Odpis wyroku

Sygn. akt: KIO 2058/18

WYROK
z dnia 30 października 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Katarzyna Odrzywolska**

Protokolant: **Marcin Jakóbczyk**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 października 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 października 2018 r. przez wykonawcę: **Terlan Sp. z o.o. 61-324 Poznań, ul. Przemyska 5**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Aquanet S.A. 61-492 Poznań, ul. Dolna Wilda 126**, w imieniu którego postępowanie prowadzi **Gmina Murowana Goslina 62-095 Murowana Goślina, ul. Dolna Wilda 126**

przy udziale wykonawcy: **ETP S.A. 40-301 Katowice, ul. Siemianowicka 5a**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie** i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej, w tym czynności poprawienia omyłek w ofercie wykonawcy **ETP S.A. 40-301 Katowice, ul. Siemianowicka 5a** w trybie art. 87 ust. 2 pkt 2 i pkt 3 ustawy Pzp; powtórzenie czynności oceny ofert i odrzucenie oferty wykonawcy **ETP S.A. 40-301 Katowice, ul. Siemianowicka 5a** na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp;

2. kosztami postępowania w wysokości **23 878 zł. 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące osiemset siedemdziesiąt osiem złotych zero groszy) obciąża zamawiającego: **Aquanet S.A. 61-492 Poznań, ul. Dolna Wilda 126**, w imieniu którego postępowanie prowadzi **Gmina Murowana Goslina 62-095 Murowana Goślina, ul. Dolna Wilda 126**, i:

   1) zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **20 000 zł. 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych i zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **Terlan Sp. z o.o. 61-324 Poznań, ul. Przemyska 5** tytułem wpisu od odwołania;

   2) zasądza od zamawiającego: **Aquanet S.A. 61-492 Poznań, ul. Dolna Wilda 126**, w imieniu którego postępowanie prowadzi **Gmina Murowana Goslina 62-095 Murowana Goślina, ul. Dolna Wilda 126** na rzecz wykonawcy: **Terlan Sp. z o.o. 61-324 Poznań, ul. Przemyska 5** kwotę w wysokości **23 878 zł. 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące osiemset siedemdziesiąt osiem złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów wpisu od odwołania, poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika i kosztów dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2018 r., poz. 1986) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Poznaniu.**

Przewodniczący:

.....

KRAJOWA IZBA ODWOŁAWCZA

Na oryginale właściwe podpisy
Za zgodność

WICEPREZES
Krajowej Izby Odwoławczej
Emil Kuriata

Sygn. akt: KIO 2058/18

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający – **Aquanet S.A. 61-492 Poznań, ul. Dolna Wilda 126**, w imieniu którego postępowanie prowadzi **Gmina Murowana Goślina 62-095 Murowana Goślina, ul. Dolna Wilda 126** wszczął, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: Budowę sieci wodociągowej w Rakowni, nr zamówienia ZP.271.20.2018, zwane dalej: „Postępowanie" lub „Zamówienie".
Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych, wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986) – dalej „ustawa Pzp".

W dniu 14 sierpnia 2018 r. ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w suplemencie do Dz. U. UE pod numerem 2018/S 155-354670.

Terlan Sp. z o.o. 61-324 Poznań, ul. Przemyska 5 (zwany dalej „odwołującym"), działając na podstawie art 180 ust. 1 ustawy Pzp, wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego, polegających na ocenie ofert i wyborze jako najkorzystniejszej oferty ETP S.A. 40-301 Katowice, ul. Siemianowicka 5a (dalej „ETP"), nieuprawnionym poprawieniu w ofercie ETP omyłek opisanych w treści odwołania, zaniechaniu odrzucenia oferty ETP jako sprzecznej z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ") w zakresie opisanym w treści odwołania, ewentualnie zaniechaniu poprawienia omyłek w ofercie ETP a dotyczących pozycji wskazanych w treści odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów: art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Zarzucając powyższe odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i oceny ofert;
2) unieważnienia czynności poprawienia omyłek w ofercie ETP określonych w treści niniejszego odwołania;

3) dokonania ponownej oceny ofert i odrzucenia oferty ETP jako sprzecznej z SIWZ; ewentualnie
4) poprawienia omyłek rachunkowych w ofercie ETP, a dotyczących pozycji wskazanych w treści niniejszego odwołania;

a także zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów reprezentacji według przedstawionych na rozprawie rachunków.

Podnosząc powyższe odwołujący wskazywał, że w Postępowaniu na „Budowę sieci wodociągowej w Rakowni" zamawiający wskazał w SIWZ, że przedmiot zamówienia będzie rozliczany kosztorysowo. Zgodnie z pkt 9 ust. 4 ppkt a) SIWZ „wykonawca składa wraz z ofertą kosztorys ofertowy wykonany metodą uproszczoną w oparciu o projekt budowlany, projekty wykonawcze, specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót budowlanych w celu wykazania spełnienia przez oferowane roboty wymagań określonych przez zamawiającego". Nie ulega zatem wątpliwości, że kosztorys stanowił treść oferty ETP. Jednocześnie w pkt 16 ust. 6 SIWZ zamawiający określił, że wykonawca nie ma prawa bez zgody zamawiającego dokonywania zmian w przekazanym kosztorysie ślepym (np. dopisywania pozycji, zmiany ilości robót, zmiany opisów itp.). Jeżeli w wyniku dokonanej przez siebie analizy i obliczenia ilości robót uzna je za niewłaściwe, to zmiany ilości robót Wykonawca może dochodzić w ramach procedury pytań, zgodnie z art. 38 ust 1 ustawy Pzp. Załącznikami do SIWZ był między innymi przedmiar robót dla sieci wodociągowej oraz przedmiar robót dla przyłączy wodociągowych. W przedmiarach tych Zamawiający szczegółowo wpisał zakres robót. Dla każdej pozycji wpisał on konkretny numer KNR, opis robót, jednostkę oraz ilość. Wykonawcy zobowiązani byli wypełnić kosztorys w ten sposób, że do podanych przez Zamawiającego danych, tj. numeru KNR, opisu robót, jednostki i ilości, wpisać cenę jednostkową swoich prac. W ten sposób, poprzez przemnożenie ceny jednostkowej wpisanej przez wykonawcę oraz ilości danych robót określonej przez zamawiającego, uzyskiwało się cenę całkowitą za dany rodzaj prac, która stanowiła część ceny całkowitej oferty. ETP złożył ofertę niezgodną z przygotowanymi przez zamawiającego przedmiarami a niezgodność ta dotyczy, zdaniem odwołującego, wielu aspektów kosztorysu ETP.

Zamawiający, pismem z dnia 25 września 2018 r. poprawił w trybie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp pewne pozycje w ofercie ETP. ETP pismem z dnia 25 września 2018 r. wyraził zgodę na poprawienie tych omyłek. Niniejsze odwołanie kwestionuje 3 rodzaje czynności zamawiającego. W pierwszej kolejności, nieuprawnione poprawienie omyłek w ofercie ETP w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, które to omyłki skutkować winny odrzuceniem oferty

ETP. W drugiej kolejności, brak odrzucenia oferty ETP, na skutek sprzeczności treści oferty ETP z SIWZ, które nie zostały poprawione przez zamawiającego, a skutkować winny odrzuceniem oferty. W trzeciej kolejności, brak dokonania poprawy omyłek rachunkowych w ofercie ETP, które miałyby wpływ na cenę oferty tego wykonawcy oraz zmianę rankingu wykonawców.

W zakresie w jakim wskazał na sprzeczność treści oferty z treścią SIWZ wskazał, że kosztorys przygotowany przez ETP jest niezgodny z przedmiarem przygotowanym przez zamawiającego, a niezgodność ta pojawia się na kilku polach. Część z tych niezgodności została przez zamawiającego poprawiona niezgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, a część z nich pozostała w ofercie.

Odwołujący zauważa, że zamawiający w przedmiarze robót podał konkretne numery KNR wraz z opisem robót. Zarówno opis jak i podany przez niego numer są bardzo istotne dla sprecyzowania zakresu prac. KNR czyli numer Katalog Nakładów Rzeczowych jest bowiem pewną uniwersalną bazą, używaną do kosztorysowania, gdzie każda pozycja (do której przyporządkowany jest określony numer) oznacza inny rodzaj prac. Czasem pozornie nieistotna zmiana, tj. zmiana jednego numeru, przekłada się na istotne konsekwencje. Pod każdym kodem kryje się bowiem inna pozycja. Tymczasem ETP w kilkunastu pozycjach swojego kosztorysu wpisało, jako podstawę wyceny, numer KNR 2-01 0211-07, z opisem pozycji roboty ziemne w gruncie kategorii I-III wykonywane koparkami przedsiębiernymi o pojemności łyżki 0,60 m^3 z transportem urobku samochodami samowyładowczymi na odległość do 1 km, lecz z ziemi uprzednio zmagazynowanej w hałdach (załadunek ziemi z ręcznych robót ziemnych). Tymczasem zamawiający w przedmiarze dla tych pozycji wskazał kod KNR 2-01 0211/07.5. Powyższy błąd pojawia się w pozycjach nr 4, 112, 147, 190, 231, 289, 338, 409, 450, 544, 579, 614, 656, 701, 741 dla kosztorysu na sieć wodociągową oraz pozycjach nr 4, 61, 83, 118, 140, 176, 201, 240, 263, 302, 321, 354, 375, 411, 432, 468, 515, 568, 670, 689, 721, 778, 800, 838, 857, 889, 908, 943, 993 dla kosztorysu na przyłącza. Zmiana w przypisanym numerze KNR jest w tym wypadku zmianą istotną. Przy numerze KNR z końcówką .5 przypisany jest bowiem inny nakład na robociznę i na spycharkę gąsienicową. Zaoferowanie przez ETP innego typu KNR, przekładającego się na realizację usługi innym sprzętem, jest oferowaniem przedmiotu sprzecznego z wymogami SIWZ. Mając na uwadze jak wyżej, oferta ETP powinna zostać na tej podstawie odrzucona.

Kolejnym typem błędu, który występuje w ofercie ETP jest błędny opis robót, przy zachowaniu wprowadzonej przez zamawiającego numeracji KNR. W pierwszej kolejności wskazuje na pozycję nr 15 oraz 349 dla sieci wodociągowej, gdzie w przedmiarze robót wskazano zasypywanie wykopów fundamentowych podłużnych, punktowych, rowów,

wykopów obiektowych gruntem kategorii I-II o grubości warstwy w stanie luźnym 35 cm z zagęszczeniem mechanicznym ubijakami z zakupem materiału, natomiast w swojej ofercie ETP wpisał: zasypywanie wykopów fundamentowych podłużnych, punktowych, rowów, wykopów obiektowych spycharkami z zagęszczeniem mechanicznym ubijakami (grubość warstwy w stanie luźnym 35cm) - kat gruntu I-II. Opis ten sugeruje, że ETP nie uwzględniło w swojej kalkulacji zakupu materiału dla tej pozycji. Ponownie, jest to więc świadczenie niezgodne z SIWZ. Błąd taki występuje także w pozycji nr 226 dla sieci wodociągowej, gdzie w przedmiarze zamawiający wpisał: ręczne rozścielenie z transportem taczkami na terenie płaskim ziemi urodzajnej (5 cm), natomiast w swojej ofercie ETP wskazał: rozścielenie ziemi urodzajnej ręczne z transportem taczkami na terenie płaskim. Powyższe pokazuje, że zamawiający wymagał, by wykonawca zadeklarował, jaką warstwę ziemi urodzajnej nawiezie, natomiast ETP takiej deklaracji w swojej ofercie nie zawarł. Nie wiadomo więc, czy wykonawca ten zakłada nawiezienie wymaganych 5 cm, czy może wyłącznie 1 cm ziemi. Braku takiego doprecyzowania wykonawca nie może na obecnym etapie uzupełnić. Błędy te pojawiają się także w kosztorysie dla przyłączy. W pozycjach nr 42, 99, 551 oraz 702 zamawiający w przedmiarze wskazał: wodomierz skrzydełkowy główny (domowy) o średnicy nominalnej 20mm wraz z obustronnymi redukcjami DN2S/20mm. Z kolei ETP w opisie tych pozycji zaoferował: wodomierz skrzydełkowy główny (domowy) o średnicy nominalnej 20mm. Nie wskazał więc, czy zaoferowany przez niego wodomierz obejmuje obustronne redukcje, czy też nie. Jest to istotny element oferty, którego po złożeniu oferty ETP nie może już poprawić.

W dalszej treści odwołania wskazuje, że ETP w swojej ofercie wskazał też opisy zupełnie nie przystające do przedmiotu zamówienia, w zakresie kosztorysu dla przyłączy wodociągowych. Różnice te występują w pozycjach:

1) Nr 4 którą zamawiający opisał: roboty ziemne w gruncie kategorii I - III wykonywane koparkami przedsiębiernymi o pojemności łyżki 0,60 m^3 z transportem urobku samochodami samowyładowczymi na odległość do 1 km, lecz z ziemi uprzednio zmagazynowanej w hałdach (załadunek ziemi z ręcznych robót ziemnych), ETP wskazał w opisie: wykopy liniowe w gruncie suchym kategorii IIMV szerokości 0,8-2,5 m, głębokości 1,5 m o ścianach pionowych, z ręcznym wydobyciem urobku (oznacza to całkowicie inny zakres prac);
2) Nr 61 w której zamawiający opisał: Roboty ziemne w gruncie kategorii I-III wykonywane koparkami przedsiębiernymi o pojemności łyżki 0,60 m^3 z transportem urobku samochodami samowyładowczymi na odległość do 1 km, lecz z ziemi uprzednio zmagazynowanej w hałdach (załadunek ziemi z ręcznych robót ziemnych), ETP wpisał:

Nakłady uzupełniające do tablic za każdy dalszy rozpoczęty 1 km odległości transportu ponad 1 km samochodami samowyładowczymi gruntu kat I-IV po drogach o nawierzchni utwardzonej (oznacza to całkowicie inny zakres prac);

3) Nr 62 opis zamawiającego: Nakłady uzupełniające do tablic za każdy dalszy rozpoczęty 1 km odległości transportu ponad 1 km samochodami samowyładowczymi gruntu kat I-IV po drogach o nawierzchni utwardzonej (dopłata 9x) a opis ETP: Dodatek za każdy rozpoczęty 1 km transportu ziemi samochodami samowyładowczymi gruntu kat I-IV po drogach o nawierzchni utwardzonej (brak wyliczenia 9 – krotności stawki);
4) Nr 74 w której zamawiający wpisał: zasuwa wodociągowa do przyłącza domowego z żywicy POM z króćcami do zgrzewania DN 1, zaś ETP: zasuwy żeliwne wodociągowe kołnierzowe o średnicy 40 mm (oznacza to całkowicie inny zakres prac);
5) Nr 153 którą zamawiający opisał: Przeciąganie rurociągów przewodowych w rurach ochronnych, a w opisie ETP jest: Montaż rurociągów z rur polietylenowych PE, PEHD o średnicy zewnętrznej 63 mm – rura ochronna (oznacza to całkowicie inny zakres prac);
6) Nr 312 opis zamawiającego: Zasuwa wodociągowa do przyłącza domowego z żywicy POM z króćcami do zgrzewania DN1, opis ETP: Przyłącza wodociągowe z rur ciśnieniowych PE o średnicy zewnętrznej 32 mm (oznacza to całkowicie inny zakres prac);
7) Nr 329 zgodnie z opisem zamawiającego: Analogia – studnia wodomierzowa np. Kajma II wyposażona w podejście wodomierzowe, opis ETP: Studzienki obserwacyjne SO -1 (oznacza to całkowicie inny zakres prac);
8) Nr 330 którą zamawiający opisał: Montaż rurociągów z rur polietylenowych PE, PEHD o średnicy zewnętrznej 63 mm – rura ochronna, ETP: Analogia – studnia wodomierzowa np. Kajma II wyposażona w podejście wodomierzowe (oznacza to całkowicie inny zakres prac).

W dalszej treści odwołania odwołujący wskazuje, że odrębnego omówienia wymagają te pozycje kosztorysu, w których błąd polega na nie ujęciu odpowiedniej krotności danych prac. W ocenie odwołującego także ten błąd powinien skutkować odrzuceniem oferty ETP, albowiem polega on na zmianie opisu poszczególnych pozycji. W przedmiarze robót zamawiający wskazał bowiem, jako pozycję do wyceny roboty ziemne w gruncie kategorii I-III wykonywane koparkami przedsiębiernymi o pojemności łyżki 0,60 m^3 z transportem urobku samochodami samowyładowczymi na odległość do 1 km, lecz z ziemi uprzednio zmagazynowanej w hałdach (załadunek ziemi z ręcznych robót ziemnych). Oznacza to, że załadunek ziemi na pojazd oraz transport tej ziemi na odcinek 1 km był obliczony łącznie jako jedna pozycja. Sam transport na odcinek dłuższy niż 1 km stanowił jednak inną pozycję.

Zgodnie z przedmiarem zamawiającego, prace te zostały opisane jako nakłady uzupełniające do tablic za każdy dalszy rozpoczęty 1 km odległości transportu ponad 1 km samochodami samowyładowczymi gruntu kat I – IV po drogach o nawierzchni utwardzonej (odwóz na miejsce wskazane przez zamawiającego w odległości do 10 km) (dopłata 9x). Opis taki znalazł się w pozycjach nr 5, 8, 64, 67, 113, 116, 148, 151, 191, 194, 232, 235, 290, 293, 339, 342, 383, 410, 413, 451, 454, 482, 485, 512, 545, 548, 580, 583, 615, 618, 657, 660, 702, 705, 742, 745 kosztorysu dla sieci wodociągowej oraz pozycjach nr 5, 8, 27, 30, 62, 65, 84, 87, 119, 122, 141, 144, 177, 180, 202, 205, 241, 244, 264, 267, 303, 322, 355, 376, 412, 433, 469, 486, 516, 519, 536, 539, 569, 572, 589, 592, 620, 623, 638, 641, 671, 690, 722, 725, 742, 745, 779, 782, 801, 804, 839, 858, 890, 909, 944, 961, 994, 1011 kosztorysu dla przyłączy. Pomimo wyraźnego wskazania, że przy kosztorysowaniu należy wskazać koszt jednostkowy pomnożony przez 9 (tj. za transport na odległość 9 km), ETP zaniechało tej operacji i wskazało wyłącznie opłatę za 1 km. Tymczasem instrukcja zamawiającego w zakresie wpisania ceny była jednoznaczna. Zamawiający przy każdej z ww. pozycji wskazał bowiem dopisek „dopłata 9x". Tymczasem ETP w opisie tych pozycji nie zawarł dopisku dopłata 9x co sugeruje, że wyliczył on cenę za transport wyłącznie na odległość 1 km. Świadczy o tym także fakt, że przyjął on cenę zdecydowanie niższą od ceny przyjętej przez pozostałych wykonawców dla tej pozycji, a suma całkowita nie stanowi wyniku mnożenia stawki jednostkowej przez 9. Także na tej podstawie, świadczenie oferowane przez ETP jest niezgodne z SIWZ, a zatem jego oferta podlega odrzuceniu. Zamawiający w sposób wyraźny w pkt 16 ust. 6 SIWZ wskazał, że wykonawca nie ma prawa dokonywać zmian w przekazanym kosztorysie ślepym. Zamawiający jest tym wskazaniem związany.

W dalszej części odwołujący podnosił, że jak wskazuje M. Jaworska [w:] Prawo zamówień publicznych. Komentarz (red. Marzena Jaworska, Dorota Grześkowiak-Stojek, Julia Jamicka, Agnieszka Matusiak) „O niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, której wystąpienie skutkuje odrzuceniem oferty na podstawie komentowanego przepisu, można mówić w m.in. w następujących przypadkach; 1) wykonawca zaoferował inny przedmiot zamówienia, nieodpowiadający wymaganiom określonym w SIWZ; 2) zakres lub sposób świadczenia wykonawcy wynikający z treści złożonej oferty nie odpowiada wymaganiom SIWZ; 6) wykonawca nie złożył kosztorysu ofertowego lub złożył z błędami, w sytuacji, gdy kosztorys ten stanowi treść oferty". Oferta ETP zawiera wszystkie ww. rodzaje błędów. Ponadto powoływał uchwałę z dnia 18 września 2014 r. (KIO/KD 79/14, Legalis), w której KIO wskazała, w jakich okolicznościach niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, stanowi przesłankę odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Podnosił również, że jako ofertę należy rozumieć nie sam formularz ofertowy, lecz też wszystkie jego załączniki,

w tym w szczególności kosztorysy ofertowe. Treść oferty należy rozumieć jako treść zobowiązania wykonawcy do zgodnego z żądaniami zamawiającego wykonania zamówienia. Na tak rozumianą treść oferty składa się nie tylko sam formularz ofertowy (czy ściślej: wyrażone w nim oświadczenie woli wykonawcy), ale również wszystkie dookreślające i precyzujące zobowiązanie wykonawcy, a składane wraz z formularzem ofertowym dokumenty (np. plany, rysunki, projekty, kosztorysy (...) itp.) (tak: wyrok KIO z dnia 8 czerwca 2009 r. KIO/UZP 663/09, Legalis).

Wskazywał przy tym, że błędy zawarte w ofercie ETP nie są usterkami podlegającymi poprawieniu lub wyjaśnieniom. Rozbieżności między treścią oferty, a treścią SIWZ nie podlegają wyjaśnieniom, bowiem nie ma żadnych niejasności, dotyczących treści oferty. Wykonawca w swoim kosztorysie w sposób jednoznaczny i klarowny określił zakres swojego zobowiązania. Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 08 czerwca 2011 r. (sygn, akt KIO 1093/11), instytucja wyjaśnień określona w przepisie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp nie może zmieniać złożonego przez wykonawcę oświadczenia woli, lecz służy pomocą przy wykładni jego treści, jeżeli jest ona niejasna dla zamawiającego.

Tymczasem dnia 25 września 2018 r. zamawiający wysłał do ETP pismo, w którym poinformował go o poprawieniu omyłek w jego ofercie w trybie art. 87 ust. 2 pkt 2 i 3 ustawy Pzp. W szczególności Zamawiający poprawił następujące omyłki:

1) W kosztorysie sieci wodociągowej
   a) Pozycja 15 d.1.1.1. KNNR 1 0214-04, opis ETP: zasypywanie wykopów fundamentowych podłużnych, punktowych, rowów, wykopów obiektowych spycharkami z zagęszczeniem mechanicznym ubijakami (grubość warstwy w stanie luźnym 35cm) - kat. gruntu I-II, opis po dokonanej zmianie przez zamawiającego: zasypywanie wykopów fundamentowych podłużnych, punktowych, rowów, wykopów obiektowych gruntem kategorii I-II o grubości warstwy w stanie luźnym 35cm z zagęszczeniem mechanicznym ubijakami z zakupem materiału;
   b) Pozycja 226 d.5.2. KNR 2-21 0218-02, opis ETP: rozścielenie ziemi urodzajnej ręczne z transportem taczkami na terenie płaskim, opis po dokonanej zmianie przez zamawiającego: ręczne rozścielenie z transportem taczkami na terenie płaskim ziemi urodzajnej (5cm);
   c) Pozycja 349 d.8.1,1. KNNR 1 0214-04, opis ETP: zasypywanie wykopów fundamentowych podłużnych, punktowych, rowów, wykopów obiektowych spycharkami z zagęszczeniem mechanicznym ubijakami (grubość warstwy w stanie luźnym 35cm) - kat. gruntu I-II, opis po dokonanej zmianie przez zamawiającego: zasypywanie wykopów fundamentowych podłużnych, punktowych, rowów, wykopów

obiektowych gruntem kategorii I-II o grubości warstwy w stanie luźnym 35cm z zagęszczeniem mechanicznym ubijakami z zakupem materiału;

2) W kosztorysie dla przyłączy wodociągowych
   a) Pozycja 4 d. 1.1.1 KNR 2-01 0211-07, opis ETP: Wykopy liniowe w gruncie suchym kategorii III-IV szerokości 0,8-2,5m, głębokości 1,5m o ścianach pionowych, z ręcznym wydobyciem urobku, opis po dokonanej zmianie przez zamawiającego: Roboty ziemne w gruncie kategorii I-III wykonywane koparkami przedsiębiernymi o pojemności łyżki 0,60 m^3 z transportem urobku samochodami samowyładowczymi na odległość do 1 km, lecz z ziemi uprzednio zmagazynowanej w hałdach (załadunek ziemi z ręcznych robót ziemnych);
   b) Pozycja 61 d.2.1.1, KNR 2-01 0211-07, opis ETP: Nakłady uzupełniające do tablic za każdy dalszy rozpoczęty I km odległości transportu ponad I km samochodami samowyładowczymi gruntu kat. I-IV po drogach o nawierzchni utwardzonej, opis po dokonanej zmianie przez zamawiającego: Roboty ziemne w gruncie kategorii I-III wykonywane koparkami przedsiębiernymi o pojemności łyżki 0,60 m^3 z transportem urobku samochodami samowyładowczymi na odległość do I km, lecz z ziemi uprzednio zmagazynowanej w hałdach (załadunek ziemi z ręcznych robót ziemnych);
   c) Pozycja 62 d.2.1.1. KNR 1 0208-02, opis ETP: Dodatek za każdy rozpoczęty 1 km transportu ziemi samochodami samowyładowczymi gruntu kat. I-IV po drogach o nawierzchni utwardzonej, opis po dokonanej zmianie przez zamawiającego: Nakłady uzupełniające do tablic za każdy dalszy rozpoczęty 1 km odległości transportu ponad 1 km samochodami samowyładowczymi gruntu kat, I-IV po drogach o nawierzchni utwardzonej;
   d) Pozycja 74 d. 1.2.1 KNKRB 4-II 0103-01, opis ETP: Zasuwy żeliwne wodociągowe kołnierzowe o średnicy 40 mm, opis po dokonanej zmianie przez zamawiającego: Zasuwa wodociągowa do przyłącza domowego z żywicy POM z króćcami do zgrzewania;
   e) Pozycja 99 d.2.2.2. KNR INSTAL 0110-02, opis ETP: Wodomierz skrzydełkowy główny (domowy) o średnicy nominalnej 20 mm, opis po dokonanej zmianie przez zamawiającego: Wodomierz skrzydełkowy główny (domowy) o średnicy nominalnej 20mm wraz z obustronnymi redukcjami DN25/ 20mm;
   f) Pozycja 153 d.3.2.2 wycena własna, opis ETP: Montaż rurociągów z rur polietylenowych PE, PEHD o średnicy zewnętrznej 63mm - rura ochronna, opis po dokonanej zmianie przez zamawiającego: Przeciąganie rurociągów przewodowych w rurach ochronnych;

g) Pozycja 312 d.6.1.2 KNKRB 4-II 0103-01, opis ETP: Przyłącza wodociągowe z rur ciśnieniowych PE o średnicy zewnętrznej 32 mm, opis po dokonanej zmianie przez zamawiającego: Zasuwa wodociągowa do przyłącza domowego z żywicy POM z króćcami do zgrzewania DN 1;

h) Pozycja 329 d.6.2.2 KNNR 10 1205-01, opis ETP: Studzienki obserwacyjne SO-1, opis po dokonanej zmianie przez zamawiającego: Analogia - Studnia wodomierzowa np Kajma II wyposażona w podejścia wodomierzowe;

i) Pozycja 330 d.6.2.2 KNR-W 2-18 0109-01, opis ETP: Analogia - Studnia wodomierzowa np Kajma II wyposażona w podejścia wodomierzowe, opis po dokonanej zmianie przez zamawiającego: Montaż rurociągów z rur polietylenowych PE, PEHD o średnicy zewnętrznej 63mm - rura ochronna;

j) Pozycja 551 d. 10.2.2 KNRINSTAL 0110-02, opis ETP: Wodomierz skrzydełkowy główny (domowy) o średnicy nominalnej 20 mm, opis po dokonanej zmianie przez zamawiającego: Wodomierz skrzydełkowy główny (domowy) o średnicy nominalnej 20mm wraz z obustronnymi redukcjami DN25/ 20mm;

k) Pozycja 702 d. 13.2.2 KNR INSTAL 0110-02, opis ETP: Wodomierz skrzydełkowy główny (domowy) o średnicy nominalnej 20 mm, opis po dokonanej zmianie przez zamawiającego: Wodomierz skrzydełkowy główny (domowy) o średnicy nominalnej 20mm wraz z obustronnymi redukcjami DN25/ 20 mm.

Odwołujący wskazał, że dokonane przez zamawiającego poprawki były nieuzasadnione, nie zaszły bowiem przesłanki opisane w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Błędy, polegające na nieprawidłowych opisach wyżej opisanych pozycji dyskwalifikują ofertę ETP. Przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp pozwala na poprawienie innych omyłek w ofertach, jeśli tylko w konsekwencji dokonania tej czynności nie zmieni się zasadniczo treść zobowiązania wykonawcy, poprawki natomiast dotyczą zasadniczej zmiany treści zobowiązania ETP. Nie można bowiem mówić, że nie jest istotne skalkulowanie wykonania danej usługi wraz z materiałem lub bez wliczenia w cenę usługi tego materiału. Tak samo w kwestii wodomierza, to czy jest on wyposażony w obustronne redukcje, czy też nie, jest jego istotną cechą. Tym bardziej nie można twierdzić, że nie jest istotną całkowita zmiana przedmiotu świadczenia wykonawcy, np. „poprawka oferty" z wykonania studni wodomierzowej na montaż rurociągów. Są to dwie absolutnie różne prace, a zatem przesłanka „nieistotności", która warunkuje możliwość dokonania poprawki, w tym wypadku nie występuje. Skoro zatem postanowienia poprawione przez zamawiającego były sprzeczne z SIWZ i nie mogły podlegać poprawieniu, to zamawiający powinien unieważnić swoją

czynność dokonania poprawek tych omyłek i odrzucić ofertę ETP ze względu na sprzeczność oferty (w zakresie ww. pozycji) z treścią SIWZ.

Ponadto odwołujący zwrócił uwagę, że w kosztorysie ofertowym przystępującego istnieje szereg omyłek nie poprawionych przez zamawiającego. Z licznych niezgodności oferty ETP z SIWZ, niepoprawione zostały pozycje nr 4, 112, 147, 190, 231, 289, 338, 409, 450, 544, 579, 614, 656, 701, 741 dla kosztorysu na sieć wodociągową oraz pozycjach nr 4, 61, 83, 118,140,176, 201, 240, 263, 302, 321, 354, 375, 411, 432, 468, 515, 568, 670, 689, 721, 778, 800, 838, 857, 889, 908, 943, 993 dla kosztorysu na przyłącza. Błędy w tych pozycjach polegają na zmianie w przypisanym numerze KNR i przekładają się na zmianę przedmiotu świadczenia. Niepoprawiona została też pozycja nr 42 kosztorysu dla przyłączy wodociągowych w zakresie braku określenia, czy wodomierz dysponuje obustronnymi redukcjami DN25/ 20mm. Nie poprawiono także pozycji nr 5, 8, 64, 67, 113,116,148, 151, 191,194, 232, 235, 290, 293, 339, 342, 383, 410, 413, 451, 454, 482, 485, 512, 545, 548, 580, 583,615, 618, 657, 660, 702, 705, 742, 745 kosztorysu dla sieci wodociągowej oraz pozycjach nr 5, 8, 27, 30, 62, 65, 84, 87, 119,122, 141,144,177, 180, 202, 205, 241, 244, 264, 267, 303, 322, 355, 376, 412, 433, 469, 486, 516, 519, 536, 539, 569, 572, 589, 592, 620, 623, 638, 641, 671, 690, 722, 725, 742, 745, 779, 782, 801, 804, 839, 858, 890, 909, 944, 961, 994,1011 kosztorysu dla przyłączy. Pozycje te odnoszą się do zaoferowania stawki za 1 km, zamiast jej dziewięciokrotności, tj. stawki za 9 km. Wszystkie wskazane wyżej pozycje zawierają sprzeczności w treści oferty (w opisach ww. pozycji kosztorysu) wobec treści SIWZ (odpowiedników tychże pozycji w kosztorysie stanowiącym załącznik. Odwołujący stoi na stanowisku, że pozycje nr 5, 8, 64, 67, 113, 116, 148, 151, 191, 194, 232, 235, 290, 293, 339, 342, 383, 410, 413, 451, 454, 482, 485, 512, 545, 548, 580, 583, 615, 618, 657, 660, 702, 705, 742, 745 kosztorysu dla sieci wodociągowej oraz w pozycjach nr 5, 8, 27, 30, 62, 65, 84, 87, 119, 122, 141, 144, 177, 180, 202, 205, 241, 244, 264, 267, 303, 322, 355, 376, 412, 433, 469, 486, 516, 519, 536, 539, 569, 572, 589, 592, 620, 623, 638, 641, 671, 690, 722, 725, 742, 745, 779, 782, 801, 804, 839, 858, 890, 909, 944, 961, 994,1011 kosztorysu dla przyłączy stanowią o niezgodności oferty ETP z treścią SIWZ. W konsekwencji, z uwagi na brak wskazania kwoty za 9 km, oferta ETP powinna zostać odrzucona.

Nawet jednak, gdyby przyjąć, że działanie takie nie stanowi niezgodności z SIWZ, to zamawiający powinien był poprawić tę omyłkę w ofercie ETP (we wszystkich ww. pozycjach) i przemnożyć wskazaną przez niego cenę jednostkową razy 9. Brak podjęcia takiego działania prowadzić będzie do braku równego traktowania wykonawców i porównania ofert o innym przedmiocie zamówienia. Podanie ceny za 1 km, zamiast 9 km spowodowało,

że oferta ETP jest znacząco niższa niż oferty pozostałych wykonawców. Z uwagi na fakt, że transport był istotnym elementem zamówienia, przeliczenie transportu wyłącznie dla 1 km, a nie jak wymagał tego zamawiający – 9 km, spowodowała różnice w cenie oferty ETP na poziomie 304.182,72 zł. Gdyby więc ETP wypełnił kosztorys ofertowy zgodnie ze wskazówkami zamawiającego, jego oferta byłaby o 304.182,72 zł wyższa. To z kolei spowodowałoby, że pierwsze miejsce w rankingu ofert przypadłoby nie ETP, lecz odwołującemu.

Zamawiający, w dniu 9 października 2018 r. poinformował wykonawców, zgodnie z art. 185 ust. 1 ustawy Pzp, o wniesieniu odwołania, wzywając ich do przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Do postępowania odwoławczego przystąpił, w dniu 12 października 2018 r. wykonawca: **ETP S.A. 40-301 Katowice, ul. Siemianowicka 5a** (dalej „przystępujący"), zgłaszając swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Zamawiający na posiedzeniu w dniu 22 października 2018 r., złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie w całości.

W treści złożonego pisma procesowego podnosił, że brak jest po stronie odwołującego legitymacji procesowej i z tego powodu jego odwołanie podlega oddaleniu, niezależnie od zasadności podnoszonych w odwołaniu zarzutów. Wskazywał, że nawet w przypadku gdyby przystępujący wypełnił swój kosztorys ofertowy zgodnie ze wskazówkami zamawiającego, to jego oferta byłaby wyższa o 304 182,72 zł., a wartość jego oferty wynosiłaby 6 454 452,04 zł. Tymczasem odwołujący zaoferował realizację zamówienia za kwotę 6 605 574,32 zł. Biorąc pod uwagę fakt, iż jedynym kryterium w postępowaniu była cena za realizację zamówienia należy zauważyć, że pomimo dokonanych poprawek oferta przystępującego pozostaje najkorzystniejszą, złożoną w tym postępowaniu.

Odnosząc się z kolei do poszczególnych zarzutów odwołującego, podnoszonych w treści odwołania wskazywał co następuje:

1. Odnośnie błędnego numeru KNR, wskazanego przez przystępującego w kilkunastu pozycjach kosztorysu stoi na stanowisku, że wpisanie zamiast numeru podanego przez zamawiającego tj. KNR 2-01 0211/07 numeru KNR 2-01 0211/07.05 nie świadczy o niezgodności treści oferty przystępującego z treścią SIWZ. Inne oznaczenia są jedynie wynikiem zastosowania konkretnego programu kosztorysowego, a w tym zakresie zamawiający wymogów nie postawił. Wskazuje, że każdy z programów zawiera taki sam zestaw KNR, natomiast występują różnice w ich opisach, lecz nie ma

to wpływu na wyliczenie nakładów, bowiem te w poszczególnych pozycjach są takie same.

2. Odnosząc się do wpisania w kosztorysie ofertowym błędnego opisu robót, przy zachowaniu wprowadzonej przez zamawiającego numeracji KNR, w zakresie w jakim przystępujący nie dopisał w danych pozycjach wyrażenia „wraz z zakupem materiałów" stwierdza, że w pozycjach tych przystępujący wliczył zakup materiału, stosując nakłady na robociznę i sprzęt. Natomiast co do pozycji, w których zastosował obustronne redukcje DN 25/ 20 mm wyjaśnia, że redukcje te zostały wliczone do podanych pozycji jako materiał.

   Argumentował również, że różnice w nazewnictwie wynikają z zastosowania różnych programów do sporządzania kosztorysu. Ponadto zamawiający błędy w opisach pozycji poprawił na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, na co przystępujący wyraził zgodę. Z treści tego przepisu wynika, że dopuszczalne jest poprawienie wszelkiego rodzaju błędów, omyłek, nieścisłości i niedoskonałości w treści oferty, o ile tylko nie spowodują one zniekształcenia woli wykonawcy w istotnym zakresie. Skoro zatem dokonane poprawy omyłek nie powodują zmiany ceny oferty, zmiany sposobu wykonania zamówienia czy istotnej zmiany materiałów niezbędnych do wykonania przedmiotu zamówienia, nie istnieją podstawy do odrzucenia oferty przystępującego jako niezgodnej z treścią SIWZ w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

3. Odnosząc się do zarzutu braku wyliczenia przez przystępującego krotności prac w niektórych pozycjach kosztorysu stwierdzał, że jego zdaniem zarzut ten również nie zasługuje na uwzględnienie. W jego ocenie z opisu pozycji jasno wynika, że oferta obejmuje odwóz na odległość 10 km a nie, jak twierdzi odwołujący, na odległość 1 km. Wynika to z opisu zawartego w niektórych pozycjach kosztorysu ofertowego, inne natomiast pozycje, w których takiego zastrzeżenia nie zawarto należy traktować analogicznie, gdyż zgodnie ze Specyfikacją Techniczną Wykonania i Odbioru Robót ST-01 Roboty ziemne, należało uwzględnić w ofercie koszty transportu, lokalizację składowisk, odległość od tych miejsc i odpowiednio uwzględnić te parametry w ofercie.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, postanowieniami SIWZ, ofertami wykonawców złożonymi w postępowaniu, treścią korespondencji prowadzonej pomiędzy zamawiającym a przystępującym, zapoznaniu się z odwołaniem, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że odwołujący, wnosząc przedmiotowe odwołanie w dostateczny sposób wykazał interes w złożeniu środka ochrony prawnej - odwołania, w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący złożył ofertę w niniejszym postępowaniu. W jego ocenie oferta oceniona jako najkorzystniejsza, złożona przez wykonawcę ETP winna zostać odrzucona, jako niezgodna z treścią SIWZ. W takiej sytuacji oferta odwołującego byłaby ofertą najkorzystniejszą w tym postępowaniu i miałby on szansę uzyskania przedmiotowego zamówienia.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem oraz przekazanej na nośniku elektronicznym (w tym kosztorysy inwestorskie), w szczególności z treści ogłoszenia o zamówieniu, treści SIWZ, treści ofert złożonych w postępowaniu przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, korespondencji prowadzonej pomiędzy zamawiającym a przystępującym w postępowaniu oraz pisma procesowego złożonego przez odwołującego na posiedzeniu.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, iż postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, iż przedmiotem postępowania, zgodnie z opisem zawartym w Rozdziale III SIWZ jest budowa sieci wodociągowej w Rakowni. Zgodnie z Rozdziałem IX SIWZ – wykaz oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia, pkt 4) wykonawca zobowiązany był złożyć, wraz z ofertą, kosztorys ofertowy wykonany metodą uproszczoną w oparciu o projekt

budowlany, projekty wykonawcze, specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót budowlanych w celu wykazania spełnienia przez oferowane roboty wymagań określonych przez zamawiającego. Ponadto w Rozdziale XVI zamawiający opisał sposób obliczenia ceny. Zgodnie z pkt 4) cena musi zawierać: zapłatę za przedmiot zamówienia wraz z podatkiem od towarów i usług VAT oraz inne koszty związane z jego realizacją, tj. koszty wykonania robót bezpośrednio wynikające z przedmiaru robót oraz koszty pośrednie m.in. koszty wszystkich robót przygotowawczych, demontażowych, porządkowych, oznakowania i zagospodarowania placu budowy, utrzymania i likwidacji zaplecza budowy, transportu materiałów i ich składowania, zorganizowania i prowadzenia niezbędnych badań i odbiorów; pkt 5) Podstawą obliczenia ceny za roboty budowlane ma być przekazany Wykonawcy przedmiar robót wraz z projektem budowlanym, projektami wykonawczymi, specyfikacjami technicznymi wykonania i odbioru robót oraz wszelkimi wydanymi decyzjami i uzgodnieniami; pkt 6) Wykonawca nie ma prawa bez zgody Zamawiającego dokonywania zmian w przekazanym kosztorysie ślepym (np. dopisywania pozycji, zmiany ilości robót, zmiany opisów itp.). Jeżeli w wyniku dokonanej przez siebie analizy i obliczenia ilości robót uzna je za niewłaściwe, to zmiany ilości robót Wykonawca może dochodzić w ramach procedury pytań, zgodnie z art. 38 ust. 1 ustawy. Zasady wyjaśnienia treści siwz zostały określone w pkt 11 niniejszej siwz; pkt 7) W przypadku stwierdzenia braku danych w dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych, Wykonawca powinien zwrócić się do Zamawiającego o wyjaśnienie. Natomiast w pkt 8) przesądził, że formą przyjętego wynagrodzenia za wykonanie robót budowlanych jest wynagrodzenie kosztorysowe. Powyższe postanowienia znalazły się także w załączniku nr 1 do SIWZ – Opis przedmiotu zamówienia, uszczegółowione i doprecyzowane w pkt V. Przygotowanie ceny oferty. Zamawiający wskazał w pkt 1, że podczas kalkulacji cen jednostkowych poszczególnych pozycji przedmiaru robót Wykonawca winien ująć w nich: a. koszty bezpośrednie, w tym: koszty wszelkiej robocizny do wykonania danej pozycji przedmiaru robót, obejmujące płace bezpośrednie, płace uzupełniające, koszty ubezpieczeń społecznych i podatki od płac, koszty materiałów podstawowych i pomocniczych do wykonania danej pozycji przedmiaru robót, obejmujące również koszty dostarczenia materiałów z miejsca ich zakupu bezpośrednio na stanowiska robocze lub na miejsca składowania na placu budowy, koszty użycia wszelkiego sprzętu budowlanego i środków transportu, niezbędnych do wykonania danej pozycji przedmiaru robót, obejmujące również koszty sprowadzenia sprzętu na plac budowy, jego montażu i demontażu po zakończeniu robót. b. koszty ogólne budowy, w tym: koszty zatrudnienia przez Wykonawcę pracowników, personelu kierowniczego, technicznego i administracyjnego budowy, obejmujące wynagrodzenie tych pracowników niezaliczane do

płac bezpośrednich, wynagrodzenia uzupełniające, koszty ubezpieczeń społecznych i podatki od wynagrodzeń, wynagrodzenia bezosobowe, które według Wykonawcy obciążają daną budowę, koszty montażu i demontażu obiektów zaplecza tymczasowego oraz koszty amortyzacji lub zużycia tych obiektów, koszty wyposażenia zaplecza tymczasowego w urządzeniu placu budowy, obejmujące tymczasowe sieci elektryczne, energetyczne, wodociągowe, kanalizacyjne, oświetlenie, zastępcze źródła ciepła do ogrzewania obiektów i robót, urządzenia zabezpieczające materiały i roboty przed deszczem, słońcem i inne tego typu urządzenia, koszty zorganizowania objazdu oraz projektu czasowej organizacji ruchu wraz z ustawieniem oznakowania, koszty zużycia, konserwacji i remontów lekkiego sprzętu, przedmiotów i narzędzi kwalifikowanych jako środki nietrwałe, koszty bezpieczeństwa i higieny pracy, obejmujące koszty wykonania niezbędnych zabezpieczeń stanowisk roboczych i miejsc wykonywania robót (oznakowanie, ogrodzenie), koszty odzieży i obuwia ochronnego, koszty środków higienicznych, sanitarnych i leczniczych, koszty zatrudnienia pracowników zamiejscowych, koszty zużycia materiałów oraz energii na cele administracyjne i nieprodukcyjne budowy, koszty podróży służbowych personelu budowy, koszty pomiarów geodezyjnych, wykonanie szkiców geodezyjnych nieujętych w opisach zakresów robót objętych poszczególnymi pozycjami przedmiaru, koszty badań jakości materiałów, robót i prób odbiorowych przewidzianych w specyfikacjach technicznych wykonania i odbioru robót oraz koszty dodatkowych badań i prób wykonywanych na żądanie Zamawiającego, koszty ubezpieczeń majątkowych budowy, koszty inwentaryzacji powykonawczej i naniesienia wykonanych robót na mapę, koszty uporządkowania terenu budowy po wykonaniu robót, opłaty graniczne, cła, akcyzy i inne podatki należne za robociznę, materiały i sprzęt, wszystkie inne, niewymienione wyżej ogólne koszty budowy, które mogą wystąpić w związku z wykonywaniem robót budowlanych zgodnie z warunkami umowy oraz przepisami technicznymi i prawnymi. Zgodnie z pkt 2. Wykonawca był również zobowiązany w kalkulacji cen jednostkowych dla poszczególnych pozycji ująć ogólne koszty prowadzenia działalności gospodarczej przez Wykonawcę: a. ryzyko obciążające Wykonawcę i kalkulowany przez Wykonawcę zysk, b. wszelkie inne koszty, opłaty i należności, związane z wykonywaniem robót, odpowiedzialnością materialną i zobowiązaniami Wykonawcy wymienionymi lub wynikającymi z treści dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót, warunków umowy oraz przepisów dotyczących wykonywania robót budowlanych. W pkt 3. zamawiający wskazał, że opisy poszczególnych pozycji przedmiaru robót nie powinny być traktowane jako ostatecznie definiujące wymagania dla danych robót. Nawet, jeżeli w przedmiarze robót tego nie podano, Wykonawca winien przyjmować, że roboty ujęte w danej pozycji muszą być wykonane według: a. opisów i rysunków

samym nie jest możliwe poprawienie oferty przystępującego w zakresie, w jakim zmienia się treść zobowiązania w ofercie tego wykonawcy (tu kosztorysie ofertowym).

Odrębną kwestią, świadczącą w ocenie odwołującego, o niezgodności treści oferty przystępującego z treścią SIWZ jest brak wyliczenia 9- krotności prac w szeregu pozycji (zgodnie ze stanowiskiem zawartym w odwołaniu i piśmie procesowym odwołującego błąd ten dotyczył 36 pozycji w kosztorysie dla sieci wodociągowej i 58 pozycji dla przyłączy), czego zamawiający nie poprawił. W tym zakresie Izba również wzięła pod uwagę opis jaki zamawiający zawarł w przedmiarach robót w kwestionowanych pozycjach, dopisując pod poszczególną pozycją „dopłata 9x", co oznaczało transport na odległość 9 km, a przystępujący opisując tę pozycję takiego dopisku nie uwzględnił. Zamawiający wywodził z kolei, że w Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót (ST-01 Roboty ziemne), wskazano, że wykonawca w kosztorysie winien uwzględnić koszty transportu, lokalizację składowisk, odległość od tych miejsc i odpowiednio uwzględnić te parametry w ofercie, a zatem kalkulacja przystępującego przewiduje wywóz ziemi na wskazaną odległość. Podkreślał również, że skoro w niektórych pozycjach przystępujący zawarł ponadto dopisek, że oferta obejmuje odwóz na odległość 10 km, to również świadczy to o prawidłowej kalkulacji ceny. W tym zakresie Izba podzieliła stanowisko odwołującego, że z opisu poszczególnych pozycji nie wynika, że przystępujący skalkulował wywóz na odległość większą niż 1 km. Należy też zwrócić uwagę na rozbieżności jakie występują pomiędzy ceną jednostkową w tych pozycjach w kosztorysie ofertowym przystępującego a dwóch innych ofertach (z analizy dokonanej przez Izbę wynika, że ceny jednostkowe w ofercie przystępującego były kilkukrotnie niższe niż w pozostałych ofertach, natomiast były zbliżone do cen jednostkowych wynikających z kosztorysu inwestorskiego). Zamawiający rozbieżności tych nie potrafił wyjaśnić, nie zwracał się również do wykonawcy o wyjaśnienie poszczególnych cen jednostkowych uznając, że skoro nie ma podstaw do twierdzenia, że cena całkowita za wykonanie przedmiotu zamówienia zaproponowana przez przystępującego jest rażąco niska, nie ma również podstaw do kwestionowania sposobu kalkulacji poszczególnych cen jednostkowych. Izba uznała również za wiarygodne wyliczenia i dowody odwołującego, przedstawione na rozprawie prezentujące, na podstawie jednej z pozycji dla której nie została wyliczona 9- krotność, że za cenę jednostkową wskazaną w tej pozycji nie jest możliwe jej wykonanie (pozycja dotyczy wywozu na odległość 9 km a nie na odległość 1 km). Izba dostrzegła wprawdzie, na co zwracał uwagę przystępujący, że odwołujący w treści odwołania nie stawiał zarzutu, że cena w tych pozycjach kosztorysu w ofercie przystępującego jest rażąco niska, zauważa jednak, że odwołujący nie kwestionował realności ceny jednostkowej za wywóz na odległość 1 km, ale uważał, że cenę tę należy

przemnożyć przez 9. Z tych powodów zarzut ten należało rozpoznać. Tym samym potwierdziło się, w ocenie Izby, że przystępujący nie skalkulował w szeregu wymienionych wyżej pozycji, konieczności transportu na odległość 9 km, czego zamawiający nie dostrzegł. Jak wynika z kalkulacji odwołującego (pismo procesowe złożone na posiedzeniu w dniu 23 października 2018 r.) w przypadku, gdyby przystępujący w sposób prawidłowy wyliczył wartość w tych pozycjach, cena jego oferty byłaby wyższa o 606 326,82 zł. brutto, co stanowi około dziesięciu procent ceny oferty. W rezultacie prowadziłoby to również do zmiany w rankingu ofert, albowiem oferta odwołującego okazałaby się najkorzystniejsza w postępowaniu. Należy zatem stwierdzić, że w okolicznościach niniejszej sprawy zmiana taka byłaby zmianą istotną, prowadzącą zarówno do zmiany przedmiotu świadczenia, jak też powodującą wzrost ceny ofertowej o dziesięć procent (czemu nie przeczył ani zamawiający ani przystępujący, nie przedstawiając innych wyliczeń).

Izba, co do zasady, nie wyklucza możliwości poprawiania błędów w ofertach, polegających na dokonywaniu korekty w opisie pozycji kosztorysowych. Jest to obecnie jedno z najczęściej występujących zjawisk przy ocenie niezgodności treści oferty z treścią SIWZ w przypadku robót budowlanych. Jednakże należy podkreślić, że możliwość poprawy determinuje z jednej strony kwestia zapisów SIWZ w tym zakresie, z drugiej zaś skala zmian, ich zakres i wartość. W niniejszym zaś przypadku skala zmian, zakres i wartość dokonanych poprawek w kosztorysie ofertowym przystępującego były istotne z punktu widzenia całości prac do wykonania. Dlatego też Izba uznała, że zamawiający w sposób nieprawidłowy przeprowadził proces weryfikacji ofert, nie wystąpił do wykonawcy o stosowane wyjaśnienia, choćby w zakresie w jakim ten nie wyliczył 9-krotności prac w wielu pozycjach kosztorysu, w rezultacie zaś niesłusznie zastosował regulację art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp dokonując zmian w treści oferty przystępującego. Należy też zaznaczyć, że nie bez znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy jest również fakt, że zamawiający nie poprawił wszystkich pozycji kosztorysu ofertowego wykonawcy, w których stwierdził istniejące niezgodności kosztorysu ofertowego z przekazanym przedmiarem, czemu nie przeczył w odpowiedzi na odwołanie, ani prezentując swoje stanowisko na rozprawie.

Biorąc pod uwagę powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Zgodnie bowiem z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Potwierdzenia zarzutów wskazanych

w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. z dnia 7 maja 2018 r. Dz. U. z 2018 r., poz. 972), w tym w szczególności § 5 ust. 2 pkt 1.

Przewodniczący:

.....

KRAJOWA IZBA ODWOŁAWCZA

Na oryginale właściwe podpisy
Za zgodność

WICEPREZES
Krajowej Izby Odwoławczej
Emil Kuriata