

Sygn. akt: KIO 2033/11

WYROK

z dnia 5 października 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Stręciwilk

Protokolant: Przemysław Łaciński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 października 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 września 2011 r. przez **Wrocławskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Nr 2 WROBIS S.A., ul. Szewska 3, 50-053 Wrocław** w postępowaniu prowadzonym przez **Komendę Wojewódzką Policji we Wrocławiu, ul. Podwale 31-33, 50-040 Wrocław**

przy udziale wykonawcy **Przedsiębiorstwo Budowlane MAXBUD ABJ Sp. z o.o., ul. Bystrzycka 89, 54-215 Wrocław**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

- 1. oddala odwołanie;**
- 2. kosztami postępowania obciąża Wrocławskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Nr 2 WROBIS S.A., ul. Szewska 3, 50-053 Wrocław** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Wrocławskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Nr 2 WROBIS S.A., ul. Szewska 3, 50-053 Wrocław** tytułem wpisu od odwołania;

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 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 **we Wrocławiu**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Komenda Wojewódzka Policji we Wrocławiu (dalej: „Zamawiający”) prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Budowę nowej siedziby Komisariatu Policji Wrocław - Krzyki, ul. Ślężna 115-129 - etap I”. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 27 lipca 2011 r. pod pozycją nr 203703.

W postępowaniu tym wykonawca Wrocławskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Nr 2 WROBIS S.A. z siedzibą we Wrocławiu (dalej: „Odwołujący”) w dniu 21 września 2011 r. złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, którego kopia została przekazana Zamawiającemu w tej samej dacie. Odwołanie dotyczyło czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego, o dokonaniu której to czynności Zamawiający przekazał Odwołującemu informację w dniu 16 września 2011 r.

O złożonym odwołaniu Zamawiający poinformował wykonawców w dniu 21 września 2011 r. W dniu 23 września 2011 r. do Prezesa Izby wpłynęło zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, skierowane przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Budowlane MAXBUD ABJ Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (dalej: „Przystępujący”). Kopia przystąpienia została przekazana stronom postępowania odwoławczego.

Biorąc pod uwagę pisma złożone w sprawie odwołania oraz oświadczenia złożone w trakcie rozprawy Izba ustaliła następujące stanowiska stron postępowania odwoławczego oraz jego uczestnika:

I. Stanowisko Odwołującego

Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego, zarzucając Zamawiającemu:

- 1) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, mimo że jej treść nie jest sprzeczna z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”);

- 2) naruszenie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień odnośnie treści złożonej oferty;
- 3) naruszenie innych przepisów wskazanych w uzasadnieniu odwołania.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i:

- 1) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty,
- 2) nakazanie dokonania powtórnej oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał na następujące okoliczności w sprawie:

1. Co do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp podkreślił, że Zamawiający w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego, podniósł, że jest ona niezgodna z treścią SIWZ, ponieważ Odwołujący nie wypełnił dyspozycji rozdziału IX SIWZ pkt 12 oraz rozdziału XI SIWZ. pkt 11d (wypełnienie i określenie wartości we wszystkich pozycjach występujących w przedmiarach). Zamawiający zarzucił Odwołującemu wpisanie w kosztorysie ofertowym branży budowlanej dotyczącym budowy budynku administracyjnego, w poz. 19, w dziale nr 1 w kolumnie cena i w kolumnie wartość cyfry „0”, co zdaniem Zamawiającego stanowi sprzeczność treści oferty z treścią SIWZ. Zamawiający na poparcie decyzji o odrzuceniu oferty stwierdził, że nie mógł potraktować takiej sytuacji jako omyłki i poprawić jej na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp i przywołał na tę okoliczność szereg orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej. Odwołujący wskazał na nieprawidłowość takiego rozumowania Zamawiającego. Podkreślił, że Zamawiający łączy sprzeczność oferty Odwołującego z SIWZ poprzez wycenę poz. 19 przywołanego kosztorysu ofertowego branży budowlanej, tj. „Opłata składowiskowa-drewno z karczowań ” na wartość „0”, zakładając z góry, że każdy wykonawca będzie zobowiązany składować pozyskane drewno na odpłatnych składowiskach. Zamawiający – zdaniem Odwołującego - nie przewidział jednak, że może zaistnieć również i taka sytuacja, iż niektórzy wykonawcy mogą pozyskane drewno składować na własnych placach, wykorzystując następnie do zaspokojenia własnych potrzeb (pozyskanie tarcicy, wykonanie prostych elementów budowlanych, ogrzewanie pomieszczeń itp.) Tym samym w takiej sytuacji nie będzie występowała po stronie wykonawcy konieczność ponoszenia dodatkowych kosztów składowania tego typu odpadów i zbędnym według Odwołującego staje się wycenianie tej pozycji przedmiaru. Podkreślił, że właśnie z taką sytuacją mamy do czynienia w przypadku Odwołującego, który z przytoczonych powyżej powodów nie wycenił poz. 19 kosztorysu ofertowego, uznając, że nie będzie z tego tytułu ponosił jakichkolwiek kosztów. Zdaniem Odwołującego nie ma podstaw do twierdzenia, że wskazane

postanowienia SIWZ nakładają na wykonawcę obowiązek dokonania wyceny pozycji przedmiaru również i w sytuacji, kiedy dana pozycja kosztorysowa po stronie wykonawcy nie wystąpi. Z tych też względów - w ocenie Odwołującego – w tym przypadku nie można mówić o sprzeczności merytorycznej treści oferty z merytorycznymi wymaganiami zamawiającego.

2. Co do zarzutu naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Pzp Odwołujący wskazał, że Zamawiający mając możliwość wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień odnośnie treści złożonej oferty bezpodstawnie zaniechał tego wezwania, które skutkowałyby wytłumaczeniem się z powodów niewycenienia jednej z pozycji przedmiaru robót, co doprowadziło do uznania oferty Odwołującego za niezgodną z SIWZ. Zamawiający - zdaniem Odwołującego - zgodnie z ukształtowanym poglądem, że racjonalny wykonawca nie oferuje celowo Zamawiającemu przedmiotu zamówienia niezgodnego z jego wymaganiami, winien niezgodności treści oferty z SIWZ wyjaśnić z wykonawcą. Z tej możliwości Zamawiający nie skorzystał uznając, że bez względu na przyczynę braku wyceny, którejkolwiek pozycji kosztorysowej, będzie to stanowiło podstawę uznania oferty za niezgodną z SIWZ.

Na marginesie Odwołujący zwrócił także uwagę na okoliczność, że ponoszenie kosztów składowania drewna nie ma jakiegokolwiek związku z wykonawstwem robót budowlanych, a tym samym zbędnym było zamieszczanie tego typu pozycji w przedmiarze robót. Podkreślił także, że koszt składowania drewna w ilości opisanej w przedmiarze - w domyśle na składowiskach odpadów budowlanych - na terenie szeroko rozumianym miasta Wrocławia oscyluje w granicach 2 tys. zł. Biorąc natomiast pod uwagę to, iż cena oferty Przystępującego, uznanej przez Zamawiającego jako najkorzystniejsza w postępowaniu jest droższa od ofert Odwołującego o ponad 700 tys. zł, to ujęcie w cenie oferty Odwołującego opłaty skadowiskowej nie skutkowałoby zmianą kolejności złożonych ofert.

W toku rozprawy Odwołujący podtrzymał swoje stanowisko prezentowane w odwołaniu dodatkowo podniósł, że Zamawiający w sposób sprzeczny z obowiązującymi przepisami prawa, poprzez zapis SIWZ o odrzuceniu oferty wykonawcy w sytuacji wyceny jakiejkolwiek z pozycji kosztorysu ofertowego na poziomie 0, dopuścił się nieuprawnionego poszerzenia katalogu przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem oferty. Wskazywał niemożność stosowania wskazanego zapisu SIWZ do odrzucenia oferty Odwołującego z powodu braku wyceny jednej pozycji kosztorysu ofertowego. Odwołujący dodatkowo wskazał, że podstawą wyceny spornej poz. 19 kosztorysu ofertowego na podstawie przekazanych przez Zamawiającego przedmiarów robót była - w odróżnieniu od innych pozycji kosztorysu, gdzie przewidziano KNR-y - analiza własna wykonawcy.

II. Stanowisko Zamawiającego

Zamawiający w toku rozprawy wniósł o oddalenie odwołania. Podtrzymał swoje stanowisko co do konieczności odrzucenia oferty Odwołującego z powodu jej sprzeczności z SIWZ. Wskazywał na zapis rozdziału XI pkt 11 lit. d) SIWZ nakazujący wykonawcom wypełnienie i określenie wartości we wszystkich pozycjach występujących w przedmiarach robot oraz wskazujący, że wycena poszczególnych pozycji przedmiaru o wartości równej „0” spowoduje odrzucenie oferty. Zamawiający podkreślił też, że kosztorys w przedmiotowym postępowaniu miał istotne znaczenie dla Zamawiającego z powodu tego, że w SIWZ przewidziano kosztorysowy charakter wynagrodzenia umownego. Zamawiający wskazał także na okoliczność nierównego traktowania wykonawców w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w przypadku przyjęcia do merytorycznej oceny ofert oferty złożonej przez Odwołującego. Podkreślił, że gdyby sytuacja o możliwości wyceny określonych pozycji w kosztorysie ofertowym na poziomie 0 zł była znana wszystkim wykonawcom w postępowaniu być może także oferta Przystępującego została by wyceniona przez tego wykonawcę w inny zupełnie sposób. Zamawiający podkreślił, że w spornej poz. 19 kosztorysu przewidziano jako podstawę wyceny analizę własną wykonawcy, a nie KNR-y z uwagi na to, że KNR-y takiej pozycji jak opłata składowiskowa w ogóle nie przewidują.

III. Stanowisko Przystępującego

Przystępujący w swoim przystąpieniu zgłoszonym po stronie Zamawiającego, jak i w toku rozprawy poparł w całości Zamawiającego i wniósł o oddalenie w całości odwołania. Podobnie jak Zamawiający, powołał się na zapisy SIWZ zawarte w rozdziale XI pkt 11 lit. d) i ewentualne naruszenie zasady równego traktowania wykonawców w postępowaniu w przypadku przyjęcia do oceny oferty Odwołującego. Przystępujący dodatkowo podkreślił także, że Odwołujący w żaden sposób nie wykazał nie będzie ponosił żadnych kosztów z tytułu opłat za składowanie drewna z karczowań, wskazując przykładowo na możliwość ponoszenia różnego rodzaju kosztów ponoszonych z tego tytułu.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, oraz stanowiska stron i uczestnika postępowania, zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że wykonawca Przedsiębiorstwo Budowlane MAXBUD ABJ Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, zgłaszający swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, uzyskał przymiot uczestnika niniejszego postępowania odwoławczego. W tym zakresie Izba stwierdziła wypełnienie przesłanek ustawowych skutecznego przystąpienia do postępowania odwoławczego, określonych w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp. W związku z powyższym wskazany wykonawca uzyskał status uczestnika niniejszego postępowania odwoławczego.

W drugiej kolejności Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba ustaliła też, że Odwołujący ma interes w złożeniu odwołania. W odwołaniu podnosi on zarzuty dotyczące czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu jego oferty w postępowaniu, co w sposób bezpośredni naraziło Odwołującego na poniesienie uszczerbku w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w postaci pozbawienia go możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego. Powyższe wskazuje, że Odwołujący wykazał w dostateczny sposób wypełnienie materialno prawnej przesłanki skutecznego wniesienia odwołania, o której to przesłance mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba, rozpoznając odwołanie w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu, uznała je za niezasadne.

Izba ustaliła w tym zakresie, że Zamawiający w SIWZ w rozdziale IX pkt 2 SIWZ oraz w § 4 Istotnych Postanowień Umowy (Załącznik nr 2 do SIWZ) przewidział kosztorysowy charakter wynagrodzenia umownego w niniejszym postępowaniu. Na powyższe wskazują także postanowienia rozdziału XI pkt 11) SIWZ. Izba stwierdziła także, że w rozdziale XI pkt 11) Zamawiający określił szereg wymogów co do żądanego w ofercie kosztorysu ofertowego, w tym:

- w lit. b) wskazał, że wykonawca zobowiązany jest do wypełnienia i określenia wartości we wszystkich pozycjach występujących w przedmiarze,
- w lit. d) wskazał, że jeżeli opuszczenie jakiegokolwiek pozycji przedmiaru robót, pominięcie lub zmiana obmiaru, zmiana podstawy wyceny czy zmiana norm wynikających z podstaw wyceny przedmiaru robót, nie spowoduje istotnych zmian w treści złożonej oferty, podlegać będzie poprawie innej omyłki polegającej na

niezgodności oferty z SIWZ, zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. W tym samym punkcie Zamawiający wskazał, że wykonawca jest zobowiązany do wypełnienia i określenia wartości we wszystkich pozycjach występujących w przedmiarach robót, zaś wycena poszczególnych pozycji przedmiaru o wartości równej „0” spowoduje odrzucenie oferty.

Zamawiający do SIWZ dla wykonawców dołączył przedmiary robót (tzw. „kosztorysy ślepe”), w tym przedmiar ogólnobudowlany, gdzie w zestawieniu prac polegających na przygotowaniu terenu w poz. 19 określił opłatę składowiskową – drewno z karczowań z obmiarem = 122,07 m³.

Odwołujący w swojej ofercie, w kosztorysie ofertowym branży budowlanej dotyczącym budowy budynku administracyjnego, w poz. 19, tj. „Opłata składowiskowa - drewno z karczowań ” w dziale nr 1 w kolumnie cena i w kolumnie wartość wpisał cyfry „0” (str. 39 oferty).

Zamawiający ofertę Odwołującego odrzucił na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, powołując się w uzasadnieniu swojej decyzji na zapisy SIWZ odnośnie konieczności wypełnienia i określenia wartości we wszystkich pozycjach przedmiaru robót i odnośnie tego, że wycena poszczególnych pozycji przedmiaru o wartości równej 0 będzie skutkować odrzuceniem oferty.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia Izba stwierdziła, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający, zasadnie odrzucił ofertę Odwołującego jako sprzeczną z postanowieniami SIWZ.

W pierwszej kolejności należało stwierdzić, że w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający przyjął jako istotną i wiążącą dla wykonawców kosztorysovą formę wynagrodzenia. Powyższa okoliczność była niesporna pomiędzy stronami postępowania odwoławczego oraz jego uczestnikiem. Zamawiający określił zatem, że rozliczenia robót będzie dokonywał na podstawie rzeczywistego wykonania robót (czyli tzw. kosztorysem powykonawczym) w oparciu o ceny jednostkowe dla poszczególnych pozycji kosztorysowych, określone przez wykonawcę w kosztorysie ofertowym, stanowiącym treść oferty. Z tego punktu widzenia zatem – w odróżnieniu od sytuacji, w których Zamawiający w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane najczęściej dla rozliczenia tych robót przyjmują ryczałtowe wynagrodzenie umowne – kosztorys ofertowy przy przyjętym w tym postępowaniu kosztorysowym sposobie wyceny ceny ofertowej, a w przyszłości rozliczenia z wykonawcą wykonanych prac, ma znaczenie dla oceny treści oferty wykonawcy. W tym przypadku nie możemy zatem mówić o pomocniczym charakterze kosztorysu ofertowego. Takie zresztą postanowienie nie znalazło się w treści SIWZ w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Istotne dla rozstrzygnięcia zarzutów odwołania okazało się także dla Izby to, że Zamawiający w SIWZ wprowadził szczegółowe zasady sporządzania i wymogi dotyczące kosztorysu ofertowego. Były to przywoływane przez strony postępowania odwoławczego i jego uczestnika zapisy rozdziału XI pkt 11 SIWZ, w tym w szczególności postanowienia tego punktu określone w lit. d). Powyższe zapisy mają charakter wymogów materialnych co do treści istotnej części oferty wykonawcy odnoszące się do sposobu obliczenia ceny ofertowej. Powyższe zapisy zostały także potwierdzone w rozdziale IX SIWZ zatytułowanym wprost: „*Opis sposobu obliczania ceny*”. Niewątpliwie zatem Zamawiający wymogowi dotyczącemu konieczności wypełnienia i określenia wartości w każdej pozycji kosztorysu na poziomie wyższym niż 0 zł nadał walor merytorycznego elementu oferty (treści oferty). Przy opisanym przez siebie sposobie obliczenia poszczególnych cen jednostkowych kosztorysu ofertowego, a tym samym całościowej ceny ofertowej stanowiącej sumę wszystkich cen jednostkowych zawartych w kosztorysie ofertowym, Zamawiający nie dopuszczał, aby którakolwiek z pozycji kosztorysu ofertowego, przygotowywanego w oparciu o przedmiar robót załączony do SIWZ, nie została przez wykonawcę wypełniona, czy też, aby jej wycena określona była na poziomie wartości 0. Zamawiający wprost w tym zakresie w przypadku przekroczenia wskazanych wytycznych SIWZ przez wykonawcę zastrzegł skutek w postaci odrzucenia oferty jako sprzecznej z SIWZ. Postanowienia SIWZ w tym przedmiocie są jasne, czytelne i oczywiste. Literalne brzmienie tych postanowień nie nasręcza żadnych wątpliwości interpretacyjnych. Z powyższego także zdawał sobie sprawę Odwołujący, który jedynie wywodził, że wskazane zapisy SIWZ nie mają charakteru wiążącego dla wykonawcy na etapie oceny ofert. Izba nie mogła zgodzić się w tym stanowiskiem Odwołującego. Odwołujący na etapie SIWZ, kiedy przygotowywał swoją ofertę w tym postępowaniu, nie miał żadnych wątpliwości co do sposobu przygotowania kosztorysu ofertowego; nie zgłaszał w tym zakresie żadnych zapytań co do treści SIWZ Zamawiającemu. W szczególności nie zwrócił się on do niego z zapytaniem, co do sposobu postępowania, w sytuacji gdy z tytułu wykonania określonych, przewidzianych w przedmiarze robót pozycji, nie będzie ponosił żadnych kosztów, a zatem w sytuacji, gdy któraś z pozycji przedmiaru miałyby być wypełniona na poziomie 0 zł. Wątpliwości te dopiero zrodziły się wykonawcy na etapie badania i oceny ofert, kiedy Zamawiający skorzystał z czytelnego zapisu SIWZ i odrzucił ofertę Odwołującego z powodu braku wyceny jednej z pozycji kosztorysowych. Izba zwraca uwagę, że przywoływane zapisy SIWZ co do sposobu wypełniania kosztorysów ofertowych i wyceny poszczególnych pozycji, a zatem sposobu obliczenia ceny ofertowej, były wiążące dla wykonawców i uzyskały moc obowiązującą („prawomocność”) od momentu upływu terminu składania ofert. Na etapie badania i oceny ofert należało uznać, że Zamawiający i wykonawcy w niniejszym postępowaniu umówili się co do wiążącego sposobu wyceny cen jednostkowych mających istotne znaczenie przy kosztorysowym charakterze wynagrodzenia

umownego i tym samym sposobu obliczenia ceny ofertowej podlegającej ocenie przez Zamawiającego i stanowiącej podstawę wyboru oferty najkorzystniejszej w tym postępowaniu. Na tym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (badania i oceny ofert) Izba mogłaby pominąć jakieś zapisy SIWZ dla stwierdzenia prawidłowości złożenia oferty w postępowaniu i uznać je za nieobowiązujące jedynie w sytuacji stwierdzenia, że konkretny zapis SIWZ jest wprost sprzeczny z bezwzględnie obowiązującymi w tym zakresie przepisami ustawy Pzp, czy też przepisami kodeksu cywilnego w zakresie, w jakim do tych regulacji odsyła ustawodawca poprzez art. 14 ustawy Pzp. Takiej sprzeczności Odwołujący nie wykazał i takiej sprzeczności z bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa Izba także nie stwierdziła.

Argumentacja Odwołującego podnoszona w toku rozprawy, iż przywołane postanowienia SIWZ poszerzają w sposób nieuprawniony zamknięty katalog przesłanek skutkujących odrzuceniem oferty wykonawcy w postępowaniu, zdaniem Izby, nie zasługiwała na uznanie. Zapis SIWZ, iż oferta wykonawcy będzie podlegała odrzuceniu, w sytuacji gdy wykonawca wyceni poszczególne pozycje przedmiaru o wartości równej 0, stanowi – jak wskazano powyżej – opis niezbędnych elementów, które powinna każda SIWZ zawierać, a mianowicie opis sposobu obliczenia ceny (art. 36 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp). Elementy te mają istotne znaczenie z punktu widzenia określenia przez wykonawcę ceny ofertowej stanowiącej istotną treść oferty. Niedostosowanie się do wymogów SIWZ w tym zakresie może skutkować w określonych sytuacjach, bądź to niepoprawialnym błędem w obliczeniu ceny ofertowej (art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp), bądź też odrzuceniem oferty z powodu jej sprzeczności z SIWZ (art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp). W tym zakresie należało stwierdzić, że mamy do czynienia z istotną niezgodnością oferty Odwołującego z treścią SIWZ co do wymogów określenia ceny ofertowej przez wykonawców w postępowaniu. Inny sposób niż przyjęty w SIWZ wyceny przez Odwołującego ceny ofertowej skutkował brakiem porównywalności ofert złożonych w postępowaniu. Przyjęcie natomiast na etapie badania i oceny ofert innych zasad wyceny cen jednostkowych dla jednego wykonawcy (Odwołującego) skutkowałoby z kolei naruszeniem zasad równego traktowania wykonawców w postępowaniu. Można bowiem przyjąć, że gdyby inni wykonawcy mogli uznać, że wskazane postanowienie SIWZ nie obowiązuje, dokonaliby wyceny swoich ofert na innym poziomie i wartości (także nie dokonywali wyceny określonych pozycji, przez co ich ceny ofertowe mogłyby być inne).

Izba, dokonując oceny naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp i stwierdzając w tym zakresie zasadność odrzucenia oferty Odwołującego, obowiązana była również dokonać oceny, czy wobec stwierdzenia niezgodności treści oferty z treścią SIWZ istniała możliwość poprawienia oferty Odwołującego (oferta z powodu sprzeczności jej treści z treścią SIWZ podlega odrzuceniu z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp).

Dokonując oceny we wskazanym zakresie Izba doszła do przekonania, że art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w przywołanym stanie faktycznym sprawy nie ma zastosowania do oferty Odwołującego. Zamawiający, dokonując poprawienia wskazanej niezgodności treści kosztorysu ofertowego Odwołującego z wymogami SIWZ, zmuszony byłby prowadzić z tym wykonawcą niedopuszczalnych - w świetle art. 87 ust. 1 ustawy Pzp - negocjacji z wykonawcą. Odwołujący natomiast w takiej sytuacji na podstawie wezwania ze strony Zamawiającego zmuszony byłby, poprzez złożenie wyjaśnień treści oferty, do dokonania na nowo po otwarciu ofert wyceny wskazanej pozycji kosztorysowej. Odwołujący przynajmniej w treści odwołania, jak i na rozprawie, nie wskazywał w jaki sposób w oparciu o treść jego oferty (np. wycenę innych pozycji kosztorysowych) Zamawiający mógłby dokonać poprawienia przywołanej poz. 19 z kosztorysu budowlanego. Tylko w takiej sytuacji moglibyśmy mówić o omyłkowym charakterze popełnionej przez wykonawcę niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, do czego wskazany przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp się odwołuje.

Z tych też względów Izba uznała także za niezasadny zarzut Odwołującego naruszenia przez Zamawiającego art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego bez uprzedniego wyjaśnienia treści tej oferty. Podnieść należy, że przywołany przepis wskazuje na prawo Zamawiającego żądania wyjaśnień treści oferty wykonawcy, a nie na jego obowiązek. Zgodzić należy się z kierunkiem wykładni tego przepisu wytyczonym przez orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, iż w sytuacjach jakichkolwiek wątpliwości co do treści złożonej przez wykonawcę oferty podmiot zamawiający powinien z uprawnienia przewidzianego art. 87 ust. 1 ustawy Pzp skorzystać, zamiast *ad hoc* stwierdzać niezgodność treści oferty z treścią SIWZ i odrzucać tę ofertę. W niniejszym stanie faktycznym nie możemy jednak mówić o jakichkolwiek wątpliwościach, które podlegałyby obowiązkowym wyjaśnieniom ze strony Zamawiającego co do oferty Odwołującego. Odwołujący nie zastosował się do konkretnego merytorycznego wymogu SIWZ i wyjaśnienia w tym zakresie niczego nie zmieniłyby, co zresztą potwierdził swoim zachowaniem Odwołujący w odwołaniu oraz w toku rozprawy, gdzie żadne nowe okoliczności, w szczególności wskazujące na możliwość poprawienia wyceny poz. 19 kosztorysu ofertowego w oparciu o treść oferty, nie zostały podniesione.

Odnosząc się do argumentacji Odwołującego o dokonany zgodnie z wymogami Zamawiającego sposobie wyceny poz. 19 kosztorysu budowlanego w oparciu o analizę indywidualną wykonawcy, Izba stwierdziła, że powyższe nie ma żadnego znaczenia dla dokonanej przez Izbę oceny niniejszej sprawy. Zamawiający – jak wyjaśnił w toku rozprawy – dla tej pozycji przyjął jako podstawę wyceny analizę indywidualną wykonawcy, bowiem przyjęte dla innych pozycji KNR-y nie przewidują wyceny takiej pozycji jak opłata składowiskowa. Zwrócić należy też uwagę, że podobny sposób wyceny Zamawiający przyjął

również dla pozycji 23 wskazanego kosztorysu (kalkulacja indywidualna), która to pozycja w ofercie Odwołującego została wyceniona w kolumnie cena: 8,00 zł i w kolumnie wartość: 2 177,84 zł, zgodnie z wymogami SIWZ. Tym samym argumentacja Odwołującego we wskazanym zakresie nie ma żadnego znaczenia dla oceny przedmiotowej sprawy. Poza tym należy podkreślić, że pomimo wskazanych przez Zamawiającego w treści przedmiarów robot konkretnych podstaw wyceny poszczególnych pozycji, co do wszystkich tych pozycji, niezależnie od określonych podstaw wyceny, obowiązywały określone w rozdziale XI pkt 11 SIWZ zasady wyceny pozycji kosztorysu ofertowego.

Mając powyższe na uwadze i działając na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania Izba uwzględniła dyspozycję art. 192 ust. 9 oraz 10 ustawy Pzp, tj. orzekła w tym zakresie stosownie do wyniku postępowania, obciążając tymi kosztami Odwołującego. Wśród kosztów postępowania odwoławczego Izba uwzględniła - stosownie do regulacji zawartej w § 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 w sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) – koszty wpisu uiszczanego przez Odwołującego.

Przewodniczący: