Sygn. akt KIO 179/11

WYROK
z dnia 10 lutego 2011 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Sylwester Kuchnio

Protokolant: Przemysław Łaciński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 lutego 2011 roku w Warszawie odwołania wniesionego przez **DOM-MAR Sp. z o.o., 62-081 Przeźmierowo, ul. Rzemieślnicza 37** od czynności zamawiającego **Wielkopolskie Centrum Onkologii im Marii Skodowskiej-Curie, 61-866 Poznań, ul. Garbary 15.**

przy udziale wykonawcy **JD Instal Sp. z o. o., 61-324 Poznań, ul. Nad Krzesinką 3** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego;

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie i nakazuje powtórzenie czynności oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego, w tym poprawienie oferty odwołującego w zakresie pozycji 127 kosztorysu ofertowego.**

2. Kosztami postępowania obciąża **Wielkopolskie Centrum Onkologii im Marii Skodowskiej-Curie, 61-866 Poznań, ul. Garbary 15** i nakazuje:

   1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych, w poczet kosztów postępowania odwoławczego wpis w wysokości 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych, zero groszy) uiszczony przez **DOM-MAR Sp. z o.o., 62-**

---

   081 Przeźmierowo, ul. Rzemieślnicza 37,

   2) dokonać wpłaty kwoty 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) przez **Wielkopolskie Centrum Onkologii im Marii Skodowskiej-Curie** na rzecz **DOM-MAR Sp. z o.o., 62-081 Przeźmierowo, ul. Rzemieślnicza 37** stanowiące uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zmianami) 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:
……

UZASADNIENIE
(sygn. akt KIO 179/11)

Zamawiający, Wielkopolskie Centrum Onkologii im. Marii Skłodowskiej-Curie z Poznania, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Modernizacja instalacji wody lodowej i instalacji wentylacyjnej w budynku Centralnego Bloku Operacyjnego Wielkopolskiego Centrum Onkologii”.
Szacunkowa wartość zamówienia jest niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11. ust. 8 Pzp.

W dniu 25.01.2011 r. zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu o wyborze oferty najkorzystniejszej za którą uznano ofertę JD Instal Sp. z o.o. z Poznania oraz odrzuceniu oferty DOM-MAR Sp. z o.o. z Przeźmierowa na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy w związku z podaniem w pozycji o numerze 127 kosztorysu ofertowego, zamiast 2 sztuk zaworów 4 sztuki oraz braku wyceny w poz. o numerze 204 rurarzu i urządzeń regulacyjno-sterujących do linii wentylacyjnej 16.

W dniu 31.01.2011 r. DOM-MAR Sp. z o.o. wniosła odwołanie od czynności odrzucenia jej oferty, zarzucając zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy:

1. art. 87 ust. 1 poprzez zaniechanie procedury zażądania wyjaśnień dotyczącej treści złożonej oferty,
2. art. 87 ust. 2 pkt 3 poprzez zaniechanie poprawienia innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (siwz), niepowodujących istotnych zmian w treści oferty,
3. art. 89 ust. 1 pkt 2 przez uznanie, że treść oferty nie odpowiada treści siwz i odrzucenie oferty.

W uzasadnieniu odwołania w pierwszej kolejności wskazano, iż siwz wymagała złożenia oferty z ceną ryczałtową, dodatkowo zamawiający wymagał sporządzenia oferty w formie wyceny skróconej, obejmującej wyszczególnienie danej nazwy roboty, jej ilości, ceny jednostkowej oraz wartości Ustalenie, że cena oferty jest ceną ryczałtową niesie ze sobą doniosłe konsekwencje. Zgodnie z jednolitym w tym zakresie orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej z ryczałtowego charakteru ceny wynika, iż to na wykonawcy składającym ofertę ciąży ryzyko nie ujęcia w dokonanej przez siebie wycenie przedmiotu zamówienia niektórych z jego elementów, która to wycena jest dla niego podstawą dla określenia ceny ofertowej. Dodatkowo należy stwierdzić, że cena ryczałtowa to cena za całość zamówienia, ustalona na podstawie dokumentacji projektowej, dla której kosztorysy mają znaczenie jedynie pomocnicze. W sytuacji istnienia rozbieżności w kosztorysie nie można uznać, że

---

wykonawca złożył ofertę niezgodną z treścią siwz, bowiem to dokumentacja projektowa określa treść i przedmiot zamówienia (tak wyrok KIO/UZP 1588/09).
W związku z powyższym, jakkolwiek odwołujący zaprzeczył jakoby nie uwzględnił w treści swojej oferty jakiegokolwiek z elementów zamówienia opisanego treścią siwz, to fakt przyjęcia w ceny ryczałtowej jednoznacznie wskazuje na pomocniczy charakter kosztorysu ofertowego. Tym samym odrzucenie *a limine* oferty odwołującego z powodu rzekomych błędów w kosztorysie ofertowym jest bezpodstawne i nie znajduje uzasadnienia w przepisach.
Odnosząc się do pierwszego z zarzutów zamawiającego, to jest zastrzeżeń do pozycji numer 127 kosztorysu ofertowego, niezbędne jest wskazanie, że faktycznie w pozycji, która zgodnie z przedmiarem wymagała wprowadzenia 2 (słownie: dwóch) sztuk zaworu kulowego kołnierzowego 1,6 MPa fi 100, odwołujący przewidział 4 (słownie: cztery sztuki) przedmiotowego zaworu. Z powodu tej omyłki cena ofertowa wzrosła o kwotę: 2.044,04 zł (słownie złotych: dwa tysiące czterdzieści cztery 04/100) netto.
Zdaniem odwołującego wskazana powyżej omyłka powinna zostać skorygowana przez zamawiającego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Zgodnie z tym przepisem prawa zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Z taką sytuacją mamy do czynienia w postępowaniu, albowiem omyłka dotyczy wyłącznie 1 (słownie: jednej) pozycji kosztorysu ofertowego i spowodowała zwiększenie ceny ryczałtowej o kwotę 2.044,04 zł (słownie złotych: dwa tysiące czterdzieści cztery 04/100) netto co stanowi około 0,32% (słownie procent: trzydzieści dwie setne) ceny ryczałtowej. W ocenie Odwołującego się poprawienie przez Zamawiającego przedmiotowej omyłki nie spowodowałoby istotnej zmiany w treści oferty. Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej: „O istotnej zmianie treści oferty można byłoby mówić w okolicznościach, gdy poprawienie omyłki w istocie powodowałoby tak wiele zmian w odniesieniu do podstawowych kwestii przedmiotu zamówienia, że moglibyśmy mówić o nowej ofercie, a nie o pewnej korekcie pierwotnego oświadczenia woli wykonawcy" (wyrok KIO/UZP 1906/09). Poprawienie występującej niezgodności w treści oferty Odwołującego się nie doprowadzi do zmiany zakresu świadczenia Odwołującego się, a jedynie doprowadzi do nadania treści oświadczenia odpowiadającej rzeczywistej woli złożenia oferty zgodnej z wymaganiami Zamawiającego. Trzeba bowiem zauważyć, że Odwołujący się przewidział w kosztorysie ofertowym większą liczbę zaworów kulowych kołnierzowych 1,6 MPa fi 100 niż było to przewidziane przedmiarem. Oznacza to, że Odwołujący się z nadwyżką spełnił wymagania określone przez Zamawiającego w treści Specyfikacji Istotnych Warunków

Zamówienia.
Należy bowiem stwierdzić, że przepis art. 87 ust. 2 pkt 3) Pzp daje Zamawiającemu możliwość poprawienia uchybień w ofertach merytorycznie poprawnych, w celu zapobieżenia ich eliminacji z postępowania z przyczyn wyłącznie formalnych i nie mających istotnego znaczenia w kontekście oferowanego świadczenia (wyrok KIO/UZP 691/09). W przypadku zaistnienia okoliczności objętej dyspozycją przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3) Pzp Zamawiający ma nie tylko prawo, ale także obowiązek dokonania odpowiedniej poprawki. W analogicznej sytuacji do zaistniałej w Postępowaniu, Krajowa

---

Izba Odwoławcza nie podzieliła poglądu zamawiającego o niemożności poprawienia omyłek polegających na niezgodności ilości jednostek robót wskazanych w ofercie w stosunku do przedmiaru robót stanowiącego część specyfikacji istotnych warunków zamówienia (wyrok KIO 1291/09). Można wskazać także wyrok Krajowej Izby Odwoławczej, w którym stwierdzono, że: „poprawienie omyłek w postaci wpisania prawidłowych ilości wymaganych materiałów nie spowoduje istotnej zmiany w treści oferty, nawet jeśli w rezultacie ich dokonania zmianie ulegnie cena oferty. Cena oferty stanowi bowiem zasadniczą część - *essentialia negotii* przyszłej umowy, ale jednocześnie nie zawsze jej zmiana, zwłaszcza w niewielkich granicach, ma szczególne lub istotne znaczenie dla stron tej umowy" (KIO/UZP 2401/10).
Podsumowując tę część rozważań, Odwołujący uważa, że omyłka w pozycji 127 kosztorysu ofertowego powinna była zostać poprawiona przez Zamawiającego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3) Pzp. W związku z powyższym zaniechanie Zamawiającego w tym zakresie stanowi naruszenie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Dalszą konsekwencją tego zaniechania było bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego się, czym Zamawiający naruszył dyspozycję przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2) Pzp.

Odnosząc się do drugiego z zarzutów zgłoszonych przez Zamawiającego w stosunku do oferty odwołujący stwierdził, że w ramach ceny ryczałtowej uwzględnił również zakres wskazany treścią punktu III podpunktu 2) Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Odwołujący oświadczył, że cena ryczałtowa obejmuje także: ..montaż chłodnicy o mocy ok. 32 kW w centrali „Swegon" na nawiewno-wywiewnej LN/W-16 wraz z instalacja rurowa i armatura regulacyjna".
Jeżeli Zamawiający powziął wątpliwości odnośnie przedmiotowej kwestii, w ocenie Odwołującego się powinien był zażądać od Odwołującego się wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty w trybie art. 87 ust. 1 Pzp. Odwołujący się popiera w tym zakresie stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej, która stwierdziła, że: „Jeśli zamawiający miał jakiekolwiek wątpliwości, winien był je wyjaśnić. Nieuzasadniona jest sytuacja, w której zamawiający podejmuje decyzję o odrzuceniu oferty na podstawie wyłącznie domniemania, że wykonawca zaoferował inną usługę, lub inny produkt, niż wymagane przez zamawiającego w SIWZ. (...) Izba stoi na stanowisku, iż zamawiający jest zobowiązany do prowadzenia postępowania w sposób dokładny, rzetelny, zatem w przypadku pojawienia się wątpliwości w zakresie treści złożonej oferty (...) winien był wyjaśnić jej treść" (wyrok KIO/UZP 2401/10).
Odnosząc się do kwestii montaży chłodnicy o mocy ok. 32 kW w centrali +Swegon+ na linii nawiewno-wywiewnej LN/W-16 wraz z instalacją rurową i armaturą regulacyjną, niezbędne jest także stwierdzenie, że wycena tego elementu miała zostać dokonana na podstawie danych i informacji przekazanych przez Zamawiającego w trakcie wizji lokalnej. Takie dane źródłowe podlegają z pewnością bardziej subiektywnej ocenie wykonawców niż dokumentacja projektowa udostępniona przez Zamawiającego. Na podstawie wiadomości uzyskanych w trakcie przedmiotowej wizji lokalnej Odwołujący się skalkulował swoją cenę ofertową w wysokości podanej w ofercie, przyjmując, że jest ona wystarczająca do wykonania zamówienia zgodnie z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. W ocenie Odwołującego się, Zamawiający powinien uznać w tym zakresie subiektywną

---

kalkulację Odwołującego się bez dodatkowego dochodzenia, co Odwołujący się w tej kalkulacji zawarł.

Uwzględniając treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia przekazaną przez zamawiającego oraz stanowiska i oświadczenia stron złożone na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje.

Zgodnie z rozdz. III pkt 2) specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz) przedmiot zamówienia obejmował oprócz robót objętych projektem, również montaż chłodnicy o mocy

ok. 32 kW w centrali „Swegon" na linii nawiewno-wywiewnej LN/W-16 wraz z instalacją rurową i armaturą regulacyjną.
Jak zaznaczono w tym miejscu siwz – szczegółowe dane na temat powyższego zadania zostaną przekazane oferentowi w czasie wizji lokalnej.
W rozdz. III pkt 5) siwz zaznaczono, iż zamawiający wymaga sporządzenia oferty w formie wyceny skróconej, obejmującej wyszczególnienie danej roboty, jej ilość, ceny jednostkowe oraz wartość.
Zgodnie z pkt 6) i 7) rozdz. III zamawiający nie przewidywał płatności częściowych, a cena oferty była ceną ryczałtową płatną po wykonaniu całości zamówienia.
W rozdziale VI lit C. pkt 3) zamawiający wymagał załączenia do oferty kosztorysu ofertowego sporządzonego na podstawie załączonego do siwz przedmiaru robót (zał. Nr 9) oraz powtórzono raz jeszcze postanowienie rozdz. III pkt 5) siwz.

W rozdz. XII siwz pn. „Opis sposobu obliczenia ceny", w pkt 1 zaznaczono, iż cena oferty jest ceną ryczałtową i nie ulega zmianie, a wykonawca zgodnie z pkt 2 winien zaoferować cenę kompletną, jednoznaczną i ostateczną.
Według pkt 3 rozdz. XII siwz ofertę obejmującą kosztorysy ofertowe należy sporządzić w formie wyceny skróconej, obejmującej wyszczególnienie danej nazwy roboty, jej ilość, ceny jednostkowe oraz wartość, zachowując kolejność pozycji wg „Przedmiarów robót".
Zgodnie z rozdz. XII pkt 4 siwz cena oferty obejmuje wszystkie roboty niezbędne do wykonania całości przedmiotu zamówienia określonego dokumentacją projektową, w sposób zgodny z obowiązującymi przepisami i sztuką budowlaną. Natomiast w pkt 5 wskazano, iż w cenie oferty oprócz robót objętych projektem należy dodatkowo uwzględnić montaż chłodnicy o mocy ok. 32 kW w centrali „Swegon" na linii nawiewno-wywiewnej LN/W-16 wraz z instalacją rurową i armaturą regulacyjną.
Zgodnie z pkt 6 rozdz. XII siwz cena oferty musi zawierać wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia, wynikające wprost z przedmiaru robót, jak również pozostałe koszty nie ujęte w przedmiarze robót oraz załączonej dokumentacji projektowej.

W poz. 127 załączonego do siwz Przedmiaru robót zamawiający wymagał podania i wyceniania 2 sztuk zaworu kulkowego kołnierzowego 1,6 MPa fi 100.
W poz. 127 kosztorysu ofertowego załączonego do oferty wybrany wykonawca podał i wycenił 4 sztuki ww. zaworu. Cena jednostkowa zaworu – 1022,02 zł.
W poz. 204 kosztorysu ofertowego (nie odzwierciedlonej w przedmiarze robót) Dom-Mar podała i wyceniła chłodnicę kanałową SWEGON (Centrala NW 16) na kwotę – 1 szt – cena 6630,65 zł.
Cena oferty Dom-Mar wynosiła 782 462,18 zł (brutto).

Uwzględniając powyższe Izba zważyła, co następuje:

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 Pzp.

Odnośnie wyceniania w poz. 127 kosztorysu ofertowego Dom-Mar Sp. z o.o. 4 sztuk zaworu kulkowego zamiast wymaganych w przedmiarze 2 sztuk takiego zaworu Izba wskazuje, iż w tym przedmiocie nie ma sporu pomiędzy zamawiającym i odwołującym. Jak przyznał zamawiający w trakcie rozprawy poprawienie oferty w zakresie tego typu niewielkiej omyłki wykonawcy jest możliwe i zasadne.
Izba również potwierdza wypełnienie w tym przypadku przesłanek art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, który stanowi, iż zamawiający obligatoryjnie poprawia w ofercie omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty.
Niezgodność treści oferty z postanowieniami siwz jest w tym przypadku ewidentna – w sporządzonym przez zmawiającego przedmiarze robót wymagano zaoferowania 2 szt. zaworów, a nie 4 szt. Natomiast skorygowanie powyższej ilości wraz z jego konsekwencjami nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty.
Zasadne stało się więc nakazanie zamawiającemu doprowadzenia do zgodności treści oferty wykonawcy z postanowieniami siwz w ww. zakresie przez jej poprawienie na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

W przedmiocie drugiej z okoliczności faktycznych wskazanych jako podstawa odrzucenia oferty

odwołującego – braku wycenienia w kosztorysie ofertowym wykonania instalacji rurowej i armatury regulacyjnej chłodnicy – Izba wskazuje, iż w tym przypadku nie wystąpiła niezgodność treści oferty z treścią siwz w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp i w związku z powyższym brak było podstaw do zastosowania dyspozycji ww. przepisu.
Zasadnicze dla oceny tego typu okoliczności było ustalenie znaczenia wymagań siwz w przedmiocie kształtu oferty warunkujących sposób opisania i wyrażenia zobowiązania wykonawcy w odniesieniu do oferowanego przedmiotu świadczenia.
W świetle postanowień siwz wykonawca zobowiązywał się do wykonania całości wskazanego

przedmiotu zamówienia za określoną i niezmienną cenę ryczałtową, w ramach której miał przyjąć i uwzględnić wszelkie okoliczności i koszty niezbędne do wykonania zamówienia (pkt 6 rozdz. XII siwz). Zaznaczyć przy tym należy, iż tylko część przedmiotu zamówienia zostało przez zamawiającego opisana przy wykorzystaniu przedmiaru robót, który powinien zostać odzwierciedlony w kosztorysie ofertowym. Wskazane przez zmawiającego sporządzenie oferty w formie wyceny skróconej (pkt 5 rozdz. III siwz) nie może zostać uznane za wystarczająco uszczegółowione wymaganie co do zakresu informacji podawanych odnośnie poszczególnych części zamówienia w tego typu wycenie i podstawa stwierdzenia niezgodności oferty z treścią siwz. W takim przypadku to właściwie wykonawca decydował o szczegółowości sporządzanego przez siebie kosztorysu ofertowego (w zakresie nie objętym przedmiarem robót).
Jakkolwiek nawet w przypadku ceny ryczałtowej kosztorys ofertowy może mieć znaczenie jako część oferty opisująca zakres i sposób świadczenia wykonawcy, a nie tylko materiał pomocniczy do wyliczenia ceny oferty (w zależności od postanowień siwz w tym zakresie), to jednak niezgodność oferty z siwz musi być w takim przypadku wyraźna. To znaczy wobec braku szczegółowych wymagań odnośnie kosztorysu ofertowego i informacji w nim zawartych, wykonawca musiałby np. wskazać tam materiały (rodzaj, ilość) czy technologie sprzeczne z wymaganymi przez zmawiającego albo nie opisać rozwiązań zamiennych, pominąć całe części zamówienia, *etc.,* a nie tylko opisać ich wykonanie zbyt ogólnikowo.
Wobec powyższego oraz deklaracji wykonawcy, iż jego oferta obejmuje całość przedmiotu zamówienia, a w pozycji 204 kosztorysu ofertowego przyjął i wycenił całość prac i dostaw niezbędnych do zamontowania urządzenia zgodnie z wymaganiami siwz i informacjami uzyskanymi w trakcie wizji lokalnej, nie ma żadnych podstaw do przyjęcia, iż oferta wykonawcy nie obejmuje instalacji i armatury chłodnicy.
Izba jeszcze raz podkreśla, że ryczałtowy charakter ceny nie zwalnia wykonawców z obowiązku składania ofert, których treść w pełni odpowiadała będzie i potwierdzała zgodność z wymaganiami siwz, również w zakresie przygotowanego kosztorysu ofertowego. Jednakże potwierdzenie to winno odbywać się w zakresie i w sposób wyraźnie wymagany w siwz, a nie służyć do egzekwowania nominalnego przenoszenia opisu przedmiotu zamówienia do kosztorysu ofertowego, którego kształt nie został wyraźnie określony (brak przedmiarów), a do określenia i wyegzekwowania zakresu zobowiązania wykonawcy wcale nie jest to niezbędne. Ponadto ryczałtowy charakter wynagrodzenia wykonawcy przesądzający o objęciu ceną ofertową całości zakresu zamówienia może w przypadku niejasności kosztorysu ofertowego, posłużyć jako okoliczność czy wskazówka interpretacyjna wskazująca na zupełność i kompletność zakresu świadczenia wyrażonego w ofercie.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 i 2 oraz § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa

Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

….....