

Sygn. akt: KIO/UZP 259/09

**WYROK**  
z dnia 17 marca 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący:** Agata Mikołajczyk

**Członkowie:** Sylwester Kuchnio  
Lubomira Matczuk-Mazuś

**Protokolant:** Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na posiedzeniu / rozprawie\* w dniu /w dniach\* 17.03.2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego CHEMOBUDOWA – KRAKÓW S.A., 30-705 Kraków, ul. Klimeckiego 24** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Miejski Ośrodek Sportu i Rekreacji w Sosnowcu, 41-200 Sosnowiec, ul. 3 Maja 41** protestu /protestów\* z dnia 12.02.2009 r.<sup>1</sup>

przy udziale wykonawcy ..... zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego/odwołującego.

**orzeka:**

**1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert**

2. kosztami postępowania obciąża **Miejski Ośrodek Sportu i Rekreacji w Sosnowcu, 41-200 Sosnowiec, ul. 3 Maja 41**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w 4 574 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego CHEMOBUDOWA – KRAKÓW S.A., 30-705 Kraków, ul. Klimeckiego 24,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 4 574 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Miejski Ośrodek Sportu i Rekreacji w Sosnowcu, 41-200 Sosnowiec, ul. 3 Maja 41** na rzecz **Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego CHEMOBUDOWA – KRAKÓW S.A., 30-705 Kraków, ul. Klimeckiego 24** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu zwrotu kosztów wpisu,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 5 426 zł 00 gr (słownie: pięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego CHEMOBUDOWA – KRAKÓW S.A., 30-705 Kraków, ul. Klimeckiego 24.**

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

Wykonawca - Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego "Chemobudowa - Kraków" S.A. z siedzibą w Krakowie wniósł w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego - na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr, 223, poz. 1655 ze zm.) [Ustawa lub PZP] w trybie przetargu nieograniczonego pn: „Budowa zaplecza szatniowego - Stadionu Ludowego w Sosnowcu" przez Zmawiającego - Miejski Ośrodek Sportu i Rekreacji w piśmie z dnia 26

lutego 2009 r. odwołanie, w którym zarzucił naruszenie w postępowaniu art. 7 ust 1 Ustawy, poprzez błędne zastosowanie, oraz art. 89 ust 1 pkt 2 Ustawy, poprzez błędne zastosowanie, wyrażające się odrzuceniem oferty Wykonawcy mimo braku do tego podstaw. Wobec powyższych zarzutów, Wykonawca wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i unieważnienie czynności odrzucenia oferty Wykonawcy, oraz powtórzenie oprotestowanej czynności oceny ofert. Wskazano jednocześnie, iż w dniu 4 lutego 2009 r. Zamawiający poinformował Wykonawcę o odrzuceniu jego oferty jako niezgodnej z postanowieniami SIWZ, która to czynność w dniu 12 lutego 2009 r. została przez Wykonawcę oprotestowana. Pismem z dnia 23 lutego 2009 r. Zamawiający protest oddalił. W uzasadnieniu odwołania Wykonawca, podnosząc zarzut naruszenia art. 7 ust 1 PZP podniósł, iż zgodnie z tym przepisem (...) Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Zasada ta odnosi się również do czynności oceny ofert pod względem spełnienia wymogów SIWZ oraz wyboru najkorzystniejszej oferty. Zdecydowanym celem powyższych zasad jest wyeliminowanie bowiem z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jakichkolwiek elementów, które miałyby charakter dyskryminacyjny. Można uznać, że postępowanie ma charakter dyskryminacyjny wówczas, gdy prowadzi do wyłączenia określonej kategorii potencjalnych dostawców lub wykonawców z naruszeniem zasady równości stron. Wymienione w przepisie art. 89 Prawa zamówień publicznych przesłanki stanowią jedyne podstawy odrzucenia oferty. Katalog przesłanek jest zamknięty i nie może być traktowany i interpretowany rozszerzająco. Podstawą odrzucenia oferty jest niezgodność jej treści z treścią SIWZ, a *contrario* za sprzeczne z ustawą należy uznać odrzucenie oferty z powodu niespełnienia ustalonych przez zamawiającego wymogów dotyczących jej formy. Odwołując się do orzecznictwa (wyrok zespołu arbitrów UZP/ZO/0-1058/04) wskazał iż niezgodność treści oferty należy ocenić w kategoriach oferty zdefiniowanej art. 66 k.c. § 1, czyli niezgodności oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami Zamawiającego w merytorycznym zakresie przedmiotu zamówienia. W tak sformułowanej normie prawnej, nie mieszczą się w żadnym przypadku uchybienia formalne. Za takie formalne wymagania Wykonawca uznaje postanowienia zawarte w rozdziale 12 specyfikacji SIWZ, które nie przesądzają o treści oferty, a jedynie regulują formalne wymagania, jakie spełniać ma sama oferta i dołączone do niej dokumenty, w tym kosztorys ofertowy, które należy przedstawić w ofercie i traktować je należy jako dotyczące formy oferty. Powyższe stanowisko Wykonawca wywodzi z cywilistycznej definicji "oferty" określonej art. 66 § 1 k.c. w związku z art. 14 ustawy - Prawo zamówień publicznych. Według tego przepisu oferta jest oświadczeniem woli zawarcia umowy na określonych warunkach. Skoro zatem Zamawiający nie zarzuca ofercie Wykonawcy braku określenia istotnych warunków niezbędnych do zawarcia przyszłej umowy nie można, zatem uznać, iż

zaistniały okoliczności uzasadniające jej odrzucenie na mocy art. 89 Prawa zamówień publicznych. Ponownie odwołując się do orzecznictwa, Wykonawca podniósł, iż w licznych orzeczeniach Krajowej Izby Odwoławczej (wyrok z dnia 16 czerwca 2008 r. KIO/UZP 535/08), podkreślano, iż uchybienia formalne nie stanowią przyczyny odrzucenia oferty. Dopiero wystąpienie niezgodności z merytorycznymi wymaganiami Zamawiającego, odnoszącymi się do przedmiotu zamówienia, skutkować może odrzuceniem oferty. Dalej wskazał, iż (...) treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji wówczas, gdy niezgodność dotyczy części merytorycznej oferty, a nie formalnej, np. gdy zaoferowany przedmiot lub sposób wykonania zamówienia nie odpowiada opisanemu w specyfikacji (KIO/UZP 339/08, LEX nr 409719). (...) "Wady formalne względem oferty uznanej za najkorzystniejszą odnoszą się, co do formy składanych dokumentów oraz wymogów, co do sposobu przygotowania oferty i jako takie nie mogą stanowić i nie stanowią odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP. Niezgodność z SIWZ może zachodzić tylko i wyłącznie w stosunku do wymogów merytorycznych, a nie wymogów formalnych, wskazanych w SIWZ".(wyrok KIO UZP 277/08; KIO UZP 286/08). Wykonawca podniósł, iż (...) "niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia ma miejsce w sytuacji, gdy zaoferowany przedmiot dostawy nie odpowiada opisanemu w specyfikacji przedmiotowi zamówienia co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu zaspokajającym oczekiwania i interesy zamawiającego". Ponadto w odwołaniu wskazano, iż w myśl art. 87 PZP, Zamawiający w toku sprawdzenia ofert przetargowych, stwierdzając niezgodności w ofertach, może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający dokonując sprawdzenia i oceny ofert nie wezwał do wyjaśnienia stwierdzonych niezgodności w ofercie Wykonawcy pomimo, że jak sam stwierdził w treści pisma L. Dz. /DT/168/2009 z dnia 04-02-2009 r. widział możliwość poprawienia pięciu błędów zgodnie z przepisami art. 87 ust.2 pkt 3, jako pomyłki nie powodującej zmian w treści oferty. W związku zatem z zaniechaniem przez Zamawiającego wezwania do wyjaśnienia - Wykonawca pozbawiony został możliwości udzielenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty. Takie postępowanie Zamawiającego stoi w sprzeczności obowiązującym stanowiskiem Krajowej Izby Odwoławczej i w tym przypadku powołał się na wyrok KIO z dnia 5.03.2008r sygn. akt: KIO/UZP 141/08, wskazując, że "dopóki zamawiający nie skorzysta z możliwości przewidzianej art. 87 ust. 1 PZP i nie wyjaśni w sposób autorytatywny swojego przypuszczenia o rzekomej sprzeczności zachodzącej w treści jednego wykonawcy, nie wolno mu odrzucić tej ofert". (LEX nr 393607). W jego przypadku, dopiero w piśmie z dnia 04-02-2009 r. (L. Dz./DT/168/2009) Zamawiający poinformował szczegółowo Wykonawcę o zakresie zauważonych w ofercie omyłek i błędów, które uznał za powód odrzucenia jego oferty złożonej w przedmiotowym postępowaniu

przetargowym. Nie zwracając się o szczegółowe wyjaśnienia stwierdzonych niezgodności w ofercie Zamawiający przyjął, że w zakresie pozycji 7 kosztorysu ofertowego "Przyłącze kanalizacji sanitarnej i deszczowej" Wykonawca nie wskazał wartości jednostkowej oraz wartości netto pozycji kosztorysowej. W rzeczywistości wartość jednostkowa i wartość netto pozycji nr 7 kosztorysu ofertowego "Przyłącze kanalizacji sanitarnej i deszczowej" została wyceniona na 0,00 zł. Wykonawca potwierdza bowiem, że rzeczywiście w poz. 7 kosztorysu ofertowego "Przyłącze kanalizacji sanitarnej i deszczowej" pojawiły się puste miejsca, jednakże – jak dowodzi - nie wynikają one z błędnego obliczenia lub 'braku wypełnienia', lecz ze specyfiki programu kosztorysowego „Zuzia”, którym posługuje się Odwołujący przy opracowaniu ofert przetargowych. Wykonawca korzysta z wersji 8.08 programu Zuzia, w której to występuje brak możliwości uzyskania na wydrukach zapisu 0,00. Aktualnie producent programu „Zuzia” wprowadził na rynek nową wersję tego programu tj. wersję 9,00, w której to po zmianie ustawień pojawia się możliwość uzyskania na wydrukach zapisu 0,00. O tej właśnie wersji programu wspomina Zamawiający w piśmie o oddaleniu protestu. Wykonawca został zatem, poprzez zaniechanie przez Zamawiającego wezwania, pozbawiony możliwości wyjaśnienia przyczyny powstania pustych miejsc na wydrukach kosztorysów ofertowych przedstawionych w ofercie. Przyczyną powstania stwierdzonych w toku sprawdzenia przez Zamawiającego niezgodności w poz. 7 omawianego kosztorysu ofertowego nie jest zaniedbanie lub błąd popełniony przez Wykonawcę w obliczeniach lecz wynikający ze standardowych ustawień programowych użytkowanego przez Wykonawcę programu kosztorysowego sposób prezentacji wartości zerowych na wydrukach kosztorysów. Każdy program kosztorysowy opiera się bowiem na odmiennej idei prezentacji danych, czego efektem jest różna zawartość pod względem treści i postać wydruków. W programie „Zuzia” wersji 8,08 puste miejsca powstają na wydrukach każdorazowo tam gdzie w obliczeniach przyjęto cenę lub obliczono wartość w wysokości =0,00. Na poparcie powyższych wyjaśnień Wykonawca przedkłada w załączeniu do niniejszego odwołania kserokopię pisma spółki „Datacomp” Sp. z o.o. z Krakowa - producenta programu wyjaśniające sposób pracy programu kosztorysowego „Zuzia” . Dalej Wykonawca podniósł, iż w omawianym kosztorysie ofertowym w poz. 7, uwzględniając rzeczywiste warunki wykonania przedmiotowego zamówienia oraz możliwość składowania mas ziemnych na własnym nieodpłatnym składowisku ziemi, przyjął w ofercie wysokość opłaty za składowanie 156,81m<sup>3</sup> ziemi w wysokości 0,00 zł/m<sup>3</sup>, stąd obliczona wartość pozycji również wyniosła 0,00 zł netto. Z treści oferty Wykonawcy wynika jednoznacznie, iż wartość netto w pozycji 7 kosztorysu ofertowego "Przyłącze kanalizacji sanitarnej i deszczowej" wynosi 0,00 zł, i takie wartości Zamawiający winien przyjąć jako podstawę do powykonawczego rozliczenia robót w trakcie realizacji zamówienia. Nadmieniam jednocześnie, że każdy wykonawca ma swobodę sposobu kalkulacji ceny, a Zamawiający nie ma prawa zmuszać wykonawcy do wskazania

wartości innej niż 0,00, skoro z własnej kalkulacji Wykonawcy kosztowej wynika, że może zaoferować za te roboty cenę 0,00 zł. W tym miejscu dodał, że będzie składował masy ziemi na własnym składowisku ziemi. Ziemia ta może być wykorzystana przez Wykonawcę w ramach prowadzonych przez niego inwestycji poprzez wbudowanie jej w miejscach, które tego wymagają. Dokonując obliczenia ceny ofertowej przyjął ilości wskazane w przedmiarach robót i obliczył wartości jednostkowe oraz wartości robót we wszystkich pozycjach kosztorysu ofertowego, o czym świadczy nie kwestionowana przez Zamawiającego wartość ofertowa zamówienia będąca sumą wartości brutto wszystkich pozycji. Uwzględnienie przez Zamawiającego ewentualnych wyjaśnień Wykonawcy w zakresie sposobu obliczenia ceny i podania informacji w kosztorysie ofertowym, w żaden sposób nie oznacza dokonania zmian w treści oferty, wyjaśnienia dotyczą bowiem formy podania informacji w kosztorysie ofertowym, dlatego brak jest podstaw odrzucenia oferty w powołaniu na art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. W konkluzji, uznając zasadność odwołania Wykonawca podniósł, iż składając przedmiotową ofertę zaproponował w formularzu ofertowym cenę za wykonanie całości przedmiotu zamówienia zgodnie z wymogami SIWZ. Nie pominął żadnej pozycji kosztorysu, a stwierdzone przez Zamawiającego niezgodności w ofercie stanowią jedynie omyłki, nie powodujące istotnych zmian w treści oferty lub uchybienia dotyczącego formy podania informacji w kosztorysie ofertowym, a tym samym nie mogą stanowić podstawy odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy w powołaniu na zapisy zawarte w pkt.12.4 SIWZ. Ponownie podkreślił, że brak wartości we wskazanej przez Zamawiającego pozycji 7 kosztorysu ofertowego oznacza, że w pozycji przyjęto cenę oraz wartość netto = 0,00 zł, co wynika ze sposobu prezentacji danych w wykorzystywanym przez Odwołującego programie kosztorysowym "Zuzia" wersja 8,08. Taki sposób odczytania kosztorysu znajduje swoje uzasadnienie w istniejących na rynku programach do kosztorysowania, które wartość "0" podczas pracy w ogóle nie wyświetlają, a w konsekwencji nie ujawniają na wydruku sporządzonego kosztorysu. Ponadto rola samego przedmiaru robót z punktu widzenia zgodności oferowanego przedmiotu zamówienia z oczekiwaniami Zamawiającego jest wątpliwa, ponieważ w umowie w § 1 Zamawiający wskazuje, iż "Zakres rzeczowy robót określa: opis przedmiotu zamówienia zawarty w projekcie Budowlano Wykonawczym, Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót oraz kosztorys ofertowy". Zamawiający określając zakres rzeczowy przedmiotu zamówienia nie odwołał się do przedmiaru robót. Powyższe oraz zapis pkt 12.1 SIWZ wskazuje na to, zgodność oferty z przedmiarem robót dotyczyć mogła jedynie rozwiązań materiałowych ujętych w przedmiarze. Zamawiający poprzez zaniechanie wezwania do wyjaśnienia niezgodności w ofercie w fazie sprawdzenia i oceny ofert przetargowych naruszył zasady postępowania ustalone w obowiązującym orzecznictwie, gdyż oferta Wykonawcy jest zgodna z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a zatem nie może podlegać odrzuceniu.

### **Rozpatrując odwołanie Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

W piśmie z dnia 4 lutego 2009 r. Zamawiający, powołując się na przepis art.89 ust.1pkt PZP poinformował Wykonawcę o odrzuceniu jego oferty, wskazując na niezgodność oferty w następującym zakresie:

- 1) w kosztorysie budowlanym w pozycji zestawienie materiałów - l.p. 3 nie określono marki betonu;
- 2) w kosztorysie „Przyłącze kanalizacji sanitarnej i deszczowej”:
  - a. w poz. 10 zastosowano krotność 0,5 zamiast 0,05 ;
  - b. w poz.20 zmieniono jednostkę obmiarową, zamiast kpl. przyjęto 32 godziny pompowania;
- 3) w kosztorysie dot. instalacji c.o. w poz. 17,19 i20 oraz w kosztorysie dot. wentylacji w poz.39 brak jest jednostek obmiarowych;
- 4) w kosztorysie dot. wentylacji w poz. 6 wyceniono 0, 508 m2, a należało wycenić 0, 506 m2;
- 5) w kosztorysie „Przyłącze kanalizacji sanitarnej i deszczowej” w poz. 7 nie wyceniono opłaty za składowanie ziemi w ilości 156,81 m2.

W uzasadnieniu tej decyzji podał, iż zgodnie z pkt 12.4 SIWZ Wykonawca zobowiązany był do określenia wartości we wszystkich pozycjach występujących w kosztorysie ofertowym. Brak wypełnienia i określenia wartości w pozycji, a także wprowadzenie przez Wykonawcę jakichkolwiek zmian w ilościach określonych przez Zamawiającego miało powodować odrzucenie oferty, chyba że Zamawiający uznałby, iż jest to omyłka nie powodująca istotnych zmian w treści oferty i poprawi ją zgodnie z art. 87 ust.2 pkt 3 PZP. O ile zatem, w przypadku pierwszych pięciu błędów można, w ocenie Zamawiającego zastosować art. 87 ust.2 pkt 3 PZP, o tyle w przypadku błędu ostatniego, Zamawiający nie widzi podstaw do poprawienia błędu na podstawie powyższego przepisu, albowiem zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 PZP, Zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki, polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, nie powodujące istotnej zmiany w treści oferty. W tym przypadku ingerencja Zamawiającego oznaczałaby dokonanie zmiany w treści oferty. Zamawiający nie dysponuje bowiem tak istotnym składnikiem w/w pozycji jakim jest cena. Podniesiono, iż w ofercie nie została podana, ani wartość jednostkowa, ani wartość netto pozycji. Zamawiający nie może zatem samodzielnie dokonać wyceny za Wykonawcę. Dokonując poprawy, musiałby poprosić Wykonawcę o wskazanie opłaty za składowanie ziemi, co naruszałoby art. 87 ust. 1 ustawy, zgodnie z którym niedopuszczalne jest

prorowadzenie między zamawiającym, a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty. W rozstrzygnięciu protestu (pismo z dnia 23 lutego 2009 r.), Zamawiający, podtrzymując argumentację z powiadomienia o odrzuceniu oferty Wykonawcy, dodatkowo podniósł, w zakresie braku pozycji wyceny w kosztorysie „Przyłącze kanalizacji sanitarnej i deszczowej” - poz. 7 opłata za składowanie ziemi w ilości 156,81m<sup>2</sup>, iż w tym samym kosztorysie koszty składowania ziemi w innych pozycjach zostały wycenione. Wskazał również, że Wykonawca w tym samym kosztorysie, jak i w pozostałych kosztorysach wycenił koszty składowania ziemi będącymi składnikami całej wyceny do oferty. Stąd uznaje za niejasne wyjaśnienia braku wyceny pozycji 7, wskazując, że zgodnie z ustawą o odpadach z dnia 27.04.2001 (Dz. U. Nr 62, poz. 628 ze zm.) ziemia jest również odpadem produkcyjnym i w związku z tym każdy Przedsiębiorca zobowiązany jest do uzyskania zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie odzysku lub unieszkodliwiania odpadów, co wiąże się z odpowiednim przygotowaniem takiego składowiska oraz jego utrzymaniem, powodując ponoszenie kosztów. Zatem brak wyceny w omawianej pozycji jest czynem nieuczciwej konkurencji i zgodnie z art.89 ust. 1 pkt 3 Ustawy, z tego też powodu ofertę Wykonawcy należałoby także odrzucić, ponieważ Wykonawca ponosząc koszt utrzymania składowiska w omawianej pozycji nie wycenia jej w ogóle. Dodał również, że w pkt 12 specyfikacji, dotyczącym sposobu obliczania ceny, Zamawiający precyzyjnie określił jak należy przygotować kosztorys ofertowy i Wykonawcy nie wolno było pominąć i nie wycenić żadnej pozycji przy sporządzaniu kosztorysu ofertowego, ponieważ może to skutkować odrzuceniem oferty. Odnosząc się do kwestii formalnej dotyczącej specyfiki programu kosztorysowego „Zuzia” Zamawiający stwierdził, że w programie kosztorysowym, którym wykonawca posłużył się, jest zakładka "przedmiar", w której należy wstawić żądaną wielkość przedmiarową dla przedmiarowanych robót i w przypadku wstawienia nawet liczby 0,00 wartość ta jest wyświetlana na monitorze oraz widoczna na wydrukach komputerowych.

Zamawiający - w toku rozprawy – podtrzymał argumentację i podstawy odrzucenia oferty, a w swoich wyjaśnieniach potwierdził, iż wady oferty wyżej wskazane (pkt 1 – 4), mogłyby podlegać poprawieniu w trybie art. 87 ust.1 PZP, jednakże z powodu na niezgodność oferty Wykonawcy w zakresie w kosztorysu „Przyłącze kanalizacji sanitarnej i deszczowej” w poz. 7, wobec braku wyceny opłaty za składowanie ziemi w ilości 156, 81m<sup>2</sup>, nie dokonywał takich poprawek i nie wzywał Wykonawcy do ich wyjaśnienia.

Mając na względzie tak ustalony stan faktyczny skład orzekający Izby uznał, iż zarzut niezasadnego odrzucenia oferty odwołującego z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2) oraz art. 7 ust. 1 PZP zasługuje na uwzględnienie.



Wniosek o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ zamawiający wysnuł na podstawie braku wyceny niektórych pozycji kosztorysu, zaś brak wyceny zamawiający przypisał odwołującemu ze względu na puste miejsca w kwestionowanej pozycji kosztorysu ofertowego. W ocenie składu orzekającego Izby stanowisko takie nie jest zasadne, ponieważ odwołujący nie pominął (nie wykreślił) żadnej pozycji z opisanych przez Zamawiającego w przedmiarze robót, zaś puste miejsca w kolumnie „cena” w pozycji kosztorysu mogły być odczytywane jako miejsca, w których odwołujący uwzględnił wartość „0,00 zł”.

W ocenie Izby, taki sposób odczytania kosztorysu znajduje swoje uzasadnienie w istniejących na rynku programach do kosztorysowania, które wartości „0” podczas pracy w ogóle nie wyświetlają, a w konsekwencji nie ujawniają na wydruku sporządzonego kosztorysu. Ponadto, jak wskazywał Wykonawca w toku rozprawy postanowienia SIWZ nie zawierały zakazu wyceny pozycji na „0,00 zł”.

Z ustaleń w niniejszej sprawie zatem wynika, iż Zamawiający uprawniony był do zastosowania art. 87 ustawy – Prawo zamówień publicznych, w celu wyjaśnienia spornej kwestii, szczególnie, że we wniesionym proteście Wykonawca konsekwentnie oświadczał, iż dla tej pozycji zastosował wycenę o wartości „0,00 zł”. W konsekwencji nie skorzystanie z tego uprawnienie mogłoby skutkować niezasadnym wydatkowaniem kwoty blisko 160.000 zł.

Izba, nie podzieliła poglądu, iż oferowanie w tej pozycji ceny 0,00 zł stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z art. 3 ust. 1 u.z.n.k. czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Ustęp 2 przytoczonego przepisu wskazuje, iż czynami takimi są w szczególności: wprowadzające w błąd oznaczenie przedsiębiorstwa, fałszywe lub oszukańcze oznaczenie pochodzenia geograficznego towarów albo usług, wprowadzające w błąd oznaczenie towarów lub usług, naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa, nakłanianie do rozwiązania lub niewykonania umowy, naśladownictwo produktów, pomawianie lub nieuczciwe zachwalanie, utrudnianie dostępu do rynku, przekupstwo osoby pełniącej funkcję publiczną, a także nieuczciwa lub zakazana reklama oraz organizowanie systemu sprzedaży lawinowej. W art. 5-17d u.z.n.k. zostały doprecyzowane i uszczegółowione zachowania przedsiębiorców, które wyczerpują znamiona czynu nieuczciwej konkurencji. Stwierdzenie, czy konkretne zachowanie przedsiębiorcy stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, wymaga każdorazowo dokładnej analizy zaistnienia znamion takiego czynu, dyspozycją tego przepisu objęte są bowiem tylko te czyny, które zagrażają lub naruszają interes przedsiębiorcy lub

sprzeczne z dobrymi obyczajami " W ocenie Izby fakt zastosowania w poz. 7 kosztorysu dla wyceny wartości „0,00zł” nie wskazuje na cechy przypisane czynowi nieuczciwej konkurencji.

Mając powyższe na względzie orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy tj. stosownie do wyniku postępowania.