

Sygn. akt KIO 878/12

**WYROK**  
**z dnia 14 maja 2012 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

**Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff**

**Protokolant: Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **14 maja 2012 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 kwietnia 2012 r. przez wykonawcę **Poznańskie Przedsiębiorstwo Robót Instalacyjno-Hydropodstawowych WODKAN Sp. z o.o., ul. Zodiakowa 15, 61-244 Poznań** w postępowaniu prowadzonym przez **Dolnośląski Zarząd Melioracji Urządzeń Wodnych we Wrocławiu, al. J. Matejki 5, 50-333 Wrocław**; reprezentowany przez: **Oddział w Lwówku Śląskim, ul. Jaśkiewicza 24, 59-600 Lwówek Śląski**

**orzeka:**

- 1. oddala odwołanie;**
- 2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Poznańskie Przedsiębiorstwo Robót Instalacyjno-Hydropodstawowych WODKAN Sp. z o.o., ul. Zodiakowa 15, 61-244 Poznań i:**
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Poznańskie Przedsiębiorstwo Robót Instalacyjno-Hydropodstawowych WODKAN Sp. z o.o., ul. Zodiakowa 15, 61-244 Poznań tytułem wpisu od odwołania.**

Stosownie do art. 198 a i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759, ze zmianami), 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

Postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na wybór wykonawcy zadania inwestycyjnego p. n.: „*Olszówka - odbudowa koryta cieką oraz cieką R-S, gm. Olszyna, Lubań i Gryfów Śląski*”, zostało wszczęte przez Dolnośląski Zarząd Melioracji Urządzeń Wodnych we Wrocławiu, al. J. Matejki 5, 50-333 Wrocław; reprezentowany przez: Oddział w Lwówku Śląskim, ul. Jaśkiewicza 24, 59-600 Lwówek Śląski zwany dalej: „*Dolnośląski Zarząd Melioracji Urządzeń Wodnych*” albo „*Zamawiającym*”, ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2011/S 1234-379024 z dnia 06.12.2011 r.

W dniu 25.04.2012 r. (faxem) Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej firmy: Konsorcjum firm: 1) Przedsiębiorstwa Konserwacji Urządzeń Wodnych i Melioracyjnych „MELIOBUD” Sp. z o.o. (Lider); 2) Przedsiębiorstwo Melioracji i Inżynierii Środowiska „EKO-MEL” Sp. z o.o. (Partner) z adresem dla siedziby lidera konsorcjum, ul. Lubańska 42, 59-730 Nowogrodzice zwanej dalej: „*Konsorcjum MELIOBUD - EKO-MEL*” albo „*Przystępującym*” oraz odrzuceniu (pismem z dnia 25.04.2012 – przesłanym faxem 26.04.2012 r.) na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) zwanej dalej: „*Pzp*” oferty: Poznańskiego Przedsiębiorstwa Robót Instalacyjno-Hydrrotechnicznych WODKAN Sp. z o.o., ul. Zodiakowa 15, 61-244 Poznań zwanego dalej: „*Poznańskim Przedsiębiorstwem Robót Instalacyjno-Hydrrotechnicznych WODKAN Sp. z o.o.*” albo „*Odwołującym*”, którego oferta nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: „*SIWZ*”. Wskazał, że zgodnie z cz. II pkt 15 ppkt 15.1 i 15.2 SIWZ kosztorys ofertowy winien być sporządzony według załączonego wzoru (formularz nr 6 do SIWZ) oraz w oparciu o załączone do specyfikacji materiały m.in. Specyfikację Techniczną Wykonania i Odbioru Robót zwaną dalej: „*STWiOR*”. W związku z powyższym oraz zgodnie z zapisami w cz. II pkt 15 ppkt 15.4 SIWZ - Wykonawca zobowiązany był do opracowania kosztorysu ofertowego zgodnie z obowiązującym wszystkich wykonawców przedmiarem robót, bez dodawania lub ujmowania jakiegokolwiek pozycji przedmiarowej. Kosztorys ofertowy nie spełnia powyższych wymogów ponieważ nie posiada wielu pozycji przedmiarowych, co uniemożliwia zamawiającemu poprawne rozliczenie robót. Ponadto brak powołania się na Specyfikację Techniczną Wykonania i Odbioru Robót dyskwalifikuje państwa kosztorys jako

podstawę rozliczeń, gdyż uniemożliwia zamawiającemu ich kontrole i porównanie z zasadami ustalonymi w SIWZ.

W dniu 30.04.2012 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) wpłynęło na podstawie art. 180 ust. 1 i 3 Pzp odwołanie Poznańskiego Przedsiębiorstwa Robót Instalacyjno-Hydrotechnicznych WODKAN Sp. z o.o. na ww. czynności. Kopia odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 30.04.2012 r. (wpływ bezpośredni do Kancelarii Zamawiającego). Zarzucił naruszenie przez Zamawiającego zasad udzielenia zamówień publicznych przez obrazę przepisów art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 91 ust. 1 i 2 Pzp przez niezgodne z zasadami określonymi prawem zamówień publicznych dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty i bezprawne odrzucenie oferty Odwołującego. Zamawiający naruszył:

- a) art. 6 kc w zw. z art. 14 Pzp, w zw. z brakiem udowodnienia okoliczności stanowiących podstawę odrzucenia oferty,
- b) art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, w zw. z dokonaniem czynności z naruszeniem zasad udzielania zamówień publicznych określonych w przedmiotowym przepisie,
- c) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez uznanie oferty Odwołującego za odrzuconą, mimo że oferta Odwołującego nie powinna zostać odrzucona z postępowania,
- d) art. 87 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, przez zaniechanie wyjaśnienia domniemyanych niezgodności oferty Odwołującego z treścią SIWZ,
- e) art. 87 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wezwania do wyjaśnień Odwołującego, dotyczących treści kosztorysów ofertowych - a tym samym nierówne potraktowanie Odwołującego,
- f) art. 7 ust. 3 w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, tj. oferty Odwołującego. Wnosił o:

- a) uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- b) uznanie, że oferta Odwołującego spełnia wymagania postawione przez Zamawiającego i oferta tego Wykonawcy nie podlega wykluczeniu, a jego oferta odrzuceniu, i tym samym nakazanie Zamawiającemu uchylenia czynności wykluczenia i odrzucenia tej oferty;
- c) dokonanie ponownej czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu z uwzględnieniem oferty Odwołującego;
- d) uznanie przy ponownej ocenie ofert, iż najkorzystniejszą ofertą jest oferta złożona przez Odwołującego;
- e) obciążenia Zamawiającego kosztami postępowania wynikającego z wniesionego odwołania. Odrzucając ofertę Zamawiający bezprawnie przyjął bez należytej weryfikacji, iż najkorzystniejszą ofertą jest oferta złożona przez Konsorcjum MELIOBUD-EKO-MEL. Odwołujący nie zgadził się z dokonany wybór i uznał, że Zamawiający błędnie zinterpretował zapisy w jego kosztorysie ofertowym, w szczególności uznając, że nie zawiera

on wszystkich pozycji, chociaż wszystkie elementy robót zostały przez Wykonawcę uwzględnione. Jest rzeczą oczywistą, że przy wynagrodzeniu kosztorysowym przewidzianym dla rozliczenia robót oferent nie może pominąć pozycji (czy też jej dodać), gdyż skutkowałoby to w przyszłości bezprawną możliwością zwiększenia ewentualnego wynagrodzenia należnego Wykonawcy. W niniejszej sprawie Zamawiający w bardzo lakonicznym uzasadnieniu swojej decyzji nie raczył wyjaśnić jakie konkretne pozycje zostały opuszczone przez Odwołującego się i dlatego też można się domyślać co najwyżej, że chodzi mu o „pozycje zbiorcze”, które w kilku miejscach kosztorysu zostały zapisane przez Odwołującego (z uwagi na automatyczne użycie skróconej komputerowej wersji wydruku kosztorysu), które jednak nie mają wpływu na cenę poszczególnych pozycji i całej ceny oferty. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający nadinterpretuje pewne okoliczności i błędnie stosuje wobec Odwołującego się sankcje zawartą w art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, a także zapisy SIWZ w szczególności zawarte w części II pkt. 15 ppkt 15.1, 15.2 oraz 15.4, mówiący w jaki sposób powinien być sporządzony kosztorys ofertowy. Zwrócił uwagę na treść ppkt 15.2, który w zdaniu drugim zawiera następującą dyspozycję: *„w przypadku wątpliwości zamawiającego co do wartości danej pozycji zamawiający będzie żądał przedstawienia szczegółowej kalkulacji tej pozycji lub całego kosztorysu”*. Podkreślić należy, że Zamawiający dopuszczał możliwość złożenia w zakresie kosztorysowania wyjaśnień, jednakże z możliwości tej wobec Odwołującego bezpodstawnie nie skorzystał. Stwierdził, że bezspornym faktem jest, że wskazane przez Odwołującego pozycje w kosztorysie ofertowym zostały przedstawione zgodnie z wzorem zawartym w załączniku nr 6 do SIWZ i zawierają wszystkie ceny wszystkich elementów robót, które muszą być wykonane dla prawidłowej realizacji zadania inwestycyjnego. Kwestią sporną jest tylko sposób komputerowego określenia poszczególnych pozycji, których w kilku przypadkach jest zbiorczy albowiem nie zawiera pod pozycji. Ubocznie należy zwrócić uwagę, że weryfikując prawdziwość danych Wykonawcy, Zamawiający mógł zwrócić się nie tylko do Odwołującego, ale także mógł sprawdzić czy pozycje zbiorcze zawierają ceny jednostkowe i właściwe ilości, co w przypadku oferty Zamawiającego nie powinno budzić wątpliwości gdyż wszystkie wielkości zostały prawidłowo przywołane. Mając powyższe okoliczności na względzie Zamawiający przed odrzuceniem oferty Odwołującego powinien w trybie art. 87 ust. 1 Pzp zwrócić się do niego o ewentualne dalsze wyjaśnienia, aby mieć pełny obraz okoliczności dotyczących należytego kosztorysowania przedmiotu zamówienia. Zamawiający dopuścił się nieuprawnionego automatyzmu i skrótu przy rozpatrywaniu i ocenie oferty Odwołującego przyjmując, że skoro nie było kilku pod pozycji to jest to sprzeczne z SIWZ. Przywołał wyrok KIO z dnia 02.02.2011 r., sygn. akt: KIO 121/11, wyroku z dnia 29.08.2008 r., sygn. akt KIO/UZP 847/08, KIO/UZP 851/08, jak i wyrok z dnia 6 lutego 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 110/09. Wskazał także na wyrok Sądu Okręgowego w Kielcach z dnia 15 stycznia 2010 r.

sygn. akt VII Ga 163/09, jak i wyrok Sądu Okręgowego w Szczecinie z dnia 28 stycznia 2010 r. sygn. akt II Ca 1211/0. W niniejszej sprawie bezspornym faktem jest, że roboty budowlane zostały przez Odwołującego skosztorysowane i że Zamawiający dopuszcza się błędnej interpretacji art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp, albowiem zgodnie z tezami zawartymi w komentarzach do ustawy - Prawo zamówień publicznych przyjmuje się, że *„oferta nie odpowiadająca treści SIWZ to taka, która jest sporządzona odmiennie niż określają to postanowienia SIWZ. Odmienność ta powinna przejawiać się przede wszystkim w zakresie proponowanego przedmiotu zamówienia i sposobu jego realizacji. Może przejawiać się też w innym sposobie sporządzenia oferty niż żądał Zamawiający przy czym powinny to być elementy składające się na treść oferty odnoszącą się do jej aspektów formalnych i materialnych, ale nie do sposobu spełnienia obydwu aspektów. Innymi słowy, jeżeli oferta spełnia cel wymagań formalnych ale w sposób niekoniecznie taki jak żądał Zamawiający przy podejmowaniu decyzji istotne powinno być to, czy cel został osiągnięty a nie czy forma oferty stanowi odzwierciedlenie życzeń Zamawiającego”*. W tym stanie rzeczy należy uznać, że Zamawiający bezprawnie próbuje wyeliminować Odwołującego z postępowania przetargowego o czym najlepiej świadczy fakt, że nie tylko nie wystąpił do Wykonawcy o wyjaśnienie wątpliwości w związku z przedłożonymi kosztorysami, ale również akceptuje nieprawidłowości kosztorysowe u innych wykonawców (na przykład oferta firmy Skanska). Na marginesie wspomniał, że Zamawiający dowolnie oceniał oferty innych wykonawców, którzy w kosztorysach mieli podobne nieścisłości, a mimo to ich oferty zostały uznane za ważne i nie zostały przez niego odrzucone. Skoro Zamawiający nie podał innych okoliczności uzasadniających odrzucenie oferty Odwołującego z postępowania a ta jak wykazano wyżej okazała się błędna i nie słuszna, to należy przyjąć, że oferta Zamawiającego jest prawidłowa i z tego względu, że zawiera najlepszą cenę, powinna być wybrana przez Zamawiającego jako najkorzystniejsza. Reasumując stwierdził, że oferta złożona przez Odwołującego jest rzetelna i nie może być bezpodstawnie pominięta, gdyż gwarantuje Zamawiającemu, że w profesjonalny i należyty sposób w wymaganym terminie wykonawca ten wykona powierzone mu roboty za oferowane wynagrodzenie zgodnie z przedłożonym kosztorysem ofertowym w wersji zamieszczonej w ofercie a także w wersji „rozwiniętej” dołączonej do niniejszego odwołania, która tylko ze względów technicznych nie została przedłożona wcześniej, a która potwierdza w całej rozciągłości prawidłowość wszelkich wyliczeń w poszczególnych pozycjach.

Zamawiający w dniu 04.05.2012 r. wezwał (faxem i emailem) wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 08.05.2012 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO, faxem 07.05.2012 r.)

Zamawiający przekazał przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego (pismo z dnia 07.05.2012 r.) Konsorcjum MELIOBUD- EKO-MEL. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu. Jednakże z uwagi na przekroczenie terminu na zgłoszenie przystąpienia, Izba nie uznała jego skuteczności, w rezultacie uznając, że żadne przystąpienia w niniejszym postępowaniu odwoławczym nie miały miejsca. Szczegółowe postanowienie w tym zakresie w dalszej części uzasadnienia.

W dniu 11.05.2012 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Zamawiający wobec wniesienia odwołania do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o oddalenie w całości odwołania. Kopia została przekazana Zgłaszającemu przystąpienie, a na rozprawie Odwołującemu. Wskazał, że Odwołujący do wniesionego odwołania załączył kosztorys szczegółowy, który jest rozbieżny z kosztorysem załączonym do oferty złożonej w postępowaniu. Zamawiający załączył analizę kosztorysu ofertowego Odwołującego z zaznaczeniem braków i popełnionych błędów.

- 1) Brak podstaw kalkulacji, tj. STWiOR dla wszystkich pozycji kosztorysowych, 2) Brak w opisach niektórych pozycji kosztorysowych (niezgodność z wzorem załączonym do SIWZ – poz. 14,32,39,105,107); 3) Brak kodów CPV w poz. A1, B2, C3, D4, E5, F6, G7, H8, I9, J10, K11, L12, M13, N14, O15, P16, 4) W sposób nieuprawniony zmieniono ilość jednostek obmiarowych w poz. 70, 5) Pominęto wycenę wielu pozycji obmiarowych w Formularzu nr 6 dokonując nieuprawnionej agregacji pozycji kosztorysowych. Dotyczy poz. 175 wg. kosztorysu ofertowego Wykonawcy – brak wyceny pozycji 175÷177 (3); poz. 176 wg. kosztorysu ofertowego Wykonawcy – brak wyceny pozycji 178÷181 (4); poz. 177 wg. kosztorysu ofertowego Wykonawcy – brak wyceny pozycji 182÷193 (12); poz. 178 wg. kosztorysu ofertowego Wykonawcy – brak wyceny pozycji 194÷210 (17); poz. 179 wg. kosztorysu ofertowego Wykonawcy – brak wyceny pozycji 211÷222 (12); poz. 180 wg. kosztorysu ofertowego Wykonawcy – brak wyceny pozycji 223÷245 (23). W ocenie Zamawiającego, Formularz nr 6, tj. kosztorys ofertowy, został sporządzony przez Odwołującego niezgodnie z SIWZ, zastosował własny sposób wyceny, odmienny od oczekiwań Zamawiającego. Pominiecie w wycenie wielu pozycji kosztorysowych oraz brak powołania się na STWiOR ustalone przez Zamawiającego i opublikowane w SIWZ, umożliwiłoby w przyszłości poprawne rozliczanie robót, ich bieżącą kontrolę i porównanie z zasadami ustalonymi w SIWZ. W tej sytuacji Zamawiający uznał, że przedłożony kosztorys dyskwalifikuje go jako podstawę rozliczeń. Zasadą rozliczeń jest rozliczenie kosztorysowe. poprawnie sporządzony kosztorys ofertowy jest niezbędny do tego celu. Podstawą odrzucenia oferty Odwołującego były niezgodność kosztorysu z wzorem załączonym do SIWZ (niezgodność z SIWZ – art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp /podstawa prawna/), podstawa faktyczna – wymienione braki i błędy.

**Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, zapoznaniu się z postanowieniami SIWZ, w tym cz. I Warunkami ogólnymi zamówienia, cz. II Warunkami szczegółowymi zamówienia, cz. III Wzorem umowy, cz. IV Formularzami (zwłaszcza formularzem nr 6), jak i przedmiarem robót, odpowiedziami na pytania (pismo z dnia 21.12.2011 r.), odpowiedziami na pytania (pismo z dnia 27.12.2011 r.), odpowiedziami na pytania (pismo z dnia 28.12.2011 r.), ofertą Odwołującego oraz pozostałymi ofertami – 16 Wykonawców (tzn. kosztorysami ofertowymi), pismami Zamawiającego dotyczącymi poprawienia „*innych omyłek*” u części Wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu, informacją o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz odrzuceniu oferty Odwołującego, odwołaniem wraz z załączonym kosztorysem ofertowym, odpowiedzią na odwołanie wraz z załączonym kosztorysem ofertowym, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.**

Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający do jego złożenia, przy założeniu potwierdzenia się zarzutów. Zdaniem Izby, Odwołujący, którego oferta została odrzucona i nie podlegała klasyfikacji w ramach kryterium oceny ofert, tj. ceny (100%), w przypadku potwierdzenia się podnoszonych zarzutów (biorąc pod uwagę jej najkorzystniejszy charakter), ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Przedmiotowe postępowanie zgodnie z pismem Zamawiającego z dnia 07.05.2012 r. stanowi jedno z zadań realizowanych przez Zamawiającego w ramach Operacji z zakresu odbudowy koryt ścieków realizowanych w ramach Programu Rozwoju Obszarów Wiejskich 2007-2013, jednakże wartość samego zamówienia nie przekracza kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp. Z tej przyczyny z uwagi na art. 6a Pzp Izba uznała uiszczony wpis za wystarczający (podobnie postanowienie z dnia 18.08.2011 r., sygn. akt: KIO 1701/11).

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego firmy: Konsorcjum MELIOBUD- EKO-MEL nie spełnia wymogów wynikających z art. 185 ust. 2 Pzp. Zgłoszone przystąpienie w przywołanym terminie miało miejsca faxem, a następnie zostało potwierdzone pisemnie – po 3 dniowym terminie. Jednakże faksowi nie można przypisać atrybutu formy pisemnej. Niedopuszczalność składania zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego w formie faksowej przewiduje także § 7 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. nr 48 poz. 280)



stanowiąc, że z wyjątkiem wniesienia odwołania i zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego przez wykonawcę korespondencja w sprawie odwoławczej kierowana przez strony i uczestników postępowania odwoławczego do Izby, a także korespondencja kierowana przez Izbę może być przesyłana faksem lub drogą elektroniczną. W konsekwencji Izba, nie uznała zgłoszonego przystąpienia za skuteczne, uznając, że żadne przystąpienia do przedmiotowego postępowania odwoławczego nie miały miejsca.

Skład orzekający Izby działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie: dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem o sygn. akt: KIO 878/12, postanowień SIWZ, w tym cz. I Warunków ogólnych zamówienia, cz. II Warunków szczegółowych zamówienia, cz. III Wzoru umowy, cz. IV Formularzy (zwłaszcza formularza nr 6), jak i przedmiar robót, odpowiedzi na pytania (pismo z dnia 27.12.2011 r.), odpowiedzi na pytania (pismo z dnia 28.12.2011 r.), oferty Odwołującego oraz pozostałych ofert – 16 Wykonawców (tzn. kosztorysów ofertowych) /oryginały ofert/, pism Zamawiającego dotyczących poprawienia „*innych omyłek*” u części Wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu, informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz odrzuceniu oferty Odwołującego, odwołania wraz z załączonym kosztorysem ofertowym, jak i odpowiedzi na odwołanie wraz z załączonym kosztorysem ofertowym.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także stanowiska i oświadczenia stron złożone ustnie do protokołu.

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

Oдноśnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp, poprzez uznanie oferty Odwołującego za odrzuconą, mimo że oferta Odwołującego nie powinna zostać odrzucona z postępowania, zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 87 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie wyjaśnienia domniemanych niezgodności oferty Odwołującego z treścią SIWZ, jak i zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 87 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wezwania do wyjaśnień Odwołującego, dotyczących treści kosztorysów ofertowych - a tym samym nierówne potraktowanie Odwołującego, Izba uznała, że z uwagi na ich charakter należy rozpatryć niniejsze zarzuty łącznie, uznając że nie zostały one potwierdzone.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie przedmiotowych zarzutów:

Zgodnie z pkt 15 Opis sposobu obliczenia ceny (cz. I SIWZ): „Wykonawca sporządzi i załączy do oferty uproszczony kosztorys ofertowy wg załączonego wzoru – Formularz nr 6 jako sumaryczne zestawienie iloczynów ilości jednostek przedmiarowych i kalkulacyjnych cen jednostkowych Wykonawcy. Sporządzi również wykaz stawek i narzutów – czynników cenotwórczych i zestawienie materiałów z cenami jednostkowymi” (ppkt 15.1); „Kalkulacyjne ceny jednostkowe należy opracować w oparciu o załączone do niniejszej specyfikacji materiały: przedmiar robót, specyfikację techniczną wykonania i odbioru robót, dokumentację projektową oraz czynniki cenotwórcze Wykonawcy. W przypadku wątpliwości Zamawiającego, co do wartości danej pozycji, Zamawiający będzie żądał przedstawienia szczegółowej kalkulacji tej pozycji lub całego kosztorysu” (ppkt 15.2); „Wykonawca zobowiązany jest do opracowania kosztorysu ofertowego zgodnie z obowiązującym wszystkich Wykonawców przedmiarem robót, bez dodawania lub ujmowania jakiegokolwiek pozycji przedmiarowej. Wykonawca nie ma obowiązku sporządzenia kalkulacji kosztorysowej zgodnie z podana w przedmiarze robót podstawa normatywną. Przywołane katalogi nakładów rzeczowych stanowią jedynie uszczegółowienie opisu robót (nie dotyczy STWiOR)” (ppkt 15.4); „Kosztorys ofertowy może być wydrukiem z komputera pod warunkiem, że zawiera wymagane dane zgodnie ze wzorem kosztorysu ofertowego” (ppkt 15.10); „Kosztorys ofertowy będzie integralną częścią umowy. Każda pozycja kosztorysu powinna zawierać narzuty kosztów pośrednich i zysków. Ceny materiałów należy podać wraz z kosztami zakupu” (ppkt 15.11).

Z kolei według § 8 ust.1-3 wzoru umowy (cz. III SIWZ): „Z zastrzeżeniem postanowień § 10 i § 15 za wykonanie przedmiotu umowy Zamawiający zapłaci Wykonawcy wynagrodzenie w łącznej wysokości (...). Wynagrodzenie powyższe zostało ustalone w oparciu o kosztorys ofertowy. Wynagrodzenie określone w ust. 1 odpowiada zakresowi robót przedstawionemu w przedmiarach robót, wymienionych w zał. nr 1 do niniejszej umowy i jest wynagrodzeniem kosztorysowym. Zawiera ono koszty wszelkich robót przygotowawczych, koszty utrzymania zaplecza budowy, koszty związane z odbiorami wykonanych robót, wykonania dokumentacji powykonawczej oraz inne koszty wynikające z niniejszej umowy”. W § 10 ust. 5 wzoru umowy Zamawiający z kolei stwierdza, że: „Wynagrodzenie za roboty dodatkowe oraz zamiennie rozliczane będzie w oparciu o ceny jednostkowe określone w kosztorysie ofertowym, a w przypadku braku w tym kosztorysie wyceny analogicznych robót, w oparciu o podstawy kalkulacji kosztorysowej przyjęte w kosztorysie ofertowym”. Zaś, w § 15 ust. 2 wzoru umowy: „W przypadkach określonych w ust.1 (odstąpienia od umowy przez Zamawiającego – dopisek autora) Wykonawcy przysługuje wynagrodzenie za wykonane zgodnie z umową do dnia odstąpienia, bez prawa żądania od Zamawiającego zapłaty kary umowny”. Zamawiający w ramach formularza nr 6

(cz. IV SIWZ) określił wzór kosztorysu ofertowego. W ramach odpowiedzi na pytania (pismo z dnia 27.12.2011 r.), jak i odpowiedzi na pytania (pismo z dnia 28.12.2011 r.) Zamawiający stwierdził: „Pytanie 2: *Przedmiar robót np.: dział G „Próg drewniano kamienny; p=0,20 m; obejmuje wykonanie jednego progu” a progów jest 14. Jak i gdzie uwzględnić nakłady na poszczególne progi w kosztorysie ofertowym ? Analogiczne pytanie dotyczy pozostałych robót, w których przedmiar uwzględnia nakłady na wykonanie tylko jednego elementu. Odpowiedź: W kosztorysie ofertowym należy podać wartość ofertową jednej sztuki x ilość sztuk tj.: Próg drewniano-kamienny H-0,20 m – 14 szt.; Próg z palisady p=15 cm – 40 szt.; Przepust – budowle nr 18, 19, 20 – 3 szt.; Przepust – budowle nr 21, 22 – 2 szt. Analogicznie należy potraktować pozostałe elementy, jeżeli występują w większej ilości sztuk”;* „Pytanie 6: *W związku z tym, że zał. nr 6 – kosztorys dowodowy jest tylko wzorem, prosimy o informację jak należy wyliczyć wartość kosztorysu dla działu G, H, I, J, w którym w przedmiarach nakłady podano na wykonanie 1 budowli natomiast w opisie działu budowli jest kilka ? Nasze pytanie wynika z tego, iż w warunkach szczególnych jest napisane, że Wykonawca nie może zmieniać ilości przedmiarowych. Odpowiedź: Patrz, odpowiedź na pytanie 2”.* W ramach przedmiaru robót (str. od 14 – 20), w działach G, H, I, J znajdowały się w ramach pozycji zbiorczej podpozycje: G - pozycje 175÷177 (3); H- pozycje 178÷181 (4); Ie - pozycje 182÷193 (12); If- pozycje 194÷210 (17); Jg - pozycje 211÷222 (12); Jh - pozycje 223÷245 (23). Kosztorys ofertowy załączony do oferty nie zawierał ww. podpozycji, a jedynie zbiorczą wycenę pozycji. Z kolei kosztorys ofertowy załączony do odwołania zawierał brakujące podpozycje.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

Po pierwsze, w ocenie Izby argumentacja zawarta w odpowiedzi na odwołanie ma kluczowe znaczenie tylko w zakresie braku wyceny w kosztorysie ofertowym Odwołującego załączonym do oferty wymienionych tam pozycji. Pozostałe kwestie wydają się, w tym stanie faktycznym, za nadające do poprawy w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Należy uznać, że argumentacja Odwołującego nie może być uznana, analiza 17 złożonych ofert (kosztorysów ofertowych) potwierdziła, że wszyscy Wykonawcy, za wyjątkiem Odwołującego wyliczyli tzw. podpozycje do pozycji zbiorczych. Ewentualne wyjaśnienia, których domagał się Odwołujący, prowadziłyby *de facto* do uzupełnienia kosztorysu ofertowego, a nie jedynie „rozwinięcia”.

Po drugie, kwestia „krotności” nie jest wystarczającą podstawą do uznania niejednoznaczności postanowień SIWZ i sanowania oferty Odwołującego, wobec braku wyceny tyłu pozycji (wskazanych w odpowiedzi na odwołanie), przy założeniu kosztorysowego charakteru wynagrodzenia, wobec wyceny dokonanej, w tym zakresie przez innych Wykonawców (na podstawie 17 oryginalnych ofert przedłożonych na rozprawie). Każdy z nich uwzględnił wymaganą krotność (w ramach kwoty dla danej pozycji, czy też

oddzielnej rubryki) i wycenił także brakujące podpozycje. W ocenie Izby, odpowiedzi na pytania wskazane na rozprawie /odpowiedzi na pytania (pismo z dnia 27.12.2011 r.), jak i odpowiedzi na pytania (pismo z dnia 28.12.2011 r.) - 2 i 6/ nie mogą być interpretowane w oderwaniu od treści przedmiarów robót, jak i ppkt 15.4 SIWZ (cz. I SIWZ). Nie wycenione podpozycje mają, w ocenie Izby, istotne znaczenie w toku realizacji zamówienia (§ 8 ust.1 i 3 oraz § 10 i 15 wzoru umowy – cz. III SIWZ), ich brak uniemożliwiłby prawidłowe rozliczenie zamówienia, wobec kosztorysowego charakteru wynagrodzenia. Izba uznała, że w tym stanie faktycznym, brak jest możliwości zastosowania trybu wynikającego z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnosnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 6 kc w zw. z art. 14 Pzp, w zw. z brakiem udowodnienia okoliczności stanowiących podstawę odrzucenia oferty, Izba uznała, że niniejszy zarzut został potwierdzony, jednakże z uwagi na nie potwierdzenie zarzutu naruszenia art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp, art. 87 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, jak i art. 87 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, powyższe naruszenie nie ma, ani nie może mieć wpływu na wynik postępowania (art. 192 ust. 2 Pzp).

Wobec nie uwzględnienia zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp, art. 87 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, jak i art. 87 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, Izba w konsekwencji nie uznała zasadność zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, w zw. z dokonaniem czynności z naruszeniem zasad udzielania zamówień publicznych określonych w przedmiotowym przepisie, jak i art. 7 ust. 3 w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, tj. oferty Odwołującego.

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

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a oraz § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:**

.....