

Sygn. akt KIO/UZP 1155/09

**WYROK**  
**z dnia 14 września 2009 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff**

**Członkowie: Małgorzata Stręciwilk**  
**Barbara Bettman**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 września 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum w składzie: APRIVIA S.A., BETPOL S.A. Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych, Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjno-Drogowych S.A., Przedsiębiorstwo Drogowo-Mostowe DROMOST Sp. z o.o., ul. Skórzewska 35, Wysogotowo k. Poznania, 62-081 Przemierowo** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gminę Tarnowo Podgórne, ul. Poznańska 115, 62-080 Tarnowo Podgórne** protestu z dnia 27 lipca 2009 r.,

przy udziale wykonawcy **COLAS Polska Sp. z o.o., ul. Nowa 49, 62-070 Pałędzie** zgłaszającego swoje przystąpienie po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

**1. Uwzględnia odwołanie, unieważnia czynność odrzucenia oferty Odwołującego i nakazuje dokonanie czynności ponownego badania i oceny złożonych ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.**

**2. Kosztami postępowania obciąża Gminę Tarnowo Podgórne, ul. Poznańska 115, 62-080 Tarnowo Podgórne i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 462 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum w składzie: APRIVIA S.A., BETPOL S.A. Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych, Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjno-Drogowych S.A., Przedsiębiorstwo Drogowo-Mostowe DROMOST Sp. z o.o., ul. Skórzewska 35, Wysogotowo k. Poznania, 62-081 Przemierowo,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **8 062 zł 00 gr** (słownie: osiem tysięcy sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) przez **Gminę Tarnowo Podgórne, ul. Poznańska 115, 62-080 Tarnowo Podgórne** na rzecz **Konsorcjum w składzie: APRIVIA S.A., BETPOL S.A. Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych, Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjno-Drogowych S.A., Przedsiębiorstwo Drogowo-Mostowe DROMOST Sp. z o.o., ul. Skórzewska 35, Wysogotowo k. Poznania, 62-081 Przemierowo** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika,
- ~~3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,~~
- 4) dokonać zwrotu kwoty **5 538 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum w składzie: APRIVIA S.A., BETPOL S.A. Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych, Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjno-Drogowych S.A., Przedsiębiorstwo Drogowo-Mostowe DROMOST Sp. z o.o., ul. Skórzewska 35, Wysogotowo k. Poznania, 62-081 Przemierowo.**

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

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na: *„Poprawę dostępności do ponadregionalnego układu drogowego przez budowę obwodnicy Tarnowa Podgórnego”*, zostało wszczęte przez Urząd Gminy Tarnowo Podgórne, ul. Poznańska 115, 62-080 Tarnowo Podgórne zwany dalej: *„Zamawiającym”*, ogłoszeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych Nr 201276-2009 z dnia 19.06.2009 r.

W dniu 23.07.2009 r. Zamawiający przekazał faxem uczestnikom przedmiotowego postępowania przetargowego zawiadomienie o wyborze oferty firmy: COLAS Polska Sp. z o.o., ul. Nowa 49, 62-070 Palędzie zwanej dalej: „COLAS Polska.” albo „Przystępującym” oraz o odrzuceniu pozostałych 5 z 6 złożonych ofert.

Zamawiający m.in. odrzucił ofertę Konsorcjum w składzie: 1) APRIVIA S.A. z siedzibą w Wysogotowie k. Poznania, ul. Skórzewskiej 35, 62 -081 Przeźmierowo - Lider Konsorcjum 2) BETPOL S.A. Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych z siedzibą w Bydgoszczy, ul. Fordońskiej 168 A, 85-766 Bydgoszcz, 3) Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjno - Drogowych S.A. z siedzibą w Nowym Tomyślu, ul. Poznańskiej 42, 64-300 Nowy Tomyśl, 4) Przedsiębiorstwo Drogowo - Mostowe DROMOST Sp. z o.o. z siedzibą w Żabnie 2, 63-112 Brodnica, zwane dalej: „Konsorcjum APRIVA” albo „Przystępującym” albo „Odwołującym”.

Wskazał, że odrzuca ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, gdyż jej treść nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SIWZ”. Zgodnie z pkt. 17 SIWZ OPIS SPOSOBU OBLICZENIA CENY OFERTOWEJ, wykonawca powinien w kosztorysie wyszczególnić i wycenić wszystkie składniki cenotwórcze, na podstawie których kosztorys został opracowany. Zaś w ofercie wykonawcy brak jest powyższych składników cenotwórczych.

W dniu 27.07.2009 r. (wpływ bezpośredni) na podstawie przepisu art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), zwanej dalej: „Pzp” Konsorcjum APRIVA złożyło protest na czynności Zamawiającego w postaci:

1. dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez COLAS Polska,
2. oceny ofert złożonych przez COLAS Polska oraz przez Protestującego,
3. odrzucenia oferty Konsorcjum APRIVIA, mimo zgodności jego oferty ze SIWZ,
4. zaniechania wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum APRIVIA.

Protestujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez odrzucenie oferty Konsorcjum APRIVIA mimo jej zgodności z SIWZ,
- 2) art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp poprzez naruszenie przy ocenie i wyborze oferty w niniejszym postępowaniu zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz dążenie do udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami Pzp.

Mając na uwadze powyższe Protestujący domagał się:

1. unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez COLAS Polska,
2. unieważnienia oceny ofert złożonych przez COLAS Polska i Konsorcjum APRIVIA,
3. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Konsorcjum APRIVIA,

4. dokonania ponownej oceny ofert złożonych przez COLAS Polska i Konsorcjum APRIVIA i w jej wyniku dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum APRIVIA.

Interes prawny Protestującego przejawiał się tym, że gdyby Zamawiający dokonywał wszystkich czynności zgodnie z przepisami prawa to jego oferta jako najkorzystniejsza ze złożonych ofert powinna zostać wybrana do realizacji.

Protestujący wskazał, że w pkt 8 SIWZ Zamawiający wymienił dokumenty jakie każdy wykonawca winien złożyć wraz z ofertą. Zgodnie z pkt 8 d) SIWZ wykonawcy zobowiązani byli załączyć do oferty kosztorys ofertowy w formie uproszczonej. Podkreślił, że wykaz oświadczeń i dokumentów zamieszczonych w pkt 8 SIWZ, do których przedłożenia zobowiązany był każdy wykonawca, nie wymieniał zestawienia składników cenotwórczych. W pkt 17 SIWZ Zamawiający wskazał, że: *„kosztorys ofertowy należy sporządzić na podstawie przedmiaru robót, stanowiącego załącznik do specyfikacji, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych dokumentacji projektowej.”* Istotne jest, że przedmiar robót załączony do SIWZ był tzw. przedmiarem uproszczonym, tj. obejmował tylko opis poszczególnych pozycji kosztorysowych i określenie ilości robót do wykonania. Co za tym idzie w oparciu o powyższe zapisy SIWZ Konsorcjum APRIVIA przedłożyło wraz z ofertą uproszczony kosztorys ofertowy sporządzony w oparciu o przedmiar robót załączony do SIWZ. Kosztorys ofertowy Konsorcjum APRIVIA obejmował wszystkie pozycje wymienione w kosztorysie. Ponadto wskazywał ich ilość, cenę jednostkową i wartość. Tym samym kosztorys ofertowy załączony do oferty Konsorcjum APRIVIA spełniał wszystkie wymogi Zamawiającego zapisane w SIWZ w odniesieniu do sporządzenia kosztorysu ofertowego.

Mimo powyższego Zamawiający odrzucił ofertę Konsorcjum APRIVIA wskazując, że jej treść nie odpowiada SIWZ. Zamawiający podniósł, że zgodnie z pkt 17 SIWZ, wykonawca winien w kosztorysie wyszczególnić i wycenić wszystkie składniki cenotwórcze, na podstawie których kosztorys został opracowany. W ocenie Zamawiającego w kosztorysie ofertowym Konsorcjum APRIVIA brak jest powyższych składników cenotwórczych i w związku z tym oferta tego wykonawcy podlega odrzuceniu. Protestujący nie zgodził się z takim stanowiskiem Zamawiającego i w konsekwencji odrzuceniem jego oferty uznając je za pozbawione uzasadnienia.

Zauważył, że w informacji o odrzuceniu oferty Konsorcjum APRIVIA Zamawiający nie wskazał, których ze składników cenotwórczych nie zawiera jego oferta. W kosztorysie uproszczonym podstawowym składnikiem cenotwórczym jest pojedyncza pozycja kosztorysowa, która nie dzieli się na mniejsze elementy. Dlatego też sporządzając kosztorys ofertowy Konsorcjum APRIVA, kierując się treścią ostatniego zd. pkt 17 SIWZ, szczególną uwagę zwróciło na to, aby w nim wyszczególnić i wycenić wszystkie składniki cenotwórcze, którymi są poszczególne pozycje wymienione w przedmiarze robót. W ocenie Protestującego

inna interpretacja pojęcia: „składnik cenotwórczy” oznaczałaby konieczność przedłożenia wraz z ofertą kosztorysu szczegółowego, co pozostawałoby w sprzeczności z wymogami SIWZ.

Ostatnie zd. pkt 17 SIWZ zawiera zalecenie, aby: „W kosztorysie wyszczególnić i wycenić wszystkie składniki cenotwórcze, na podstawie których kosztorys ofertowy został opracowany”. Istotne jest, że ww. zaleceniu Zamawiającego nie precyzuje, co Zamawiający rozumie pod pojęciem: „wszystkie składniki cenotwórcze”. Okoliczność ta zdaniem Protestującego powoduje, że każdy wykonawca mógł inaczej zdefiniować to pojęcie. Powyżej została przedstawiona została interpretacja tego sformułowania przyjęta przez Protestującego, który uznał, że jako: „składnik cenotwórczy” należy rozumieć pozycję uproszczonego kosztorysu ofertowego.

Jeśli Zamawiający oczekiwał od wykonawców przedstawienia innych niż pozycje kosztorysowe składników cenotwórczych, wycenionych i przedstawionych w kosztorysie uproszczonym, to powinien jednoznacznie je określić, aby uniknąć wprowadzania wykonawców w błąd i w konsekwencji narażania ich na ponoszenie kosztów przygotowywania ofert wg. SIWZ, którą po złożeniu ofert może dowolnie interpretować na szkodę wykonawców biorących udział tym przetargu.

Przyjmując, że Zamawiający oczekiwał, czego nie określił jednoznacznie w SIWZ, wykonania szczegółowego kosztorysu ofertowego przy zastosowaniu Katalogów Nakładów Rzeczowych gdzie występują takie elementy jak: 1) cena robocizny, 2) ceny poszczególnych materiałów, 2) ceny m-g poszczególnych rodzajów sprzętu, 2) procentowe narzuty kosztów pośrednich, 3) kosztów zakupu materiałów i zysku, to Protestujący stoi także na stanowisku, że nie stanowi wyszczególnienia i wycenienia wszystkich składników cenotwórczych załączenie przez COLAS Polska do oferty jedynie tabelki zatytułowanej: „Wykaz składników cenotwórczych” w postaci ogólnego oznaczenia: a) stawki robocizny, b) procentowego wskaźnika kosztów pośrednich i c) kosztów zakupu materiałów, d) zysku, oraz e) informacji o przyjęciu cen materiałów i pracy sprzętu z cenników Sekocenbudu.

Tabela ta jedynie z nazwy jest wykazem składników cenotwórczych gdyż:

a) po pierwsze, w wykazie tym nie podano rodzaju i cen poszczególnych materiałów oraz rodzajów i cen m-g pracy poszczególnych jednostek sprzętu,

b) po drugie, taki wykaz nie stanowi wyszczególnienia i wycenienia w kosztorysie, tylko poza nim, co jest niezgodne z wymogiem określonym przez Zamawiającego. Dodatkowo w odniesieniu do cen materiałów i pracy sprzętu COLAS Polska odwołuje się do nieokreślonych jeszcze w dniu składania oferty średnich cen Sekocenbud za III kw. 2009 r.

Ceny te zostaną określone dopiero po upływie III kw. 2009 r. i opublikowane w IV kw. 2009 r. Skoro ceny te zostaną podane dopiero po zakończeniu III kw. 2009 r. to niemożliwe było przyjęcie ich jako podstawę przy opracowaniu kosztorysu ofertowego. Tym samym dla

Protestującego niezrozumiałe jest zaakceptowanie przez Zamawiającego takiego wykazu jako spełnienie obowiązku wyszczególnienia w kosztorysie i wyceny wszystkich składników cenotwórczych, na podstawie których kosztorys został opracowany.

Podsumowując, mając na uwadze różne sposoby interpretacji ww. zapisu, należy stwierdzić, że zapisy SIWZ w zakresie sposobu przygotowania kosztorysu ofertowego oraz wyszczególnienia składników cenotwórczych są nie tylko nieprecyzyjne, ale przede wszystkim niespójne i wzajemnie sprzeczne.

Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej zwanej dalej: „KIO”: „(...) na zamawiającym spoczywa obowiązek jednoznacznego i jasnego precyzowania postanowień SIWZ. Fakt, że postanowienia te nie czynią zadość tym wymogom, nie mógłby być poczytany na niekorzyść odwołującego i nie mógłby prowadzić do zastosowania sankcji odrzucenia oferty” (wyrok KIO z dnia 29.01.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 48/09). „Nie można na niekorzyść wykonawców interpretować postanowień Specyfikacji, które mogą budzić wątpliwości, gdyż działają oni w zaufaniu do Zamawiającego, na którym ciąży obowiązek jednoznacznego i jasnego sformułowania Specyfikacji. Wykonawcy nie mogą być obciążeni negatywnymi skutkami niewystarczającego doprecyzowania przez Zamawiającego postanowień Specyfikacji” (wyrok KIO z dnia 29.08.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 844/08).

O braku precyzji i spójności w formułowaniu przez Zamawiającego ww. zapisu SIWZ świadczy fakt, że każdy z wykonawców dokonał innego: „wyszczególnienia i wycenienia wszystkich składników cenowych”.

Jak już wspomniano COLAS Polska załączył do oferty: „Wykaz składników cenotwórczych” zawierający ogólne oznaczenie stawek robocizny, procentowego wskaźnika kosztów pośrednich i kosztów zakupu materiałów, zysku, oraz informacji o przyjęciu cen materiałów i pracy sprzętu z cenników Sekocenbudu z III kw. 2009 r. Zgodnie z przedstawioną wyżej argumentacją przedmiotowy wykaz nie jest spełnia wymogów zaleceń zawartych w ostatnim zd. pkt 17 SIWZ.

Z kolei Eurovia Polska S.A. oprócz kosztorysu przekazała zbiorcze zestawienie kosztów robót drogowych, kolizji energetycznych, oświetlenia, zieleni i nawodnienia, odwodnienia i wodociągu, kolizji technicznych. Należy zwrócić uwagę, że zestawienie to, tak jak wskazuje jego tytuł, stanowi jedynie ogólne przedstawienie kosztów pewnych rodzajów robót. Nadto zostało sporządzone poza kosztorysem. Tym samym przedmiotowe zestawienie nie stanowi szczegółowego wyszczególnienia i wycenienia wszystkich elementów cenotwórczych.

Analogiczne zestawienie załączyło do swojej oferty Konsorcjum w składzie: „POL-DRÓG Piła” Sp. z o.o., „POL-DRÓG Kościan” Sp. z o.o.; STRABAG Sp. z o.o. Budownictwo Infrastruktury Oddział Poznań oraz Zakład Drogowy Maciej Siedlecki Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów Sp. z o.o. Skoro wykonawcy dokonali interpretacji zapisów SIWZ na

trzy różne sposoby, oczywistym jest, że ich sformułowanie nie jest jednoznaczne i precyzyjne.

Niezależnie od powyższego należy nadmienić, iż mając na uwadze przewidziany w SIWZ sposób rozliczenia za wykonanie przedmiotu zamówienia, Protestujący nie widział potrzeby, ani celu wyszczególniania i wyceniania wszystkich składników cenotwórczych w sposób wykraczający ponad pozycje wymienione w kosztorysie ofertowym.

We wzorze umowy stanowiącym integralną część SIWZ, w § 5 ust. 2, Zamawiający wskazał, że rozliczenie inwestycji nastąpi na podstawie kosztorysu powykonawczego wg. faktycznie wykonanych robót na podstawie cen jednostkowych kosztorysu ofertowego. Skoro ceny jednostkowe zawarte zostały w pozycjach kosztorysu załączonego do oferty Konsorcjum APRIVIA, to Zamawiający i Protestujący dysponują wszystkimi danymi niezbędnymi do rozliczenia za realizację przedmiotu umowy.

Zatem stwierdził, że zaoferowany przez Konsorcjum APRIVIA przedmiot zamówienia odpowiada opisanemu w SIWZ co do: 1) zakresu, 2) ilości, 3) jakości, 4) warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia. Tym samym brak było podstaw do uznania oferty Protestującego za niezgodną z SIWZ.

Na marginesie wskazał, że Zamawiający jako podmiot sektora finansów publicznych jest zobowiązany do szczególnej dbałości o sposób wydatkowania środków finansowych pozostających do jego dyspozycji. W sytuacji nieprecyzyjnego sformułowania zapisów SIWZ Zamawiający ma zatem obowiązek nie tylko dbać o to, aby nie obciążać wykonawców skutkami braku spójności w treści SIWZ, ale przede wszystkim winien dążyć do zminimalizowania obciążenia finansowego z tym związanego. Tym bardziej niezrozumiałe i sprzeczne z zasadami ekonomiki jest dążenie Zamawiającego do udzielenia zamówienia wykonawcy, który złożył ofertę o ponad 1.500.000 PLN droższą od oferty najkorzystniejszej (i jak wykazano powyżej zgodnej z wymogami SIWZ). Okoliczność ta zaskakuje tym bardziej, iż cena wskazana w ofercie COLAS Polska przewyższa środki, jakie Zamawiający zamierzał przeznaczyć na finansowanie realizacji zamówienia.

W dniu 03.08.2009 r. (pismem z dnia 31.07.2009 r.) Zamawiający faxem wysłał uczestnikom postępowania przetargowego kopię protestu i wezwał ich do udziału w postępowaniu protestacyjnym.

W dniu 06.08.2009 r. (wpływ bezpośredni) do postępowania protestacyjnego przystąpiła firma COLAS Polska w zakresie zarzutów po stronie Zamawiającego. Wnosiła o oddalenie protestu i o nieuwzględnienie zarzutów zawartych w proteście poprzez:

a) zaniechanie unieważnienia czynności wyboru oferty Przystępującego jako oferty najkorzystniejszej;

- b) zaniechanie unieważnienia oceny ofert złożonych przez Protestującego oraz Przystępującego;
  - c) zaniechanie unieważnienia czynności odrzucenia oferty Protestującego;
  - d) zaniechanie dokonania ponownej oceny ofert Protestującego oraz Przystępującego,
- a ponadto wnosila o poprawienie przez Zamawiającego oczywistej omyłki pisarskiej w ofercie Przystępującego polegającej na zmianie w: „*Wykazie składników cenotwórczych*”, aby w pozycjach dot. materiałów i sprzętu jako stawka obliczeniowa wpisane było: „*średnie ceny Sekocenbud za II kwartał 2009*”.

Przystępujący stwierdził, że prawidłowo Protestujący wskazał pkt. 8d) i pkt. 17 SIWZ. Jednakże zauważył, że sam Protestujący wskazał, iż: „*Ostatnie zdanie pkt. 17 SIWZ zawiera zalecenie, aby „W kosztorysie wyszczególnić i wycenić wszystkie składniki cenotwórcze, na podstawie których kosztorys ofertowy został opracowany*”. Jest to wymóg Zamawiającego, do którego zobowiązani byli dostosować się wszyscy Wykonawcy biorący udział w postępowaniu przetargowym.

Tak jak Protestujący dostosował się do innych wymogów zawartych w SIWZ, zobowiązany był uwzględnić wszystkie żądania Zamawiającego, również te dotyczące wyszczególnienia i wyceny składników cenotwórczych.

Zamawiający wymagał sporządzenia kosztorysu metodą uproszczoną, jednak dodatkowo wymagał wyszczególnienia składników cenotwórczych. Jeśli jednak Protestujący miał wątpliwości co do tego wymogu, zgodnie z art. 38 ust. 1 Pzp mógł zwrócić się do Zamawiającego z zapytaniem i prośbą o wyjaśnienie powyższego albo nawet mógł wnieść protest na treść SIWZ. Protestujący nie zrobił ani jednego ani drugiego, więc należy przyjąć że zgadzał się z wymogami zawartymi w SIWZ. Brak jest podstaw by uznać, że zapisy SIWZ są sprzeczne i wykluczające się wzajemnie.

Zamawiający nie chciał, aby Wykonawcy przedstawiali kosztorysy wykonane metodą szczegółową, jednak wymóg dodatkowy odnośnie wyceny składników cenotwórczych wiąże się ze sposobem rozliczenia przedmiotowych robót. W § 5 projektu umowy załączonym do SIWZ jest wskazany sposób rozliczenia inwestycji. Oprócz kilku pozycji (pkt 3 ppkt a-1 SIWZ) całość będzie rozliczona na podstawie kosztorysu powykonawczego. W pkt 4 SIWZ Zamawiający wskazał, iż: „*Przewiduje możliwość udzielenia zamówienia uzupełniającego na zasadach określonych w art. 67 ust. 1 pkt. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych*”, w związku z czym wymóg odnośnie wyceny składników cenotwórczych jest uzasadniony. Na podstawie kosztorysu ofertowego oraz załącznika dotyczącego składników cenotwórczych, Zamawiający będzie mógł rozliczyć budowę oraz udzielić zamówień dodatkowych, czy uzupełniających zgodnie z art. 67 ust. 1 Pzp.

„*Celem postępowania jest bezsprzecznie realizacja przedmiotu zamówienia. Osiągnięcie tego celu jest możliwe po wykonaniu robót, które zostały przewidziane przez*

zamawiającego, zgodnie z treścią projektu i dokumentacji technicznej. Jednak istnieje także prawdopodobieństwo wystąpienia konieczności wykonania robót niespodziewanych, które nie mieszczą się w ramach dokumentacji projektowej." (wyrok KIO z dnia 31.03.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 345/09). Prace dodatkowe, czy roboty uzupełniające (przewidywane przez Zamawiającego - pkt 4 SIWZ), stanowić będą wobec tego wykonanie zamówienia. W związku z powyższym wykonanie tych robót będzie podlegało dodatkowemu wynagrodzeniu, które powinno zostać ustalone według stawek cenotwórczych zawartych w zestawieniu, którego złożenia wymagał Zamawiający.

W ofercie Protestującego brakuje istotnych informacji, wymaganych w SIWZ, których Zamawiający nie może uzupełnić, ani wystąpić o ich wyjaśnienie wobec ich braku. Wobec powyższego należało uznać, że brak istotnego elementu oferty w postaci zestawienia danych do kosztorysowania stanowi o niezgodności treści złożonej oferty z treścią SIWZ. (wyrok Sądu Okręgowego w Płocku z dnia 27.12.2006 r., sygn. akt: IV Ca 926/06).

Przystępujący stwierdził także, że złożony przez niego: „Wykaz składników cenotwórczych” jak najbardziej prawidłowo wykonany. Zawiera bowiem wszystkie dane potrzebne wraz z kosztorysem ofertowym do wyceny zamówienia podstawowego, jak i zamówień uzupełniających, czy dodatkowych.

Znając stawkę robocizny, koszty pośrednie, koszty zakupu materiałów, zysk oraz ceny materiałów i sprzętu, Zamawiający będzie w stanie zweryfikować przygotowany kosztorys powykonawczy lub kosztorys zawierający wycenę robót uzupełniających, czy dodatkowych.

Wskazanie przez Przystępującego jako stawkę obliczeniową dla materiałów i sprzętu: „Średnie ceny Sekocenbud za III kwartał 2009 r.” pozwala Zamawiającemu na podstawie ogólnodostępnej publikacji Sekocenbud określić poszczególne ceny przyjęte przez Przystępującego w złożonej ofercie.

Postępowanie w sprawie o udzielenie zamówienia publicznego jest sformalizowane i oparte na sztywnych regułach wynikających z ustawy Prawo zamówień publicznych (wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 28.10.2005 r., sygn. akt: V Ca 398/05). Formalizm ten uzasadnia stosowanie rygorów w przypadku ofert niespełniających wymogów specyfikacji (wyrok Sądu Okręgowego w Gorzowie Wielkopolskim z dnia 28.09.2005 r., sygn. akt: II Ca 29/05). Jeżeli Zamawiający stawia konkretne wymagania co do informacji, które oferta i wszelkie załączniki do niej mają zawierać, to Wykonawca składając ofertę zobowiązany jest dopełnić tego wymogu w swojej ofercie, ponieważ w innym przypadku jego oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Przystępujący stwierdził także, że prawidłowo wskazał Protestujący na fakt błędnego przyjęcia przez Przystępującego: „cen Sekocenbud za III kwartał 2009 r.” Jednak należy to traktować jako oczywistą omyłkę pisarską, którą to Zamawiający jest zobowiązany poprawić

zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 1 Pzp. Powyższe należy traktować jako oczywistą omyłkę pisarską, gdyż: „w odniesieniu do cen materiałów i pracy sprzętu COLAS Polska Sp. z o.o. odwołuje się do nieokreślonych jeszcze w dniu składania oferty średnich cen Sekocenbud za III kwartał 2009 r. Ceny te zostaną określone dopiero po upływie III kwartału 2009 roku i opublikowane w IV kwartale 2009 r. Skoro ceny te zostaną podane dopiero po zakończeniu III kwartału 2009 roku to niemożliwe było przyjęcie ich jako podstawę przy opracowaniu kosztorysu ofertowego.”. Potwierdzeniem faktu, że jest to oczywista omyłka pisarska jest wyrok KIO z dnia 20.01.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 11/09, który stwierdza, że oczywista omyłka pisarska polega w szczególności na niezamierzonym przekręceniu, opuszczeniu wyrazu, błędzie logicznym, pisarskim lub mającym postać innej niedokładności przypadkowej. Podobnie wyrok KIO z dnia 10.04.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 265/08.

Przystępujący stwierdził także, że złożył zgodny z wymogiem Zamawiającego: „Wykaz składników cenotwórczych”, natomiast pozostali Wykonawcy biorący udział w postępowaniu nie załączyli wcale takiego wykazu. Fakt złożenia przez pozostałych Wykonawców zbiorczego zestawienia kosztów nie jest potwierdzeniem załączenia: „Wykazu składników cenotwórczych”. Zbiorcze zestawienie kosztów jest bowiem zestawieniem działów kosztorysów (zakresu robót) i na jego podstawie Zamawiający nie będzie mógł m.in. zweryfikować zgodności wyceny ewentualnych robót dodatkowych, czy uzupełniających.

Twierdzeniom Protestującego o bezcelowym charakterze wymogu wyszczególniania i wyceniania wszystkich składników cenotwórczych w sposób wykraczający poza pozycje wymienione w kosztorysie ofertowym, Przystępujący przeciwstawia okoliczność tego rodzaju, że to Zamawiający opisuje przedmiot zamówienia i wymagania jakie muszą spełniać Wykonawcy. „Nie może więc dochodzić do dyktowania przez Wykonawców, które parametry są ważne przy opisywaniu przedmiotu zamówienia, lecz kwestia ta zależy od oceny i zapotrzebowania Zamawiającego w danym konkretnym przetargu.” (wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 11.04.2007 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-362/07). „Na Zamawiającym, zgodnie z art. 29 ZamPublU, spoczywa obowiązek dokonania opisu przedmiotu zamówienia. Jest to jeden z obowiązków Zamawiającego, ale i uprawnienie do tego, aby dokonywał tej czynności samodzielnie. Wykonawcy mogą, w drodze żądania wyjaśnień, zgodnie z art. 38 ust. 1 ZamPublU, starać się wpływać na poszczególne sformułowania specyfikacji i na jej doprecyzowanie...” (wyrok KIO z dnia 19.03.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 200/08). Kopia przystąpienia została skutecznie przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

Rozstrzygnięcie protestu nastąpiło w dniu 04.08.2009 r. faxem, poprzez jego oddalenie. Zamawiający wskazał na pkt. 17 SIWZ „Opis sposobu obliczenia ceny ofertowej” gdzie w ostatnim zdaniu zapisał, że: „W kosztorysie należy wyszczególnić i wycenić wszystkie składniki cenotwórcze na podstawie których kosztorys ofertowy został

*opracowany*". Z uzasadnienia protestu wynika, w ocenie Zamawiającego, że Protestujący miał duże wątpliwości co rozumieć poprzez ten zapis i jak go interpretować. Podaje przy tym kilka różnych sposobów interpretacji tego zapisu SIWZ. Ostatecznie przyjął, że podstawowym składnikiem cenotwórczym jest pojedyncza pozycja kosztorysowa. Taka interpretacja składników cenotwórczych jest zgoła odmienna od ogólnie przyjętej przy robotach budowlanych, gdzie jako składniki cenotwórcze określa się: 1) koszty roboczogodziny, 2) koszty materiału, 3) koszty sprzętu, 4) koszty pośrednie, 5) koszty zakupu materiałów oraz 5) zysk. Pomimo tych wątpliwości, które budził ten zapis SIWZ Protestujący nie skorzystał z prawa jakie przysługuje mu na podstawie art. 38 ust. 1 Pzp i nie zwrócił się do Zamawiającego z prośbą o wyjaśnienie treści SIWZ. Tym samym obecne powoływanie się na niejasność zapisu SIWZ i dążenie do interpretacji tych zapisów na korzyść Protestującego jest nieuzasadnione.

W dniu 07.08.2009 r. (data nadania u publicznego operatora pocztowego) Odwołujący na oddalenie protestu wniósł odwołanie do Prezesa UZP podtrzymując zarzuty i wnioski z protestu. Dodatkowo wnosząc o obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego w całości, w tym kosztami z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego. Odwołujący podniósł, iż rozstrzygnięcie protestu jest bardzo lakoniczne i nie odnosi się w sposób wyczerpujący do wszystkich stawianych Zamawiającemu w proteście zarzutów.

Zamawiający stanął bowiem na stanowisku, iż wszelkie wewnętrzne niespójności i niejasności SIWZ obciążają wykonawców, którzy mają obowiązek zwrócić się do Zamawiającego o wyjaśnienie ich treści. Odwołujący podnosił także, iż nie istnieje żadna legalna definicja pojęcia: „*składników cenotwórczych*”, która mogłaby definitywnie przesądzić, co rzeczywiście kryje się pod tym pojęciem. Mając zaś na uwadze potoczne rozumienie tego pojęcia, to są one zdecydowanie niejednolite. Odwołujący wskazuje, iż wyjątkowy formalizm towarzyszący procedurze zamówień publicznych powoduje, iż posługiwanie się przez Zamawiającego pojęciami nieostrymi, budzącymi wątpliwości interpretacyjne nie może stanowić ryzyka wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. To na Zamawiającym jako gospodarzu postępowaniu spoczywa obowiązek sporządzenia specyfikacji w sposób klarowny, spójny i nie budzący wątpliwości interpretacyjnych, tak by zapewnić wykonawcom funkcjonowanie w warunkach uczciwej konkurencji. Skoro zatem 4-ech doświadczonych wykonawców odmiennie interpretowało pojęcie: „*składników cenotwórczych*”, co skutkowało odrzuceniem ich ofert, nie sposób mówić o oczywistym i jednoznacznym rozumieniu przedmiotowego pojęcia oraz funkcjonującej: „*ogólnie przyjętej interpretacji*” na którą powołuje się Zamawiający.

O braku precyzji i spójności w formułowaniu przez Zamawiającego ww. zapisu SIWZ dowodnie świadczy również fakt, iż każdy z wykonawców w odmienny sposób dokonał: „wyszczególnienia i wycenienia wszystkich składników cenowych”. Skoro zatem wykonawcy dokonali interpretacji zapisów SIWZ na trzy różne sposoby, oczywistym jest, że sformułowanie ich nie jest jednoznaczne i precyzyjne.

Odwołujący podnosi również, iż zgodnie z pkt 8 d) SIWZ: „WYKAZ OŚWIADCZEŃ I DOKUMENTÓW”: „Dla udokumentowania spełnienia wymaganych warunków oraz uznania ważności, oferta musi zawierać następujące dokumenty lub poświadczane za zgodność z oryginałem przez Wykonawcę ich odpisy lub kserokopie”, do oferty należało dołączyć kosztorys ofertowy w formie uproszczonej. Jednocześnie brak w tym punkcie wskazania, iż koniecznym jest dołączenie również zestawienia składników cenotwórczych. Zapis pkt 17 SIWZ: „OPIS SPOSOBU OBLICZENIA CENY OFERTOWEJ”, wskazywał natomiast, iż: „Cenę należy określić na podstawie kosztorysu ofertowego. Kosztorys ofertowy należy sporządzić na podstawie przedmiaru robót, stanowiącego załącznik do specyfikacji, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych dokumentacji projektowej (...) W kosztorysie należy wyszczególnić i wycenić wszystkie składniki cenotwórcze, na podstawie których kosztorys ofertowy został opracowany”.

Odwołujący podnosi, iż tytuł pkt 17 SIWZ wskazuje jednoznacznie, iż powyższy zapis dotyczy jedynie wskazówki Zamawiającego co do sposobu obliczenia ceny ofertowej. Przedmiotowy zapis wskazuje zatem wyłącznie, iż wykonawcy przy obliczaniu ceny ofertowej mają uwzględnić i wycenić wszystkie składniki cenotwórcze. Nie wynika z niego natomiast, iż cenniki te mają zostać w drodze odrębnego zestawienia załączone do kosztorysu i złożone wraz z ofertą. W ocenie Odwołującego, jeśli zamysłem Zamawiającego było otrzymanie takich składników cenotwórczych w formie odrębnego zestawienia winien wyraźnie wyartykułować to w zapisie pkt 8 SIWZ, traktującego o wymaganych dokumentach i oświadczeniach jakie winien złożyć wykonawca dla uznania ważności oferty.

Oczywistym jest bowiem, iż dla wykładni umowy (i oświadczeń woli), duże znacznie mają takie elementy jak tytuły (wytluszczone i pisane dużymi literami) nadane poszczególnym rozdziałom i punktom SIWZ, a interpretacja oświadczeń woli w oderwaniu od tych elementów miałaby charakter dowolny. Zgodnie bowiem z orzecznictwem Sądu Najwyższego: „*prawidłowa, pełna i wszechstronna wykładnia umowy nie może pomijać treści zwerbalizowanej na piśmie, bowiem sformułowania i pojęcia, a także sama semantyka i struktura aktu umowy są jednym z istotnych wykładników woli stron, pozwalają ją poznać i ocenić*” (wyrok SN z 18.03.2008 r., sygn. akt: II CSK 336/07).

Powyższe przesądza, o tym, że wykładnia językowa SIWZ prowadzi do wniosku, iż zapis nakazujący w kosztorysie wyszczególnić i wycenić wszystkie składniki cenotwórcze był

jedynie wskazówka Zamawiającego co do sposobu obliczenia ceny ofertowej, a nie jednym z dokumentów wymaganych przez niego dla uznania ważności oferty.

Odwołujący podnosi, również iż stosownie do treści art. 65 § 1 kc w zw. z art. 14 Pzp, oświadczenie należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają tego ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. Mając na uwadze powyższe, stwierdzić należy, iż żądanie od wykonawców zestawienia składników cenotwórczych wraz z kosztorysem uproszczonym należy do rzadkości i z pewnością nie stanowi utrwalonego zwyczaju. Nadto, skoro cena ofertowa opiera się wyłącznie na załączonych kosztorysach (§ 5 wzoru umowy) to żądanie dodatkowo przedmiotowego zestawienia jest zabiegiem zbędnym. Stosownie bowiem do treści art. 25 ust. 1 Pzp, w postępowaniu o udzielenie zamówienia Zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania (wyrok ZA z 19.01.2006 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-97/06). Nie budzi wątpliwości fakt, iż przedmiotowe zestawienie jest dokumentem całkowicie zbędnym, gdyż wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu zamówienia wynika wyłącznie z poszczególnych pozycji kosztorysowych. Żądanie zestawienia w sposób rażąco narusza zatem art. 25 ust. 1 Pzp.

Błędnym i gołosłownym jest twierdzenie Przystępującego, iż przedłożenie przez oferentów zestawienia składników cenotwórczych jest niezbędne do wyliczenia wynagrodzenia za wykonanie zamówień uzupełniających na podstawie art. 67 ust. 1 pkt. 6 Pzp lub ewentualnych robót dodatkowych. Odwołujący wskazuje, iż treść SIWZ nie przewiduje by przedmiotowe zestawienie miało zostać wykorzystane do wyliczenia wynagrodzenia za roboty dodatkowe lub uzupełniające. Nadto, bezwzględnie obowiązujący przepis art. 66 Pzp, stanowi, iż zamówienie z wolnej ręki to tryb, w którym Zamawiający udziela zamówienia po negocjacjach tylko z jednym wykonawcą. Powyższe oznacza, iż niezbędnym elementem procedury przetargowej w trybie udzielenia zamówienia z wolnej ręki są negocjacje. Oznacza to, iż wszystkie elementy takiej umowy, w tym w szczególności wysokość wynagrodzenia lub sposób jego obliczenia ustalony zostaje w drodze rokowań. Zapis umowny przewidujący, iż stawki wykorzystane w zamówieniu podstawowym obowiązywać będą również w postępowaniu o udzielenie zamówienia uzupełniającego stanowi obejście przepisu art. 66 Pzp, a zatem na mocy art. 58 §1 kc, uznać go należy na nieważny. Poszerzenie zaś zakresu zamówienia o roboty dodatkowe (w drodze rozszerzenia zakresu umowy, a nie udzielenia zamówienia uzupełniającego) możliwe jest natomiast, zgodnie normą art. 144 ust. 1 Pzp, wyłącznie w sytuacji w której Zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w SIWZ oraz określił warunki takiej zmiany. Tymczasem SIWZ nie przewiduje możliwości zmiany umowy polegającej na rozszerzeniu przedmiotu zamówienia.

Powyższe przesądza o całkowitej nieprzydatności przedmiotowego zestawienia i jego indyferentności w stosunku do merytorycznej zawartości oferty Odwołującego.

Na marginesie, Wykonawca wskazuje również, iż zgodnie z utrwaloną linią orzeczniczą KIO niejednoznaczność zapisów SIWZ nie może wywoływać negatywnych skutków w sferze interesów prawnych wykonawców oraz skutkować odrzuceniem oferty jako niezgodnej z treścią SIWZ (wyrok KIO z dnia 8.10.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 1020/08, wyrok KIO z dnia 29.0.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 48/09, wyrok KIO z dnia 29.08.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 844/08, wyrok ZA z dnia 31.07.2006 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-2155/06). Kopie treści odwołania Zamawiający otrzymał tego samego dnia (wpływ bezpośredni).

W dniu 10.08.2009 r. Zamawiający przekazał firmie COLAS Polska (faxem) kopię odwołania i wezwał go do udziału w postępowaniu odwoławczym.

Do postępowania odwoławczego toczącego się na skutek wniesienia odwołania przystąpił dnia 19.08.2009 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa UZP) COLAS Polska po stronie Zamawiającego. Wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Przystępujący w pierwszej kolejności wskazał, że cztery odrzucone oferty nie posiadały wcale wyszczególnienia składników cenotwórczych. W związku z czym nie można tu mówić o odmiennych czterech interpretacjach jak wskazuje Odwołujący. Wykonawcy nie zinterpretowali zapisu na różne sposoby, ponieważ nie dali wcale wymaganego załącznika, a jedynie załączyli zbiorcze zestawienie kosztów, którego wzór był załączony do SIWZ.

Brak informacji, czy wymaganego przez Zamawiającego wykazu, nie można traktować jako wynik niewiedzy czy błędnej interpretacji składających oferty przetargowe. Zamawiający bowiem wprost napisał w SIWZ w pkt. 17, że: *„w kosztorysie należy wyszczególnić i wycenić wszystkie składniki cenotwórcze, na podstawie których kosztorys ofertowy został opracowany”*. Nie ma tu wątpliwości, że Zamawiający wymagał danych na temat wszystkich składników cenotwórczych, a więc wszystko co składa się na cenę. W związku z czym nie można przyjąć jak twierdzi Odwołujący, że dołączenie zbiorczego zestawienia kosztów jest wypełnieniem tego wymogu. Zbiorcze zestawienie kosztów, które zostało dołączone przez wykonawców zawiera jedynie podział na poszczególne zakresy robót - poszczególne kosztorysy. W związku z czym, nie zawiera wszystkich składników cenotwórczych, na podstawie których kosztorys ofertowy został opracowany. Tak naprawdę dane, które są zawarte w zbiorczym zestawieniu kosztów są przepisane z kosztorysów.

W ofercie Odwołującego nie ma w żadnym miejscu informacji, z których wynikałyby dane na temat wyceny składników cenotwórczych. Z oferty Przystępującego natomiast, z załącznika: *„Wykaz składników cenotwórczych”* są wszystkie dane potrzebne do sporządzenia kosztorysu, tj. stawka robocizny, przyjęte ceny za materiały i sprzęt, koszty pośrednie, koszty zakupu materiałów i zysk kalkulacyjny. Nie ma więc żadnych wątpliwości,

że Przystępujący wypełnił wymóg Zamawiającego. Przystępujący ocenił, że nie było konieczne definiowanie pojęcia: „wszystkich składników cenotwórczych”. Zapis jednoznacznie wskazuje, że Zamawiający żądał danych, cen elementów jakie składają się na cenę. Błędna jest interpretacja Odwołującego, że skoro Zamawiający w pkt 8d) SIWZ nie wyszczególnił, że do oferty należy załączyć wykaz składników cenotwórczych to wymóg zawarty w pkt 17 SIWZ nie wiąże Wykonawców ubiegających się o zamówienie. SIWZ zawiera szereg informacji, które określa art. 36 Pzp, m. in. informacje na temat oświadczeń i dokumentów, jakie mają dostarczyć Wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, jak również opis sposobu przygotowania ofert, czy opis sposobu obliczenia ceny. Nie można więc sporządzając ofertę przetargowa kierować się jedynie częścią SIWZ, lecz czytać literalnie całość aby spełnić wszystkie wymogi postawione przez Zamawiającego.

Wskazał także, że Odwołujący błędnie interpretuje treść art. 67 ust. 1 pkt. 5 Pzp, ponieważ jak z treści przepisu wynika, zamówień dodatkowych można udzielić po zaistnieniu jednej z opisanych 2 okoliczności, jeżeli wykonanie tych robót (dodatkowych): „*stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia*”. W związku z powyższym nie ma tu zastosowania art. 144 ust. 1 Pzp i Zamawiający nie może określać takiej zmiany w SIWZ, ponieważ jak sam przepis wskazuje, roboty dodatkowe występują na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia.

Nie sposób zgodzić się z twierdzeniem Odwołującego, że wymaganie wykazu składników cenotwórczych jest nieprzydatne w przedmiotowym postępowaniu ze względu na to że zamówień z wolnej ręki udziela się po negocjacjach z jednym Wykonawcą. Owszem jest to tryb, w którym Zamawiający negocjuje warunki przyszłej umowy tylko z jednym Wykonawcą. Prowadzone negocjacje mają służyć zawarciu umowy, a przedmiotem negocjacji może być cena, szczegóły zamówienia, termin realizacji, zasady gwarancji (...). W związku z czym zapis o przyjętych stawkach zamówienia podstawowego, które miałyby służyć udzieleniu zamówienia uzupełniającego czy dodatkowego, nie stoi w sprzeczności z treścią art. 66 Pzp. Kopia przystąpienia została stosownie przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

**Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu postępowania w sprawie, zapoznaniu się z dokumentacją przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowieniami SIWZ, treścią oferty Odwołującego, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępującego, zaprezentowanych w proteście, przystąpieniu do protestu, rozstrzygnięciu protestu, odwołaniu oraz przystąpieniu do postępowania odwoławczego, a także w toku rozprawy ustalił i zważył, co następuje.**

Skład orzekający Izby w pierwszej kolejności ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 187 ust. 4 Pzp.

Ustalono również, że Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający go do złożenia protestu i odwołania.

Zdaniem, Izby Odwołujący, którego oferta została odrzucona i nie podlegała klasyfikacji w ramach kryterium oceny ofert, tj. ceny (100%), w przypadku uwzględnienia odwołania i powtórzenia czynności badania i oceny złożonych ofert z uwzględnieniem jego oferty, z uwagi na przedłożenie oferty najkorzystniejszej cenowo, ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Odnosząc się do podniesionych w proteście, jak i w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego mimo jej zgodności z SIWZ, Izba uznaje w/w zarzut za zasadny.

Oдноśnie istotnych dla rozstrzygnięcia przedmiotowego zarzutu postanowień SIWZ skład orzekający Izby ustalił:

Zamawiający w pkt 3 SIWZ: „*OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA*” m.in. wskazał, że: „*Zakres rzeczowy zadania będącego przedmiotem zamówienia opisany jest szczegółowo w dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznej i przedmiarze robót. Ewentualne pozycje katalogowe podano wyłącznie dla ułatwienia sporządzenia kalkulacji - stosowanie ich do wyceny nie jest obligatoryjne Specyfikacja techniczna, przedmiar robót i projekt stanowi załącznik do niniejszej specyfikacji*”. (...) Ponadto: „*Wykonawca sporządzi dokumentację powykonawczą*”.

W pkt 4 SIWZ: „*ZAMÓWIENIA UZUPEŁNIAJĄCE*” Zamawiający stwierdził, że: „*(...) przewiduje możliwość udzielenia zamówienia uzupełniającego na zasadach określonych w art. 67 ust 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych*”.

Z kolei pkt 6 SIWZ: „*TERMIN REALIZACJI ZAMÓWIENIA*” określa, że: „*Zamówienie należy wykonać w terminie do dnia 31 października 2010 r. W roku 2009 należy wykonać odcinek drogi o długości 0,65 km oraz jedno rondo*”.

W pkt 8 SIWZ: „*WYKAZ OŚWIADCZEŃ I DOKUMENTÓW*” precyzuje się, że: „*Dla udokumentowania spełnienia wymaganych warunków oraz uznania ważności, oferta musi zawierać następujące dokumenty lub poświadczony za zgodność z oryginałem przez Wykonawcę ich odpisy lub kserokopie:*

- a) *ofertę zgodną z formularzem oferty stanowiącym załącznik do specyfikacji,(...)*
- d) *kosztorys ofertowy w formie uproszczonej (...)*”

Natomiast, w pkt 17 SIWZ: „*OPIS SPOSOBU OBLICZENIA CENY OFERTOWEJ*” Zamawiający stwierdził:

Po pierwsze, że: „*Cenę oferty należy podać w złotych polskich, wraz z podatkiem VAT, na formularzu ofertowym*”.

Po drugie: „*Cena oferty jest niezmienna i zostanie przeniesiona do umowy. Cenę należy określić na podstawie kosztorysu ofertowego*”

Po trzecie: „*Kosztorys ofertowy należy sporządzić na podstawie przedmiaru robót, stanowiącego załącznik do specyfikacji, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych, dokumentacji projektowej. Dodatkowo należy wycenić ryczałtowo elementy opisane w pkt. 3 ppkt. a-1 SIWZ*”.

Po czwarte, w ostatnim zdaniu określił, że: „*W kosztorysie należy wyszczególnić i wycenić wszystkie składniki cenotwórcze, na podstawie których kosztorys ofertowy został opracowany*”.

Dodatkowo w ramach formularza ofertowego stanowiącego załącznik do SIWZ każdy z uczestników przedmiotowego postępowania składając ofertę stwierdzał, że: „*W związku z ogłoszonym (...) postępowaniem o zamówienie publiczne (...), zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia z dnia (...) oferuję wykonanie zamówienia za kwotę (...)*”. Ponadto, w pkt 1 formularza ofertowego oświadczał, że: „*(...) powyższa cena uwzględnia wszystkie koszty wykonania przedmiotu zamówienia określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia*”.

W projekcie umowy stanowiącej także załącznik do SIWZ w § 1 PRZEDMIOT UMOWY Zamawiający w ust. 2 wskazał, że: „*Szczegółowy zakres i standard robót określony jest w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (...), w ofercie Wykonawcy (...), oraz dokumentacji technicznej, które stanowią integralną część niniejszej umowy*”. Zaś w ust. 3 niniejszego paragrafu zawarł, że: „*Wykonawca zobowiązuje się wykonać i dostarczyć na swój koszt do siedziby Zamawiającego najpóźniej z upływem terminu o którym mowa w § 3 następujące dokumenty zatwierdzone pisemnie przez inspektora nadzoru inwestorskiego:*

*a. dwa egzemplarze dokumentacji powykonawczej wraz z szczegółowym określeniem ostatecznego zakresu rzeczowego (...)*”. W § 5 WARTOŚĆ UMOWY określił w ust. 1, że: „*Za wykonanie przedmiotu umowy określonego w § 1, Zamawiający zapłaci Wykonawcy wynagrodzenie kosztorysowe w kwocie (...) zgodnie z poniższym zestawieniem:*

*(...) Wartość kosztorysowa (...)*

*(...) Ryczałt dotyczący czynności opisanych w pkt. 3 ppkt.a-1 SIWZ (...)*”.

Natomiast, w ust. 2 niniejszego paragrafu uregulował, że: „*Rozliczenie inwestycji kosztorysem powykonawczym wg faktycznie wykonanych robót na podstawie cen jednostkowych kosztorysu ofertowego*”.

W postępowaniu złożono 6 ofert, z których 5 Zamawiający odrzucił na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Z niniejszych 5 odrzuconych ofert, 4 zostały odrzucone z uwagi na te same okoliczności faktyczne, jak w stosunku do oferty Odwołującego.

Niniejszy przedłożył wraz z ofertą uproszczony kosztorys ofertowy (str. od 227 do 238 oferty) sporządzony w oparciu o przedmiar robót załączony do SIWZ. Kosztorys ofertowy Odwołującego obejmował wszystkie pozycje wymienione w kosztorysie. Ponadto wskazywał ich ilość, cenę jednostkową i wartość.

Z pozostałych odrzuconych oddzielny protest złożyła firma STRABAG Sp. z o.o., do której protestu przystąpił inny odrzucony EUROVIA Polska SA. Obaj Wykonawcy nie wnieśli samodzielnego odwołania, a ich odrzucenie stało się ostateczne. Do Odwołującego na etapie protestu przystąpił ostatni z odrzuconych Konsorcjum w składzie: „POL-DRÓG Piła” Sp. z o.o. „POL-DRÓG Kościan” Sp. z o. o. Niniejszy Wykonawca nie ponowił swojego przystąpienia na etapie odwołania. Wszyscy przywołani Wykonawcy wskazywali na zbliżone okoliczności.

Odnosząc zapisy SIWZ do powyższego stanu faktycznego, Izba stwierdziła co następuje.

Po pierwsze, Izba wskazuje za wyrokiem z dnia 02.09.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 866/08, że: *„Kwestię kosztorysowania na gruncie zamówień publicznych reguluje rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 18 maja 2004 r. w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym (Dz. U. Nr 130 poz.1389). Jednakże zgodnie z § 1 ust. 1 rozporządzenie określa metody i podstawy sporządzania kosztorysu inwestorskiego stanowiącego podstawę określenia wartości zamówienia na roboty budowlane oraz metody i podstawy obliczania planowanych kosztów prac projektowych i planowanych kosztów robót budowlanych stanowiących podstawę określenia wartości zamówienia, którego przedmiotem jest zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych, a więc określa metody obliczenia wartości szacunkowej zamówienia publicznego, którego to obliczenia dokonuje Zamawiający zgodnie z art. 32 ust. 1 ustawy. Rozporządzenie zatem nie odnosi się do sposobów obliczania ceny przez wykonawców. Przeciwnie w art. 36 ust. 1 pkt 12 ustawy Zamawiający został zobligowany do wskazania wykonawcom sposobu obliczenia ceny.(...)”*. Wskazywane orzeczenie mimo, że odnosiło się do kosztorysu ofertowego sporządzonego metodą szczegółową, z uwagi na analogiczny charakter pod względem braku precyzji w przedstawianiu przez Zamawiającego swoich oczekiwań, Izba uznaje za adekwatne do stanu faktycznego będącego przedmiotem odwołania, tym bardziej że porusza również kwestie składników cenotwórczych. Izba wskazuje, że: *„Opis sposobu obliczenia ceny*

powinien stanowić zbiór szczegółowych wymagań podanych przez zamawiającego, określający przede wszystkim metodę i podstawy sporządzenia kalkulacji kosztorysowej robót budowlanych przez wykonawcę, sposób i formę jej przedstawienia, a także sposób kalkulacji innych składników przedmiotu zamówienia. Należy mieć na uwadze także to, że opis sposobu obliczenia ceny będzie dotyczył wszystkich składników przedmiotu zamówienia publicznego tj. robót budowlanych oraz ewentualnych dostaw i usług, które składać się mogą na przedmiot zamówienia” (G. Nasierowska: „Umowy o roboty budowlane w zamówieniach publicznych – wysokość wynagrodzenia wykonawcy a cena ofertowa. Umowy o roboty budowlane w zamówieniach publicznych – część III”, Biuletyn „Finanse Publiczne” Nr 3/2009, źródło: <http://finanse-publiczne.pl/>).

Zamawiający w pkt 17 zawarł opis sposobu obliczania ceny ofertowej, jednakże, w ocenie Izby jego zapisy są nieprecyzyjne i budzą wątpliwości. Izba wskazuje, że: „Nawet profesjonalista nie ma prawa ani obowiązku dokonywać wykładni postanowień siwz. Zamawiający ma obowiązek zatem dbałości o precyzyjność, jasność i przejrzystość formułowanych postanowień, a w przypadku potrzeby dokonania wykładni wyjaśnić wszystkie wskazania jako autor.” (wyrok z dnia 02.09.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 866/08). Sformułowanie: „Cena oferty jest niezmienna i zostanie przeniesiona do umowy. Cenę należy określić na podstawie kosztorysu ofertowego” wskazuje, że wynagrodzenie w niniejszym postępowaniu ma charakter wynagrodzenia kosztorysowego, mimo że pewne elementy mają być wycenione ryczałtowo „(..) opisane w pkt. 3 ppkt. a-1 SIWZ”. Przy czym, sformułowanie: „W kosztorysie należy wyszczególnić i wycenić wszystkie składniki cenotwórcze, na podstawie których kosztorys ofertowy został opracowany”, mogłoby świadczyć, że chodzi o kosztorys ofertowy sporządzony metodą szczegółową, gdyby nie wyraźne wskazanie przez Zamawiającego, że ma być złożony wraz z ofertą „kosztorys ofertowy w formie uproszczonej” (pkt 8 d SIWZ). Z kolei stwierdzenie „(.....) wyszczególnić i wycenić wszystkie składniki cenotwórcze (....)”, czyni niniejszy zapis nieostrym i wieloznacznym, pozwalającym na odmienne rozumienie przez każdego z uczestników postępowania prowadzącym wręcz do kosztorysu ofertowego w formie szczegółowej. Ponadto, należy wskazać, że załączone przedmiary robót, stanowiące załącznik do SIWZ, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych, dokumentacji projektowej, a mające być podstawą sporządzenia kosztorysu ofertowego były tzw. przedmiarem uproszczonym, czyli obejmowały tylko opis pozycji oraz ilość robót do wykonania. Odwołujący złożyła taki kosztorys do oferty. Zawierał on wszystkie wymagane pozycje.

Po drugie, Izba uznaje, że fakt istnienia standardów kosztorysowania robót budowlanych nie przesądza o tym, że Zamawiający posługując się pojęciem funkcjonującym na rynku usług budowlanych, nie nada takiemu pojęciu odmiennego brzmienia. Zamawiający

może określić własne wymogi dotyczące potrzebnych mu elementów kalkulacyjnych, a jeżeli oczekuje opracowania kosztorysu ofertowego w oparciu o określony standard, to powinien się do niego odwołać w SIWZ. Powyższe odnosi się także do składników cenotwórczych. Jeśli Zamawiający wymagał od Wykonawców prezentacji ceny jednostkowej w sposób obejmujący składniki cenotwórcze takie jak: 1) koszty roboczogodziny, 2) koszty materiału, 3) koszty sprzętu, 4) koszty pośrednie, 5) koszty zakupu materiałów oraz 5) zysk powinien być to wyraźnie wskazać w SIWZ lub, w tym zakresie zobowiązać wykonawców do zastosowania rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 18 maja 2004 r. w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym zwanego dalej: „*Rozporządzeniem MI z 2004 r.*”. Użycie wieloznacznego sformułowanie „*wszystkie składniki cenotwórcze*” jest niewystarczające i stoi w sprzeczności z rozstrzygnięciem protestu oraz argumentacją z rozprawy w tym zakresie. Należy bowiem wskazać, że różny mógł być poziom agregacji składników cenotwórczych, a tym samym rozumienia pojęcia: „*wszystkie składniki cenotwórcze*” w sformułowaniu: „*wyszczególnić i wycenić wszystkie składniki cenotwórcze, na podstawie których kosztorys ofertowy został opracowany*”. Nie dokonanie tego przez Zamawiającego nie może na obecnym etapie postępowania wywoływać negatywnych skutków dla wykonawców, którzy nie zastosowali się do niezwerbalizowanego oczekiwania Zamawiającego.

Po trzecie, Izba uznaje że fakt formalnego nie wyszczególnienia w kosztorysie ofertowym w formie uproszczonej składników cenotwórczych stanowi niezgodność tylko co do formy, a nie co do treści oferty z SIWZ. Nie podanie składników cenotwórczych w kosztorysie ofertowym w formie uproszczonej przez Odwołującego, nie wpływa na rozpoznanie i przyjęcie przez Zamawiającego jednego z elementów *essentialae negotii* oferty jakim jest jej cena, a konkretnie nie odnosi się do pozycji kosztorysu, według których wynagrodzenie z tytułu umowy zostanie ostatecznie ustalone. W związku z kosztorysowym charakterem wynagrodzenia umownego zawartego w projekcie umowy załączonej do SIWZ wynagrodzenie wyliczone zostanie w oparciu o obmiary rzeczywiście wykonanych robót oraz przedstawione w kosztorysie ofertowym ceny jednostkowe w poszczególnych pozycjach przedmiarowych. „*Wynagrodzenie kosztorysowe to porównanie tego, co miało być (zestawienie planowanych prac i zestawienie przewidywanych kosztów) z tym, co faktycznie zostało wykonane w trakcie realizacji zamówienia (zestawienie faktycznie wykonanych oraz obliczenie faktycznych kosztów)*”. (G. Nasierowska: „*Umowy o roboty budowlane w zamówieniach publicznych – wysokość wynagrodzenia wykonawcy a cena ofertowa. Umowy o roboty budowlane w zamówieniach publicznych – część III*”, Biuletyn „*Finanse Publiczne*” Nr 3/2009, źródło: <http://finanse-publiczne.pl/>). Zaoferowana według pozycji

kosztorysu zapłata zawiera i zaspakaja wszystkie roszczenia Odwołującego związane z wykonaniem umowy, w tym także wszystkie składniki cenotwórcze. Nie budzi bowiem wątpliwości, iż składniki cenotwórcze zostały przez Odwołującego wliczone i skalkulowane w poszczególnych cenach jednostkowych zawartych w kosztorysie. Natomiast Zamawiający nie dysponuje żadną możliwością sprawdzenia i zweryfikowania prawidłowości wyliczenia poszczególnych cen jednostkowych nawet gdy przyjęte składniki cenotwórcze zostaną podane – w tym zakresie informacje takie należy uznać za zbędne z punktu widzenia możliwości zweryfikowania zgodności oferty z SIWZ, czy Pzp. Ponadto informacje żądane przez Zamawiającego nie dotyczą również innych istotnych elementów treści oferty dotyczących oferowanego zakresu wykonania robót będących przedmiotem zamówienia, czy sposobu ich wykonania. W ofercie Odwołującego podano wszystkie wymagane przez Zamawiającego informacje niezbędne do stwierdzenia, iż oferta - rozumiana jako zobowiązanie do wykonania zamówienia wraz ze wszelkimi wiadomościami i zapisami, które to zobowiązanie dookreślają i precyzują - jest zgodna z treścią SIWZ. W rezultacie brak składników cenotwórczych nie wpływa na treść oferty, ani na możliwość dokonania oceny złożonej oferty oraz na określenie istotnych warunków niezbędnych do zawarcia umowy.

Izba wskazuje, że Rozporządzenie Ministra Rozwoju Regionalnego i Budownictwa z dnia 15.07.1996 r. w sprawie metod kosztorysowania obiektów i robót budowlanych (Dz. U. 48, poz. 461) określało § 4 ust. 1, że kalkulacja uproszczona polega na obliczeniu ceny kosztorysowej jako sumy iloczynów ilości scalonych jednostek jednorodnych robót oraz cen jednostkowych tych robót, z uwzględnieniem podatku od towarów i usług, przy czym cena jednostkowa robót łącznie z kosztami pośrednimi (Kp) i zyskiem kalkulacyjnym (Z), obliczona według formuły:  $C_j = \text{wartość kosztorysowa robocizny na jednostkę przedmiarową robót} + \text{wartość kosztorysowa materiałów na jednostkę przedmiarową robót} + \text{koszty zakupu na jednostkę przedmiarową robót} + \text{wartość kosztorysowa pracy sprzętu na jednostkę przedmiarową robót} + \text{koszty pośrednie na jednostkę przedmiarową robót} + \text{zysk kalkulacyjny na jednostkę przedmiarową robót}$ . Z kolei zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Rozwoju Regionalnego i Budownictwa z dnia 13.07.2001 r. w sprawie metod kosztorysowania obiektów i robót budowlanych (Dz. U. 80, poz. 867) określało w § 4 ust. 2, że w braku w założeniach lub danych wyjściowych ustaleń dotyczących odrębnej – poza ceną jednostkową – kalkulacji szczegółowej wyszczególnionych elementów kosztów, cena jednostkowa uwzględnia wszystkie koszty robocizny, materiałów, pracy sprzętu i środków transportu technologicznego niezbędnych do wykonania robót objętych daną jednostką przedmiarową oraz koszty pośrednie i zysk. Powyższe rozporządzenia z uwagi na zawarte tam definicje (m.in. kosztorysu ofertowego, zamiennego i powykonawczego § 6) oraz brak stosownej regulacji prawnej, Rozporządzenie MI z 2004 r. dotyczy kosztorysu inwestorskiego

są do chwili obecnej mimo formalnego uchylecia wykorzystywane przez kosztorysantów oraz Zamawiających.

Po czwarte, w ocenie Izby Zamawiający nie wykazał, w jaki sposób brak przedmiotowych informacji, tj. składników cenotwórczych w kosztorysie ofertowym w formie uproszczonej może wpływać na zakres, wartość i sposób wykonania zamówienia wynikające z oferty, czyli na jej istotne elementy. Argumentacja z rozprawy, w ocenie Izby, jest z założenia błędna. Okoliczność, że w wypadku odstąpienia od umowy istnieje konieczność dokonania rozliczenia pewnego elementu na podstawie właśnie składników cenotwórczych, gdyż na etapie realizacji zamówienia nie wszystko można rozliczyć na podstawie cen jednostkowych należy bowiem rozpatrywać w kontekście art. 145 ust. 2 Pzp. Odstąpienie od umowy przez Zamawiającego skutkuje bowiem prawem po stronie Wykonawcy żądania wyłącznie wynagrodzenia należnego z tytułu wykonania części umowy. W razie gdy z obmiaru wynika, że wykonano mniej niż było wycenione wynagrodzenie ulega stosownej korekcie kalkulacyjnej w oparciu o cenę jednostkową wynikającą z kosztorysu ofertowego (co także przewiduje w przedmiotowym postępowaniu projekt umowy w § 5 ust. 2: *„Rozliczenie inwestycji kosztorysem powykonawczym wg faktycznie wykonanych robót na podstawie cen jednostkowych kosztorysu ofertowego”*). Istotą jest bowiem wykonanie lub też nie części umowy. Ewentualne składniki cenotwórcze wymienione w rozstrzygnięciu protestu nie będą przydatne stronom umowy np. dla rozliczenia kosztu zakupu materiału przykładowo farby, czy też kosztu sprzętu przykładowo wynajmu maszyny budowlanej, gdy dana część zamówienia nie zostanie wykonana. W razie wykonania części umowy rozliczenie nastąpi tak jak to przewidział Zamawiający na podstawie ceny jednostkowej kosztorysu ofertowego. W razie zaistnienia tzw. kwestii spornych mogą być one przedmiotem odrębnego rozstrzygnięcia w trybie powództwa cywilnego przez właściwy sąd powszechny. Powyższe potwierdził w sposób pośredni także Przystępujący na rozprawie, który odniósł kwestie składników cenotwórczych także do § 2 ust. 7 (roboty niezbędne dla bezpieczeństwa obiekt lub zabezpieczenia przed awarią), § 6 (warunki płatności, rozliczenie częściowe robót zgodnie z ich zaawansowaniem), § 7 (kary umowne), § 8 ust. 5 (koszty usuwania wad), § 9 ust. 2 (naprawy gwarancyjne) oraz § 10 ust. 2 i 4 (odstąpienie od umowy) projektu umowy, co Izba uznaje za nadinterpretacje nie mającą żadnego oparcia w znajdujących się w nich zapisach. Przystępujący wskazał bowiem, że w wypadku awarii poważnych rozmiarów przysługują Odwołującemu roszczenie o bezpodstawne wzbogacenie. Ponadto, z zapisów projektu umowy przywołanych przez Przystępującego wynika wręcz bowiem, odmiennie niż to dowodził Przystępujący na rozprawie, usuwanie wad, naprawa gwarancyjna, czy też realizacja robót niezbędnych dla bezpieczeństwa obiektu lub zabezpieczenia przed awarią na koszt Wykonawcy, czyli Odwołującego nie zaś w oparciu o składniki cenotwórcze. Poza tym, z projektu umowy wynika jednoznacznie, że podstawą rozliczenia, czy to częściowego,

czy też na skutek odstąpienia od umowy będzie stopień ich zaawansowania, czyli wykonania.

Po piąte, Izba stwierdza że ewentualna praktyka polegająca na obligowaniu Wykonawcy do kalkulowania robót w ramach zamówień dodatkowych, czy uzupełniających w oparciu o ceny składników cenotwórczych wynikające z kosztorysu ofertowego dla zamówienia podstawowego ma charakter krzywdzący. Oba zamówienia są oddzielnymi zamówieniami udzielonymi w różnych trybach. Każde z nich charakteryzuje się swoją specyfiką, a zamówienia z wolnej ręki udziela się po przeprowadzonych rokowaniach, których przedmiotem są uzgodnienia stron co do sposobu i podstaw ustalenia ceny. Podawanie w ofercie dla zamówienia podstawowego stawki, narzuty czy ceny, w żadnym razie nie są wiążące dla wykonawców przy zawieraniu umów na roboty dodatkowe czy uzupełniające (podobnie wyrok KIO z dnia 08.04.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 388/09). Izba wskazuje także na podnoszony bardzo często argument przez przedstawicieli branży budowlanej, że: „trudno jest łączyć tą samą podstawą kalkulacyjną, dwa zamówienia o zróżnicowanych warunkach realizacji” (strona internetowa ORGBUD-SERWIS-Artykuły: *„Kosztorys ofertowy odpowiedzią wykonawcy na warunki stawiane przez zamawiającego, przy uwzględnieniu „Polskich standardów kosztorysowania robót budowlanych”*, <http://www.orgbud.pl>).

Izba oddaliła wniosek Przystępującego o powołanie biegłego w zakresie kosztorysowania w odniesieniu do składników cenotwórczych. W pierwszej kolejności z uwagi na fakt, że Zamawiający nie poparł wniosku Przystępującego, a zgodnie z 184 ust. 5 Pzp czynności wykonawcy, który przystąpił do postępowania odwoławczego, nie mogą pozostawać w sprzeczności z czynnościami i oświadczeniami strony, do której przystąpił. W drugiej kolejności wobec uznania, że fakty będące elementem badania przez biegłego zostały stwierdzone innymi dowodami, tj. składniki cenotwórcze zostały zawarte w cenach jednostkowych kosztorysu ofertowego w formie uproszczonej, a ich nie wyszczególnienie nie wpływa na merytoryczną treść oferty, wobec oparcia kosztorysu ofertowego o przygotowane przez Zamawiającego przedmiary, czyli zgodnie z SIWZ.

Jednocześnie wobec potwierdzenia się zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp, Izba uznała także za zasadny zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp poprzez naruszenie przy ocenie i wyborze oferty w niniejszym postępowaniu zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz dążenie do udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami Pzp.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 191 ust. 1 i 1a Pzp, orzeczono jak w sentencji.

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

O kosztach wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego skład orzekający Izby orzekł na podstawie § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007 r., Nr 128, poz. 886 z późn. zm.), uznając za uzasadnione koszty w kwocie 3.600,00 zł, tj. zgodnie z przedłożoną fakturą.

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

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....