

Sygn. akt: KIO 2737/12

WYROK
z dnia 21 grudnia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 grudnia 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 grudnia 2012 r. przez wykonawcę **BUDIMEX S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Generalną Dyрекcyję Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Żelazna 59, 00-848 Warszawa**.

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności polegającej na poprawieniu w ofercie odwołującego omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy – Prawo zamówień publicznych odnoszącej się do pozycji 1.2.8 kosztorysu ofertowego – Kanały z rur PP o średnicy 500 mm I Roboty nierozpoczęte, E. Odwodnienie autostrady.

2. kosztami postępowania obciąża **Generalną Dyрекcyję Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Żelazna 59, 00-848 Warszawa** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **BUDIMEX S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od **Generalnej Dyрекcyję Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Żelazna 59, 00-848 Warszawa** na rzecz **BUDIMEX S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa** kwotę **23 600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. 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 Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na zadanie pn.: „Kontynuacja budowy autostrady A4 odcinek węzeł Rzeszów Zachód - węzeł Rzeszów Centralny”. Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się dniu 14.07.2012r., pod numerem: 222970- 2012-PL

BUDIMEX S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: odwołujący) wniósł dnia 10.12.2012 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od czynności Zamawiającego polegającej na poprawieniu, w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, rzekomej „omyłki” w ofercie Odwołującego poprzez zmianę ceny jednostkowej pozycji kosztorysu ofertowego nr 1.2.8. Kanały z rur PP o średnicy 500 mm I Roboty nierozpoczęte, E. Odwodnienie autostrady, z 1.444.850,00 PLN na 1.444,85 PLN i będące następstwem tej zmiany - zmianę w kosztorysie ofertowym, o czym Zamawiający przesłał informację Odwołującemu w dniu 7 grudnia 2012 r.

Zaskarżonej czynności Zamawiającego zarzucił naruszenie:

- art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp w zw. z art. 7 Pzp poprzez przyjęcie przez Zamawiającego, że wpisanie przez Odwołującego w poz. nr 1.2.8. kosztorysu ofertowego - ceny jednostkowej 1.444.850,00 PLN powoduje niezgodność treści oferty Odwołującego z treścią SIWZ oraz, że Odwołujący popełnił omyłkę w swojej ofercie, podając cenę jednostkową dla wyżej wymienionej pozycji kosztorysu ofertowego na poziomie 1.444.850,00 PLN, w sytuacji, gdy podanie ceny jednostkowej w wysokości 1.444.850,00 PLN było zamierzonym, zgodnym z SIWZ, działaniem Odwołującego.

W oparciu o przedstawione zarzuty odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności poprawienia omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt Pzp odnoszącej się do wyżej wskazanej kosztorysu ofertowego i dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej z pierwotnym brzmieniem przedmiotowej pozycji kosztorysowej.

Odwołujący wskazuje, że złożył ofertę sporządzoną w sposób prawidłowy i zgodny z wymaganiami opisanymi w SIWZ, odpowiadającą potrzebom przedmiotu zamówienia, stanowiącą „ofertę najkorzystniejszą”. Skutkiem zaskarżonej czynności jest poprawienie rzekomej omyłki w kosztorysie ofertowym, co wpłynie na wysokość ceny (wynagrodzenie w niniejszej sprawie ma charakter kosztorysowy). W konsekwencji Odwołujący, chcąc „bronić” swojego wyliczenia ceny ofertowej, musiałby odmówić wyrażenia zgody na poprawienie omyłki przez Zamawiającego, co z kolei skutkowałoby odrzuceniem jego oferty po myśli art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp i utratą możliwości realizacji niniejszego zamówienia. W tej sytuacji Odwołujący już na obecny etapie postępowania o zamówienie publiczne musi podjąć działania zmierzające do obrony swojej oferty, w tym w szczególności skorzystać z

przysługujących mu wobec bezprawnych działań Zamawiającego środków ochrony prawnej. Rezygnacja z takich działań i poprzestanie wyłącznie na odmowie wyrażenia zgody na poprawienie spornej omyłki mogłoby bowiem w przyszłości doprowadzić do uznania złożonego przez Odwołującego odwołania od czynności polegającej na odrzuceniu jego oferty za spóźnione.

Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia, w trybie art. 87 ust. 1 Pzp, wyjaśnień treści jego oferty poprzez wyjaśnienie, jakie elementy (czynniki) składowe wpłynęły na dokonaną kalkulację cen jednostkowych, m.in. pozycji nr 1.2.8. kosztorysu ofertowego - Kanały z rur PP o średnicy 500mm I Roboty nierozpoczęte, E. Odwodnienie autostrady. Zakres wezwania został doprecyzowany kolejnym pismem z dnia 16 listopada 2012r., ze wskazaniem, że celem żądania przedmiotowych wyjaśnień jest dokonanie głębszej analizy złożonej oferty, bowiem „zaoferowane ceny jednostkowe wzbudziły wątpliwości Zamawiającego co do ich wysokości - ich kalkulacja wydaje się być zawyżona.” Jednocześnie Zamawiający wskazał, że „pozostawia wykonawcy dowolność co do wyboru przedstawienia sposobu przedstawienia kalkulacji i jej elementów, nie ograniczając wyjaśnień jedynie do złożenia kalkulacji szczegółowej ceny jednostkowej”.

Odwołujący pismem z 16 listopada 2012r. wskazał, jakie elementy składowe zostały przez niego uwzględnione w kalkulacji ceny jednostkowej z pozycji nr 1.2.8. kosztorysu ofertowego - Kanały z rur PP o średnicy 500mm I Roboty nierozpoczęte, E. Odwodnienie autostrady, jak również wskazał na ogólne ryzyka związane z realizacją przedmiotowego kontraktu, których koszty zostały uwzględnione w tej i innych pozycjach kosztorysu.

22 listopada 2012r. Zamawiający ponowił wezwanie do wyjaśnienia treści oferty poprzez cyt.: „wyjaśnienie, jakie szczególne czynniki/elementy wpłynęły na wysokość zaoferowanych cen jednostkowych pozycji wymienionych w piśmie z dnia 14.11.2012r. Prosimy o złożenie wyjaśnień ze szczególnym uwzględnieniem kalkulacji ceny jednostkowej pozycji: nr 1.2.8. Kanały z rur PP o średnicy 500mm I Roboty nierozpoczęte, E. Odwodnienie autostrady”.

Odwołujący 26 listopada 2012r. złożył dodatkowe wyjaśnienia spornej pozycji kosztorysu.

7 grudnia 2012r. Zamawiający poinformował Odwołującego o poprawieniu rzekomej omyłki popełnionej przez Odwołującego w jego ofercie poprzez zmianę ceny jednostkowej wymienianej pozycji kosztorysu ofertowego z 1.444.850,00 PLN na 1.444,85 PLN i będące następstwem tej zmiany - zmianę w kosztorysie ofertowym. Zamawiający jednocześnie nie dokonał poprawienia cen jednostkowych w innych pozycjach kosztorysu ofertowego, do których wyjaśnienia wezwał Odwołującego pismem z dnia 22 listopada 2012 r.

Zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp Zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Z dyspozycji cytowanego przepisu wynika, iż procedura

poprawienia omyłki w omawianym trybie jest kilkuetapowa i dla wystąpienia podstaw do dokonania przez Zamawiającego poprawek w ofercie wykonawcy z zastosowaniem regulacji art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, konieczne jest:

po pierwsze, stwierdzenie, że oferta nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia;

po drugie, że dostrzeżone niezgodności mają charakter omyłek;

po trzecie - że nie powodują one istotnych zmian w treści oferty (ich poprawienie nie spowoduje istotnych zmian w treści pierwotnego oświadczenia woli zawartego w ofercie

Odnosząc się do pierwszej z przesłanek odwołujący zaznacza, iż zawarte w SIWZ instrukcje co do sposobu obliczenia ceny ofertowej były lakoniczne i sprowadzały się, w istotnym dla niniejszej sprawy zakresie, do stwierdzenia:

10.1. Cena ofert zostanie wyliczona przez Wykonawcę w oparciu o kosztorys ofertowy sporządzony na formularzu, którego wzór stanowi Formularz 2.2. Podstawą obliczenia ceny oferty są Przedmiary robót zamieszczone w Tomie V niniejszej SIWZ.

10.2 Kosztorys ofertowy, o którym mowa w pkt 1, należy sporządzić metodą kalkulacji uproszczonej ściśle według kolejności pozycji wyszczególnionych w Przedmiarach robót. Wykonawca określi ceny jednostkowe netto oraz wartości netto dla wszystkich pozycji wymienionych w Przedmiarach robót.

10.6 Cena oferty powinna obejmować całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia, w tym również wszelkie koszty towarzyszące wykonaniu, o którym mowa w Tomach II-V SIWZ. Koszty towarzyszące wykonaniu przedmiotu zamówienia, których w Przedmiarach robót i Tabeli elementów scalonych nie ujęto w odrębnych pozycjach, Wykonawca powinien ująć w cenach jednostkowych pozycji opisanych w Przedmiarach robót.

Jak wynika z powyższego, wykonawcy nie mieli obowiązku przedstawić Zamawiającemu kalkulacji szczegółowych poszczególnych pozycji. SIWZ dawała im także swobodę co do tego, w jaki sposób skalkulują oni koszty wykonania robót opisanych w poszczególnych pozycjach Przedmiaru, skoro kalkulacja ta miała zostać dokonana w taki sposób, aby obejmowała wszelkie koszty i ryzyka związane z wykonaniem zamówienia, także te nieopisane wprost w Przedmiarach.

Uzupełniając wskazał, iż podstawą do żądania kalkulacji szczegółowych jest wprawdzie powoływane przez Zamawiającego postanowienie subklauzuli 14.1 Warunków Kontraktu, ale postanowienie to znajdzie zastosowanie w relacjach pomiędzy Odwołującym a Zamawiającym dopiero po zawarciu umowy o zamówienie publiczne i w świetle pozostałych postanowień umowy zawieranej w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC służy inny celom (np. ustaleniu ceny jednostkowej w oparciu o subkl. 12.3).

Wobec powyższego, w niniejszej sprawie nie sposób przyjąć, aby kalkulacja ceny jednostkowej Odwołującego, odnoszącej się do pozycji nr poprzez 1.2.8. Kanały z rur PP o

średnicy 500mm I Roboty nierozpoczęte, E. Odwodnienie autostrady, wskazywała na niezgodność treści oferty Odwołującego z treścią SIWZ. Kalkulacja ta została dokonana z uwzględnieniem wytycznych Zamawiającego zawartych w SIWZ, również opis spornej pozycji i ilości przyjęte do wyliczenia ceny ofertowej są zgodne z treścią Przedmiarów.

W niniejszej sprawie, Zamawiający zmierza do ingerencji w treść oferty Odwołującego, dążąc wyłącznie do zmiany, jego zdaniem, zbyt wysokiej ceny jednostkowej.

Wykluczenie w niniejszej sprawie takiej możliwości, że skalkulowanie na wysokim poziomie ceny jednostkowej spornej pozycji jest niezgodne z treścią SIWZ, zbędnym czyni wdrażanie dalszych etapów procedury z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Niemniej jednak wskazać należy także na to, że istota obowiązku, jaki ciąży na Zamawiającym w związku z wdrożeniem procedury poprawienia pomyłek w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, polega na tym, by usunąć błędy wykonawcy w treści oferty. Katalog możliwych omyłek do poprawienia jest szeroki.

Wykonawca ma prawo przyjąć taką strategię budowania swojej ceny ofertowej i cen jednostkowych, która zapewni mu nie tylko uzyskanie zamówienia, ale i pokrycie kosztów realizacji zamówienia. Rozpatrując słuszność kalkulacji ceny spornej pozycji trzeba pamiętać o rzeczywistych kosztach wykonania wynoszących około 14 tys. zł oraz o tym, że cena jednostkowa jest jedynie wynikiem podzielenia tychże kosztów przez obmiar sporządzony przez Zamawiającego. Dopóki więc Zamawiający, jak w niniejszej sprawie, nie narzuca wykonawcom wytycznych co do budowania ceny jednostkowej, wykonawcy z tej swobody mogą w pełni korzystać. Stąd Odwołujący koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia, które nie zostały opisane wprost w Przedmiarze, mógł ująć w kilku lub w jednej cenie jednostkowej, różnym pozycjom Przedmiaru mógł przypisać różne koszty tzw. mobilizacji, itp. Bez prawnego znaczenia pozostaje przy tym wysokość przedmiotowej ceny jednostkowej zaoferowanej przez innych wykonawców. Ewentualne różnice w cenach jednostkowych podanych w tym postępowaniu w różnych ofertach wskazują jedynie na przyjęcie przez wykonawców ubiegających się o to zamówienie odmiennych założeń na etapie kalkulowania ceny ofertowej.

W ocenie Odwołującego, zaskarżona czynność Zamawiającego stanowi niedopuszczalne prawem negocjacje cenowe dotyczące złożonej oferty, co nabiera szczególnego znaczenia w świetle pisma Zamawiającego z dnia 07.12.2012r., w którym Zamawiający w ogóle nie podaje uzasadnienia prawnego i faktycznego dla swego stanowiska (Zamawiający w szczególności nie podaje, na czym w istocie polega niezgodność treści oferty Odwołującego z SIWZ, z którym postanowieniem SIWZ).

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. Wskazał na przeprowadzone postępowanie wyjaśniające w trybie art. 87 ust. 1 ustawy pzp wywołane spostrzeżeniem, że cena jednostkowa 1 metra bieżącego we wskazanej pozycji kosztorysu wynosi 1.444.850 zł i

jest wielokrotnie wyższa od ceny jednostkowej z kosztorysu inwestorskiego (tu: 329,80 zł), oraz cen w ofertach konkurentów (od 172,47 do 361,73 zł/mb). Wskazał, że w wyniku dokonania przedmiaru różnicowego w stosunku do przedmiaru dla całości robót do wykonania, pozostało do wykonania 0,01 mb. Zwrócił przy tym uwagę, że przedmiotowy kontrakt jest kontynuacją robót i może zajść konieczność wykonania nieprzewidywanej bliżej ilości robót wymagających naprawy, wymiany lub ponownego wykonania, w tym sytuacja konieczność ułożenia kanałów z rur PP o średnicy 500 mm w wymiarze większym, np. 19 mb., co w efekcie, przy tak wysokiej cenie jednostkowej odwołującego, spowodowałoby podrożenie kontraktu i rzeczywisty koszt realizacji wyższy od ceny zaoferowanej przez drugiego wykonawcę w cenowym rankingu ofert. Przedstawił porównanie cen jednostkowych kanałów z rur polipropylenowych o średnicach mniejszych i większych od pozycji spornej zauważając, że ta ostatnia zdecydowanie odbiega od pozostałych cen w sposób nieuzasadniony, gdyż wszystkie te pozycje zostały skalkulowane w oparciu o tę samą specyfikację techniczną D-03.02.01.00 określającą co obejmuje cena wykonania 1 mb tych rur. W świetle powyższego uznał, że cena powinna zawierać się pomiędzy cenami wykonania kanałów z rur sąsiednich i różnić się od nich jedynie o wartość użytego materiału i proporcjonalnie do średnicy kanału o wartość nakładów robocizny i sprzętu, czyli powinna być mniejsza od ceny jednostkowej wykonania kanałów z rur PP o śr. 600 mm, dla których wykonawca przyjął cenę jednostkową 1.978,80 zł/mb). Zamawiający wskazał, że wykonawca w wyjaśnieniach stwierdził, że właśnie w tej spornej pozycji uwzględnił wszystkie ryzyka związane z kontraktem, 10 letnią gwarancją, ewentualnymi karami, finansowaniem – kredytowaniem budowy, „a więc czynniki, które już wycenił w kosztach dostosowania do wymagań Warunków Kontraktu i wymagań ogólnych zawartych w specyfikacji technicznej DM 00.00.00 (Kosztorys ofertowy A – Dział Ogólny poz. 1 – ryczałt 540.000 zł netto). Zamawiający stoi na stanowisku, iż słusznie uznał, że zaszła inna omyłka, polegająca na niezgodności oferty z siwz i dokonał korekty wskazanej ceny jednostkowej. Podkreślił, że wynagrodzenie w tym postępowaniu jest kosztorysowe i istnieje konieczność wcześniejszej inwentaryzacji robót. Wskazał w siwz obmiar 0,01 m, ale faktyczna ilość koniecznych do wykonania jednostek będzie wynikała z dokonanej inwentaryzacji i obmiar może być większy, co stanowiłoby o zagrożeniu w wydatkowanych środkach publicznych. W przypadku natomiast zaniechania wykonania tego elementu oznaczałoby, iż założone przez wykonawcę ceny są rażąco niskie i nie odpowiadają siwz jako nie uwzględniające ryzyk wykonawcy, co może statuować ryzyko niewykonania zamówienia bądź wykonania go w sposób nienależyty. W ocenie zamawiającego niezgodność z siwz w rozpatrywanym przypadku polega na błędnym przyporządkowaniu kosztów, tj. wszystkie koszty wskazane przez wykonawcę w złożonych wyjaśnieniach winny zostać ujęte w kosztach ogólnych, stanowiących odrębną kalkulację, a nie w cenie tej jednej pozycji. Stwierdził, że istnieje prawdopodobieństwo

graniczące z pewnością, odmiennego zakresu prac zarówno rzeczowo, jak i wartościowo, które będą musiały być wykonane w ramach realizacji kontraktu, w stosunku do opisu przedmiotu zamówienia, który jest oparty na przedmiarze różnicowym. Zauważył także, że inwestycja ma być wykonana z funduszy europejskich i istnieje duże zagrożenie przekroczenia jej budżetu.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania, w szczególności specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty odwołującego się, a także biorąc pod uwagę wyjaśnienia i stanowiska stron i uczestników złożone podczas rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Oceniając zarzuty odwołania, skład orzekający uznaje je za uzasadnione.

Zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp Zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Z przepisu wynika, iż poprawienie omyłki na podstawie powołanego wymaga stwierdzenia, że oferta nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, niezgodność taka ma charakter omyłki, a poprawienie omyłki nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty.

Należy zauważyć, że postanowienia siwz co do sposobu obliczenia ceny wskazywały na wymóg wyliczenia ceny oferty w oparciu o kosztorys wg formularza sporządzony na podstawie przedmiarów robót stanowiących treść siwz. Zamawiający wymagał, by kosztorys ofertowy był sporządzony metodą kalkulacji uproszczonej ściśle według kolejności pozycji wyszczególnionych w przedmiarach robót ze wskazaniem cen jednostkowych dla wszystkich pozycji, a uwzględniając zakres rzeczowy elementu rozliczeniowego wykonawca określał wartość elementu.

Wykonawcy nie mieli obowiązku przedstawić kalkulacji szczegółowych poszczególnych pozycji. Specyfikacja pozostawiała wykonawcom wybór, w jaki sposób skalkulują oni koszty wykonania robót opisanych w poszczególnych pozycjach przedmiaru. Co zrozumiałe, kalkulacja powinna obejmować wszelkie koszty związane z wykonaniem zamówienia, także te nieopisane wprost w przedmiarach.

W pozycji, której treść jest źródłem sporu, przedmiotem wyjaśnień i miejscem dokonania poprawienia treści przez zamawiającego, wykonawca wpisał cenę jednostkową za 1 metr bieżący w kwocie 1.444.850 zł i wobec zakresu robót określonych w przedmiarze na 0,01 m ustalił wartość elementu na kwotę 14.448,50 zł.

Biorąc pod uwagę wymogi siwz co do sporządzenia kosztorysu stwierdzenie zamawiającego o niezgodności w tym miejscu treści kosztorysu z treścią siwz nie zostało udowodnione. Omawiany element został bowiem opisany we wszystkich wymaganych pozycjach, zarówno rzeczowej, jak i wartościowej oraz co do ceny jednostkowej ustalonej w odniesieniu do

jednego metra. *Prima facie*, na pierwszy rzut oka, bez zagłębiania się w sprawę, rzeczywiście kwota niemal półtora miliona złotych kosztu wykonania jednego metra kanału z rury polipropylenowej o dowolnej średnicy (tu: 0,5 m) może budzić zdziwienie i narzucać wniosek, że jest ona znacząco zawyżona. W rzeczywistości ta cena jednostkowa nie jest jednak wartością cenotwórczą, lecz spełnieniem wymogu przedstawienia ceny jednostkowej dla tej pozycji. Natomiast rzeczywista wartość przedmiotowego elementu robót zawarta w cenie oferty wynosi w omawianym wypadku 14.448,50 zł, co nawet u „przeciętnej osoby posiadającej chociażby elementarne rozeznanie co do kosztów prac budowlanych” (cyt. za zamawiającym z odpowiedzi na odwołanie) nie wydaje się być wielkością absurdalną. Przeciwnie, gdyby uznać, że zamawiający prawidłowo uznał za właściwą cenę jednostkową w kwocie 1.444,85 zł za metr bieżący, to w konsekwencji wartość spornego elementu robót wyniosłaby 14,46 zł i oczywiście rodziłaby wątpliwości z obszaru zagadnień ceny rażąco niskiej (tu rażąco niskiej ceny jednostkowej), skoro dla pozostałych rurociągów ceny jednostkowe wynosiły w ofercie 436,50 zł/mb do 7.347,75 zł/mb.

Powyższe porównania Izba uznała za niezbędne do wykazania naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3, mając na uwadze, że lakoniczne skwitowanie co do formalnej tylko zgodności kosztorysu ofertowego z przedmiarem byłoby niewystarczające. Skład orzekający ma przy tym świadomość, że wynikiem prowadzonego postępowania ma być umowa z ceną kosztorysową i będzie to kontrakt obmiarowy, a zatem zakres rzeczowy nie jest we wszystkich elementach robót pewny i może ulec zmianie. Stąd też istotnym elementem w umowie jest planowana inwentaryzacja prac w okresie początkowym realizacji umowy. Zrozumiałe jest zwiększone ryzyko i niepewność obydwu stron umowy w tym zakresie, jakkolwiek wyrażane przez zamawiającego obawy co do znacznego podniesienia kosztów budowy wobec zwiększonego w stosunku do obecnie znanego zakresu prac są nieuzasadnione zważywszy, że zamawiający w warunkach umowy przewidział maksymalną granicę wynagrodzenia w wysokości 107% ceny ofertowej. Można jedynie zauważyć, że te ryzyka i obawy, *de iure* nie stanowią przedmiotu zarzutów odwołania, a tym samym rozstrzygnięcia. Bez wątpienia też nie mają związku z rozpatrzeniem kwestii zgodności z prawem czynności poprawienia treści oferty odwołującego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp.

Jak wskazano w niniejszym uzasadnieniu, w rozpatrywanych i ustalonych okolicznościach faktycznych zamawiający naruszył swoją czynnością przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy wobec braku wykazania niezgodności treści oferty z treścią siwz tj. podstawowej przesłanki zastosowania tego przepisu ustawy.

W świetle powyższego orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania odwoławczego na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawa zamówień publicznych

z uwzględnieniem postanowień 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. z 2010 r., Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: