sygn. akt: KIO 2490/10

WYROK
z dnia 24 listopada 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Paweł Trojan

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23.11.2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 15.11.2010 r. przez wykonawcę **Stanisław Markiewicz prowadzący działalność gospodarczą pod firmą NOVUM Centrum Techniki Grzewczej i Sanitarnej Stanisław Markiewicz, ul. Wyszyńskiego 2, 38-400 Krosno** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Gmina Wojaszówka, Wojaszówka 115, 38-471 Wojaszówka** w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Kompleksowa termomodernizacja Zespołu Szkół w Odrzykoniu wraz z wymianą kotłowni węglowej na gazową – Gmina Wojaszówka"

przy udziale wykonawcy **PPUH FEMIX Spółka z o.o., ul. Krakowska 13, 38-400 Krosno** zgłaszającego swoje przystąpienia do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego, nakazuje unieważnienie czynności poprawienia w ofercie Odwołującego omyłek na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp oraz nakazuje unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, jak również nakazuje powtórzenie czynności oceny i badania ofert oraz czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

2. Kosztami postępowania w kwocie 13.600,00 zł (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych i zero groszy) obciąża **Gminę Wojaszówka, Wojaszówka 115, 38-471 Wojaszówka** i nakazuje:

1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez **Stanisława Markiewicza prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą NOVUM Centrum Techniki Grzewczej i Sanitarnej Stanisław Markiewicz, ul. Wyszyńskiego 2, 38-400 Krosno** tytułem wpisu od odwołania;
2) dokonać wpłaty kwoty 13.600,00 zł (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych) przez **Gminę Wojaszówka, Wojaszówka 115, 38-471 Wojaszówka** na rzecz Odwołującego - **Stanisława Markiewicza prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą NOVUM Centrum Techniki Grzewczej i Sanitarnej Stanisław Markiewicz, ul. Wyszyńskiego 2, 38-400 Krosno** stanowiącej uzasadnione koszty Strony poniesione z tytuły wpisu odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Krośnie.**

Przewodniczący:

……

Uzasadnienie
do wyroku z dnia 24 listopada 2010 r. o sygn. akt KIO 2490/10

Zamawiający – Gmina Wojaszówka, Wojaszówka 115, 38-471 Wojaszówka - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Kompleksowa termomodernizacja Zespołu Szkół w Odrzykoniu wraz z wymiana kotłowni węglowej na gazową – Gmina Wojaszówka"

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.).

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

W dniu **15.09.2010 r.** Zamawiający opublikował ogłoszenie o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych po d numerem 291698-2010.
W dniu **10.11.2010 r.** Zamawiający poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty i wyborze oferty najkorzystniejszej;

Odwołanie zostało wniesione do Prezesa KIO w dniu **15.11.2010 r.** Odwołujący wskazał, że wnosi odwołanie na czynność badania i oceny ofert dokonaną przez Zamawiającego polegającą na:
1) odrzuceniu oferty złożonej przez NOVUM Centrum Techniki Grzewczej i Sanitarnej Markiewicz Stanisław;
2) poprawieniu omyłek na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, której konsekwencją było odrzucenie oferty złożonej przez NOVUM Centrum Techniki Grzewczej i Sanitarnej Markiewicz Stanisław,
3) wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowe „FEMIX" Spółka z o.o.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- art. 7 ust. 1 ustawy Pzp nakazującego Zamawiającemu równe traktowanie wykonawców uczestniczących w postępowaniu o udzielenie zamówienia i zachowanie uczciwej konkurencji;

- art. 7 ust. 3 ustawy Pzp nakazującego udzielenie zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy Pzp,
- art. 89 ust. 1 pkt 2 i 7 ustawy Pzp przez ich błędne zastosowanie i odrzucenie oferty firmy NOVUM Centrum Techniki Grzewczej i Sanitarnej Markiewicz Stanisław
- art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp przez jego nieprawidłowe zastosowanie i poprawienie oferty NOVUM Centrum Techniki Grzewczej i Sanitarnej Markiewicz Stanisław.

Odwołujący wniósł o:
- unieważnienie czynności odrzucenia oferty złożonej przez NOVUM Centrum Techniki Grzewczej i Sanitarnej Markiewicz Stanisław,
- unieważnienie czynności poprawienia omyłek w ofercie złożonej przez NOVUM Centrum Techniki Grzewczej i Sanitarnej Markiewicz Stanisław,
- unieważnienie czynności wyboru oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowe „FEMIX" Spółka z o.o.
- nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert z udziałem oferty Odwołującego.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał, że jego oferta jest najkorzystniejszą ofertą pod względem jedynego kryterium oceny ofert tj. kryterium ceny, dlatego posiada on interes prawny we wniesieniu odwołania, ponieważ w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp został pozbawiony możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego, a wobec uznania zarzutów wskazanych w niniejszym odwołaniu i dokonaniu ponownego badania i oceny ofert przy uwzględnieniu jego oferty, oferta Odwołującego winna zostać uznana za najkorzystniejszą.

Podniósł również, iż Zamawiający niezgodnie z prawem odrzucił ofertę Odwołującego bowiem nie zachodzą okoliczności skutkujące odrzuceniem oferty, gdyż przygotował ofertę w sposób sumienny, postępując w zgodzie z postanowieniami SIWZ i załącznikami do niej (w szczególności: dokumentacją projektową, przedmiarami robót, specyfikacjami technicznymi wykonania i odbioru robót budowlanych).

W ocenie Odwołującego dokonana przez Zamawiającego czynność poprawienia omyłek w ofercie złożonej przez niego stanowi naruszenie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, o czym poinformował Zamawiającego w treści pisma z dnia 4 listopada 2010 r. Zamawiający obowiązany był uwzględnić wyjaśnienia NOVUM Centrum Techniki Grzewczej i Sanitarnej Markiewicz Stanisław złożone w treści pisma z dnia 25 października 2010 r.

Odwołujący wskazał, że oświadczył Zamawiającemu, iż zobowiązał się wykonać przedmiot zamówienia zgodnie z technologią (na co załączył odrębne oświadczenie do złożonej oferty) i opisem zawartym w SIWZ, a w szczególności zobowiązał się wykonać ocieplenie ścian styropianem o grubości wymaganej przez Zamawiającego tj. odpowiednio 14 cm, 10 cm oraz 3 cm.

W jego ocenie dowodem na potwierdzenie, że Odwołujący zobowiązał się wykonać ocieplenie wymaganymi przez Zamawiającego grubościami styropianu jest to, że w każdej z pozycji kosztorysu, na którą zwraca uwagę Zamawiający, wykonawca zarówno w opisie pozycji jak i w składnikach RMS - Materiały - wskazuje wymaganą przez Zamawiającego grubość styropianu. Ponadto, również w załączonym do oferty formularzu cenowym również podaje ceny za docieplenie elewacji styropianami o wymaganej grubości. Z powyższego wynika jednoznacznie, zdaniem Odwołującego, że Odwołujący w swojej ofercie zobowiązał się wykonać przedmiot zamówienia w pełni zgodny z wymaganiami Zamawiającego z zachowaniem technologii robót za ceny podane w ofercie.

Odwołujący przywołał pkt 1 rozdziału X SIWZ, gdzie zostało wskazane, że wykonawca zobowiązany jest przygotować ofertę zgodnie z wymaganiami niniejszej SIWZ, zaś w pkt 3 wskazano, że wymaga się żeby oferta zawierała kosztorysy ofertowe szczegółowe z cenami jednostkowymi. Ponadto przywołał rozdział XII SIWZ - opis sposobu obliczenia ceny, gdzie Zamawiający wymagał, aby:

1. cenę ofertową obliczyć na podstawie przedmiaru robót, stanowiącego załącznik nr 3 do niniejszej specyfikacji istotnych warunków zamówienia (pkt 3),
2. kosztorysy ofertowe winny być przygotowane na podstawie przedmiarów robót (pkt 6).

Odwołujący podniósł również, że Zamawiający wskazał, że pozycje kosztorysu, które nie będą przez wykonawcę wycenione, nie zostaną zapłacone po ich wykonaniu, gdyż uważać się będzie, że roboty te zostały ujęte w innych pozycjach kosztorysu.

W odniesieniu do powyższego stwierdził, że pozycje zostały przez Odwołującego wycenione zgodnie z opisem i przedmiarem, dlatego niezrozumiała jest dla Odwołującego próba ich poprawienia, gdy Zamawiający dopuszczał możliwość nawet nie wycenienia pozycji.

W ocenie Odwołującego zasadnicze znaczenie ma fakt, że Zamawiający dołączył do SIWZ przedmiary uproszczone, nie przekazał więc wykonawcom wzoru kosztorysu w formie szczegółowej (tzw. kosztorysów nakładczych), wobec czego uwagi Zamawiającego do zastosowania nakładów RMS, a w szczególności norm zużycia styropianu, tynku przez wykonawcę nie mają umocowania w zapisach SIWZ i nie powinny być podstawą do twierdzenia, że Odwołujący popełnił jakieś omyłki i w konsekwencji odrzucenia jego oferty.

Odwołujący wskazał, że gdyby Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób precyzyjny poprzez załączenie do specyfikacji kosztorysów nakładczych, to mógłby wymagać od wykonawców przyjęcia innych norm niż te, które są w KNR, jednakże tego nie uczynił w przedmiotowym postępowaniu, co więcej dopuścił możliwość stosowania analogii przy wycenie spornych pozycji kosztorysu. Z ww. powodów Odwołujący stosując się do wymagań specyfikacji przyjął do wyceny określone przez Zamawiającego przedmiary robót oraz

materiały (styropian), czego Zamawiający nie kwestionuje.

W ocenie Odwołującego Zamawiający nie miał prawa ingerować w przyjęte przez Odwołującego normy, skoro sam ich nie określił, w sposób jaki aktualnie przyjął dokonując poprawienia oferty Odwołującego. Z opisu pozycji jak i w składnikach RMS - Materiały - Odwołujący podał wymaganą przez Zamawiającego grubość styropianu. W każdej z pozycji dot. styropianu bez względu na jego grubość Zamawiający wskazał ten sam KNR - 0-23 2612-01 ze wskazaniem analogii, ale nie wskazał że Wykonawcy przysługuje możliwość zmiany norm określonych w nr KNR ani nie podał jak wykonawcy mogą zmienić te normy, co w konsekwencji prowadzi do jednoznacznego wniosku, że wykonawcy poprzez zastosowanie analogii powinni wprowadzić odpowiednie grubości styropianu, ale bez możliwości zmiany norm nakładów wynikających z określonego przez Zamawiającego nr KNR.

Podniósł również, iż w swojej ofercie przyjął cenę za m³ styropianu adekwatną do kosztów jakie musi ponieść przy wykonaniu docieplenia zgodnie z technologią wymaganą przez Zamawiającego, dla wszystkich tych grubości styropianu jakie zostały podane w dokumentacji technicznej i przedmiarze robót (i taką cenę niewątpliwie zastosował w każdej z tych pozycji) przy nie dokonywaniu zmiany nakładów wynikających z podanego przez Zamawiającego w przedmiarze KNR (a takiej zmiany normy Zamawiający wyraźnie nie określił), żeby nie narazić się na odrzucenie jego oferty z powodu niezgodności z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Tym samym, w ocenie Odwołującego, próba poprawienia norm przez Zamawiającego jest ingerencją w cenę Odwołującego powodującą umyślne, sztuczne zawyżenie ceny jego oferty poprzez zwiększenie norm na zużycie styropianu, gdy zostało to wszystko ujęte (dla wszystkich tych grubości styropianu) przez wykonawcę w cenie styropianu. Z powyższego jednoznacznie więc wynika, że Odwołujący zobowiązał się wykonać przedmiot zamówienia przy zastosowaniu wymaganych przez Zamawiającego grubości styropianu, a jego oferta przedstawia najniższą cenę.

Tym samym Odwołujący wskazał, że dokonana przez Zamawiającego czynność poprawienia omyłek w ofercie Odwołującego była bezprawna, gdyż Odwołujący nie popełnił omyłek przy sporządzaniu oferty w przedmiotowym postępowaniu i dlatego nie wyraził zgody na ich poprawienie jednoznacznie wskazując, że czynność Zamawiającego była niezgodna z

ustawą Pzp. Przesłanką do zastosowania przepisu art. 87 ust 2 ustawy Pzp jest bowiem wystąpienie omyłki. Zdaniem Odwołującego przepis ten dotyczy sytuacji, gdy wykonawca zamierzał postąpić inaczej niż faktycznie postąpił. W przedmiotowej sprawie nie zaszła przesłanka popełnienia błędu, ponieważ Odwołujący sporządził ofertę z pełną świadomością co do celowości i kształtu jej poszczególnych zapisów. W zgodzie z SIWZ w szczególności zgodnie z załączonym do SIWZ

W uzasadnieniu Odwołujący podniósł, iż Zamawiający wskazał ponadto, że żaden z wykonawców w postępowaniu nie zwrócił się do Zamawiającego w trybie art. 38 ustawy Pzp o wyjaśnienie wątpliwości. Odwołujący zwraca uwagę, że Zamawiający nie może przerzucać na Wykonawców obowiązku sprawdzania poprawności dokonania przez niego opisu przedmiotu zamówienia i sposobu sporządzenia oferty. To Zamawiający zgodnie z art. 29 ustawy Pzp jest obowiązany opisać przedmiot zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Jeżeli Zamawiający chciał aby przy wycenie zmieniać normy wynikające z katalogów KNR powinien to jednoznacznie napisać oraz wskazać w jaki sposób zmienić normy nakładów rzeczowych. Odwołujący wskazał, że w przypadku, gdy Zamawiający nie wykonał tego obowiązku, wykonawca miał prawo w drodze analogii zastosować wycenę do opisu jaki przedstawił Zamawiający w przedmiarze. Wobec czego wykonawcy nie mogą ponosić negatywnych skutków błędów Zamawiającego.

W ocenie Odwołującego jego oferta została przygotowana rzetelnie, a zawarte w niej informacje są wystarczające, żeby Zamawiający mógł stwierdzić, że oferowany przez niego przedmiot zamówienia w pełni spełnia wymagania postawione w SIWZ i załączonym do SIWZ przedmiarze robót.

Na marginesie Odwołujący zwrócił uwagę na fakt, że zapisy SIWZ, w tym również wzoru

umowy wskazują, że obowiązującą formą wynagrodzenia w przedmiotowym postępowaniu jest wynagrodzenie ryczałtowe, a w konsekwencji pomocniczą rolę kosztorysów ofertowych jak m.in.: - SIWZ rozdział XII. Opis sposobu obliczania ceny:
- pkt 1 - cena ofertowa musi być stała, nie może podlegać zmianie w okresie trwania umowy (…),
- pkt 3 - cena oferty musi uwzględniać pełen zakres prac objętych zamówieniem oraz dodatkowo wszystkie inne elementy składające się na przedmiot zamówienia (...)
- pkt 4 - przy kalkulacji ceny należy uwzględnić wszelkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia wynikające z dokumentacji, jak również nie ujęte w dokumentacji (...)
- pkt 9 - pozycje kosztorysu, które nie będą przez wykonawcę wycenione, nie zostaną

zapłacone po ich wykonaniu, gdyż uważać się będzie, że roboty te zostały ujęte w innych pozycjach kosztorysu,

b) wzór umowy: - § 10 ust. 3 „Ogółem wynagrodzenie nie może przekroczyć kwoty, o której mowa w ust. 2. Wykonawca nie może więc żądać podwyższenia wynagrodzenia, chociażby w czasie zawarcia Umowy nie przewidział rozmiaru lub kosztów prac."

Odwołujący podniósł, iż orzecznictwo wskazuje, że: „Konsekwencją przyjęcia wynagrodzenia ryczałtowego jest zobowiązanie wykonawcy do wykonania przedmiotu zamówienia w sposób określony przez Zamawiającego, tj. zgodnie z przedmiarem robót, projektem wykonawczy i SST. Izba zwraca uwagę, że w obowiązującym stanie prawnym nie została określona legalna definicja „ceny ryczałtowej", jednak orzecznictwo sądowe pozwala na zdefiniowanie tego pojęcia. Zdaniem Sądu Najwyższego (wyrok z dnia 20 listopada 1998 r. sygn. akt II CKN 913/97) ryczałt polega na umówieniu z góry wysokości wynagrodzenia w kwocie absolutnej, przy wyraźnej lub dorozumianej zgodzie stron na to, że wykonawca nie będzie się domagać wynagrodzenia wyższego. Jak zauważył Sąd Apelacyjny w Poznaniu w wyroku z dnia 6 marca 2001 roku IV Ca 1147/00, jeżeli za wykonane dzieło strony ustaliły wynagrodzenie ryczałtowe, dołączenie przez wykonawcę do umowy kosztorysu nie ma znaczenia, a dokument ów uznać należy jedynie za uzasadniający merytorycznie oferowaną przez przyjmującego zamówienie (wykonawcę) kwotę wynagrodzenia ryczałtowego".

Zdaniem Odwołującego z powyższego jednoznacznie wynika, że kosztorysy ofertowe w przedmiotowej sprawie miały jedynie charakter pomocniczy. Pomijając nawet kwestię czy w niniejszym postępowaniu obowiązuje wynagrodzenie ryczałtowe czy kosztorysowe, Odwołujący wskazuje, że z uwagi na to, że w opisie pozycji jak i w składnikach RMS - Materiały - zastosował wymaganą przez Zamawiającego grubość styropianu, tj. odpowiednio 14 cm, 10 cm, 3 cm oraz w załączonym do oferty formularzu cenowym podał ceny za docieplenie elewacji styropianami o wymaganej grubości, Zamawiający powinien stwierdzić, że NOVUM Centrum Techniki Grzewczej i Sanitarnej Markiewicz Stanisław zobowiązał się wykonać przedmiot zamówienia zgodnie z opisem zawartym w SIWZ. Z uwagi na powyższe odrzucenie oferty Odwołującego jest niezgodne z prawem i narusza wyżej wymienione przepisy ustawy Pzp.

Zdaniem Odwołującego niezgodne z prawem działanie polegające na poprawieniu fikcyjnych omyłek i na tej podstawie odrzucenie oferty Odwołującego ma jedynie na celu wybór wykonawcy, którego oferta jest droższa i zajęła w ogólnym rankingu ofert drugie miejsce, co rażąco narusza zasady wyrażone w art. 7 ustawy Pzp

Z tych względów, zdaniem Odwołującego, powyżej opisane czynności Zamawiającego naruszają jego interes prawny. Pomimo zaoferowania przez Odwołującego najkorzystniejszej ceny za przedmiot zamówienia w pełni spełniający wszystkie wymagania określone w opisie przedmiotu zamówienia przedstawionym przez Zamawiającego w SIWZ, w zgodzie z przedmiarem, został on pozbawiony możliwości uzyskania w tym postępowaniu zamówienia publicznego.

W dniu **19.11.2010 r.** wykonawca P.P.U.H. FEMIX Spółka z o.o. z siedzibą w Krośnie zgłosił swoje przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania po

stronie Zamawiającego. Wskazał, iż Zamawiający miał prawo poprawienia oczywistych omyłek w kosztorysach szczegółowych, zatem zasadni odrzucił ofertę Odwołującego. Wniósł o oddalenie odwołania.

Wraz z zgłoszeniem przystąpienia do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania Przystępujący dołączył, opracowana na jego zlecenie, opinię prawną sporządzoną przez Warszawskie Centrum Postępu Techniczno-Organizacyjnego WACETOB Spółka z o.o., z której wynika, iż w przedmiotowym postępowaniu mamy do czynienia z wynagrodzeniem kosztorysowym.

Izba ustaliła, że podstawą wniesienia odwołania była czynność Zamawiającego polegająca na odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 7 ustawy Pzp.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, w tym po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z ogłoszeniem o zamówieniu, treścią SIWZ, ofertą złożoną przez Odwołującego w postępowaniu, korespondencją prowadzoną pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia publicznego, jak również po zapoznaniu się z odwołaniem, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk Stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie, po dniu 29 stycznia 2010 r., tj. po dniu wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o

zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy ustawy Pzp w brzmieniu nadanym ww. ustawą nowelizującą.

W drugiej kolejności Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zdaniem Izby w przypadku uwzględnienia odwołania i nakazania Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, unieważnienia czynności poprawienia w ofercie Odwołującego omyłek na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty Odwołującego ma on szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia, gdyż złożył ofertę z najniższą ceną.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, udostępnionej przez Zamawiającego w oryginale, w tym w szczególności z treści ogłoszenia o zamówieniu, treści SIWZ, oferty złożonej w postępowaniu przez Odwołującego, całokształtu korespondencji pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami prowadzonej w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również oświadczeń Zamawiającego, Odwołującego oraz Przystępującego złożonych ustnie do protokołu w trakcie rozprawy.

W pierwszej kolejności Izba pragnie wskazać, iż zasadniczy spór pomiędzy Stronami ma swoje źródło w odmiennej interpretacji zapisów SIWZ oraz postanowień wzoru umowy. Wobec powyższego Strony odmiennie odczytały rodzaj i formę przewidzianego w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wynagrodzenia za wykonanie robót budowlanych i tym samym odmienne konsekwencje wywodzą ze sposobu wyliczenia przez Odwołującego ceny za realizację przedmiotu zamówienia. Odwołujący wskazuje, iż w przedmiotowym postępowaniu mamy do czynienia z wynagrodzeniem ryczałtowym, zaś Zamawiający oraz Przystępujący wskazują, że formą wynagrodzenia

przewidzianego w niniejszym postępowaniu jest wynagrodzenia kosztorysowe.

Powyższe jest również źródłem sporu, czy Zamawiający był uprawniony do poprawienia na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp omyłek w kosztorysach ofertowych w zakresie norm zużycia materiałów i tym samym zmiany ceny ofertowej w ofercie Odwołującego.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba uznała zasadność argumentacji Odwołującego wraz z przywołanym na jej potwierdzenie w odwołaniu orzecznictwem i dowodami z dokumentacji postępowania wskazanymi przez stronę.

I. W odniesieniu do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez jego nieprawidłowe zastosowanie i poprawienie przez Zamawiającego w ofercie Odwołującego omyłek oraz art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp poprzez jego błędne zastosowanie i odrzucenie oferty Odwołującego Izba uznała, iż powyższe zarzuty winny zostać rozpatrzone łącznie. Powyższe wynika z faktu ścisłego powiązania przesłanki odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Należy bowiem wskazać, iż czynność odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego jest wynikiem brak zgody tego ostatniego na poprawienie w ofercie omyłek polegających na niezgodności oferty z treścią SIWZ.

Izba uznała, iż powyższe zarzuty zasługują na uwzględnienie.

W zakresie powyższych zarzutów Izba dokonała następujących ustaleń.

Jak wynika z załącznika do protokołu postępowania (druk ZP-12) w przedmiotowym postępowaniu Odwołujący złożył ofertę z ceną ofertową wynoszącą 1.600.000,26 zł brutto, co w oparciu o kryteria oceny ofert (cena – 100%) czyniło ofertę Odwołującego najkorzystniejszą ekonomicznie.

W zakresie podstaw dotyczących odrzucenia oferty Odwołującego Izba ustaliła, iż w ofercie Odwołującego w zakresie pozycji kosztorysów ofertowych dotyczących ocieplenia ścian budynków płytami styropianowymi (przyklejenie płyt styropianowych do ścian, przyklejenie płyt styropianowych do ościeży oraz przymocowanie płyt styropianowych za pomocą dybli plastikowych do ścian z betonu) Zamawiający dokonał poprawienia na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp omyłek wynikających z nieprawidłowych, zdaniem Zamawiającego, normatywów zużycia materiałów. W tym też zakresie Zamawiający stwierdził, iż treść kosztorysu ofertowego dołączonego do oferty Odwołującego jest niezgodna z treścią SIWZ. W toku rozprawy Zamawiający wskazał, iż niezgodność treści oferty z treścią SIWZ dotyczyła technologii wykonania robót. W związku z powyższym Zamawiający

uwzględniając konsekwencje rachunkowe dokonanych zmian dokonał zmiany całkowitej ceny ofertowej na 1.635.965,46 zł brutto. Powyższa czynność uplasowała ofertę Odwołującego na drugim miejscu w oparciu o kryteria oceny ofert.

O powyższej czynności Zamawiający poinformował Odwołującego pismem z dnia 04.11.2010 r.

Odwołujący pismem z dnia 04.11.2010 r. przekazanym Zamawiającemu w dniu 05.11.2010 r. poinformował, iż nie wyraża zgody na poprawienia omyłek wymienionych w piśmie Zamawiającego. Jednocześnie Odwołujący powołał się na pismo z dnia 25.10.2010 r. zawierające wyjaśnienia złożone w związku z wezwaniem Zamawiającego wystosowanym na podstawie art. 87 ust 1 ustawy Pzp. W powyższym piśmie Odwołujący wskazał, iż w związku z ustaleniem w dokumentacji postępowania formy wynagrodzenia ryczałtowego niezasadne jest badanie przez Zamawiającego sposobu sporządzenia kosztorysów ofertowych, gdyż te ostatnie mają jedynie pomocnicze znaczenie. Na potwierdzenie swojej argumentacji przywołał

wyrok Sądu Najwyższego z dnia 20 listopada 1998 r. (sygn. akt II CKN 913/97) oraz wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 6 marca 2001 r. (sygn. akt IV Ca 1147/00).

W związku z powyższym Zamawiający pismem z dnia 10.11.2010 r. poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 7 ustawy Pzp oraz o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez PP.P.U.H. FEMIX Spółka z o.o. z siedzibą w Krośnie.

Po pierwsze Izba wskazuje, iż ustawa Pzp w art. 180 ust. 2 określa zamknięty katalog czynności, które w postępowaniach o wartości poniżej kwot określonych w oparciu o przepisy wydane na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, mogą być przedmiotem odwołania. Tym samym, biorąc pod uwagę ścisłe powiązanie dokonanej przez Zamawiającego czynności odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp z czynnością poprawienia omyłek na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp Izba uznała, iż termin na wniesienie odwołania w odniesieniu do tej ostatniej czynności należy liczyć od momentu przekazania Odwołującemu informacji o odrzuceniu oferty. Jest to wynikiem faktu, iż Odwołujący w toku postępowania w piśmie z dnia 25.10.2010 r. złożył wyjaśnienia dotyczące sposobu obliczenia ceny ofertowej wskazując, iż w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przewidziane zostały wynagrodzenie ryczałtowe, i tym samym sposób sporządzenia kosztorysu ofertowego nie ma wpływu na zaoferowany przez wykonawcę zakres świadczenia. Powyższe wyjaśnienia zostały złożone w związku z pismem Zamawiającego z dnia 20.10.2010 r. zawierającym wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie braku w normie katalogowej kosztorysu ofertowego współczynnika korygującego grubość styropianu. Odwołujący miał wiec podstawy sądzić, iż Zamawiający zweryfikuje swoje stanowisko i nie dojdzie do odrzucenia jego oferty. Powyższe znajduje swoją

podstawę w art. 181 ust. 2 ustawy Pzp, który stanowi, że w przypadku uznania zasadności przekazanej informacji zamawiający powtarza czynność albo dokonuje czynności zaniechanej, informując o tym wykonawców w sposób przewidziany w ustawie dla tej czynności. Na etapie przekazania Odwołującemu informacji o poprawieniu omyłek w jego ofercie oraz w dacie ustosunkowania się Odwołującego do tego wezwania ten ostatni nie mógł zakładać, iż jego oferta zostanie odrzucona. Ponadto wraz z pismem z dnia 04.11.2010 r. wskazał na naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 87 ust. 2 ustawy Pzp załączając dodatkowo wyjaśnienia z dnia 25.10.2010 r. Powyższe działanie Odwołującego wypełnia dyspozycję art. 181 ust. 1 ustawy Pzp, który stanowi, że wykonawca lub uczestnik konkursu może w terminie przewidzianym do wniesienia odwołania poinformować zamawiającego o niezgodnej z przepisami czynności podjętej przez niego lub zaniechaniu czynności, do której jest on zobowiązany na podstawie ustawy, na które nie przysługuje odwołanie na podstawie art. 180 ust. 2. Wobec powyższego Izba postanowiła rozpoznać powyższy zarzut merytorycznie.

W odniesieniu do możliwości poprawienia przez Zamawiającego innych omyłek polegających na niezgodności treści oferty z treścią SIWZ na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp Izba pragnie wskazać na uzasadnienie wyroku Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 23 kwietnia 2009 r. (sygn. akt XII Ga 102/09), w którego treści skład sądu wskazał, że: „Kwalifikator "istotnych zmian", o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p., należy odnosić do całości treści oferty i konsekwencję tych zmian należy oceniać, biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia i całość oferty” oraz, że „Ocena, czy poprawienie innej omyłki przez zamawiającego powoduje (lub nie) istotną zmianę w treści oferty, musi być dokonywana na tle konkretnego stanu faktycznego. To co w ramach danego zamówienia może prowadzić do istotnej zmiany w treści oferty, nie musi rodzić takiego efektu przy ocenie ofert innego podobnego zamówienia”.

Z powyższego wynika, iż poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp mogą podlegać tylko elementy treści oferty odnoszące się do przedmiotu zamówienia (zakresu oferowanego świadczenia), zaś podstawą do zastosowania powyższego przepisu musi być niezgodność treści oferty z treścią SIWZ. Ponadto zaistniała rozbieżność pomiędzy treścią oferty a treścią SIWZ musi mieć charakter omyłki, przy jednoczesnym zapewnieniu, aby jej poprawienie nie prowadziło do istotnych zmian w treści oferty.

Tym samym sprostowaniu lub uzupełnieniu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy

Pzp mogą podlegać wadliwie podane elementy kalkulacyjne, w tym ilości lub wymiary dla poszczególnych pozycji kosztorysowych – zarówno nie mające wpływu, jak również mające wpływ na cenę oferty, czy to całkowitą, czy cenę jednostkową, nie powodujące istotnych

zmian w treści oferty, z ewentualnym uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek.

Warunkiem dokonania takich zmian (sprostowania omyłek) jest uznanie, iż elementy te stanowią merytoryczną treść oferty, zaś w wyniku ich odniesienia do treści SIWZ można stwierdzić, że są one niezgodne z postanowieniami SIWZ. Ponadto ich omyłkowe (odmienne) określenie musi wskazywać, iż wykonawca oferuje inny zakres świadczenia niż przewidziany w SIWZ.

Jednakże w odniesieniu do zmiany w kosztorysie ofertowym Odwołującego norm zużycia materiałów w odniesieniu do określonych w poszczególnych katalogach KNR wskazanych w przedmiarach robót Izba wskazuje, iż to wykonawca jest uprawniony do określenia normatywów na podstawie których dojdzie do wyliczenia należnego mu wynagrodzenia. Zamawiający nie ma prawa, w powyższym zakresie, do narzucenia wykonawcom sposobu wyliczenia wynagrodzenia, zaś Katalogi Nakładów Rzeczowych nie mają statusu powszechnie obowiązujących i obligatoryjnych normatywów służących wyliczaniu wartości robót budowlanych. Wobec powyższego zmiany norm zużycia materiałów przypisanych dla poszczególnych katalogów KNR przy zachowanym poprawnym opisie pozycji kosztorysowych nie powodują w tym zakresie niezgodności treści oferty Odwołującego z treścią SIWZ. Wskazuje to również, iż nie muszą być one tożsame z tymi wskazanymi dla poszczególnych katalogów, zaś ich zmiana nie powoduje niezgodności treści oferty z treścią SIWZ. Powyższe wynika także z faktu, iż Zamawiający w kwestionowanych pozycjach dopuścił zastosowanie analogii oraz przekazał wykonawcom przedmiary w wersji uproszczonej, tj. zawierającej jedynie opis pozycji, numer KNR oraz ilość jednostek miary dla każdej pozycji. W takim wypadku numery katalogów KNR należy traktować jedynie jako element pomocniczy.

Izba wskazuje, iż niezależnie od przewidzianej w postępowaniu formy wynagrodzenia poprawienie przez Zamawiającego norm zużycia materiałów nie znajduje swojego uzasadnienia faktycznego i prawnego. Nie sposób bowiem uznać, iż Zamawiający wskazując dla poszczególnych pozycji przedmiaru robót numery katalogów KNR z jednoczesnym dopuszczeniem analogii dokonał wiążącego dla wykonawców określenia sposobu wyliczenia wynagrodzenia za roboty budowlane, w tym także w zakresie stosowanych przez wykonawców norm zużycia materiałów. Sposób wyliczenia ceny przez wykonawców stanowi ich wyłączną domenę w zakresie poszczególnych składników cenotwórczych. Także w przypadku ustalenia wynagrodzenia w formie kosztorysowej zakres ingerencji Zamawiającego w sposób wyliczenia przez wykonawców tego wynagrodzenia doznaje ograniczeń. Wszakże normy zużycia materiałów, robocizny oraz pracy sprzętu stanowią przedmiot indywidualnych kalkulacji i mogącej mieć swoje źródło w stosowanej przez

poszczególnych wykonawców technologii lub mogą być przedmiotem indywidualnych wytycznych, w tym norm branżowych lub zakładowych.

Na brak możliwości uznania, iż odstępstwa norm zużycia materiałów od tych ustalonych w oparciu o poszczególne katalogi KNR, stanowią omyłkę powodująca niezgodność treści oferty z treścią SIWZ wskazuje również fakt, iż Zamawiający w Rozdziale XII (opis sposobu obliczania ceny) pkt 9 wskazał, że pozycje kosztorysu, które nie będą przez wykonawcę wycenione, nie zostaną zapłacone po ich wykonaniu, gdyż uważać się będzie, że roboty te zostały ujęte w innych pozycjach kosztorysu. W oparciu o zasadę *argumentum a maiori ad minus* jeżeli dopuszczalne jest przez Zamawiającego całkowite pominięcie poszczególnych pozycji, to tym bardziej Zamawiający nie powinien wyciągać w odniesieniu do wykonawców konsekwencji w związku z obniżeniem norm zużycia materiałów w stosunku do tych określonych w poszczególnych katalogach KNR.

Tym samym Izba uznała, iż w przedmiotowym postępowaniu doszło do naruszenia przez Zamawiającego art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. W związku z powyższym doszło również do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, gdyż Izba ustaliła, że Zamawiający, biorąc pod uwagę treść SIWZ oraz projekt umowy, nie był uprawniony do poprawienia w ofercie Odwołującego norm zużycia materiałów w odniesieniu do którejkolwiek pozycji kosztorysu ofertowego.

II. W odniesieniu do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez jego błędne zastosowanie i odrzucenie oferty Odwołującego Izba uznała, że również zasługuje on na uwzględnienie.

W odniesieniu do powyższego zarzutu Izba dokonała następujących ustaleń faktycznych.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, iż Zamawiający w Rozdziale III (opis przedmiotu zamówienia) pkt 2 SIWZ wskazał, iż przedmiot zamówienia precyzują następujące dokumenty: dokumentacja projektowa (załącznik nr 1 do SIWZ), Specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót budowlanych (załącznik nr 2 do SIWZ) oraz przedmiary robót (załącznik nr 3 do SIWZ).

Izba ustaliła, iż przekazane przez Zamawiającego wraz ze SIWZ przedmiary robót dotyczące robót ogólnobudowlanych występują w wersji uproszczonej, tj. zawierają numer

katalogu KNR, nazwę pozycji i jej opis, jednostkę miary oraz ilość jednostek (obmiar) dla każdej pozycji.

Po drugie Izba ustaliła, iż Zamawiający w Rozdziale XII SIWZ (Opis sposobu obliczenia ceny) zawarł następujące postanowienia:

1. Cena ofertowa musi być stała, nie może podlegać zmianie w okresie trwania umowy. Należy ją podać w PLN z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku na formularzu ofertowym (zał. nr 10 do SIWZ) oraz na formularzu cenowym (zał. Nr 11 do SIWZ).

2. Cenę ofertową należy obliczyć na podstawie przedmiaru robót, stanowiącego załącznik nr 3 do niniejszej specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

3. Cena oferty musi uwzględniać pełen zakres prac objętych zamówieniem oraz dodatkowo obejmować wszystkie inne elementy składające się na przedmiot zamówienia i niezbędne do jego należytego wykonania, w szczególności koszt prac przygotowawczych, koszt prac budowlanych, koszt koniecznych zabezpieczeń, koszt rusztowań, ubezpieczenie budowy, koszt organizacji placu budowy, zabezpieczenia istniejącego uzbrojenia, oraz inne koszty związane z realizacją zadania (wszelkie uzgodnienia, odbiory itp.).

4. Przy kalkulacji ceny należy uwzględnić wszelkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia, wynikające z dokumentacji projektowej, jak również nie ujęte w dokumentacji, a niezbędne do wykonania przedmiotu zamówienia, w tym m.in.:

- koszty zabezpieczenia pod względem BHP terenu prac i prowadzonych robót (m.in. ogrodzenie z siatki i odpowiednie oznakowanie ostrzegawcze) ze względu na ciągłe funkcjonowanie Zespołu Szkół w Odrzykoniu,

- koszty uporządkowania terenu po wykonanych robotach,

- koszty ubezpieczenia prowadzonych prac na okres trwania robót,

- inne koszty wynikłe z przyjętej przez Wykonawcę technologii wykonania zamówienia.

5. Cena w Formularzu ofertowym, stanowiącym załącznik nr 10 do niniejszej specyfikacji istotnych warunków zamówienia stanowić ma sumę ceny robót wynikających ze szczegółowych kosztorysów ofertowych.

6. Kosztorysy ofertowe winny być przygotowane na podstawie przedmiarów robót.

7. Roboty, które są niezbędne do wykonania w ramach zadania, a nie zostały ujęte w przedmiarze robót, należy zgłosić do Zamawiającego, w celu ich wyjaśnienia w trybie art. 38 ustawy.

8. Zamawiający, udzielając odpowiedzi wszystkim wykonawcom, zobowiąże ich do ujęcia w swoich kosztorysach ofertowych zweryfikowanych ilości robót.

9. Pozycje kosztorysu, które nie będą przez wykonawcę wycenione, nie zostaną zapłacone po ich wykonaniu, gdyż uważać się będzie, że roboty te zostały ujęte w innych pozycjach kosztorysu.

Po trzecie Izba ustaliła, iż Zamawiający w projekcie umowy (stanowiącym załącznik nr 12 do SIWZ) w następujący określił w § 2 zakres przedmiotowy świadczenia:

Przedmiot umowy określony w § 1, obejmuje wykonanie na rzecz Zamawiającego robót ujętych w:

1) dokumentacji projektowej,
2) ofercie oraz kosztorysie ofertowym,
3) Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

Po czwarte Izba ustaliła, iż Zamawiający w § 10 projektu umowy (załącznik nr 12 do SIWZ) zawarł następujące postanowienia dotyczące wynagrodzenia i sposobu jego rozliczenia:
1. Podstawą do ustalenia wynagrodzenia są ceny jednostkowe kosztorysu ofertowego Wykonawcy oraz ilości faktycznie wykonanych robót potwierdzonych przez inspektora nadzoru i zatwierdzonych przez Zamawiającego, z zastrzeżeniem ust. 3.
2. Ustala się wynagrodzenie dla Wykonawcy licząc według uzgodnionych cen jednostkowych określonych w kosztorysie ofertowym na kwotę netto w wysokości …… zł (słownie …..) + VAT w wysokości 22% …… zł (słownie …….. zł) co daje kwotę brutto w wysokości …….. zł (słownie …… zł)
3. Ogółem wynagrodzenie nie może przekroczyć kwoty, o której mowa w ust. 2. Wykonawca nie może więc żądać podwyższenia wynagrodzenia, chociażby w czasie zawarcia Umowy nie przewidział rozmiaru lub kosztów prac.
4. W przypadku wstrzymania i zakończenia robót w sytuacji, o której mowa w § 3 ust. 3 niniejszej umowy, Wykonawcy przysługiwać będzie wynagrodzenie w wysokości odpowiedniej do procentu wykonanych robót.
5. Podstawą do rozliczenia i fakturowania zakończonych etapów robót, jest sporządzony

przez Wykonawcę Harmonogram rzeczowo - finansowy stanowiący załącznik nr 1 do umowy opracowany w uzgodnieniu z Inwestorem. Harmonogram ten może zostać zmieniony w przypadku wystąpienia takiej konieczności, po podpisaniu aneksu do umowy.

W zakresie podstaw dotyczących odrzucenia oferty Odwołującego Izba ustaliła, iż w ofercie Odwołującego w zakresie pozycji kosztorysów ofertowych dotyczących pozycji obejmujących ocieplenie ścian budynków płytami styropianowymi (przyklejenie płyt styropianowych do ścian, przyklejenie płyt styropianowych do ościeży oraz przymocowanie płyt styropianowych za pomocą dybli plastikowych do ścian z betonu) Zamawiający dokonał poprawienia na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp omyłek wynikających z nieprawidłowych, zdaniem Zamawiającego, normatywów zużycia materiałów. W tym też zakresie Zamawiający stwierdził, iż treść kosztorysu ofertowego dołączonego do oferty Odwołującego jest niezgodna z treścią SIWZ.

O powyższej czynności Zamawiający poinformował Odwołującego pismem z dnia 04.11.2010 r.

Odwołujący pismem z dnia 04.11.2010 r. przekazanym Zamawiającemu w dniu 05.11.2010 r. poinformował, iż nie wyraża zgody na poprawienia omyłek wymienionych w

piśmie Zamawiającego. Jednocześnie Odwołujący powołał się na pismo z dnia 25.10.2010 r. zawierające wyjaśnienia złożone w związku z wezwaniem Zamawiającego wystosowanym na podstawie art. 87 ust 1 ustawy Pzp. W powyższym piśmie Odwołujący wskazał, iż w związku z ustaleniem w dokumentacji postępowania formy wynagrodzenia ryczałtowego niezasadne jest badanie przez Zamawiającego sposobu sporządzenia kosztorysów ofertowych, gdyż te ostatnie mają jedynie pomocnicze znaczenie. Na potwierdzenie swojej argumentacji przywołał wyrok Sądu Najwyższego z dnia 20 listopada 1998 r. (sygn. akt II CKN 913/97) oraz wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 6 marca 2001 r. (sygn. akt IV Ca 1147/00).

W związku z powyższym Zamawiający pismem z dnia 10.11.2010 r. poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 7 ustawy Pzp oraz o wyborze jako najkorzystniejsze oferty złożonej przez PP.P.U.H. FEMIX Spółka z o.o. z siedzibą w Krośnie.

Izba wskazuje, iż Zamawiający w Rozdziale XII SIWZ (Opis sposobu obliczenia ceny) nie określił wprost, czy w przedmiotowym postępowaniu mamy do czynienia z wynagrodzeniem ryczałtowych, czy też z wynagrodzeniem kosztorysowym. W toku rozprawy Zamawiający wskazał, iż formą wynagrodzenia w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego było wynagrodzenie kosztorysowe.

Powyższe zostało zakwestionowane przez Odwołującego, który wskazał, iż formą wynagrodzenia było wynagrodzenie ryczałtowe.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba wskazuje, iż Zamawiający formułując w treści SIWZ oraz treść projektu umowy postanowienia dotyczące sposobu obliczenia ceny oraz rozliczania wynagrodzenia zawarł elementy charakterystyczna zarówno dla wynagrodzenia kosztorysowego, jak również ryczałtowego.

Izba wskazuje również, iż w niniejszym postępowaniu Zamawiający obowiązek doprecyzowania zakresu przedmiotowego zamówienia przerzucił częściowo na wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp należy wskazać, iż forma zastosowanego w postępowaniu wynagrodzenia niesie ze sobą odmienne konsekwencje, zarówno w zakresie zasadności poprawiania omyłek rachunkowych, omyłek powodujących niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, jak również przesądza o zasadności odrzucenia oferty ze względu na niezgodność jej treści z treścią SIWZ oraz ze względu na popełnienie w ofercie błędów w kosztorysach ofertowych.

Izba zgadza się ze stanowiskiem wyrażonym w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 29 września 2009 r., przywołanej przez Przystępującego w prywatnej opinii prawnej dołączonej wraz z pismem zawierającym przystąpienie, że jest możliwe zastosowania w drodze analogii do umowy na roboty budowlane art. 629 K.c. oraz art. 632 § 2 K.c., gdy zastrzeżono w ramach tej umowy wynagrodzenie ryczałtowe lub kosztorysowe. Tym samym dokonana przez Izbę ocena, z jakim wynagrodzeniem mamy do czynienia w przedmiotowym stanie faktycznym, została dokonana w oparciu o postanowienia SIWZ oraz projektu umowy przy uwzględnieniu przepisów ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny.

Na wstępie Izba pragnie wskazać, iż należy odróżnić dwa etapy odnoszące się do formy wynagrodzenia pozwalające na ocenę, z jakim wynagrodzeniem mamy do czynienia w określonym stanie faktycznym. Pierwszym etapem jest etap ustalania ceny, zaś drugim jest etap rozliczenia wynagrodzenia na etapie realizacji przedmiotu umowy (zamówienia). W ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego złożenie oferty w postępowaniu obejmuje, w odniesieniu do formy wynagrodzenia, etap pierwszy – etap ustalania (obliczania) przez wykonawcę ceny ofertowej. To elementy i postanowienia stron dotyczące tego etapu mają zasadniczy wpływ na ustalenie, z jakim wynagrodzeniem mamy do czynienia w danym stanie faktycznym. To postanowienia dotyczące sposobu obliczenia ceny pozwalają określić, na którym podmiocie ciąży ryzyko jej prawidłowego określenia, jak również który podmiot jest odpowiedzialny za prawidłowe ustalenie zakresu przedmiotowego zamówienia i kto ponosi ryzyko braku wyceny wszystkich elementów i czynności składających się na przedmiot zamówienia.

W odniesieniu do przedmiotowego stanu faktycznego Izba wskazuje, iż postanowienia § 10 projektu umowy odnoszą się w przeważającej części do etapu drugiego, tj. etapu rozliczenia robót budowlanych. Wszakże postanowienia § 10 projektu umowy odnoszą się do etapu określania należnego wykonawcy wynagrodzenia w związku z postępem robót budowlanych. Zostało tam wskazane (§ 10 ust. 1 i 5 projektu umowy), że podstawa do ustalenia wynagrodzenia są ceny jednostkowe kosztorysu ofertowego Wykonawcy oraz ilości faktycznie wykonanych robót potwierdzonych przez inspektora nadzoru i zatwierdzonych przez Zamawiającego z zastrzeżeniem ust. 3 oraz, że podstawa do rozliczenia i fakturowania zakończonych etapów robót jest sporządzony przez Wykonawcę harmonogram rzeczowo-finansowy, stanowiący załącznik nr 1 do umowy, opracowany w uzgodnieniu z inwestorem. Jedynie § 10 ust. 2 oraz ust. 3 projektu umowy zawierają postanowienia odnoszące się w części do sposobu ustalania wynagrodzenia oraz konsekwencji z tym związanych, zaś zapis ust. 3 wyraźnie odnosi się do art. 632 § 1 ustawy Kodeks cywilny i przesądza jednoznacznie, iż w przedmiotowym stanie faktycznym mamy do czynienia z wynagrodzeniem ryczałtowym. O tym samym stanowią również zapisy Rozdziału XII SIWZ, a w szczególności pkt 4 powyższego Rozdziału.

Ponadto jak wynika z analizy postanowień § 10 ust. 1 i 5 projektu umowy zostały tam wskazane dwa odmienne sposoby rozliczenia wynagrodzenia za zrealizowane roboty budowlane, bez wskazania który z nich ma pierwszorzędne znaczenie. Pierwszy sposób określony w ust. 1 wskazuje, iż rozliczenie nastąpi na podstawie kosztorysu powykonawczego w oparciu o ceny jednostkowe zawarte w kosztorysie ofertowym wykonawcy, zaś drugi sposób określony w ust. 5 wskazuje, iż płatności będą dokonywane za poszczególne elementy robót w oparciu o sporządzony harmonogram rzeczowo-finansowy. Powyższe wskazuje na brak konsekwencji Zamawiającego w sposobie regulowania zasad rozliczania realizowanych robót.

Izba wskazuje, iż w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający ryzyko prawidłowej wyceny przerzucił na wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. To na wykonawcach ciążył obowiązek, zgodnie z Rozdziałem XIII pkt 3 i 4 SIWZ (opis sposobu obliczenia ceny), uwzględnienia w cenie oferty wszystkich niezbędnych kosztów, także tych nie ujętych w dokumentacji projektowej, i to wykonawcy będą ponosili w całości ryzyko braku staranności na etapie wyceny robót – zgodnie z § 10 ust. 3 projektu umowy, który stanowi, że „Ogółem wynagrodzenie nie może przekroczyć kwoty, o której mowa w ust. 2. Wykonawca nie może więc żądać podwyższenia wynagrodzenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie przewidział rozmiaru lub kosztów prac".

W ocenie Izby zapisy SIWZ oraz projektu umowy wskazują, iż wykonawca nawet w przypadku braku wyceny poszczególnych pozycji będzie miał obowiązek wykonać je na etapie realizacji przedmiotu zamówienia. Powyższe stanowi jednoznacznie, iż całkowite ryzyko błędnej wyceny obciąża wykonawcę, jednocześnie nie zdejmując z niego obowiązku realizacji świadczenia w całości, tj. realizacji pominiętego w ramach wyceny zakresu robót. Oznacza to, że brak wyceny nie przekłada się na zakres przedmiotu świadczenia, tym samym nie może powodować niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, gdyż niezgodność ta może odnosić się tylko jej zakresu merytorycznego (przedmiotu świadczenia). Zamawiający w toku rozprawy wskazał, iż niezgodność treści oferty Odwołującego odnosi się do niezgodności technologii realizacji robót. W ocenie Izby podniesiona w toku rozprawy przez Zamawiającego niezgodność dotyczy *de facto,* użytych przez wykonawcę normatywów dotyczących kalkulacji wynagrodzenia na roboty budowlane, nie zaś zakresu świadczenia. Po pierwsze normy kosztorysowe nie mają charakteru powszechnie obowiązujących. Po drugie nie mają one wpływu na merytoryczną treść oferty i tym samym na zakres świadczenia.

Izba wskazuje, że umowa o roboty budowlane jest odmianą umowy o dzieło, zatem ma ona charakter umowy rezultatu. Oznacza to, iż sposób jej realizacji, a tym bardziej sposób wyceny robót budowlanych nie ma wpływu na sposób świadczenia, gdyż o należytym

wykonaniu zobowiązania decyduje rezultat, w tym wypadku skutkiem przeprowadzonego zadania inwestycyjnego ma być uzyskanie określonej przez Zamawiającego izolacyjności cieplnej budynku, jego estetyki oraz zmiana technologii ogrzewania obiektu.

W ocenie Izby sposób rozliczenia wynagrodzenia na etapie realizacji przedmiotu umowy nie przesądza jednoznacznie o zastosowanej formie wynagrodzenia. Zarówno w przypadku wynagrodzenia kosztorysowego, jak również wynagrodzenia ryczałtowego możemy mieć do czynienia z rozliczeniem na podstawie kosztorysu powykonawczego. Zasadniczym elementem mającym wpływ na rodzaj wynagrodzenia ma rozkład ryzyka za jego obliczenie, jak również konsekwencje tego ryzyka na etapie realizacji przedmiotu umowy. Wszakże w przypadku tzw. „fakturowania częściowego" rozliczanie poszczególnych etapów robót i dokonywanie płatności częściowych może opierać się na różnych dokumentach (kosztorysach powykonawczych, tabelach elementów scalonych lub harmonogramie rzeczowo-finansowym, które zawierają wartości dla poszczególnych etapów realizacji) i niezależnie od zastosowanej formy wynagrodzenia w oparciu o te dokumenty jest możliwe dokonywanie płatności częściowych. Powyższe sposoby rozliczania robót budowlanych umożliwiają również kontrolę postępu robót. Także w przypadku przerwania

robót, np. wskutek odstąpienia którejkolwiek ze stron od umowy, umożliwiają one dokonanie inwentaryzacji i rozliczenie wykonanego już zakresu prac.

Zatem to ryzyko prawidłowego ustalenia wynagrodzenia decyduje o tym z jakim wynagrodzeniem mamy do czynienia w danym przypadku.

Izba wskazuje również, iż zasadnicze znaczenie dla sposobu oceny, z jakim rodzajem wynagrodzenia mamy do czynienia w przedmiotowym postępowaniu, mają postanowienia SIWZ. Należy wskazać, iż postanowienia umowy dotyczące wynagrodzenia wykonawcy dotyczą w szczególności etapu rozliczenia robót oraz decydują o sposobie ustalenia wynagrodzenia należnego wykonawcy w ramach sukcesywnego postępu w realizacji przedmiotu zamówienia, tj. dotyczą rozliczenia stron na etapie realizacji robót budowlanych.

Jednakże w przedmiotowym stanie faktycznym również zapisy umowy wprost wskazują na wynagrodzenia ryczałtowe, gdyż § 10 ust. 3 projektu umowy (załącznik nr 12 do SIWZ) odnosi się wprost do art. 632 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. 1964 Nr 16, poz. 93, z 1971 r. Nr 27, poz. 252 z późn. zm.), który stanowi, że: „Jeżeli strony umówiły się o wynagrodzenie ryczałtowe, przyjmujący zamówienie nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac". Biorąc pod uwagę, iż umowa o roboty budowlane jest stypizowaną odmianą umowy o dzieło strony zawierające umowę, zgodnie z wyrażoną w art. 353^1 ustawy Kodeks cywilny zasadą swobody umów, mogą ułożyć stosunek według własnego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego, co też zostało uczynione w ramach niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wobec powyższego istotą wynagrodzenia ryczałtowego jest jego niezmienność na etapie realizacji zobowiązania umownego, oraz przerzucenie ryzyka ekonomicznego realizowanego zobowiązania na wykonawcę, w tym wypadku wykonawcę robót budowlanych.

Określona przez Zamawiającego w treści SIWZ forma wynagrodzenia w postaci ryczałtowej determinuje znaczenie przedmiarów robót i sposobu sporządzenia kosztorysów ofertowych, jak również funkcję jaką pełnią te ostatnie.

Izba wskazuje, iż przy tak określonej formie wynagrodzenia kosztorysy ofertowe nie stanowią w całości elementu treści oferty, gdyż służą one również do zobrazowania sposobu skalkulowania ceny ofertowej. Zamawiający nie przewidział w SIWZ żadnych sankcji w przypadku pominięcia w kosztorysie którejkolwiek pozycji w odniesieniu do przedmiaru robót. Tym samym, w oparciu o ww. zapisy SIWZ (Rozdział XII – sposób obliczenia ceny, pkt 2

SIWZ) „Cenę ofertową należy obliczyć na podstawie przedmiaru robót, stanowiącego zał. Nr 3 do niniejszej SIWZ", co wskazuje, w połączeniu tego zapisu z pkt 4 (Rozdział XII – sposób obliczenia ceny), iż „Przy kalkulacji ceny należy uwzględnić wszelkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia, wynikające z dokumentacji projektowej, jak również nie ujęte w dokumentacji, a niezbędne do wykonania przedmiotu zamówienia (…):, że przedmiary robót mają jedynie charakter pomocniczy.

Przedmiar robót, zgodnie z zawartym w § 6 ust. 1 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno - użytkowego (Dz. U. z 2004 r. Nr 202, poz. 2072 z późn. zm.), powinien zawierać zestawienie przewidywanych do wykonania robót podstawowych w kolejności technologicznej ich wykonania wraz z ich szczegółowym opisem lub wskazaniem podstaw ustalających szczegółowy opis oraz wskazaniem właściwych specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych, z wyliczeniem i zestawieniem ilości jednostek przedmiarowych robót podstawowych. Należy wskazać, iż projekt budowlany określa miejsce i zakres przedmiotowy świadczenia (określa co i gdzie powinno zostać wykonane), specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót budowlanych precyzują sposób wykonania oraz jakość i standard robót, zaś przedmiar określa zakres ilościowy poszczególnych elementów robót. Tym samym należy wskazać, iż ustawodawca umożliwił dookreślenie zawartych w przedmiarach robót pozycji poprzez ich szczegółowy opis, lub alternatywnie – poprzez wskazanie podstaw pozwalających zidentyfikować zakres rzeczowy każdej pozycji. Ten ostatni element dopuszcza wskazanie numerów katalogów KNR, KNNR, KNR-W lub zbliżonych, lecz w przypadku dokonania szczegółowego opisu pozycji mają one jedynie charakter pomocniczy. Ponadto jak wynika z tytułu powyższego rozporządzenia określa ono zakres i formę dokumentacji służącej dokonaniu opisu przedmiotu zamówienia, nie zaś dokumentów i wytycznych pozwalających narzucić wykonawcom sposób skalkulowania ceny ofertowej.

Jak wynika z § 4 ust. 3 ww. rozporządzenia jeśli zamówienie na roboty budowlane, o których mowa w ust. 1 i 2, jest udzielane w trybie zamówienia z wolnej ręki lub w istotnych postanowieniach umowy przyjęto zasadę wynagrodzenia ryczałtowego, dokumentacja projektowa może nie obejmować przedmiaru robót.

Powyższe stanowi jednoznacznie, iż wykonawca może dokonać obliczenia ceny ofertowej w oparciu o przedmiary robót także w przypadku ustalenia wynagrodzenia w formie ryczałtu, gdyż nie ten fakt stanowi o formie wynagrodzenia, lecz ciężar ryzyka za jego określenie. Jeżeli, w oparciu o postanowienia SIWZ, wyliczenie należnego wykonawcy wynagrodzenia oraz przewidywany (pod względem ilościowym) do wykonania zakres robót zostaje dookreślony tylko i wyłącznie przy użyciu przedmiaru robót (niezależnie od tego, czy

zostały one sporządzone przez zamawiającego, czy też wykonawcę) to mamy do czynienia z wynagrodzeniem kosztorysowym. Jeżeli źródłem kosztów związanych z realizacją przedmiotu zamówienia oraz przewidywanego do wykonania zakresu robót jest nie tylko dokumentacja projektowa, w skład której wchodzi projekt budowlany, specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót budowlanych oraz przedmiar robót, to mimo nakazu ujęcia tychże kosztów w kosztorysach ofertowych mamy do czynienia z wynagrodzeniem ryczałtowym. W przedmiotowym stanie faktycznym nakaz wyliczenia ceny za pomocą kosztorysów szczegółowych (Rozdział XII pkt 5 i 6 SIWZ) jest jedynie wymogiem formalnym, nie zaś wymogiem decydującym o formie wynagrodzenia i zakresie świadczenia. To w jaki sposób zostaną przedstawione poszczególne składniki ceny (kosztorys szczegółowy) nie przesądza o tym, iż wynagrodzenie ma charakter kosztorysowy. Wszakże nie sposób ustalić, biorąc pod uwagę zapis Rozdziału XII pkt 3 i 4 SIWZ w powiązaniu z § 10 ust. 3 projektu umowy, czy wynagrodzenie wyliczone przez Odwołującego uwzględnia wszystkie niezbędne koszty wynikające z przewidywanego do wykonania zakresu robót, tj. faktycznego rozmiaru prac. Wynika to z faktu, iż przewidywane do wykonania pominięte w dokumentacji projektowej prace mogą zostać ujęte w innych pozycjach kosztorysu – nawet takich, które nie są adekwatne dla nich pod względem rodzajowym.

Ponadto w przypadku wynagrodzenia kosztorysowego każdy z wykonawców składających ofertę zobowiązuje się do wykonania pod względem ilościowym takiego zakresu, jaki zostaje ujęty w kosztorysach ofertowych. Potwierdza on przy pomocy

kosztorysów ofertowych zakres ilościowy zamówienia oraz wskazuje na technikę, sposób i prawidłowość obliczenia ceny ofertowej. Wynika to z roli, jaką posiadają kosztorysy ofertowe sporządzone ściśle w oparciu o przedmiary robót, oraz z faktu, iż Zamawiający w przypadku wynagrodzenia ustalonego w formie kosztorysowej jest obowiązany do przekazania wraz z dokumentacją projektową przedmiarów robót. Takiego obowiązku nie ma w przypadku wynagrodzenia ryczałtowego.

Tym samym Izba uznała, iż w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nie miał prawa sprawdzenia poprawności sporządzenia kosztorysów ofertowych, zaś wszelkie zaistniałe w ich treści rozbieżności w odniesieniu do poszczególnych pozycji kosztorysowych (ilości obmiarowych, zastosowanych norm zużycia materiałów) w stosunku do wskazanych w przedmiarach nie stanowią o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ.

Na pomocniczą rolę kosztorysów ofertowych w postępowaniu, w ramach którego została ustalona forma wynagrodzenia ryczałtowego, wskazywały jednoznacznie wytyczne zawarte w uchylonym art. 88 ustawy Pzp, który zawierał enumeratywne wyliczenie rodzajów oczywistych omyłek w obliczeniu ceny możliwych do poprawy przez Zamawiającego. Powyższe przepis w ust. 1 pkt 3 lit. a wskazywał, iż w przypadku oferty z ceną określoną za cały przedmiot zamówienia albo jego część (cena ryczałtowa) przyjmuje się, że prawidłowo

podano cenę ryczałtową bez względu na sposób jej obliczenia. Uchylenie powyższego przepisu nie oznacza, iż zawarte w nim wytyczne utraciły swoje znaczenie. Celem ustawodawcy uchylającego cytowany przepis było umożliwienie Zamawiającemu poprawienia omyłek w szerszym niż dotychczas zakresie w celu ograniczenia sytuacji odrzucania ofert. Nie ulega zatem wątpliwości, iż w szczególności omyłki wskazane w uchylonym art. 88 ustawy Pzp będą mogły być nadal poprawiane. Nie jest to jednak katalog zamknięty, który obowiązywał przed zmianą ustawy.

W tym zakresie Izba podziela, wyrażone w toku rozprawy, stanowisko Odwołującego, który wskazał, iż jego oferta nie zawiera zmian technologicznych, gdyż w każdej pozycji została zachowana grubość styropianu, ilość m² oraz wszystkie materiały konieczne do wykonania docieplenia według określonego systemu. Izba wskazuje również, iż Zamawiający nie podnosi kwestii niezgodności opisu poszczególnych pozycji, zastosowanych ilości jak również wskazanych katalogów KNR w kosztorysie ofertowym sporządzonym przez Odwołującego w odniesieniu do przekazanych wraz z dokumentacją postępowania przedmiarów robót.

Wobec powyższego, w ocenie Izby, aby doszło do niezgodności treści oferty z treścią SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp niezgodność ta winna dotyczyć zakresu oferowanego przez wykonawcę świadczenia w odniesieniu do zakreślonego w treści SIWZ, a w przypadku gdy przedmiotem postępowania są roboty budowlane zakreślonego w sposób szczegółowy w dokumentacji projektowej, przedmiarach robót oraz specyfikacjach technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych. Sposób spełnienia świadczenia reguluje również projektu umowy lub istotne postanowienia przyszłej umowy. Tylko w takim zakresie uprawnione jest badanie kwestii odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Wobec powyższego Izba uznała, iż w przedmiotowym postępowaniu doszło również do naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

III. Wobec uznania przez Izbę, iż odrzucenie przez Zamawiającego oferty Odwołującego z postępowania na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 7 ustawy Pzp było czynnością pozbawioną podstaw faktycznych doszło tym samym do naruszenia zasad udzielania zamówień publicznych, w tym zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji wyrażonych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Jednocześnie na skutek wyboru jako najkorzystniejszej oferty z nruszeniem przepisów ustawy Pzp doszło również do potwierdzenia się zarzutu naruszenia art. 7 ust. 3 ustawy Pzp.

Wobec faktu, iż Izba stwierdziła naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 7 ustawy Pzp

wskazać należy wpływ tego naruszenia na naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. W każdy wypadku bezpodstawnego odrzucenia oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia

publicznego dochodzi do naruszenia zasad udzielania zamówień publicznych, w tym w szczególności zasad określonych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Ponadto Odwołujący na etapie rozprawy podniósł, iż Zamawiający dokonał w kosztorysie ofertowym poprawienia poszczególnych elementów wpływających na wysokość ceny w sposób wybiórczy. Wskazał, iż poprawieniu uległy normy zużycia materiałów w odniesieniu do ocieplenia styropianem, zaś pomimo zawyżenia norm zużycia materiałów dla tynku akrylowego Zamawiający nie poprawił tych składników. Powyższe nie zostało zakwestionowane przez Zamawiającego w toku rozprawy.

Tym samym Izba uznała, iż w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego doszło do naruszenia przez Zamawiającego podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych wyrażonych w art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

Zgodnie 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. Wobec powyższego stwierdzenie przez Izbę, iż w przedmiotowym postępowaniu doszło do naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3, art. 87 ust. 2 pkt 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 i 7 ustawy Pzp powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 oraz § 5 ust. 2 pkt 1 oraz ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

……