

Sygn. akt: KIO 883/12

WYROK
z dnia 14 maja 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek

Protokolant: Magdalena Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 maja 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 kwietnia 2012 r. przez wykonawcę **Konsorcjum: KONCEPT Piotr Szczerba, Zakład Remontowo-Budowlany ULBUD Grzegorz Stolarski, Rynek Wieluński 3, 42-200 Częstochowa**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gmina i Miasto Pajęczno, ul. Parkowa 8/12, 98-330 Pajęczno**

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego i nakazuje dokonanie ponownego badania i oceny ofert.**
2. kosztami postępowania obciąża **Gminę i Miasto Pajęczno, ul. Parkowa 8/12, 98-330 Pajęczno**
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr.** (słownie: dziesięć tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **KONCEPT Piotr Szczerba, Zakład Remontowo-Budowlany ULBUD Grzegorz Stolarski, Rynek Wieluński 3, 42-200 Częstochowa** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2 zasądza od **Gminy i Miasta Pajęczno, ul. Parkowa 8/12, 98-330 Pajęczno**, na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **KONCEPT Piotr Szczerba, Zakład Remontowo-Budowlany ULBUD Grzegorz Stolarski, Rynek Wieluński 3, 42-200 Częstochowa** kwotę **13 600 zł 00 gr.** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 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 **Sieradzu**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina i Miasto Pajęczno prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na termomodernizację i przebudowę Publicznego Gimnazjum w Pajęcznie.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 24 lutego 2012 roku pod poz. 55892 – 2012.

W dniu 30 kwietnia 2012 roku, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia - Piotr Szczerba, prowadzący działalność gospodarczą p.n. Przedsiębiorstwo Koncept oraz Grzegorz Stolarski, prowadzący działalność gospodarczą p.n. Zakład Remontowo – Budowlany ULBUD (dalej odwołujący), wnieśli do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności zamawiającego z dnia 25 kwietnia 2012 roku polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego oraz zaniechaniu dokonania innych czynności w przedmiotowym postępowaniu. Odwołujący wskazał na naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy w związku z art. 89 ust. 1 pkt. 6 ustawy w związku z uznaniem, że oferta odwołującego zawiera błędy w obliczeniu ceny,
2. art. 87 ust. 2 ustawy pzp, w szczególności art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy w związku zaniechaniem poprawienia innych omyłek w zakresie dotyczącym kosztorysu ofertowego, pomimo że poprawienie tej części oferty było możliwe i nie powodowało istotnych zmian w treści oferty,
3. art. 30 ust. 5 ustawy w związku z art. 30 ust. 4 ustawy w związku z uznaniem, że zastosowanie innej technologii w tym m.in. w zakresie środków transportu, użytych narzędzi (np. spawarki) materiałów do uszczelniania, gazów technicznych (tlenu i acetylenu) skutkuje odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 6 ustawy,
4. art. 92 ust. 1 ustawy w związku z brakiem dokonania jednocześnie czynności w postępowaniu - dokonanie jedynie czynności odrzucenia Odwołującego,
5. art. 92 ust. 2 ustawy w związku z brakiem zamieszczenia na stronie internetowej informacji o których mowa w art. 92 ust. 1 ustawy,

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i:

1. nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego,
2. z ostrożności nakazanie zamawiającemu unieważnienia innych czynności tj. ewentualnego wyboru najkorzystniejszej oferty z uwagi na to, że oferta odwołującego jest ofertą najtańszą spośród ofert złożonych w niniejszym postępowaniu, lub

ewentualnego unieważnienia postępowania o ile jakiegokolwiek czynności dalej idące niż odrzucenie zostały podjęte przez zamawiającego, bowiem poza informacją o odrzuceniu zamawiający nie zawiadomił odwołującego o jakichkolwiek innych czynnościach, jak również nie zamieścił żadnych informacji na swojej stronie internetowej,

3. nakazanie zamawiającemu dokonania poprawienia omyłek w kosztorysie ofertowym,
4. zasądzenie kosztów zastępstwa prawnego zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

W uzasadnieniu stawianych zarzutów odwołujący podniósł, że zamawiający wbrew obowiązкови wynikającemu z art. 92 ust. 1 ustawy Pzp zaniechał zawiadomienia wykonawców, którzy złożyli oferty o dokonaniu czynności wyboru oferty wraz z podaniem wszystkich danych wskazanych w przepisie art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp tj. wykonawcach, których oferty zostały odrzucone wbrew nakazowi art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, ewentualnych wykonawcach którzy zostali wykluczeni wraz z informacjami wskazanymi w art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy. Tym samym, zdaniem odwołującego dokonanie jedynie czynności odrzucenia oferty jako czynność sprzeczna z prawem jest nieważna.

W konsekwencji braku dokonania czynności wskazanych w art. 92 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający zaniechał zamieszczenia na stronie internetowej informacji o dokonanych czynności w ramach rozstrzygnięcia niniejszego postępowania, co stoi w sprzeczności z obowiązkiem wynikających z art. 92 ust. 2 ustawy Pzp.

Odwołujący w dalszej kolejności podniósł, że dokonując odrzucenia oferty odwołującego zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy w związku z art. 89 ust. 1 pkt. 6 ustawy. Przepis art. 89 ust. 1 pkt. 6 ustawy wskazuje, że Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera ona błędy w obliczeniu ceny. W doktrynie i orzecznictwie przyjmuje się, że jako błąd w obliczeniu ceny należy kwalifikować zastosowanie błędnej stawki podatku VAT. Błąd w obliczeniu ceny występuje zatem tylko wtedy, gdy w ofercie popełniono omyłki powodujące, że oferty nie da się „uzdrowić”. Tak więc błąd w obliczeniu ceny polega na niezgodności z istniejącym stanem rzeczy. Tym samym, zdaniem odwołującego czynności podjęte w niniejszym postępowaniu stoją w sprzeczności zarówno z przepisami prawa jak i postanowieniami siwz.

Odwołujący wskazał na postanowienia siwz, które powodują, że czynność zamawiającego jest wadliwa (pkt 1.15 rozdz. IV siwz, rozdz. XI Opis sposobu obliczenia ceny) i wywiódł, że pomimo tego, że zamawiający w niektórych miejscach siwz nazywa rozliczenie rozliczeniem kosztorysowym, w innym ryczałtowym, to sposób kalkulowania ceny, w tym w szczególności zobowiązanie do skalkulowania ceny również w oparciu o dokumentację projektową, SWiOR, wizję lokalną a przede wszystkim wskazanie, że cena zostaje ustalona na okres ważności umowy i nie podlega zmianie wskazują na ryczałtowy charakter wynagrodzenia w

niniejszym postępowaniu. Tym samym, zdaniem odwołującego bez znaczenia jest wymóg dołączenia kosztorysów ofertowych a drobne uchybienia w kosztorysie ofertowym (podlegające dodatkowo poprawieniu) nie mogą stanowić podstawy do odrzucenia oferty jako oferty zawierającej błąd z obliczeniu ceny.

Odnosząc się szczegółowo do poszczególnych zarzutów odwołujący wskazał, że:

1. pozycja 314 zarzut zbyt małej długości pręta jest bezzasadny, gdyż zgodnie z oryginalnym KNR (program komputerowy NORMA), za pomocą którego wykonawca opracowywał kosztorys ofertowy jest nakład 99 999 m/sztukę, który należy samodzielnie zmodyfikować czyli należy w zależności od długości odcinka pionowego odgromu wpisać właściwy nakład metrów przypadający na 1 sztukę (czyli pion), Zamawiający nie podał konkretnego nakładu metrów na 1 sztukę i oferent przyjął 1 mb na 1 sztukę, tym samym oferta jest zgodna w tym zakresie z wymogiem siwz. Ponadto ewentualne tego typu odstępstwo od przedmiaru, o ile rzeczywiście istnieje winno zostać poprawione w oparciu o przepis art. 87 ust.2 pkt. 3 ustawy. Przepis art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy jest przepisem bezwzględnie obowiązującym, w tym również odnoszącym się do kosztorysów wykonawczych. Wprowadzony został bowiem w celu uniknięcia przypadków odrzucania ofert z powodu omyłek możliwych do wyeliminowania. Istotą stwierdzenia omyłki poprawialnej w oparciu o ten przepis jest sprzeczność oferty z treścią siwz, możliwość dokonania poprawienia przez Zamawiającego oraz nieistotność poprawionej omyłki w zakresie wpływu tej poprawki na treść oferty. Wszystkie trzy przesłanki znajdują zastosowanie w przedmiotowym stanie faktycznym zarówno w odniesieniu do tej pozycji jak i kolejnych wskazanych w informacji o odrzuceniu. W tym zakresie szerokie i jednolite orzecznictwo potwierdza, że czynność zamawiającego została dokonana z naruszeniem prawa, wskazać należy, m.in. na wyrok KIO 30 czerwca 2010 r. (KIO 1127/10), czy wyrok KIO 30 stycznia 2009 r. (KIO/UZP 70/09), które to orzeczenia wskazują nawet, że poprawieniu podlega nawet omyłka polegająca na pominięciu pozycji przedmiarowej a nie tylko elementu opisu danej pozycji.
2. pozycja 316 - uchwyty do rur ochronnych są konieczne w celu prawidłowego zamocowania rur ochronnych, pozycja w KNR rzeczywiście ich nie zawiera ale bez nich nie jest możliwe wykonanie przedmiotowej czynności, tym samym wykonawca musiał dołożyć ten element do pozycji 316. Takie działanie nie może zostać uznane za sprzeczne z prawem co potwierdza m.in. wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z dnia 23 lutego 2007 r. (sygn. akt. X Ga 23/07/za) w którym czytamy: „Odnosnie zarzutu dotyczącego wskazanego w siwz zakazu odstępstwa od żądanych przedmiarem ilości (w niniejszym postępowaniu zamawiający nie zawarł takiego zastrzeżenia, co więcej nakazał skalkulowanie ceny również w oparciu o

dokumentację, SWiOR oraz wizję lokalną- przyp autora), wszystkich pozycji przedmiaru i opisu pozycji należy stwierdzić, iż wybrana oferta uwzględnia wszystkie pozycje przedmiaru (tj. podaje pozycję katalogową specyfikację techniczną oraz opis pozycji, zaś jedyna niezgodność dotyczy ilości jedynie jednej, z wielu opisanych w sposób prawidłowy i zgodnie z siwz pozycji i obejmuje różnicę wynoszącą 5m³ ziemi - co w efekcie wpłynie na podwyższenie ceny proponowanej przez wybranego wykonawcę o kwotę 399,56 zł, przy oferowanej cenie 1 894 462,42 zł. Cena oferowana przez skarżącego wynosiła 2 567 423,19 zł. Zatem niezgodność ilości z przedmiarem robót , zarówno z uwagi na oferowaną cenę kwestionowanej oferty jak i różnicę cen proponowanych przez wykonawców, nie miała żadnego wpływu na ocenę ofert". Tym niemniej zdaniem Odwołującego uchwyty do rur są niezbędne do ich zamocowania. Dodatkowo wskazać należy, że Zamawiający w "Opisie technicznym do projektu przebudowy wewnętrznej instalacji co. i c.t. w budynku Publicznego Gimnazjum w Pajęcznie ul. Sienkiewicza 7/11" na stronie 12 pisze, że dopuszcza się zamianę projektowanych urządzeń ogrzewczych na jakościowo równoważne w zakresie parametrów, konstrukcji i materiałów, zaś w pkt. 2.1 siwz co do materiałów wskazuje jedynie wymóg dopuszczenia ich do obrotu i stosowania w budownictwie . Tak więc również powyższe wskazuje na prawo do zmiany zarówno materiałów a w konsekwencji elementów (urządzeń i narzędzi) do ich wbudowania w stosunku do przedłożonego przedmiaru.

3. pozycja 342 - zarzut jest nieprawdziwy, zgodnie z oryginalnym nakładem z KNR (program Norma) otrzymujemy wynik 4,14 mg, a nie 3,6240 m-g,
4. pozycja 346 - zarzut nieprawdziwy, w oryginalnym nakładzie z KNR (program NORMA) występuje farba ftalowa w takich ilościach w jakich wskazano w kosztorysie ofertowym,
5. pozycja 424 - w zakresie tej pozycji zamawiający ma możliwości a poprzez to obowiązek wynikający z art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy do poprawienia omyłki, po dokonaniu poprawy cena w zakresie pozycji zwiększy się o 78,40 zł, co bezwzględnie nie jest zmianą istotną (cena oferty 2.308.208,37 zł),
6. pozycja 429 - zarzut nieprawdziwy, zgodnie z oryginalnym nakładem z KNR (program Norma) jest 1,16 r-g/otwór czyli 1,16 x 12 otworów = 13,92 r-g,
7. pozycje 430, 431, 432, 433, 434, 435 - pozycja dotyczy montażu tulei ochronnych z rur stalowych, przy czynności której nie używa się gazów technicznych (acetylenu i tlenu),
8. pozycja 436 - w oryginalnych nakładach w KNR występują łączniki w ilości 4 sztuk - także zarzut, że zamiast konstrukcji stalowej są właśnie te łączniki (kształtki) jest nieprawdziwy - kształtki w pozycji występują i służą do podłączenia wymiennika oraz

w nakładzie oryginalnym występuje również konstrukcja stalowa w ilości 20kg/l sztukę, która jest po prostu wymiennikiem (bo cała pozycja dotyczy właśnie montażu wymiennika a w nakładach materiałów nie ma nic więcej oprócz tych dwóch pozycji) czyli oferent sprecyzował opis materiału wpisując dokładnie, że chodzi o wymiennik oraz podał jego parametry w miejsce nieprecyzyjnego opisu z KNR\ typu konstrukcja stalowa czyli upraszczając w ofercie jest właściwa nazwa „wymiennik”, która odpowiada „konstrukcji stalowej” z oryginalnego KNR.

9. pozycja 448 - oferent dysponuje środkiem transportu z dźwigiem (żurawiem) zainstalowanym na samochodzie, także dodatkowy żuraw jest mu zbędny i ten środek transportu z dźwigiem został ujęty w pozycji w dziale dotyczącym koniecznego sprzętu,
10. pozycja 452 - montaż przedmiotowego regulatora pogodowego nie wymaga użycia spawarki - w związku z czym sprzęt zbędny do wykonania pracy został usunięty,
11. pozycja 466 - robocizna jest policzona zgodnie z oryginalnym nakładem z KNR czyli zarzut nieprawdziwy, materiały: opisany przez Zamawiającego kołnierz stalowy również nie występuje w oryginalnym nakładzie z KNR (program Norma) czyli zarzut nieprawdziwy, sprzęt: zgodnie z oryginalnym nakładem z KNR czyli zarzut nieprawdziwy,
12. pozycje 467, 468, 469 - oferent oferuje filtr osadnikowy (zawarty w wykazie materiałów), który fabrycznie wyposażony jest jako 1 komplet we wszystkie elementy konieczne do jego montażu czyli np. dwuzłączki oraz uchwyty, stąd jedna pozycja w materiałach i jedna cena,
13. pozycje 470, 471 - w oryginalnym nakładzie materiału z KNR (program Norma) kołnierz stalowy nie występuje - zarzut nieprawdziwy,
14. pozycja 475 - folia aluminiowa może być używana do uszczelniania złączy rur żeliwnych jednak oferent preferuje (ze względu na utrzymanie wysokiej jakości swoich usług i trwałość rozwiązań) uszczelnienie złączy sznurem konopnym lub gumowym oraz wypełnienie zaprawą cementową (sznur i zaprawa cementowa zostały przez oferenta ujęte w materiałach pomocniczych dla tej pozycji),
15. pozycje 478, 479, 480 - w celu nie zawyżania (urealnienia) ceny usunięto podparcia ślizgowe oraz łuki jako osobne pozycje w materiale ponieważ materiały pomocnicze wynoszą dla tej pozycji aż 3% czyli podparcia i łuki oferent założył, że są zawarte właśnie w materiałach pomocniczych,
16. pozycje 481, 482, 483, 484, 485 - cena dokładnie takiego samego uchwyty stalowego z wkładką została przez oferenta podana np. w pozycji 347 i jest znana Zamawiającemu, także możliwe jest przeliczenie ceny przez Zamawiającego po uwzględnieniu brakujących uchwyty stalowych z wkładką w ramach obowiązku

wynikającego z art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy. Powyższa zmiana jest nieistotna bowiem wartość dla wszystkich pozycji w konsekwencji to kwota 78,14 zł.

17. pozycja 498 - pozycja dotyczy w tym przypadku odłączenia kotła a nie jego przyłączenia (wg KNR-W 402 0401 02 jest „odłączenie lub przyłączenie” w opisie oryginalnym) oczywiste więc jest, że uszczelki przy odłączaniu są zbędne i dlatego zostały przez oferenta usunięte z materiałów,
18. pozycja 504 - pozycja ta w ofercie dotyczy demontażu komina - spawarka jest niepotrzebna i dlatego została usunięta (Zamawiający jako podstawę do wyceny zaproponował pozycję z KNR dotyczącą montażu komina stąd konieczne jest usunięcie materiałów oraz niektórego sprzętu (spawarka) w celu urealnienia pozycji,
19. pozycja 509 - według oryginalnego KNR nakład robocizny wynosi 2,35r-g/m czyli 2,35 x 2m = 4,70 r-g czyli zarzut nieprawdziwy,
20. pozycja 550 -zarzut nieprawdziwy, wszystko jest zgodne z KNR,
21. pozycja 584 - zarzut nieprawdziwy, wszystko jest zgodne z KNR

Uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania oraz mając na uwadze oświadczenia stron złożone do protokołu rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zamawiający wymagał złożenia wraz z ofertą kosztorysu ofertowego opracowanego zgodnie z załączonymi przedmiarami robót, stanowiącymi załącznik 15 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia (rozdział IV, pkt 1.15 siwz). W dziale XI Opis sposobu obliczenia ceny podał, że:

pkt 2 „Wynagrodzenie ryczałtowe brutto za wykonanie przedmiotu umowy jest ceną kosztorysową, zostaje ustalone na okres ważności umowy i nie podlega zmianie.

pkt 3 Wynagrodzenie kosztorysowe brutto za wykonanie przedmiotu umowy zawiera wszystkie koszty niezbędne do realizacji zamówienia wynikające z dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych, przedmiaru robót jak również nie ujęte w niej, a bez których nie można wykonać zamówienia. Będą to w szczególności następujące koszty: planu BIOZ, wszelkich robót przygotowawczych, porządkowych, wykończeniowych, wykonania robót w obiektach nie wyłączonych z eksploatacji, zagospodarowania terenu budowy, utrzymania zaplecza budowy, ogrodzenia, późniejszej likwidacji terenu budowy, ubezpieczenia budowy, dozoru budowy, przekopów kontrolnych, odtworzenia dróg, chodników, wywóz i utylizacja odpadów budowlanych, zajęcia pasa drogowego i organizacji ruchu na czas prowadzenia robót, wszelkie czynności dodatkowe opisane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i inne czynności niezbędne do wykonania przedmiotu zamówienia.

pkt 4 Cena oferty zostanie wyliczona przez wykonawcę po dokonaniu wizji lokalnej terenu budowy w oparciu o opis przedmiotu zamówienia zawarty w SIWZ, dokumentację projektową, specyfikację techniczną wykonania i odbioru robót budowlanych i przedmiar robót”.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący posiada interes, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, bowiem na skutek naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp może on ponieść szkodę w postaci utraty możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego. Oferta odwołującego jest ofertą z najniższą ceną, w jedynym kryterium oceny ofert jakim jest cena, zatem uwzględnienie zarzutów odwołania stwarza odwołującemu szanse uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego.

Za pozbawioną podstaw prawnych i merytorycznych należy uznać decyzję o odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp z uwagi na to, że oferta zawiera błędy w obliczeniu ceny. Wskazane w decyzji z dnia 24 kwietnia 2012 roku powody odrzucenia oferty odwołującego z całą pewnością nie polegają na błędnym obliczeniu ceny oferty, a co najwyżej mogłyby być rozpatrywane w kontekście niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Jednak zdaniem Izby, wskazane przez zamawiającego błędy w kosztorysie szczegółowym odwołującego nie mogą powodować odrzucenia jego oferty, bowiem mają charakter bądź to omyłek, które winny zostać poprawione w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp bądź w ogóle niezgodność z treścią specyfikacji nie zachodzi.

Przeprowadzona rozprawa wykazała, iż zamawiający dokonał oceny ofert z pominięciem dyspozycji wynikającej z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Przepis ten obliguje zamawiającego do dokonania poprawy treści oferty wykonawcy, o ile niezgodność treści oferty z treścią SIWZ jest wynikiem omyłki której poprawienie nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty. Zamawiający przed podjęciem decyzji o odrzuceniu oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp ma obowiązek dokonać analizy czy nie zachodzą przesłanki określone w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Bez znaczenia dla oceny prawnej zaistniałego stanu faktycznego pozostaje charakter przewidzianego przez zamawiającego wynagrodzenia, bowiem poprawienie omyłek w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp dotyczy zarówno postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, w których zamawiający przewidział wynagrodzenie ryczałtowe, jak i tych, w których zamawiający przewidział wynagrodzenie kosztorysowe.

Stwierdzając dopuszczalność poprawienia omyłek w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, w poz. 424 i 481 - 485 polegających na niezgodnym z przedmiarem podaniu ilości materiałów i sprzętu, Izba wzięła pod uwagę okoliczność, że zmianie ulegnie zaledwie kilka z kilkuset pozycji kosztorysowych a zmiana ceny oferty o 156, 54 zł nie jest istotna i nie wpłynie na wybór oferty.

Ponadto, w toku rozprawy odwołujący stwierdził, że drobne różnice w ilościach czy rozbieżności w opisie pozycji kosztorysowych mogą wynikać z wersji programu NORMA za pomocą którego sporządzany jest kosztorys. Izba podkreśla, że zgodnie z ugruntowanym poglądem orzecznictwa i doktryny wykonawca nie może ponosić negatywnych konsekwencji sporządzenia kosztorysu ofertowego przy pomocy innej wersji programu NORMA, niż wersja zastosowana przez zamawiającego.

Odnosząc się szczegółowo do wskazanych w decyzji o odrzuceniu oferty błędów w kosztorysie odwołującego, Izba zważyła, co następuje:

1. poz. 314 materiał: pręt ocynkowany jest 18m a winno być 18,72 m.

Izba podziela stanowisko odwołującego, że zarzut ten jest bezzasadny, a błąd w kosztorysie ofertowym odwołującego ogóle nie występuje. W oryginalnym KNR (wydruk z programu NORMA - PRO wersja 4,24a) KNNNR 5 0609-03 w poz. materiały podano „pręty ocynkowane o śr. do 18 mm, nakład 99 999m/szt. Zasadnym jest przyjęcie 1mb na 1 szt, tym bardziej, że zamawiający nie podał konkretnego nakładu metrów na 1 szt. Niezależnie od powyższego, nawet gdyby hipotetycznie przyjąć, że występuje różnica w długości pręta, to różnica wynosząca 0, 72 m nie jest różnicą istotną i winna podlegać poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

2. pozycja 316 - dodano uchwyty do rur z PCW w ilości 392 szt.

W przypadku dodania materiałów, które w ocenie odwołującego są niezbędne do prawidłowego wykonania zamówienia nie można mówić o niezgodności treści oferty z treścią siwz, a tym bardziej o błędzie w obliczeniu ceny (art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp).

Izba uznała za zasadne stanowisko odwołującego, że uchwyty do rur są konieczne dla prawidłowego zamontowania rur ochronnych, mimo iż pozycja KNR ich nie zawiera.

3. pozycja 342 sprzęt: samochód skrzyniowy do 5t w ilości 4,14 m-g zamiast w ilości 3,6240 m-g.

Omyłka ta nie ma istotnego znaczenia i może zostać poprawiona w trybie art. 87 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp. Zwrócić należy uwagę, że nakład przewidziany w kosztorysie odwołującego 4,14 m-g jest większy niż podany przez zamawiającego, zatem poprawienie omyłki nie doprowadzi do zwiększenia ceny oferty.

4. poz. 346 – materiał: dodano farbę ftalową w ilości 119,6910 dm³

W oryginalnym KNR, przedłożonym przez odwołującego w toku rozprawy, występuje farba ftalowa nawierzchniowa ogólnego zastosowania, zatem twierdzenie zamawiającego co do dodania farby ftalowej jest bezpodstawny.

5. poz. 424 zły obmiar jest 12m a winno być 20 m.

Omyłka ta winna być poprawiona w trybie art. 87 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp jako niepowodująca istotnych zmian w treści oferty. Zamawiający ma wszelkie dane do dokonania poprawienia tej omyłki, a jak wykazał odwołujący poprawienie omyłki spowoduje zwiększenie ceny o 78, 40 zł, co przy cenie oferty wynoszącej 2 308 208, 37 zł jest zmianą nieistotną.

6. poz. 429 robocizna: jest 13, 92 r-g a winno być 20, 88 r-g.

Zgodnie z przedłożonym przez odwołującego w toku rozprawy oryginalnym KNR robocizna: 1,16 r-g/otw. Przy 12 otworach robocizna winna wynosić 12x 1,16 r-g, co daje 13, 92 r-g, zatem twierdzenie zamawiającego jest bezpodstawne. Nawet, gdyby hipotetycznie przyjąć, że robocizna w poz. 429 winna wynosić 20, 88 r-g a nie 13, 92 r-g, to omyłka taka winna zostać poprawiona w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp jako nieistotna.

7. poz. 430, 431, 432, 433, 434, 435: brak acetylenu technicznego rozpuszczonego i tlenu technicznego sprężonego w ilościach podanych przez zamawiającego.

Izba dała wiarę odwołującemu, że w pozycjach tych dotyczących montażu tulei ochronnych z rur stalowych nie używa się gazów technicznych (acetylenu, tlenu).

8. poz. 436 materiał: zamiast konstrukcji stalowej 20 kg jest „kształtki stalowe” do rur w ilości 4 szt.

W kosztorysie ofertowym odwołującego we wskazanej pozycji ujęto: kształtki stalowe do rur w ilości 4szt. jak również „wymienniki płytowy ciepłej wody o mocy 700kW typ APV N35 1 szt., w oryginalnym KNR, przedłożonym przez odwołującego w toku rozprawy podano: łączniki z żeliwa ciągliwego ocynkowane – 4 szt., konstrukcja stalowa – 20 kg/szt. Izba dała wiarę twierdzeniu odwołującego, że różnica polega wyłącznie w nazewnictwie. Odwołujący ujął w kosztorysie wymiennik płytowy ciepłej wody o mocy 700 kW typ APV N35 rozumiany jako całość, na którą składają się konstrukcja stalowa i łączniki z żeliwa. Zatem zarzut w tym zakresie jest bezpodstawny.

9. poz. 448 sprzęt: brakuje żurawia w ilości 0,91 m-g.

Zasadnym jest stanowisko odwołującego, że skoro dysponuje środkiem transportu z dźwigiem (żurawiem) to zbędne i bezprzedmiotowe jest ujmowanie dodatkowo pracy samego żurawia.

10. poz. 452 sprzęt: brakuje spawarki w ilości 3,9 m-g

Zdaniem odwołującego montaż regulatora pogodowego nie wymaga użycia spawarki, zatem nie ujął pracy tego sprzętu w kosztorysie, co jest działaniem zasadnym. Niezależnie od powyższego, nawet gdyby przyjąć, że praca spawarki winna być ujęta, bo jest niezbędna do montażu regulatora pogodowego, to poprawienie tej omyłki nie w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie wpłynie w istotny sposób na treść oferty.

11. poz. 466 robocizna: jest 0,6800 r-g a winno być 2,4400 r-g materiał brak kołnierza stalowego szt. 2, sprzęt: środek transportowy jest 0,04 m-g a winno być 0,13 m-g.

Robocizna 0,6800 r-g jest podana zgodnie z nakładem z KNR, wynikającym z przedłożonego przez odwołującego wydruku, kołnierz stalowy nie występuje w oryginalnym KNR, również nakład pracy sprzętu jest zgodny z KNR. Zatem zarzut jest bezpodstawny.

12. poz. 467, 468 i 469 – materiał: brak okołozłączki przejściowej szt. 8, uchwyt stalowy z wkładką elastyczną szt. 4

Odwołujący wyjaśnił, że oferuje w tych pozycjach kosztorysowych filtr osadnikowy, który zawarł w zestawieniu materiałów. Filtr ten jest fabrycznie wyposażony we wszystkie niezbędne elementy do jego montażu, w tym okołozłączki i uchwyty, stąd nie ma podstaw aby ujmować te materiały odrębnie. Zatem zarzut jest bezpodstawny.

13. poz. 470 i 471 – materiał: brak kołnierza stalowego szt. 6.

Zgodnie z KNR przedstawionym przez odwołującego w toku rozprawy w kwestionowanych pozycjach nie występuje kołnierz stalowy, zatem wykonawca postąpił właściwie nie ujmując tej pozycji w materiałach. Zarzut jest bezpodstawny.

14. poz. 475 – materiał: brak folii aluminiowej w ilości 0,2800kg

Odwołujący wyjaśnił w toku rozprawy, że oferuje do uszczelniania złączy rur żeliwnych uszczelnienie złączy sznurem konopnym lub gumowym oraz wypełnienie zaprawą cementową. W jego ocenie zastosowane rozwiązanie jest bardziej trwałe od uszczelnienia folią aluminiową. Zamawiający nie odniósł się do stanowiska odwołującego w tym zakresie, przyznając jedynie, że w toku badania i oceny ofert nie oceniał czy zaproponowane przez wykonawców rozwiązania są równoważne w stosunku do wymaganych. W szczególności nie ocenił, czy zastosowane przez wykonawcę uszczelnienie sznurem konopnym lub gumowym jest równoważne z opisanym w przez zamawiającego uszczelnieniem folią aluminiową. Izba podkreśla, że obowiązkiem zamawiającego, dopuszczającego złożenie ofert równoważnych jest ocena czy zaproponowane rozwiązania odpowiadają jego wymaganiom. Oceny tej zamawiający będzie mógł dokonać w toku ponownego badania i oceny ofert.

15. poz. 478-480 – materiał: brak podparcia ślizgowe wspornikowe, uchwyty do rur w ilościach podanych przez zamawiającego.

Odwołujący wyjaśnił, że podparcia ślizgowe i uchwyty do rur ujął w materiałach pomocniczych, które dla każdej pozycji wynoszą 3%.

16. poz. 481-485 materiał: brak uchwyt stalowy z wkładką elastyczną.

Omyłkę tą należy poprawić w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, jako omyłkę nieistotną. Po uwzględnieniu brakujących uchwytów cena tych pozycji zwiększy się zaledwie o 78, 14 zł, co przesądza o jej nieistotności. Zamawiający posiada wszelkie dane, aby dokonać poprawienia tej omyłki samodzielnie.

17. poz. 498 – materiał: brak uszczelki w ilości 40 szt.

Pozycja KNR, w przedłożonym przez odwołującego wydruku mówi o „odłączeniu lub przyłączeniu”, pozycja w ofercie dotyczy odłączenia kotła, do której to czynności zbędne są uszczelki. Zatem zasadnym było nie ujmowanie ich w cenie materiałów.

18. poz. 504 – sprzęt: brak spawarki w ilości 20, 52 m-g.

Pozycja dotyczy demontażu komina, do którego spawarka nie jest potrzebna, tymczasem zamawiający podał jako podstawę wyceny pozycję KNR dotyczącą montażu. Z uwagi na charakter pracy (demontaż a nie montaż) zasadnym było nie ujmowanie w cenie tej pozycji spawarki.

19. poz. 509 robocizna: jest 4, 7 r-g a winno być 7,05 r-g

20. poz. 550 robocizna: jest 20, 3597 a winno być 24,987 r-g

21. poz. 584 robocizna: jest 6, 3160 a winno być 6.28 r-g

Zgodnie z KNR przedstawionym przez odwołującego nakład robocizny w tych pozycjach został wyceniony poprawnie.

Zamawiający w toku rozprawy przyznał, że naruszył dyspozycję art. 92 ust. 1 pkt 1 i 2 przez brak jednoczesnego przekazania zawiadomienia do wykonawców o odrzuceniu ofert oraz brak pełnego podania zakresu informacji wymaganych w tym przepisie tj. informacji o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone z podaniem uzasadnienia prawnego i faktycznego. Ponadto zamawiający przyznał, że naruszył przepis art. 92 ust. 2 ustawy Pzp przez brak zamieszczenia informacji, o których mowa w art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp na stronie internetowej. Naruszenia te jakkolwiek mają charakter formalny i pozostają bez wpływu na wynik postępowania, są bezsporne i winny zostać przez zamawiającego usunięte w toku ponownego badania i oceny ofert.

Reasumując, Izba uznała, że wskazane przez odwołującego naruszenia miały wpływ na wynik postępowania, zatem w oparciu o art. 192 ust. 2 ustawy Pzp uwzględniła odwołanie i nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz nakazała dokonanie ponownego badania i oceny ofert.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

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

Izba zaliczyła do kosztów postępowania odwoławczego kwotę wpisu uiszczoną przez odwołującego, a także poniesione przez odwołującego koszty wynagrodzenia pełnomocnika ograniczone do kwoty maksymalnej określonej w przepisach rozporządzenia.

Przewodniczący: