

**WYROK**  
**z dnia 27 stycznia 2014 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk**

**Protokolant: Cyprian Świś**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 stycznia 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 stycznia 2014 r. przez Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „Eko-Wapno BIS” Sp. z o.o. w Inowrocławiu w postępowaniu prowadzonym przez ZGO Aquarium Sp. z o.o. w Rawie Mazowieckiej

przy udziale K..... S..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą S..... K..... ZUST Zakład Usług Sprzętowo-Transportowych w Rawie Mazowieckiej zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. oddała odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „Eko-Wapno BIS” Sp. z o.o. w Inowrocławiu i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „Eko-Wapno BIS” Sp. z o.o. w Inowrocławiu tytułem wpisu od odwołania.

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 Łodzi.

**Przewodniczący: .....**

### **Uzasadnienie**

Zamawiający - ZGO Aquarium sp. z o.o. w Rawie Mazowieckiej - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest „Budowa kwatery składowania odpadów innych niż niebezpieczne i obojętne wraz z niezbędną infrastrukturą techniczną”.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w BZP pod numerem: 522384 - 2013 w dniu 16 grudnia 2013 r.

Wartość zamówienia jest mniejsza niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

8 stycznia 2014 r. zamawiający przesłał informację o odrzuceniu oferty Przedsiębiorstwa Wielobranżowego „Eko - Wapno BIS” Sp. z o.o. w Inowrocławiu.

Wykonawca ten 18 stycznia 2014 r. wniósł odwołanie wobec niezgodnego z przepisami odrzucenia oferty. Wskazując na naruszenie art. 7 ust. 1, art. 87 ust. 2 pkt 1 oraz 3, a także art. 89 ust. 1 pkt 2 ust Pzp oraz innych przepisów powołanych w uzasadnieniu odwołania odwołujący wniósł o unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego, ewentualną poprawę omyłek na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 1 oraz 3 Pzp w treści oferty odwołującego, w przypadku uznania niezgodności treści oferty z SIWZ, uwzględnienie oferty odwołującego w toku oceny ofert i wybór jego oferty jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołujący podkreślił, że dla oceny zasadności odrzucenia oferty kapitalne znaczenie ma ryczałtowy charakter wynagrodzenia określony przez zamawiającego w SIWZ. Zgodnie z art. 632 §1 k.c. oraz wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 20 listopada 1998 r., sygn. akt II CRN 913/97, ryczałt polega na umówieniu z góry wysokości wynagrodzenia w kwocie absolutnej, przy wyraźnej lub dorozumianej zgodzie stron na to, że wykonawca nie będzie domagać się wynagrodzenia wyższego. Przyjęcie w umowie ryczałtowego wynagrodzenia oznacza zatem, że wykonawca składając ofertę i podając cenę, przy jednoczesnym zobowiązaniu do wykonania pełnego zakresu zamówienia, składa oświadczenie gwarantujące realizację zamówienia bez konieczności dodatkowego wskazywania wszystkich elementów robót, usług czy dostaw, które są objęte tą ceną.

Odwołujący zauważył, że zamawiający określił znaczenie kosztorysów w postępowaniu w pkt 17.3 SIWZ - kosztorys ofertowy stanowi podstawę do:

- ustalania wysokości płatności należnych wykonawcy;
- określania cen jednostkowych w przypadku ewentualnych zmian zakresu/ilości/robót

dokonywanych zgodnie z ustawą,

- oceny wiarygodności oferty przez zamawiającego.

Powyższe oznacza, że kosztorysy mają w omawianym postępowaniu charakter pomocniczy i mają zostać wykorzystane dopiero na etapie realizacji umowy (wysokość płatności, ustalanie cen w przypadku zmian zakresu robót), a nie w trakcie badania oferty. Ocena wiarygodności, o której mowa powyżej także nie może być interpretowana inaczej jak pod kątem wyceny kosztów wykonania zamówienia. Zdaniem odwołującego treść kosztorysów jest pomocnicza i nie może stanowić podstawy do oceny oferty pod kątem tego, czy odwołujący wycenił wszystkie elementy zamówienia i nie może stanowić okoliczności uzasadniającej odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Odwołujący uznał, iż treść kosztorysów a w szczególności niewielkie rozbieżności w zakresie opisu pozycji kosztorysów ofertowych (względem wzorów kosztorysów z SIWZ) nie mogą być podstawą do uznania niezgodności oferty z SIWZ, ponieważ ryczałtowy charakter wynagrodzenia gwarantuje wykonanie całości zamówienia w zakresie wskazanym w SIWZ.

Z ostrożności procesowej odwołujący podkreślił, że nawet gdyby uznać, że treść kosztorysów ma wpływ na ocenę zgodności oferty odwołującego z SIWZ, to wskazane w treści uzasadnienia rozbieżności między kosztorysami ofertowymi a ich wzorami (załączniki nr 6a i 6b do SIWZ) podlegają poprawie jako inne omyłki lub omyłki pisarskie, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 1 oraz 3 Pzp.

Zamawiający wskazał na następujące rozbieżności w załączniku nr 6a:

1. poz. 5 - odwołujący zaoferował „wykonanie mineralnej bariery uszczelniającej zagęszczanej mechanicznie o grubości 0,5 cm” zamiast 0,5 m jak wymagał zamawiający;
2. poz. 6 - odwołujący zaoferował „izolacje przeciwwilgociowe i przeciwwodne z folii polietylenowej szerokiej poziome pod posadzkowe”, a nie jak wskazano we wzorze kosztorysu - „izolacje przeciwwilgociowe i przeciwwodne z folii polietylenowej szerokiej poziome”)
3. poz. 8 - odwołujący zaoferował: „Warstwy odsączające zagęszczane mechanicznie o grubości 20 cm” zamiast: „Warstwy odsączające zagęszczane mechanicznie o grubości 50 cm”;
4. poz. 9 - odwołujący zaoferował: „Wykonanie rozbiórki 3 obiektów budowlanych” oraz w kolumnie „obmiar” 3 sztuki, a nie 1 sztukę tak jak podał zamawiający we wzorze kosztorysu; oraz następujące rozbieżności w załączniku nr 6b:
5. poz. 1.2 - odwołujący zaoferował: „montaż i stawianie słupów pojedynczych wirowanych o długości 12 m. w liniach jednotorowych dla trójkątnego układu przewodów w liniach jednotorowych 15 kV”, zamiast: „montaż i stawianie słupów pojedynczych wirowanych o wysokości 12 m. w liniach jednotorowych 15 kV”;
6. poz. 3.3 - odwołujący zaoferował: „skrzynki i rozdzielnice skrzynkowe o masie do 50 kg wraz z konstrukcją mocowaną do podłoża przez przykręcenie” zamiast: „skrzynki i rozdzielnice skrzynkowe o masie do 50 kg wraz z konstrukcją mocowaną do podłoża przez przykręcenie - analogicznie układ pomiarowy półośrodkowy kompletny”)

7. poz. 3.7 - odwołujący zaoferował: „łączenie przewodów instalacji odgromowej lub przewodów wyrównawczych z bednarki o przekroju do 200 mm<sup>2</sup> w wykopie” zamiast: „łączenie przewodów uziemienia w wykopie”)

8. poz. 4.1 - odwołujący zaoferował: „Odtworzenie przebiegu trasy kabla nn o dł. do 500 m” i kolumnie „obmiar” wskazał długość 1 km zamiast: „ustalenie przebiegu trasy kabla nn o dł. do 500 m” ze wskazaniem w kolumnie „obmiar” dwóch odcinków po 500 m.;

Odnosząc się do pierwszej rozbieżności odwołujący stwierdził, że jest to typowa oczywista omyłka pisarska polegająca na przekręceniu nazwy jednostki miary. Odwołujący wpisał zamiast metrów „m.” centymetry „cm.” nie mniej jednak wyceniona została bariera o prawidłowym wymiarze, na co wskazuje cena w tej pozycji. Omyłka ta jest oczywista ze względu na fakt, iż nie stosuje się w przypadku budowy kwater składowania odpadów barier o grubości 0,5 cm. Wymiary barier są określone rozporządzeniem Ministra Środowiska z dn. 24.03.2003 r. „w sprawie szczegółowych wymagań dotyczących lokalizacji budowy, eksploatacji i zamknięcia jakim powinny odpowiadać poszczególne typy składowisk odpadów” (Dz. U. Nr 61 poz 549).

Odwołujący ocenił, że pozostałe siedem rozbieżności wynika z błędnego powiązania przez zamawiającego w załącznikach nr 6a i 6b dwóch elementów: opisów pozycji przedmiaru (które powinny odpowiadać treści publikacji Katalogu Nakładów Rzeczowych) z unikalnym oznaczeniem cyfrowym - „opisem wierszowym” publikacji pn. „Katalog Nakładów Rzeczowych” (oznaczenie to składa się z numeru katalogu, numeru tablicy i kolumny KNR - łącznie od 9 do 12 cyfr w zależności od poprzedzania numeru cyframi „0”). Każde oznaczenie cyfrowe składające się z ciągu cyfr odpowiada jednemu unikalnemu zakresowi robót budowlanych wskazanych w KNR. W przypadku ww. rozbieżności, zakres robót budowlanych wskazany w treści wzorów załączników 6a i 6b odbiegał od oryginalnych zapisów KNR dla wskazanych oznaczeń cyfrowych. I tak np. w przypadku rozbieżności nr 3 treść oficjalnego KNR oznaczonego nr 00-06-0104-0200 brzmi: „Warstwy odsączające zagęszczane mechanicznie o gr. 20 cm” zaś w załączniku Zamawiającego: „Warstwy odsączające zagęszczane mechanicznie o gr. 50 cm”. Jak powszechnie wiadomo KNR stanowią podstawę do sporządzania kosztorysów szczegółowych i są wydawane są przez Ministerstwo Budownictwa i Gospodarki Przestrzennej, inne resorty oraz Ośrodek Kosztorysowania Robót Budowlanych WACETOB PZITB. Wykonawca przygotowujący ofertę przy pomocy oprogramowania do kosztorysowania bazuje na numerach KNR, ponieważ to dzięki nim wyszukuje odpowiednie pozycje w tabelach (podobnie jak np. w przypadku kodów CPV). Tym samym sporządzając ofertę Odwołujący mógł czuć się zdezorientowany czy ma brać pod uwagę oznaczenie cyfrowe w załącznikach, któremu odpowiadają konkretne zapisy oficjalnej publikacji KNR czy też treść kolumny „opis”. Wątpliwości te zostały spotęgowane odpowiedzią na pytanie nr 13 z dnia 23.12.2013 r. (pismo: „odpowiedzi na pytania nr 3” zamieszczone na stronie Zamawiającego), w której zamawiający na wątpliwość dotyczącą ww. zastrzeżenia nr 2 odpowiedział, iż „Zamawiający nie zmienia KNR”, a zatem wiążąca powinna być treść KNR. Zgodnie z jednolitą linią orzecniczą KIO „to na zamawiającym spoczywa obowiązek

jednoznacznego i jasnego precyzowania postanowień SIWZ, fakt, że postanowienia te nie czynią zadość tym wymogom, nie mógłby być poczytany na niekorzyść odwołującego i nie mógłby prowadzić do zastosowania sankcji odrzucenia oferty."

Odnosząc się do rozbieżności nr 2, której dotyczyło ww. pytanie nr 13 z dnia 23.12.2013 r. należy zaznaczyć, że z odpowiedzi na pytanie wynika, iż dla zamawiającego wiążący był zapis KNR, którego oznaczenie zostało wskazane w załączniku 6a do SIWZ. Treść KNR brzmi: „izolacje przeciwwiigociowe i przeciwwodne z foiii polietylenowej szerokiej poziome pod posadzkowe". Tym samym obecnie nie można kwestionować treści oferty wykonawcy, a co najwyżej należy poprawić tę rozbieżność, jako inną omyłkę na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Rozbieżność nr 3: odwołujący zaoferował: „ Warstwy odsączające zagęszczane mechanicznie o grubości 20 cm" zamiast: „Warstwy odsączające zagęszczane mechanicznie o grubości 50 cm". Treść kosztorysu ofertowego odpowiada treści oficjalnego KNR odpowiadającemu numerowi podanemu przez zamawiającego we wzorze kosztorysu. Wykonawca jednak dla bezpieczeństwa wycenił warstwy odsączające o grubości 50 cm. Jednocześnie podobnie jak w przypadku rozbieżności nr 1 także wymiary warstw odsączających są określone w z § 6 ust. 2 rozporządzeniem Ministra Środowiska z dn. 24.03.2003 r. .Powyższe okoliczności jednoznacznie wskazują, że nawet w przypadku uznania, że doszło do rozbieżności oferty i SIWZ, należy poprawić omyłkę na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Rozbieżność nr 4: odwołujący zaoferował: „Wykonanie rozbiórki 3 obiektów budowlanych" oraz w kolumnie „obmiar" 3 sztuki, a nie 1 sztukę tak jak podał zamawiający we wzorze kosztorysu. Celem zamawiającego było wskazanie konieczności rozebrania 3 obiektów budowlanych, jednak wzór załącznika 6a był nieprawidłowo sporządzony, ponieważ zamawiający powinien podać zakres robót (rozbiórkę) w pozycji „opis", a dopiero w pozycji „obmiar" liczbę jednostek (3). Wykonawca, aby prawidłowo wyliczyć cenę w odpowiednim oprogramowaniu kosztorysowym z uwzględnieniem liczby 3 obiektów do rozbiórki musiał podać w pozycji obmiar „3 sztuki". Biorąc pod uwagę fakt, iż cena jednostkowa w kosztorysie jest podana dla jednego obiektu, to po przemnożeniu jej przez liczbę budynków wyliczenie w ofercie jest poprawne. Fakt wpisania w kolumnie „opis" sformułowania „wykonanie rozbiórki 3 obiektów budowlanych" nie wpływa na prawidłowość wyliczenia ceny w tej pozycji kosztorysu, ponieważ treść kolumny „opis" nie wpływa na działania matematyczne dokonywane w kolumnach „obmiar", „cena jednostkowa" i „razem". Tę rozbieżność trudno nawet traktować jako omyłkę. Oferta jest w tym zakresie zgodna z SIWZ, ponieważ odwołujący wycenił rozbiórkę 3 obiektów.

Rozbieżność nr 5: odwołujący zaoferował: „montaż i stawianie słupów pojedynczych wirowanych o długości 12 m. w liniach jednotorowych dla trójkątnego układu przewodów w liniach jednotorowych 15 kV", zamiast: „montaż i stawianie słupów pojedynczych wirowanych o wysokości 12 m. w liniach jednotorowych 15 kV". Należy podkreślić, że zapis w ofercie odwołującego jest podobnie jak w poprzednim przypadku zgodny z oficjalnym KNR, zatem znów, to brak precyzyjnego określenia przedmiotu zamówienia w SIWZ i wprowadzenie odwołującego w błąd jest powodem zaistnienia

rozbieżności oferty i SIWZ. Pragniemy jednak zwrócić uwagę, że w tym przypadku wzór kosztorysu (załącznik 6b do SIWZ) był również niezgodny z załącznikiem nr 8 do SIWZ (projekt). W części „opis” tego załącznika, zamieszczonej na stronie internetowej zamawiającego, czytamy, że „słup należy wykonać wg: albumu linii napowietrznych średniego napięcia (...) - układ trójkątny”. W związku z tym, w omawianym przypadku trudno nawet mówić o niezgodności z SIWZ, z pewnością natomiast rozbieżność między wzorem kosztorysu a kosztorysem odwołującego można poprawić na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Rozbieżność nr 6: odwołujący zaoferował: „skrzynki i rozdzielnice skrzynkowe o masie do 50 kg wraz z konstrukcją mocowaną do podłoża przez przykręcenie” zamiast: „skrzynki i rozdzielnice skrzynkowe o masie do 50 kg wraz z konstrukcją mocowaną do podłoża przez przykręcenie - analogicznie układ pomiarowy półpośredni energii kompletny”.

Odwołujący zwrócił uwagę, że oficjalny KNR zawiera dla oznaczenia cyfrowego wskazanego przez zamawiającego opis robót o treści wskazanej w kosztorysie odwołującego. Tym samym i tym razem zaistniała rozbieżność wynika z rozbieżnych zapisów SIWZ i wprowadzeniu odwołującego w błąd. Oferta zgodna jest ze wskazanym numerem KNR, natomiast nieznacznie odbiega w zakresie opisu od wzoru załącznika nr 6b. W przypadku uznania niezgodności oferty z SIWZ, należy ofertę poprawić na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Rozbieżność nr 7: odwołujący zaoferował: „Łączenie przewodów instalacji odgromowej lub przewodów wyrównawczych z bednarki o przekroju do 200 mm<sup>2</sup> w wykopie” zamiast: „Łączenie przewodów uziemienia w wykopie”. Podobnie jak w przypadku rozbieżności nr 6 różnice wynikają z opisu oficjalnego KNR przyporządkowanego numerowi wskazanemu przez Zamawiającego w załączniku nr 6b. Tym samym konieczne jest ewentualne poprawienie tej rozbieżności na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Rozbieżność nr 8: odwołujący zaoferował: „Odtworzenie przebiegu trasy kabla nn o dł. do 500 m”, a w kolumnie „obmiar” wskazał długość 1 km, zamiast jak chciał zamawiający: „ustalenie przebiegu trasy kabla nn o dł. do 500 m” ze wskazaniem w kolumnie „obmiar” dwóch odcinków po 500 m. Znow oficjalny opis pozycji KNR o wskazanym przez zamawiającego numerze jest zgodny z zapisem oferty odwołującego, a odbiega od nieodpowiednio sformułowanego opisu we wzorze załącznika do SIWZ. Nie mniej jednak, w tym przypadku nie da się w żaden sposób podważyć zgodności oferty z SIWZ, ponieważ odwołujący wycenił 1 km ustalenia kabla zamiast 2 razy po 500 m. Oznacza to, że odwołujący wycenił wymaganą długość kabla wraz z ustaleniem. Warto zaznaczyć, że różnica między „odtworzeniem przebiegu kabla” (wskazanym w ofercie) a „ustaleniem przebiegu kabla” wskazanym we wzorze załącznika również działa na korzyść wykonawcy, ponieważ czynności potrzebne do odtworzenia pochłaniają wszystkie czynności konieczne do ustalenia przebiegu kabla. Odtworzenie w elektryce polega na tym, iż ustala się przebieg kabla i dodatkowo nabija się w miejscu przebiegu kabla paliki, a przy ustaleniu dokonuje się tylko ustalenia bez zaznaczania palikami, nawet gdyby przyjąć (zgodnie z literalnym brzmieniem kosztorysu z oferty), że odwołujący wycenił w ofercie odtworzenie zamiast ustalenia (a

nie jest to prawda), to zgodnie z powyższym nie stanowi to zagrożenia dla wykonania zamówienia. Wykonawca pomimo braku precyzji po stronie zamawiającego podczas dokonywania opisu przedmiotu zamówienia, dokonał wyceny bezpiecznej obejmującej zakresy robót niezbędnych do wykonania zgodnie z SIWZ oraz załącznikami (projektu i pozostałymi). Tym samym cena ryczałtowa wskazana w ofercie obejmuje całość robót koniecznych do realizacji w celu wykonania umowy, a powierzenie odwołującemu realizacji robót nie zagraża wykonaniu zamówienia.

Kazimierz Stefański prowadzący działalność gospodarczą pod firmą S..... K....., ZUST Zakład Usług Sprzętowo Transportowych w Rawie Mazowieckiej przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i przeprowadziła rozprawę, podczas której strony i uczestnik podtrzymali dotychczasowe stanowiska.

#### **Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Postanowienia SIWZ (w tym przedmiarów robót) oraz treść kosztorysu ofertowego odwołującego zostały przywołane w odwołaniu zgodnie z rzeczywistym stanem rzeczy, Izba przyjęła je za ustalenia własne. Pozostałych ustaleń powołanych w uzasadnieniu Izba dokonała na podstawie dowodów z wymienionych pism, znajdujących się w aktach sprawy w formie kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przez zamawiającego.

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Jest wykonawcą, który złożył ofertę i ma interes w uzyskaniu danego zamówienia. Zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów powodują, że odwołujący, który złożył ofertę z niższą ceną, niż uznana za najkorzystniejszą oferta przystępującego, może ponieść szkodę w postaci utraty możliwości wybrania jego oferty i przychodów związanych z wykonaniem umowy.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba zważyła, że zamawiający przewidział ryczałtowy charakter wynagrodzenia. Zarówno w pkt 17 SIWZ, jak w § 6 wzoru umowy stwierdzono, że wynagrodzenie to jest niezmienne oraz obejmuje wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia wynikające wprost z dokumentacji, jak również w niej nieujęte, a nie zbędne do realizacji zadania i osiągnięcia efektu końcowego (w tym uzyskanie wszystkich pozwoleń i licencji). § 6 ust. 2 wzoru umowy stanowi ponadto, że ustalone wynagrodzenie jest niezmienne i nie podlega waloryzacji.

Przywołane postanowienia realizują istotę wynagrodzenia ryczałtowego wskazaną w art. 632 § 1 k.c. Charakter wynagrodzenia został potwierdzony przez zamawiającego w odpowiedzi na pytanie 14 z 23 grudnia 2013 r.

Izba nie podzieliła poglądu odwołującego, że ustalenie wynagrodzenia ryczałtowego uniemożliwia zamawiającemu badanie kosztorysów ofertowych.

Cena ryczałtowa jest pojęciem nie mającym umocowania normatywnego. Na gruncie praktyki w obszarze zamówień publicznych pojęcie to używane jest w znaczeniu „wynagrodzenia ryczałtowego”, o którym stanowi art. 632 k.c. Zgodnie z przywołanym przepisem umówienie się przez strony o wynagrodzenie ryczałtowe, ma taki skutek, że co do zasady wykonawca nie może domagać się od zamawiającego jego podwyższenia.

Zastrzeżenie wynagrodzenia ryczałtowego w żaden sposób nie zwalnia więc zamawiającego z badania poprawności oferowanego świadczenia oraz ustalenia niewadliwej kalkulacji ceny oferty. Są to obowiązki ustawowe, od których wykonania zamawiający nie może się uchylić w żaden sposób.

Postanowienia SIWZ nie wskazują, jak chciałby odwołujący na pomocniczy charakter kosztorysu. Izba nie zgadza się, też z twierdzeniem, że pomocniczy charakter kosztorysu, wynika *ipso iure* z ryczałtowego charakteru wynagrodzenia.

Poprzednio obowiązujący 88 Pzp, zgodnie z którym przyjmowało się, że cena o charakterze ryczałtowym jest prawidłowa bez względu na sposób jej obliczenia, został uchylony. Zamawiający zobligowany w obecnym stanie prawnym jest do badania na równych zasadach ofert niezależnie od sposobu jej obliczenia ceny oraz sposobu obliczenia wynagrodzenia wykonawcy, gdyż ustawa nie wyprowadza już w tym zakresie żadnych domniemań (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 16 listopada 2012 r., sygn. akt KIO 2392/12, KIO 2410/12).

Kosztorys jest pomocą dla wykonawców w tym sensie, że umożliwia im objęcie swoim świadczeniem całego przedmiotu zamówienia i prawidłowe obliczenie ceny oferty. Służy też rozproszeniu ewentualnych wątpliwości zamawiającego, które zrodziłyby się w toku badania i oceny ofert oraz umożliwia poprawienia oferty zgodnie z obowiązkiem wynikającym z art. 87 ust. 2 Pzp. Oczywistym jest dla Izby, że zamawiający, który żąda kosztorysu, w toku badania i oceny ofert, odnosi się do jego treści bez konieczności zawierania odrębnej deklaracji w postanowieniach specyfikacji.

Pogląd, że ustalenie wynagrodzenia ryczałtowego nie uniemożliwia zamawiającemu badania zgodności oferty z SIWZ na podstawie kosztorysów ofertowych, kształtuje się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (wyroki: z 28 czerwca 2010 r., sygn. akt KIO 1101/10, z 10 lutego 2011 r. sygn. akt. 179/11, z 16 listopada 2012 r., sygn. akt KIO 2392/12, KIO 2410/12, z 12 grudnia 2012 r., sygn. akt KIO 2611/12, z 30 stycznia 2013 r., sygn. akt KIO 67/13. 70/13, 72/13).

Zamawiający opisał przedmiot zamówienia za pomocą przedmiarów, co potwierdził w odpowiedzi



na pytanie 3 z 23 grudnia 2013 r. Treść przedmiarów była przedmiotem szczegółowych pytań ze strony wykonawców oraz odpowiedzi zamawiającego. Zamawiający w pkt 15.3. SIWZ wyłączył możliwość dokonywania zamian w ofercie oraz załączników do oferty i nakazał ich wypełnia ściśle według postanowień SIWZ.

Doniosłość złożenia kosztorysów zgodnych z wymaganiami zamawiającego tzn. bez możliwości dokonywania zmian w ich treści została potwierdzona, nie tylko w powołanej przez odwołującego odpowiedzi na pytanie nr 13 z dnia 23.12.2013 r., ale też w odpowiedzi na pytanie nr 32 z tego dnia, w której zamawiający nie zezwolił na skreślenie pozycji przedmiaru.

W tym stanie rzeczy Izba nie miała wątpliwości, że zamawiający nadał kosztorysom znaczenie istotne i po zbadaniu oferty odwołującego prawidłowo dokonał jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Z uchybień popełnionych przez odwołującego jedynie omyłka popełniona w załączniku nr 6a, poz. 5, w której odwołujący zaoferował „wykonanie mineralnej bariery uszczelniającej zagęszczanej mechanicznie o grubości 0,5 cm” zamiast 0,5 m, jest możliwa do poprawienia na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 1 Pzp. Pominięcie litery „c” ma – w okolicznościach sporu - cechy oczywistej omyłki pisarskiej. Niewątpliwe jest, że odwołujący zaoferował o grubości, a przy zmianie jednostki miary pominął jedną z liter składającą się na oznaczenie.

Pozostałe niezgodności oferty odwołującego z treścią SIWZ pozbawione są przymiotu oczywistości i nie podlegają poprawieniu również na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Przywołany przepis nakazuje zamawiającemu poprawienia w ofercie omyłek, innych niż oczywiste omyłki pisarskie i rachunkowe, polegające na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty.

Do poprawienia oferty niezbędne jest zatem, aby stwierdzona niezgodność z SIWZ miała charakter omyłki, czyli wynikała z niezamierzonego działania wykonawcy. Ze stanowiska odwołującego tak zawartego w uzasadnieniu odwołania, jak i prezentowanego na rozprawie, wynika tymczasem, że zmiany w kosztorysach w stosunku do treści przedmiarów, które nastąpiły wbrew wyraźnemu postanowieniu pkt 15.3 SIWZ, były działaniem celowym.

Stwierdzenie, że niezgodność oferty z SIWZ nie nastąpiła skutkiem omyłki, powoduje, że art. 87 ust. 2 pkt 3 Pz nie znajduje zastosowania. Wszystkie przesłanki zawarte w tym przepisie winny być spełnione kumulatywnie. Jeśli niezbędna przesłanka omyłki nie została spełniona, badanie czy zaistniała przesłanka braku istotności jest zbędne.

Odwołujący na rozprawie dla obrony swojej oferty podjął próbę wykazania, że w dokumentach składających się na opis przedmiotu zamówienia istniały sprzeczności oraz, że opisy poszczególnych pozycji przedmiaru nie zgadzały się z opisem zawartym w podanej tam pozycji KNR.

Izba pominęła tę argumentację, uznając ją za spóźnioną. Termin na wskazywanie zamawiającemu (przez zadawanie pytań do SIWZ lub wnoszenie środków ochrony prawnej) sprzeczności w SIWZ,

nieadekwatności kosztorysów do projektu, brak możliwości prawidłowego wypełnienia kosztorysów za pomocą programu komputerowego, upłynął i nie może być przywrócony.

Dokonywana przez Izbę ocena czynności badania i oceny ofert, nie może sprowadzać się do analizy spójności wszystkich dokumentów składających się na opis przedmiotu zamówienia, lecz polega na stwierdzeniu, czy dana oferta odpowiada ustalonym wymaganiom.

Niesporne jest, że dwaj pozostali wykonawcy, którzy złożyli oferty w postępowaniu, wypełnili kosztorysy ofertowe zgodnie z wymaganiami zamawiającego. Zatem, niezależnie od braku możliwości sanacji oferty odwołującego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, możliwości przywróceniu oferty odwołującego sprzeciwiają się również zasady wynikające z art. 7 ust. 1 Pzp.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp.

**Przewodniczący:** .....