

**WYROK**

**z dnia 5 listopada 2012 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Agnieszka Bartczak-Żuraw**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 listopada 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 października 2012 r. przez wykonawcę **Korporacja „Budonis” Sp. z o.o. Sp. j., ul. Towarowa 9, 63-600 Kępno** w postępowaniu prowadzonym przez **Okręgowy Inspektorat Służby Więziennej w Poznaniu, ul. Młyńska 1, 61-729 Poznań**

przy udziale wykonawcy **Zachodnia Instytucja Gospodarki Budżetowej PIAST, ul. Cicha 8, 56-100 Wołów** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego **Korporacja „Budonis” Sp. z o.o. Sp. j., ul. Towarowa 9, 63-600 Kępno**, ponowne badanie i ocenę ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego **Korporacja „Budonis” Sp. z o.o. Sp. j., ul. Towarowa 9, 63-600 Kępno**, w tym poprawienie omyłek zawartych w jego ofercie w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych zgodnie z zasadami i w zakresie wskazanym w uzasadnieniu niniejszego wyroku,

2. kosztami postępowania obciąża **Okręgowy Inspektorat Służby Więziennej w Poznaniu, ul. Młyńska 1, 61-729 Poznań** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez **Korporację „Budonis” Sp. z o.o. Sp. j., ul. Towarowa 9, 63-600 Kępno** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Okręgowego Inspektoratu Służby Więziennej w Poznaniu, ul. Młyńska 1, 61-729 Poznań** na rzecz **Korporacji „Budonis” Sp. z o.o. Sp. j., ul. Towarowa 9, 63-600 Kępno** kwotę **13 723 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy siedemset dwadzieścia trzy złote, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu na posiedzenie i rozprawę.

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

**Przewodniczący:** .....

### **Uzasadnienie**

Okręgowy Inspektorat Służby Więziennej w Poznaniu, 61-729 Poznań, ul. Młyńska 1 (dalej „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) (dalej „ustawa Pzp”) na budowę pralni w Zakładzie Karnym we Wronkach. Wartość przedmiotowego zamówienia na roboty budowlane oszacowano na kwotę mniejszą niż wyrażona w złotych równowartość kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 24 września 2012 r., po nr 362536 - 2012.

W dniu 22 października 2012 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Korporacja „Budonis” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka jawna ul. Towarowa 9, 63-600 Kępno (dalej „Odwołujący”) od czynności odrzucenia oferty Odwołującego pismem z dnia 16 października 2012 r.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp - poprzez niepoprawienie omyłek w kosztorysie ofertowym Odwołującego i bezpodstawne odrzucenie jego oferty ze względu na rzekomo niemożliwą do poprawienia niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej "SIWZ"), podczas gdy w rzeczywistości omyłki w kosztorysie ofertowym Odwołującego są tego rodzaju, że umożliwiają ich poprawienie na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp i tym samym brak jest podstaw do odrzucenia oferty;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp - poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego ze względu na rzekomą niezgodność kosztorysu robót nieuwzględnionych w kosztorysie ofertowym (dotyczącego „innych kosztów wykonania zamówienia, których Zamawiający nie przewidział w przedmiarze”) z treścią SIWZ - podczas gdy w rzeczywistości jest on zgodny z treścią SIWZ;
- 3) art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp - poprzez brak uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty Odwołującego w zakresie dotyczącym kosztorysu robót nieuwzględnionych w kosztorysie ofertowym;

- 4) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, art. 8 ust. 1 ustawy oraz art. 9 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego oraz brak uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty Odwołującego w zakresie dotyczącym kosztorysu robót nieuwzględnionych w kosztorysie ofertowym

Mając powyższe na uwadze, Odwołujący wnosil o: uwzględnienie odwołania i uchylenie skutków prawnych zaskarżonej czynności, poprzez unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz nakazanie Zamawiającemu wykonania ponownego badania i oceny ofert, w tym oferty Odwołującego

Wskazywał, że interes Odwołującego wynika z faktu, że złożył on najkorzystniejszą ofertę w postępowaniu. Jedynym kryterium oceny ofert jest cena - oferta Odwołującego została złożona na kwotę 6.551.762,56 zł brutto, a oferta wykonawcy wybranego (Zachodnia Instytucja Gospodarki Budżetowej PIAST) - na 7.362.903,97 zł. brutto. Odrzucenie oferty uniemożliwia zatem Odwołującemu uzyskania zamówienia. W przypadku uwzględnienia odwołania Odwołujący w wyniku powtórzenia czynności badania i oceny ofert przez Zamawiającego zostałby sklasyfikowany na miejscu pierwszym.

Odnośnie zarzutów Zamawiającego dotyczących kosztorysu ofertowego, Odwołujący wskazywał, co następuje.

Zamawiający stwierdził że 9 pozycji w kosztorysie ofertowym Odwołującego zawiera zmianę ilości ustalonych w przedmiarze i dokonanie poprawek tych pozycji „spowodowałyby istotną zmianę treści złożonej oferty, co uniemożliwia poprawienie omyłek na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy PZP . Odnośnie zaś poz. 1.5.11 robót branży sanitarnej „niemożność poprawienia omyłki wynika również z faktu pominięcia wyceny w tej pozycji jednego z elementów wchodzących w jej skład zgodnie z dostarczonym przedmiarem”.

Tymczasem wbrew twierdzeniom Zamawiającego omyłki w przedmiotowych pozycjach są nieistotne i możliwe do poprawienia na gruncie ustawy Pzp. Odwołujący zaznaczał, że nie zachodzi sytuacja braku jakiejś pozycji w stosunku do przedmiaru - wszystkie pozycje zostały uwzględnione w kosztorysie, dodatkowo ich opis jest zgodny z przedmiarem i wszystkie one zawierają podane ceny jednostkowe, umożliwiające obliczenie prawidłowej wartości ogółem (także odnośnie pozycji 1.5.11 robót branży sanitarnej).

W pozycji:

- 1) 18 kosztorysu robót branży budowlanej - omyłka polega na zmianie ilości metrów sześciennych z 0,471 na 0,47. W wyniku poprawienia wartość pozycji powinna ulec

zmianie z 165,95 zł na 166,30 zł (różnica 35 groszy),

- 2) 104 kosztorysu robót branży budowlanej - omyłka polega na zmianie ilości metrów kwadratowych z 1619,536 na 1619,537. W wyniku poprawienia wartość pozycji powinna ulec zmianie z 164.150,08 zł na 164.150,18 zł (różnica 10 groszy),
- 3) 1.5.11 kosztorysu robót branży sanitarnej - omyłka polega na zmianie ilości sztuk z 2 na 1. W wyniku poprawienia wartość pozycji powinna ulec zmianie z 698,39 zł na 1.396,78 zł (różnica 698,39 zł),
- 4) 1.7.11 kosztorysu robót branży sanitarnej - omyłka polega na zmianie ilości metrów sześciennych z 22,66 na 22,60. W wyniku poprawienia wartość pozycji powinna ulec zmianie z 590,54 zł na 592,76 zł (różnica 1,56 zł),
- 5) 1.7.15 kosztorysu robót branży sanitarnej - omyłka polega na zmianie ilości metrów sześciennych z 22,60 na 22,66. W wyniku poprawienia wartość pozycji powinna ulec zmianie z 693,62 zł na 691,79 zł (różnica 1,83 zł),
- 6) 1.12.24 kosztorysu robót branży sanitarnej - omyłka polega na zmianie ilości metrów sześciennych z 11,632 na 11,63. W wyniku poprawienia wartość pozycji powinna ulec zmianie z 143,98 zł na 144 zł (różnica 2 grosze),
- 7) 1.12.25 kosztorysu robót branży sanitarnej - omyłka polega na zmianie ilości metrów sześciennych z 11,632 na 11,63. W wyniku poprawienia wartość pozycji nie powinna ulec zmianie (wartość korekty wynosi arytmetycznie 0,3 grosza),
- 8) 1.12.26 kosztorysu robót branży sanitarnej - omyłka polega na zmianie ilości metrów sześciennych z 11,632 na 11,63. W wyniku poprawienia wartość pozycji powinna ulec zmianie z 86,64 zł na 86,65 zł (różnica 1 grosz),
- 9) 1.12.27 kosztorysu robót branży sanitarnej - omyłka polega na zmianie ilości metrów sześciennych z 11,632 na 11,63. W wyniku poprawienia wartość pozycji powinna ulec zmianie z 82,57 zł na 82,58 zł (różnica 1 grosz).

Wartość całej oferty Odwołującego to 5.326.636.23 zł netto (6.551.762,56 zł brutto). W wyniku poprawienia wszystkich powyższych pozycji cena oferty wzrośnie o 697,71 zł. netto - to znaczy o 0,013 % (trzyście tysięcznych procenta). Zdaniem Odwołującego oczywistym jest, że zmiana jest bardzo niewielka, nie tylko jeśli chodzi o samą kwotową wartość różnicy, jak i to, że stanowi ona jedynie drobny ułamek procenta wartości całej oferty. Jednocześnie

także pod względem przedmiotu, omyłki Odwołującego są drobne i nieistotne - polegają jedynie na niewielkich zmianach ilości w danych pozycjach, bez żadnych zmian w ich opisie technicznym.

Zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp Zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Usuwanie omyłek siłą rzeczy polega na zmianie oświadczenia woli wykonawcy zawartego w ofercie - dopuszczalny jest taki zakres zmian, który nie naruszy istoty zobowiązania wynikającego z oferty. Istotność omyłki winna być przez zamawiającego oceniona z uwzględnieniem jej znaczenia dla osiągnięcia celu, jaki przyświecał wszczęciu postępowania, a także z uwzględnieniem skali popełnionych omyłek (W. Dzierżanowski [w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2012, wyd. V. Komentarz do art. 87). Analogicznie także np. Sąd Okręgowy w Krakowie: „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” (wyrok z dnia 23.04.2009 roku sygn. akt XII Ga 102/09, Lex nr 557963).

Zdaniem Odwołującego w niniejszym przypadku wskazać należy, że spełnione zostały wszystkie przesłanki zastosowania analizowanego przepisu.

Omyłki w kosztorysie ofertowym Odwołującego mają charakter niezamierzony, będący wynikiem działania programu kalkulacyjnego oraz konieczności wypełnienia znacznych ilości pozycji kosztorysowych. Dotyczą one zaledwie 9 pozycji kosztorysu ofertowego i polegają na drobnych (często dotyczących dziesiętnych części po przecinku) różnicach w ilościach. Ich poprawienie spowodowałoby zmianę ceny oferty Odwołującego o 697,71 zł. netto (przy cenie jego oferty: 6.551.762,56 zł brutto). Jednocześnie mają one charakter tego rodzaju, że czynność charakter ich poprawienia może zostać dokonana przez Zamawiającego samodzielnie, bez udziału wykonawcy (Wyrok KIO z dnia 16.07.2012 sygn. akt 1323/12, Lex nr 1212163). Dodatkowo także, ich dokonanie modyfikuje treść oświadczenia woli Odwołującego w stopniu absolutnie znikomym. Stopień ich niezgodności z treścią SIWZ też jest bardzo znikomy.

Stanowisko, że tego typu omyłki obligują Zamawiającego do ich poprawienia, jest ogólnie przyjęte w doktrynie i orzecznictwie. Dla przykładu można się powołać na następujące wyroki Krajowej Izby Odwoławczej:

- z dnia 23.08.2012 r. sygn. akt KIO 1721/12 (teza nr 1, Lex nr 1216245): „Intencją

ustawodawcy w zakresie przepisu art. 87 ust. 2 p.z.p. jest umożliwienie brania pod uwagę w postępowaniu o zamówienie publiczne ofert obarczonych nieistotnymi wadami, będącymi wynikiem różnego rodzaju błędów i omyłek, których poprawienie nie prowadzi do istotnych zmian w treści oferty - nie zniekształcają one bowiem w znaczącym stopniu, niezgodnie z intencją wykonawcy ubiegającego się o zamówienie, złożonego przez niego oświadczenia woli";

- z dnia 16.07.2012 r. sygn. akt KIO 1359/12 (tezy nr 2 i 4, Lex nr 1212121): „Artykuł 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p. wprowadzony w celu uniknięcia licznych niegdyś przypadków odrzucania ofert z powodu błahych pomyłek, dopuszcza poprawienie niedopatrzeń, błędów niezamierzonych, opuszczeń, drobnych różnic itp.” oraz „Przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p. nie stanowi narzędzia do »naprawiania« źle złożonych ofert, lecz stanowi podstawę do poprawy omyłek, której to poprawy dokonać może zamawiający a ich znaczenie dla całości złożonego oświadczenia woli (oferty) (...) w kontekście specyfikacji istotnych warunków nie będzie istotne”;

- z dnia 02.03.2012 r. sygn. akt KIO 339/12 (teza nr 3, Lex nr 1126947): „Zakresem zastosowania przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p. objęte jest również poprawienie treści oferty w zakresie jej ceny, która niewątpliwie stanowi essentialia negotii umowy w sprawie zamówienia publicznego, o ile nie powoduje zmiany tej ceny w sposób istotny

Uwzględniając powyższe, Zamawiający zobowiązany był do poprawienia omyłek w kosztorysie ofertowym Odwołującego.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3. Nie jest zatem dopuszczalne - jak to uczynił Zamawiający - niepoprawienie omyłek o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp i odrzucenie oferty. Działanie takie stanowi rażące naruszenie ustawy Pzp.

Oдноśnie zarzutów Zamawiającego dotyczących kosztorysu robót nieuwzględnionych w kosztorysie ofertowym, Odwołujący wskazywał, co następuje.

Zamawiający stwierdził, że „wskazane przez wykonawcę koszty obejmują roboty budowlane, które zostały przewidziane w dokumentacji projektowej oraz przedmiarze dostarczonym przez zamawiającego. Powyższe działanie jest niezgodne z wymaganiami zamawiającego postawionym w siwz”.

Tymczasem, wbrew twierdzeniom Zamawiającego, Odwołujący postąpił ściśle według wskazówek zawartych w SIWZ, a żadna pozycja kosztorysu robót

niewzględzonych w kosztorysie ofertowym nie obejmuje robót przewidzianych w przedmiarze.

W pkt 3.7.1.2.5 siwz (na stronie 7) Zamawiający zawarł następujący zapis: „Zamawiający przewiduje możliwość skalkulowania przez wykonawcę w ramach oferty innych kosztów wykonania zamówienia, których Zamawiający nie przewidział w przygotowanym przedmiarze. Koszty takie należy wykazać w formularzu ofertowym w pozycji 3.2 formularza ofertowego »pozostałe koszty wykonania zamówienia«, jako składnik ceny ofertowej niezależny od kosztorysu ofertowego. Pozostałe koszty wykazane w ten sposób należy w zależności od ich charakteru szczegółowo uzasadnić i opisać w formularzu ofertowym lub załączniku do niego. W przypadku, gdy przedmiotem tych kosztów będą roboty budowlane, należy je przedstawić w formie kosztorysu ofertowego, zgodnie z wymaganiami siwz”.

Tak też Odwołujący postąpił, wyceniając powyższe koszty na kwotę 52.502,50 zł brutto i załączając do oferty stosowny kosztorys, ściśle według wymogów określonych w siwz.

Ze względu na to, że Zamawiający nie poinformował w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego, o jakie pozycje kosztorysu robót niewzględzonych w kosztorysie ofertowym mu chodzi - uniemożliwił mu tym samym ustosunkowanie się do zarzutów.

Tym niemniej, Odwołujący oświadczał, że jego oferta (także w zakresie robót niewzględzonych w kosztorysie ofertowym) jest w pełni prawidłowa i zgodna z wymogami Zamawiającego zawartymi w siwz. Z czystej ostrożności Odwołujący pragnie się poniżej odnieść do pozycji w kosztorysie, o które - być może - Zamawiającemu chodziło.

- 1) W pozycji 1 kosztorysu na roboty dodatkowe, która dotyczy uzupełnienia pozycji 136 kosztorysu ofertowego zwiększona została norma zużycia kształtki klinkierowej podokiennej o 7 szt., ponieważ normatywne zużycie kształtki szerokości 6,5 cm na 1 metr bieżący wynosi 14 szt., a nie jak podano w pozycji kosztorysu ofertowego 7 szt. W tej pozycji została również doliczona zaprawa spoinująca, która nie jest uwzględniona w pozycji 136 kosztorysu ofertowego, a niemożliwe jest wykonanie podokienników z kształtek bez spoinowania.
- 2) W pozycji 2 zostały uwzględnione kotwy stalowe, które mają być zastosowane do kotwienia warstwy licowej ściany. Nakazuje to dokładny opis wykonania muru warstwowego w dokumentacji projektowej. Pozycja 135 kosztorysu ofertowego tj.



licowanie ścian cegłą klinkierową nie uwzględnia tych kotew.

- 3) Pozycje 3 i 4 dotyczą uzupełnienia pozycji 126 i 127 kosztorysu ofertowego tj. wykonania posadzek z wykładzin sztucznych PCV, W pozycjach nie wycenione zostały listwy systemowe DILEX-BWS 100 pg i listwy systemowe RENO-TK ATK 100 Szchluter. Rysunek 5b dokumentacji projektowej nakazuje wykonanie dylatacji z tych listew.
- 4) Pozycja 5 dotyczy pozycji 135 kosztorysu ofertowego. W pozycji tej został wyceniony tylko materiał tj. masa uszczelniająca szczeliny dylatacyjne elewacji ścian, których to wykonanie nakazuje dokładny opis wykonania muru warstwowego w dokumentacji projektowej. W wyniku wieloletniego doświadczenia w wykonywaniu okładzin elewacyjnych z cegły, doliczono również zaprawę do cegły klinkierowej ponad normę wynikającą z pozycji 135 kosztorysu ofertowego.
- 5) Pozycja 6 kosztorysu robót dodatkowych uwzględnia materiał tj. parapety z konglomeratu, ponieważ w pozycji 105 kosztorysu ofertowego uwzględnia tylko montaż parapetów, a nie uwzględnia ceny podokienników.

Reasumując, powyższe elementy wycenione w kosztorysie robót nieuwzględnionych w kosztorysie ofertowym nie zostały ujęte w przedmiarze i nie zostały także wycenione w kosztorysie ofertowym.

Należy wyraźnie podkreślić także, że w wymienionych pozycjach kosztorysu ofertowego tj. 105, 135, 136, 126, 127 podstawy wyceny zostały narzucone przez Zamawiającego. W związku z tym, aby nie zmienić struktury pozycji kosztorysu ofertowego został utworzony kosztorys uzupełniający te pozycje. Tworząc go Odwołujący postępował ściśle w myśl zapisu zawartego w pkt 3.7.1.2.5 SIWZ, a także zgodnie z odpowiedzią Zamawiającego z dnia 02.10.2012r. (w pkt 4,5) na pytanie, które każe traktować jako nadrzędne zapisy zawarte w dokumentacji projektowej.

Dodatkowo wskazać należy, że wartość tych pozycji to 42.684,96 zł. netto, 52.502,50 zł brutto. Stanowią one zatem jedynie 0,8 % wartości oferty i dotyczą jej niewielkiego zakresu. W tej sytuacji, działając z czystej ostrożności procesowej podnoszę, że nawet w przypadku, gdyby w pozycjach tych zachodziła jakaś niezgodność z treścią SIWZ, to powinna ona zostać usunięta przez Zamawiającego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Zdaniem Odwołującego wskazać należy, że za opis przedmiotu zamówienia pełną odpowiedzialność ponosi Zamawiający, a nie wykonawcy. To Zamawiający przygotowuje

SIWZ, zawierającą opis przedmiotu zamówienia, a także sposobu przygotowania ofert i obliczenia ceny (art. 36 ust. 1 pkt 3, 10 i 12 ustawy Pzp). Ustawa Pzp nakłada także na opis przedmiotu zamówienia przez Zamawiającego szereg wymogów (art. 29 ustawy Pzp). Odwołujący, przygotowując kosztorys robót nieuwzględnionych w kosztorysie ofertowym, ściśle zastosował się do instrukcji Zamawiającego. Postąpił zatem zgodnie z zapisami SIWZ. W tej sytuacji niedopuszczalne jest przerzucanie przez Zamawiającego na Odwołującego ewentualnych negatywnych konsekwencji nieprecyzyjności czy niejasności informacji zawartych w SIWZ. W szczególności wadliwa jest np. wszelka argumentacja typu „wykonawca mógł zapytać”. To Zamawiający miał obowiązek dokładnie opisać o co mu chodzi, a nie czekać na pytania wykonawców, bądź też zastawiać na nich „pułapki” nieprecyzyjnymi, ogólnikowymi bądź dwuznacznymi zapisami. Zamawiający nie może też powoływać się na swoje intencje co do zapisów zawartych w SIWZ, jeżeli nie wynikają one wprost z tych zapisów. Wszelkie ewentualne wątpliwości muszą być w takiej sytuacji rozstrzygane na korzyść Odwołującego (i ogólnie wykonawców), a nie Zamawiającego. Jeżeli Zamawiający uważał, że kosztorys robót nieuwzględnionych w kosztorysie ofertowym należało sporządzić w jakiś inny sposób (niż to uczynił Odwołujący), to miał to obowiązek precyzyjnie opisać w SIWZ. Działanie Zamawiającego stanowi naruszenie fundamentalnych zasad ustawy prawo zamówień publicznych - uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, jawności oraz pisemności postępowania.

Zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp „Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców”. Odrzucenie oferty Odwołującego ze względu na rzekomą niezgodność kosztorysu z treścią SIWZ narusza uczciwą konkurencję i stanowi o nierównym traktowaniu wykonawców, ponieważ jest wynikiem arbitralnego działania Zamawiającego, nieznajdującego oparcia w zapisach zawartych w SIWZ ani w ustawie Pzp. Jego stanowisko dotyczące kosztorysu odwołującego jest w pełni uznaniowe i niezgodne z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W myśl art. 8 ust. 1 ustawy Pzp „Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne”. Z kolei zgodnie z art. 9 ust. 1 Pzp „Postępowanie o udzielenie zamówienia, z zastrzeżeniem wyjątków określonych w ustawie, prowadzi się z zachowaniem formy pisemnej”.

Uznanie przez Zamawiającego, że kosztorys robót nieuwzględnionych w kosztorysie ofertowym jest niezgodny z treścią SIWZ narusza te zasady w następujący sposób: ponieważ kosztorys jest w pełni zgodny z SIWZ w takiej postaci, jaka została udostępniona wykonawcom w niniejszym postępowaniu, dlatego też można się co najwyżej domyślać, że Zamawiający miał być może „w głowie” jeszcze jakieś inne wymogi, których jednak nie

zamieścił w specyfikacji. W ten sposób te wymogi - o ile rzeczywiście istniały podczas sporządzania SIWZ - nie zostały ani ujawnione Odwołującemu, ani też sformułowane w formie pisemnej. W związku z tym nie mogą one być wiążące - nawet jeżeli Zamawiający miał je na myśli w trakcie przygotowywania postępowania przetargowego.

Zgodnie z przytoczonym już art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3. Ponieważ kosztorys robót nieuwzględnionych w kosztorysie ofertowym jest - jak to już wskazano - zgodny z treścią SIWZ - dlatego też brak było jakichkolwiek podstaw do zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp i odrzucenia oferty Odwołującego. Takie działanie Zamawiającego stanowi rażące naruszenie ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający jednocześnie zawiadamia wykonawców, którzy złożyli oferty, o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Wymóg uzasadnienia faktycznego jest niezwykle istotny, ponieważ umożliwia zapoznanie się przez wykonawcę z zarzutami wobec jego oferty i ustosunkowanie się do nich. Brak zaś takiego uzasadnienia, bądź też jego niepełność uniemożliwia wykonawcy obronę jego słusznych praw.

Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27.06.2012 r. sygn. akt KIO 1226/12 i KIO 1235/12 (teza nr 1, Lex nr 1212491): „Zamawiający winien podać w informacji o odrzuceniu oferty, wszystkie podstawy, a zwłaszcza wszystkie okoliczności faktyczne, w związku z którymi odrzucenie oferty nastąpiło. Wykonawca może swoim odwołaniem objąć i zakwestionować tylko wskazane przez zamawiającego powody odrzucenia jego oferty. Wykonawcy nie mogą i nie powinni domyślać się innych podstaw faktycznych czynności zamawiającego, niż zostały im w pisemnej informacji o wyborze zakomunikowane, a w szczególności dowiadywać się powyższego dopiero na rozprawie przed Izbą”.

Uzasadnienie informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego nie spełnia wymogów ustawowych. Zamawiający na stronie 2 podał tylko bardzo ogólnikową informację o przyczynach odrzucenia oferty Odwołującego ze względu na zapisy w kosztorysie robót nieuwzględnionych w kosztorysie ofertowym. Nie zawiera ono natomiast żadnych szczegółowych zarzutów ani żadnego odniesienia do konkretnych zapisów w konkretnych pozycjach tego kosztorysu. Zamawiający nie wskazał jaki konkretny zapis kosztorysu Odwołującego jest niezgodny z treścią SIWZ i na czym dokładnie (a nie ogólnie) ta

niezgodność polega.

Wszelka polemika z takim uzasadnieniem jest tym samym tak naprawdę „zgadywaniem” co Zamawiający mógł mieć na myśli i jakie były jego intencje. Taka sytuacja jest niedopuszczalna, ponieważ w sposób bardzo istotny ogranicza możliwość działania Odwołującego - jak można bowiem skutecznie polemizować z czymś, o czym nie zostało się poinformowanym.

Postępowanie Zamawiającego stanowi tym samym naruszenie fundamentalnych zasad prawa zamówień publicznych - uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz jawności postępowania.

Zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp „Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców”.

Uniemożliwienie Odwołującemu zapoznania się z (pełnym) uzasadnieniem jego odrzucenia stanowi naruszenie jego praw i uniemożliwiają bądź w znacznym stopniu utrudniając ich obronę, wpływa negatywnie i w niedozwolony sposób na jego sytuację w przetargu.

W myśl natomiast art. 8 ust. 1 Pzp „Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne”. Brak prawidłowego (pełnego) uzasadnienia odrzucenia oferty powoduje, że to uzasadnienie nie jest jawne dla Odwołującego. W tej sytuacji naruszenie tego przepisu przez Zamawiającego wydaje się być ewidentne.

Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu 22 października 2012 r.

Dnia 22 października 2012 r. Zamawiający wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym i przekazał kopię odwołania.

Dnia 24 października 2012 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawcy Zachodnia Instytucja Gospodarki Budżetowej PIAST, ul. Cicha 8, 56-100 Wołów, w którym wnosił o oddalenie zarzutów odwołania w całości.

Zamawiający pismem z 31 października 2012 r. wniósł odpowiedź na odwołanie. Zamawiający stwierdzał w niej, że w całości nie uwzględni zarzutów przedstawionych w odwołaniu i wnosi o oddalenie odwołania, uzasadniając jak poniżej.

Zamawiający zauważał, że zgodnie z art. 180 ust. 5 odwołujący winien przesłać kopię odwołania zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania w taki sposób, aby mógł się on zapoznać z jego treścią przed upływem tego terminu. Zamawiający przesłał informację o odrzuceniu oferty, stanowiącą dla Odwołującego podstawę wniesienia odwołania, w dniu 16 października 2012 roku, w sposób określony w art. 27 ust. 2. Zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 2 upływ terminu do wniesienia odwołania nastąpił w dniu 21 października 2012 roku. Kopię odwołania Zamawiający otrzymał pisemnie, doręczoną osobiście, w dniu 22 października 2012 roku, co jest niezgodne z art. 180 ust. 5 i w związku z powyższym zachodzi przypadek opisany w art. 189 ust. 2 pkt 7 ustawy Pzp.

Dodatkowo zwracał uwagę, że otrzymana przez Zamawiającego kopia odwołania zawierała pismo przewodnie podpisane przez Radcę Prawnego Ł..... M..... oraz 13 stron treści odwołania podpisane przez tę samą osobę, bez załączonych załączników wymienionych na stronie 13 odwołania, w tym bez pełnomocnictwa strony odwołującej.

Odnosząc się do poszczególnych zarzutów, Zamawiający stwierdzał, co następuje.

Zarzut nr 1 - naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp

Oдноśnie uwag Odwołującego dotyczących uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty Odwołującego z powodu niezgodności w ofercie pozycji kosztorysu ofertowego z treścią SIWZ.

Zamawiający zauważał, że Odwołujący nie sprzeciwia się stwierdzeniu Zamawiającego zamieszczonemu w uzasadnieniu faktycznym informacji o odrzuceniu oferty, że w przypadku przytoczonych tam 9 pozycji kosztorysu ofertowego nastąpiła niezgodność oferty z treścią SIWZ, zatem uznać należy, że jest to bezsporny fakt. Odwołujący zgłasza natomiast uwagę, że niezgodności te w jego ocenie stanowiły tzw. inne omyłki polegające na niezgodności oferty z SIWZ, a także, że w ocenie Odwołującego nie powodują one istotnych zmian w treści oferty, i zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp, Zamawiający winien te omyłki poprawić, mając w ofercie wszelkie niezbędne do tego informacje. Argumentując powstanie tych niezgodności, Odwołujący uzasadnia, że „mają charakter niezamierzony, będący wynikiem działania programu kalkulacyjnego oraz konieczności wypełnienia znacznych ilości pozycji kosztorysowych.” Odwołujący wskazuje jednocześnie, że omyłki należało poprawić poprzez użycie jako poprawnej zamieszczonej w każdej pozycji oferty ceny jednostkowej i po poprawieniu ilości robót w sposób zgodny z przedmiarem dołączonym do SIWZ, przeliczyć całkowitą cenę każdej z pozycji.

Zamawiający, poddając ocenie ofertę, brał pod uwagę wszystkie zapisy SIWZ, w tym również dotyczące sposobu przygotowania oferty. Zgodnie z tymi zapisami cena ofertowa powinna obejmować całość zamierzenia podlegającego zamówieniu a kosztorys ofertowy powinien obejmować swoją wyceną wszelkie koszty wynikające z dostarczonego opisu przedmiotu zamówienia (pkt. 3.7.1.2.4, 3.7.1.2.5 SIWZ oraz dodatek nr 4 do SIWZ - wzór umowy w sprawie zamówienia publicznego - §4). Zgodnie z takim wymogiem postawionym w SIWZ, cenę obliczoną przez wykonawcę zamawiający oceniał między innymi mając na uwadze ryczałtowy charakter ustalonego wynagrodzenia. Kosztorys ofertowy stanowiący szczególną formę formularza ofertowego podlega tym samym zasadom, co cena całkowita. Wymóg sporządzenia kosztorysu ofertowego w sposób opisany w SIWZ nie został podniesiony przez Odwołującego i nie jest przedmiotem sporu. Ustalone przez Zamawiającego warunki wyceny zamówienia i jego rozliczenia powodują konieczność zaoferowania ceny za całość zamówienia, która co do zasady nie podlega zmianom w zależności od wielkości prac i wysokości kosztów. Zamawiający, widząc niezgodność co do zaoferowanej ilości robót w wykazanych pozycjach kosztorysu, traktował jako niezmienną cenę całej pozycji, podczas gdy jej cena jednostkowa (odniesiona do jednostki przedmiarowej) miała jedynie charakter pomocniczy przy dokonywaniu obliczeń. Nie było więc możliwe poprawienie niezgodności w sposób opisany przez odwołującego, traktując jako niezmienną cenę jednostkową, gdyż nie ma ona decydującego charakteru. Zamawiający na podstawie tak sporządzonej oferty nie mógł samodzielnie ocenić czy stwierdzone niezgodności dotyczą jedynie błędnie wprowadzonych ilości robót przy niezmiennej cenie, czy też przyjęta przez Odwołującego ilość robót jest zgodna z jego intencją i wynika jedynie z innego niż opisany w SIWZ sposobu skalkulowania zakresu robót, który w ocenie Odwołującego różni się od zakresu przedstawionego przez Zamawiającego w przedmiarze stanowiącym element opisu przedmiotu zamówienia. Innymi słowy, czy niezgodnie wpisana ilość była zabiegiem celowym, według Odwołującego najważniejszym dla wyceny tej pozycji, czy też stanowiła oczywisty i niezamierzony błąd w wycenionej ilości.

W takim przypadku to brak możliwości usunięcia takiej niezgodności w drodze poprawienia omyłek, czyli brak kwalifikacji takiej niezgodności jako omyłki, uniemożliwił zastosowanie przez Zamawiającego dyspozycji art. 87 ust 2 pkt. 3 ustawy Pzp. Możliwość poprawienia niezgodności w trybie art. 87 ust 2 pkt. 3 ustawy Pzp uzależniona jest od przesłanek takich jak oczywistość, brak wątpliwości co do sposobu poprawienia, mieć podstawę w danych zawartych w samej ofercie, których to zabrakło w przedmiotowej sprawie.

Jednocześnie zdaniem Zamawiającego w sposób osobny potraktować należy

wykazane niezgodności:

- „poz. 18 kosztorysu robót branży budowlanej (str. 67 oferty) - wyceniona ilość 0,471 m<sup>3</sup> , ilość ustalona w przedmiarze załączonym do SIWZ: 0,47 m<sup>3</sup> ”,

- „poz. 104 kosztorysu robót branży budowlanej (str. 101 oferty) - wyceniona ilość 1619,537 m<sup>2</sup>, ilość ustalona w przedmiarze załączonym do SIWZ: 1619,536 m<sup>2</sup> ”.

Na zakwalifikowaniu tych niezgodności tak jak przedstawiono wyżej zaważył dodatkowo fakt, że Odwołujący, wyceniając tą pozycję, wpisując ilość robót do wykonania w tej pozycji, przedstawił obliczenia szczegółowe, których wynik dał ich końcową błędną ilość. W obliczeniach tych natomiast Odwołujący wprowadził z własnej inicjatywy dodatkowy wiersz o nazwie „korekta obmiaru” w ilości 0,001. Działanie takie potwierdza dodatkowo, że niezgodność ilości w kosztorysie ofertowym w stosunku do przedmiaru dostarczonego przez zamawiającego nie jest niezamierzone, ani wynikiem działania programu kalkulacyjnego jak to przedstawia odwołujący w odwołaniu, tylko celowe i zamierzone. Gdyby przyjąć za prawdziwe twierdzenie, że niezgodność jest wynikiem działania programu komputerowego, niewytłumaczalne stają się wyżej wymienione, zamierzone dopiski odwołującego w ofercie.

- „poz. 1.5.11 kosztorysu robót branży sanitarnej dotyczącego budynku pralni (str. 226 oferty)

- wyceniona ilość 1 szt., ilość ustalona w przedmiarze załączonym, do SIWZ: 2 szt. ”.

Na zakwalifikowaniu tej niezgodności tak jak przedstawiono wyżej zaważył dodatkowo fakt, że zgodnie z przedmiarem w tej pozycji należało wycenić 2 studnie kanalizacyjne, z których jedna ma pełnić funkcję studni schładzającej, czyli ma wysoce specjalistyczną funkcję przewidzianą przez Zamawiającego, druga zaś jest standardową studnią kanalizacyjną. W związku z tym Zamawiający spodziewał się w tej pozycji wyceny dwóch elementów, różnych pod względem funkcjonalnym i technicznym, dla których oczekiwał znacząco różnych cen ustalonych przez wykonawcę. W przypadku wycenienia przez wykonawcę pozycji w niewłaściwej ilości 1 zamiast 2 i zawarcia w kalkulacji szczegółowej tej pozycji tylko jednego elementu, zamawiający nie miał możliwości obiektywnej oceny, jaką wartość może mieć drugi element, który należało w tej pozycji wycenić. Brak było jakichkolwiek podstaw do przyjęcia, że odwołujący w tej pozycji skalkulował dwie różne studnie w tej samej cenie.

Zarzut nr 2 - naruszenie art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp

Odnosnie uwag odwołującego dotyczących uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty odwołującego z powodu niezgodności z SIWZ kosztorysu robót nieuwzględnionych w kosztorysie ofertowym.

Odwołujący w uzasadnieniu swojego odwołania dotyczącym tej części zarzutów,

przyznaje, że każda z pozycji kosztorysu robót nieuwzględnionych w kosztorysie ofertowym odnosi się do konkretnych pozycji kosztorysu ofertowego, uzupełniając lub rozbudowując te pozycje o dodatkowe składniki. Zaznaczyć tu należy, że na etapie oceny ofert Zamawiający nie posiadał pełnej wiedzy w tym zakresie. Zdaniem Odwołującego nie można było tych dodatkowych składników wybranych pozycji kosztorysu ofertowego zamieścić w pozycjach kosztorysu ofertowego, gdyż nie występowały one w podstawie wyceny podanej dla tych pozycji w przedmiarze załączonym do SIWZ.

Zamawiający, opisując sposób przygotowania kosztorysu ofertowego, jednoznacznie opisał w SIWZ, że:

*„Zestawienie pozycji kosztorysowych powinno obejmować cały zakres przedmiotu zamówienia wynikający z opisu przedmiotu zamówienia i posiadać pozycje, układ i działy kosztorysowe ustalone w dostarczonym przedmiarze”, i jednocześnie, że: „Zamawiający przewiduje możliwość skalkulowania przez wykonawcę w ramach oferty innych kosztów wykonania zamówienia, których Zamawiający nie przewidział w przygotowanym przedmiarze”.*

Z powyższego jednoznacznie wynika, że wykonawcy składając ofertę w przedmiotowym postępowaniu, winni w ramach kosztorysu ofertowego skalkulować wszystkie koszty, które wynikają zarówno z przedmiaru jak i z dokumentacji projektowej stanowiącej zasadniczą część opisu przedmiotu zamówienia. Koszty te powinny zostać ujęte w pozycjach kosztorysu ofertowego zawierającego pozycje zgodne z dostarczonym przedmiarem. Podstawy wyceny podane przez Zamawiającego w przedmiarze dołączonym do SIWZ obrazują jedynie zakres czynności objętych daną pozycją kosztorysową w przypadkach wątpliwości o tym charakterze, płynących z opisu tekstowego tej pozycji. Mają również służyć jako wskazówka dla wykonawcy, w jaki sposób Zamawiający kwalifikuje dany element robót i w jaki sposób został on przez Zamawiającego wyceniony. Z żadnych zapisów SIWZ, jak również powszechnie obowiązujących przepisów prawnych w tym zakresie, nie wynika konieczność stosowania się przez wykonawcę do podanych w przedmiarze podstaw wyceny. Jednocześnie wyżej zacytowany fragment SIWZ wskazuje jednoznacznie, że pozycje kosztorysowe podane w przedmiarze należy, w zależności od oceny przez wykonawcę podanego opisu zamówienia, odpowiednio wycenić, tak aby zawierały wszystkie koszty niezbędne do wykonania zamówienia w części do której dana pozycja się odnosi. W ramach tej wyceny mieści się również modyfikacja składników kalkulacyjnych pozycji.

Zamawiający zauważał, że dostarczył do wyceny zestawienie pozycji w formie przedmiaru, a nie tzw. „kosztorysu ślepego”, w którym pokazane byłyby składniki kalkulacji każdej pozycji i ich ilości. W przypadku kosztorysów ślepych wykonawcy pozostaje jedynie



wypełnić ceny jednostkowe wyszczególnionych składników, które przewidział zamawiający. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający zostawił wykonawcom całkowitą dowolność w tym zakresie, przedkładając do wyceny przedmiar robót i ustalając jedynie nazwy pozycji (czyli ich zakres), ich ilość i jednostkę nakładu.

Struktura kosztorysu ofertowego, jako składnika formularza ofertowego, narzucona przez Zamawiającego a podnoszona przez Odwołującego, zgodnie z wyżej zacytowanym fragmentem SIWZ, dotyczy ustalenia pozycji, działów i ich układu. Struktury tej nie burzy w myśl zapisów SIWZ właściwe i kompletne według danego wykonawcy ujęcie w danej pozycji wszystkich niezbędnych do poniesienia kosztów składających się na cenę danego elementu zamówienia.

W swojej ofercie Odwołujący podaje, a dopiero w uzasadnieniu odwołania doprecyzowuje, których pozycji kosztorysu ofertowego (a zarazem przedmiaru) rozszerzeniem są pozycje kosztorysu robót nieuwzględnionych w kosztorysie ofertowym. Zamawiający, nie mając pełnej wiedzy w tym zakresie, nie mógł zastosować art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Zgodnie z odwołaniem, są to pozycje 105, 135, 136, 126 i 127 przedmiaru robót budowlanych. Analizując te pozycje należy zauważyć, że w pozycjach 105, 135, 136, 127, przy podanej w przedmiarze załączonym do SIWZ podstawie wyceny, odsyłającej do konkretnej pozycji KNR (Katalogów Nakładów Rzeczowych) widnieje słowo „analogia”. W nazewnictwie specjalistycznym związanym z tworzeniem dokumentacji kosztowych projektów budowlanych słowo takie oznacza, że pozycja opisuje roboty w rzeczywistości odbiegające od przywołanej podstawy, a jej rzeczywisty zakres wynikać winien z opisu pozycji. Podana podstawa wyceny w takiej sytuacji przywołana jest z uwagi na podobieństwo zakresu, lub ilości nakładów rzeczowych przewidzianych do poniesienia w związku z wykonaniem tego elementu. Jednakże zastosowane w takiej pozycji składniki kalkulacyjne i ich ilości z reguły odbiegają od tych przyjętych w podanej podstawie wyceny. Postępowanie takie jest powszechne, gdyż specyfika robót budowlanych, rozwój technologiczny w tej dziedzinie, wymagania zamawiających i szczegółowe rozwiązania projektowe, często nie są możliwe do szczegółowego ujęcia w dużo uboższym zbiorze powszechnie dostępnych katalogów nakładów rzeczowych. W przedmiarze załączonym do SIWZ, dotyczącym przedmiotowego postępowania, również występuje znaczna ilość pozycji powołujących się na analogię z przywołaną podstawą wyceny:

- w pozycji 105 przedmiaru podana podstawa wyceny odsyła do katalogu nakładów rzeczowych KNR4-01 0321-01, której właściwy opis brzmi: *„Obsadzenie podokienników drewnianych lub stalowych do 1.5 w ścianach z cegieł*, a jej katalogowe składniki kalkulacji to: *”robocizna, cement portlandzki 35 bez dodatków, piasek do zapraw, woda z rurociągu,*

*materiały pomocnicze, betoniarka wolnospadowa elektryczna, wyciąg jednomasztowy z napędem elektrycznym 0,5 t*". Tymczasem nazwa pozycji w przedmiarze podana została w brzmieniu: „*Parapety z konglomeratu szer. 25 cm*”. Ilość 64,40 m. Składników kalkulacji szczegółowej, podobnie jak dla wszystkich innych pozycji przedmiaru, nie podano, pozostawiając w tym zakresie dowolność wykonawcy;

- w pozycji 135 przedmiaru podana podstawa wyceny odsyła do katalogu nakładów rzeczowych KNR-W 4-01 0305-05, której właściwy opis brzmi: „*Uzupełnienie ścian lub ścianek grubości 1/2 ceg. oraz zamurowanie otworów w ściankach i ścianach ceglami klinkierowymi na zaprawie cementowej*”, a jej katalogowe składniki kalkulacji to: „*robocizna, cegła klinkierowa, cement portlandzki zwykły bez dodatków "35", piasek cło zapraw, materiały pomocnicze, betoniarka 150 dm<sup>3</sup>, wyciąg*”. Tymczasem nazwa pozycji w przedmiarze podana została w brzmieniu: „*Licowanie ścian zewnętrznych cegłą klinkierową elewacyjną TERCA 12 cm*”. Ilość 545.668 m<sup>2</sup>;

- w pozycji 136 przedmiaru podana podstawa wyceny odsyła do katalogu nakładów rzeczowych KNR-W 4-01 0316-05, której właściwy opis brzmi: „*Wyłożenie spadków podokiennych dachówką*”, a jej katalogowe składniki kalkulacji to: „*robocizna, dachówka ceramiczna zakładkowa ciągniona DZ 41x22 cm gal 1, cement portlandzki zwykły bez dodatków "35", piasek do zapraw, materiały pomocnicze, betoniarka 150 dm<sup>3</sup>, wyciąg*”. Tymczasem nazwa pozycji w przedmiarze podana została w brzmieniu: „*Kształtka klinkierowa TERCA podokienna gr 7 cm*”. Ilość 58,80 m;

- w pozycji 127 przedmiaru podana podstawa wyceny odsyła do katalogu nakładów rzeczowych KNR 2-02 111 12-05, której właściwy opis brzmi: „*Posadzki z wykładzin z tworzyw sztucznych bez warstwy izolacyjnej rulonowe - PCW*”, a jej katalogowe składniki kalkulacji to: „*robocizna, wykładzina podłogowa z PCW rulonowa, klej Butapren D, pasta podłogowa bezbarwna, materiały pomocnicze, wyciąg, środek transportowy*”. Tymczasem nazwa pozycji w przedmiarze podana została w brzmieniu: „*Wywinięcie wykładziny z tworzyw sztucznych bez warstwy izolacyjnej rulonowe - PCW*”. Ilość 66.963 m<sup>2</sup>.

Z analizy tych pozycji jasno wynika, że w przedmiarze stanowiącym załącznik do SIWZ Zamawiający opisał te pozycje w taki sposób, który pozwalał wykonawcom na rzetelną i kompletną wycenę całego elementu, którego dotyczyła, a wskazanie na zastosowanie analogii dodatkowo wskazywało na otwarty charakter przewidywanego zakresu czynności, które można w tych pozycjach skalkulować.

W tym miejscu przytoczyć można również kilka pozycji kosztorysu ofertowego Odwołującego, w których nie zachował się on w sposób konsekwentny w stosunku do przedstawianego przez siebie stanowiska i wycenił te pozycje w ocenie Zamawiającego

zgodnie z wymogami SIWZ, natomiast niezgodnie z przedstawioną w odwołaniu argumentacją Odwołującego w tym zakresie:

- poz. 97 - Podstawa wyceny: KNR 2-02 1210-02, Nazwa pozycji przedmiaru: „*Kraty więzienne okienne zabezpieczone antykorozyjnie malowane proszkowo o ciężarze 37,67 kg/m<sup>2</sup>*”, nazwa oryginalna wg. podstawy wyceny KNR: „*Kraty stałe stalowe do 2 m<sup>2</sup>*”. Składniki kalkulacji: „*robocizna, kraty stalowe nie otwierane, zaprawa cementowa M 80, farba olejna do gruntowania, farba olejna nawierzchniowa, materiały pomocnicze, środek transportowy*”. Mimo że z pozycji przedmiarowej wynika, że wycenienie jej według przywołanej podstawy wyceny i przypisanych jej składników kalkulacji nie wyczerpuje zakresu niezbędnych do wykonania prac (gdyż podstawa wyceny przewiduje malowanie podkładowe i nawierzchniowe farbą olejną krat, natomiast opis pozycji przedmiaru wskazuje, że skalkulować należy malowanie proszkowe krat) wykonawca poprzestał na wycenie składników kalkulacji w tej pozycji, nie dodając osobnej pozycji „kosztorysu robót nieuwzględnionych w kosztorysie ofertowym”, w której wyceniałby osobno inne niż przewidziano w podstawie wyceny, wykończenie wycenianych krat. Innymi słowy Odwołujący nie rozbił tej pozycji na dwie osobne - tą zgodną z podstawą wyceny i tą która swym zakresem wykracza poza tą podstawę, tak jak (zgodnie z argumentacją odwołania) postąpił z zakwestionowanymi pozycjami. Zwraca się w tym miejsc uwagę, że na etapie przygotowywania ofert wystąpiło zapytanie do treści SIWZ w tym temacie i nastąpiła wyraźna odpowiedź Zamawiającego, że wycenić tu należy kraty wykończone w technologii malowania proszkowego. Zamawiający, oceniając tak wycenioną ofertę, przyjmuje, że w ramach dokonanej wyceny, odwołujący wycenił w tej pozycji kosztorysu ofertowego wszystkie koszty związane z tym elementem przedmiotu zamówienia, zatem postąpił zgodnie z SIWZ, natomiast niezgodnie z przedstawioną w odwołaniu argumentacją w tym zakresie. Analogiczne postępowanie można zaobserwować w kolejnej pozycji 98, również dotyczącej krat stalowych.

- poz. 134 - Podstawa wyceny: KNR 0-23 2612-01, Nazwa pozycji przedmiaru: „*Styropian 5 cm na ścianach murowanych*”, nazwa oryginalna wg. podstawy wyceny KNR: „*Ocieplenie ścian budynków płytami styropianowymi - system STOPTER - przyklejenie płyt styropianowych do ścian*”. Składniki kalkulacji: „*robocizna, płyty styropianowe 5 cm, uniwersalna zaprawa klejowa do płyt styropianowych ATLAS STOPTER K-20, materiały pomocnicze, żuraw okienny przenośny 0,15 t, środek transportowy*”. Z opisu przedmiotu zamówienia - dokumentacji projektowej, wynika bezsprzecznie, że ściany ocieplone mają zostać styropianem grubości 12 cm. Odwołujący postąpił zgodnie z wymogami SIWZ, wyceniając w tej pozycji właściwą, wynikającą z dokumentacji projektowej, 12-to centymetrową warstwę ocieplenia ścian zewnętrznych, mimo że podstawa wyceny pozycji przedmiarowej a nawet sam błędny opis pozycji przedmiarowej wskazuje na warstwę 5-cio

centymetrową. Różnica ta przy wycenianej ilości 545,668 m<sup>2</sup> stanowi istotną różnicę. Odwołujący wycenił pozycję niezgodnie z przywołaną podstawą wyceny. Wycenił ją w jednej, przewidzianej do tego, pozycji kosztorysu ofertowego, nie wydzielając z niej niezgodnej z podstawą wyceny części, którą wyceniłby w osobnym kosztorysie. W ocenie Zamawiającego, odwołujący wycenił tą pozycję prawidłowo, zgodnie z wymogami SIWZ, natomiast niezgodnie z przedstawioną w odwołaniu argumentacją Odwołującego w tym zakresie.

Dla stwierdzonej niezgodności z SIWZ, polegającej na niewłaściwym przedstawieniu kosztów ujętych przez Odwołującego w kosztorysie robót nieuwzględnionych w kosztorysie ofertowym, Zamawiający ocenił, czy zachodzi przypadek określony w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Podając uzasadnienie faktyczne odrzucenia, Zamawiający stwierdził, że: „Biorąc pod uwagę, że pozycje wyceniane w kosztorysie obejmującym koszty nieuwzględnione w ofercie jednoznacznie dotyczą robót znajdujących się w przedmiarze oraz w kosztorysie ofertowym wykonawcy, zamawiający nie może samodzielnie stwierdzić, czy koszty te powinny być zaliczone jako składnik kosztorysu ofertowego (o czym świadczy sformułowana przez wykonawcę treść pozycji kosztorysowych), czy będą zaliczone jako składnik kosztów pozostałych (o czym świadczy dokonane przez wykonawcę sumowanie), czy też zaliczone jako składnik zarówno kosztorysu ofertowego jak i kosztów pozostałych. Nadmieniamy również, że w tym stanie faktycznym nie jest możliwe w tym zakresie samodzielne poprawienie popełnionej przez wykonawcę omyłki w kosztorysach z uwagi na brak danych, co uniemożliwia w sposób obiektywny dokonanie przedmiotowej poprawki”. Tym samym Zamawiający wskazał jednoznacznie, że zaistniała niezgodność nie stanowi omyłki, którą można jednoznacznie poprawić w sposób samodzielny i obiektywny. W związku z powyższym bez znaczenia pozostała kwestia istotności zmian treści oferty, które mogłyby zajść w przypadku poprawienia oferty. Istotnym faktem w takiej ocenie Zamawiającego tej niezgodności był sposób przedstawienia ceny w formularzu ofertowym na koszty wynikające z kosztorysu ofertowego i koszty pozostałe. Przy zastosowaniu takiej formuły wyceny zamówienia, niezgodność o charakterze takim, jaki zaistniał w ofercie Odwołującego nie jest możliwa do zakwalifikowania jako omyłki i poprawienia przez Zamawiającego.

#### Zarzut nr 3 - naruszenie art. 92 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp

Z treści odwołania jasno można wywnioskować, że Odwołujący bez trudu i właściwie odczytał powody odrzucenia podane w uzasadnieniu faktycznym odrzucenia podanym przez zamawiającego. Bezpodstawne są zatem zarzuty dotyczące nieprecyzyjności podanego uzasadnienia. Odwołujący w uzasadnieniu zarzutu argumentuje, że „Zamawiający na stronie

2 podał tylko bardzo ogólnikową informację o przyczynach odrzucenia oferty Odwołującego ze względu na zapisy w kosztorysie robót nieuwzględnionych w kosztorysie ofertowym. Nie zawiera ono natomiast żadnych szczegółowych zarzutów ani żadnego odniesienia do konkretnych zapisów w konkretnych pozycjach tego kosztorysu". Zamawiający wskazuje, że w uzasadnieniu podniósł niezgodność wszystkich pozycji kosztorysu „roboty nieuwzględnione w kosztorysie ofertowym", podając strony 136-140 oferty Odwołującego, na których jest on przedstawiony. Pozycje te zostały uznane jako niezgodne z SIWZ jako całość a niejako poszczególne ich fragmenty czy sformułowania.

Zarzut nr 4 - naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, art. 8 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 9 ust. 1 ustawy Pzp

Wobec powyższego uzasadnienia i uznania za niesłuszne, zarzutów Odwołującego dotyczących niezgodności oferty z treścią SIWZ (pkt. 3 i 4), zarzuty Odwołującego dotyczące naruszenia uczciwej konkurencji i nierównego traktowania, zgodnie z ich uzasadnieniem stają się bezpodstawne. Dodatkowym potwierdzeniem obiektywności zapisów SIWZ jest fakt, że pozostałe dwie oferty w postępowaniu zostały sporządzone bez błędów w tym zakresie, oraz że żaden z uczestników postępowania nie formułował zapytań w tym zakresie. Zauważyć należy w tym miejscu, że zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp odnosi się do treści SIWZ, a dokładnie opisu przedmiotu zamówienia, co jest niezgodne z art. 180 ust. 2 ustawy Pzp. Zgodnie z powyższą argumentacją, szczególnie w świetle uzasadnienia zarzutów przez odwołującego, który naruszenie przepisów art. 8 ust. 1 i art. 9 ust. 1 ustawy Pzp precyzuje: „ponieważ kosztorys jest w pełni zgodny z siwz w takiej postaci, jaka została udostępniona wykonawcom w niniejszym, postępowaniu, dlatego też można się co najwyżej domyślać, że Zamawiający miał być może „w głowie " jeszcze jakieś inne wymogi, których jednak nie zamieścił w specyfikacji.", zarzuty te stają się bezpodstawne w przypadku uznania, że kosztorys „robót nieuwzględnionych w kosztorysie ofertowym" jest niezgodny z treścią SIWZ. Dodatkowym potwierdzeniem czytelności, przejrzystości i precyzyjności zapisów SIWZ również stanowi fakt że pozostałe dwie oferty w postępowaniu zostały sporządzone bez błędów w tym zakresie, oraz że żaden z uczestników postępowania nie formułował zapytań w tym zakresie. Jednocześnie po raz kolejny zwraca się uwagę, że zarzuty odwołującego w tej części odnoszą się bardziej do treści SIWZ niż do czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego.

Zamawiający wskazuje, że wszystkie oferty w postępowaniu oceniał na identycznych zasadach, stosując jednakowe kryteria oceny i porównania ofert, w tym badania ich zgodności z SIWZ, w związku z powyższym zarzut naruszenia wyżej wymienionych

przepisów jest nieuzasadniony.

Niezgodność oferty wskazana w informacji o odrzuceniu, dotycząca warunków udziału w postępowaniu, nie poruszona przez Odwołującego w odwołaniu

Niezależnie od powyższej argumentacji, Zamawiający wskazuje, że zgodnie z informacją podaną w uzasadnieniu odrzucenia oferty, Odwołujący w prowadzonym postępowaniu nie wykazał również w sposób prawidłowy warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący nie wykazał się bowiem wymaganym doświadczeniem.

**Uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron i Przystępującego złożone podczas rozprawy, Izba ustaliła i zważyła co następuje.**

*Izba ustaliła następujący stan faktyczny.*

Zamawiający w pkt 3.7.1.1. Opis ogólny przedmiotu zamówienia SIWZ wskazał:

#### "3.7.1.1. OPIS OGÓLNY PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA

Przedmiotem zamówienia jest budowa pralni w Zakładzie Karnym we Wronkach, przy ul. Partyzantów 1, w obrębie działki nr 1444 o powierzchni użytkowej 821,15 m<sup>2</sup> i kubaturze 4.097,0 m<sup>3</sup>.

Zamówienie obejmuje:

- dobudowa budynku pralni do ściany szczytowej budynku kotłowni jako budynek dwukondygnacyjny, niepodpiwniczony w technologii tradycyjnej, dach płaski,
- rozbiórkę budynku obecnej pralni z warsztatami, ślusarni, oraz części budynku kuchni,
- utwardzenie powierzchni po rozebranych budynkach i w otoczeniu nowego oraz budowa ogrodzeń,
- wykonanie wewnątrz budynku instalacji wewnętrznych we wszystkich branżach zgodnie z opracowanym projektem wykonawczym,
- wykonanie dla budowanego budynku przyłączy: wodociągowego, kanalizacji sanitarnej i deszczowej, energetycznego, teletechnicznego,
- wykonanie robót budowlanych zgodnie z opracowanym projektem wykonawczym i specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót,
- wyposażenie obiektu w urządzenia pralnicze i inne, wraz z ich podłączeniem i uruchomieniem zgodnie z technologią opisaną w dokumentacji projektowej.

W wyniku wykonania zamówienia powstanie nowa pralnia, która będzie zapewniała

pełne pokrycie potrzeb w zakresie usług pralniczych dla Zakładu Karnego we Wronkach i Aresztu Śledczego w Szamotułach z dostosowaniem do obowiązujących norm i przepisów".

Z kolei pkt 3.7.1.2.5. SIWZ przewidywał:

"3.7.1.2.5. Oferta, kosztorys ofertowy, harmonogram rzeczowo-finansowy

Zamawiający będzie wymagał od Wykonawcy sporządzenia szczegółowego kosztorysu ofertowego. Kosztorys ofertowy sporządzony w oparciu o dostarczony przedmiar, składający się z zestawienia pozycji kosztorysowych i tabelarycznego zestawienia materiałów, wymagany będzie od Wykonawcy w ramach oferty. Zestawienie pozycji kosztorysowych powinno obejmować cały zakres przedmiotu zamówienia wynikający z opisu przedmiotu zamówienia i posiadać pozycje, układ i działy kosztorysowe ustalone w dostarczonym przedmiarze, z zastrzeżeniem poniższego pkt. 3.7.1.2.6. SIWZ. Kosztorys ma mieć pokazane zastosowane stawki i czynniki kalkulacyjne t.j. stawka r-g, koszty pośrednie, koszty zakupu, zysk. Tabelaryczne zestawienie materiałów powinno zawierać wszystkie materiały, które Wykonawca zamierza zużyć do realizacji przedmiotu zamówienia, z podaniem ich nazwy, ilości, ceny jednostkowej i wartości sumarycznej. Kosztorys ofertowy zostanie poddany przez Zamawiającego weryfikacji pod kątem zgodności ze złożoną ofertą i dostarczonym przedmiarem. Końcowa wartość kosztorysu ofertowego musi być zgodna z pozycją 3.1 formularza ofertowego „wartość kosztorysu ofertowego” określoną przez Wykonawcę w złożonej ofercie.

Zamawiający przewiduje możliwość skalkulowania przez wykonawcę w ramach oferty innych kosztów wykonania zamówienia, których Zamawiający nie przewidział w przygotowanym przedmiarze. Koszty takie należy wykazać w formularzu ofertowym w pozycji 3.2 formularza ofertowego „pozostałe koszty wykonania zamówienia”, jako składnik ceny ofertowej niezależny od kosztorysu ofertowego. Pozostałe koszty wykazane w ten sposób, należy w zależności od ich charakteru szczegółowo uzasadnić i opisać w formularzu ofertowym lub załączniku do niego. W przypadku, gdy przedmiotem tych kosztów będą roboty budowlane, należy je przedstawić w formie kosztorysu ofertowego, zgodnie z wymaganiami SIWZ. Zakres tych kosztów podlegał będzie tym samym zasadom, co zakres kosztorysu ofertowego, w szczególności możliwości rezygnacji przez Zamawiającego z wybranych elementów zamówienia a także obowiązkowi ujęcia w harmonogramie rzeczowo-finansowym. Zamawiający w toku oceny i badania ofert będzie szczegółowo analizował zakres kosztów wykazanych w pozycji „pozostałe koszty wykonania zamówienia”, każdorazowo oceniając, czy w związku z niewłaściwym przedstawieniem składników ceny

ofertowej nie zachodzi przypadek określony w art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy.

Obowiązkiem Wykonawcy jest sporządzenie harmonogramu rzeczowo-finansowego, który będzie przedstawiał realizację przedmiotu umowy w miesięcznych okresach rozliczeniowych z podsumowaniem kwot pozycji harmonogramu w każdym z miesięcy. Zamawiający będzie wymagać, aby 10% wartości zamówienia rozliczyć płatnością końcową, po zrealizowaniu całego zamówienia.

W trakcie realizacji zamówienia Zamawiający może zrezygnować z wykonania wybranych elementów robót objętych zamówieniem z jednoczesnym zmniejszeniem wynagrodzenia o wartość ofertową tych robót. W takim przypadku Wykonawca przedstawi kosztorys zamienny, wykonany na zasadach jak kosztorys ofertowy, który będzie pomniejszony o elementy robót z których zrezygnował Zamawiający. Wykonawca przedstawi również nowy harmonogram rzeczowo-finansowy, który uwzględni umniejszone roboty".

Pkt 3.7.1.2.6. SIWZ dotyczył zakresu dokumentacji projektowej wykraczającego poza zakres zamówienia – zamówień uzupełniających.

W formularzu ofertowym, którego wzór stanowił załącznik nr do SIWZ Zamawiający wskazał:

"Odpowiadając na ogłoszenie w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, zgodnie z przepisami ustawy z 29 stycznia 2004 Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z póź. zm.), którego przedmiotem jest:

Budowa pralni w Zakładzie Karnym we Wronkach,  
oferujemy wykonanie zamówienia w pełnym zakresie rzeczowym objętym Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia:

1. W terminie do 30 czerwca 2014 roku.
2. Z okresem gwarancji 60 miesięcy.
3. Za kwotę ..... zł brutto (suma poz. 3.1 + 3.2)

słownie: ..... zł

brutto,

na którą składają się:

3.1. Wartość kosztorysu ofertowego:

..... zł netto + ..... zł VAT = ..... zł



brutto

słownie: ..... zł

brutto,

- zgodnie z załączonym szczegółowym kosztorysem ofertowym, sporządzonym w oparciu o dostarczone przedmiary i zgodnie z wymogami SIWZ.

### 3.2. Pozostałe koszty wykonania zamówienia:

..... zł netto + ..... zł VAT = ..... zł

brutto

słownie: ..... zł

brutto,

- zgodnie z poniższym opisem:

.....  
.....

(szczegółowe uzasadnienie lub opis, kosztorys wykazanych pozostałych kosztów, w zależności od ich charakteru)".

W wyjaśnieniach do SIWZ z 2 października 2012 r. Zamawiający podał:

"Ad. 4, 5 W przypadku rozbieżności pomiędzy sformułowaniami zawartymi w przedmiarach, a zapisami w dokumentacji projektowej (opis tekstowy i rysunki techniczne) ważne są zapisy zawarte w dokumentacji projektowej. Ogrodzenie należy wykonać zgodnie z dokumentacją projektową z rur stalowych ocynkowanych o średnicy zewnętrznej 114,3 mm i grubości ścianki 4 mm, zgodnie z wymaganiami producenta, normami i atestami wydanymi dla zastosowanego wyrobu, zasadami sztuki budowlanej oraz przy uwzględnieniu wymaganej jakości i okresu gwarancji gotowego obiektu, którego elementem składowym są słupy ogrodzenia".

Pismem z dnia 16 października 2012 r. Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Jednocześnie Zamawiający informował, że na podstawie art. 26 ust. 3 odstąpił od obowiązku wzywania wykonawcy do uzupełnienia wadliwie złożonych dokumentów potwierdzających spełnianie warunków uczestnictwa w postępowaniu. W uzasadnieniu faktycznym Zamawiający wskazał:

"Zamawiający zgodnie z wymogami SIWZ wymagał, aby wykonawca w przedłożonych kosztorysach ofertowych uwzględnił wszystkie pozycje zgodnie z przyjętymi ilościami oraz w formularzu ofertowym w pkt. 3.2 wykazał pozostałe koszty wykonania zamówienia, których

opis i uzasadnienie zawarł w załączonym kosztorysie - roboty nieuwzględnione w kosztorysie ofertowym, załączonym do oferty na stronach 136-140. Po przeanalizowaniu załączonych do oferty kosztorysów wynika jednoznacznie, że wskazane przez wykonawcę koszty obejmują roboty budowlane, które zostały przewidziane w dokumentacji projektowej oraz przedmiarze dostarczonym przez zamawiającego. Powyższe działanie jest niezgodne z wymaganiem zamawiającego postawionym w SIWZ z uwagi na okoliczność, że zamawiający zakres kosztów możliwych do wykazania w tej części oferty opisał w pkt. 3.7.1.2.5. SIWZ, stosownie do przywołanych zapisów: *„Zamawiający przewiduje możliwość skalkulowania przez wykonawcę w ramach oferty innych kosztów wykonania zamówienia, których Zamawiający nie przewidział w przygotowanym przedmiarze. Koszty takie należy wykazać w formularzu ofertowym w pozycji 3.2 formularza ofertowego „pozostałe koszty wykonania zamówienia”, jako składnik ceny ofertowej niezależny od kosztorysu ofertowego. Pozostałe koszty wykazane w ten sposób, należy w zależności od ich charakteru szczegółowo uzasadnić i opisać w formularzu lub załączniku do niego. W przypadku gdy przedmiotem tych kosztów będą roboty budowlane, należy je przedstawić w formie kosztorysu ofertowego, zgodnie z wymaganiami SIWZ. Zakres tych kosztów podlegał będzie tym samym zasadom, co zakres kosztorysu ofertowego, w szczególności możliwości rezygnacji przez zamawiającego z wybranych elementów zamówienia, a także obowiązkowi ujęcia w harmonogramie rzeczowo-finansowym. Zamawiający w toku oceny i badania ofert będzie szczegółowo analizował zakres kosztów wykazanych w pozycji „pozostałe koszty wykonania zamówienia”, każdorazowo oceniając, czy w związku z niewłaściwym przedstawieniem składników ceny ofertowej nie zachodzi przypadek określony w art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy.”*

Załączone do oferty kosztorysy ofertowe oraz kosztorys stanowiący opis kosztów nieuwzględnionych w kosztorysie ofertowym - są elementem formularza ofertowego i zarazem składnikiem oferty, co stoi w sprzeczności z wymaganiami SIWZ. Tym samym złożone kosztorysy zostały sporządzone niezgodnie z wymaganiami postawionymi przez zamawiającego w SIWZ co skutkowało koniecznością uznania, że zachodzi przesłanka określona w art. 89 ust. 1 pkt. 2 PZP. Biorąc pod uwagę, że pozycje wyceniane w kosztorysie obejmującym koszty nieuwzględnione w ofercie jednoznacznie dotyczą robót znajdujących się w przedmiarze oraz w kosztorysie ofertowym wykonawcy, zamawiający nie może samodzielnie stwierdzić, czy koszty te powinny być zaliczone jako składnik kosztorysu ofertowego (o czym świadczy sformułowana przez wykonawcę treść pozycji kosztorysowych), czy będą zaliczone jako składnik kosztów pozostałych (o czym świadczy dokonane przez wykonawcę sumowanie), czy też zaliczone jako składnik zarówno kosztorysu ofertowego jak i kosztów pozostałych. Nadmieniamy również, że w tym stanie faktycznym nie jest możliwe w tym zakresie samodzielne poprawienie popełnionej przez wykonawcę omyłki w kosztorysach z uwagi na brak danych, co uniemożliwia w sposób

obiektywny wykonanie przedmiotowej poprawki.

Zamawiający podaje również, że w załączniku do formularza ofertowego - kosztorysie ofertowym, wykonawca przedstawił wycenę dostarczonych przez zamawiającego pozycji przedmiarowych. W toku badania oferty zamawiający stwierdził, że w niżej wymienionych pozycjach kosztorysu ofertowego:

- poz. 18 kosztorysu robót branży budowlanej (str. 67 oferty) - wyceniona ilość 0,471 m<sup>3</sup>, ilość ustalona w przedmiarze załączonym do SIWZ: 0,47 m<sup>3</sup>,
- poz. 104 kosztorysu robót branży budowlanej (str. 101 oferty) - wyceniona ilość 1619,537 m<sup>2</sup>, ilość ustalona w przedmiarze załączonym do SIWZ: 1619,536 m<sup>2</sup>,
- poz. 1.5.11 kosztorysu robót branży sanitarnej dotyczącego budynku pralni (str. 226 oferty) wyceniona ilość 1 szt., ilość ustalona w przedmiarze załączonym do SIWZ: 2 szt., -
- poz. 1.7.11 kosztorysu robót branży sanitarnej dotyczącego budynku pralni (str. 236 oferty) - wyceniona ilość 22,60 m<sup>3</sup>, ilość ustalona w przedmiarze załączonym do SIWZ: 22,66 m<sup>3</sup>,
- poz. 1.7.15 kosztorysu robót branży sanitarnej dotyczącego budynku pralni (str. 237 oferty) - wyceniona ilość 22,66 m<sup>3</sup>, ilość ustalona w przedmiarze załączonym do SIWZ: 22,60 m<sup>3</sup>,
- poz. 1.12.24 kosztorysu robót branży sanitarnej dotyczącego budynku pralni (str. 264 oferty) wyceniona ilość 11,63 m<sup>2</sup>, ilość ustalona w przedmiarze załączonym do SIWZ: 11,632 m<sup>2</sup>,
- poz. 1.12.25 kosztorysu robót branży sanitarnej dotyczącego budynku pralni (str. 264 oferty) - wyceniona ilość 11,63 m<sup>2</sup>, ilość ustalona w przedmiarze załączonym do SIWZ: 11,632 m<sup>2</sup>,
- poz. 1.12.26 kosztorysu robót branży sanitarnej dotyczącego budynku pralni (str. 265 oferty) wyceniona ilość 11,63 m<sup>2</sup>, ilość ustalona w przedmiarze załączonym, do SIWZ: 11,632 m<sup>2</sup>,
- poz.1.12.27 kosztorysu robót branży sanitarnej dotyczącego budynku pralni (str. 265 oferty) - wyceniona ilość 11,63 m<sup>2</sup>, ilość ustalona w przedmiarze załączonym do SIWZ: 11,632 m<sup>2</sup>.

W wyżej wymienionych pozycjach Wykonawca zmienił ilości ustalone w dołączonych do SIWZ przedmiarach i wycenił podane pozycje przedmiaru w sposób nie odpowiadający ilościom przedstawionym w dostarczonym przez zamawiającego przedmiarze, co jest niezgodne z wymaganiem zamawiającego postawionym w SIWZ, które zamawiający zawarł w pkt. 3.7.1.2.5.

Nadto w ocenie zamawiającego dokonanie poprawek w kosztorysie ofertowym w tym zakresie spowodowałoby istotną zmianę treści złożonej oferty, co uniemożliwia

poprawienie omyłek na podstawie art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy PZP. W przypadku wyżej wspomnianej pozycji 1.5.11 kosztorysu branży sanitarnej dotyczącego budynku pralni (str. 226 oferty), niemożność poprawienia omyłki wynika również z faktu pominięcia wyceny w tej pozycji jednego z elementów wchodzącego w jej skład zgodnie z dostarczonym przedmiarem - studni kanalizacyjnej.

Zamawiający informuje, że z uwagi na konieczność odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 na podstawie art. 26 ust. 3 PZP odstąpił od wzywania wykonawcy do uzupełnienia brakujących i wadliwie złożonych dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków uczestnictwa tj.:

a) wadliwie złożonego wykazu robót budowlanych potwierdzającego spełnienie warunków uczestnictwa w postępowaniu, gdzie zamawiający wymagał, aby wykonawca przedstawił (zgodnie z punktem 5.2. litera b SIWZ) - *wykaz co najmniej 2 wykonanych w okresie pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, robót budowlanych obejmujących budowę, przebudowę lub rozbudowę budynku przemysłowego lub innego budynku niemieszkalnego (klasy 1251 i 1274 wg PKOB - Dz. U.1999.112.1316 z póź. zm.), kubaturowego, o kubaturze nie mniejszej niż 2000 m<sup>3</sup> na terenie zakładu karnego lub aresztu śledczego. Wykaz, z podaniem rodzaju, wartości, daty i miejsca wykonania, sporządzić należy zgodnie z wzorem stanowiącym dodatek nr 2 do SIWZ. Do wykazu załączyć należy dokumenty potwierdzające, że wykazane roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.* Przy czym wykazując spełnienie powyższego warunku należało uwzględnić treść wyjaśnień udzielonych przez zamawiającego pismem z dnia 02 października 2012 roku. Załączony wykaz wraz z dokumentami referencyjnymi nie potwierdza spełniania przedmiotowego warunku uczestnictwa.

b) Wadliwie złożonego pisemnego zobowiązania podmiotów trzecich tj.:

- pisemnego zobowiązania Mazowieckiej Instytucji Gospodarki Budżetowej MAZOVIA, z siedzibą w 01-473 Warszawa, ul. Kocjana 3,

- pisemnego zobowiązania Państwowego Przedsiębiorstwa Przemysłu Meblarskiego i Budownictwa, z siedzibą w Potulicach, ul. Bydgoska 1,

w zakresie udostępnienia wiedzy i doświadczenia. Przedstawione dokumenty zostały złożone w formie kopii poświadczonej za godność z oryginałem, a nie w formie oryginału.

c) Nie złożenia w formie oryginału lub notarialnie poświadczonej kopii pisemnego obowiązania do udostępnienia zasobów kadrowych - wskazanych ,w wykazie osób tj. J..... K..... B..... oraz Pana J..... K..... Z załączonego wykazu nie wynika w sposób nie budzący wątpliwości, że zasobami ww. osób wykonawca będzie

dopiero dysponował, w związku z powyższym w takim- przypadku wymagane jest przedstawienie dokumentu wymienionego w dyspozycji art. 26 ust. 2b ustawy".

W powyżej przedstawionej odpowiedzi na odwołanie oraz na rozprawie Zamawiający podtrzymał swoje stanowisko.

***W oparciu o powyżej ustalony stan faktyczny Izba zważyła, co następuje.***

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, odwołanie nie posiada braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Izba nie uwzględniła argumentacji Zamawiającego przedstawionej w odpowiedzi na odwołanie i podtrzymanej na posiedzeniu przed Izbą co do zaistnienia przesłanki odrzucenia odwołania określonej w art. 189 ust. 2 pkt 7 tj. nieprzekazania kopii odwołania Zamawiającemu w terminie wskazanym w art. 180 ust. 5 ustawy Pzp z uwagi na nieprzekazanie kopii załączników złożonych wraz z odwołaniem do Prezesa Izby, w szczególności pełnomocnictwa dla osoby podpisującej odwołanie. Na podstawie dokumentacji postępowania odwoławczego Izba ustaliła, iż do odwołania wniesionego do Prezesa Izby oprócz zasadniczej treści odwołania załączono: pełnomocnictwo dla adwokata P..... S....., pełnomocnictwo substytucyjne dla radcy prawnego Ł..... M..... podpisującego odwołanie, dowód uiszczenia opłaty skarbowej od udzielonych pełnomocnictw, odpis z KRS Odwołującego, dowód uiszczenia wpisu, dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu. Niewątpliwie de lege lata obowiązek przekazania Zamawiającemu kopii odwołania ma nie tylko walor informacyjny. Z uwagi na przewidzianą w art. 186 ust. 2 i 3 ustawy Pzp możliwość uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów odwołania, zapoznanie się z całością merytorycznego stanowiska Odwołującego przez Zamawiającego i wykonawców, którzy mogą zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego, ma istotne znaczenie. Tylko poznanie całości wskazanych w odwołaniu okoliczności faktycznych i prawnych oraz dowodów powołanych na etapie wnoszenia odwołania, pozwala bowiem na prawidłową ocenę zarzutów. W wyniku dokonanej analizy Zamawiający może uwzględnić zarzuty odwołania albo przygotować stanowisko zmierzające do ich oddalenia, wykonawcy biorący udział w postępowaniu mogą podjąć decyzję o zgłoszeniu przystąpienia oraz o ewentualnym sprzeciwie wobec uwzględnienia zarzutów przez Zamawiającego. Zgodnie z art. 180 ust. 3 ustawy Pzp odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Z kolei zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia

22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz.U. Nr 48, poz. 280) odwołanie zawiera wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności. Paragraf 4 ust. 1 pkt 10 ww rozporządzenia przewiduje, iż odwołanie zawierać musi między innymi wykaz załączników. Zgodnie natomiast z § 4 ust. 2 powołanego rozporządzenia do odwołania dołącza się: dowód uiszczenia wpisu od odwołania w wymaganej wysokości, dowód przesłania kopii odwołania zamawiającemu oraz odpis z Krajowego Rejestru Sądowego, pełnomocnictwo albo inny dokument potwierdzający umocowanie do reprezentowania odwołującego. Z powyższej regulacji można wnosić, iż określone dokumenty, w szczególności dowody na poparcie zarzutów zawartych w odwołaniu, pomimo ich redakcyjnego wyodrębnienia jako załączniki mogą być uznawane jako konstytuujące treść odwołania, o których stanowi w art. 180 ust. 3 in fine ustawy Pzp oraz wskazanie okoliczności faktycznych uzasadniających wniesienie odwołania i dowody na poparcie przytoczonych okoliczności, o których mowa w § 4 ust. 1 pkt 8 ww rozporządzenia. Ich poznanie przez Zamawiającego może mieć zatem wpływ na ocenę zarzutów merytorycznych odwołania i decyzję Zamawiającego. Zdaniem Izby konieczne jest zatem dołączenie do odwołania tych załączników, które są niezbędne dla merytorycznego ustosunkowania się Zamawiającego do zarzutów odwołania, a takim załącznikiem nie jest odpis z KRS. Również niedołączenie kopii pełnomocnictwa potwierdzającego umocowanie do wniesienia odwołania nie uniemożliwia Zamawiającemu zapoznania się z merytoryczną treścią odwołania. Tym samym niedołączenie do kopii odwołania przedmiotowych załączników nie może być kwalifikowane jako objęte zakresem art. 189 ust.2 pkt 7 ustawy Pzp.

Izba nie podziela także stanowiska Zamawiającego dotyczącego wniesienia odwołania oraz przekazania jego kopii Zamawiającemu po terminie ustawowym, gdyż odwołanie wpłynęło do Prezesa Izby, a jego kopia do Zamawiającego 22 października 2012 r., a ustawowy 5-dniowy termin, zdaniem Zamawiającego, upływał 21 października 2012 r. Zamawiający niezasadnie przyjmuje, iż w niniejszym zakresie nie znajduje zastosowania art. 115 Kodeksu cywilnego (w zw. art. 14 ustawy Pzp), zgodnie z którym jeżeli koniec terminu do wykonania czynności przypada na dzień uznany ustawowo za wolny od pracy, termin upływa dnia następnego. W oparciu o regulację art. 14 ustawy Pzp, która przewiduje, iż do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy Pzp nie stanowią inaczej, upływ terminu w niedzielę (21 października 2012 r. - niedziela) skutkuje jego wydłużeniem do dnia następnego. Biorąc pod uwagę powyższe, odwołanie

zostało wniesione w ustawowym terminie, podobnie jego kopia została przekazana Zamawiającemu z zachowaniem zasad wynikających z art. 180 ust. 5 ustawy Pzp.

Reasumując, Izba nie znalazła podstaw dla odrzucenia odwołania w oparciu o art. 189 ust. 2 pkt 3 ani pkt 7 ustawy Pzp.

Izba uznała także, że Odwołujący spełnia przesłanki wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba uznała skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawcy Zachodnia Instytucja Gospodarki Budżetowej PIAST, ul. Cicha 8, 56-100 Wołów z uwagi na spełnienie przewidzianych w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp warunków skuteczności przystąpienia.

Izba uznała, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp - poprzez niepoprawienie omyłek w kosztorysie ofertowym Odwołującego i bezpodstawne odrzucenie jego oferty ze względu na rzekomo niemożliwą do poprawienia niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, podczas gdy w rzeczywistości omyłki w kosztorysie ofertowym Odwołującego są tego rodzaju, że umożliwiają ich poprawienie na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp i tym samym brak jest podstaw do odrzucenia oferty, Izba zarzut ten uznaje za zasadny.

Izba podziela stanowisko Odwołującego, iż niepoprawienie przez Zamawiającego omyłek dotyczących wskazanych przez Zamawiającego pozycji dokonane zostało z naruszeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Stosownie do treści art. 87 ust. 2 ustawy Pzp zamawiający poprawia w ofercie następujące kategorie omyłek: 1) oczywiste omyłki pisarskie, 2) oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek, 3) inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Intencją ustawodawcy w zakresie wskazanego przepisu było umożliwienie brania pod uwagę w postępowaniu o zamówienie publiczne ofert obarczonych nieistotnymi wadami, będącymi wynikiem różnego rodzaju błędów i omyłek, których poprawienie nie prowadzi do istotnych zmian w treści oferty – nie zniekształcają one bowiem w znaczącym stopniu, niezgodnie z intencją wykonawcy ubiegającego się o zamówienie złożonego przez niego oświadczenia woli. Z przepisu tego zdaje się wynikać ogólny zamiar ustawodawcy dopuszczenia do oceny w postępowaniu wszystkich ofert, nawet tych które zawierają różnego rodzaju błędy,

niedoskonałości, byleby tylko nie prowadziło to do zniekształcenia woli wykonawcy w zakresie istotnej części jego oferty. Taką intencję – wyraźnie odnoszoną do błędów w kosztorysach (wypełnionych przedmiarach robot) ustawodawca wyraził w uzasadnieniu do ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, którą wprowadzono zmiany do ustawy Prawo zamówień publicznych w sposób następujący: „W projekcie wprowadza się istotne zmiany dotyczące sposobu poprawiania oczywistych omyłek pisarskich i rachunkowych (art. 87 ust. 2). Rezygnuje się z zamkniętego katalogu sposobu poprawiania omyłek rachunkowych, pozostawiając jednocześnie zamawiającemu uprawnienie do poprawiania oczywistych omyłek pisarskich, rachunkowych oraz innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Proponowane rozwiązanie przyczyni się do usprawnienia procedury udzielania zamówienia publicznego oraz do zmniejszenia liczby odrzucanych ofert i unieważnianych postępowań. Ogranicza się sytuacje, w których oferty uznane za najkorzystniejsze podlegają odrzuceniu ze względu na błędy rachunkowe w obliczeniu ceny, które nie są możliwe do poprawienia w myśl ustawowo określonych reguł. Jest to szczególnie istotne w kontekście zamówień na roboty budowlane, w których oferty wykonawców, niezwykle obszerne i szczegółowe, liczące nieraz po kilkadziesiąt tomów, często podlegają odrzuceniu ze względu na drobne błędy w ich treści. Proponowany przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 w szczególności ma na celu umożliwienie poprawiania tego rodzaju błędów, które mogą pojawić się w trakcie sporządzania kosztorysu ofertowego. Należy również podkreślić, że proponowane rozwiązanie nie stoi na przeszkodzie temu, aby zamawiający samodzielnie precyzował w specyfikacji istotnych warunków zamówienia przykładowe okoliczności, w których będzie dokonywał poprawy omyłek w ofertach w trybie art. 87 ust. 2. Powyższe prowadzi do przejrzystości postępowania, ogranicza kazuistykę ustawy i może ograniczyć ewentualne spory z wykonawcami”. Należy także zauważyć, iż powołany przepis statuuje obowiązek Zamawiającego dokonania poprawienia w ofercie wykonawcy omyłek polegających na niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, nie powodujących istotnych zmian w treści oferty oraz nie stanowiących oczywistej omyłki pisarskiej lub oczywistej omyłki rachunkowej. Dla wystąpienia podstaw do dokonania przez Zamawiającego poprawek w ofercie wykonawcy z zastosowaniem regulacji art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, konieczne jest zatem stwierdzenie, że oferta nie odpowiada treści SIWZ; że dostrzeżone niezgodności mają charakter omyłek; wreszcie – że nie powodują one istotnych zmian w treści oferty (ich poprawienie nie spowoduje istotnych zmian w treści pierwotnego oświadczenia woli zawartego w ofercie).

W ocenie Izby taką właśnie omyłką były błędy zawarte w kosztorysie ofertowym Odwołującego. W przeważającym zakresie dotyczyły one nieznaczących zmian ilościowych w



stosunku do ilości ustalonych w przedmiarze. W odniesieniu do pozycji 1.5.11 kosztorysu robót branży sanitarnej dotyczącego budynku pralni (str. 226 oferty) wyceniono 1 szt. studni, zaś ilość ustalona w przedmiarze załączonym do SIWZ wynosiła 2 szt., co zdaniem Zamawiającego świadczy o braku wyceny uniemożliwiającym poprawienie przedmiotowej wadliwości w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Biorąc pod uwagę charakter przedmiotowych omyłek Izba dała wiarę wyjaśnieniom Odwołującego, iż mają one charakter niezamierzony, będący wynikiem działania programu kalkulacyjnego oraz koniecznością wypełnienia znacznej liczby pozycji kosztorysowych. Jak bowiem wskazywał sam Zamawiający dostarczył wykonawcom przedmiar, równocześnie nakładając na nich obowiązek, aby kosztorys ofertowy posiadał pozycje, układ i działy kosztorysowe ustalone w dostarczonym przedmiarze z podaniem w nim zastosowanych stawek i czynników kalkulacyjnych t.j. stawka r-g, koszty pośrednie, koszty zakupu, zysk. Ponadto Zamawiający wymagał, aby "Tabelaryczne zestawienie materiałów powinno zawierać wszystkie materiały, które Wykonawca zamierza zużyć do realizacji przedmiotu zamówienia, z podaniem ich nazwy, ilości, ceny jednostkowej i wartości sumarycznej". Izba za niezasadną przyjmuje argumentację Zamawiającego, iż ryczałtowy charakter wynagrodzenia za wykonanie zamówienia wyklucza w istocie możliwość dokonywania poprawek w obrębie cen jednostkowych zawartych w kosztorysie ofertowym żądanym przez Zamawiającego wraz z formularzem ofertowym. Zamawiający przyjmuje bowiem co do zasady niezmiennosc ryczałtowej ceny ofertowej wynikającej z formularza ofertowego (nie podlega ona zatem modyfikacji w zależności od wielkości prac i wysokości kosztów, gdyż zgodnie z zasadą ryczałtowego wynagrodzenia winna obejmować wszystkie koszty wykonania zamówienia) i takie same zasady odnosi do cen jednostkowych zawartych w kosztorysie ofertowym składanym wraz z tym formularzem. Zamawiający uznawał zatem, że cena w danej pozycji także jest niezmienna, a zastosowana do jej wyliczenia cena jednostkowa odniesiona do jednostki przedmiarowej miała jedynie charakter pomocniczy. Konsekwencją takiego stanowiska jest faktyczna niemożność poprawienia jakichkolwiek błędów obmiarowych i ilościowych w kosztorysie ofertowym. Zamawiający stwierdzał bowiem, że na podstawie tak sporządzonej oferty nie mógł samodzielnie ocenić, czy niezgodności dotyczą jedynie błędnie wprowadzonych ilości robót przy niezmiennej cenie czy też przyjęta przez Odwołującego ilość robót jest zgodna z jego intencją i wynika z innego niż opisany w SIWZ sposobu skalkulowania zakresu robót, który w ocenie Odwołującego różni się od zakresu przedstawionego przez Zamawiającego w przedmiarze stanowiącym element opisu przedmiotu zamówienia. Powyższa argumentacja zakłada zatem bardziej rygorystyczne zasady oceny kosztorysu ofertowego w przypadku przewidzenia przez Zamawiającego wynagrodzenia ryczałtowego niż kosztorysowego, co w ocenie Izby jest sprzeczne z istotą wynagrodzenia ryczałtowego. Skoro bowiem od wykonawcy wymaga się określenia

wynagrodzenia ryczałtowego, które ze swej istoty ujmować ma całość przedmiotu zamówienia, to załączane kosztorysy zwykle mają charakter pomocniczy, informacyjny, obrazujący sposób kalkulacji tego wynagrodzenia. Ewentualne wadliwości takiego kosztorysu nie są zatem podstawą odrzucenia oferty, skoro cena końcowa stanowiąca wynagrodzenie ryczałtowe i tak co do zasady musi obejmować całość robót. Wadliwości w kalkulacji i wycenie stanowią ryzyko wykonawcy, który nie otrzyma wyższego wynagrodzenia niż to, które zostało przez niego przewidziane jako wynagrodzenie za cały zakres robót wskazany w opisie przedmiotu zamówienia i podane w formularzu oferty jako wynagrodzenie ryczałtowe. Argumentacja Zamawiającego opiera się natomiast na założeniu zgoła odwrotnym. Ryczałtowy, a zarazem niezmienny charakter podanego w formularzu oferty wynagrodzenia przenoszony jest na ceny poszczególnych pozycji, które także pozostać mają niezmiennie, niezależnie od tego wedle jakich wartości obmiarowych i ceny jednostkowej je ustalono. Równocześnie jednak w przypadku stwierdzenia niezgodności ilościowych czy obmiarowych z przedmiarem, niezgodność taka praktycznie zawsze skutkowałaby odrzuceniem oferty jako sprzecznej z SIWZ, bez możliwości dokonania poprawienia omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Ustalenie bowiem intencji wykonawcy co do takiej wadliwości, od czego Zamawiający uzależnia ewentualne poprawienie omyłki, byłoby w istocie niemożliwe. Oznacza to zarazem, że przy wynagrodzeniu kosztorysowym, gdzie wartość pozycji ustala się z uwzględnieniem danych ilościowych i obmiarowych w razie ewentualnych niezgodności z treścią przedmiaru poprawienie omyłki byłoby możliwe, zaś przy wynagrodzeniu ryczałtowym, gdzie zasady sporządzania kosztorysów wymaganych jako element oferty są analogiczne, poprawienie takiej samej omyłki nie byłoby dopuszczalne (choć kosztorys co do zasady powinien mieć wówczas rolę pomocniczą). Względnie przyjęcie stanowiska Zamawiającego nie dopuszczałoby w ogóle poprawiania omyłek ilościowych i obmiarowych, co należy uznać za sprzeczne z brzmieniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp oraz ratio legis tego przepisu. Błędy ilościowe i obmiarowe należą bowiem zapewne do jednych z najczęściej występujących omyłek w sytuacji sporządzania wielostronicowych kosztorysów ofertowych. Izba podkreśla także, że powyższe stanowisko Zamawiającego sprzeczne jest z postanowieniami SIWZ, tj. w szczególności formularzem ofertowym, gdzie wskazano, że na kwotę łączną wynagrodzenia wykonawcy składa się wartość kosztorysu ofertowego (poz. 3.1) zgodnie z załączonym szczegółowym kosztorysem ofertowym, sporządzonym w oparciu o dostarczone przedmiary i zgodnie z wymogami SIWZ oraz wartość pozostałych kosztów wykonania zamówienia (poz. 3.2) - zgodnie z opisem zawartym w ofercie, względnie kosztorysem wykazanych pozostałych kosztów, w zależności od ich charakteru. Tym samym wartość wynagrodzenia powiązana jest z wyliczeniami wynikającymi z kosztorysu ofertowego oraz wysokością pozostałych kosztów wskazanych przez wykonawcę jako niezbędnych dla

wykonania zamówienia. Nie sposób tu zatem mówić jednoznacznie o wynagrodzeniu typowo ryczałtowym, gdy sam Zamawiający w SIWZ tak silnie powiązał ustalenie jego wysokości ze szczegółowymi kosztorysami załączonymi przez wykonawcę. Ponadto Zamawiający na rozprawie, odnosząc się do argumentacji dotyczącej wynagrodzenia ryczałtowego, wskazywał, że w istocie wartość wynagrodzenia wynikającego z oferty stanowi maksymalną kwotę zobowiązania Zamawiającego, ale rozliczenie prac następować będzie w oparciu o harmonogram rzeczowo-finansowy i płatności częściowe. SIWZ nie precyzuje wzoru tego harmonogramu (w SIWZ podano, że musi on przedstawiać realizację przedmiotu umowy w miesięcznych okresach rozliczeniowych z podsumowaniem kwot pozycji harmonogramu w każdym z miesięcy, z zastrzeżeniem rozliczenia 10% wartości zamówienia płatnością końcową po zrealizowaniu zamówienia, jednak jak szczegółowe mają być poszczególne pozycje harmonogramu, nie dookreślono), jednak ze stanowiska Zamawiającego wynika, iż to właśnie kosztorysy odgrywać będą znaczną rolę przy ustalaniu tego harmonogramu. Skoro zatem wysokość wynagrodzenia ofertowego w istocie powiązana jest z wartościami kosztorysów (w szczególności kosztorysu ofertowego - poz. 3.1.), a równocześnie Zamawiający przywiązuje tak dużą wagę do zgodności kosztorysu z przedmiotem także w zakresie wskazanych tam ilości i jednostek obmiarowych, to brak podstaw dla przyjęcia, aby uznawać za nieistotny sposób wyliczenia przez wykonawcę wartości danej pozycji. Gdyby Zamawiający był w swym stanowisku konsekwentny, to ewentualne błędy w ilościach i obmiarach powinien pominąć, uznając prymat i niezmienną cenę danej pozycji niezależnie od przyjętych danych wyjściowych, które posłużyły do jej wyliczenia. Wykonawca i tak bowiem musi wykonać całe zamówienie ujęte w tej pozycji w podanej przez siebie cenie. Zamawiający nie może natomiast uznawać, że cena pozycji jest niezmienna, ale skoro ustalono ją w oparciu o błędne dane wyjściowe, co nie podlega poprawie, to oferta wykonawcy winna być odrzucona jako sprzeczna z SIWZ. Stanowisku temu nie tylko brakuje logiki, ale jak wskazywano, skutkuje ono większym rygoryzmem w ocenie oferty przy wynagrodzeniu kwalifikowanym jako ryczałtowe niż typowo kosztorysowym, gdzie taka wadliwość podlegałaby poprawie. Skoro Zamawiający weryfikuje dane ilościowe i obmiarowe w kosztorysie ofertowym, to oczywistym i logicznym jest, że cena jednostkowa nie może być oceniana wyłącznie jako mająca charakter pomocniczy, jako że posłużyła do dokonania wyceny danej pozycji w oparciu o określone wartości ilościowe i obmiarowe. Należy podkreślić, że Zamawiający wymagał podania w kosztorysie szczegółowych danych dotyczących ustalenia wartości danej pozycji. Jeżeli zatem nastąpiły błędy w danych wyjściowych do dokonania wyliczeń (tu: ilościowych), to poprawa takiej omyłki polegać będzie na korekcie tych danych, a w konsekwencji korekcie ceny danej pozycji tak, jak przewidział to Odwołujący. Zamawiający, znając właściwe ilości, mógł zatem dokonać samodzielnego poprawienia błędów w kosztorysie bez udziału wykonawcy. Zmiana ceny

całkowitej byłaby jedynie rachunkową konsekwencją uwzględnienia prawidłowych jednostek ilościowych i obmiarowych, a cena po zmianie byłaby nadal najniższa spośród zaofferowanych w postępowaniu. Niewątpliwie tego typu zmiany należy uznać za nieistotne, skoro dotyczą one zaledwie 9 pozycji kosztorysu ofertowego i polegają na drobnych (często dotyczących dziesiętnych części po przecinku) różnicach w ilościach, zaś w ich rezultacie cena oferty wzrosnie w znikomym zakresie. Nie sposób zatem zgodzić się ze stanowiskiem Zamawiającego wyrażonym w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego, że tego typu zmiany mają charakter istotny.

Izba nie podziela także opinii Zamawiającego wyrażonej w odpowiedzi na odwołanie, że Zamawiający nie mógł samodzielnie ocenić, czy stwierdzone niezgodności dotyczą jedynie błędnie wprowadzonych ilości robót przy niezmienniej cenie, czy też przyjęta przez Odwołującego ilość robót jest zgodna z jego intencją i wynika jedynie z innego niż opisany w SIWZ sposobu skalkulowania zakresu robót, który w ocenie Odwołującego różni się od zakresu przedstawionego przez Zamawiającego w przedmiarze stanowiącym element opisu przedmiotu zamówienia. Zdaniem Izby przyjęcie tego drugiego założenia, tj. że wykonawca świadomie złożył ofertę niezgodną z przedmiarem, przy czym różnice z przedmiarem mają charakter tak nieznaczny, byłoby nieracjonalne. W ocenie Izby Zamawiający miał wszelkie podstawy twierdzić, że intencją wykonawcy było złożenie oferty zgodnej z SIWZ, a stwierdzone różnice w stosunku do przedmiaru były niezamierzone. Wskazuje na to także charakter błędów polegających w przeważającej mierze na zmianie ilości jednostek obmiarowych na poziomie drugiego lub trzeciego miejsca po przecinku. Oczywistym jest zatem, że przy takich różnicach obmiarowych nieracjonalnym byłoby uznanie, że stanowią one efekt świadomej i intencjonalnej decyzji wykonawcy co do odmiennego niż w przedmiarze sposobu skalkulowania zakresu robót. Wartości te nie mają bowiem żadnego faktycznego wpływu na zakres robót, a ich wpływ na kalkulację ceny ofertowej jest znikomy. Zdaniem Izby brak jest także podstaw, aby odmiennie traktować błędy w poz. 18 kosztorysu robót branży budowlanej (str. 67 oferty) - wyceniona ilość 0,471 m<sup>3</sup>, ilość ustalona w przedmiarze załączonym do SIWZ: 0,47 m<sup>3</sup> oraz poz. 1.5.11 kosztorysu robót branży sanitarnej dotyczącego budynku pralni (str. 226 oferty) wyceniona ilość 1 szt., ilość ustalona w przedmiarze załączonym do SIWZ: 2 szt. Okoliczność, że w kosztorysie ofertowym Odwołującego w poz. 18 wskazano na korektę przedmiaru o 0,001, nie powinna determinować uznania, że zmiana ta miała charakter intencjonalny, stanowiąc wyraz odmiennego zamiaru realizacji zamówienia niż wynikał z SIWZ, a nie omyłkowy, wynikający np. ze sposobu działania programu kalkulacyjnego. Izba dała wiarę wyjaśnieniom Odwołującego, iż korekta ta wyliczona została przez program automatycznie i została przeoczona na etapie weryfikacji kosztorysu. Zdaniem Izby jej omyłkowy charakter nie

powinien budzić wątpliwości. Izba nie podziela także stanowiska prezentowanego w odpowiedzi na odwołanie o niemożliwość poprawienia kosztorysu w poz. 1.5.11 kosztorysu robót branży sanitarnej, gdzie przewidziano wycenę 2 sztuk studni kanalizacyjnych, a Odwołujący wycenił tylko jedną. Zamawiający podnosił zróżnicowany charakter funkcjonalny i techniczny obu studni, co wpływać miało w znaczący sposób na różnicę w ich cenie. Zamawiający nie przedstawił jednak żadnego dowodu na poparcie swojego stanowiska. Zapytywany na rozprawie, w jaki sposób dokonał wyceny tej pozycji na własne potrzeby, podniósł, iż kosztorys dotyczący branży sanitarnej miał charakter scalony, toteż nie potrafił podać wartości wyceny przedmiotowej pozycji, w tym poziomym zróżnicowania cen. Równocześnie jednak przyznał, że np. w ofercie wybranej cena obu studni była taka sama. Zdaniem Izby skoro pozycja odnosiła się do łącznie do studni rewizyjnych w ilości 2 sztuk, przy czym jedna miała być wykonana zgodnie z podanym rysunkiem, druga pełnić funkcję studni schładzającej, a Odwołujący dokonał wyceny jednej sztuki asortymentu wymaganego w tej pozycji, Zamawiający miał wystarczające podstawy do dokonania poprawienia omyłki, przyjmując, iż koszt obu studni jest taki sam. Nie sposób zatem zgodzić się z opinią Zamawiającego, iż nie miał możliwości obiektywnej oceny, jaką wartość ma drugi nie wyceniony element, jak również, że wycena studni schładzającej na tym samym poziomie będzie niezgodna z zamiarem wykonawcy.

Biorąc pod uwagę powyższe, należy stwierdzić, że Zamawiający, mając podstawy zakładać, że błędy w ofercie były przypadkową niedokładnością związaną np. z wadliwymi wyliczeniami programu kalkulacyjnego oraz przeoczeniem przy kalkulacji ilościowej w poz. 1.5.11 kosztorysu robót branży sanitarnej względem przedmiaru, powinien potraktować je jako omyłkę i dokonać jej poprawienia na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Brak pewności Zamawiającego co do tego, czy stwierdzona niezgodność była wynikiem omyłki, czy też intencją wykonawcy, nie jest wystarczającą podstawą do odrzucenia oferty. Zamawiający miał bowiem możliwość zweryfikowania przyczyn rozbieżności między ofertą a wymaganiami SIWZ, zarówno poprzez analizę charakteru tych omyłek, jak i poprzez zawiadomienie wykonawcy o dokonaniu poprawek. Reakcja wykonawcy na tę czynność byłaby ostatecznym potwierdzeniem charakteru niezgodności. Gdyby wykonawca nie chciał lub nie mógł wykonać zamówienia przy uwzględnieniu tych poprawek, nie zgodziłby się na poprawienie oferty. Wówczas dopiero zaistniałaby okoliczność uzasadniająca odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Nie było również żadnych przeszkód, aby ewentualne poprawienie oferty, w związku z wątpliwościami co do przyczyn jej niezgodności z oczekiwaniami Zamawiającego, poprzedzić zwróceniem się do wykonawcy o wyjaśnienie treści oferty w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba wskazuje, że zasadny jest także zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w odniesieniu do kosztorysu robót nieuwzględnionych w kosztorysie ofertowym. Zdaniem Izby sposób sporządzenia tego kosztorysu nie uzasadniał uznania, iż zachodzi niezgodność treści oferty z treścią SIWZ stanowiąca podstawę odrzucenia oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Zarzutem postawionym przez Zamawiającego było, że zakres informacji podanych w kosztorysie robót nieuwzględnionych w kosztorysie ofertowym wskazuje na ujęcie w nim robót znajdujących się w przedmiarze oraz w kosztorysie ofertowym Odwołującego. Tymczasem zgodnie z SIWZ miały być to "pozostałe koszty wykonania zamówienia", przez co Zamawiający rozumiał koszty nie wynikające z dokumentacji projektowej, a zatem koszty robót nie objętych tą dokumentacją. Zamawiający przyjął zatem swoiste domniemanie, że wszelkie koszty prac opisanych w dokumentacji projektowej znalazły się w podanych pozycjach przedmiaru. Równocześnie Zamawiający wskazał na brak możliwości poprawienia omyłki, gdyż nie jest w stanie samodzielnie ustalić, czy koszty te powinny być zaliczone jako składnik kosztorysu ofertowego (z uwagi na treść pozycji kosztorysowych), kosztów pozostałych (z uwagi na sposób sumowania) czy też jako składnik obu kosztorysów. Zdaniem Izby stanowisko Zamawiającego nie jest konsekwentne. Z jednej bowiem strony Zamawiający wadliwości kosztorysu robót nieuwzględnionych w kosztorysie ofertowym upatruje w charakterze wycenionych tam prac (objęte przedmiarem i dokumentacją projektową), które co do zasady powinny być ujęte w kosztorysie ofertowym i w formularzu ofertowym pod pozycją 3.1, z drugiej natomiast strony podnosi niemożność samodzielnego ustalenia intencji wykonawcy co do tego, czy i gdzie powyższe koszty ewentualnie należałoby ująć - w kosztorysie ofertowym, kosztorysie robót nieuwzględnionych w kosztorysie ofertowym, czy może w obu równocześnie. Odnosząc się do opinii Zamawiającego, iż SIWZ jednoznacznie wskazywała na konieczność objęcia zakresem kosztorysu robót nieuwzględnionych w kosztorysie ofertowym innych niż wynikające z dokumentacji projektowej, Izba stwierdza, że można w tym zakresie wskazać na szereg wątpliwości. Istotnie SIWZ podawała, że: "Kosztorys ofertowy sporządzony w oparciu o dostarczony przedmiar, składający się z zestawienia pozycji kosztorysowych i tabelarycznego zestawienia materiałów, wymagany będzie od Wykonawcy w ramach oferty. Zestawienie pozycji kosztorysowych powinno obejmować cały zakres przedmiotu zamówienia wynikający z opisu przedmiotu zamówienia i posiadać pozycje, układ i działy kosztorysowe ustalone w dostarczonym przedmiarze, z zastrzeżeniem poniższego pkt. 3.7.1.2.6. SIWZ". Równocześnie jednak kosztorys dodatkowy obejmował możliwość skalkulowania przez wykonawcę w ramach oferty "innych kosztów wykonania zamówienia, których Zamawiający nie przewidział w przygotowanym przedmiarze". Literalna treść

postanowienia SIWZ odwoływała się zatem wyłącznie do zawartości przedmiaru, przy czym w przedmiarze posłużono się określonym numerem KNR, choć istotnie towarzyszy mu w ramach pozycji 105, 127, 135 i 136 określenie "analogia", a sam opis pozycji nie pokrywa się z treścią powołanego KNR. Zamawiający nie sprecyzował jednak użytego pojęcia "analogia", toteż nie jest wykluczone że odwołanie się do nr KNR mogło wywołać u Odwołującego mylne wrażenie co do zakresu i podstaw wyceny, jakie należało ująć w danej pozycji kosztorysu ofertowego. Zamawiający wskazywał na niekonsekwencję Odwołującego w sporządzaniu kosztorysu, gdyż w niektórych pozycjach (tj. np. 97, 134 pomimo wadliwego opisu w przedmiarze dokonał prawidłowej wyceny, zgodnej z dokumentacją projektową). Izba zauważa, że w tych przypadkach zachodziła ewidentna rozbieżność pomiędzy opisem pozycji w przedmiarze a dokumentacją projektową, a w takim przypadku Zamawiający nakazał jako nadrzędną traktować dokumentację projektową. Koszty ujęte przez Odwołującego w kosztorysie dodatkowym stanowią natomiast uzupełnienie określonych pozycji przedmiaru, co niekoniecznie musiało być utożsamiane z rozbieżnością pomiędzy przedmiarem a dokumentacją projektową. Czym innym jest bowiem niepełny zakres pozycji, czym innym jej całkowita niezgodność z dokumentacją projektową. Zamawiający nie wyjaśnił, w jaki sposób wykonawca miałby taką rozbieżną pozycję uzupełnić, skoro należy zaoferować inny asortyment niż podany w jej literalnej treści. Tym samym stanowisko Zamawiającego jakoby SIWZ była w tym zakresie wystarczająco precyzyjna budzi wątpliwości. Niezależnie jednak od oceny precyzji i jasności samej SIWZ zdaniem Izby niesłusznym jest stanowisko, iż tego typu wadliwość sposobu sporządzenia kosztorysu jest równoznaczna z jego niezgodnością z treścią SIWZ skutkującą koniecznością odrzucenia oferty wykonawcy. Należy bowiem podkreślić, że niezgodność taka musi mieć charakter merytoryczny - wykonawca oferuje zakres przedmiotu zamówienia niezgodny z treścią SIWZ. Wprawdzie Zamawiający wskazał w SIWZ, że zakres kosztów ujęty w kosztorysie robót nieuwzględnionych w kosztorysie ofertowym "podlegał będzie tym samym zasadom, co zakres kosztorysu ofertowego, w szczególności możliwości rezygnacji przez Zamawiającego z wybranych elementów zamówienia a także obowiązkowi ujęcia w harmonogramie rzeczowo-finansowym", a "Zamawiający w toku oceny i badania ofert będzie szczegółowo analizował zakres kosztów wykazanych w pozycji „pozostałe koszty wykonania zamówienia”, każdorazowo oceniając, czy w związku z niewłaściwym przedstawieniem składników ceny ofertowej nie zachodzi przypadek określony w art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy", to powyższe stwierdzenie nie upoważnia Zamawiającego do dokonania odrzucenia oferty, gdy dostrzeżona wada dotyczy formalnego sposobu sporządzenia kosztorysu. Zamawiający posłużył się na tyle niedookreślonym sformułowaniem ("niewłaściwe przedstawienie składników ceny ofertowej"), że ustalenie jego jednoznacznego zakresu nastroczać może poważne trudności. Można je bowiem odnosić do aspektu merytorycznego kosztorysu, a

zatem sytuacji, gdy wykonawca ujął tam koszty, które w ramach realizacji przedmiotu zamówienia powstać nie mogą. Tymczasem Zamawiający nie kwestionuje kosztorysu robót nieuwzględnionych w kosztorysie ofertowym Odwołującego od strony przedmiotowej. Podnosi jedynie, że zakres ujętych tam robót przynależy de facto do kosztorysu ofertowego, a zatem w tym kosztorysie powinien być zawarty. Zakres wycenionego zadania pozostaje zatem bez zmian, jedynie gdzie indziej należało podać dokonaną wycenę. Wskazana wada ma zatem charakter wyłącznie formalny i jako taka nie stanowi o podstawie do odrzucenia oferty jako niezgodnej z treścią SIWZ. W ofercie podane są bowiem wszelkie informacje związane z wyceną, choć nie uczyniono tego w formalnie właściwy sposób poprzez ich zamieszczenie w kosztorysie ofertowym. Izba nie podziela stanowiska Zamawiającego, iż nie był w stanie ustalić, czy i gdzie podane w kosztorysie robót nieuwzględnionych w kosztorysie ofertowym wyceny powinny być ujęte. Nie znajduje ono bowiem poparcia w treści oferty Odwołującego, tj. treści kosztorysu robót nieuwzględnionych w kosztorysie ofertowym. Kosztorys ten obejmuje 6 pozycji, przy czym poz. 1, poz. 2, poz. 5 i poz. 6 wskazują w jednoznaczny i niepozostawiający żadnych wątpliwości sposób, że stanowią one uzupełnienie pozycji odpowiednio - poz. 1 - 136 przedmiaru, poz. 2 i 5 - pozycji 135 przedmiaru, poz. 6 poz. 105 przedmiaru. Odwołujący podał, jaki jego zdaniem jest zakres przedmiaru, a jaki powinien być i w tym zakresie dokonuje uzupełnienia pozycji. Jedynie pozycje 3 i 4 nie wskazują na skonkretyzowane pozycje przedmiaru, jednak podany tam asortyment (pozycja 3 - listwa systemowa DILEX-BWS 100pg i pozycja 4 - listwa systemowa RENO-TK ATK 100), przy uwzględnieniu dokumentacji projektowej, nie pozostawia w istocie wątpliwości, jakich pozycji przedmiaru dotyczy (poz. 126 i 127 - podane w treści odwołania). Zdaniem Izby literalna treść powyższego kosztorysu jednoznacznie potwierdza, iż wycena dokonana w tym kosztorysie wykracza poza zakres kosztorysu ofertowego, tj. obejmuje elementy, które w kosztorysie ofertowym nie zostały ujęte, gdyż według Odwołującego nie były objęte przedmiarem. Nie można zatem mówić o ryzyku podwójnej wyceny tego samego zakresu, gdyż takiej wykładni sprzeciwia się treść oferty Odwołującego. Skoro zatem koszty podane przez Odwołującego mieszczą się w zakresie dokumentacji projektowej i powinny być wycenione we wskazanych pozycjach przedmiaru (Zamawiający nie kwestionuje ich merytorycznie ani nie podnosi wadliwej wyceny), zaś Odwołujący uczynił to w odmienny sposób, ujmując je w kosztorysie robót nieuwzględnionych w kosztorysie ofertowym (uznał je za pozostałe koszty wykonania zamówienia nie objęte przedmiarem), należy stwierdzić, iż w stanie faktycznym niniejszej sprawy wątpliwości, na które wskazał Zamawiający w treści uzasadnienia odrzucenia oferty, w istocie nie zachodzą. W wycenie realizacji tych pozycji w kosztorysie ofertowym należałoby uwzględnić koszt dodatkowy podany w kosztorysie robót nieuwzględnionych w kosztorysie ofertowym. Pominięcie tej wyceny możliwe byłoby tylko wówczas, gdyby zakres tam podany nie wchodził do przedmiotu zamówienia, a takiej



argumentacji Zamawiający nie podnosił. Oczywistym jest także, że kwalifikacja Odwołującego (oparta na określonej interpretacji SIWZ), gdyby uznana została za błędną, skutkuje brakiem możliwości przyjęcia, iż koszty podane w kosztorysie robót nieuwzględnionych w kosztorysie ofertowym należą do pozostałych kosztów wykonania zamówienia nie objętych przedmiarem (skoro tym przedmiarem były objęte). Należy także nadmienić, iż z punktu widzenia celu złożenia kosztorysów (ofertowego i robót nieuwzględnionych w kosztorysie ofertowym) wadliwość oferty Odwołującego nie ma istotnego znaczenia. Celem tym jest, jak wskazywał Zamawiający, prawidłowe sporządzenie harmonogramu rzeczowo-finansowego, rozliczenie wykonania zamówienia (oparte o płatności częściowe) oraz możliwość wyceny robót w przypadku ograniczenia zakresu zamówienia. Zdaniem Izby realizacja wszystkich tych celów pozostaje możliwa niezależnie od kwalifikacji kosztów do danego kosztorysu. Wprawdzie SIWZ nie podaje wzoru harmonogramu rzeczowo-finansowego, jednak sposób jego sporządzenia i zakres poszczególnych pozycji uzależniony będzie niewątpliwie od zakresu i etapu robót. Tym samym dla sporządzenia takiego harmonogramu i tak konieczne jest zsumowanie kosztów z obu kosztorysów w zależności od zakresu i etapu wycenionych robót. Miejsce podania wyceny ma zatem charakter wyłącznie formalny. Podobnie w przypadku rezygnacji z części robót, dokonanie ich wyceny w kosztorysie robót nieuwzględnionych w kosztorysie ofertowym pozostaje bez merytorycznego znaczenia. Oczywistym jest bowiem, że jeżeli zakres rezygnacji obejmie pozycje kosztorysu ofertowego, do których referuje kosztorys robót nieuwzględnionych w kosztorysie ofertowym, nie powstanie obowiązek zapłaty kwot z tego kosztorysu. Płatność dotyczy bowiem robót wykonanych a nie wycenionych. Wycena w kosztorysie robót nieuwzględnionych w kosztorysie ofertowym jest tak ściśle powiązana z kosztorysem ofertowym, że sytuacja, w której wykonawca zażądałby płatności za ujęte tam roboty nie może powstać nawet hipotetycznie. Nie można ich bowiem wykonać w oderwaniu od zakresu pozycji przedmiarowych, których dotyczą. Tym samym nawet gdyby uznać, że wadliwość oferty Odwołującego w tym zakresie stanowi o jej sprzeczności z treścią SIWZ, to poprawienie omyłki sprowadzałoby się wyłącznie do formalnego przeniesienia danych z pozycji 3.2. formularza ofertowego do pozycji 3.1. oraz uzupełnienia kosztu określonych pozycji kosztorysu ofertowego. W ocenie Izby nie stoi temu na przeszkodzie asortymentowe określenie poz. 3 i 4 kosztorysu dodatkowego. Jeżeli bowiem w ocenie Zamawiającego dla założonych przez niego celów przedkładanych kosztorysów niezbędne jest odniesienie podanych tam wartości do skonkretyzowanych pozycji przedmiaru, okoliczność ta może podlegać procedurze wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Nie wiąże się bowiem z negocjacjami względem treści oferty ani z jej niedozwoloną zmianą po terminie składania ofert, lecz wyłącznie doprecyzowuje dokonaną przez wykonawcę kalkulację poprzez jej odniesienie do pozycji podanych w przedmiarze. Należy podkreślić, że kosztorys dodatkowy

nie był obligatoryjny, a zgodnie z treścią wzoru umowy: "Konsekwencje wadliwego opracowania oferty, bez uwzględnienia rzeczywistego zakresu robót, wynikającego z specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz istniejącego stanu ocenionego na podstawie wizji lokalnej obiektu, ponosi Wykonawca. Roboty i inne czynności nie uwzględnione w ofercie, a niezbędne do zrealizowania przedmiotu umowy Wykonawca zobowiązany jest wykonać na własny koszt w ramach realizacji umowy" (§ 4 ust. 6 wzoru umowy).

Biorąc pod uwagę powyższe, zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp należy uznać za zasadny.

Izba nie uznaje natomiast zasadności zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Odwołujący stwierdzał, że Zamawiający na stronie 2 podał tylko bardzo ogólnikową informację o przyczynach odrzucenia oferty Odwołującego ze względu na zapisy w kosztorysie robót nieuwzględnionych w kosztorysie ofertowym. Zdaniem Odwołującego uzasadnienie nie zawiera żadnych szczegółowych zarzutów ani żadnego odniesienia do konkretnych zapisów w konkretnych pozycjach tego kosztorysu. Zamawiający nie wskazał, jaki konkretny zapis kosztorysu Odwołującego jest niezgodny z treścią SIWZ i na czym dokładnie (a nie ogólnie) ta niezgodność polega. Izba podziela w tym zakresie stanowisko Zamawiającego prezentowane w odpowiedzi na odwołanie, że sporządzone przez niego uzasadnienie było na tyle precyzyjne, że wystarczyło Odwołującemu do właściwego odczytania intencji Zamawiającego i odniesienia się do nich w treści odwołania. Zdaniem Izby zarzuty Zamawiającego dotyczące kosztorysu robót nieuwzględnionych w kosztorysie ofertowym były sformułowane jednoznacznie i odnosiły się do całości tego kosztorysu. Należy bowiem stwierdzić, iż liczył on zaledwie 6 pozycji (str. 138-140 oferty) i każda z nich stanowiła uzupełnienie pozycji przedmiarowych o zakres, który według Odwołującego przedmiarem nie został objęty. Zamawiający zakwestionował sposób i założenia, w oparciu o które kosztorys został sporządzony, nie ograniczając się do wadliwej zawartości poszczególnych pozycji kosztorysowych. Zamawiający stwierdzał bowiem m.in.: "Po przeanalizowaniu załączonych do oferty kosztorysów wynika jednoznacznie, że wskazane przez wykonawcę koszty obejmują roboty budowlane, które zostały przewidziane w dokumentacji projektowej oraz przedmiarze dostarczonym przez zamawiającego. Powyższe działanie jest niezgodne z wymaganiami zamawiającego postawionym w SIWZ z uwagi na okoliczność, że zamawiający zakres kosztów możliwych do wykazania w tej części oferty opisał w pkt. 3.7.1.2.5. SIWZ. Dodawał także: "Załączone do oferty kosztorysy ofertowe oraz kosztorys stanowiący opis kosztów nieuwzględnionych w kosztorysie ofertowym - są elementem formularza ofertowego i

zarazem składnikiem oferty, co stoi w sprzeczności z wymaganiami SIWZ. Tym samym złożone kosztorysy zostały sporządzone niezgodnie z wymaganiami postawionymi przez zamawiającego w SIWZ co skutkowało koniecznością uznania, że zachodzi przesłanka określona w art. 89 ust. 1 pkt. 2 PZP. Biorąc pod uwagę, że pozycje wyceniane w kosztorysie obejmującym koszty nieuwzględnione w ofercie jednoznacznie dotyczą robót znajdujących się w przedmiarze oraz w kosztorysie ofertowym wykonawcy, zamawiający nie może samodzielnie stwierdzić, czy koszty te powinny być zaliczone jako składnik kosztorysu ofertowego (o czym świadczy sformułowana przez wykonawcę treść pozycji kosztorysowych), czy będą zaliczone jako składnik kosztów pozostałych (o czym świadczy dokonane przez wykonawcę sumowanie), czy też zaliczone jako składnik zarówno kosztorysu ofertowego jak i kosztów pozostałych. Nadmieniamy również, że w tym stanie faktycznym nie jest możliwe w tym zakresie samodzielne poprawienie popełnionej przez wykonawcę omyłki w kosztorysach z uwagi na brak danych, co uniemożliwia w sposób obiektywny wykonanie przedmiotowej poprawki". Powyższe jednoznacznie i wyczerpująco określa przesłanki odrzucenia oferty Odwołującego. Równie jednoznacznie Zamawiający wypowiedział się co do pozostałych wadliwości oferty, wskazując, że w jego opinii dokonanie poprawek w zakresie kosztorysów ofertowych spowodowałoby istotną zmianę treści oferty, a ponadto w odniesieniu do pozycji 1.5.11 kosztorysu branży sanitarnej podnosił, że niemożność poprawienia omyłki wynika również z faktu pominięcia wyceny w tej pozycji jednego z elementów wchodzącego w jej skład zgodnie z dostarczonym przedmiarem - studni kanalizacyjnej. Zarzut Odwołującego dotyczący wadliwości uzasadnienia faktycznego odrzucenia jego oferty należy zatem uznać za bezpodstawny. W konsekwencji nie potwierdził się także podnoszony w tym kontekście zarzut naruszenia art. 8 ust. 1 ustawy Pzp - zasady jawności.

Izba nie uznaje także, aby okoliczności przytaczane przez Odwołującego potwierdzały zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 8 ust. 1 czy art. 9 ust. 1 ustawy Pzp. Pierwszy z tych przepisów statuuje zasadę jawności, drugi pisemności postępowania. Argumentacja Odwołującego wskazuje raczej na wadliwość sporządzenia SIWZ i skutki odmiennej interpretacji jej postanowień przez Zamawiającego i Odwołującego, co nie jest tożsame z naruszeniem ww. przepisów ustawy Pzp. Izba nie podzieliła także argumentacji Odwołującego co do wadliwości uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty Odwołującego, uznając brak podstaw dla przyjęcia naruszenia art. 8 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba podnosi, że z uwagi na potwierdzenie się zarzutów odwołania dotyczących wadliwego odrzucenia oferty Odwołującego w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp odwołanie podlega uwzględnieniu. Czynności tej zdaniem Izby nie stoi na przeszkodzie

podnoszona przez Zamawiającego okoliczność, iż Odwołujący w prowadzonym postępowaniu nie wykazał również w sposób prawidłowy warunków udziału w postępowaniu, gdyż nie wykazał się wymaganym doświadczeniem. Należy bowiem wskazać, że zgodnie z treścią uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego z uwagi na ustaloną przez Zamawiającego podstawę odrzucenia oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp Zamawiający, uwzględniając treść art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, zaniechał wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku wiedzy i doświadczenia. Nie dokonał natomiast w sposób jednoznaczny czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, którą to czynność Odwołujący byłby zobligowany objąć treścią odwołania. Jako że czynność odrzucenia oferty Odwołującego była w ocenie Izby nieprawidłowa, a opierała się wyłącznie o art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, konsekwencją tej nieprawidłowości jest konieczność wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Odpadła bowiem przesłanka negatywna uzasadniająca zaniechanie obligatoryjnej procedury przez ten przepis przewidzianej. Zdaniem Izby formalny brak podania w odwołaniu naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp oraz nieodniesienie się do okoliczności związanych z niewykazaniem spełnienia warunku udziału w postępowaniu nie stanowi wystarczającej podstawy dla jego oddalenia. Należy bowiem wskazać, iż czynnością, która stała u podstaw braku wezwania do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp było stwierdzenie przesłanki odrzucenia oferty zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Czynność ta została objęta odwołaniem oraz powołano naruszenie stosownych przepisów. Stwierdzenie wadliwości jej dokonania skutkuje koniecznością przeprowadzenia ponownie czynności badania i oceny ofert, która wobec odpadnięcia negatywnej przesłanki wskazanej w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, musi objąć także wezwanie do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Powołanie naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp miałyby zatem wyłącznie charakter posiłkowy, jako konsekwencja naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W świetle powyższego na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 i 5 ust. 2 pkt 1 i 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), uwzględniając koszty

Odwołującego poniesione z tytułu wpisu, wynagrodzenia pełnomocnika w maksymalnej kwocie 3600 zł na podstawie faktury przedłożonej do akt sprawy oraz koszty dojazdu w wysokości 123 zł na podstawie złożonej do akt sprawy kopii biletu. Izba nie zasądziła kosztów dojazdu powrotnego w tej samej wysokości zgodnie z wnioskiem, gdyż nie okazano wymaganego przepisami ww. rozporządzenia dowodu ich poniesienia w określonej wysokości.

**Przewodniczący:** .....