycji kosztorysu. Taka wycena ma ten skutek dla wykonawcy iż winien te roboty wykonać bez możliwości późniejszego żądania za ich wykonanie zapłaty.

Odnosnie zarzutu, że Zamawiający nie zwrócił się do Odwołującego z wezwaniem do uzupełnienia w ofercie oświadczenia wymaganego w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, że osoby które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, posiadają wymagane uprawnienia, jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień, z uwagi na fakt, iż oferta Odwołującego nawet po uzupełnieniu wspomnianego oświadczenia i tak podlegałaby odrzuceniu, Izba stwierdza, że Zamawiający zgodnie z przepisem art. 26 ust 3 ustawy był zobowiązany do wezwania Odwołującego o przedłożenie brakujących dokumentów. Izba wskazuje, że konsekwencją nie wykazania przez wykonawcę spełnienia warunku udziału w postępowaniu jest konieczność przed ewentualnym wykluczeniem go z postępowania uprzedniego wezwania go do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Dopiero po wykonaniu tej czynności Zamawiający jest zobowiązany wykluczyć z udziału w postępowaniu wykonawcę, który nie wykaże spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Tym samym podjęcie decyzji o wykluczeniu Odwołującego należy uznać za co najmniej przedwczesne. Takie ustalenie Izby wynika z faktu, że Zamawiający w decyzji o unieważnieniu postępowania nie wskazał w sposób jednoznaczny czy odrzucenie oferty Odwołującego było skutkiem stwierdzonych błędów w ofercie, czy też było skutkiem wykluczenia wykonawcy i uznania w oparciu o przepis art. 24 ust.4 ustawy pzp oferty za odrzuconą.

Odnosnie zarzutu unieważnienia postępowania Izba stwierdza, że w zaistniałej sytuacji odpada podstawa prawna jego zastosowania wymieniona w art. 93 ust.1pkt1 ustawy pzp. Tym samym Zamawiający winien unieważnić czynność unieważnienia postępowania, ewentualnie wezwać Odwołującego do złożenia wyjaśnień co do wyżej wykazanych omyłek, bądź dokonać ich poprawy z własnej inicjatywy, a nadto wezwać do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie że osoby które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, posiadają wymagane uprawnienia i dokonać ponownego badania i oceny oferty Odwołującego. Ponadto Izba wskazuje, że wyrok Izby ma skutek tylko do oferty Odwołującego, jednakże Zamawiający w trosce o prawidłowość postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i możliwość zawarcia ważnej umowy o wykonanie przedmiotu zamówienia może unieważnić swoją poprzednią decyzję co do wszystkich ofert i poddać je ponownej analizie. Zamawiający dopóki nie zawrze umowy o zamówienie publiczne ma prawo do ponownej analizy podjętej decyzji wraz prawem do powtórzenia ponownego badania i oceny ofert. W tym zakresie Izba wskazuje na tezę z wyroku KIO 1939/10 gdzie

Izba stwierdziła ,że nadrzędną zasadą dotyczącą wszelkiego rodzaju czynności w postępowaniu o zamówienie publiczne jest możliwość zawarcia ważnej umowy o wykonanie przedmiotu zamówienia.

Izba postanowiła jak w sentencji wyroku , orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust.2 i 192 ust. 2 i 3 pkt.1 ustawy Pzp

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1a i 2 ppkt.a i b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku 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