

**WYROK**  
**z dnia 19 listopada 2013 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Emil Kuriata**

Protokolant: Cyprian Świś

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **19 listopada 2013 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 listopada 2013 r. przez **Odwołującego – W..... H....., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P.P.H.U. AGROSAD W..... H....., ul. Miodowa 107, 71-497 Szczecin,** w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego – Zachodniopomorski Zarząd Melioracji i Urządzeń Wodnych w Szczecinie, Al. Papieża Jana Pawła II 42, 70-415 Szczecin,**

przy udziale **Wykonawcy - Przedsiębiorstwo Konserwacji Urządzeń Wodnych i Melioracyjnych Sp. z o.o., ul. E. Orzeszkowej 29, 71-564 Szczecin,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie.**

**2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego – W..... H....., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P.P.H.U. AGROSAD W..... H....., z siedzibą w Szczecinie i:**

**2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10.000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego – W..... H....., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P.P.H.U. AGROSAD W..... H....., z siedzibą w Szczecinie, tytułem wpisu od odwołania.**

2.2. zasądza od **Odwołującego – W..... H.....**, prowadzącego **działalność gospodarczą pod firmą P.P.H.U. AGROSAD W..... H.....**, z siedzibą w **Szczecinie**, na rzecz **Zamawiającego - Zachodniopomorskiego Zarządu Melioracji i Urządzeń Wodnych w Szczecinie**, kwotę **944 zł 57 gr** (słownie: dziewięćset czterdzieści cztery złote pięćdziesiąt siedem groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz.907) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Szczecinie**.

**Przewodniczący:** .....

## **Uzasadnienie**

Zamawiający – Zachodniopomorski Zarząd Melioracji i Urządzeń Wodnych w Szczecinie, al. Papieża Jana Pawła II 42, 70-415 Szczecin, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Odbudowa wału przeciwpowodziowego nad rzeką Małą Iną w km 17+210 - 21+560” na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907).

Zamawiający dnia 30 października 2013 roku przesłał wykonawcom informację o wynikach prowadzonego postępowania.

Dnia 4 listopada 2013 roku wykonawca W..... H..... prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: P.P.H.U. AGROSAD W..... H....., ul. Miodowa 107; 71-497 Szczecin (dalej „odwołujący”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez odrzucenie oferty najkorzystniejszej, która nie podlegała odrzuceniu,
2. art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez niewyjaśnienie treści złożonej oferty w przypadku wątpliwości zamawiającego, które zostały opisane w uzasadnieniu odrzucenia oferty odwołującego,
3. art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, poprzez niedokonanie poprawek w ofercie wykonawcy poprzez usunięcie niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty,
4. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zarzucenie wykonawcy, że w niemalże wszystkich pozycjach oferty stosuje współczynnik zmniejszający co wpływa na realne zagrożenia niewykonania prac objętych zamówieniem i stanowiło podstawę do odrzucenia oferty.

Odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty i wyboru oferty najkorzystniejszej, a także powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem okoliczności wskazanych w uzasadnieniu,
- 2) zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrotu kosztów postępowania.

Zamawiający dnia 5 listopada 2013 roku przekazał wykonawcom uczestniczącym w przedmiotowym postępowaniu kopię odwołania.

Dnia 6 listopada 2013 roku do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca Przedsiębiorstwo Konserwacji Urządzeń Wodnych i Melioracyjnych Sp. z o.o., ul. E. Orzeszkowej 29, 71-564 Szczecin,

Zamawiający, dnia 18 listopada 2013 roku, złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.**

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza dopuściła dowód z dokumentów składających się na dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

**Izba ustaliła i zważyła, co następuje.**

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, co uprawnia go do złożenia odwołania.

Odwołujący podał, iż zamawiający odrzucając ofertę odwołującego, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, wskazał, że:

1) łączna ilość r-g przedstawiona w kosztorysie inwestorskim wynosi 68.519,763 r-g, w kosztorysie ofertowym przedstawionym przez PPHU Agrosad wynosi 59.574,277 r-g, co daje różnicę w wysokości 9.945,486 r-g,

2) w zestawieniu materiałów ilość ziemi przedstawionej w kosztorysie inwestorskim wynosi 48.585,60 m sześć., w kosztorysie ofertowym przedstawionym przez PPHU Agrosad wynosi 38.878,08 m. sześć, co daje różnicę w wysokości 9.707,52 m sześć.

3) w zestawieniu sprzętu:

a) pozycja ciągnik kołowy 50 kM ilość przedstawiona w kosztorysie inwestorskim wynosi 2.075,10553 m-g, w kosztorysie ofertowym przedstawionym przez PPHU Agrosad wynosi 288,353 m-g, co daje różnicę w wysokości 1.786,753 m-g,

b) pozycja przyczepa skrzyniowa 4,5 Mg ilość przedstawiona w kosztorysie inwestorskim wynosi 1.769,02147 m-g, w kosztorysie ofertowym wynosi 86,0879 m-g, co daje różnicę 1.682,93 m-g.,

c) samochód samowyładowczy 5-10 t., ilość przedstawiona w kosztorysie inwestorskim wynosi 9.493,078 m-g, w kosztorysie ofertowym wynosi 2.122,423 m-g, co daje różnicę w wysokości 7.7370,655 m-g - w zestawieniu materiały po pozycją 116 dodano „Samochód samowyładowczy 5-50 t. w ilości 7.074,0634 m. sześć.”,

4) w niemal wszystkich pozycjach zaniżone są normy z kosztorysu nakładczego będącego załącznikiem do SIWZ stosując współczynniki zmniejszające.

Odwołujący wskazał, że czynności zamawiającego uznać należało za dokonane z naruszeniem przepisów ustawy Pzp, polegające na odrzuceniu oferty o najniższej cenie, która nie powinna zostać odrzucona i wyborze oferty, która nie jest najkorzystniejsza. Część IX. s.i.w.z. pn. OPIS SPOSOBU OBLICZANIA CENY wskazuje, że:

1) *Cena powinna być podana: cyfrowo i słownie.*

2) *Cena oferty ma charakter ceny ryczałtowej tj. ceny określonej za wykonanie całego przedmiotu zamówienia.*

3) *Cenę oferty należy podać z podatkiem od towarów i usług VAT (brutto), z wyszczególnieniem kwoty podatku VAT i kwoty bez podatku VAT (netto).*

4) *Wykonawca wylicza cenę ściśle w oparciu o kosztorys nakładczy-ślepy w tym przedmiar robót (załącznik nr 3 do SIWZ) stanowiący jego integralną część, bez możliwości jego zmiany.*

5) *Wykonawca podając cenę w ofercie powinien uwzględnić wszystkie czynności, wymagania i badania, składające się na wykonanie zamówienia, określone w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, Specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych (załącznik nr 9 do SIWZ), dokumentacji projektowej (załącznik nr 4 do SIWZ), w kosztorysie nakładczym, w tym przedmiarze robót (załącznik nr 3 do SIWZ) stanowiącym jego integralną część, wzorze umowy (załącznik nr 5 do SIWZ), a także obowiązujących przepisach technicznych i warunkach wykonania i odbioru robót z branży budownictwa wodno - inżynierskiego i wodno-melioracyjnego.*

6) *Kosztorys ofertowy musi być zgodny z kosztorysem ślepy - nakładczym, stanowiącym załącznik nr 3 do SIWZ, winien zawierać zgodne nakłady i jednostki przedmiarowe bez możliwości ich zmiany.*

W ocenie odwołującego, powyższe wymogi zostały spełnione w szczególności w zakresie pkt. 6 z uwagi na fakt, że kosztorys odwołującego jest zgodny z kosztorysem ślepy nakładczym zamawiającego. W kosztorysie szczegółowym odwołującego został zastosowany współczynnik zmniejszający w pozycjach, których kosztorys ślepy nakładczy nie zawiera, co zostało dokonane bez ingerencji w jednostki przedmiarowe i nakłady. Powyższe wynika z zastosowania nowych wysokowydajnych maszyn o większej wydajności i sprawności oraz przewidzianych zmian organizacyjnych zgodnie z systemem ISO 9001 2009, które powodują zmniejszenie czasochłonności wykonania robót.

W odniesieniu do zarzutów zamawiającego odwołujący wskazał:

ad 1. Ilość roboczogodzin wskazana przez wykonawcę jest wystarczająca i odpowiednia w odniesieniu do nakładu pracy na wykonanie planowanej inwestycji,

ad 2. Nakłady i jednostki w tym zakresie pozostały bez zmian- różnica w ilości ziemi wynika w okoliczności posiadania przez Wykonawcę 9707,52 m. sześć, własnego materiału, w związku z czym do zakupu pozostaje 38.878,08 m. sześć, materiału,

ad 3. a, b. Nakłady i jednostki w tym zakresie pozostały bez zmian- został zastosowany współczynnik zmniejszający ponieważ Wykonawca zakłada użycie maszyn o większej ładowności i innych technologii- planowane jest użycie ciężarówek o pojemności 40 Mg (a nie ciągnika moc 50 kM i przyczepy o pojemności 4,5 Mg co jest rozwiązaniem niewydajnym),

ad 3 c. Nakłady i jednostki w tym zakresie pozostały bez zmian- przy tworzeniu wyceny indywidualnej samochód samowładowczy został przez omyłkę zdefiniowany, jako materiał a nie sprzęt (w jednostkach właściwych powinno wystąpić *m-g* a nie *m. sześć.*).

Z powyższego wynika, że łączna ilość wynosi 9196,48 m-g (2122,42+7074,06) co przy zastosowaniu wydajnych maszyn wykonawcy jest ilością wystarczającą,

ad. 4. Zastosowanie różnych współczynników związane jest z wysokim poziomem specjalizacji i organizacji wykonywanych robót, wydajności sprzętu i pozyskiwania materiałów. Powyższe okoliczności nie powinny budzić wątpliwości zamawiającego również z uwagi na fakt, że odwołujący wykonywał już prace na rzecz zamawiającego.

W związku z powyższym w pierwszej kolejności należy podkreślić, że w przypadku wątpliwości, co do treści złożonej oferty zamawiający powinien zażądać wyjaśnień, co do zgodności złożonej oferty z treścią specyfikacji, co pozwoliłoby zamawiającemu na ustalenie ewentualnych rozbieżności w ich treści.

Zdaniem odwołującego, jeżeli zamawiający powziął wątpliwości, co do treści oferty, a tak wynika z uzasadnienia odrzucenia oferty odwołującego w niniejszym powstępowaniu,

wówczas powinien na etapie oceny oferty wyjaśnić wątpliwości związane z jej treścią. Istotnym jest, że taki tryb został przez zamawiającego zastosowany we wcześniejszym postępowaniu, w którym brał udział odwołujący przy wątpliwościach tożsamy z występującymi w niniejszej sprawie. Ponadto wskazać należy, że zastosowanie przez zamawiającego w niniejszej sprawie instytucji zapytania wykonawcy w toku badania oferty doprowadziłoby do uzyskania wyjaśnień, które pozwoliłyby na wybranie oferty odrzuconej. W związku z powyższym odwołujący uznał, że czynności zamawiającego naruszyły art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 87 ust. 2 pkt.3 wskazać należy, że w przypadku uznania, że w złożonej ofercie występują oczywiste omyłki wówczas zamawiający powinien dokonać ich poprawek i oceny złożonych ofert przy uwzględnieniu poprawionych informacji. Zamawiający ma bowiem obowiązek odrzucić ofertę wykonawcy, jeśli jej treść nie odpowiada treści siwz, jednak z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy uPZP, zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty, przy czym konieczne jest zawiadomienie o tym fakcie wykonawcy. Przepisy ustawy nie odnoszą się do poprawienia omyłek w zależności od ich ilości, a jedynie z uwagi na ich istotność. Granicę dopuszczalnych zmian warunkuje natomiast kategoria istotności zmiany oferty. Przepisu ustawy Pzp obejmują wszelkie niezamierzone, błahie pomyłki, niedopatrzienia, błędy niezamierzone, opuszczenia, drobne różnice nie będące świadomym pominięciem określonych w siwz wymogów. Może to dotyczyć także ceny wskazanej w ofercie. Natomiast każda poprawiona pomyłka powoduje konieczność dokonania dalszych zmian, będących jej konsekwencją rachunkową. Popęlnienie oczywistej omyłki przez wykonawcę zobowiązuje więc zamawiającego do jej skorygowania, a następnie do obliczenia ceny z uwzględnieniem wartości zmienionej w drodze poprawiania omyłki.

W niniejszej sprawie zastosowanie powyższego przepisu powinno odnosić się w szczególności do uwag wskazanych w pkt. 3 lit. c) uzasadnienia odrzucenia oferty w związku z faktem wskazania przez wykonawcę jednostek w postaci *m. sześć*, a nie *m-g*. Zamawiający nie dokonał poprawek oczywistych omyłek czym naruszył dyspozycję art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp. Ponadto o poprawieniu omyłek pisarskich oraz omyłek rachunkowych, a także innych omyłek zamawiający jest obowiązany poinformować niezwłocznie po dokonaniu takiej czynności wykonawcę, co w niniejszej sprawie nie miało miejsca.

W związku ze wskazanymi powyższej wyjaśnieniami w szczególności odnoszącymi się do punktów uzasadnienia zamawiającego o odrzuceniu oferty w przypadku uznania, że nie zachodzi w niniejszej sprawie naruszenie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp przyjąć należy, że

Zamawiający naruszył przepis art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp, poprzez niedokonanie poprawek oczywistych omyłek zawartych w treści oferty.

Dodatkowo wskazać należy, że w uzasadnieniu odrzucenia oferty zamawiający wskazuje, iż wykonawca stosuje współczynniki zmniejszające co w konsekwencji prowadzić musi do realnego zagrożenia niewykonania przez odwołującego przedmiotu umowy w pełnym zakresie i należytej jakości. Powyższe wpływa również na zaniżenie wartości oferty.

Zdaniem odwołującego, powyższe narusza art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie, w jakim ogranicza odwołującego do zastosowania współczynników korygujących związanych z zastosowaniem bardziej wydajnych metod przeprowadzania prac. Uzasadnienie, co do zastosowania odpowiednich współczynników zostało już wskazane w odwołaniu, w odpowiedzi na argumenty zamawiającego dotyczące odrzucenia oferty odwołującego. Przyjęcie *a priori* przez zamawiającego, że stosowanie przeliczników korygujących prowadzi do realnego zagrożenia wykonania umowy nie znajduje żadnych podstaw, tym bardziej, że w toku badania ofert zamawiający nie zwrócił się do odwołującego w celu wyjaśnienia ewentualnych wątpliwości. Stosowne współczynniki zostały zastosowane w związku z faktem posiadania przez odwołującego części materiałów oraz zastosowaniem bardziej wydajnych technologii, co nie powinno w żadnej mierze wpływać na wybór najkorzystniejszej oferty.

W niniejszym postępowaniu poprzez wykluczenie możliwości zastosowania współczynników korygujących doprowadza się do dyskryminacji odwołującego, który przedstawia najbardziej optymalny i specjalistyczny sposób wykonania przedmiotu zamówienia, co w sposób oczywisty prowadzi o ograniczenia konkurencyjności i naruszenia art. 7 ust 1 ustawy Pzp.

W przedmiotowym postępowaniu ograniczono wybór oferty do wykonawców nieposiadających wysoko wyspecjalizowanych urządzeń oraz stosowanego sposobu organizacji.

Na marginesie odwołujący wskazał, że założenia zamawiającego nie znajdują również żadnego uzasadnienia faktycznego, gdyż w niniejszym postępowaniu została odrzucona oferta o najniższej cenie złożona przez odwołującego, który wykonywał już kilkakrotnie prace na rzecz zamawiającego w tożsamy zakresie.

Zamawiający wskazał, iż budowa wałów przeciwpowodziowych stanowi przedsięwzięcie budowlane wyjątkowo specyficzne i skomplikowane. Wał przeciwpowodziowy jest to wykonany w odpowiedniej technologii, i należycie zagęszczony nasyp ziemny, o określonych parametrach technicznych, chroniący tereny przyległe zarówno przed przelaniem się wody nad koroną wału jak i przefiltrowaniem przez jego korpus.

W związku z powyższym bardzo istotną kwestią jest wykonanie robót w odpowiedniej technologii, tak aby zapewnić należyłą jakość wykonywanych robót, a także bezpieczeństwo



konstrukcji oraz terenów przyległych. Niezwykle ważne jest również bardzo precyzyjne zastosowanie wszelkich wytycznych projektowych w zakresie należytego zagęszczenia nasypu czy też uformowania nachylenia skarp. Tylko dotrzymanie wszystkich wytycznych projektowych w tym zakresie zapewni odpowiednie funkcjonowanie budowli.

Ze względu na nadrzędny interes społeczny jakim jest ochrona ludzi i ich dobytku przed skutkami powodzi oraz wspomnianą wyżej specyfikę inwestycji, Zamawiający bardzo szczegółowo określił oczekiwania wobec Wykonawcy i warunki jakie Wykonawca musi spełnić biorąc udział w niniejszym przetargu (warunki udziału w tym zakresie opisano powyżej). Oczekiwania Zamawiającego w odniesieniu do pełnej zgodności kosztorysu ofertowego z kosztorysem nakładczym-ślepyim stanowiącym załącznik do SIWZ w tym z nakładami i jednostkami przedmiarowymi (zob. m.in. część IX, ust. 6 SIWZ- str. 13), mają swoje uzasadnienie i stanowią dla Zamawiającego zapewnienie, że wał przeciwpowodziowy zostanie wykonany należyście, a konstrukcja przez wiele lat stanowić będzie ochronę przed powodzią dla ludzi i ich mienia.

Kosztorys nakładczy ślepy przedstawia w kolejnych pozycjach kosztorysowych wszystkie elementy i rodzaje robót jakie należy w ramach danego przedsięwzięcia wykonać, aby osiągnąć zamierzony efekt rzeczowy, a więc wykonać w odpowiednim zakresie i jakości przedmiot umowy jakiego oczekuje Zamawiający. W poszczególnych pozycjach kosztorysu zawarte są odpowiednie nakłady (nakład materiałów potrzebny do wykonania danego elementu, bądź też nakład pracy sprzętu i ludzi potrzebny do jego wykonania) oraz jednostki przedmiarowe w jakich te nakłady są mierzone. Zamieszczenie przez Zamawiającego tak szczegółowego kosztorysu nakładczego-ślepego, opartego na dokumentacji projektowej wykonanej przez uprawnionego projektanta, stanowiącego jej nieodłączny element, ma na celu wskazanie technologii jaką należy zastosować przy realizacji przedmiotu umowy (m.in. sprzęt jakiego należy użyć do realizacji każdego z elementów robót indywidualnie) a także ilości (nakłady) materiału potrzebnego do wykonania danego elementu w odpowiedniej, wymaganej przez Zamawiającego, jakości. Zwrócić w tym miejscu należy uwagę, iż dane zawarte w kosztorysie nakładczym-ślepyim wraz z przedmiarem doprecyzowują informacje zawarte w projekcie budowlanym i dopiero w całości, wraz ze specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót, tworzą kompletną dokumentację projektową charakteryzującą przedsięwzięcie.

Określenie rodzaju sprzętu (w tym dopuszczalnego ciężaru maszyn poruszających się po terenie na którym ma być posadowiony wał) oraz ilości potrzebnego materiału, zapewnić ma bezpieczeństwo konstrukcji oraz odpowiednią funkcjonalność budowli po jej wykonaniu, w związku z czym absolutnie niedopuszczalne jest, jakoby Wykonawca dokonywał jakichkolwiek zmian w tymże kosztorysie, stanowiącym załącznik do SIWZ. Poprzez zmniejszenie nakładów na materiał jakie Wykonawca zamierza wykorzystać przy realizacji

przedmiotu umowy, czy leż nakładów godzin pracy sprzętu i ludzi, Wykonawca przedstawia Zamawiającemu ofertę alternatywną, znacząco różniącą się od oczekiwań Zamawiającego. Jest to niedopuszczalne i jednoznaczne odstępstwo od zakresu zamówienia opisanego przez Zamawiającego w SIWZ i załącznikach do SIWZ.

Odwołujący dopuścił się ingerencji aż w 130 pozycjach kosztorysowych z 253 pozycji jakie zawiera kosztorys nakładczy-ślepy. Stosując współczynniki zmniejszające (prowadzące do zmniejszenia nakładu sprzętu, robocizny i materiałów) Wykonawca doprowadził do zmiany nakładów rzeczowych w ponad połowie pozycji kosztorysu, stanowiącego niezwykle ważny załącznik do SIWZ, charakteryzujący roboty jakie należy wykonać i zapewniający wykonanie ich w należytej jakości, co potwierdzone zostało opisem oczekiwań Zamawiającego w tym zakresie w rozdziale IX SIWZ).

Wykonawca zaniżył nakłady rzeczowe :

- sprzętu w następujących pozycjach kosztorysu ofertowego: Poz. 1, 2-27, 30, 32, 35, 93, 109, 242, 38, 45, 61, 91, 41-42, 49, 65, 53-55, 122-124, 144, 172, 173, 195, 196, 68, 79,89, 125, 174, 197, 128, 178, 156, 164, 185, 193, 200, 237, 182, 188, 199
- robocizny w następujących pozycjach kosztorysu ofertowego: Poz. 1-32, 35, 39,41, 47, 49, 50, 52, 53, 54, 55, 59, 60, 61, 62, 75-78, 79, 84, 87, 93-97, 102-104, 109, 111-117, 122-125, 127, 128, 139-142, 144-146, 150, 151, 156, 161, 164, 168, 171, 172-174, 176-178, 183-189, 393-195, 197, 199-201, 208, 212, 217, 218, 222, 224, 227, 237, 238, 240, 242, 243, 248, 249, 253.
- materiału w następujących pozycjach kosztorysu ofertowego: poz. 34,48,64, 55, 122, 123.

Po zmniejszeniu nakładu na materiał potrzebny do wykonania wału - ziemię - możliwe jest wykonanie wału o mniejszym przekroju poprzecznym (niższa rzędna korony wału zagrażająca przelaniem się wody przez koronę, lub większe nachylenie skarp zagrażające utratą stabilności konstrukcji) bądź o odpowiednich wymiarach ale mniejszym zagęszczeniu (co z kolei powoduje olbrzymie zagrożenie dla funkcjonowania wału - nawet przy niższych stanach wody możliwe byłoby filtrowanie wody przez słabo zagęszczony korpus wału). Nie ma jednak najmniejszej możliwości, aby zmniejszając nakład na materiał wykonać przedmiot umowy adekwatnie do oczekiwań Zamawiającego i wytycznych projektanta. Jeśli dodać do tego zmniejszenie nakładu na sprzęt w 69 pozycjach kosztorysu, nakładu na robociznę w 123 pozycjach kosztorysu oraz nakładów na materiał w kolejnych 5 pozycjach kosztorysu, to jednoznacznie i z całą pewnością należy uznać, że zmiany stanowią istotną ingerencję w zakres zamówienia, a próba poprawienia przez Zamawiającego powyższych 130 zmian w pozycjach kosztorysu spowodowanych zmniejszeniem nakładów w tych pozycjach, doprowadziłaby do bardzo znaczącej zmiany treści oferty złożonej przez Wykonawcę, w odniesieniu zarówno do wartości oferty jak i jej zakresu rzeczowego.

Nie do zaakceptowania przez zamawiającego jest fakt, że w zamówieniu mającym na celu wykonanie wału przeciwpowodziowego, a więc niezwykle ważnej ze względu na swoją funkcję budowli ziemnej, Wykonawca oferuje, że wykona tę budowlę wykorzystując 9.707,52 m<sup>3</sup> ziemi mniej niż przewiduje projekt budowlany i kosztorys nakładczy-ślepy stanowiący załącznik do SIWZ (pozycja nr 34 kosztorysu nakładczego-ślepego nakład rzeczowy wynosi 48.585,60 m<sup>3</sup>, natomiast w kosztorysie ofertowym wykonawca przewidział nakład rzeczowy wielkości 38.868,48 m<sup>3</sup>). Jest to jednoznaczne i niedopuszczalne odstępstwo od projektu budowlanego stanowiącego załącznik do SIWZ i od zakresu zamówienia zawartego w SIWZ (nakłady wskazane w kosztorysie nakładczym-ślepych wynikają z precyzyjnych obliczeń projektanta, dokonanych na podstawie załączonych do projektu budowlanego przekrojów poprzecznych i profilu podłużnego oraz wskazanych w części opisowej projektu budowlanego parametrów technicznych budowli - część II, punkty 1-2, str. 22-26 części opisowej projektu budowlanego). Nakład budulca (ziemi) zawarty w kosztorysie nakładczym-ślepych był zgodny z dokumentacją projektową wykonaną przez uprawnionego projektanta i uwzględniała kubaturę wału jaką należy wykorzystać przy realizacji przedmiotu umowy wraz z zagęszczaniem i osiadaniem jakie w tego typu budowlach zawsze występuje. Kubatura wyliczona na podstawie przekrojów poprzecznych i podłużnych została powiększona przez Projektanta za pomocą współczynnika zwiększającego, uwzględniającego zagęszczanie i osiadanie nasypów ziemnych i zapewniającego w ten sposób należyte wykonanie przedmiotu umowy. Właśnie ten współczynnik został znacząco, bo o 20%, zmniejszony przez Wykonawcę (pozycja nr 34 kosztorysu ofertowego - przemnożenie mas ziemnych przez współczynnik" 0,8 prowadzące do zmniejszenia nakładów mas ziemnych o 9.707,52 m<sup>3</sup>). Założona mniejsza ilość mas ziemnych do wbudowania nie pozwoli osiągnąć wymaganych parametrów wałów przeciwpowodziowych ani projektowanego wskaźnika zagęszczenia.

Zamawiający stwierdził również, że odwołujący użył również współczynnika zmniejszającego dla pracy następującego sprzętu tj: spycharka gąsienicowa, żuraw samochodowy, koparka gąsienicowa, wibromłot, przyczepa dłuźycowa, przyczepa skrzyniowa, samochód samowyładowczy, żuraw budowlany, sprężarka spalinowa, żuraw kołowy, spawarka elektryczna, samochód skrzyniowy czy też zagęszczarka wibracyjna. Tutaj również brak jest dla Zamawiającego dowodów na uzasadnienie powyższego zmniejszenia, a zmniejszeniu nakładów w tym zakresie stanowi bardzo znaczące odstępstwo od zakresu rzeczowego przedmiotu umowy. Niedopuszczalnym jest dokonanie zmiany technologii wykonania poszczególnych rodzajów robót i wykorzystanie innego rodzaju sprzętu, cięższego niż wskazany przez zamawiającego w s.i.w.z. Panujące na obiekcie trudne warunki gruntowo-wodne, (silnie zróżnicowane i słabonośne - zgodnie z zapisami dokumentacji projektowej oraz w oparciu o Rozporządzenie MSWiA z dnia 24 września 1998

r. w sprawie ustalania geotechnicznych warunków posadowienia obiektów budowlanych (Dz. U. nr 126 z dn. 08.10.1998, poz. 839) wymagają specjalistycznego realizowania robót przy wykorzystaniu odpowiedniego sprzętu w celu zapewnienia bezpieczeństwa na budowie oraz dla terenów przyległych do inwestycji. Zamawiający precyzyjnie określił rodzaj sprzętu i materiału, jaki należy użyć przy realizacji przedmiotu umowy, oraz nakład na materiały, sprzęt i robociznę, a w SIWZ wskazał na obowiązek zastosowania nakładów zgodnych ze wskazanymi w kosztorysie ofertowym. Wykonawca nie spełnił powyższych warunków.

Kolejnym odstępstwem, jakie zamawiający zauważył w kosztorysie ofertowym w stosunku do kosztorysu nakładczego-ślepego stanowiącego załącznik nr 3 do SIWZ, była ingerencja odwołującego w nakłady materiałów. Biorąc pod uwagę fakt dokonania przez Wykonawcę zmian w aż 69 pozycjach, które odnoszą się do nakładów pracy sprzętu oraz w aż 123 pozycjach odnoszących się do nakładów robocizny, a także ingerencję w nakłady materiałów (poz. 34 kosztorysu - zakup i dowóz ziemi, poz. 48, 64 -kamień przy układaniu materacy siatkowo kamiennych, poz. 55 - brak oczepów grodzie w stosunku do kosztorysu ślepego, poz. 122, 123 - grodzice przy wbijaniu ścianek szczelnych, poz. 251 - kamień przy narzucie kamiennym), Zamawiający nie widzi możliwości zakwalifikowania powyższych zmian, jako niezamierzonej omyłki ze strony Wykonawcy. Nie można też mówić o zmianach niemających wpływu na treść oferty Wykonawcy, z korzyścią dla Wykonawcy, gdyż zastosowanie przez odwołującego współczynników zmniejszających w tak ogromnej ilości pozycji kosztorysu miały znaczący wpływ na zaoferowaną cenę w ofercie i spowodowało istotną zmianę treści oferty.

Zamawiający wskazał, iż nie ma możliwości wyjaśniania treści oferty złożonej przez odwołującego na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy PZP. Przywołany przez odwołującego przepis stanowi: „*W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert...*” Wyjaśnień zatem mógłby dokonać odwołujący, gdyby zamawiający skorzystał z prawa wynikającego z ww. przepisu i wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień. Zarzut jest sformułowany nieprecyzyjnie. Odwołujący miał za pewne na myśli brak reakcji zamawiającego w postaci zaniechania wezwania do złożenia wyjaśnień. Zamawiający nie skorzystał z tego prawa ponieważ nie miał wątpliwości, że oferta w sposób jednoznaczny jest niezgodna z postanowieniami s.i.w.z. Gdyby zamawiający wezwał odwołującego do złożenia stosownych wyjaśnień odnośnie kosztorysu, prowadziłby między zamawiającym a odwołującym negocjacje dotyczące złożonej oferty co w myśl ustawy Pzp jest niedopuszczalne.

Ponadto zamawiający wskazał, iż z treści oferty odwołującego w żaden sposób nie wynika, iż treść kosztorysu w pozycjach wskazanych przez zamawiającego została zamieszczona omyłkowo, ponieważ odwołujący dopuścił się ingerencji w aż 123 pozycjach kosztorysu

z 253 jakie zawierał kosztorys nakładczy - ślepy co stanowi poważną i świadomą ingerencję w treść oferty w stosunku do treści zamówienia.

Ponadto zamawiający zwrócił uwagę, że zakres ingerencji zamawiającego w treść oferty nie może być aż tak znaczący, aby zmienił całkowicie oświadczenie woli składane przez wykonawcę jakim jest złożenie oferty. W wyroku z 20 stycznia 2009 r. (sygn. akt. KIO/UZP 11/09) wskazano, że: „*art. 87 ust.2 pkt 3 Pzp daje zamawiającemu możliwość poprawienia w ofercie innych, niż oczywiste omyłki pisarskie, omyłek polegających na niezgodności oferty z siwz, z zastrzeżeniem, że nie spowoduje to istotnych zmian w treści oferty (...)*”. Podobnie w wyroku o sygn. akt: KIO 197/12, gdzie Izba oceniła, że „*aby poprawić omyłkę w trybie art. 87 ust.2 pkt 3 Pzp muszą zajść następujące przesłanki: Po pierwsze koniecznym jest stwierdzenie, że mamy do czynienia z omyłkowym, tj. niezamierzonym działaniem ze strony wykonawcy, który doprowadził do popełnienia błędu w ofercie, które to popełnienie błędu możemy stwierdzić w oparciu o samą treść oferty. Po drugie stwierdzony błąd w ofercie musi mieć charakter merytoryczny - powodujący niezgodność treści oferty z treścią SIWZ. Po trzecie zaś poprawienie tego nie może spowodować istotnych zmian w treści oferty, gdzie w tym przypadku nie występuje, ponieważ zmiany jakich dokonał Wykonawca zmieniają w sposób znaczny treść oferty Wykonawcy. Można natomiast w sposób usprawiedliwiony stwierdzić przeciwnie, że Wykonawca działał świadomie oraz w sposób rozumny zmniejszył wartości kosztorysowe dążąc do zaniżenia oferowanej ceny. Należy uwzględnić, że Zamawiający nie może zgadywać lub domyślać się intencji Wykonawcy*”. W wyroku z dnia 24 kwietnia 2013 r. (sygn. akt: KIO 867/13) Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że „*skoro w kosztorysie wykonawca zastosował metodę kalkulacji niedopuszczoną postanowieniami SIWZ, a zamawiający z innych dokumentów oferty nie może powziąć informacji czy sytuacja ta jest wynikiem błędu wykonawcy, czy też świadomym działaniem wykonawcy, sam nie ma możliwości dokonania poprawy i zakwalifikowania treści oferty jako innej, nieistotnej omyłki niewpływającej na treść oferty.*” W przedmiotowym postępowaniu odwołujący nie zastosował odmiennej metody kalkulacji (również oparł się o kosztorys ślepy) jednak dokonał znaczących zmian w poszczególnych pozycjach tego kosztorysu. W orzecznictwie podkreśla się, że zakres ingerencji zamawiającego w treść oferty nie może być znaczący, powinien mieć ograniczony zakres ilościowy i jakościowy (vide: str. 14 wyroku KIO z dnia 05.04.2013r. sygn. akt: KIO 665/13). W przedmiotowej sprawie zakres ingerencji byłby znaczny (zmniejszenie nakładów w 130 pozycjach na 253 pozycje kosztorysu nakładczego-ślepego) i prowadziłyby do istotnej zmiany treści oferty, innego jej brzmienia.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są niezasadne.

Izba podziela stanowisko zamawiającego wyrażone w odpowiedzi na odwołanie, dodatkowo wskazując, iż zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia

wyraźnie określił, w jaki sposób należy przygotować ofertę przetargową, w tym w jaki sposób należy przygotować kosztorys ofertowy.

Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i w jego załącznikach określił zakres zobowiązania, które w swojej ofercie powinien przyjąć wykonawca i tak: cyt:

1. *W części III, ust. 1 str. 2 s.i.w.z.: Szczegółowe określenie zakresu i ilości robót zawarte jest w kosztorysie nakładczym - ślepy, w tym przedmiarze robót stanowiącym jego integralną część (załącznik nr 3 do SIWZ) oraz dokumentacji projektowej (załącznik nr 4 do SIWZ) i specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych (załącznik nr 9 do SIWZ)".*

2. *W części IX s.i.w.z., str. 13: Wykonawca wylicza cenę ściśle w oparciu o kosztorys nakładczy-ślepy w tym przedmiar robót (załącznik nr 3 do SIWZ) stanowiący jego integralną część, bez możliwości jego zmiany. Wykonawca podając cenę w ofercie powinien uwzględnić wszystkie czynności, wymagania i badania, składające się na wykonanie zamówienia, określone w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, Specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych (załącznik nr 9 do SIWZ), dokumentacji projektowej (załącznik nr 4 do SIWZ), w kosztorysie nakładczym, w tym przedmiarze robót (załącznik nr 3 do SIWZ) stanowiącym jego integralną część, wzorze umowy (załącznik nr 5 do SIWZ), a także obowiązujących przepisach technicznych i warunkach wykonania i odbioru robót z branży budownictwa wodno - inżynieryjnego i wodno-melioracyjnego. Kosztorys ofertowy musi być zgodny z kosztorysem ślepy - nakładczym, stanowiącym załącznik nr 3 do SIWZ, winien zawierać zgodne nakłady i jednostki przedmiarowe bez możliwości ich zmiany.*

3. *W § 2 wzoru umowy: Przedmiot umowy określony jest w dokumentacji projektowej stanowiącej załącznik nr 4 do SIWZ, Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych (zał. nr 9 do SIWZ). Szczegółowy zakres rzeczowy robót określa: kosztorys nakładczy - ślepy wraz z przedmiarem robót stanowiący jego integralną część (zał. nr 3 do SIWZ) i dokumentacja projektowa (załącznik nr 4 do SIWZ).*

4. *W § 14 ust.1 przyjął iż obowiązującą formą wynagrodzenia wykonawcy za wykonane roboty zgodnie z ofertą będzie wynagrodzenie ryczałtowe.*

5. *W części VI SIWZ str. 10-11 - Opis przygotowania oferty wskazał m. innymi: a) W pkt 1, iż Wykonawca sporządza ofertę zgodnie z wymogami SIWZ, b) W pkt 9, iż dokumenty i oświadczenia powinny być sporządzane zgodnie z zaleceniami oraz przedstawionymi przez Zamawiającego wzorami i załącznikami.*

6. *Część XVII SIWZ Zamawiający określił załączniki tj.: kosztorys nakładczy - załącznik nr 3, dokumentację projektową - załącznik nr 4, wzór umowy - załącznik nr 5, specyfikację techniczną wykonania i odbioru robót budowlanych - załącznik nr 9.*

7. W załączniku nr 1 do SIWZ, pkt 5 Zamawiający zawarł zapis, iż Wykonawca oświadcza, że zapoznał się z SIWZ i nie wnosi zastrzeżeń oraz, że zdobył konieczne informacje do przygotowania ofert, i w pkt 6 gdzie oświadczył, iż wzór umowy stanowiący załącznik nr 5 do SIWZ został przez niego zaakceptowany. Zobowiązuje się w przypadku mojej oferty, do zawarcia umowy na określonych we wzorze umowy warunkach, w miejscu i terminie wyznaczonym przez Zamawiającego.

8. Wśród obligatoryjnych załączników do oferty Zamawiający wymienia kosztorys Ofertowy.

9. Podkreślić należy, iż wymóg zgodności kosztorysu ofertowego z kosztorysem ślepym - nakładczym, w tym zgodność nakładów i jednostek przedmiarowych bez możliwości ich zmian (potwierdzony zapisami § 2 ust 2 wzoru umowy). Określając w powyższy sposób treść postanowień SIWZ ust. 1 Zamawiający miał na uwadze charakter robót związany z zadaniem "Odbudową wału przeciwpowodziowego nad rzeką Małą Iną w km 17+210-21+560".

Stwierdzić należało, że zamawiający w s.i.w.z. nie przewidział możliwości zaoferowania rozwiązania innego niż takie, jakie przewidział projektant dokumentacji budowlanej. Istotą przedmiotu zamówienia jest bowiem specyficzne wykonanie zamówienia, w skład którego wchodzi odbudowa wału przeciwpowodziowego nad rzeką Małą Iną. Specyficzny przedmiot zamówienia wywołuje bowiem określone, dopuszczone przez projektanta wykonanie odbudowy wału z użyciem określonej technologii, która z kolei przewiduje użycie określonych materiałów, sprzętu i przy założeniu określonej przez projektanta pracochłonności.

Odwołujący w swojej ofercie przedstawił de facto rozwiązanie opcjonalne, które nie odpowiada założeniom projektowym. W powyższym zakresie w szczególności odwołujący zaoferował użycie niedopuszczalnego sprzętu, jak też odwołujący zaoferował niewystarczającą ilość materiałów niezbędnych do przeprowadzenia całości prac. Skoro bowiem odwołujący nie zastosował się do wytycznych projektanta i nie zaoferował przedmiotu zamówienia zgodnie z poczynionym przez zamawiającego zakresem, to oznacza, że oferta sprzeczna jest z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W szczególności Izba wskazuje na element związany z dostarczeniem odpowiedniej ilości materiału (ziemi), gdzie odwołujący w kosztorysie ofertowym (poz. 34) zaoferował znacznie mniejsze ilości niż te określone przez projektanta. Niezasadnym jest twierdzenie odwołującego, że okoliczność, iż zaoferował prawidłową ilość ziemi wynika z poz. 36 kosztorysu, gdyż wskazana pozycja dotyczy transportu ziemi określonym pojazdem na określoną odległość. Błąd odwołującego polega bowiem na niezaoferowaniu przedmiotu zamówienia w wymaganej przez zamawiającego ilości. Okoliczność podnoszona przez odwołującego, iż pozostała ilość ziemi odwołujący posiada we własnych zasobach nie znalazła odzwierciedlenia w treści złożonej oferty. Tym samym nie jest wiadome, czy

odwołujący przedmiotową, brakującą ilość ziemi faktycznie zamierzał zamawiającemu odsprzedać (darować, przekazać nieodpłatnie, itp.). Powyższe oznacza, że zamawiający nie miał podstaw do uznania, że ta część przedmiotu zamówienia zostanie mu dostarczona, co z kolei wywołało słuszne przekonanie o niezgodności przedmiotu oferty ze s.i.w.z. Wskazać bowiem należy, że oferta, jej treść stanowi *essentialia negotii* przyszłej umowy. Skoro zatem przedmiot oferty nie zawiera istotnych elementów przedmiotu zamówienia, to zamawiający na etapie realizacji nie miałby podstaw do żądania od odwołującego realizacji zamówienia w zakresie wykraczającym poza przedmiotowy zakres przedmiotu oferty. Analogiczna sytuacja dotyczy sprzętu podanego przez odwołującego, który nie realizuje założeń projektowych przyjętych przez zamawiającego. Skoro bowiem projektant, ze względu na specyficzne uwarunkowania dotyczące realizacji przedmiotu inwestycji przewidział zastosowanie określonych maszyn i urządzeń o określonej nośności, to oznacza, że realizacja tego przedmiotu nie może odbywać się przy użyciu sprzętu przekraczającego założone nośności.

Niezgodność oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia zachodzi, gdy zaoferowany przedmiot nie odpowiada opisanemu w specyfikacji przedmiotowi zamówienia co do: zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu zaspokajającym interesy i oczekiwania zamawiającego (vide: wyrok KIO z dnia 6 marca 2013 r., sygn. akt: KIO 401/13). Zamawiający określił w s.i.w.z. (Rozdział III, część IX, pkt 5), iż cyt.: *„Wykonawca podając cenę w ofercie powinien uwzględnić wszystkie czynności, wymagania i badania, składające się na wykonanie zamówienia, określone w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, Specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych (załącznik nr 9 do SIWZ), dokumentacji projektowej (załącznik nr 4 do SIWZ), w kosztorysie nakładczym, w tym przedmiarze robót (załącznik nr 3 do SIWZ) stanowiącym jego integralną część, wzorze umowy (załącznik nr 5 do SIWZ)”. Natomiast treść oferty odwołującego w znaczący sposób jest niezgodna z treścią s.i.w.z. i jej załącznikami. Treść oferty to przede wszystkim zawarty w opisie przedmiotu zamówienia opis wymagań zamawiającego, które mają być zaspokojone w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia przez zawarcie i zrealizowanie z należytą starannością umowy. Treść oferty natomiast to jednostronne zobowiązanie wykonawcy do zrealizowania przedmiotu zamówienia na rzecz zamawiającego. *Niezgodność treści oferty z treścią s.i.w.z. należy oceniać z uwzględnieniem pojęcia oferty zdefiniowanej w art. 66 Kodeksu cywilnego, czyli niezgodności oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami zamawiającego w odniesieniu do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia* (vide: wyrok KIO z dnia 23.02.2011 roku, sygn. akt: KIO 297/11). *Natomiast sprzeczność oferty musi być istotnie merytoryczna, niepozwalająca na zawarcie umowy na warunkach**



*określonych w ofercie -antynomicznych z postanowieniami SIWZ (wyrok KIO z dnia 27 marca 2013 r., sygn. akt: KIO 578/13).*

Izba nie podzieliła również stanowiska odwołującego, że charakter wynagrodzenia określony przez zamawiającego jest ryczałtowy. Co prawda zamawiający we wzorze umowy w § 14 ust. 1 podał, że obowiązująca formą wynagrodzenia za roboty będzie wynagrodzenie ryczałtowe, niemniej w dalszych postanowieniach umowy zamawiający podał, że możliwe jest wykonywanie robót zamiennych, które w ocenie Izby mogą być wyceniane jedynie o ceny podane przez wykonawcę w kosztorysie ofertowym. Dalej zamawiający podał, że będzie dokonywał odbiorów częściowych, co przy uwzględnieniu cen z kosztorysu ofertowego ma kolosalne znaczenie, gdyż ceny będą dawały się łatwo przeliczyć przez ilości obmiarowe wykonanych prac. Tym samym zamawiający pozostawia sobie zakres bezpieczeństwa przed niewłaściwą wyceną odbieranych robót, np. jej znacznemu zawyżeniu w odniesieniu do pozostałych do wykonania robót. Powyższe należy odczytywać, jako ochronę przed nieuczciwymi wykonawcami, jak też jako rzetelną, z poszanowaniem stron wycenę faktycznie zrealizowanych robót za cenę przedstawioną w ofercie. Tym samym uznać należało, że rozliczenie ma charakter mieszany, ryczałtowo-kosztorysowy.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zamawiający, wobec treści złożonej przez odwołującego oferty nie miał wątpliwości, co do faktycznych intencji odwołującego, dlatego też brak było podstaw do zastosowania przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

W zakresie zarzucanego przez odwołującego naruszenia przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp stwierdzić należało, że jego zastosowanie w zakresie tylko jednej pozycji kosztorysu ofertowego nie powoduje zmiany, która powodowałaby zmianę statusu wykonawcy w postępowaniu, tym samym biorąc pod uwagę treść przepisu art. 192 ust. 2 ustawy Pzp zakres naruszenia pozostaje bez wpływu na wynik prowadzonego postępowania.

Reasumując stwierdzić należało, iż zamawiający w poszanowaniu przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, przeprowadził postępowanie w sposób prawidłowy, równo traktując wszystkich wykonawców, którzy złożyli swoje oferty w przedmiotowym postępowaniu, jednocześnie odrzucając ofertę odwołującego jako, że jej treść nie była zgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Ponadto wskazać należy, że odwołujący nie przedstawił żadnego wiarygodnego dowodu, który pozwalałby na uznanie słuszności stawianych zarzutów. Powoływane przez odwołującego dowody w postaci wyjaśnień dodatkowych, opracowaniu „Przewaga dzięki technice”, „System ISO 9001 2009” stanowią jedynie materiał poglądowy dotyczący promocji własnego rozwiązania, nie stanowią jednakże wiarygodnych okoliczności potwierdzających, że zaoferowane przez odwołującego rozwiązanie odpowiada założeniom projektowym przedstawionym przez zamawiającego w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 w zw. z § 3 pkt 2 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:** .....