

Sygn. akt: KIO 1852/12

WYROK
z dnia 13 września 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący : Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Radosław Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 września 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 sierpnia 2012 r. przez **ENVIROTECH Sp. z o.o., ul. Jana Kochanowskiego 7, 60-845 Poznań** w postępowaniu prowadzonym przez **4 Wojskowy Szpital Kliniczny z Polikliniką Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej, ul. Weigla 5, 50-981 Wrocław Kroczyce**

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego, a w konsekwencji także wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w której ramach nakazuje poprawienie w ofercie Odwołującego „innych omyłek” na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp zgodnie ze wskazaniem zawartym w uzasadnieniu, jak również wyjaśnienie w trybie art. 87 ust.1 Pzp, z uwagi na ich kluczowy charakter, dodatkowych zagadnień wskazanych w uzasadnieniu;**
- 2. kosztami postępowania obciąża 4 Wojskowy Szpital Kliniczny z Polikliniką Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej, ul. Weigla 5, 50-981 Wrocław Kroczyce i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez ENVIROTECH**

Sp. z o.o., ul. Jana Kochanowskiego 7, 60-845 Poznań tytułem wpisu od odwołania;

- 2.2. nakazuje dokonać wpłaty kwoty **13.846 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy osiemset czterdzieści sześć złotych zero groszy) przez **4 Wojskowy Szpital Kliniczny z Polikliniką Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej, ul. Weigla 5, 50-981 Wrocław Kroczyce** na rzecz wykonawcy **ENVIROTECH Sp. z o.o., ul. Jana Kochanowskiego 7, 60-845 Poznań** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **we Wrocławiu.**

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Postępowanie prowadzone w trybie przetargu ograniczonego na roboty budowlane; znak sprawy Zamawiającego 76/Log./2012, tzn. na modernizację rezerwowych źródeł zasilania i systemu ciepłego - termomodernizacja obiektów szpitala (zadanie inwestycyjne 91314) - budowa instalacji ciepła technologicznego wraz z wymianą sieci c.o. i c.w.u., zostało wszczęte ogłoszeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych Nr 211474 – 2012, data zamieszczenia 20.06.2012 r. przez 4 Wojskowy Szpital Kliniczny z Polikliniką Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej, ul. Weigla 5, 50-981 Wrocław Kroczyce zwany dalej: „Zamawiającym”.

W dniu 27.08.2012 r. (faxem) Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej firmy: NTG Gaworski J..... G....., ul. Grodkowska 56, 48-300 Nysa oraz odrzuceniu oferty firmy na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) zwanej dalej: „Pzp”: ENVIROTECH Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, ul. Jana Kochanowskiego 7, 60-845 Poznań zwanej dalej: „ENVIROTECH Sp. z o.o.” albo „Odwołującym”. Zamawiający wskazał na następujące podstawy odrzucenia.

2. Rodzaj robót: Przebudowa przyłączy c.o., c.t oraz przebudowa instalacji c.o. w zakresie przewodów rozdzielczych w piwnicach budynku nr 1.

Lp.	Kosztorys ofertowy		Przedmiary robót zamawiającego		
	Pozycja	Norma	Pozycja	Norma	
1	1.1.70	KNR 201-03-17-04-00	1,1,1 7	KNR 201-0317-04	Obmiar w kosztorysie ofertowym zaniżono w stosunku do przedmiaru zamawiającego
2	1.1 100	WKNR W402-W-06-09-00	1,1,1 10	KNR W402-0506-08	Przejęto pozycje katalogową niezgodną z przedmiarem zamawiającego
3	1.1 200	KNR 231-05-11-03-00	1,1,1 20	NNRNKB 231-0511-03	Przejęto pozycje katalogową niezgodną z przedmiarem zamawiającego
4	1.1 230	KNR 404-11-04-01-00	1,1,1 23	KNR 404-1107-02	Przejęto pozycje katalogową niezgodną z przedmiarem zamawiającego
5	1,1 240	KNR 404-11-04-03-00	1,1,1 24	KNR 404-1107-04	Przejęto pozycje katalogową niezgodną z przedmiarem zamawiającego
6	1,2 250	WKNR W219-01-19-02-01	1,2,1 25	KNR W219-0119-03	Przejęto pozycje katalogową niezgodną z przedmiarem zamawiającego
7	1,2 260	WKNR W219-01 -19-03-00	1,2,1 26	KNR W219-0119-04	Przejęto pozycje katalogową niezgodną z przedmiarem zamawiającego
8	1,2 300	WKNR W220-05-01-02-10	1,2,1 30	KNR W220-0501-03	Przejęto pozycje katalogową niezgodną z przedmiarem zamawiającego

9	1,2 350	KNR 220-02-12-02-00	1,2,1 35	KNR 220-0212-01 p. analogię	Przejęto pozycje katalogową niezgodna z przedmiarem zamawiającego
10	1,2 360	KNR 220-02-12-02-00	1,2,1 36	KNR 220-0212-01 p. analogię	Przejęto pozycje katalogową niezgodna z przedmiarem zamawiającego
11	1,2 380	KNR 401-07-11-03-00	1,2,1 38	KNR 401-0711-03	W kosztorysie ofertowym jest zawyżona ilość wapna hydratyzowanego w stosunku do przedmiaru zamawiającego.
12	1,2 390	KNK 728-02-11-02-00	1,2,139	KNR 728-0211-02	Przejęto pozycje katalogową niezgodna z przedmiarem zamawiającego
13	1,2 400	KNK 728-02-11-02-00	1,2,1 40	KNR 728-0211-03	Przejęto pozycje katalogową niezgodna z przedmiarem zamawiającego
14	1,2410	KNK 728-02-11-02-01	1,2,1 41	KNR 728-0211-04	Przejęto pozycje katalogową niezgodna z przedmiarem zamawiającego
15	1,2 420	WKNR W220-05-08-01-00	1,2,1 42	KNR W220-0508-01	W kosztorysie ofertowym dodane są pozycje: pianka nr 10, agregat prądotwórczy których nie wyszczególniono w przedmiarze zamawiającego
16	1,2 440	000-00-00-00-00	1,2,1 44	kalk. własna -dopłata	W kosztorysie ofertowym obmiar jest zwiększony w stosunku do przedmiaru zamawiającego.
17	1,2 450	000-00-00-00-00	1,2,1 45	kalk. własna -dopłata	W kosztorysie ofertowym obmiar jest zwiększony w stosunku do przedmiaru zamawiającego.
18	1,2 460	WKNR W215-05-18-01-02	1,2,1 46	KNR W215-0518-01	W kosztorysie ofertowym jest zawyżona ilość robocizny w stosunku do przedmiaru zamawiającego.
19	1,2 480	WKNRW215-05-18-02-01	1,2,1 48	KNR W215-0518-03	Przyjęto pozycje katalogową niezgodna z przedmiarem zamawiającego
20	1,2 590	WKNR W402-05-06-09-00	1,3,159	KNR W402-0506-08	Przyjęto pozycje katalogową niezgodna z przedmiarem zamawiającego
21	1,3 600	KNR 404-11-04-01-00	1,3,1 60	KNR 404-1107-02	Przyjęto pozycje katalogową niezgodna z przedmiarem zamawiającego
22	1,3610	KNR 404-11-04-03-00	1,3,1 61	KNR 404-1107-04	Przyjęto pozycje katalogową niezgodna z przedmiarem zamawiającego
23	1,4 770	KNK 728-02-11-01-00	1,3,2 76	KNR 728-02-11-01	Przyjęto pozycje katalogową niezgodna z przedmiarem zamawiającego
24	1,4 800	KNR 220-03-07-01-00	1,3,2 80	KNR 220-0307-01	W kosztorysie ofertowym obmiar jest zwiększony w stosunku do przedmiaru zamawiającego.
25	1,4 830	KNR 215-04-08-01-01	1,3,2 83	KNR 215-0408-01	W kosztorysie ofertowym jest dodany samochód dostawczy który nie jest wyszczególniony w przedmiarze zamawiającego.
26	1,4 1110	KNR 216-03-06-05-00	1,3,2 1 1 1	KNR 216-0306-02	Przyjęto pozycje katalogową niezgodna z przedmiarem zamawiającego
27	1,4 1120	KNR 216-03-08-09-00	1,3,2 112	KNR 216-0306-02	Przyjęto pozycje katalogową niezgodna z przedmiarem zamawiającego
28	1,4 1130	KNR 216-03-09-04-01	1,3,2 113	KNR 216-0307-03	Przyjęto pozycje katalogową niezgodna z przedmiarem zamawiającego

29	1,4 1200	KNR 712-02-01-04-10	1,3,2 120	KNR 712-0201-04	Nakłady w pozycjach kosztorysów ofertowych są zawyżone w stosunku do przedmiaru zamawiającego
30	1.4 1210	KNR 712-02-01-05-10	1.3,2 121	KNR 712-0201-05	Nakłady w pozycjach kosztorysów ofertowych są zawyżone w stosunku do przedmiaru zamawiającego
31	1.4 1240	KNR 216-03-06-05-00	1,3,2 124	KNR 216-0306-02	Przyjęto pozycje katalogową niezgodną z przedmiarem zamawiającego
32	1.4 1250	KNR 216-03-08-09-00	1,3,2 125	KNR 216-0306-02	Przyjęto pozycje katalogową niezgodną z przedmiarem zamawiającego
33	1,4 1260	KNR 216-03-09-04-01	1,3,2 126	KNR 216-0307-03	Przyjęto pozycje katalogową niezgodną z przedmiarem zamawiającego
34	1.4 1280	KNR216-03-09-11-01	1,3,2 128	KNR 216-03-09-11	Nakłady w pozycjach kosztorysów ofertowych są niezgodne w stosunku do przedmiaru zamawiającego
35	1,5 1340	KNK 728-02-03-15-00	1,3,3 134	KNR 728-0203-15	Przyjęto pozycje katalogową niezgodną z przedmiarem zamawiającego
36	1,5 1390	KNR 202-10-25-01-00	1,3,3 139	NNRNKB 202-1025-01	Przyjęto pozycje katalogową niezgodną z przedmiarem zamawiającego
37	1.5 1460	KNR 202-11-34-02-00	1,3,3 146	NNRNKB 202-1134-02	Przyjęto pozycje katalogową niezgodną z przedmiarem zamawiającego
38	1.5 1510	KNR 202-11-02-03-00	1.3.3 151	KNR 202-11-02-03	W kosztorysie ofertowym są dodane materiały, które nie są wyszczególnione w przedmiarze zamawiającego.
39	1,5 1530	KNR 202-11-34-02-00	1.3.3 153	NNRNKB 202-1134-01	Przyjęto pozycje katalogową niezgodną z przedmiarem zamawiającego
40	1,5 1540	KNR 202-06-07-01-00	1.3.3 154	KNR 202-06-07-01-00	W kosztorysie ofertowym są dodane materiały które nie są wyszczególnione w przedmiarze zamawiającego.
41	1,5 1550	KNR 202-11-18-08-00	1,3,3 155	KNR 0-12-1118-04	Przyjęto pozycje katalogową niezgodną z przedmiarem zamawiającego
42	2,1 1900	KNK 728-02-11-01-00	2,1,1 190	KNR 728-0211-01 p. analogię	Przyjęto pozycje katalogową nie/godną z przedmiarem zamawiającego
43	2.1 1950	KNR215-04-08-O'l-Ol	2.1.1 195	KNR 215-0408-01	W kosztorysie ofertowym jest dodany samochód dostawczy który nie jest wyszczególniony w przedmiarze zamawiającego.
44	2.1 1960	KNR 215-04-08-02-00	2.1.1 196	KNR W215-0411-02	Przejęto pozycje katalogową niezgodną z przedmiarem zamawiającego
45	2,1 1970	KNR 215-04-08-03-00	2,1,1 197	KNR W215-0411-04	Przejęto pozycje katalogową niezgodną z przedmiarem zamawiającego
46	2,1 2480	KNR 216-03-06-05-00	2,1,1 248	KNR 216-03-06-02	Przejęto pozycje katalogową niezgodną z przedmiarem zamawiającego
47	2,1 2490	KNR 216-03-08-09-00	2,1,1 249	KNR 216-03-06-02	Przyjęto pozycje katalogową nie/godną z przedmiarem zamawiającego

48	2.1 2500	KNR 216-03-09-04-01	2,1,1250	KNR 216-03-07-03	Przyjęto pozycje katalogową niezgodną z przedmiarem zamawiającego
----	----------	---------------------	----------	------------------	---

2. Rodzaj robót: Przebudowa przyłączy c.o. oraz c.t, między budynkami nr 1,37,43,44

Różnice między kosztorysami inwestorskim a ofertowym

Lp.	Kosztorys ofertowy		Kosztorys inwestorski		
	Pozycja	Norma	Pozycja	Norma	
1	1,1 120	KNR 231-0511-03-00	1,1,1 12	NRRNKB 231-0511-03	Przyjęto pozycje katalogową niezgodną z przedmiarem zamawiającego
2	1,1 140	KNR 404-1104-02-00	1,1,1 14	KNR 404-1107-02	Przyjęto pozycje katalogową niezgodną z przedmiarem zamawiającego
3	1,1 150	KNR 404-1104-03-00	1,1,1 15	KNR 404-1107-04	Przyjęto pozycje katalogową niezgodną z przedmiarem zamawiającego
4	1,2 420	KNR 251-04-09-01-10	1,2,1 42	KNR W215-0518-01	Przyjęto pozycje katalogową niezgodną z przedmiarem zamawiającego
5	1,2 430	KNR 215-0409-01-80	1,2,1 24	KNR W215-0518-01	Przyjęto pozycje katalogową niezgodną z przedmiarem zamawiającego
6	1,2 440	KNR 215-0409-02-80	1,2,1 44	KNR W215-0518-01	Przyjęto pozycje katalogową niezgodną z przedmiarem zamawiającego
7	1,2 450	KNR 215-0409-03-30	1,2,1 45	KNRW215-0518-01	Przyjęto pozycje katalogową niezgodną z przedmiarem zamawiającego
8	1,2 460	KNR 215-0409-03-60	1,2,146	KNRW215-0518-02	Przyjęto pozycje katalogową niezgodną z przedmiarem zamawiającego

W dniu 31.08.2012 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) wpłynęło na podstawie art. 180 i nast. Pzp odwołanie ENVIROTECH Sp. z o.o. na ww. czynności. Kopia odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 31.08.2012 r. (faxem). W związku z podjęciem przez Zamawiającego czynności odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiającemu zarzucił naruszenie:

1) art. 7 ust. 1 i 3 Pzp poprzez przeprowadzenie Postępowania w sposób nie zapewniający równego traktowania wykonawców oraz zachowania uczciwej konkurencji oraz wybór oferty „najkorzystniejszej” niezgodnie z przepisami Pzp,

2) art. 87 ust. 1 w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp poprzez jego niezastosowanie i w konsekwencji uznanie, że niezgodności ujawnione w kosztorysie ofertowym Odwołującego nie kwalifikują się jako niezgodności podlegające wyjaśnieniu, co doprowadziłoby do poprawienia oferty Odwołującego w trybie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp,

3) art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp poprzez brak poprawienia w ofercie Odwołującego omyłek polegających na niezgodności oferty ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia zwana dalej: „SIWZ”, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty i nadających się do

poprawienia zgodnie z wymogami Pzp.

4) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp - poprzez bezprawne odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo braku rzeczywistych i uzasadnionych przesłanek do odrzucenia oferty Odwołującego w tym trybie, które to naruszenia miały wpływ na podjęcie przez Zamawiającego bezprawnej czynności w postaci odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Odwołujący wnosił o unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na bezprawnym odrzuceniu jego oferty oraz nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego, a to w celu wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu.

Odwołujący wskazał, że otrzymał za pośrednictwem faksu zawiadomienie o wyniku Postępowania z którego treści dowiedział się, że wobec odrzucenia oferty innego Wykonawcy oraz pomimo uzyskania przez jego ofertę, która winna być sklasyfikowana jako ważna, niepodlegająca odrzuceniu oferta na pierwszym miejscu względem kryterium cena 100% najlepszej ceny w postępowaniu, oferta Odwołującego została odrzucona na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jako nie spełniająca wymagań zawartych w SIWZ. W zawiadomieniu o wyniku postępowania scharakteryzował niezgodności w tabeli wskazując, że:

- 1) w kosztorysie ofertowym występują różnice w stosunku do kosztorysu inwestorskiego;
- 2) oraz w tabeli ujął różnice pomiędzy złożonym przez Odwołującego kosztorysie ofertowym w stosunku do przedmiaru Zamawiającego.

Odnośnie ad. 1) Odwołujący wskazał, że Zamawiający wobec tak postawionego zarzutu nie dokonał opisu przedmiotu zamówienia w sposób prawidłowy oraz nie wymagał zgodności kosztorysu ofertowego Wykonawców w stosunku do kosztorysu inwestorskiego. Zamawiający nie ujawnił i nie udostępnił wykonawcom kosztorysu inwestorskiego w Postępowaniu, wobec czego nie może jako podstawę odrzucenia oferty Odwołującego wskazywać, że niezgodności wystąpiły w kosztorysie ofertowym w stosunku do kosztorysu inwestorskiego. Poddaje to w wątpliwość rzetelność dokonanej oceny oraz podstawę odrzucenia oferty Odwołującego, który nie mógł zapoznać się z wymaganiami Zamawiającego w tym zakresie. Odwołujący nie ma wiedzy, czy pomiędzy kosztorysem inwestorskim, a udostępnionym przedmiarem (kosztorysem ślepy) występują jakiegokolwiek różnice i jaka jest ich waga. Nadto, jak stwierdził Odwołujący, zgodnie z utrwalonym orzecznictwem KIO oraz SO, wady, niespójności i błędy zamawiającego, które mają wpływ na sporządzenie oferty wykonawcy nie mogą powodować dla wykonawcy negatywnych skutków (za wyrokiem KIO z 06.03.2008 r., sygn. akt: 151/08 oraz wyrokiem SO w Warszawie z dnia 22.11.2005 r., sygn. akt: V Ca 659/05).

Odnośnie ad 2) Odwołujący stwierdził, że w tabeli stanowiącej treść zawiadomienia

o odrzuceniu oferty Zamawiający wskazał różnice przyjętych przez Odwołującego w kosztorysie ofertowym pozycji w stosunku do przedmiaru. Zwrócił uwagę, iż Zamawiający ani nie wnioskował przed odrzuceniem oferty Odwołującego o udzielenie wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 Pzp w zakresie tego, co jest powodem różnic i z czego one wynikają ani też ich nie poprawił na podstawie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, choć do tego był zobligowany.

Różnice wskazane przez Zamawiającego wynikają, w jego ocenie, z następujących przyczyn:

1) Zamawiający błędnie podał numer normy w stosunku do opisu normy (numer normy podany przez Zamawiającego nie odpowiadał podanej przez niego treści normy). Dotyczy to wielu pozycji z tabeli przedstawionej przez Zamawiającego, stanowiącej podstawę do odrzucenia oferty Odwołującego.

Np.: L.p. 46) dotyczy pozycji kosztorysowej 248

Numer normy KNR 216-03-06-02 podany w przedmiarze odnosi się do „*Izolacja rurociągów otulinami z wełny mineralnej 0 48/30*”

Natomiast w zamieszczonym opisie Zamawiający wymagał „*Jednowarstwowa izolacja o grub. 40mm otulinami PUR z pł. PVC rurociągów o śr. zew. 48mm*”

W związku z tym dostosował numer normy do wymagań wpisując normę KNR 216-03-06-05 „*Izolacja rurociągów otulinami z wełny mineralnej 0 48/40*”.

2) Zamawiający odwołuje się do informacji zawartych w kosztorysie inwestorskim, do których Odwołujący nie miał wglądu. Dotyczy to dziesięciu pozycji w tabeli Zamawiającego stanowiącej podstawę do odrzucenia oferty Odwołującego.

Np.: L.p. 11) dotyczy pozycji kosztorysowej 38.

Zarzut - „*W kosztorysie jest zawyżona ilość wapna hydratyzowanego w stosunku do przedmiaru zamawiającego*”.

Zamawiający odwołuje się do informacji zawartych i widocznych jedynie w Kosztorysie Inwestorskim, który nie był udostępniany na etapie przetargu do wglądu dla oferentów. Oferenci do dyspozycji mieli przedmiary, które są podawane jedynie w sposób uproszczony (tj. numer normy, jej nazwa oraz liczba elementów normowych). Norma w rzeczywistości zawiera taką ilość wapna, jaką podaliśmy bez zmian w naszym kosztorysie. Aby ją zmienić należy dokonać ingerencji wewnątrz normy, co jest możliwe, ale na podstawie przedmiarów nie było wiadomo, że tego oczekuje Zamawiający

Nie jest możliwe określenie przez Wykonawcę różnicy w cenie dla zakwestionowanej w ten sposób pozycji, ponieważ tylko Zamawiający wie o ile różni się „*ilość wapna hydratyzowanego*” w Kosztorysie Inwestorskim w stosunku do ilości określanej przez niekorygowaną normę (w Kosztorysie ofertowym Odwołującego). Zamawiający może więc obliczyć wielkość tej różnicy.

3) Błąd w obmiarze.

Np.: L.p. 16) dotyczy pozycji kosztorysowej 44. Przedmiar wskazywał na 6 szt. a Odwołujący wpisał 12 szt. W efekcie cena ofertowa Odwołującego jest zawyżona o 297,66-zł. Na skutek tego typu nieistotnych błędów w obliczeniu ceny (które to Zamawiający był zobowiązany skorygować we własnym zakresie) w obmiarze cena oferty Odwołującego powinna zostać przez Zamawiającego skorygowana łącznie o 4.490,06-zł w dół. Wartość ta jest nie istotna z punktu widzenia rankingu wykonawców, ponieważ różnice w ofertach oscylowały wokół 50-100 tys. zł, zaś wartość sumaryczna całości omyłek po ich poprawieniu to niespełna 5 tys. złotych, o czym Zamawiający ma pełną wiedzę.

4) Błędy literowe programu kosztorysowego. Np.: L.p. 12) dotyczy pozycji kosztorysowej 39

Program kosztorysowy którym się posługiwał Odwołujący, normę KNR 728-...- podaną przez Zamawiającego - wskazał na wydruku kosztorysu ofertowego z błędem literowym jako normę KNK 728-.... Pozostałe normy z grupy KNR 72X-... program kosztorysowy używany przez Odwołującego podał bez przeinaczeń. .

5) Zmiany numerów norm na inne (tzn. odpowiadające).

Np.: L.p. 36) dotyczy pozycji kosztorysowej 139

Zmiana normy NNRNKB 202-10-25-01 na normę KNR 202-10-25-01-00.

Z powodu braku w programie kosztorysowym rodziny norm wskazanych w przedmiarze Zamawiającego, Odwołujący musiał zastosować normę z innego katalogu (tzn. normę odpowiadającą), nie ma to żadnego istotnego wpływu na wartość tej pozycji.

6) Zmiany numerów norm na inne (tzn. analogiczne)

Np.: L.p. 5) dotyczy pozycji kosztorysowej 24

Typoszereg normy KNR 404-11-... kończy się w naszym programie kosztorysowym na pozycji KNR 404-11-04-... (wywóz gruzu). W związku z tym wywóz złomu (pozycje KNR 404-11-05- ... i dalsze) określamy na normach niższych przez analogię.

Z powodu braku w programie kosztorysowym Odwołującego konkretnych norm, wskazanych w przedmiarze przez Zamawiającego, Odwołujący musiał zastosować normy analogiczne

Przy tej okazji informujemy, że Zamawiający w niektórych pozycjach przedmiaru nie znajdując odpowiednich norm również stosuje pozycje przez analogię, np.: pozycja przedmiarowa 34 - zapis Zamawiającego: „*p. analogię*”

Zamawiający scharakteryzował jego zdaniem występujące błędy i różnice w ofercie Odwołującego bez wnioskowania o udzielenie wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 Pzp w zakresie tego, co jest powodem różnic i z czego one wynikają. Tym samym zaniechał czynności, która wyjaśniłaby Zamawiającemu powody powstania różnic oraz umożliwiłaby poprawienie ewentualnych omyłek w treści oferty - kosztorysu ofertowego, które nie mają charakteru istotnego na podstawie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Łączna wartość konsekwencji popełnionych omyłek ujawnionych w treści oferty zamyka się kwotą 4.490,06

zł, która nie ma żadnego istotnego znaczenia, ani na ranking wykonawców, ani na ważność oferty z uwzględnieniem wykładni przepisu art. 87 ust 2 pkt 3 Pzp. Przy wartości zamówienia oscylującej wokół kwoty 2.690.552 PLN brutto (budżet Zamawiającego) wartość kwotowa omyłek oraz ich doniosłość nie powodują w przypadku ich poprawienia przez Zamawiającego istotnych zmian w treści oferty. Zgodnie z powołanym przepisem poprawienie omyłek jest obowiązkiem Zamawiającego, na co wskazuje treść przepisu. Zamawiający poprawia omyłki, nie zaś może poprawić, co rodzi dodatkowy obowiązek zamawiającego w postaci konieczności uprzedniego zbadania (przed poprawieniem) charakteru omyłek oraz ich wpływu na treść oferty. Zamawiający zaniechał poprawienia omyłek jak i zbadania ich charakteru, co wynika także z zaniechania wezwania Odwołującego do udzielenia wyjaśnień. W przeciwieństwie do oferty innego Wykonawcy Odwołujący nie popełnił błędów materiałowych, technologicznych, dyskwalifikujących jego ofertę. Dobrał właściwe średnice oraz rodzaj materiałów co powinno być uwzględnione w toku badania obu ofert z korzyścią dla oferty Odwołującego.

Przywołał orzecznictwo, tzn. wyrok KIO z dnia 23.01.2009 r., sygn. akt: KIO 21/09, 38/09, 41/09, wyrok KIO z dnia 12.02.2009 r., sygn. akt KIO 134/09; wyrok KIO z dnia 14.04.2011 r., sygn. akt: KIO 689/11, wyrok z dnia 11.02.2011 r., sygn. akt: KIO 186/11 oraz wyrok z dnia 21.09.2011 r., sygn. akt: KIO/UZP 1946/11. Nadto stwierdził Odwołujący, że Zamawiający niejednoznacznie określił rodzaj wynagrodzenia. Zaprojektowane wynagrodzenie łączy w sobie elementy wynagrodzenia ryczałtowego i kosztorysowego. Z jednej bowiem strony odwołuje się do przedmiarów robót i kosztorysu ofertowego co jest typowe dla wynagrodzenia kosztorysowego, z drugiej natomiast przewiduje górną, nieprzekraczalną granicę wynagrodzenia wynikającą z oferty wykonawcy, co jest typowe dla wynagrodzenia ryczałtowego. Przy takiej regulacji nie ma możliwości przekroczenia wysokości wynagrodzenia określonego w ofercie. Wykonawca jest zobowiązany wykonać przedmiot zamówienia wynikający z dokumentacji technicznej (projektu budowlanego oraz STWiOR) w całości za cenę podaną w ofercie. Ewentualne więc rozbieżności pomiędzy przedmiarem a kosztorysem ofertowym nie mają dla Zamawiającego żadnego istotnego znaczenia, ani dla zobowiązań stron, ani wysokości wynagrodzenia maksymalnego. Powyższe więc określenie wynagrodzenia umownego, ma wpływ również na ocenę oferty wykonawcy i poprawienie ewentualnych omyłek jako nieistotnych.

Zamawiający w dniu 03.09.2012 r. wezwał (pisemnie listem poleconym za potwierdzeniem odbioru), jak i zamieścił na stronie internetowej kopie odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym. Żadne przystąpienia do postępowania odwoławczego nie miały miejsca.

W dniu 11.09.2012 r. (faxem) Zamawiający wobec wniesienia odwołania do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie w całości odwołania. Kopia została przekazana Odwołującemu. Oferta ENYIROTECH Sp. z o.o., nie jest zgodna z treścią SIWZ, gdyż poprzez zastosowanie szeregu pozycji katalogowych niezgodnych z przedmiarem Odwołujący doprowadził do zaoferowania odmiennego sposobu wykonania robót, a więc zakresu oferowanego przedmiotu zamówienia, niż przyjął to Zamawiający w SIWZ. Poza sporem powinno być również, iż ze względu na ilość różnych błędów (kilkadziesiąt) w przedmiotowej ofercie bez wątpienia, można zarzucić brak profesjonalizmu Odwołującemu jako uczestniczącemu w postępowaniach i wykonującemu tego rodzaju roboty budowlane, tj. brak staranności w przygotowaniu oferty. Zamawiający wymagał w ofercie złożenia kosztorysu ofertowego o łącznej wartości oferty zadania wg wartości netto i ceny brutto, tj. z podatkiem VAT z podaniem szczegółowej kalkulacji ceny ofertowej w oparciu o ogólnie obowiązujące zasady wraz z zestawieniem materiałów, roboczo-godzin i sprzętu. Zamawiający wymagał dokładnego i szczegółowego określenia w pozycjach kosztorysowych oferty parametrów technicznych, typu, rodzaju wszystkich urządzeń przewidzianych w projekcie do wbudowania w trakcie realizacji umowy. (Rozdz. III pkt 2 SIWZ). Dokument ten stanowił o zakresie prac zaoferowanych przez Odwołującego, a zatem określał wyceniony przez wykonawcę przedmiot zamówienia.

Podkreślił, iż zastosowanie przez Zamawiającego symboli i numerów Katalogów Nakładów Rzeczowych nie było przedmiotem wyjaśnień SIWZ, a Wykonawcy, w tym również Odwołujący zaakceptował zapisy SIWZ, bez zastrzeżeń poprzez zaoferowanie wykonania, przedmiotu zamówienia zgodnie z wymogami zawartymi w SIWZ (patrz załącznik nr 1 do SIWZ). Integralną częścią SIWZ była Specyfikacja Techniczna Wykonania i Odbioru Robót wraz z projektami i przedmiarami robót (kosztorysy ślepe) - załącznik nr 2 do SIWZ. Wskazał, że przedmiar robót - stanowi opracowanie wchodzące w skład dokumentacji projektowej, zawiera zestawienie przewidywanych do wykonania robót w kolejności technologicznej ich wykonania wraz z ich opisem (lub wskazaniem podstaw ustalających szczegółowy opis), z wyliczeniem i zestawieniem rodzaju i ilości robót oraz wskazaniem podstaw do ustalania cen jednostkowych robót lub jednostek nakładów rzeczowych (nr katalogu, tablicy i kolumny) - („*Prawo zamówień publicznych, wybrane zagadnienia*”, Grupa Wydawnicza Marciszewski, Wrocław, 2004, str. 32). Wprawdzie KNR nie mają jako takie statusu powszechnie obowiązujących i obligujących normatywów służących wyliczeniu wartości robót budowlanych, o ile zachowano w ofercie prawidłowy opis wykonanych wykonywanych robót, jednak przekazanie wykonawcom przedmiarów zawierających odniesienie do symbolu, kodu (numeru) KNR, stanowiących załącznik do SIWZ i przyjęcie oraz zaakceptowanie ich przez wykonawców, nie stwarza podstaw, by na etapie postępowania odwoławczego można było

je skutecznie kwestionować. Znamienne jest w tym zakresie jedno z orzeczeń SO w Warszawie - wyrok z dnia 10.07.2008 r. sygn. akt: V Ca 1109/08, w którym Sąd stwierdził, że nie jest rolą Wykonawcy ocena, czy wymagania SIWZ są zbędne, czy też niezbędne dla Zamawiającego. Wykonawca przystępujący do postępowania zobowiązany jest złożyć ofertę zgodną z SIWZ. Wątpliwości Wykonawcy mogą być wyjaśnione w drodze zapytań kierowanych do Zamawiającego, jak też czynność ta może zostać podważona w postępowaniu przed upływem terminu składania ofert („Zamówienia publiczne w orzecznictwie, zeszyty orzecznicze”, nr 4, poz. 149, str. 96). W trakcie oceny oferty Odwołującego Zamawiający zauważył tak istotne błędy jak chociażby:

1. Poz. 1.2.260 (u Wykonawcy WKNR W 219-01-19-3 Montaż rury ochronnej, u Zamawiającego KNR- W 2-19 0119-04 Rury ochronne o średnicy 250 mm) określa zły rodzaj materiału - konieczne jest zastosowanie (wg. projektu) rur 219,1x7,1 a zastosowano 219,1 x4,5.
2. Poz. 1.2.390, 1.2.400, 1.2.410 (u Wykonawcy „osadzenie wsporników 10-20 kg w ścianie w gotowym otworze- montaż pierścieni uszczelniających i gazoszczelnych” poz. Kat KNK 728-02-11-02 u zamawiającego KNR 7-28-02-11-02) - nie zastosowano w technologii robót koniecznych do wykonania zadania (brak zaprawy cementowej uniemożliwia prawidłowe zamontowanie wsporników/pierścieni uszczelniających i gazoszczelnych).
3. Poz. 1.2.460, 1.2.480 (u Wykonawcy Zawór zaporowy żeliwny kołnierzowy WKNR W 215-05-18-02 u Zamawiającego jest „Montaż zaworów kulowych kołnierzowych” KNR - W 2-15 0518-01) przewiduje zastosowanie zaworów kulowych z racji tego typu robót. Wykonawca zaproponował zawory zaporowe, które nie muszą być zaworami kulowymi - zastosowanie takich zaworów jest niezgodne z technologią oraz uniemożliwi prawidłowe działanie instalacji (nie możemy domniemywać, iż Wykonawca zamontuje odpowiednie zawory).
4. Poz.1.5.151 (KNR 202-11-02-03-00 Warstwa wyrównawcza zaprawy cementowej - dodatek 1 cm - u Zamawiającego KNR 2-02 1102- 03 Warstwy wyrównawcze pod posadzki z zaprawy cementowej - dodatek o gr. 1 cm- krotność 8) Wykonawca nie zastosował odpowiedniej krotności wymaganej w przedmiarze (krotność=8) do wykonania określonej przez projektanta grubość posadzki na poziomie 10 cm, natomiast Wykonawca zastosował posadzkę o grub. 3 cm co na 101,85 m² powierzchni jest istotną dla wyceny i zakresu robót.
5. Poz. 1.5.1530 (u Wykonawcy -. poz. Katalogowa KNR 20-11-34-02 -Gruntowanie podłóży pionowych preparatami gruntującymi CERESIT wsp. R=2 - powierzchnie poziome podłóży u Zamawiającego NNRNKB 202-11-34-01 Gruntowanie podłóży masą przeciwwilgociową, elastyczną dwuskładnikowa CERESIT - dwukrotnie wsp. R=2) wskazuje na brak zachowania technologii robót - wykonanie izolacji wymaga nakładania izolacji wg.

określonych przepisów z zastosowaniem dwukrotnego nakładania (jest zastosowane jednokrotne nakładanie mimo, iż w przedmiarze jasno jest określone opisie, iż ma być dwukrotne).

6. Poz. 2.1.195, 2.1.1960, 2.1.197 0 (u Wykonawcy KNR 215-04-08-01-01 Zawór mosiężny przelotowy gwintowany u Zamawiającego identycznie) przewiduje zastosowanie zaworów kulowych z racji typu robót - Wykonawca zaproponował mosiężne przelotowe, które nie muszą być zaworami kulowymi -zastosowanie takich zaworów jest niezgodne z technologią oraz uniemożliwi prawidłowe działanie instalacji (nie możemy domniemywać, iż Wykonawca zamontuje odpowiednie zawory)

7. Koszt-Przebudowa przyłączy - między bud. 1,24,43,44 - Poz. 1.115.0 (u Wykonawcy przyjęto pozycję niezgodną z przedmiarami Zamawiającego KNR-404-1104-03 Transport złomu i gruzu samochodem skrzyniowym u Zamawiającego KNR 404-11-07-02 Transport złomu i gruzu- krotność 19- dodatkowo. Wykonawca nie uwzględnił krotności=19 wywozu złomu.

Dodatkowo Zamawiający w specyfikacji określił, iż nie przewiduje do zadania robót dodatkowych - w związku z powyższym na etapie wykonywania robót nic może w ramach realizowanej umowy wykonywać dodatkowych robót nie ujętych w kosztorysie ofertowym przez Wykonawcę. W ocenie Zamawiającego zatem wykazane błędy w ofercie Odwołującego nie miały charakteru omyłki, były również na tyle istotne dla przyszłej realizacji przedmiotu zamówienia i oczekiwań Zamawiającego, że ich poprawienie stanowiłoby ingerencje w treść oferty i co równie ważne Zamawiający nie mógł ich poprawić samodzielnie, bez udziału Wykonawcy - co nie mogłoby stanowić podstawy do zastosowania art. 87 ust. 2 pkt. 3 Pzp. W orzecznictwie przyjęto bowiem pogląd, że omyłka, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, to niedopatrzenie, błąd niezamierzony, opuszczenie, drobne różnice itp. lecz wszystkie te zmiany muszą mieścić się w pojęciu „omyłki” (wyrok SO w Krakowie z dnia 29.01.2010 r., sygn. akt: XII GA 429/09). Jeśli obowiązek poprawy wymaga samodzielnego działania Zamawiającego, a do tego sprowadza się przepis art. 87 ust. 2 Pzp, możliwość poprawienia błędu musi być jasna, oczywista, nie budząca jakichkolwiek wątpliwości, Dodatkowo byłoby to poprawienie oferty w zakresie sposobu wykonania robót oraz ich wyceny wraz z określeniem cen jednostkowych, co jest niemożliwe bez udziału Wykonawcy. Zamawiający nie ma podstaw, by w imieniu Wykonawcy ustalać ceny jednostkowe robocizny, w sytuacji gdy w ofercie Odwołującego podano cenę jednostkową wyłącznie odnoszącą się do pracy sprzętu. W wyroku KIO z dnia 12.11.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 1396/09 - orzeczono, że ceny jednostkowe nie mogą podlegać uzupełnieniu w trybie poprawiania omyłek. Z ww. przepisu wynika, że do zastosowania wskazanej przesłanki niezbędne jest kumulatywne wykazanie omyłki jej nieistotnego wpływu na treść oferty, przy czym dotyczy to nie tylko ceny oferty, ale może dotyczyć innych

elementów oferty. Podobny pogląd wyrażono w wyroku KIO z dnia 29.12.2009 r., sygn. akt KIO/UZP 1637/09. W innym wyroku podano, że jeżeli doprowadzenie treści oferty do zgodności z treścią SIWZ wymaga zarówno poprawienia nazwy urządzenia, jak i określenia odpowiednio, właściwej wyceny, brak jest podstaw uznania omyłki za spełniającą przesłanki z art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp (wyrok KIO z dnia 26.02.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 157/09, 159/09, 174/09).

Jednocześnie wskazał, iż Zamawiający nie mógł również zastosować art. 87 ust. 1 Pzp. Wyjaśnienia bowiem złożone w tym trybie wiążą Wykonawcę na równi ze złożoną ofertą. Stanowią jednocześnie oświadczenie woli, którego rozbieżność w odniesieniu do oferty stanowi modyfikację jej treści, co jest zgodnie z zapisami art. 87 ust. 1 Pzp niedopuszczalne. Dokonanie wyboru oferty wykonawcy, który swojej woli nie wyraził w ofercie w sposób jednoznaczny, a zgodność jego oferty z treścią SIWZ może być ustalona dopiero na podstawie złożonych wyjaśnień, które zmieniają w istotny sposób treść oświadczenia woli zawartego w ofercie, nie tylko narusza art. 87 ust. 1 Pzp, ale stanowi również złamanie zasady równego traktowania wykonawców (wyrok KIO z dnia 20.01.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 13/09). Nie ma wątpliwości, że w trakcie ewentualne ustalania szczegółów kosztorysu ofertowego Odwołujący w wyniku złożenia wyjaśnień dotyczących złożonej oferty poprzez zmianę norm katalogowych materiałów, która jest niezbędna do prawidłowego wykonania robót doprowadziłoby do zmiany jej treści.

Podsumowując w ocenie Zamawiającego pozycje te jako odmienne od wskazanych przez Zamawiającego stanowią różnicę w treści oferty w stosunku do treści SIWZ, co oznacza wypełnienie przesłanki odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, wskazanej różnicy w treści oferty nie można poprawić w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, gdyż dokonanie takich zmian spowodowałoby istotną zmianę w treści oferty i naruszałoby powołane wyżej postanowienia. Jak wynika z treści odwołania; Odwołujący zaproponował rozwiązania odmienne nie omyłkowo, lecz z uzasadnieniem, np. z powodu braku w jego programie kosztorysowym konkretnych norm, wskazanych w przedmiarze przez Zamawiającego, musiał zastosować normy analogiczne (np. typoszereg normy KNR 404-11... kończy się w jego programie kosztorysowym na pozycji KNR 404-1 I-04..(wywóz gruzu) w związku z tym wywóz złomu określił przez analogię). Wprowadzenie w ofercie zmian podstaw wyceny jako „*różnicę w treści oferty w stosunku do treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co oznacza wypełnienie przesłanki odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP*” (wyrok KIO z dnia 07.06.2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 932/10). Zamawiający wybrał ofertę Wykonawcy gwarantującego wykonanie zamówienia w sposób nie budzący jakichkolwiek wątpliwości, że względu również na fakt, że środki na realizację zadania otrzymał od Ministerstwa Obrony Narodowej RP.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, zapoznaniu się z postanowieniami SIWZ, Specyfikacją Techniczną Warunków Wykonania i Odbioru Robót (zwana dalej: „STWWiOR”), przedmiarami robót sanitarnych, projektami wykonawczymi przebudowy w.c. W-I wraz z przebudową instalacji c.o., ciepła technologicznego oraz c.w.u. na terenie 4 WSKzP, ofertą Odwołującego, zawiadomieniem o odrzuceniu oferty Odwołującego z dnia 27.08.2012 r., odwołaniem, odpowiedzią na odwołanie, wydrukiem zdjęcia programu do kosztorysowania, którego używa Odwołujący oraz wydrukiem strony kosztorysu ofertowego (KNR – KRK), nadto wydrukiem zdjęcia z programu do kosztorysowania w zakresie spornej pozycji (Lp. 19,20) oraz wydrukiem przedmiaru Zamawiającego (nr KNR właściwy dla programu, który używał Odwołujący do kosztorysowania), jak i wydrukiem zdjęcia z programu do kosztorysowania na okoliczność że numer, który użył odpowiada /odpowiadający/ numerowi wskazanemu przez Zamawiającego w przedmiarze złożonymi na rozprawie przez Odwołującego, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający do jego złożenia, przy założeniu potwierdzenia się zarzutów. Odwołujący, którego oferta została odrzucona i nie podlegała klasyfikacji w ramach kryterium oceny ofert, tj. ceny (100%), w przypadku potwierdzenia się podnoszonych zarzutów, ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Skład orzekający Izby działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: oryginalnej dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne o sygn. akt: KIO 1852/12 przekazanej na czas wydania orzeczenia, postanowień SIWZ, STWWiOR, przedmiaru robót sanitarnych, projektów wykonawczych przebudowy w.c. W-I wraz z przebudową instalacji c.o., ciepła technologicznego oraz c.w.u. na terenie 4 WSKzP, oferty Odwołującego, zawiadomienia o odrzuceniu oferty Odwołującego z dnia 27.08.2012 r., odwołania, odpowiedzi na odwołanie, wydruku zdjęcia programu do kosztorysowania, którego używa Odwołujący oraz wydruku strony kosztorysu ofertowego (KNR – KRK), nadto wydruku zdjęcia z programu do kosztorysowania w zakresie spornej pozycji (Lp. 19,20) oraz wydruku przedmiaru Zamawiającego (nr KNR właściwy dla programu, który używał Odwołujący do kosztorysowania), jak i wydruku zdjęcia z programu do kosztorysowania na okoliczność że numer, który użył odpowiada /odpowiadający/ numerowi wskazanemu przez Zamawiającego w przedmiarze złożonymi na rozprawie przez Odwołującego.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także stanowiska i oświadczenia stron złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Oдноśnie zarzutów naruszenia przez Zamawiającego (przepisów wskazanych poniżej) Izba uznała ww. zarzuty za potwierdzone. Zarzuty:

1) art. 7 ust. 1 i 3 Pzp poprzez przeprowadzenie Postępowania w sposób nie zapewniający równego traktowania wykonawców oraz zachowania uczciwej konkurencji oraz wybór oferty „najkorzystniejszej” niezgodnie z przepisami Pzp,

2) art. 87 ust. 1 w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp poprzez jego niezastosowanie i w konsekwencji uznanie, że niezgodności ujawnione w kosztorysie ofertowym Odwołującego nie kwalifikują się jako niezgodności podlegające wyjaśnieniu, co doprowadziłoby do poprawienia oferty Odwołującego w trybie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp,

3) art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp poprzez brak poprawienia w ofercie Odwołującego omyłek polegających na niezgodności oferty ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia zwana dalej: „SIWZ”, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty i nadających się do poprawienia zgodnie z wymogami Pzp.

4) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp - poprzez bezprawne odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo braku rzeczywistych i uzasadnionych przesłanek do odrzucenia oferty Odwołującego w tym trybie, które to naruszenia miały wpływ na podjęcie przez Zamawiającego bezprawnej czynności w postaci odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie przedmiotowych zarzutów:

Zgodnie z Rozdz. I ust. 8 SIWZ przedmiot zamówienia został opisany w Rozdz. IV SIWZ oraz w załączniku nr 2 do niniejszej SIWZ (Specyfikacje techniczne). Według Rozdz. III pkt 3 SIWZ Kosztorys ofertowy o łącznej wartości oferty zadania wg. wartości netto i ceny brutto tj. z podatkiem VAT z podaniem szczegółowej kalkulacji ceny ofertowej w oparciu o ogólnie obowiązujące zasady wraz z zestawieniem materiałów, roboczogodzin i sprzętu. Zamawiający wymaga dokładnego i szczegółowego określenia w pozycjach kosztorysowych oferty parametrów technicznych, typu, rodzaju wszystkich urządzeń przewidzianych w projekcie do wbudowania w trakcie realizacji umowy. W Rozdz. IV SIWZ Zamawiający stwierdza, że przedmiot zadania jest określony w ogólne STWWiOR. Zaleca się również dokonanie wizji lokalnej. Nadto, Zamawiający stwierdził na ostatniej stronie SIWZ, że

dokumentacja wymieniona w Rozdz. IV SIWZ stanowi załącznik nr 2 do SIWZ. Na niniejszy załącznik nr 2 do SIWZ składają się STWWiOR, przedmiar robót sanitarnych, projekty wykonawczych przebudowy w.c. W-I wraz z przebudową instalacji c.o., ciepła technologicznego oraz c.w.u. na terenie 4 WSKzP. W ramach wzoru umowy § 1 ust. 2 pkt 1-3 określono, że realizacja przedmiotu zamówienia przebiegać będzie w oparciu i zgodnie z dokumentacją opracowaną przez Wojskowe Biuro Projektów Budowlanych Sp. z o.o. w skład której wchodzi projekty wykonawczych przebudowy w.c. W-I wraz z przebudową instalacji c.o., ciepła technologicznego oraz c.w.u. na terenie 4 WSKzP, przedmiary robót sanitarnych i STWWiOR (są częścią wzoru umowy § 15, w tym paragrafie wzoru umowy także jednoznacznie stwierdzono odnośnie - prymatu postanowień przyszłej umowy). Niniejsze postanowienie znajduje się również na str. 15 STWWiOR. W § 4 wzoru umowy znajdują się postanowienia dotyczące rodzaju wynagrodzenia (wynagrodzenie kosztorysowe) obowiązującego podczas realizacji przedmiotu zamówienia. Odwołujący załączył wraz z ofertą kosztorys ofertowy (str. od 4 do 38 oferty/Przebudowa przyłączy c.o., c.t oraz przebudowa instalacji c.o. w zakresie przewodów rozdzielczych w piwnicach budynku nr 1/) (str. 42 do 49 oferty/Przebudowa przyłączy c.o. oraz c.t, między budynkami nr 1,37,43,44/), zestawienie materiałów, roboczogodzin i sprzętu (od str. 29 do 41 oferty/Przebudowa przyłączy c.o., c.t oraz przebudowa instalacji c.o. w zakresie przewodów rozdzielczych w piwnicach budynku nr 1/) (str. 50 oferty /Przebudowa przyłączy c.o. oraz c.t, między budynkami nr 1,37,43,44/).

Odwołujący złożył ofertę na cenę netto: 1.703.762, 60 PLN, cenę brutto: 2.095.628,00 PLN, zaś Wykonawca wybrany po odrzuceniu ofert Odwołującego - złożył ofertę na cenę netto: 1.788.454, 60 PLN, cenę brutto: 2.199.799,16 PLN.

Bazując na analizie zgromadzonego materiału dowodowego i oświadczeniach złożonych na rozprawie przez Odwołującego i Zamawiającego, Izba dokonała następującego podziału kwestionowanych przez Zamawiającego pozycji kosztorysu ofertowego.

Pierwsza grupa:

a) Lp.1, 16, 17, 24 tabela 1 - według zawiadomieniu o odrzuceniu oferty Odwołującego z dnia 27.08.2012 r.– różnica w obmiarach;

b) Lp. 12, 13, 14, 23, 35 tabela 1 - według zawiadomieniu o odrzuceniu oferty Odwołującego z dnia 27.08.2012 r. – KNK, zamiast KNR;

c) Lp. 36, 37, 39 tabela 1 oraz Lp. 1 tabela 2 - według zawiadomieniu o odrzuceniu oferty Odwołującego z dnia 27.08.2012 r. – zmiana numeru KNR Zamawiającego na numer KNR jemu odpowiadający według programu do kosztorysowania używanego przez Odwołującego;

d) Lp. 2-10, 12-14, 19-23, 35-37, 39-48 (bez 40 i 43) tabela 1 oraz wszystkie pozycje z tabeli 2 - według zawiadomieniu o odrzuceniu oferty Odwołującego z dnia 27.08.2012 r. – zastosowany przez Odwołującego numer KNR dostosowany do numeru KNR według programu do kosztorysowania używanego przez Odwołującego według opisu wymaganego przez Zamawiającego w poszczególnych pozycjach. W zakresie Lp. 26, 27, 28, 31, 32, 33 tabela 1 - według zawiadomieniu o odrzuceniu oferty Odwołującego z dnia 27.08.2012 r. – podobna sytuacja, przy czym na rozprawie Odwołujący, zastrzegł, że w tych pozycjach w opisie poszczególnych pozycji zachował prawidłową grubość wymaganej izolacji.

Druga grupa:

Lp. 11/str. 6 przedmiarów, str.9 oferty/ , 15/str.6 przedmiarów, str. 10 oferty/, 18/ str.6 przedmiarów, str. 10 oferty/, 25/str.9 przedmiarów, str. 15 oferty/, 29/str.12 przedmiarów, str. 20 oferty/, 30/str.12 przedmiarów, str. 20 oferty/, 34 /str.12 przedmiarów, str. 21 oferty/, 38 /str.15 przedmiarów, str. 24 oferty/, 40 /str.15 przedmiarów, str. 24 oferty/, 43/ tabela 1 - według zawiadomieniu o odrzuceniu oferty Odwołującego z dnia 27.08.2012 r. – niezgodność z przedmiarem nie wynikająca z niego.

Pozycje z odpowiedzi na odwołanie:

Pkt 1 (poz. 1.2.260 kosztorysu ofertowego – Lp.7 tabela 1)/str. 5 przedmiarów, str. 8 oferty/;

2 (poz. 1.2.390 kosztorysu ofertowego – Lp. 12 tabela 1; 1.2.400 kosztorysu ofertowego – Lp. 13 tabela 1; 1.2.410 kosztorysu ofertowego – Lp.14 tabela 1) /str. 6 przedmiarów, str. 9-10 oferty/;

3 (poz. 1.2.460 kosztorysu ofertowego – Lp. 18 tabela 1; 1.2.480 kosztorysu ofertowego – Lp. 19 tabela 1) /str. 6 przedmiarów, str. 10 oferty/;

4 (poz. 1.5.1510 kosztorysu ofertowego – Lp.38 tabela 1) /str. 15 przedmiarów; str. 24 oferty/;

5 (poz. 1.5.1530 kosztorysu ofertowego – Lp.39 tabela 1) /str. 15 przedmiarów; str. 24 oferty/;

6 (poz. 2.1.195 kosztorysu ofertowego – Lp. 43 tabela 1; 2.1.1960 kosztorysu ofertowego – Lp. 44 tabela 1; 2.1.1970 kosztorysu ofertowego – Lp. 45 tabela 1) /str.18 przedmiarów, str. 30 oferty/ i

7 (poz.1.1150 kosztorysu ofertowego -Przebudowa przyłączy c.o. oraz c.t, między budynkami nr 1,37,43,44 – Lp. 3 tabela 2) /str. 5 przedmiarów- Przebudowa przyłączy c.o. oraz c.t, między budynkami nr 1,37,43,44, str. 44 oferty/ odpowiedzi na odwołanie.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

Odnośnie drugiego zarzutu, w ocenie Izby Zamawiający bezsprzecznie mając świadomość, że oferta Odwołującego jest oferta korzystniejszą cenowo od oferty wybranej czynnością z dnia 27.08.2012 r., winien kierując się chociażby troską o finanse publiczne podjąć starania w trybie art. 87 ust. 1 i ust. 2 pkt 3 Pzp o wyjaśnienie dostrzeżonych wątpliwości co do jej treści, które Zamawiający automatycznie zakwalifikował, jako niezgodne z SIWZ. W tym zakresie, Izba oparła się na stanowisku Sądu Okręgowego w Suwałkach, który w wyroku z dnia 06.03.2009 r., sygn. akt: I Ca 27/09 dopuścił możliwość wyjaśnień w trybie art. 87 ust.1 Pzp poprzedzających ewentualne zastosowanie art. 87 ust.2 pkt 3 Pzp. W sytuacji, gdyby uzyskane wyjaśnienia nie satysfakcjonowały Zamawiającego, tzn. nie odzwierciedlały treści oferty, czy też zmieniały *de facto* jej treść, tudzież ich braku, nie byłoby one przeszkodą w odrzuceniu oferty Odwołującego w trybie art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp. Należy w tym kontekście wskazać na obligatoryjny charakter instytucji wynikającej z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, nie przewidujący żadnych wyjątków, takich np. jak art. 26 ust. 3 Pzp, Każdorazowo z uwagi na brzmienie art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp, Zamawiający musi skorzystać z instytucji poprawienia „*innej omyłki*”, w razie zaistnienia podstaw faktycznych (tzn. ustalić, zasadność poprawy, czy też jej brak), zanim dokona odrzucenia na podstawie przywołanego powyżej przepisu Pzp.

Odnośnie trzeciego zarzutu, w ocenie Izby, opierając się na podstawach faktycznych wskazanych przez Zamawiającego w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty Odwołującego z dnia 27.08.2012 r. należy uznać, że wszystkie niezgodności kwalifikowały się do poprawy, jako „*inne omyłki*” (pierwsza grupa). W tym zakresie na rozprawie Odwołujący wykazał ich podłoże oraz źródło (KNK, zamiast KNR), (inny nr KNR – prawidłowy opis pozycji), (zastosowanie nr KNR Odwołującego odpowiadającego nr KNR przyjętemu przez Zamawiającego). Względem tzw. pozycji, co do których Odwołujący domniemuję, że Zamawiający oparł się na kosztorysie inwestorskim, Izba odniesie się w ramach kolejnego zarzutu (druga grupa). Zaś, co do zagadnienia różnicy w obmiarach między kosztorysem ofertowym, a przedmiarami, należy potwierdzić zdecydowanie, za utrwalonym orzecznictwem KIO, zasadność wnioskowanej przez Odwołującego na rozprawie i odwołaniu poprawy.

Odnośnie zarzutu czwartego, Izba uwzględniła niniejszy z następujących przyczyn. Po pierwsze, Zamawiający w ramach odpowiedzi na odwołanie *de facto* zmienił podstawę faktyczną odrzucenia oferty Odwołującego w wielu kluczowych pozycjach.

Zmiana niniejsza była tak znaczna (w ramach pkt 1 do 7 str. 2 odpowiedzi na odwołanie), że w ocenie Izby, nie pozostaje to bez wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Należy stwierdzić, że tak jak Odwołujący na rozprawie nie może rozszerzać zakresu odwołania o nowe zarzuty, tak Zamawiający nie może bazując

na generalnej negacji oferty Wykonawcy, tj. Odwołującego zmieniać podstawę faktyczną odrzucenia oferty, tj. stwierdzać nowe niezgodności oferty Odwołującego w ramach danej pozycji względem postanowień SIWZ, nie wskazane pierwotnie w zawiadomieniu o odrzuceniu. Nie wykluczone, że gdyby od początku Odwołujący dysponował stosowną wiedzą nie składałby środka ochrony prawnej, tudzież jego odwołanie opierałoby się na zgola innej argumentacji i dowodach.

W ocenie Izby, w zakresie pkt 1 do 7 odpowiedzi na odwołanie miało miejsce powyższe, wystarczające jest w tym zakresie porównanie treści zawiadomienia z dnia 27.08.2012 r. z treścią odpowiedzi na odwołanie Zamawiającego. W konsekwencji, zdaniem Izby, Odwołującemu przysługuje w ich zakresie nowe odwołanie, w sytuacji odrzucenia oferty Odwołującego przez Zamawiającego na ich podstawie w ramach nakazanej powtórzonej czynności oceny ofert.

Podstawa odrzucenia wskazana w pkt 1 odpowiedzi na odwołanie, oprócz zmiany względem zawiadomienia z 27.08.2012 r., nie znajduje oparcia w projekcie – S-04, a przynajmniej taki związek nie został na rozprawie w żaden sposób wykazany, a nie wynika wprost ze wskazanego projektu. Zamawiający nie przedstawił na rozprawie żadnej dodatkowej argumentacji.

Odnosnie pkt 2 odpowiedzi na odwołanie i wskazania dotyczącego trzech pozycji kosztorysu ofertowego Odwołującego, Izba nie jest w stanie stwierdzić na podstawie zgromadzonego materiału dowodowego, czy rzeczywiście brakująca w opisie tych pozycji zaprawa, rzeczywiście winna zostać ujęta z uwagi na technologie realizacji tych robót, czy też nie, chociażby z uwagi na brak jej wyróżnienia/wyszczególnienia w przedmiarach, czy też STWWiOR, tudzież projekcie, czyli z uwagi na niejednoznaczność postanowień SIWZ w tym zakresie. Nie bez znaczenia pozostaje fakt, że stosowna zaprawa cementowa jest ujęta w zestawieniu materiałów, roboczogodzin i sprzętu, zaś w opisie tych pozycji jest mowa o materiale pomocniczym. Zupełnie inną kwestią jest, czy wskazana w zestawieniu ilość jest wystarczająca dla niniejszych trzech pozycji i innych przewidzianych przez Zamawiającego przedmiarach.

Odnosnie pkt 3 i 4 odpowiedzi na odwołanie wskazać należy, że Wykonawca użył w opisie pozycji kosztorysowej pojęcia szerszego zawierającego także wymagany przez Zamawiającego materiał (powyższe przyznał na rozprawie Zamawiający). Powyższe, jak i oświadczenie Wykonawcy z formularza ofertowego (zobowiązał się, że oferuje wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z SIWZ), tudzież § 1 ust. 2 pkt 1-3 wzoru umowy winien zupełnie wyeliminować wykonanie przedmiotu zamówienia według negatywnego schematu przedstawionego przez Zamawiającego na rozprawie.

Odnosnie pkt 4,5,7 (krotność), Izba nie przeczy braku w kosztorysie ofertowym wyszczególnienia wskazanych w odpowiedzi na odwołanierotności. Przy czym, w pierwszej

kolejności, wskazuje ponownie na kardynalny błąd Zamawiającego, tzn. zmianę podstaw faktycznych odrzucenia i wynikające z tego reperkusje. Jednocześnie, Izba stwierdza, że trudno na tym etapie ocenić skalę różnicy w cenie wynikającą z ich ewentualnego nieujęcia we wszystkich trzech pozycjach. Nadto, okoliczność, czy są one ujęte w nakładach na robociznę lub materiał Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, zaś Zamawiający oparł się wyłącznie na kosztorysie inwestorskim podczas rozprawy i informacjach tam zawartych (niniejszy okazywał na rozprawie), które nie były ogólnie dostępne, czyli także w żaden sposób nie uwiarygodnił swojego nowego zarzutu wobec oferty Odwołującego w oparciu o dokument będący częścią SIWZ.

W następnej kolejności, Izba stwierdza, że Zamawiający w ramach zawiadomienia z dnia 27.08.2012 r. w 10 pozycjach (druga grupa) odnosi się do konkretnych faktycznych przesłanek odrzucenia, przy czym ich źródło, w ocenie Izby, nie wynika, w tak jednoznaczny sposób, jak twierdzi Zamawiający z przedmiarów, czyli dokumentów będących częścią SIWZ.

Względem Lp. 43 (tabela 1) zawiadomienia z dnia 27.08.2012 r., Izba nie rozumie na jakiej podstawie Zamawiający uznał, że ujęcie samochodu dostawczego jest błędem, skoro w kolejnych sąsiadujących pozycjach kosztorysu ofertowego jest niniejszy ujęty i nie stanowi to dla Zamawiającego niezgodności. Nasuwa się wniosek, że Zamawiający stwierdzoną niezgodność oparł na kosztorysie inwestorskim, albo jest niekonsekwentny w swym działaniu. Izba podkreśla, że wszelkie niejasności postanowień SIWZ działają na korzyść Odwołującego.

Podobnie, Izba uznała, że Zamawiający nie wykazał, że ujęcie w Lp. 40 (tabela 1) zawiadomienia z dnia 27.08.2012 r. papy asfaltowej instalacyjnej, materiału nie zawartego w przedmiarze jest niezgodnością z postanowieniami SIWZ, a nie wpływa pozytywnie na realizację robót i nie wynika z przyjętej technologii. Nasuwa się wniosek jak poprzednio.

Względem L. 38 (tabela 1) zawiadomienia z dnia 27.08.2012 r. podobnie, Zamawiający nie wykazał, na jakiej podstawie uznał, że dodano nowe materiały, czy na podstawie sformułowania – „*materiały pomocnicze*”, czy może kosztorysu inwestorskiego.

Względem Lp. 29, 30 (tabela 1) zawiadomienia z dnia 27.08.2012 r. również nie wiadomo na jakiej podstawie Zamawiający uznał, że nakłady zostały zawyżone, co nasuwa wniosek, że był to kosztorys inwestorski, czyli dokument nie załączony, nie mogący być podstawą odrzucenia na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp.

Względem Lp. 25 (tabela 1) zawiadomienia z dnia 27.08.2012 r. także nie wiadomo na jakiej podstawie Zamawiający uznał konieczność braku samochodu dostawczego, skoro jest w pozostałych pozycjach i nie stanowi to już niezgodności.

Względem Lp. 11, 15, 18 (tabela 1) zawiadomienia z dnia 27.08.2012 r. – twierdzenia Zamawiającego o zawyżeniu robocizny, braku zasadności wliczenia pianki nr 10,

zawyżenia ilości wapna nie zostały w żaden sposób uzasadnione skoro w innych pozycjach powołuje się na konieczność zastosowania określonego materiału ze względów technologicznych. Adekwatna jest argumentacja taka jak poprzednio odnośnie kosztorysu inwestorskiego.

Identycznie jest w zakresie Lp. 34 (tabela 1) zawiadomienia z dnia 27.08.2012 r., wnioski o niezgodności nakładów z przedmiarami nie ma żadnych podstaw w przedmiarach o tak ogólnym charakterze. Izba wskazuje także na zastrzeżone przez Zamawiającego w ramach wzoru umowy (str. 3, § 4 ust. 6) oraz STWWiOR (str.24) możliwości odbioru części robót stanowiących całość technologiczną.

Reasumując, Izba uwzględniła odwołanie, z uwagi na niezasadność pierwotnych faktycznych podstaw odrzucenia oferty Odwołującego (pierwsza grupa), jako po pierwsze „częściowo” kwalifikujących się do poprawy w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, tudzież po drugie „w pozostałej części” (druga grupa) nie mogących być podstawą do odrzucenia na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp, gdyż nie mających oparcia w postanowieniach SIWZ. Względem nowych faktycznych podstaw odrzucenia zawartych w odpowiedzi na odwołanie, to Wykonawcy w razie ich ponowienia będzie przysługiwało odwołanie, zaś za budzące wątpliwości i wymagające dalszych wyjaśnień w trybie art. 87 ust.1 Pzp, Izba bezwzględnie uznała zagadnienia z pkt 4, 5, 7 odpowiedzi na odwołanie, z uwagi na konieczność oceny ewentualnej skali różnicy w cenie, nieujęcia wymaganych „krotności” i skutków ewentualnej poprawy na cenę końcową Odwołującego względem oferty, która czynnością z dnia 27.08.2012 r. została wybrana. Nadto, pkt 2 odpowiedzi na odwołanie w kontekście zestawienia materiałowego i faktycznego zaoferowania zaprawy przez Odwołującego, czy też nie na potrzeby 3 spornych i innych pozycji. Przy czym, kwestie „krotności”, Izba uznała za kluczowe i przesądzające o ewentualnym wyborze oferty Odwołującego w ramach powtórzonej czynności badania i oceny ofert w ramach rankingu ofert.

Odnośnie zarzutu pierwszego, Izba uznała zasadność przedmiotowego zarzutu, z uwagi na potwierdzenie się wcześniejszych zarzutów, a nadto z uwagi na nowe podstawy odrzucenia wskazane w odpowiedzi na odwołanie nie ujęte w zawiadomieniu z dnia 27.08.2012 r.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, a także w oparciu o § 5 ust. 2 pkt 1 i ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i pkt 2 lit. a i b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r. Nr 41, poz. 238). Izba uznała wniosek Odwołującego o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika uznając za uzasadnione koszty w kwocie 3.600,00 zł, tj. maksymalnej kwocie dopuszczonej przez w/w rozporządzenie (§ 3 pkt 2 lit. b) oraz koszty dojazdu Odwołującego na rozprawę (246,00 zł) zgodnie z przedłożonymi kopiami biletów PKP (§ 3 pkt 2 lit. a w/w rozporządzenia).

Przewodniczący:

.....