

**Sygn. akt: KIO 540/16**

**WYROK**  
**z dnia 26 kwietnia 2016 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff**

**Protokolant: Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **26 kwietnia 2016 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **13 kwietnia 2016 r.** przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie **Konsorcjum Firm: 1) A.T. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą P.U.H. „REDON” A.T. (Lider); 2) REDON Spółka z o.o. (Partner), z adresem dla siedziby lidera konsorcjum: ul. Karnowska 3, 89-100 Nakło nad Notecią** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Nakło Nad Notecią, ul. Ks. P. Skargi 7, 89-100 Nakło nad Notecią**

przy udziale wykonawcy **EUROVIA POLSKA S.A., Bielany Wrocławskie, ul. Szwedzka 5, 55-040 Kobierzyce, adres do korespondencji: ul. Fordońska 246, 85-766 Bydgoszcz** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego i w konsekwencji czynności wyboru oferty**

**najkorzystniejszej z dnia 8 kwietnia 2016 r. oraz nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny oferty z uwzględnieniem oferty Odwołującego.**

**2. kosztami postępowania obciąża Gminę Nakło Nad Notecią, ul. Ks. P. Skargi 7, 89-100 Nakło nad Notecią i:**

**2.1.** zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **Konsorcjum Firm: 1) A.T. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą P.U.H. „REDON” A.T. (Lider); 2) REDON Spółka z o.o. (Partner), z adresem dla siedziby lidera konsorcjum: ul. Karnowska 3, 89-100 Nakło nad Notecią** tytułem wpisu od odwołania;

**2.2.** zasądza od **Gminy Nakło Nad Notecią, ul. Ks. P. Skargi 7, 89-100 Nakło nad Notecią** na rzecz **Konsorcjum Firm: 1) A.T. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą P.U.H. „REDON” A.T. (Lider); 2) REDON Spółka z o.o. (Partner), z adresem dla siedziby lidera konsorcjum: ul. Karnowska 3, 89-100 Nakło nad Notecią** kwotę w wysokości **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 22 grudnia 2015 r. poz. 2164) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Bydgoszczy.**

**Przewodniczący:**

.....

## Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na: „Przebudowa ulic: Kilińskiego, Klimackiego, Św. Wawrzyńca i Sądowa w Nakle nad Notecią” nr sprawy ZP.271.01.2016, zostało wszczęte ogłoszeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych Nr 18151 - 2016, data zamieszczenia 23.02.2016 r., przez Gminę Nakło Nad Notecią, ul. Ks. P. Skargi 7, 89-100 Nakło nad Notecią zwaną dalej: „Zamawiającym”.

W dniu 08.04.2016 r. (faxem) Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej EUROVIA POLSKA S.A., ul. Szwedzka 5, 55-040 Kobierzyce, adres do korespondencji: ul. Fordońska 246, 85-766 Bydgoszcz zwane dalej: „EUROVIA POLSKA S.A.” albo „Przystępującym”. Oferta złożona przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Konsorcjum Firm: 1) A.T. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą P.U.H. „REDON” A.T. (Lider); 2) REDON Spółka z o.o. (Partner), z adresem dla siedziby lidera konsorcjum: ul. Karnowska 3, 89-100 Nakło nad Notecią zwane dalej: „Konsorcjum REDON” albo „Odwołującym” została odrzucona na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 22 grudnia 2015 r. poz. 2164) zwanej dalej: „Pzp”.

W dniu 13.04.2016 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Konsorcjum REDON wniosło odwołanie na w/w czynność z 08.04.2016 r. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 13.04.2016 r. (e-mailem). Odwołujący zarzucił naruszenie: 1) art. 89 ust. 1 pkt 2) Pzp w zw. z art. 14 Pzp oraz art. 66 § 1 k.c. przez odrzucenie oferty; 2) art. 7 Pzp w wyniku interpretacji SIWZ na niekorzyść wykonawcy z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców; 3) art. 87 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wezwania odwołującego się do wyjaśnienia treści oferty; 4) art. 91 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego. Wnosił o: 1/ unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Konsorcjum REDON; 2/ unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej EUROVIA POLSKA Sp. z o.o.; 3/ nakazanie Zamawiającemu wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej, ewentualnie nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności polegających na ocenie i wyborze ofert. Ponadto wnosił o obciążenie kosztami postępowania Zamawiającego.

Zamawiający poinformował odwołującego o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz o odrzuceniu oferty złożonej przez Konsorcjum REDON. Jako podstawę odrzucenia oferty wskazano art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp z uwagi na fakt, iż treść oferty nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SIWZ”. Zamawiający wskazał, że w SIWZ i ogłoszeniu o zamówieniu zobowiązał Wykonawców do złożenia wraz z ofertą składników cenotwórczych oraz zestawienia cen materiałów i sprzętu. Odwołujący zaprzeczył istnieniu podstawy faktycznej i prawnej odrzucenia jego oferty.

Zgodnie z pkt VII.2. SIWZ dokumenty składające się na ofertę to :

- 1) Wypełniony załącznik nr 1 - formularz oferta,
- 2) Kopia dowodu wniesienia wadium.
- 3) Wypełniony formularz kosztorysu ofertowego- stanowiącego zestawienie ilościowe robót (załącznik nr 7). Wykonawca jest zobowiązany do oferty załączyć składniki cenotwórcze, składające się na ofertę (Stawka r-g, Wskaźnik procentowy kosztów pośrednich, Zysk, KT) oraz zestawienie cen materiałów i ceny sprzętu.
- 4) Wskazane w SIWZ dokumenty na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia.

W pkt XII SIWZ „Sposób obliczenia ceny” Zamawiający ustalił, że cena oferty zostanie określona na podstawie zestawienia planowych prac i przewidzianych kosztów - formularzy kosztorysów ofertowych, w związku z powyższym zostaje przyjęte wynagrodzenie kosztorysowe. Cena podana w ofercie jest ceną szacunkową, może się zmienić w przypadku, gdy zmienia się rodzaj i ilość jednostek robót niezbędnych do wykonania przedmiotu zamówienia (pkt XII 2). O ostatecznej wartości umowy zadecyduje obmiar, a więc rodzaj i ilość faktycznie wykonanych robót. Ceny jednostkowe, podane w ofercie przez Wykonawcę zostaną ustalone na okres obowiązywania umowy i nie ulegną zmianie. Zmianie mogą ulec jedynie rodzaje i ilości wykonywanych robót, określone w książce obmiarów (pkt XII 3). Cenę ofertową należy wyliczyć wg zasad zawartych w formularzu oferty (załącznik nr 1 do SIWZ) oraz na podstawie formularza kosztorysu ofertowego, opracowanego przez Wykonawcę na podstawie dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych (pkt XII 4). Oferta złożona przez Wykonawcę musi być zgodna z udostępnionymi przedmiarami robót oraz sporządzonym kosztorysem ofertowym (pkt XII 5).

Z kolei w projekcie umowy na wykonanie przedmiotowego zadania zapisano, że wynagrodzenie określone umową odpowiada zakresowi robót przedstawionemu w formularzu kosztorysu ofertowego, które były zamieszczone w załączniku Rozdziale nr IV do SIWZ i jest wynagrodzeniem kosztorysowym (§ 11 ust. 2 zd. pierwsze). Zgodnie z § 11 ust.4 w.w. umowy rozliczanie robót ujętych w przedmiarach robót oraz robót dodatkowych będzie się odbywało w oparciu o faktury , wystawione po zakończeniu robót i odbiorze robót

na podstawie protokołu odbioru wykonanych robót oraz kosztorysu wykonanego w oparciu o następujące założenia:

1) ceny jednostkowe będą przyjmowane z kosztorysów ofertowych, a ilości wykonanych w tym okresie robót - z książki obmiaru (...),

2) gdy wystąpią innego rodzaju roboty (...) kosztorysy te opracowane będą w oparciu o następujące założenia :

- powszechnie dostępne w tym zakresie nakłady rzeczowe,
- składniki cenotwórcze określone w ofercie i formularzu kosztorysu ofertowego - stanowiącego zestawienie ilościowe robót (koszty zakupu, koszty ogólne, zysk, cena robocizny),
- ceny materiałów i sprzętu na podstawie ogólnodostępnych publikacji cenników materiałów (BISTYP, SECOCENBUD, itp.). Odwołujący złożył ofertę zgodną z pkt XII 1.-9. SIWZ wypełniony formularz kosztorysu ofertowego stanowiącego zestawienie ilościowe robót (załącznik nr 7 do SIWZ), natomiast odrzucenie oferty z powodu braku wyszczególnienia składników cenotwórczych jest bezpodstawne i jest naruszeniem ustawy.

Wskazał, 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. Zamawiający zawarł opis sposobu obliczania ceny ofertowej, jednakże jego zapisy są nieprecyzyjne i budzą wątpliwości. Powołane powyżej sformułowanie SIWZ dotyczące kosztorysu mogłyby świadczyć, że chodzi o kosztorys ofertowy sporządzony metodą szczegółową, gdyby nie wyraźne wskazanie przez Zamawiającego (pkt IV 8 pkt 2) SIWZ), że podstawą ustalenia wynagrodzenia Wykonawcy (ceny brutto oferty) będzie kosztorys ofertowy opracowany metodą uproszczoną na podstawie formularza kosztorysu ofertowego - stanowiącego zestawienie ilościowe robót i dokumentacji projektowej wytycznych i zaleceń określonych w SIWZ i STWiORB. Powyższe czyni zapis powołany pkt VII 2. SIWZ nieostrym i wieloznacznym, pozwalającym na odmienne rozumienie przez każdego z uczestników postępowania, prowadzącym wręcz do kosztorysu ofertowego w formie szczegółowej. W punkcie tym umieszczono wieloznaczne skróty jak „stawka r-g” lub wręcz całkowicie niezrozumiałe jak „KT”, a także niejednoznaczne wyrażenia zestawienie cen materiałów i ceny sprzętu. Użycie tak nieprecyzyjnych i wieloznacznych wyrażenia jest niewystarczające do sporządzenia oferty należy bowiem wskazać, że różny mógł być poziom agregacji składników cenotwórczych, a tym samym rozumienia pojęć w zakwestionowanym sformułowaniu. W związku z powyższym fakt formalnego niewyszczególnienia w kosztorysie ofertowym w formie uproszczonej składników cenotwórczych stanowi niezgodność tylko co do formy, a nie co do treści oferty z SIWZ. Niepodanie składników cenotwórczych

w kosztorysie ofertowym w formie uproszczonej przez Odwołującego, nie wpływa na rozpoznanie i przyjęcie przez Zamawiającego jednego z elementów essentialia negotii oferty, jakim jest jej cena, a konkretnie nie odnosi się do pozycji kosztorysu według których wynagrodzenie z tytułu umowy zostanie ostatecznie ustalone. Brak składników cenotwórczych nie wpływa na treść oferty, ani na możliwość dokonania oceny złożonej oferty oraz na określenie istotnych warunków niezbędnych do zawarcia umowy.

Odwołujący zarzucił także, że 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. W tym stanie rzeczy uznał, że składniki cenotwórcze zostały zawarte w cenach jednostkowych kosztorysu ofertowego w formie uproszczonej, a ich niewyszczególnienie nie wpływa na merytoryczną treść oferty, wobec oparcia kosztorysu ofertowego o przygotowane przez Zamawiającego przedmiary, czyli zgodnie z SIWZ. Reasumując Zamawiający nieprecyzyjnie a wręcz niezrozumiale określił w SIWZ żądanie podania przez odwołującego czynników cenotwórczych. Ponieważ samo pojęcie „czynniki cenotwórcze” jest nieprecyzyjne, na Zamawiającym spoczywa ciężar ich dokładnego zdefiniowania. Obowiązku tego Zamawiający nie wykonał, posługując się wręcz niezrozumiałymi skrótami.

Niezależnie od powyższego, nawet zakładając że pojęcie jest wystarczająco doprecyzowane, stwierdził, że żądanie wyszczególnienia i wyceny czynników cenotwórczych przez wykonawcę w kosztorysie „uproszczonym” bez uzasadnienia konieczności określenia tych danych w ofercie nie ma podstaw prawnych i winno być traktowane jako wymóg czysto formalny. Tym samym pominięcie ich w ofercie nie może skutkować odrzuceniem oferty.

Uzasadnienie do ich żądania w ofercie koniecznością kosztorysowej wyceny robót dodatkowych także nie jest właściwe. Wystarczające jest bowiem w takim przypadku ujęcie stosownych zapisów w umowie o roboty budowlane, co faktycznie w niniejszej sprawie miało miejsce, a dowodzą przytoczone powyżej zapisy projektu umowy. Należy przy tym nadmienić, że zapisy w projekcie różnią się znacząco od SIWZ stopniem precyzyjności kwestionowanych zapisów.

Wysoki stopień nieprecyzyjności przedmiotowych zapisów dowodzi także fakt, że na pięć ofert złożonych w przedmiotowej sprawie, aż trzy podlegały odrzuceniu na identycznej podstawie faktycznej i prawnej. Wybrana oferta firmy EUROVIA POLSKA Sp. z o.o. w załączniku „Wykaz stawek i narzutów” także nie zawiera wszystkich tych składników cenotwórczych, które jako obligatoryjne Zamawiający wskazał w pkt VII 2. SIWZ. W tej sytuacji nie wiadomo dlaczego Zamawiający nie odrzucił wszystkich ofert w tym postępowaniu. Ta okoliczność dowodzi zarzutu nierównego traktowania wykonawców (art. 7 Pzp).

Ponadto porównanie kosztorysu ofertowego firmy EUROVIA (pozycje 56 i 61) i załącznika do oferty tej firmy ze składnikami cenotwórczymi dowodzi rażącej różnicy pomiędzy ceną zaproponowaną przez firmę EUROVIA w kosztorysie ofertowym uproszczonym, a ceną wyliczoną na podstawie katalogów rzeczowych dla pozycji 56 i 61, według załączonych składników cenotwórczych. Różnica ta prowadzi do wniosku, że nie jest możliwe wykonanie przedmiotowych pozycji kosztorysu za zaoferowaną cenę. Dowód: 1) niezgodności w ofercie firmy EUROVIA poz. 56 kosztorysu ofertowego; 2) niezgodności ofercie firmy EUROVIA poz. 61 kosztorysu ofertowego. Analiza oferty firmy EUROVIA w tym zakresie potwierdza powyższy zarzut Odwołującego o wysokim stopniu nieprecyzyjności zapisów pkt VII 2. SIWZ.

W przypadku potraktowania wskazanego wymogu jako wymogu czysto formalnego uzasadniony jest także zarzut odwołującego, że braki oferty w tym zakresie winny być uzupełnione w trybie art. 87 ust.1 Pzp.

Zamawiający w dniu 14.04.2016 r. (e-mailem) wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 15.04.2016 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) EUROVIA POLSKA S.A. zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o odrzucenie odwołania, ewentualnie oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu. W ramach zgłoszonego przystąpienia podnosił Przystępujący jako podstawę odrzucenia w art. 189 ust. 2 pkt 2 Pzp w kontekście art. 179 ust. 1 Pzp przedkładając symulacje ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego z której wynikało, że w takiej sytuacji oferta Odwołującego nie będzie najkorzystniejsza biorąc pod uwagę kryteria oceny ofert przyjęte przez Zamawiającego, tj. uplasuje się po ofercie Przystępującego na drugiej pozycji.

W dniu 25.04.2016 r. (faxem) Konsorcjum REDON wniosło pismo procesowe podtrzymując w całości wniesione odwołanie. W jego ramach odniósł się do argumentacji Przystępującego przedkładając własną symulację ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego z której wynikało, że w takiej sytuacji oferta Odwołującego będzie najkorzystniejsza biorąc pod uwagę kryteria oceny ofert przyjęte przez Zamawiającego. Nadto podtrzymał argumentację zawartą w odwołaniu.

Do otwarcia posiedzenia Zamawiający wobec wniesienia odwołania do Prezesa KIO nie wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedzi na odwołanie.

**Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępującego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.**

Skład orzekający Izby ustalił że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający do jego złożenia. Odwołujący, którego oferta została odrzucona i nie była przedmiotem badania i oceny ofert, w przypadku potwierdzenia się podnoszonych zarzutów, ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Izba uznała, iż wobec nie poparcia przez Zamawiającego wniosku Przystępującego z przystąpienia o odrzucenie odwołania i przyznanie na posiedzeniu trafności symulacji przedstawionej w ramach pisma procesowego Odwołującego, brak było możliwości rozpatrzenia wniosku Przystępującego z uwagi na art. 185 ust. 5 Pzp.

Skład orzekający Izby, działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie: dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne przekazanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności postanowień SIWZ, projektu umowy, przedmiaru, odpowiedzi na pytania – pismo z 07.03.2016 r., oferty Odwołującego - „Kosztorys ofertowy” oraz informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego z 08.04.2016 r.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także odwołanie, przystąpienie, pismo procesowe Odwołującego, stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępującego złożone ustnie do protokołu.

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

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie przedmiotowego odwołania:

W tym zakresie, Izba przywołuje wynikające z odwołania oraz pisma procesowego Odwołującego postanowienia SIWZ. Wskazując, że okazało się, iż de facto powyższe postanowienia SIWZ nie były przedmiotem sporu, a przedmiotem sporu była ocena zaistniałego stanu faktycznego związanego z czynnością odrzucenia oferty Odwołującego w świetle obowiązującego prawa i postanowień SIWZ. Odnosząc się do poszczególnych zagadnień w ramach rozpatrywania poszczególnych zarzutów.



Biorąc pod uwagę ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2) Pzp w zw. z art. 14 Pzp oraz art. 66 § 1 k.c. przez odrzucenie oferty Odwołującego, Izba uwzględniła zarzut – uzasadnienie poniżej.

Analiza postanowień SIWZ przywołanych przez Odwołującego oraz Zamawiającego oraz Przystępującego na rozprawie, w kontekście postanowień projektu umowy daje podstawy do uwzględnienia odwołania. Wynika bowiem z tej analizy, że Zamawiający był niekonsekwentny odnośnie składników cenotwórczych jakich oczekiwał od Wykonawców. Wyliczenie bowiem ich w ramach rozdziału VII. 2 pkt 3 SIWZ nie pokrywa się z ich wyliczeniem podanym w § 11 ust. 4 oraz ust. 6 wzoru umowy. Przywołane bowiem postanowienia są zupełnie odmienne. W pierwszym bowiem wypadku jest to - Stawka r-g, Wskaźnik procentowy kosztów pośrednich, Zysk, KT, zaś w drugim - koszty zakupu, koszty ogólne, zysk, cena robocizny. Jest to o tyle istotne, że podstawą kalkulacji była metoda uproszczona w ramach wynagrodzenia kosztorysowego (Rozdz. IV pkt 8 ppkt 2 SIWZ). Z tej przyczyny, jeśli Zamawiający oczekiwał w takim kosztorysie określonych składników cenotwórczych winien to wyraźnie, w sposób nie tylko jednoznaczny, ale nie zaprzeczający się wzajemnie ustalić. W ramach istniejących postanowień SIWZ nie wiadomo, czy chodziło o składniki z pierwszego, czy też drugiego wyliczenia, czy też wszystkie.

Przy czym, istotne jest w tym zakresie, że generalnie Izba stoi na stanowisku, że składniki cenotwórcze de facto są zawarte w poszczególnych cenach jednostkowych – bo taka jest istota wynagrodzenia kosztorysowego sporządzonego metoda uproszczoną (są one w nich zaagregowane). W rezultacie z uwagi na wieloznaczność postanowień SIWZ, niejasności przywołane powyżej nie mogą działać na niekorzyść Wykonawców, w tym wypadku Odwołującego. Powyższa zasada stanowi ugruntowane stanowisko wynikające z orzecznictwa oraz doktryny - Zamawiający nie może wywodzić negatywnych dla wykonawcy skutków prawnych w postaci odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2, jeżeli specyfikacja istotnych warunków zamówienia nie zawierała wyraźnych i jednoznacznych wymagań dotyczących treści oferty (Bazan Aneta, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, komentarz do art. 89, Opublikowano: LEX 2015). S. Babiarczyk: *„Należy mieć na względzie to, że odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 może nastąpić tylko wówczas, gdy niezgodność treści oferty z SIWZ jest niewątpliwa. Mówiąc inaczej, nie można mówić o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, której w rzeczywistości nie ma. Zasadą bowiem powinno być takie interpretowanie i ocenianie ofert wykonawców, aby w ramach przepisów Prawa zamówień publicznych w pierwszej kolejności dążyć do ich utrzymania w postępowaniu, gdyż koresponduje to z naczelnym celem ustawy, jakim jest*

*zapewnienie racjonalnego wydatkowania środków publicznych.*" (Babiarz Stefan, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. III, Opublikowano: LexisNexis 2013, komentarz do art. 89 p.z.p.). W konsekwencji w zaistniałej sytuacji, 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 (powyższe za wyrokiem KIO z 14.09.2009 r. o sygn. akt: KIO/UZP 1155/09).

Oдноśnie kwestii braku załączenia do oferty zestawienia cen materiału i sprzętu. Niewątpliwie Odwołujący na rozprawie przyznał, że takiego zestawienia nie załączył oraz, że nie można cen materiału i sprzętu wywieść z kosztorysu ofertowego załączonego do oferty. Jednakże, Izba przeanalizowała stanowisko Zamawiającego przedstawione na rozprawie – oдноśnie celu wymagania takiego zestawienia, w kontekście przywołanych postanowień projektu umowy (§ 11 ust. 4 i 6) oraz postanowień SIWZ – zgodnie z którymi o ostatecznej wartości umowy zadecyduje obmiar, a więc rodzaj i ilość faktycznie wykonanych robót. Ceny jednostkowe, podane w ofercie przez Wykonawcę zostaną ustalone na okres obowiązywania umowy i nie ulegną zmianie (Rozdz. XII pkt 3 SIWZ). Zamawiający wskazywał w szczególności na rozprawie na § 11 ust. 4 pkt 2 projektu umowy, który odnosił się do robót innego rodzaju niż w formularzu kosztorysu ofertowego. W tym kontekście Zamawiający podnosił kwestie rozliczenia nieprzewidzianych robót wynikłych w ramach remontu. W przywołanym paragrafie projektu umowy stwierdza się, że ich rozliczenie będzie miało miejsce na podstawie kosztorysów przygotowywanych przez Wykonawcę i zatwierdzonych przez Inspektora Nadzoru oraz Zamawiającego. Nadto określa się, że niniejsze kosztorysy zostaną opracowane w oparciu o następujące założenia. Owe założenia odnoszą się do trzech elementów /- powszechnie dostępne w tym zakresie nakłady rzeczowe, - składniki cenotwórcze określone w ofercie i formularzu kosztorysu ofertowego - stanowiącego zestawienie ilościowe robót (koszty zakupu, koszty ogólne, zysk, cena robocizny), - ceny materiałów i sprzętu na podstawie ogólnodostępnych publikacji cenników materiałów (BISTYP, SECOCENBUD, itp.)/. Żaden z nich nie dotyczy zestawienia cen materiałów i sprzętu z oferty, lecz odwołuje się do - ceny materiałów i sprzętu na podstawie ogólnodostępnych publikacji cenników materiałów. Rozliczenie robót zamiennych podobnie w § 11 ust. 6 pkt 2 projektu umowy. Przywołane zaś tam składniki cenotwórcze są elementem jednym z trzech w oparciu o który ma być sporządzony ów kosztorys. Jednakże, brak jest przeszkód, aby z uwagi na dokonaną agregację tych składników w cenie jednostkowej dokonać operacji odwrotnej /wychodząc od ceny jednostkowej/ - koniecznej

celem ich uzyskania, tym bardziej, iż będzie to na potrzeby innego kosztorysu niż kosztorys ofertowy. Izba wzięła także pod uwagę, że chodzi de facto o roboty innego rodzaju niż w formularzu ofertowym – inne niż objęte przedmiotem zamówienia, które zostaną zlecone w trybie z wolnej ręki – zgodnie z § 12 projektu umowy (§ 11 ust. 7 projektu umowy). Podobnie w wypadku robót zamiennych w przypadku wskazanym § 11 ust. 6 projektu umowy.

Reasumując, Izba uznała, że w kontekście wymaganego zestawienia cen materiałów i sprzętu – Zamawiający nie wykazał w oparciu o istniejące postanowienia SIWZ – cel jakiego miało służyć. Inaczej mówiąc, z obowiązujących postanowień SIWZ nie wynika, że jest to dokument (zestawienia cen materiałów i sprzętu) niezbędny do przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (art. 25 ust.1 zdanie 1 Pzp). Nie można zatem uznać, że stanowił też źródło ustalenia, czy treść oferty odpowiada treści SIWZ.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 Pzp w wyniku interpretacji SIWZ na niekorzyść wykonawcy z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców, Izba uwzględniła zarzut – uzasadnienie poniżej.

W tym zakresie Odwołujący podnosił, że skoro jego oferta została odrzucona z uwagi na brak wyodrębnienia składników cenotwórczych w kosztorysie ofertowym to podobna sytuacja miało miejsce analogicznie w ofercie Przystępującego. Izba uznała zasadność tego zarzutu – ale jedynie w kontekście nierównego traktowania wykonawców albowiem pozostałe zarzuty zawarte w odwołaniu dotyczą de facto oferty Przystępującego, które w obowiązującym stanie prawnym nie mogą być rozpatrzone z uwagi na zakres zaskarżenia w postępowania podprogowych wynikający z art. 180 ust. 2 Pzp.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 87 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wezwania Odwołującego do wyjaśnienia treści oferty, Izba uwzględniła zarzut – uzasadnienie poniżej.

W tym kontekście, Izba uznała zasadność zarzutu, albowiem, orzecznictwo stanowi, że mimo, iż wezwanie do wyjaśnień treści oferty jest prawem Zamawiającego, które nie może prowadzić do zmiany jego treści i do negocjacji, to w sytuacji zamiaru Zamawiającego odrzucenia oferty Odwołującego, Zamawiający winien umożliwić Wykonawcy odniesienia się do tych elementów jego oferty, które mają charakter sporny, tak aby w sposób pełny zrozumieć intencje Wykonawcy oraz co nim kierowało przy złożeniu oferty o takiej, a nie innej treści.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W konsekwencji wobec naruszenia art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp, art. 7 Pzp oraz art. 87 ust.1 Pzp doszło także do naruszeniu - art. 91 ust. 1 Pzp przez Zamawiającego.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 Pzp w zw. z § 3 pkt 1 lit. a oraz § 5 ust. 3 pkt 1 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).

**Przewodniczący:**

.....