

**Sygn. akt KIO/UZP 157 /09**

**Sygn. akt KIO/UZP 159 /09**

**Sygn. akt KIO/UZP 174 /09**

**WYROK**  
**z dnia 26 lutego 2009 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Andrzej Niwicki**

**Członkowie: Izabela Niedziałek**

**Jolanta Markowska**

**Protokolant: Jadwiga Ząbek**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **24 lutego 2009 r.** w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia **17 lutego 2009 r.** do łącznego rozpoznania,

wniesionych przez:

**A. Przedsiębiorstwo Budowlano-Usługowe "DORBUD" SA ul. Zagańska 153, 25-563 Kielce;**

**B. Konsorcjum: TIWWAL Sp. z o.o., BUDBAUM S.A., MADOR Sp. z o.o. ul. Człuchowska 9, 01-360 Warszawa;**

**C. ENERGY Investors Sp. z o.o. ul. Wiejska 12, 00-490 Warszawa.**

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego ul. Krakowskie Przedmieście 26/28, 00-927 Warszawa** protestów:

**A. Przedsiębiorstwo Budowlano-Usługowe "DORBUD" SA ul. Zagańska 153, 25-563 Kielce z dnia 26.01.2009 r.;**

**B. Konsorcjum: TIWWAL Sp. z o.o., BUDBAUM S.A., MADOR Sp. z o.o. ul. Człuchowska 9, 01-360 Warszawa z dnia 28.01.2009 r.;**

**C. ENERGY Investors Sp. z o.o. ul. Wiejska 12, 00-490 Warszawa z dnia 28.01.2009 r.**

Przy udziale **ENERGY Investors Sp. z o.o. ul. Wiejska 12, 00-490 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego - **Sygn. akt KIO/UZP 157 /09**

**orzeka:**

**1.**

**A. w sprawie o sygnaturze KIO/UZP 157 /09 – oddala odwołanie;**

**B. w sprawie o sygnaturze KIO/UZP 159 /09 – oddala odwołanie;**

**C. w sprawie o sygnaturze KIO/UZP 174 /09 – oddala odwołanie.**

**2. Kosztami postępowania obciąża:**

**A. w sprawie o sygnaturze KIO/UZP 157 /09 - Przedsiębiorstwo Budowlano-Uslugowe "DORBUD" SA ul. Zagańska 153, 25-563 Kielce;**

**B. w sprawie o sygnaturze KIO/UZP 159 /09 - Konsorcjum: TIWWAL Sp. z o.o., BUDBAUM S.A., MADOR Sp. z o.o. ul. Człuchowska 9, 01-360 Warszawa;**

**C. w sprawie o sygnaturze KIO/UZP 174 /09 - ENERGY Investors Sp. z o.o. ul. Wiejska 12, 00-490 Warszawa**

**i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisów uiszczonych przez odwołujących się, w tym:
  - A.** koszty w wysokości **1 524 zł 67 gr** ( słownie: tysiąc pięćset dwadzieścia cztery złote sześćdziesiąt siedem groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Przedsiębiorstwo Budowlano-Uslugowe "DORBUD" SA ul. Zagańska 153, 25-563 Kielce;**
  - B.** koszty w wysokości **1 524 zł 67 gr** ( słownie: tysiąc pięćset dwadzieścia cztery złote sześćdziesiąt siedem groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum: TIWWAL Sp. z o.o., BUDBAUM S.A., MADOR Sp. z o.o. ul. Człuchowska 9, 01-360 Warszawa;**

- C. koszty w wysokości **1 524 zł 66 gr** (słownie: tysiąc pięćset dwadzieścia cztery złote sześćdziesiąt sześć groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **ENERGY Investors Sp. z o.o. ul. Wiejska 12, 00-490 Warszawa**.
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** ( słownie: trzy tysiące sześćset złotych) stanowiącej uzasadnione koszty stron, w tym:
- A. dokonać wpłaty kwoty **1 200 zł 00 gr** ( słownie: tysiąc dwieście złotych zero groszy) przez **Przedsiębiorstwo Budowlano-Usługowe "DORBUD" SA ul. Zagańska 153, 25-563 Kielce** na rzecz **Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego ul. Krakowskie Przedmieście 26/28, 00-927 Warszawa** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu zastępstwa prawnego;
- B. dokonać wpłaty kwoty **1 200 zł 00 gr** ( słownie: tysiąc dwieście złotych zero groszy) przez **Konsorcjum: TIWWAL Sp. z o.o., BUDBAUM S.A., MADOR Sp. z o.o. ul. Człuchowska 9, 01-360 Warszawa** na rzecz **Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego ul. Krakowskie Przedmieście 26/28, 00-927 Warszawa** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu zastępstwa prawnego;
- C. dokonać wpłaty kwoty **1 200 zł 00 gr** ( słownie: tysiąc dwieście złotych zero groszy) przez **ENERGY Investors Sp. z o.o. ul. Wiejska 12, 00-490 Warszawa** na rzecz **Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego ul. Krakowskie Przedmieście 26/28, 00-927 Warszawa** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu zastępstwa prawnego.
- 3) dokonać wpłaty kwoty XXX ( słownie: XXX ) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;
- A. kwoty XXX zł XXX gr. ( słownie: XXX) przez XXX
- B. kwoty XXX zł XXX gr. ( słownie: XXX) przez XXX
- C. kwoty XXX zł XXX gr. ( słownie: XXX) przez XXX
- 4) dokonać zwrotu kwoty **25 426 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia pięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołujących się, w tym:
- A. kwoty **8 475 zł 33 gr** (słownie: osiem tysięcy czterysta siedemdziesiąt pięć złotych trzydzieści trzy grosze) na rzecz **Przedsiębiorstwa Budowlano-Usługowego "DORBUD" SA ul. Zagańska 153, 25-563 Kielce**;

- B.** kwoty **8 475 zł 33 gr** (słownie: osiem tysięcy czterysta siedemdziesiąt pięć złotych trzydzieści trzy grosze) na rzecz **Konsorcjum: TIWWAL Sp. z o.o., BUDBAUM S.A., MADOR Sp. z o.o. ul. Człuchowska 9, 01-360 Warszawa;**
- C.** kwoty **8 475 zł 34 gr** (słownie: osiem tysięcy czterysta siedemdziesiąt pięć złotych trzydzieści cztery grosze) na rzecz **ENERGY Investors Sp. z o.o. ul. Wiejska 12, 00-490 Warszawa.**

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

### **Uzasadnienie**

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na „Przebudowę i modernizację siedziby Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego – Gmach Poseminaryjny, położonej w Warszawie przy ul. Krakowskie Przedmieście wykonawca - Przedsiębiorstwo Budowlano-Usługowe DORBUD S.A. w Kielcach, zwany również dalej DORBUD, zarzucił zamawiającemu, jakim jest Uniwersytet Warszawski Wydział Prawa i Administracji naruszenie przepisów dotyczących rozstrzygnięcia protestu poprzez oddalenie zasadnego protestu oraz naruszenie przepisów art. 7, art. 82 ust. 3, art. 87 ust. 2 pkt 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 oraz art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez zaniechanie poprawienia w ofercie DORBUD omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp i w konsekwencji odrzucenie tej oferty.

Uzasadniając zarzuty Odwołujący wskazał, że 21 stycznia 2009 otrzymał informację o odrzuceniu jego oferty i wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez BUDIMEX-DROMEX S.A. z/s w Warszawie. W złożonym proteście na czynność odrzucenia oferty podniósł, że zarówno w kosztorysie ofertowym dotyczącym instalacji teletechnicznych, jak również w kosztorysie ofertowym dotyczącym instalacji elektrycznej zawarł wszelkie koszty pośrednie, koszty zakupu i zysk określając je na poziomie: koszty pośrednie – 75%, koszty zakupu – 10% i zysk – 15%. W konsekwencji wskazał, że miał zamiar złożyć ofertę zgodnie z wymogami zamawiającego, a błąd w jego ofercie, polegający na tym, że cena jednostkowa każdej pozycji powyżej wym. kosztorysów ofertowych w branży elektrycznej i teletechniki obejmowała koszty bez uwzględnienia czynników cenotwórczych, należy traktować jako możliwy do poprawienia na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Fakt, że cena jednostkowa każdej pozycji wskazanych kosztorysów obejmowała koszty bez uwzględnienia czynników cenotwórczych była skutkiem niewłaściwych ustawień wydruku i nie miała wpływu na cenę oferty, która nie ulegnie zmianie. Zatem powyższa pomyłka nie miała charakteru istotnego, a zamawiający był zobowiązany do jej poprawienia. Zamawiający nie uwzględnił

przedstawionej argumentacji oddalając wniesiony przez DORBUD S.A. protest. W odwołaniu firma DORBUD podnosi, że w art. 8 § 3 SIWZ zamawiający wskazał:

1. Koszt robót ma być wyliczony poprzez sporządzenie kosztorysu ofertowego (opartego o przedmiar robót), opracowanego metodą szczegółową z wyszczególnieniem cen jednostkowych pozycji kosztorysowych. Należy wycenić wszystkie pozycje przedmiaru, a w każdej pozycji należy uwzględnić wszystkie koszty wynikające z technologii wykonania robót i dokumentacji projektowej. Podstawa normatywna podana w przedmiarach służy do określenia technologii robót i narzuca wycenę pozycji kosztorysowej.
2. Każdy wykonawca musi podać ceny jednostkowe i wartości wszystkich pozycji przedmiaru robót. Uważać się będzie, że ceny i wartości tych pozycji, które nie zostały wypełnione przez wykonawcę, zostały uwzględnione w cenach i wartościach innych pozycji. W związku z tym wykonawca nie będzie miał prawa żądać dodatkowego wynagrodzenia za wykonanie robót nie wycenionych w kosztorysie ofertowym.
3. Wykonawca przedstawi w załączniku do kosztorysu ofertowego czynniki cenotwórcze przyjęte w kalkulacji ofertowej:
  - 1) wysokość stawki roboczogodziny kosztorysowej – netto,
  - 2) wysokość wskaźnika kosztów pośrednich budowy. W kosztach pośrednich budowy wykonawca uwzględni usługi obce, koszty jednorazowe, dodatki za utrudnienie i pracę wielozmianową, opracowanie dokumentacji powykonawczej, energii elektrycznej, koszty związane z organizacją i utrzymaniem terenu budowy na czas realizacji robót, koszty zarządu, ryzyk, podatki itp.,
  - 3) wysokość wskaźnika kosztów zakupu materiałów,
  - 4) wysokość stawki zysku,
  - 5) należny podatek VAT.

Odwołujący wskazuje, że jego oferta zawiera wszystkie wymagane w SIWZ wskaźniki cenotwórcze. Stwierdza, że w kosztorysach teletechnicznym i elektrycznym zawarł koszty pośrednie, koszty zakupu i zysk na wskazanych wyżej poziomach i argumentuje, jak w proteście, że wskutek poprawienia omyłki nie mającej charakteru istotnego, nie ulegnie zmianie cena oferty. Uzasadniając argumentację powołuje treść art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp w brzmieniu obowiązującym od dnia 24.10.2008 r. oraz piśmiennictwo i 3 orzeczenia KIO dot. tego przepisu ustawy. Odwołujący stwierdził, że zaniechanie czynności poprawienia omyłki uzasadnione przez Zamawiającego koniecznością przeliczenia 379 pozycji kosztorysowych jest nieracjonalne i nie mające uzasadnienia w treści ustawy Pzp.

W konsekwencji Odwołujący podnosi, że Zamawiający miał możliwość porównania jego oferty z innymi ofertami, cena w wyniku poprawienia omyłek nie ulegnie zmianie, a jedynym kryterium oceny ofert w postępowaniu była najniższa cena. Wskazał, że złożył ofertę z ceną 13.318.471,32 zł, a wybrana oferta ma cenę 15.098.720,27 zł.

Wskazując na powyższe zarzuty Odwołujący DORBUD zażądał unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienia czynności oddalenia protestu DORBUD w części dotyczącej żądań odnoszących się do oferty DORBUD, unieważnienia czynności odrzucenia oferty DORBUD, nakazanie Zamawiającemu poprawienie w ofercie DORBUD omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp i nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Przedsiębiorstwa Budowlano – Usługowego DORBUD S.A. w Kielcach oraz dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej.

Zamawiający uznał zarzuty za bezzasadne. W zawiadomieniu o odrzuceniu oferty stwierdził, że zgodnie z zapisami art. 8 § 3 ust. 4 SIWZ wymagał, żeby cena jednostkowa każdej pozycji w kosztorysie ofertowym obejmowała wszystkie koszty z uwzględnieniem czynników cenotwórczych oprócz podatku VAT. Wskazał, że wykonawca DORBUD nieprawidłowo wypełnił 100% pozycji kosztorysu w branży teletechnicznej i 100% pozycji kosztorysu w branży elektrycznej, co narusza zapis art. 8 § 3 „kosztorys ofertowy” ust. 3. Zamawiający stwierdził, że chciał mieć możliwość porównania złożonych w postępowaniu ofert, a niekompletne podliczenie pozycji kosztorysowych w w/w branżach przez wykonawcę uniemożliwia takie porównanie. Zamawiający wskazał, że to wykonawca ma obowiązek wypełnienia pozycji kosztorysu ofertowego i nie można żądać od zamawiającego przeliczania 379 pozycji kosztorysowych składających się z trzech składników R M i S. Stwierdził, że art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy dotyczy ofert, które zawierają drobne uchybienia, w przypadku zaś oferty Odwołującego, na wszystkie pozycje kosztorysowe, praktycznie 25% z nich zostały wypełnione błędnie. Poprawienie błędów przy takiej ich skali stanowiłoby zatem znaczną ingerencję w treść oferty.

## **II. Sygn KIO UZP 159/09**

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na „Przebudowę i modernizację siedziby Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego – Gmach Poseminaryjny, położonej w Warszawie przy ul. Krakowskie Przedmieście wykonawca - Konsorcjum TIWWAL sp. z o.o. W Warszawie (lider), BUDBAUM S.A. W Białymstoku i MADOR sp. z o.o. z/s w Warszawie, zwane również dalej konsorcjum TIWWAL lub Konsorcjum, zarzucił zamawiającemu, jakim jest Uniwersytet Warszawski Wydział Prawa i Administracji naruszenie przepisów art. 7 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez nie zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w związku z odrzuceniem jego oferty z tytułu niezgodności jej treści z treścią SIWZ oraz poprzez zaniechanie dokonania czynności poprawienia omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją, nie powodujących istotnych zmian w treści oferty.

Uzasadniając zarzuty Odwołujący wskazał na treść § 3 SIWZ – Kosztorys ofertowy, zgodnie z którą: 1. Koszt robót ma być wyliczony poprzez sporządzenie kosztorysu ofertowego (opartego o przedmiar robót), opracowanego metodą szczegółową z wyszczególnieniem cen jednostkowych pozycji kosztorysowych. Należy wycenić wszystkie pozycje przedmiaru, a w każdej pozycji należy uwzględnić wszystkie koszty wynikające z technologii wykonania robót i dokumentacji projektowej. Podstawa normatywna podana w przedmiarach służy do określenia technologii robót i narzuca wycenę pozycji kosztorysowej. 2. Każdy wykonawca musi podać ceny jednostkowe i wartości wszystkich pozycji przedmiaru robót. Uważać się będzie, że ceny i wartości tych pozycji, które nie zostały wypełnione przez wykonawcę, zostały uwzględnione w cenach i wartościach innych pozycji. W związku z tym wykonawca nie będzie miał prawa żądać dodatkowego wynagrodzenia za wykonanie robót nie wycenionych w kosztorysie ofertowym.

Odwołujący oświadczył, że wycenił wszystkie pozycje przedmiaru, a w każdej pozycji uwzględnił wszystkie koszty wynikające z technologii wykonania robót i dokumentacji projektowej, a zatem za nieistotne należy uznać różnice w nazewnictwie użytym w kosztorysach w stosunku do przedmiarów, tym bardziej, że Zamawiający w poszczególnych pozycjach przedmiaru wskazał tylko przykładowe nazwy. Odwołujący stwierdził, że podał ceny jednostkowe i wartości wszystkich pozycji przedmiaru robót, w związku z tym nie zachodzą okoliczności braku możliwości wyceny robót, gdyż ceny jednostkowe wskazane w kosztorysie ofertowym stanowią jego zobowiązanie do rozliczenia robót na ich podstawie.

Odnosząc się do stanowiska Zamawiającego zawartego w rozstrzygnięciu protestu Odwołujący stwierdził, co następuje.

Bezsporne jest, że w ofercie nie uwzględnił zmian do SIWZ zamieszczonych na stronie internetowej. Okoliczność ta nie powinna jednak skutkować odrzuceniem oferty, lecz stanowi omyłkę nie powodującą istotnych zmian w treści złożonej oferty i wymagającą poprawienia przez Zamawiającego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Brak akceptacji wzoru umowy i brak modyfikacji oświadczenia z pkt 5 formularza oferty są nowymi zarzutami podniesionymi w rozstrzygnięciu protestu, a Zamawiający, który odrzucił ofertę z powodu nie uwzględnienia w kosztorysie instalacji wod-kan zmian opisu i przedmiaru pozycji kosztorysowych nie może rozszerzać swojej pierwotnej decyzji i wprowadzać nowych elementów skutkujących odrzuceniem oferty. Odwołujący wskazał przy tym, że złożył oświadczenie o przyjęciu bez zastrzeżeń wszystkich warunków Zamawiającego, zauważył nadto, że formalizm postępowania o udzielenie zamówienia publicznego winien być postrzegany z uwzględnieniem celu, którym jest wybór oferty z najniższą ceną.

Odwołując się do treści orzeczeń KIO powołanych w rozstrzygnięciu protestu Odwołujący wywodzi, że wytknięte uchybienia są omyłkami, które podlegają obowiązkowemu poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Konsorcjum podkreśla, że składając ofertę oświadczyło o wykonaniu zamówienia zgodnie z dokumentacją przetargową obowiązującą w dniu składania oferty. Na poparcie argumentów z protestu i odwołania Odwołujący powołał orzecznictwo KIO w analogicznych do niniejszej, sprawach.

Wskazując na powyższe zarzuty odwołujące się konsorcjum TIWWAL wniosło o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienia czynności odrzucenia oferty konsorcjum, nakazanie dokonania ponownej oceny ofert z udziałem oferty Odwołującego oraz nakazanie dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej.

Zamawiający oddalając protest konsorcjum TIWWAL nie podzielił stanowiska w sprawie możliwości poprawienia omyłek w ofercie na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Wskazał, że dwukrotnie wprowadził zmiany do SIWZ (pisma z 11.12.08 i 12.12.08), w tym w pierwszej zmodyfikował treść oświadczenia żądając oświadczenia o treści: „Oświadczamy, że załączony harmonogram rzeczowy obejmuje cały zakres robót objętych kosztorysem ofertowym”, natomiast wykonawca złożył oświadczenie: „Oświadczamy, że załączony harmonogram rzeczowy obejmuje cały zakres robót”.

Druga zmiana SIWZ dotyczyła kosztorysu instalacji wodno - kanalizacyjnych. Zamawiający wskazał w tym zakresie na 11 niezgodności w pozycjach 80, 82 – 85, 87 – 92 między ofertą konsorcjum a zmienioną specyfikacją. Zamawiający podniósł, że informacja o zmianie SIWZ była zamieszczona na jego stronie internetowej dostępnej dla wszystkich wykonawców oraz przesłana wykonawcom, którzy nawiązali kontakt z Zamawiającym. Brak należytej staranności konsorcjum spowodował, że nie uwzględniło ono w złożonej ofercie dokonanych modyfikacji SIWZ. Uznając, że oferta zawiera błędy i została przygotowana do de facto innej specyfikacji przy zignorowaniu wprowadzonych zmian, Zamawiający nie znalazł podstaw do naprawienia błędów na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Zamawiający wskazał nadto, że błędy, jakich dopuścił się wykonawca polegają również na zastosowaniu innych materiałów, co tym bardziej uniemożliwia ich poprawienie wobec braku ujęcia w zestawieniu materiałów i braku wyceny tych materiałów.



### III. Sygn KIO/UZP 174/09

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na „Przebudowę i modernizację siedziby Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego – Gmach Poseminaryjny, położonej w Warszawie przy ul. Krakowskie Przedmieście wykonawca – ENERGY INVESTORS sp. z o.o. W Warszawie, zarzucił zamawiającemu, jakim jest Uniwersytet Warszawski Wydział Prawa i Administracji naruszenie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych tj. art. 26 ust.3 w zw. z art 89 ust.1 pkt 2 poprzez błędne przyjęcie, iż niedopuszczalne jest zażądanie od Odwołującego uzupełnienia złożonych błędnie dokumentów, art. 24 ust. 4 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 3 poprzez uznanie, iż Odwołujący powinien być wykluczony z udziału w postępowaniu, a jego oferta odrzucona i art. 91 ust. 1 poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty, która winna być sklasyfikowana jako druga pod względem korzystności.

Uzasadniając zarzuty Odwołujący wskazał, że Zamawiający odrzucił jego ofertę z powodu sporządzenia kosztorysów ofertowych w sposób niezgodny z art. 8 § 3 „kosztorys ofertowy” ust. 1 SIWZ tj. nie złożenia kosztorysów wykonanych metodą kalkulacji szczegółowej, lecz kosztorysu sporządzonego metodą uproszczoną.

W ocenie Odwołującego Zamawiający błędnie przyjął, że w sprawie nie można zastosować art. 26 ust. 3 ustawy i wezwać do uzupełnienia dokumentu – zaświadczenia naczelnika Urzędu Skarbowego.

Analizując treść SIWZ Odwołujący stwierdził, że nie zawarto w niej zapisu nakazującego dołączenie do oferty kosztorysów szczegółowych. Określenie „kosztorys ofertowy winien być opracowany metodą szczegółową z wyszczególnieniem cen jednostkowych pozycji kosztorysowych” nie może być w ocenie Odwołującego uznane za tożsame z nakazem dołączenia do oferty kosztorysu szczegółowego. Zapisy SIWZ, jak wywodzi Odwołujący, kładą jedynie nacisk na sposób ostatecznego skalkulowania kosztów (metoda szczegółowa), nie wypowiedając się co do wymaganej szczegółowej treści i formy kosztorysu ofertowego, co wynika z analizy treści dalszej części art. 8 § 3 SIWZ ust. 2 – 4 i n., punktu 2 formularza ofertowego i § 14 ust. 2 wzoru umowy. Kwestionując uznanie przez Zamawiającego dokonanego sposobu kalkulacji za niezgodny z wymaganiami SIWZ, tzn. przyjęcie zastosowania metody uproszczonej zamiast szczegółowej, Odwołujący oświadczył, że kosztorys ofertowy skalkulował metodą szczegółową w oparciu o udostępnione na stronie internetowej „ślepe kosztorysy” z dokonaniem jedynie zmian związanych z wyjaśnieniami do SIWZ oraz związanych z uzupełnieniem brakujących cen, bez zmiany metody kalkulacji kosztów.

Odwołujący podkreślił, że SIWZ nie zawierała zapisu mówiącego, iż do oferty należało załączyć kosztorys szczegółowy, brak jest w SIWZ definicji pojęcia „kosztorys ofertowy”, a pojęcie „metoda szczegółowa” odnosi się jedynie do wymaganego sposobu wyceny kosztów wykonania prac. Tym samym wobec braku zapisu SIWZ nakazującego złożenie z ofertą kosztorysu szczegółowego należało uznać za niedopuszczalne uznanie oferty zawierającej kosztorys ofertowy nie będący kosztorysem szczegółowym, jednakże zgodnym z wszystkimi wymaganiami określonymi w SIWZ, za ofertę, której treść nie odpowiada treści SIWZ.

Uznając, że oferta nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, Odwołujący stwierdza, że Zamawiający było zobowiązany do wezwania do uzupełnienia dokumentu tj. zaświadczenia naczelnika Urzędu Skarbowego, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy.

Odwołujący wskazał, że jego oferta sklasyfikowana została cenowo na 4 miejscu, jednakże uwzględniając odrzucenie trzech konkurencyjnych ofert, jego oferta powinna być uznana za najkorzystniejszą.

Wskazując zarzuty Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności wykluczenia go z postępowania i uznania złożonej oferty za odrzuconą, zażądanie od Odwołującego uzupełnienia złożonych błędnie dokumentów i powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Zamawiający stwierdził, że kosztorys ofertowy Energy Investors sporządzono niezgodnie z art. 8 § 3 ust. 1 SIWZ. Zamawiający wskazał metodę szczegółową z wyszczególnieniem cen jednostkowych pozycji kosztorysowych podając wymagane pozycje. Tymczasem Odwołujący opracował załączony przez siebie kosztorys metodą skróconą, która nie pozwala na kontrolę i porównanie poszczególnych składników pozycji. Zamawiający wskazał również, że złożony kosztorys nie spełnia również wymogów 8 § 3 ust. 4 SIWZ, zgodnie z którym wymagał, aby cena jednostkowa każdej pozycji kosztorysu ofertowego obejmowała wszystkie koszty z uwzględnieniem czynników cenotwórczych oprócz podatku VAT. Stwierdził, że w wyjaśnieniu do pytania z 9.12.08 r. jednoznacznie określił wymagania dotyczące sposobu opracowania kosztorysu ofertowego metodą szczegółową. Zamawiający stwierdził, że po to określił metodę, za pomocą której ma zostać sporządzony kosztorys ofertowy, aby każdy z wykonawców załączył do oferty kosztorys sporządzony tą właśnie metodą. Zamawiający stwierdził, że załączając do dokumentacji przetargowej kosztorysy ślepe wykonane metodą kalkulacji szczegółowej oczekiwał wykonania przez wykonawców kosztorysów ofertowych na ich podstawie lub wręcz wypełnienia kosztorysów będących załącznikiem do SIWZ, ponieważ chce wiedzieć, w jaki

sposób wykonawcy kalkulują wartość końcową. Ma to znaczenie przy wystąpieniu robót zamiennych lub dodatkowych, a także przy etapowej realizacji i rozliczaniu prac. Zamawiający wskazał również, że na podstawie kosztorysów wykonanych metodą kalkulacji szczegółowej może zweryfikować jakość oferowanych materiałów. W konsekwencji uznaje za niedopuszczalne złożenie kosztorysów w formie uproszczonej.

**Uwzględniając dokumentację postępowania, w tym postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, treść ofert Odwołujących się wykonawców oraz po wysłuchaniu stron na rozprawie, skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej ustalił i zważył, co następuje.**

1. Sygn akt KIO/UZP 157/09

Dla oceny charakteru niespornych różnic między treścią SIWZ a treścią złożonej oferty przez wykonawcę DORBUD S.A. znaczenie mają postanowienia SIWZ zawarte w art. 8 Cena oferty § 1 Opis sposobu obliczenia ceny oferty oraz § 3 Kosztorys ofertowy o treści:

„1. Koszt robót ma być wyliczony poprzez sporządzenie kosztorysu ofertowego (opartego o przedmiar robót), opracowanego metodą szczegółową z wyszczególnieniem cen jednostkowych pozycji kosztorysowych. Należy wycenić wszystkie pozycje przedmiaru, a w każdej pozycji należy uwzględnić wszystkie koszty wynikające z technologii wykonania robót i dokumentacji projektowej. Podstawa normatywna podana w przedmiarach służy do określenia technologii robót i narzuca wycenę pozycji kosztorysowej.

2. Każdy wykonawca musi podać ceny jednostkowe i wartości wszystkich pozycji przedmiaru robót. Uważać się będzie, że ceny i wartości tych pozycji, które nie zostały wypełnione przez wykonawcę, zostały uwzględnione w cenach i wartościach innych pozycji. W związku z tym wykonawca nie będzie miał prawa żądać dodatkowego wynagrodzenia za wykonanie robót nie wycenionych w kosztorysie ofertowym.

4. Przyjmuje się, że cena jednostkowa każdej pozycji w kosztorysie ofertowym, obejmuje wszystkie koszty w uwzględnieniu czynników cenotwórczych oprócz podatku VAT.

5. Kosztorys musi stanowić oddzielną część oferty przy zachowaniu ciągłości numeracji zachowaniem podziału na działy w branżach (...) 4/ instalacje elektryczne, 5 instalacje teletechniczne,(...).

Każda branża musi zawierać wyszczególnione czynniki cenotwórcze, być podsumowana z uwzględnieniem wszystkich narzutów, podatku VAT oraz zestawienia materiałów z podaniem nazw handlowych i cen jednostkowych oraz sprzętu z cenami jednostkowymi. Zestawienie

kosztów wszystkich działów kosztorysu danej branży należy dokonać w tabeli elementów scalonych.

Jak wykazało postępowanie dowodowe kosztorysy ofertowe wykonawcy DORBUD S.A. sporządzone w branży elektrycznej i teletechnicznej nie zawierały czynników cenotwórczych przy żadnej pozycji kosztorysowej w tych branżach, a czynniki te tj. koszty pośrednie, koszty zakupu i zysk zostały ujęte całościowo w sposób zagregowany, w części końcowej kosztorysów. Powyższe ustalenie wskazuje na niezgodność treści omawianej części oferty z powołanym wyżej jednoznacznym postanowieniem art. 8 § 3 ust. 4 SIWZ. Skład orzekający wyraża w tym zakresie pogląd, że poprawienie wszystkich pozycji kosztorysowych w w/w branżach stanowiłoby znaczącą ingerencję w treść oferty, której nie można ocenić jako złożonej z omyłką, lecz jako ofertę niezgodną w swej treści z treścią SIWZ. Powyższą ocenę potwierdza dodatkowo fakt, że w przedmiotowym postępowaniu cena ofertowa jest ceną kosztorysową i ma zawierać wszystkie przewidywane koszty wyliczone na podstawie załączonych przedmiarów i zasad wyceny określonych w art. 8 SIWZ, a Zamawiający przewiduje również udzielenie zamówienia na roboty dodatkowe lub uzupełniające, co w sytuacji braku kompletnej wyceny wszystkich pozycji kosztorysu uniemożliwić może także rozliczenie wykonanych etapowo robót. Tym samym, wobec braku podstaw zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, oferta została zasadnie odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

## **II. Sygn KIO UZP 159/09**

Oceniając zarzut zaniechania dokonania czynności poprawienia omyłek polegających na niezgodności treści oferty konsorcjum TIWWAL ze specyfikacją zważyć należało, iż niesporne jest, że w złożonej ofercie Odwołujący nie uwzględnił zmian do SIWZ zamieszczonych przez zamawiającego na stronie internetowej. Zatem treść oferty zawarta w kosztorysie ofertowym instalacji wodno-kanalizacyjnej wynika z faktu nie uwzględnienia modyfikacji treści SIWZ przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Różnice polegają na zaoferowaniu odmiennych ilości kompletów, sztuk i zastosowaniu innego materiału i wskazują na złożenie oferty do specyfikacji o treści odmiennej od obowiązującej w dacie składania ofert. Powstałej rozbieżności skład orzekający nie przypisuje charakteru omyłki stwierdzając, że nie każda niezgodność treści oferty z treścią SIWZ może być uznana za efekt omyłki. W przedmiotowej sprawie wykonawca nie zachowując należytej staranności w profesjonalnym obrocie zaniechał uwzględnienia zmian SIWZ przy składaniu oferty. Zaoferowanie innych urządzeń sanitarnych

niż wymagane przez zamawiającego stanowi niezgodność treści oferty w stosunku do wymagań specyfikacji. Doprowadzenie treści oferty do zgodności z siwz wymaga poprawienia zarówno nazwy urządzenia (materiału) jak i określenia odpowiednio właściwej, oferowanej przez wykonawcę ceny tego urządzenia. W ocenie składu orzekającego dokonanie takiej zmiany w treści oferty wykracza poza dyspozycję przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. W konsekwencji należało uznać, że powstałe rozbieżności świadczą o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ nie mając charakteru omyłki możliwej do poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Powyższą ocenę potwierdza dodatkowo fakt, że w przedmiotowym postępowaniu cena ofertowa jest ceną kosztorysową i ma zawierać wszystkie przewidywane koszty wyliczone na podstawie załączonych przedmiarów i zasad wyceny określonych w art. 8 SIWZ, a Zamawiający przewiduje ?również ewentualne udzielenie zamówienia na roboty dodatkowe lub uzupełniające, co w sytuacji braku wyceny wszystkich wymaganych pozycji kosztorysu uniemożliwić może ?również rozliczenie wykonanych etapowo robót. Tym samym, wobec braku podstaw zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, oferta została zasadnie odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Jednocześnie należy wskazać, co słusznie podniósł Odwołujący, że brak jest podstaw prawnych do podnoszenia przez zamawiającego na etapie rozstrzygania protestu dodatkowych przyczyn odrzucenia oferty lub wykluczenia wykonawcy, jak to zostało dokonane w niniejszym postępowaniu w stosunku do odwołującego się Konsorcjum odnośnie braku akceptacji wzoru umowy i braku uwzględnienia przez wykonawcę w jego ofercie - modyfikacji oświadczenia z pkt 5 formularza oferty.

### **III. Sygn KIO UZP 174/09**

Oceniając zarzuty Energy Investors należy wskazać, że zgodnie z art. 8 ust 1 SIWZ Zamawiający wymagał sporządzenia kosztorysu ofertowego (opartego o przedmiar robót) opracowanego metodą szczegółową z wyszczególnieniem cen jednostkowych pozycji kosztorysowych. Powyższa treść SIWZ została dodatkowo wyjaśniona w odpowiedzi na pismo z dnia 9.12.2008 r. jednego z wykonawców w piśmie z dnia 11.12.2008 r., w którym Zamawiający zawarł wymóg, by kosztorysy ofertowe były opracowane metodą szczegółową rozdzielającą ceny robocizny (R), materiałów (M) i sprzętu (S) w poszczególnych pozycjach. Jak wynika z przeprowadzonego postępowania dowodowego opracowany i złożony przez Odwołującego kosztorys nie spełnia wymogów przedstawionych w specyfikacji - nie zawiera składników pozycji w zakresie R, M i S. Odwołujący twierdził, że kosztorys szczegółowy został opracowany przez wykonawcę przed złożeniem oferty i na jego podstawie został sporządzony

kosztorys w formie uproszczonej, który załączono do oferty. W omawianym zakresie skład orzekający przyznaje rację Zamawiającemu, że w sposób wyraźny oczekiwał on złożenia kosztorysu szczegółowego sporządzonego metodą szczegółową, a nie kosztorysu opracowanego metodą uproszczoną. Izba uznała, że zapisy specyfikacji istotnych warunków zamówienia w tym zakresie są jasne i nie budzące wątpliwości. Nie bez znaczenia jest również fakt, że tak rozumiane oczekiwania Zamawiającego uwidocznione w SIWZ i wyjaśnieniach zostały podzielone przez wszystkich pozostałych, za wyjątkiem Odwołującego, wykonawców, którzy złożyli oferty z kosztorysami szczegółowymi. W świetle powyższego uzasadnione było w stosunku do Odwołującego zastosowanie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez uznanie, że jego oferta podlega odrzuceniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty zastępstwa prawnego pełnomocnika Zamawiającego w wysokości 3 600,00 zł, na podstawie faktury złożonej do akt sprawy, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zmianami).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) na niniejszy wyrok w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....