

**WYROK**  
z dnia 8 czerwca 2011r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Ewa Rzońca**

**Protokolant: Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 czerwca 2011r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 maja 2011r. przez wykonawcę „**DAN POL**” **M. Piechota Sp. J., 43-100 Tychy, ul. Murarska 28** w postępowaniu prowadzonym przez **Śląskie Techniczne Zakłady Naukowe, 40-086 Katowice, ul. Sokolska 26,**

**orzeka:**

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje: unieważnienie czynności unieważnienia postępowania, dokonanie ponownego badania i oceny ofert w postępowaniu z uwzględnieniem oferty wykonawcy „**DAN POL**” **M. Piechota Sp. J., 43-100 Tychy, ul. Murarska 28,**
2. kosztami postępowania obciąża **Śląskie Techniczne Zakłady Naukowe, 40-086 Katowice, ul. Sokolska 26** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez „**Dan Pol**” **M. Piechota Sp. J., 43-100 Tychy, ul. Murarska 28** tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od **Śląskich Technicznych Zakładów Naukowych, 40-086 Katowice, ul. Sokolska 26** na rzecz „**DAN POL**” **M. Piechota Sp. J., 43-100 Tychy, ul. Murarska 28** kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania

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 **Katowicach**.

**Przewodniczący:**

.....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Śląskie Techniczne Zakłady Naukowe, 40-086 Katowice, ul. Sokolska 26, (dalej: „zamawiający”) - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) – zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp” – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie robót budowlanych pn.: „Kompleksowa termomodernizacja i budowa infrastruktury do produkcji i przesyłu energii pochodzącej ze źródeł odnawialnych w budynkach Śląskich Technicznych Zakładów Naukowych w Katowicach”.

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

Pismami z dnia 19 maja 2011 r. zamawiający, w formie elektronicznej, zawiadomił wykonawców, w tym wykonawcę „DAN POL” M. Piechota Sp. J., 43-100 Tychy, ul. Murarska 28 (dalej: „odwołujący” lub „DAN POL”) o odrzuceniu jego oferty z uwagi na fakt, że oferta jest niezgodna z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „siwz” lub „specyfikacja”) oraz o unieważnieniu przedmiotowego postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt. 1 Pzp, bowiem do zamawiającego nie wpłynęła żadna oferta nie podlegająca odrzuceniu.

W dniu 25 maja 2011 r. DAN-POL wniósł odwołanie w którym zarzucał czynnościom zamawiającego niezgodność z przepisami ustawy w następującym zakresie:

1. unieważnienia postępowania z naruszeniem art. 93 ust. 1 pkt. 1 Pzp,
2. odrzucenia oferty DAN POL z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp,
3. zaniechanie poprawienia w ofercie odwołującego omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją z naruszeniem art. 87 ust. 2 pkt. 3 Pzp oraz zaniechanie poprawienia w ofercie odwołującego oczywistej omyłki rachunkowej z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek art. 87 ust. 2 pkt. 2 Pzp.

Podnosząc powyższe zarzuty DAN POL wnosił o :

1. uwzględnienie odwołania oraz
2. unieważnienie czynności unieważnienia przedmiotowego postępowania,
3. unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego,

4. powtórzenie czynności badania i oceny ofert wraz z ofertą odwołującego,
5. nakazanie zamawiającemu poprawienia w ofercie odwołującego omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją,
6. zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazywał, że nie wprowadzał w ofercie zmian w stosunku do siwz w zakresie ilości jednostek podawanych w przedmiarach, a nieścisłości w tym zakresie są skutkiem niezamierzonych omyłek. Rzeczywistym zamiarem odwołującego było złożyć ofertę zgodną z treścią specyfikacji. W ocenie odwołującego możliwa jest poprawa i uzupełnienie stwierdzonych omyłek w oparciu o dane zawarte wprost w dokumentacji oferty, w szczególności kosztorysie ofertowym, bez konieczności składania przez DAN POL nowych oświadczeń. W ocenie odwołującego zamawiający może i powinien samodzielnie poprawić stwierdzone w kosztorysie ofertowym odwołującego omyłki. DAN POL wskazywał, że decyzje i oświadczenia zamawiającego w stosunku do oceny postanowień oferty odwołującego potwierdzają, że wszystkie niezgodności oferty odwołującego ze specyfikacją stanowią omyłki o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt. 2 i 3 Pzp.

Odwołujący podnosił, że jedyną intencją i zamiarem odwołującego było złożenie oferty z kosztorysem ofertowym wypełnionym zgodnie z wolą zamawiającego określoną w siwz. Odwołujący w formularzu oferty zamieścił oświadczenie że podana cena ofertowa zawiera wszystkie koszty, jakie ponosi zamawiający w przypadku wyboru oferty odwołującego. Oferta została przygotowana na zasadach konkurencyjnych i DAN POL nie zamierza uchylać się od zawarcia umowy na jej podstawie. Odwołujący wyjaśniał, że zgodnie z żądaniami zamawiającego przygotował 17 kosztorysów ofertowych zawierających łącznie ponad 800 pozycji. Podstawą do opracowania których były przedmiary robót dostarczone przez zamawiającego. Podkreślał, że zamawiający tuż przed upływem terminu do złożenia oferty dokonał istotnych zmian w przedmiarach robót, co było bezpośrednim i jedynym powodem popełnienia przez odwołującego omyłek wykazywanych teraz przez zamawiającego.

W dniu 25 maja 2011 r. odwołujący za pomocą faksu przekazał zamawiającemu kopię niniejszego odwołania.

W dniu 26 maja 2011 r. zamawiający, w formie faksu oraz w formie elektronicznej, przesłał kopię ww. odwołania wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia publicznego jako:

1. konsorcjum firm - Przedsiębiorstwo Budowlane "Jack – Bud" Jacek Grabowski (lider), THERMBAU POLSKA Sp. z o.o. Sp. K. (partner), dalej zwane jako „Jack – Bud”,

2. konsorcjum firm - Efekt Sp. z o.o. z siedzibą w Siemianowicach Śląskich (lider) oraz Zakład Budowlano – Handlowy Andrzej Muc z siedzibą w Siemianowicach Śląskich, dalej zwane jako „Efekt”.

W dniu 30 maja 2011 r. zamawiający, w formie listu poleconego, przesłał kopię ww. odwołania wykonawcy Zakład Administracji Budynków i Obiektów Budowlanych TRROL Sp. z o. o. z siedzibą w Siemianowicach Śląskich, zwany dalej „TRROL”. W toku posiedzenia Izba ustaliła, że zamawiający w tej samej dacie przekazał kopię ww. odwołania wykonawcy TRROL w formie faksu.

W dniu 27 maja 2011 r. w formie pisemnej zgłoszenie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego złożył wykonawca Jack-Bud. Strony potwierdziły na posiedzeniu Izby, że otrzymały kopie ww. zgłoszeń.

W dniu 30 maja 2011 r. w formie pisemnej zgłoszenie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego złożył wykonawca Efekt. Strony potwierdziły na posiedzeniu Izby, że otrzymały kopie ww. zgłoszeń.

W dniu 31 maja 2011 r. odwołujący, w formie faksu, złożył opozycję wobec przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego wykonawca Jack-Bud. Przedmiotową opozycję w formie pisemnej odwołujący złożył na posiedzeniu Izby z udziałem stron w dniu 3 czerwca 2011 r.

W dniu 1 czerwca 2011 r. w formie faksu zgłoszenie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego złożył wykonawca TRROL. W dniu 3 czerwca 2011 r. ww. zgłoszenie w formie pisemnej wpłynęło do Krajowej Izby Odwoławczej. Strony potwierdziły na posiedzeniu Izby, że otrzymały kopie ww. zgłoszenia.

W dniu 1 czerwca 2011 r. odwołujący, w formie faksu, złożył opozycję wobec przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wykonawcy Efekt. Przedmiotową opozycję w formie pisemnej odwołujący złożył na posiedzeniu Izby z udziałem stron w dniu 3 czerwca 2011 r.

W dniu 3 czerwca 2011 r., podczas posiedzenia Izby z udziałem stron, odwołujący, w formie pisemnej złożył opozycję wobec przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wykonawcy TRROL.

W toku posiedzenia przed Izbą zamawiający złożył w formie pisemnej odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o oddalenie odwołania w całości jako bezzasadnego.

**Uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przedstawioną przez zamawiającego na rozprawie oraz stanowiska i oświadczenia stron oraz uczestnika postępowania złożone na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje.**

Postanowieniami specyfikacji - części III punktu 1 d) zamawiający żądał sporządzenia kosztorysów ofertowych zgodnie na podstawie przedmiarów robót stanowiących załącznik do siwz i załączenia ich do oferty.

W części X siwz zamawiający sprecyzował, że cena oferty winna być wyliczona w oparciu o kosztorys ofertowy. Podstawą obliczenia ceny oferty są: przedmiary robót, specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót budowlanych, dokumentacja projektowa stanowiące załączniki do siwz. Kosztorys ofertowy należało sporządzić metodą kalkulacji uproszczonej, ściśle według kolejności pozycji wyszczególnionych w przedmiarze robót. Każdy przedmiar należało wycenić oddzielnie.

Według ppkt. 4.3 w części X siwz wykonawca w kosztorysach ofertowych nie mógł pominąć jakiegokolwiek pozycji przedmiaru i winien był ją wycenić zgodnie z jej opisem (bez wprowadzania pozycji dodatkowych z zastrzeżeniem zapisów siwz dot. sposobu badania ofert).

Zamawiający w toku postępowania (w dniach 14 i 20 kwietnia 2011 r.) udzielał odpowiedzi na zapytania wykonawców i dokonywał modyfikacji siwz. Wobec tego zamawiający wydłużył termin składania ofert do dnia 27 kwietnia 2011 r. Pierwotny termin składania ofert zawarty w siwz zamawiający ustalił na dzień 5 kwietnia 2011 r. Ostatnia modyfikacja (obejmująca przedmiary robót) została opublikowana na stronie internetowej zamawiającego w dniu 20 kwietnia 2011 r. o godz. 16.30, co potwierdza wydruk ze strony internetowej zamawiającego znajdujący się w aktach sprawy.

Bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający podał kwotę jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie realizacji przedmiotu zamówienia – 6.504.397,07 zł.

Odwołujący w złożonej ofercie zaoferował za wykonanie przedmiotu zamówienia kwotę 5.066.354,65 zł. netto, 6.231.616, 22 zł brutto.

Izba ustaliła, że w ofercie DAN POL w poszczególnych pozycjach kosztorysu ofertowego zawarto:

1. w pozycji 2 (str. 52) – demontaż przewodów wyrównawczych i odgromowych na dachu WS – 378 m, natomiast zgodnie z siwz winno być 579 m;

2. w pozycji 63 (str. 54) – demontaż przewodów wyrównawczych i odgromowych na dachu Szkoły – 380 m, natomiast zgodnie z siwz winno być 378 m;
3. w pozycji 84 (str. 55) – układanie przewodów w pasmach jedno – lub wielowarstwowych w szafach i na tablicach.. – 40 m, natomiast zgodnie z siwz winno być 20 m;
4. w pozycji 88 (str. 55) – przewody układane w bruzdach...– 65 m, natomiast zgodnie z siwz winno być 82 m;
5. w pozycji 92 (str. 55) – przewody na gotowych uchwytach...– 320 m, natomiast zgodnie z siwz winno być 340 m;
6. w pozycji 94 (str. 55) – układanie instalacji termoelektrycznej...– 170 m, natomiast zgodnie z siwz winno być 176 m;
7. w pozycji 95 (str. 55) – przewody na gotowych uchwytach...– 245 m, natomiast zgodnie z siwz winno być 260 m;
8. w pozycji 100 (str. 55) – solary na budynku szkoły – brak opisu pozycji oraz jej kwoty, natomiast zgodnie z siwz winno być 15 szt.;
9. w pozycji 103 (str. 55) – montaż zwodów poziomych instalacji odgromowej ...– 610m, natomiast zgodnie z siwz winno być 630 m;
10. w pozycji 105 (str. 55) – montaż zwodów poziomych instalacji odgromowej z pręta...– 240m, natomiast zgodnie z siwz winno być 260 m;
11. w pozycji 106 (str. 56) - montaż przewodów odprowadzających instalacji odgromowej...– 44 m, natomiast zgodnie z siwz winno być 60 m;
12. na stronie 71 znajduje się dział pn. „Płaszcz z blachy ocynkowanej – izolacja zewnętrzna przewodów”

Izba ustaliła, że ww. pozycje znajdujące się w kosztorysie ofertowym odwołującego zamawiający wyspecyfikował w piśmie z dnia 19 marca 2011 r. w którym wskazywał na niezgodność oferty DAN POL ze specyfikacją i konieczność jej odrzucenia w trybie art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp.

Pismami z dnia 19 maja 2011 r. zamawiający poinformował wykonawców Jack-Bud, Efekt oraz TRROL o odrzuceniu złożonych w przedmiotowym postępowaniu przez powyższych wykonawców ofert oraz o unieważnieniu postępowania w trybie art. 93 ust. 1 pkt. 1 Pzp. Wykonawcy Jack-Bud, Efekt oraz TRROL nie skorzystali z przysługującego im środka ochrony i nie wnieśli w ww. zakresie odwołania.

Pismem z dnia 24 maja 2011 r. pn. „Sprostowanie” zamawiający poinformował, że brak płaszcza ochronnego kanałów zewnętrznych z blachy ocynkowanej, który został wykazany w piśmie z dnia 19 maja 2011 r. informującym o odrzuceniu oferty odwołującego, został naniesiony omyłkowo. Zamawiający potwierdził niniejszym pismem, że pozycja znajduje się w ofercie DAN POL na stronie 71 poz. 63.

W przedmiarze robót dotyczącym branży elektrycznej dla budynku szkoły (str. 8 -9 przedmiaru robót) w poszczególnych pozycjach określono:

- poz. 37 – „Montaż na zamontowanym wysięgniku opraw do lamp rtęciowych (1 lampa w oprawie) obmiar 15 szt.
- poz. 39 – Montaż na dachu zestawu składającego się z regulatora ładowania z czujnikiem zmierzchowym i dosilaniem sieci /w wypadku braku prądu w aku/-1 szt., panel fotowoltaiczny 130W – 2 szt., akumulator żelowy 120 Ah – 1 szt., rama ze skrzynią do zamontowania akumulatora i regulatora – 1 szt. – KALKULACJA WŁASNA, obmiar = 15 szt.

W przedmiarze robót dotyczącym branży elektrycznej dla budynku warsztatów (str. 9 przedmiaru robót) w poszczególnych pozycjach określono:

- poz. 40 – „Montaż na zamontowanym wysięgniku opraw do lamp rtęciowych (1 lampa w oprawie) obmiar = 10 szt.
- poz. 42 – Montaż na dachu zestawu składającego się z regulatora ładowania z czujnikiem zmierzchowym i dosilaniem sieci /w wypadku braku prądu w aku/-1 szt., panel fotowoltaiczny 130W – 2 szt., akumulator żelowy 120 Ah – 1 szt., rama ze skrzynią do zamontowania akumulatora i regulatora – 1 szt. – KALKULACJA WŁASNA, obmiar = 10 szt.

W kosztorysie ofertowym odwołującego dla wyceny pozycji 40 i 42 przedmiaru robót w budynku warsztatów przyjęto odpowiednio:

- poz. 40 – „Montaż na zamontowanym wysięgniku opraw do lamp rtęciowych (1 lampa w oprawie) – ilość 10 szt. – Wartość jednostkowa – 17.200,70; wartość z narzutami 172.206,98;
- poz. 42 - Montaż na dachu zestawu składającego się z regulatora ładowania z czujnikiem zmierzchowym i dosilaniem sieci /w wypadku braku prądu w aku/-1 szt., panel fotowoltaiczny 130W – 2 szt., akumulator żelowy 120 Ah – 1 szt., rama ze skrzynią do zamontowania akumulatora i regulatora – 1 szt. – ilość 10 szt. - Wartość jednostkowa – 15.600,00; wartość z narzutami 156.000,00;

W kosztorysie ofertowym odwołującego dla wyceny pozycji 37 i 39 przedmiaru robót w budynku szkoły przyjęto odpowiednio:

- poz. 98 – „Montaż na zamontowanym wysięgniku opraw do lamp rtęciowych (1 lampa w oprawie) – ilość 15 szt. – Wartość jednostkowa – 17.200,70; wartość z narzutami 258.310,45;
- poz. 100 – poza numerem nie zawiera opisu i kwoty pozycji.

W kosztorysie ofertowym wykonawcy Efekt dla wyceny pozycji 37 i 39 przedmiaru robót w budynku szkoły przyjęto odpowiednio:

- poz. 37 – „Montaż na zamontowanym wysięgniku opraw do lamp rtęciowych (1 lampa w oprawie) – jedn. obm. 15 szt. – Cena jednostkowa – 1.992,51; Wartość 29.887,65;
- poz. 39 – Montaż na dachu zestawu składającego się z regulatora ładowania z czujnikiem zmierzchowym i dosilaniem sieci /w wypadku braku prądu w aku/-1 szt., panel fotowoltaiczny 130W – 2 szt., akumulator żelowy 120 Ah – 1 szt., rama ze skrzynią do zamontowania akumulatora i regulatora – 1 szt. – KALKULACJA WŁASNA – jedn. obm. 15 szt. – Cena jednostkowa – 4.108,49; Wartość 61.627,35;

W kosztorysie ofertowym Efekt dla wyceny pozycji 40 i 42 przedmiaru robót w budynku warsztatów przyjęto odpowiednio:

- poz. 40 – „Montaż na zamontowanym wysięgniku opraw do lamp rtęciowych (1 lampa w oprawie) jedn. obm. 10 szt. – Cena jednostkowa – 1.992,51; Wartość 19.925,10;
- poz. 42 - Montaż na dachu zestawu składającego się z regulatora ładowania z czujnikiem zmierzchowym i dosilaniem sieci /w wypadku braku prądu w aku/-1 szt., panel fotowoltaiczny 130W – 2 szt., akumulator żelowy 120 Ah – 1 szt., rama ze skrzynią do zamontowania akumulatora i regulatora – 1 szt. – KALKULACJA WŁASNA – jedn. obm. 10 szt. – Cena jednostkowa – 4.108,49; Wartość 41.084,90;

W kosztorysie ofertowym Eltrans Instalacje Sp. z o. o. z siedzibą w Chorzowie, zwany dalej „Eltrans”, dla wyceny pozycji 37 i 39 przedmiaru robót w budynku szkoły przyjęto odpowiednio:

- poz. 37 – „Montaż na zamontowanym wysięgniku opraw do lamp rtęciowych (1 lampa w oprawie) – Ilość 15 szt. – Cena - 6.298,31; Wartość 94.474,65;
- poz. 39 – Montaż na dachu zestawu składającego się z regulatora ładowania z czujnikiem zmierzchowym i dosilaniem sieci /w wypadku braku prądu w aku/-1 szt., panel fotowoltaiczny 130W – 2 szt., akumulator żelowy 120 Ah – 1 szt., rama ze skrzynią do zamontowania akumulatora i regulatora – 1 szt. Ilość 15 szt. – Cena – 6.611,00; Wartość 99.165,00;

W kosztorysie ofertowym Eltrans Instalacje Sp. z o. o. z siedzibą w Chorzowie dla wyceny pozycji 40 i 42 przedmiaru robót w budynku warsztatów przyjęto odpowiednio:

- poz. 40 – „Montaż na zamontowanym wysięgniku opraw do lamp rtęciowych (1 lampa w oprawie) – Ilość 10 szt. – Cena - 6.298,31; Wartość 62.983,10;

- poz. 42 - Montaż na dachu zestawu składającego się z regulatora ładowania z czujnikiem zmierzchowym i dosilaniem sieci /w wypadku braku prądu w aku/-1 szt., panel fotowoltaiczny 130W – 2 szt., akumulator żelowy 120 Ah – 1 szt., rama ze skrzynią do zamontowania akumulatora i regulatora – 1 szt. – Ilość 10 szt. – Cena – 6.611,00; Wartość 66.110,00;

Izba włączyła w poczet materiału dowodowego przedłożone przez odwołującego „Zestawienie wielkości i wartości pozycji omyłkowo wycenionych w ofercie DAN POL M. Piechota Spółka Jawna” w którym wykazano poszczególne kwoty pozycji kosztorysowych w których popełniono omyłki oraz łączną kwotę powstałą w wyniku omyłek, tj. 236.875,63 zł.

### **Uwzględniając powyższe Izba zważyła, co następuje:**

Na wstępie Izba stwierdza, że nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, jak również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Kolejno Izba odniosła się do skuteczności przystąpienia do postępowania po odwoławczego wykonawców Jack-Bud, Efekt oraz TRROL, wskazując, że wykonawcy zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego nie wypełnili prawidłowo przesłanek zawartych w art. 185 ust. 2 Pzp, wobec tego należy stwierdzić, że nie przystąpili skutecznie do postępowania odwoławczego.

Zgodnie z art. 185 ust. 2 ustawy wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od daty otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby w formie pisemnej lub elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie.

W powyższym przepisie Pzp ustawodawca jasno wskazał, że dla skutecznego przystąpienia do postępowania odwoławczego wymagane jest doręczenie Prezesowi Izby zgłoszenia przystąpienia w ściśle określonej formie, tj. bądź to pisemnej bądź elektronicznej

opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu.

Z ustaleń Izby, potwierdzonych przez zamawiającego wynika, że kopię odwołania wykonawca TRROL otrzymał w dacie 30 maja 2011 r. natomiast zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w formie pisemnej, ze strony wykonawcy wpłynęło do Izby z uchybieniem terminu wskazanego w art. 185 ust. 2 Pzp., bowiem dopiero w dacie 3 czerwca 2011 r., a więc 1 dzień po terminie, który upłynął w dniu 2 czerwca 2011 r. Przesłanie w dniu 1 czerwca 2011 r. ww. zgłoszenia w formie faksu należy uznać za nieskuteczne, z uwagi dyspozycję art. 185 ust. 2 Pzp, który w przedmiotowym przypadku dopuszcza jedynie formę pisemną lub elektroniczną opatrzoną bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu.

Izba wskazuje również, że dla skuteczności przystąpienia do postępowania odwoławczego, poza zgłoszeniem przystąpienia w odpowiedniej formie oraz w określonym terminie, wymagane jest przede wszystkim posiadanie interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której dany wykonawca przystępuje. W ocenie Izby wykonawcy Jack-Bud przystępujący po stronie odwołującego oraz Efekt i TRROL przystępujący po stronie zamawiającego nie legitymuje się posiadaniem interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść stron do których chcieli przystąpić.

Z ustaleń Izby wynika, że oferty ww. wykonawców zostały skutecznie odrzucone z uwagi na ich niezgodność ze specyfikacją a wykonawcy w zakresie stwierdzenia bezprawności ww. czynności zamawiającego nie skorzystali z przysługującego im środka ochrony prawnej w postaci odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Tym samym za nieuprawnione należy uznać stanowisko wykonawcy Jack-Bud, który w celu wykazania interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść odwołującego podnosił, że w przypadku rozstrzygnięcia odwołania na korzyść DAN POL, ponowne przeprowadzenie czynności badania i oceny ofert, może doprowadzić do przywrócenia do postępowania oferty Jack-Bud a w konsekwencji również do uznania oferty za najkorzystniejszą. Izba wskazuje, że nawet w przypadku uwzględnienia zarzutów odwołania zamawiający wykonując wyrok Izby zobligowany byłby co prawda do dokonania ponownego badania i oceny ofert ale jedynie z uwzględnieniem oferty odwołującego.

Nie sposób również zgodzić się z argumentacją wykonawcy Efekt, który wykazując interes w przystąpieniu do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wskazywał, że w następnym postępowaniu ogłoszonym przez zamawiającego złoży najkorzystniejszą ofertę. Izba podzieliła w tym zakresie argumentację odwołującego, który

podkreślał, że interes wykonawcy winien konkretyzować się w danym postępowaniu, a w przedmiotowym przypadku brak takiego interesu. Niewątpliwym jest, że w kolejnym postępowaniu ogłoszonym przez zamawiającego ilość oraz ceny ofert mogą być zróżnicowane i inne niż w niniejszym.

#### Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba po zbadaniu całości materiału dowodowego w przedmiotowej sprawie stwierdziła, że zarzuty zawarte w odwołaniu potwierdziły się.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Natomiast art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy stanowi, że zamawiający poprawia w ofercie omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty.

W przedmiotowym przypadku bezsporna jest niezgodność oferty odwołującego, tj. kosztorysów ofertowych ze specyfikacją w aspekcie wypełnienia nałożonego na wykonawców przez zamawiającego obowiązku wycenienia poszczególnych pozycji robót według przedmiarów robót. Wobec przyjęcia przez odwołującego niewłaściwych ilości robót w poszczególnych pozycjach kosztorysu ofertowego oraz braku wyceny jednej z pozycji kosztorysu ofertowego, nie można mówić jedynie o formalnym wymiarze ww. niezgodności, gdyż oferta zawiera błędy w zakresie materialnym. I tak: odwołujący w 10 pozycjach kosztorysu ofertowego podał inne ilości robót niż przewidziane przez zamawiającego w przedmiarze. W 2 przypadkach zwiększył ilość wymaganych robót (poz. 63 i 84 kosztorysu ofertowego), natomiast w 8 przypadkach zaniżył wskazaną przez zamawiającego ilość robót (poz. 2, 88, 92, 94, 95, 103, 105, 106 kosztorysu ofertowego). Ponadto, jedna pozycja (poz. 100 kosztorysu ofertowego) nie została wyceniona przez odwołującego.

W ocenie Izby na podkreślenie zasługuje fakt, że zamawiający wymagał sporządzenia i załączenia do oferty 17 kosztorysów ofertowych na które łącznie składało się ponad 800 pozycji. Ponadto zamawiający sam zwiększył ryzyko popełnienia błędu, ponieważ tuż przed upływem terminu do złożenia oferty dokonał istotnych zmian w przedmiarach robót, wyznaczając krótki czas na wprowadzenie modyfikacji. Odwołujący podnosił, że kosztorys ofertowy sporządzał w oparciu o poprawione (zmienione) przedmiary robót, które udostępnione zostały tuż przed upływem terminu do składania ofert i to jedynie w formacie PDF. Kosztorysy ofertowe (kilku branż) w łącznej ilości 17 sztuk, zawierające łącznie ponad

800 pozycji, sporządzane były w drodze żmudnej procedury ręcznego przenoszenia pozycji przedmiarów do kosztorysu ofertowego odwołującego.

Zdaniem Izby wynikiem tego rodzaju okoliczności w przedmiotowym stanie faktycznym było powstanie omyłek jakie wystąpiły w kosztorysach ofertowych odwołującego podczas ręcznego przenoszenia pozycji przedmiarów do kosztorysu ofertowego i zestawiania danych z nowych przedmiarów z danymi ze starych przedmiarów. Bezsprzecznie duża liczba pozycji oraz krótki czas na wprowadzenie zmian spowodował w następstwie zwykłej ludzkiej omyłki pozostawienie wielkości (danej liczbowej) nieprawidłowej, ze starych przedmiarów, czy też brak wyceny jednej z pozycji.

Rozpoznając niezgodności oferty odwołującego Izba stwierdziła, że kwalifikują one ofertę DAN POL (jej treść) do oceny jako niezgodną z treścią siwz w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp, co obliguje konieczność jej odrzucenia lub podjęcia wszystkich odpowiednich, przewidzianych ustawą kroków, zmierzających do wyjaśnienia, ustalenia czy ewentualnego poprawienia treści oferty w tym zakresie, np. obligatoryjne poprawienie oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt. 3 Pzp w przypadku zaistnienia wszystkich przesłanek warunkujących zastosowanie tego przepisu.

Izba podzieliła opinię i stanowisko odwołującego i potwierdziła możliwość, a w konsekwencji obowiązek zamawiającego, poprawienia oferty DAN POL w trybie art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy w zakresie omyłek zawartych w kosztorysie ofertowym.

Odnosząc się przesłanek i sposobu zastosowania ww. przepisu, Izba wskazuje, iż w pierwszej kolejności warunkiem dokonania stosownego poprawienia treści oferty jest wystąpienie omyłki polegającej na niezgodności oferty z siwz. W świetle powyższego, jak już wskazano, stwierdzić należy, iż w przedmiotowym przypadku mamy do czynienia z omyłką w ofercie polegającą na jej niezgodności z siwz. Następną przesłanką warunkującą możliwość poprawienia oferty odwołującego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy jest istotność zmian w treści oferty, którą poprawka taka pociąga, tzn. ww. przepis zakazuje dokonywania zmian istotnych.

Izba potwierdza, że pojęcie istotności zmiany w treści oferty jest pojęciem nieostrym. W związku z tym decyzja w przedmiocie możliwości zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 winna być podejmowana każdorazowo z uwzględnieniem całokształtu indywidualnych okoliczności sprawy, zarówno z uwzględnieniem następstw i konsekwencji zmian dla treści oferty, jak i z uwzględnieniem samego rodzaju i charakteru poprawianych niezgodności oraz sposobu ich przeprowadzenia.

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i sądów okręgowych konsekwentnie przyjmuje się np. możliwość poprawiania treści oferty odnoszących się bezpośrednio do ich *essentialiae negotii*. Dopuszcza się więc możliwość poprawienia samej ceny ofertowej czy określenia przedmiotu świadczenia pod warunkiem ograniczenia zakresowego, ilościowego czy jakościowego tego typu zmian. Odnosząc powyższe do przedmiotowego przypadku stwierdzić należy, iż przeprowadzenie postulowanych przez odwołującego poprawek w treści jego oferty zwiększyłoby o niespełna 236.875,63 zł. (tj. około 4,5%) wartość kwoty oferty DAN POL. Uwzględniając powyższe, proporcje oraz charakter określenia i wyliczenia wartości roboty budowlanej, stwierdzić należy, iż zmiana polegająca na właściwym przyjęciu poszczególnych pozycji kosztorysu i wycenie jednej z pozycji (poz. 100) oraz związanej z tym korekcie wartości oferty zarówno w jej aspekcie materialnym, jak i formalnym nie powinna być uznawana za istotną i niemożliwą do przeprowadzenia.

Ponadto, omyłki o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt. 3 Pzp winny mieć taki charakter, by czynności ich poprawy mógł dokonać zamawiający samodzielnie, bez udziału wykonawcy w tej czynności. Oznacza to, że „oczywistość” omyłki winna być możliwa do ustalenia na podstawie oferty, ewentualnie (w ograniczonym zakresie) może pochodzić z wyjaśnień, które zamawiający może uzyskać od wykonawcy na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy. Egzekwowanie i stosowanie tego wymogu jest niezwykle istotne w związku z ogólnym zakazem negocjowania i zmieniania złożonych ofert wyrażonym w art. 87 ust. 1 zdanie 2 Pzp. W świetle powyższego wskazać należy, iż poprawienie oferty nie może de facto stanowić wytworzenia zupełnie odmiennego, nowego oświadczenia woli wykonawcy, np. w przedmiocie oferowanego świadczenia, czy dowolnego wypełnienia go dodatkową treścią, co do której zamawiający nie posiada żadnych danych i informacji.

Tego typu sytuacja w rozpatrywanym przypadku nie zachodzi. Zamawiający w przedmiarach poszczególnych robót jasno wskazał ilości robót jakie należy przyjąć do sporządzenia kosztorysu (poz. 2, 88, 92, 94, 95, 103, 105, 106). Tym samym w ocenie Izby nie ma najmniejszych wątpliwości jakie wielkości poszczególnych robót winny się znaleźć w omyłkowo przyjętych przez odwołującego pozycjach kosztorysu ofertowego. W związku z powyższym w odniesieniu do wskazanych powyżej pozycji zamawiający winien poprawić ofertę DAN POL poprzez przyjęcie w wadliwych pozycjach kosztorysu ofertowego ilości robót wskazanych w przedmiarach robót załączonych do siwz i dokonać wyliczenia ceny całej pozycji na podstawie tych danych, a następnie skorygować o uzyskaną kwotę cenę oferty w danej części zamówienia a następnie konsekwentnie dokonać zmiany kwoty oferty dla całości zamówienia.

W odniesieniu do pozycji w kosztorysie ofertowym elektrycznym dotyczącym budynku szkoły odwołującego uwidocznionej pod nr 100 - o brzmieniu: „Montaż na dachu zestawu składającego się z regulatora ładowania z czujnikiem zmiernym i dosilaniem z sieci (w wypadku braku prądu w akumulatorze) - 1 szt. panel fotowoltaiczny 130W - 2 szt. akumulator żelowy 120 Ah - 1 szt., rama ze skrzynią do zamontowania akumulatora i regulatora - 1 szt. - kalkulacja własna, obmiar = 15 sztuk, Izba ustaliła, że analogiczna pozycja w zakresie ww. treści, znajduje się przedmiarze robót dotyczącego budynku warsztatów. Różnice dotyczą jedynie jednostek obmiarowych (10 szt.). W przedmiarze robót dotyczącym szkoły zamawiający wymagał wyceny prac dla 15 szt. tych urządzeń natomiast w przedmiarze robót dotyczących warsztatów wycena miała dotyczyć prac na poziomie 10 szt.

Izba dokonała analizy ww. pozycji w kosztorysach ofertowych innych wykonawców, tj. Efekt oraz Eltrans, którzy również złożyli oferty w przedmiotowym postępowaniu pod kątem tożsamości podanych cen jednostkowych. W obu przypadkach wykonawcy podawali identyczne wartości jednostkowe dla obu pozycji wymienionych w kosztorysach ofertowych. Wobec powyższego, zgodzić się należy, że odwołującym, który podnosił, że zamawiający korzystając z ceny jednostkowej podanej w kosztorysie ofertowym dla budynku warsztatów w pozycji 42 kosztorysu ofertowego mógł, co więcej, powinien dokonać oprawienia omyłki w pozycji 100 kosztorysu ofertowego odnoszącego się do budynku szkoły.

W związku z powyższym w odniesieniu do wskazanych powyżej pozycji, tj. poz. 2, 88, 92, 94, 95, 103, 105, 106, zamawiający winien poprawić ofertę DAN POL poprzez przyjęcie w wadliwych pozycjach kosztorysu ofertowego ilości robót wskazanych w przedmiarach robót załączonych do siwz i dokonać wyliczenia ceny całej pozycji na podstawie tych danych. W odniesieniu do pozycji nr 8 zamawiający powinien dokonać poprawy omyłki w ten sposób, że jednostkę obmiarową tj. 15 szt. przemnożyć przez cenę jednostkową podaną w pozycji 42 kosztorysu ofertowego dla budynku warsztatów. Poprzez przeprowadzenie niniejszej operacji matematycznej zamawiający uzyskałby wartość całkowitą dla poz. 100 kosztorysu ofertowego – budynek szkoły. Następnie zamawiający winien skorygować o uzyskaną kwotę cenę oferty w danej części zamówienia i konsekwentnie dokonać zmiany kwoty oferty dla całości zamówienia.

W zakresie znajdującego się na stronie 71 kosztorysu ofertowego działu obejmującego cenę płaszcza z blachy ocynkowanej zamawiający na rozprawie wyjaśnił, że w piśmie z dnia 19 maja 2011 r. (poz. 12 w piśmie zamawiającego z dnia 19 maja 2011 r.) wskazał, że ww. pozycja w ogóle nie została ujęta w cenie ofertowej, co powodowało niezgodność oferty z siwz. Poprzez sprostowanie w formie pisemnej przesłane

odwołującemu zamawiający wskazał DAN POL, że pomylił się w treści pisma z dnia 19 maja 2011 r., ponieważ pozycja została ujęta w kosztorysie na kwotę 39 759 zł, nie mniej jednak kwota ta powinna podlegać doliczeniu do kwoty całkowitej kosztorysu pod nazwą wentylacja o wartości 320 076,87 zł, tym samym wartość całkowita kosztorysu ofertowego winna wynosić 359 835,87 zł. W konsekwencji wartość niniejszej pozycji powinna być doliczona do ceny całkowitej oferty.

Podczas rozprawy odwołujący w obecności przedstawiciela zamawiającego okazał Izbie elementy składające się wartość całkowitą kosztorysu w zakresie wentylacji, wyjaśniając że na wartość 320 076,87 zł składają się: wartość wentylacji auli w kwocie 220 322, 26 zł oraz wentylacja sali o wartości 99 754,61 zł, w której to kwocie został ujęty sporny koszt 39 759 zł. Zamawiający uznał wyjaśnienia i wskazał, że jego przeświadczenie o braku - w całości kosztorysu - kwoty o wartości 39 759 zł wynikało z tego, iż wartość prac objętych niniejszą kwotą została wskazana w wentylacji sali podczas gdy dotyczy wentylacji auli. Tym samym w zakresie zarzutu dotyczącego niedoliczenia do ceny całkowitej kosztorysu w obszarze wentylacji ceny płaszcza z blachy ocynkowanej między stronami przestał istnieć spór.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego unieważnienia postępowania z naruszeniem art. 93 ust. 1 pkt. 1 Pzp, Izba wskazując, że odwołującemu zgodnie z treścią art. 180 ust. 2 Pzp, w przypadku zamówienia o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp, nie przysługuje możliwość zgłaszania zarzutów w odniesieniu czynności unieważnienia niniejszego postępowania prowadzonego przez zamawiającego. Nie mniej jednak wobec uznania przez Izbę zasadności zarzutów w zakresie naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp w związku z odrzuceniem oferty odwołującego bez uprzedniego zastosowania art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy, a tym samym potwierdzenie naruszenia art. 87 ust. 2 pkt. 3 poprzez jego niezastosowanie w stosunku do oferty odwołującego w zakresie poprawienia omyłek w kosztorysie ofertowym odwołującego, Izba wskazuje, że naturalną konsekwencją jest uznanie za nieprawidłową czynności zamawiającego polegającej na unieważnieniu przedmiotowego postępowania w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt. 1 Pzp.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i art. 192 ust. 2 ustawy, orzeczono jak w sentencji.

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

**Przewodniczący:**

.....