

Sygn. akt: KIO 1727/12

## WYROK

z dnia 27 sierpnia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący – członek Krajowej Izby Odwoławczej: **Barbara Bettman**

Protokolant: **Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **27 sierpnia 2012 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **13 sierpnia 2012 r.** przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie:

- 1) Firmę Handlowo-Uslugową INSTBUD S..... B..... Spółka Jawna Nieznanowice 50, 32-420 Gdów (lider konsorcjum),
- 2) Zakład Robót Inżynieryjno-Budowlanych KANBUD s.c. J. W....., Z. W..... - ul. 9 Maja 3/81, 32-590 Libiąż,
- 3) Hamer B....., G..... Spółka Jawna ul. Daszyńskiego 22, 31-534 Kraków,
- 4) Firmę Handlowo-Uslugową INSTBUD S..... B..... Nieznanowice 50, 32-420 Gdów,

adres konsorcjum do korespondencji: Firma handlowo-uslugowa INSTBUD S..... B..... Spółka Jawna Nieznanowice 50, 32-420 Gdów,

- w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. ul. Kluczevska 4, 32-300 Olkusz,**

przy udziale zgłaszającego przystąpienie po stronie zamawiającego wykonawcy, konsorcjum: **Przedsiębiorstwo Inżynierii Ochrony Środowiska i Melioracji HYDROMEL Sp. z o.o. (lider konsorcjum), Piłsudskiego 156a, 26-200 Końskie, BUSKOPOL S.A. ul. Kilińskiego 41, 28-100 Busko Zdrój.**

orzeka:

1. **Oddala odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegający się

o udzielenie zamówienia:

- 1) Firmę Handlowo-Uslugową INSTBUD S..... B..... Spółka Jawna Nieznanowice 50, 32-420 Gdów (lider konsorcjum),
- 2) Zakład Robót Inżynieryjno-Budowlanych KANBUD s.c. J. W....., Z. W..... - ul. 9 Maja 3/81, 32-590 Libiąż,
- 3) Hamer B....., G..... Spółka Jawna ul. Daszyńskiego 22, 31-534 Kraków,
- 4) Firmę Handlowo-Uslugową INSTBUD S..... B..... Nieznanowice 50, 32-420 Gdów,

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000,00 zł**, (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (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 w **Krakowie**.

**Przewodniczący:**

.....

## Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego pn.: Kontrakt W3 - Budowa sieci kanalizacji sanitarnej i sieci wodociągowej na terenie miasta Olkusz dla projektu „Porządkowanie gospodarki ściekowej w zlewni Białej Przemszy na terenach gmin: Olkusz, Bukowno, Bolesław, Klucze - etap I” - Część IV - Zadanie 1-7 - Budowa kanalizacji sanitarnej wraz z przebudową sieci wodociągowej na osiedlu Glinianki (Niepodległości, Ogrodowa, Jaśminowa, Lipowa, Topolowa, Kwiatowa, Malinowa, Westerplatte, Storczykowa, Jesionowa, Zielona, Astrów) ogłoszonym w Dz. Urz. WE 2012/S 40-064448 z 28.02.2012 r., w dniu 13 sierpnia 2012 r. zostało złożone w formie pisemnej odwołanie przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie,

- 1) Firmę Handlowo-Usługową INSTBUD S..... B..... Sp. J. - lider konsorcjum,
  - 2) Zakład Robót Inżynieryjno-Budowlanych KANBUD s.c. J. W....., Z. W.....,
  - 3) Hamer B....., G..... Sp. J.,
  - 4) Firmę Handlowo-Usługową INSTBUD S..... B.....,
- w kopii przekazane zamawiającemu w terminie ustawowym.

Wniesienie odwołania nastąpiło wobec czynności zamawiającego: Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. w Olkuszu - odrzucenia złożonej oferty konsorcjum oraz wyboru oferty innego wykonawcy na część IV zamówienia, o których to czynnościach odwołujący został powiadomiony w dniu 3 sierpnia 2012 r. za pośrednictwem faksu.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. nr 113 z 2010 r., poz. 759 ze zm.), dalej zwaną ustawą Pzp, tj.:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez przyjęcie, że treść oferty składającego odwołanie nie odpowiada treści SIWZ, a w konsekwencji odrzucenie tej oferty,
- 2) naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, przez nierówne traktowanie wykonawców i wybór oferty, która nie jest najkorzystniejsza,
- 3) art. 7 ust 3 ustawy Pzp, przez zaniechanie wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu tj. oferty odwołującego.

W powołaniu na legitymację do wnoszenia środków ochrony prawnej, wskazując na niezgodne z przepisami ustawy czynności zamawiającego - odwołujący wnosił o nakazanie

zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności badania i oceny ofert - w tym odrzucenia oferty odwołującego,
2. przywrócenie oferty odwołującego jako ważnej i zgodnej z treścią SIWZ,
3. powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego,
4. dokonania wyboru oferty odwołującego.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań odwołujący wyjaśniał, że zamawiający poinformował o rozstrzygnięciu postępowania i wyborze oferty najkorzystniejszej, za którą uznał ofertę wykonawcy - Przedsiębiorstwa Inżynierii Ochrony Środowiska i Melioracji HYDROMEL Sp. z o. o. z Końskich, który to wybór został dokonany z naruszeniem przepisów ustawy Pzp. W powyższym piśmie zamawiający przekazał również informację, że na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp odrzuca ofertę odwołującego ponieważ treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ). Jako uzasadnienie zamawiający przywołał postanowienia SIWZ pkt 25.3 IDW (instrukcji dla wykonawców) oraz pkt 1.8.5 OPZ (opisu przedmiotu zamówienia), że wymagał załączenia do kosztorysu ofertowego wykazu cen czynników produkcji (robocizny, materiałów, pracy sprzętu) i narzutów, na podstawie których kalkulowane były ceny jednostkowe. Wykonawca nie załączył do kosztorysu ofertowego wymaganego wykazu. Wykaz nie podlega uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Ponadto braku tego nie można wyeliminować w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, bowiem treść, która miała by zostać objęta wezwaniem do wyjaśnienia treści nie istniejących - nie znajduje racjonalnego uzasadnienia.

Wyjaśniając powyższe, odwołujący podnosił, że w dokumentacji przetargowej przekazane zostały wykonawcom przedmiary robót, na podstawie których należało wykonać kosztorysy ofertowe w wersji uproszczonej z podaniem cen jednostkowych pozycji (pkt. SIWZ 25.2. Kosztorys ofertowy należy sporządzić w wersji uproszczonej z podaniem cen jednostkowych pozycji). Przedmiary te obejmowały kolumny: lp., Kod poz., Nr specyfikacji, Nazwę i opis pozycji przedmiaru, ilość, j.m., cena jedn., wartość. Odwołujący wskazywał, że przedmiary te nie zawierały bardzo ważnego elementu, a mianowicie podstaw wyceny (KNR, KNNR), na podstawie których można by było przyjąć normy robocizny, materiałów i sprzętu. Zamawiający przekazując wykonawcom przedmiary w takiej formie, w przekonaniu odwołującego, bezpodstawnie żąda wykazu cen czynników produkcji (robocizny, materiałów, pracy sprzętu) i narzutów na podstawie których kalkulowane były ceny jednostkowe (SIWZ pkt. 25.3). Wykonawcy byli zobowiązani do sporządzenia kosztorysu ofertowego w wersji uproszczonej z podaniem cen jednostkowych na podstawie przekazanych przedmiarów, a więc mieli całkowitą dowolność w przygotowaniu kosztorysu. Wykonując kosztorys w

ogólnodostępnych programach komputerowych do kosztorysowania (Zuzia, Norma, Rodos), wykonawcy mają możliwość wstawiania pozycji typowo uproszczonych, które nie zawierają norm robocizny, materiałów i sprzętu więc nie ma możliwości załączenia zestawienia tych cen czynników produkcji. Zaletą pozycji uproszczonych jest właśnie możliwość wpisania jednej ryczałtowej ceny zawierającej pełny koszt danej roboty (pozycji kosztorysowej) bez szczegółowego rozbicia na robociznę, materiały i sprzęt. Ponadto dane pozycje przedmiarowe zawierają w sobie kompleksowe roboty. W tym przypadku zestawienie RMS (robocizny, materiałów i sprzętu) nie miało by sensu ponieważ każdy wykonawca miałby inne ilości i ceny. Również nie było by możliwości podać cen czynników produkcji przy przygotowaniu kosztorysu ofertowego - ręcznie wypełniając przedmiar, wpisując ceny jednostkowe i wyliczając wartość - ponieważ nie byłoby skąd wziąć zestawienia robocizny, materiałów, sprzętu. W tym przypadku, nawet gdyby wszyscy wykonawcy załączyli zestawienie cen czynników produkcji - to byłyby one różne od siebie więc nie dało by się porównać złożonych ofert pod względem treści. Oprócz tego, zestawienie takie w żadnym stopniu nie miało by wpływu na kalkulację ceny oferty oraz nie miało by żadnej wartości przy rozliczaniu kontraktu – jak przekonywał odwołujący.

Dnia 28.03.2012 r. zamawiający przekazał wykonawcom treść zapytań do SIWZ wraz z udzielonymi odpowiedziami. Jedno z pytań dotyczyło właśnie kosztorysu ofertowego. Pytanie 11 *„Zamawiający wymaga aby do oferty dołączyć kosztorysy ofertowe na podstawie załączonych do SIWZ przedmiarów robót. W związku z tym zwracamy się do Zamawiającego o udostępnienie przedmiarów z dołączonymi numerami KNR. gdyż dołączone niektóre przedmiary robót tych numerów nie posiadają.”* Odpowiedź: *„W obecnym stanie prawnym - brak jest przepisów dotyczących sporządzania kosztorysów ofertowych przez Wykonawców. Sposób i podstawa wyceny zależy od Wykonawcy. Zamawiający wymaga jedynie kosztorysu uproszczonego z podaniem cen jednostkowych pozycji.”* Powyższa odpowiedź obrazuje formę kosztorysu. Zamawiający w odpowiedzi wymagał jedynie kosztorysu uproszczonego z podaniem cen jednostkowych. Zdaniem odwołującego, sam zamawiający tym zapisem zrezygnował z wymogu załączenia zestawienia cen czynników produkcji (robocizny, materiałów, sprzętu) dając wykonawcom wolną rękę w przygotowaniu kosztorysu ofertowego. Najważniejsze w tym przypadku mają być ceny jednostkowe, na podstawie których zamówienie będzie rozliczane. Jak widać w piśmie powiadamiającym o wyborze najkorzystniejszej oferty w innych częściach tego zamówienia, np. w Części I, oprócz odwołującego jeszcze dwie firmy w ten sam sposób zinterpretowały odpowiedź zamawiającego ponieważ ich oferty również zostały odrzucone z tego powodu. Sformułowanie *„Sposób i podstawa wyceny zależy od Wykonawcy”* jasno podkreśla dowolność w sporządzeniu kosztorysu, a co za tym idzie za możliwość wyliczenia cen

jednostkowych pozycji metodą uproszczoną, w której nie ma podziału na robociznę, materiały i sprzęt.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 13 sierpnia 2012 r. zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego w trybie art. 185 ust. 2 ustawy Pzp, pismem z dnia 16.08.2012r., w kopi przekazanym stronom, złożył wykonawca wybrany Przedsiębiorstwo Inżynierii Ochrony Środowiska i Melioracji HYDROMEL Sp. z o.o. z siedzibą w Końskich, który powoływał się na swój interes w utrzymaniu w mocy czynności zamawiającego wyboru złożonej oferty na część IV zamówienia.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów odwołania. Podtrzymał stanowisko przedstawione w powiadomieniu o wynikach przetargu. W odpowiedzi na odwołanie z dnia 22 sierpnia 2012 r. wnosił o odrzucenie odwołania względnie jego oddalenie. W uzasadnieniu swego stanowiska podał, że osnową sporu jest twierdzenie odwołującego o braku możliwości stworzenia i przedłożenia wraz z ofertą, żądanego przez zamawiającego wykazu cen czynników produkcji. Jak twierdzi odwołujący, udostępniony wraz z SIWZ przedmiar robót, który stanowił podstawę dla sporządzenia kosztorysu ofertowego wykonawcy, nie zawierał podstaw wyceny tj. norm KNR oraz KNNR, na podstawie których można było przyjąć normy robocizny, materiałów i sprzętu. Zamawiający nie zgodził się z twierdzeniami odwołującego, że przekazując wykonawcom tak skonstruowany przedmiar robót, nie miał prawa żądać wykazu cen czynników produkcji ani narzutów na podstawie, których kalkulowane były ceny jednostkowe. Zaprzeczył również, iżby w odpowiedzi na pytanie nr 11 do SIWZ, a dotyczące kosztorysu ofertowego zrezygnował z wymogu przedstawiania wraz z ofertą wykazu cen czynników produkcji. Zaznaczał, że wyżej opisane zarzuty odwołujące koncentrują się na zakwestionowaniu możliwości prawidłowego złożenia oferty w oparciu o materiały przekazane przez zamawiającego, a w szczególności w oparciu o przedmiar robót, stanowiący nieodzowny element części III SIWZ. Zarzuty odwołującego wskazują na braki przedmiaru, które w jego opinii nie pozwalają na złożenie oferty zgodnie z wymaganiami SIWZ, tj. złożenie wraz z ofertą kosztorysu ofertowego zaopatrzonego w załącznik pn. wykaz cen czynników produkcji. Tak opisane zarzuty odwołania prowadzą się do zakwestionowania zasadności żądania opisanego w pkt 25.3 IDW (część I SIWZ) wskazującego, iż *„Zamawiający wymaga, aby Wykonawcy załączyli do Kosztorysu Ofertowego wykaz cen czynników produkcji (robocizny, materiałów, pracy sprzętu) i narzutów, na podstawie których kalkulowane były przez nich ceny jednostkowe.)* oraz w pkt 8.5 OPZ (część III SIWZ), wskazującego, że: *„Zamawiający wymaga, aby Wykonawcy załączyli do Kosztorysu Ofertowego wykaz cen czynników produkcji (robocizny, materiałów, pracy sprzętu) i narzutów, na podstawie których kalkulowane były przez nich ceny*

*jednostkowe."*

Po dokonaniu analizy treści odwołania, zamawiający ocenił, iż zarzuty sprowadzają się do wskazania sprzeczności pomiędzy żądaniami opisanymi postanowieniami pkt 15.3 lit n) IDW (część I SIWZ) a pkt 25.3 IDW (część I SIWZ) oraz pomiędzy zapisami pkt 8.4 OPZ (część III SIWZ), a pkt 8.5 OPZ (część III SIWZ), gdzie zamawiający żąda przedłożenia wraz z ofertą kosztorysu ofertowego, który należy sporządzić w wersji uproszczonej z podaniem cen jednostkowych pozycji oraz zamawiający wymagał, aby wykonawcy załączyli do kosztorysu ofertowego wykaz cen czynników produkcji (robocizny, materiałów, pracy sprzętu) i narzutów, na podstawie których kalkulowane były przez nich ceny jednostkowe. Zamawiający podnosił, że w treści odwołania nie wskazano podstaw do zakwestionowania wyboru oferty najkorzystniejszej, bowiem cały wywód dotyczy sposobu sformułowania wymagań SIWZ, które zdaniem odwołującego uniemożliwiały zażądanie złożenia wraz z ofertą wykazu czynników cen produkcji, który zgodnie z postanowieniami SIWZ stanowił załącznik do kosztorysu ofertowego. Zdaniem odwołującego, udzielając w dniu 28.03.2012 roku odpowiedzi na pytania do SIWZ, w tym odpowiedzi na pytanie nr 11, zamawiający zrezygnował z wymogu przedkładania wraz z kosztorysem ofertowym wykazu cen czynników produkcji. Zamawiający stwierdził, że w żadnej mierze nie zrezygnował z tego wymogu, bowiem ani treść pytania ani treść udzielonej odpowiedzi faktycznie nie dotyczyły kwestii wykazu cen czynników produkcji, natomiast odwołujący błędnie zinterpretował treść udzielonej odpowiedzi do SIWZ. Powoływane we treści odwołania pytanie nr 11 do SIWZ brzmiało *„Zamawiający wymaga aby do oferty dołączyć kosztorysy ofertowe na podstawie załączonych do SIWZ przedmiarów robót. W związku z tym zwracamy się do Zamawiającego o udostępnienie przedmiarów z dołączonymi numerami KNR, gdyż dołączone niektóre przedmiary robót tych numerów nie posiadają”*. W odpowiedzi na takie pytanie zamawiający wskazał, iż: *„W obecnym stanie prawnym brak jest przepisów dotyczących sporządzania kosztorysów ofertowych przez Wykonawców. Sposób i podstawy wyceny zależą od Wykonawcy. Zamawiający wymaga jedynie kosztorysu ofertowego uproszczonego.”* Z powyższego wynika - zarówno z treści pytania jak i brzmienia odpowiedzi na ww. pytanie, że zamawiający, wbrew twierdzeniu odwołującego, nie zrezygnował z konieczności przedkładania wraz z ofertą wykazu cen czynników produkcji, bowiem; ani pytanie nr 11 do SIWZ ani udzielona do niego odpowiedź nie dotyczyły kwestii przedkładania wraz z ofertą, a ściśle wraz z kosztorysem ofertowym, wykazu cen czynników produkcji. W wyniku udzielonej odpowiedzi zamawiający jedynie potwierdził wymagania opisane w pkt 15.3 lit n) 1DW (część I SIWZ); wymagania pkt 25.3 IDW (część I SIWZ) lub pkt 8.5 OPZ (część III SIWZ). W wyniku udzielonej odpowiedzi nie doszło do modyfikacji wymagań SIWZ, a w szczególności nie doszło do wykreślenia wymagania przedłożenia wraz z kosztorysem ofertowym wykazu cen

czynników produkcji, bowiem pkt 25.3 IDW (część I SIWZ) oraz pkt 8.5 OPZ (część III OPZ) nie zostały zmodyfikowane, a tym bardziej nie zostały wykreślone z treści SIWZ. Twierdzenie jakoby zrezygnował z konieczności przedkładania wraz z ofertą wykazu cen czynników produkcji, uznał zamawiający za z gruntu bezzasadne. Mając na uwadze powyższe, podtrzymał, iż kwestionowanie wymagań SIWZ co do treści i formy kosztorysów jakie winni wraz z ofertą złożyć wykonawcy dopiero na etapie wyboru oferty najkorzystniejszej, jest działaniem nieuprawnionym i dokonywanym z przekroczeniem terminu przewidzianego ustawą dla tego rodzaju czynności. Zgodnie z normą art. 182 ust 2 pkt 1) ustawy Pzp; „Odwołanie wobec (...) postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wnosi się w terminie 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej - jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.” Ponadto zauważył, iż w przypadku gdy odwołujący nie był pewien czy udzielona odpowiedź anuluje nakaz załączania do kosztorysu ofertowego wykazu cen czynników produkcji, winien zwrócić się do zamawiającego o dokładne wyjaśnienie tej kwestii względnie skorzystać ze środków ochrony prawnej w sposób i w terminie przewidzianym ustawą, a w szczególności regulacją art. 182 ust 3 pkt 1) ustawy Pzp.

W związku z powyższym wnosił o uznanie, iż wniesione odwołanie sprowadza się do zakwestionowania zapisów SIWZ względnie czynności wyjaśniania SIWZ podjętej przez zamawiającego, a jako takie podlega odrzuceniu z uwagi na normę art. 189 ust 2 pkt 3 ustawy Pzp, tj. z uwagi na wniesienie odwołania po upływie terminu określonego w ustawie.

W odniesieniu do sformułowanego w odwołaniu zarzutu naruszenia przez art. 7 ust 1 ustawy Pzp, wobec braku skonkretyzowania zarzutu a w szczególności wskazania czynności naruszającej normę art. 7 ust 1 ustawy Pzp, zamawiający z uwagi na ogólnikowość powyższego zarzutu nie był w stanie prawidłowo ustosunkować się do niego, w związku z czym wnosił o jego oddalenie jako zarzutu niejasnego i nie spełniającego wymogów dotyczących treści odwołania zawartych w art. 180 ust 3 ustawy Pzp. Wyłącznie na marginesie, zamawiający zaznaczał, iż prowadząc niniejsze postępowanie dążył do zapewnienia maksymalnego poszanowania naczelnych reguł udzielania zamówień publicznych tj. zachowania uczciwej konkurencji oraz zapewnienia równego traktowania wykonawców. Podkreślił, iż sformułowane wymogi dotyczące treści oferty a także kryteria oceny ofert były jasne i czytelne. Niezgodnością z treścią SIWZ przejawiającą się brakiem dokumentu - wykazu cen czynników produkcji, dotkniętych było również kilka innych ofert złożonych w postępowaniu, a oferty te podobnie jak oferta odwołującego zostały odrzucone. W związku z czym nie można mówić, iż doszło do rzekomego i zarzucanego zamawiającemu



faworyzowania jednych wykonawców czy też szczególnie restrykcyjnego traktowania innych wykonawców biorących udział w postępowaniu, bowiem jednakowe błędy w ofertach zostały w sposób jednakowy potraktowane. Przed dokonaniem czynności odrzucenia oferty, jak przekonywał zamawiający - gruntownie rozważył wszystkie okoliczności sprawy, tak aby nie doszło do nieuprawnionego i sprzecznego z regulacją ustawy Pzp odrzucenia jakiegokolwiek oferty, czy też odrzucenia oferty z uwagi na brak, który w trybie przewidzianym ustawą mógłby podlegać konwalidacji. W szczególności zamawiający rozważył czy istnieje sposób na wyeliminowanie braku wykazów cen czynników produkcji w złożonych ofertach przy zastosowaniu regulacji art. 26 ust 3 ustawy Pzp lub regulacji art. 87 ust 1 ustawy Pzp. Zgodnie z art. 26 ust. 3 zdanie pierwsze ustawy Pzp: „zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1 [dokumenty potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu lub spełnienie przez oferowane roboty wymagań określonych przez zamawiającego] zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. (...)”. Zamawiający argumentował, że redakcja art. 26 ust 3 ustawy Pzp jednoznacznie wskazuje, iż uzupełnienie dokumentów może dotyczyć wyłącznie dokumentów składanych przez wykonawców w celu potwierdzenia warunków udziału w postępowaniu. Za taki dokument nie może być uznany omawiany wykaz czynników cen produkcji, bowiem stanowił on załącznik do kosztorysu ofertowego, który jest dokumentem przedstawiającym kalkulację ceny ofertowej i nie może być zaliczany do grupy dokumentów, o której mowa w art. 26 ust 3 ustawy Pzp oraz w art. 25 ust 1 ustawy Pzp. Niedopuszczalną zdaniem zamawiającego, byłaby możliwość wnioskowania o wskazanie wskaźników czynników cen produkcji w trybie wyjaśniania treści oferty na zasadzie art. 87 ust 1 ustawy Pzp, który dopuszcza możliwość żądania od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert, jednocześnie zastrzegając, iż niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2 tegoż artykułu, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Zasadniczo na przeszkodzie zastosowaniu regulacji art. 87 ust 1 ustawy Pzp, stał fakt, iż treść która miała by ewentualnie zostać objęta wezwaniem do wyjaśnienia, tj. kwestia wykazu cen czynników produkcji, w ogóle w ofercie nie istniała - brak bowiem było rzeczzonego wykazu. Tak więc wezwanie do wyjaśnienia treści nie istniejących nie znajdowało i nadal nie znajduje żadnego racjonalnego uzasadnienia. Nadto podejmując ważką decyzję o odrzuceniu ofert, które żadanego wykazu cen czynników produkcji nie zawierały, zamawiający kierował się stanowiskiem prezentowanym przez doktrynę prawa zamówień publicznych w tym dorobek

orzecznicy Krajowej Izby Odwoławczej, pośród których wskazał:

1) Wyrok KIO z dnia z dnia 01.12.2011 r. sygn. akt KIO 2507/11, w sprawie, w której przyczyną odrzucenia oferty stał się brak załączenia do kosztorysu ofertowego wykazu czynników cen produkcji, Izba w uzasadnieniu wyroku wyraziła następujący pogląd; „(...) W niniejszej sprawie na mocy przywołanych powyżej postanowień s.i.w.z. Zamawiający podniósł podanie cen jednostkowych czynników produkcji do rangi istotnych dla niego, obligatoryjnych elementów treści oferty. Wobec tego brak podania ich w złożonej ofercie oznacza brak sprecyzowania przez Odwołującego jej treści w stopniu wymaganym w s.i.w.z. Z odwołania wynika, iż zdaje się to dostrzegać również Odwołujący, wskazując na możliwość skorzystania przez Zamawiającego z przepisu art. 87 ust. 1 pzp, który dotyczy jednak wyjaśniania treści oferty, a nie doprecyzowaniu jej w zakresie informacji, których oferta nie zawiera w ogóle. Odwołujący wskazał na rozprawie, iż do niepodania cen jednostkowych czynników produkcji doszło w wyniku jego omyłki, co czyni koniecznym rozważenie możliwości jej poprawienia na mocy przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp, do którego wprost odsyła przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp. W ocenie składu orzekającego Izby w niniejszej sprawie tryb ten nie znajdzie zastosowania, gdyż uzupełnienie braków oferty oznaczałoby de facto niedopuszczalne sporządzenie przez Odwołującego po terminie składania ofert załączników do kosztorysów ofertowych, które obejmują kilkadziesiąt pozycji materiałów, sprzętu oraz wskazanie stawki robocizny, wysokości kosztów pośrednich i zysku, bezpośrednio niewynikających z poszczególnych pozycji przedmiarów, gdyż są ukryte w ramach wyliczonych na ich podstawie cen jednostkowych poszczególnych pozycji robót przewidzianych do wykonania. Zamawiający musiałby dokonać poprawienia oferty wyłącznie na podstawie informacji udzielonych odrębnie i po raz pierwszy przez Odwołującego, bez możliwości zweryfikowania, czy odpowiadają one cenom jednostkowym czynników produkcji, które rzeczywiście były przez niego przyjęte w chwili sporządzania kosztorysów ofertowych. Stanowiłoby to niedopuszczalne z mocy przepisu art. 87 ust. 1 pzp prowadzenie negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz zmianę jej treści po terminie składania ofert.(...)” ,

2) Wyrok dnia 25.01.2011 roku sygn. akt KIO 103/11, gdzie wskazano „Zarzut [naruszenia art. 89 ust 1 pkt 2) z uwagi na odrzucenie oferty nie zawierającej wykazu cen] nie zasługuje na uwzględnienie. Wbrew twierdzeniom odwołującego zamawiający nie przewidział kosztorysu ryczałtowego, ale zgodnie z pkt 10.1 siwz określił wynagrodzenie jako wynagrodzenie kosztorysowe i wskazał, że rozliczenie w ramach wykonania umowy nastąpi na podstawie cen i stawek jednostkowych określonych kosztorysem. Jako element kosztorysu wskazano wykaz cen: materiałów robocizny i sprzętu. Wykaz ten był zatem częścią kosztorysu zdefiniowanego przez zamawiającego. W ramach pozycji przedmiaru kalkulacje sporządzono metodą uproszczoną agregując pozycje, zatem z poszczególnych pozycji samego przedmiaru wypełnionych przez wykonawcę, zamawiający nie byłoby w

*stanie rozliczyć zamówienia, w przypadku rozbieżności pomiędzy przedmiarem, a dokonany w wyniku wykonania robót obmiarem. Dla rozliczenia zamówienia zamawiającemu był zatem niezbędny wymagany wykaz cen (...). Przy takich dyspozycjach zamawiającego, jak wynikające z pkt 10 siwz, konieczne było uzyskanie przez zamawiającego wiedzy o cenach jednostkowych materiałów, robocizny i sprzętu, skoro na ich podstawie miało nastąpić rozliczenie. Zamawiający w sposób jasny i konkretny zawarł wymóg załączenia do oferty jako części składowej kosztorysu wykazu cen. Fakt, iż w poprzednich postępowaniach, w których odwołujący brał udział wynagrodzenie miało inny charakter, lub zamawiający postawił inne wymagania nie stanowi okoliczności sanującej dla braków oferty odwołującego. Uchybienie zatem przez odwołującego i nie złożenie takiego dokumentu nie może być traktowane jako omyłka formalna, lub brak dokumentu, który podlega uzupełnieniu w rozumieniu art. 26 ust 3 ustawy jako dokumentu w rozumieniu art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy, ale wyłącznie jako treść oferty nieodpowiadająca treści siwz. Wykaz cen nie może służyć potwierdzeniu wymagań określonych dla robót budowlanych przez zamawiającego, a może służyć wyłącznie informacji o zaoferowanych cenach. Słowo „powinien”, w ocenie Izby oznacza obowiązek, a nie uprawnienie.(...)”.*

Zamawiający zaznaczał, że przywołane orzeczenia pozostają aktualne w rozpatrywanym stanie sprawy a nadto jednoznacznie wskazują, iż brak elementu kosztorysu ofertowego, bowiem tak należy traktować żądany przez zamawiającego wykaz cen czynników produkcji, który nawet w treści SIWZ określany jest jako załącznik do kosztorysu ofertowego - należy traktować jako niezgodność treści oferty z SIWZ.

Zamawiający mając na względzie przedmiot zamówienia, a w szczególność jego rozbudowany i skomplikowany technicznie zakres robót oraz ustalony postanowieniami SIWZ sposób rozliczenia robót wymagał przedstawienia maksymalnej ilości danych, w tym cen czynników produkcji, które miały wpływ na kalkulację ceny ofertowej a ponadto w toku rozliczania robót ewentualnie mogły by znaleźć zastosowanie. Zamawiający w celu zagwarantowania sobie złożenia ofert przez wykonawców dających rękojmię prawidłowej realizacji zamówienia wymagał aby wykonawcy dołożyli maksymalnej staranności kalkulując koszty realizacji zadania oraz sporządzili dokumenty uwiarygadniające te koszty. Zamawiający stwierdził, iż w takim stanie rzeczy nie mógł uznać za zgodnej z wymogami SIWZ oferty odwołującego, oraz innych ofert złożonych w tym postępowaniu, a dotkniętych podobnym brakiem - jako ofert prawidłowych tj. odpowiadających treści SIWZ. Wskazywał, że w przedmiotowej sprawie nie można mówić o naruszeniu normy art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp, wobec czego również i ten zarzut odwołania uznał za chybiony i nie podlegający uwzględnieniu.

Izba postanowiła dopuścić zgłaszającego przystąpienie wykonawcę Przedsiębiorstwo

Inżynierii Ochrony Środowiska i Melioracji HYDROMEL Sp. z o.o. do udziału w sprawie.

Izba nie stwierdziła podstaw skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody: z ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia z wyjaśnieniami, protokołu postępowania z załącznikami, oferty odwołującego, oferty wykonawcy HYDROMEL Sp. z o.o., pisma z dnia 3 sierpnia 2012r. informującego o wyniku przetargu i odrzuceniu oferty odwołującego, wezwania do odwołującego w sprawie omyłek w kosztorysie ofertowym i udzielonej odpowiedzi.

Ponadto, Izba rozważyła stanowiska stron i przystępującego - przedstawione w złożonych pismach oraz do protokołu rozprawy.

Rozpatrując sprawę w granicach zarzutów odwołania, jak stanowi art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, Izba ustaliła następujący stan faktyczny.

Część I. SIWZ (IDW).

*„Przedmiot zamówienia. Kontrakt W3 - Budowa sieci kanalizacji sanitarnej i sieci wodociągowej na terenie miasta Olkusz dla projektu „Porządkowanie gospodarki ściekowej w zlewni Białej Przemszy na terenach gmin: Olkusz, Bukowno, Bolesław, Klucze - etap I” - Część IV - Zadanie 1-7 - Budowa kanalizacji sanitarnej wraz z przebudową sieci wodociągowej na osiedlu Glinianki (Niepodległości, Ogrodowa, Jaśminowa, Lipowa, Topolowa, Kwiatowa, Malinowa, Westerplatte, Storczykowa, Jesionowa, Zielona, Astrów).”*

*„Przedmiotem niniejszego zamówienia jest wykonanie robót obejmujących budowę sieci kanalizacji sanitarnej w systemie grawitacyjnym i tłocznym oraz przebudowę sieci wodociągowej na terenie miasta Olkusz w oparciu o Warunki kontraktowe dla Budowy dla robót inżynieryjno-budowlanych projektowanych przez Zamawiającego” – tłumaczenie 1. wydania 1999 oraz 4. wydanie angielsko-polskie niezmienione 2008 (tzw. „czerwony” FIDIC), nazywane dalej FIDIC oraz zgodnie z przepisami ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (tekst jedn. Dz. U. z 2010 r. Nr 243, poz. 1623 z późn. zm.).”*

*„Pkt 4.2. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawarty jest w dokumentacji projektowej: projekty budowlane i wykonawcze, specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót budowlanych, dokumentacje geologiczno - inżynierskie, projekty organizacji ruchu, przedmiary robót.”*

Pkt 3. Zawartość oferty.

- 1) Kompletna oferta musi zawierać:
  - a) Formularz Oferty, sporządzony na podstawie wzoru stanowiącego załącznik nr 1 do niniejszej IDW;
  - b) Załącznik do Formularza Oferty, sporządzony na podstawie wzoru stanowiącego załącznik nr 1A
  - c) Wymagane oświadczenia i dokumenty wymienione w pkt 10 niniejszej IDW;
  - d) Kosztorys ofertowy, sporządzony na podstawie przedmiarów robót, będących załącznikami do niniejszej IDW. Kosztorys należy sporządzić w wersji uproszczonej z podaniem cen jednostkowych pozycji;

#### Pkt 25. Opis sposobu obliczenia ceny.

1. Ceną Oferty jest: cena brutto podana w Załączniku nr 1 - Formularzu Ofertowym, obliczona na podstawie Kosztorysu ofertowego sporządzonego na podstawie dokumentacji projektowej: przedmiaru robót, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót oraz przedmiotu zamówienia określonego w Cz. III SIWZ OPZ.

2. Kosztorys Ofertowy należy sporządzić w wersji uproszczonej z podaniem cen jednostkowych pozycji;

3. Zamawiający wymaga, aby Wykonawcy załączyli do Kosztorysu Ofertowego wykaz cen czynników produkcji (robocizny, materiałów, pracy sprzętu) i narzutów, na podstawie których kalkulowane były przez nich ceny jednostkowe.

4. Wykonawca określi ceny na wszystkie elementy zamówienia wymienione w Przedmiarze robót wg następujących zasad:

- a) wszystkie pozycje kosztorysu powinny zawierać cenę jednostkową z narzutami;
- b) cena jednostkowa każdej pozycji kosztorysowej powinna obejmować koszty bezpośrednie robocizny, materiałów, zakupu, pracy sprzętu i transportu technologicznego oraz koszty pośrednie i zysk;
- c) Kosztorys Ofertowy powinien zawierać: stronę tytułową z podaniem ceny netto, brutto, stawki robocizny, narzuty;

5. Jeżeli Wykonawca w Kosztorysie Ofertowym nie wyceni pozycji, wpisze dla danej pozycji wartość 0 zł, opuści pozycję lub scali pozycje – Zamawiający uzna, że pozycje te zostały wycenione w innych pozycjach kosztorysowych i będą musiały być wykonane na etapie realizacji robót.

8. W cenach elementów rozliczeniowych muszą zostać uwzględnione koszty robót podstawowych, pomocniczych i towarzyszących.

#### Pkt 26 Opis kryteriów

Cena – 90%,

Okres rękojmi – 10%.

Pkt 33. Informacje ogólne dotyczące kwestii formalnych umowy w sprawie niniejszego zamówienia.

1. Zgodnie z art. 139 i 140 ustawy Prawo zamówień publicznych umowa w sprawie niniejszego zamówienia:

- 1) zostanie zawarta w formie pisemnej;
- 2) mają do niej zastosowanie przepisy Kodeksu cywilnego, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej;

Formularz oferty.

Kontrakt W3 – Budowa sieci kanalizacji sanitarnej i sieci wodociągowej na terenie miasta Olkusz dla projektu „Porządkowanie gospodarki ściekowej w zlewni Białej Przemszy na terenach gmin: Olkusz, Bukowno, Bolesław, Klucze – etap I”

1. zapoznałem się z treścią SIWZ dla niniejszego zamówienia,
2. gwarantuję wykonanie całości niniejszego zamówienia zgodnie z treścią: SIWZ, wyjaśnień do SIWZ oraz jej modyfikacji,
3. cena mojej (naszej) oferty za realizację niniejszego zamówienia wynosi: (...),
4. akceptuję warunki płatności (sposób i termin) określone w SIWZ,
5. w przypadku uznania mojej (naszej) oferty za najkorzystniejszą umowę zobowiązuję się zawrzeć w miejscu i terminie jakie zostaną wskazane przez Zamawiającego oraz zobowiązuję się zabezpieczyć umowę zgodnie z treścią pkt. 12 IDW.

Akt Umowy część 2. Warunki szczegółowe kontraktu (definicje).

1.1.6.14 "Książka Obmiarów" oznacza dokument prowadzony przez Wykonawcę na Terenie Budowy pozwalający na rozliczenie faktycznego wykonania Robót.

1.1.6.15 „Dokumentacja Projektowa” oznacza dokumentację służącą do opisu przedmiotu zamówienia na wykonanie robót budowlanych, dla których jest wymagane uzyskanie pozwolenia na budowę zgodnie w wymogami Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. (Dz. U. nr 202, poz. 2072) w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (Dz. U Nr 202, poz. 2072 z późn. zm.).

Rozdział 12 Obmiary i wycena.

12.1 Obowiązkowe obmiary Robót.

*Następujący zapis dodaje się po pierwszym zdaniu niniejszej klauzuli 12.1: Wykonawca, zgodnie z polskim Prawem Budowlanym, będzie prowadził i przechowywał Książkę Obmiarów. Książka Obmiarów winna być prowadzona nieprzerwanie na podstawie*

codziennych zapisów obmiarów, dokonywanych przez Wykonawcę wspólnie z Inżynierem zgodnie z kolejnością wykonywania Robót, przed zakryciem każdej ich części. Wymiary, notatki, obliczenia i rysunki niezbędne do określenia ilości podczas obmiarów Robót oraz wyniki obmiarów winny być wprowadzone do Książki Obmiarów niezwłocznie po ich dokonaniu.

Książka Obmiarów przygotowana przez Wykonawcę winna być sprawdzona i podpisana przez Inżyniera w terminie do 14 dni od jej otrzymania.

12.2. Metody obmiaru.

Podpunkt (b) niniejszej klauzuli 12.2 skreśla się i zastępuje następująco:

(b) szczegółowe metody i zasady obmiarów zawierają Specyfikację i Przedmiar Robót.

12.3. Wycena.

Następującą zmianę wprowadza się do niniejszej klauzuli 12.3:

Następujący zapis dodaje się jako pierwsze zdanie niniejszej klauzuli:

Stawki i ceny jednostkowe dla pozycji określonych w wycenionym Przedmiarze Robót są stałe na okres wykonywania Kontraktu i nie podlegają zmianom.

Rozdział 13. Zmiany i korekty.

13.3. Procedura wprowadzania Zmian.

Jako przedostatni akapit w niniejszej klauzuli 13.3 dodaje się następujący tekst:

Każda Zmiana mająca wpływ na przedłużenie Czasu na Ukończenie musi być dokonana poprzez sporządzenie Zmiany do Kontraktu.

Po ostatnim zdaniu klauzuli 13.3 dodaje się następujący tekst:

W przypadku, gdy dla robót objętych Zmianą, w Przedmiarze Robót nie podano ceny jednostkowej, po zatwierdzeniu Zmiany Inżynier będzie postępował zgodnie z klauzulą 3.5 [Ustalenia] celem uzgodnienia lub ustalenia korekty Ceny Kontraktowej oraz planu płatności na mocy klauzuli 14.4 [Plan płatności]. Taka korekta zostanie wykonana w oparciu o zasady określone w "Środowiskowych metodach kosztorysowania robót budowlanych" (wydanych przez Zrzeszenie Biur Kosztorysowania Budowlanego i Stowarzyszenie Kosztorysantów Budowlanych) oraz o kwartalne notowania cen i czynników produkcji - wydawnictwa Sekocenbud (za kwartał, w którym realizowane były roboty), w szczególności:

- stawka r-g jako średnia dla regionu małopolskiego,
- narzuty określone procentowo jako średnie  $K_p$  (R,S), Zysk (R,S,Kp),  $K_z$  (M ogółem) – wg notowań średnich krajowych,
- ceny sprzętu jako ceny pracy sprzętu,
- ceny materiałów jako ceny z faktur zakupu z 50 procentowym podziałem, między wykonawcę i zamawiającego, różnicy ceny przed i po rabacie.

Rozliczenie nastąpi kalkulacją szczegółową w oparciu o katalogi nakładów rzeczowych w

*następującej kolejności: KNR, KNR-W, KNNR, KNNR-W, KSNR, KNP, pozostałe wymienione w „Środowiskowych metodach kosztorysowania robót budowlanych.”*

*13.8. Korekty uwzględniające zmiany Kosztu.*

*Klauzulę 13.8 [Korekty uwzględniające zmiany Kosztu] skreśla się jako nie mającą zastosowania w niniejszych Warunkach.*

*Rozdział 14 Cena Kontraktowa i zapłata.*

*Pkt 8. OPZ. Założenia wyjściowe do kosztorysu ofertowego.*

*„8.1. Kwotę ofertową należy skalkulować w oparciu o przekazany Przedmiar Robót, Specyfikacje Techniczne Wykonania i Odbioru Robót, Dokumentację Projektową, zapisy nin. SIWZ.*

*8.2. Przedmiary Robót stanowią jedynie materiał pomocniczy i nie mogą być jedyną podstawą do sporządzenia wyceny ofertowej. Poszczególne pozycje Przedmiaru robót odpowiadają robotom podstawowym i elementom rozliczeniowym.*

*8.3. Wykonawca obliczając kwotę ofertową musi uwzględnić w wycenionym Przedmiarze robót wszystkie pozycje przedmiarowe. Wykonawca nie może samodzielnie wprowadzać zmian do Przedmiaru robót. Wszystkie błędy ujawnione na rysunkach, w Specyfikacjach Technicznych oraz w Przedmiarze robót, Wykonawca winien zgłosić Zamawiającemu w okresie przewidzianym na składanie zapytań.*

*8.4. Kosztorys ofertowy należy sporządzić w wersji uproszczonej z podaniem cen jednostkowych pozycji.*

*8.5. Zamawiający wymaga, aby Wykonawcy załączyli do Kosztorysu Ofertowego wykaz cen czynników produkcji (robocizny, materiałów, pracy sprzętu) i narzutów, na podstawie których kalkulowane były przez nich ceny jednostkowe.*

*8.6. Wykonawca określi ceny na wszystkie elementy zamówienia wymienione w Przedmiarze robót wg następujących zasad:*

- a) wszystkie pozycje kosztorysu powinny zawierać cenę jednostkową z narzutami;*
- b) cena jednostkowa każdej pozycji kosztorysowej powinna obejmować koszty bezpośrednio robocizny, materiałów, zakupu, pracy sprzętu i transportu technologicznego oraz koszty pośrednie i zysk;*
- c) kosztorys ofertowy powinien zawierać: stronę tytułową z podaniem ceny netto, brutto, stawki robocizny, narzuty;*

*8.8. W cenach elementów rozliczeniowych muszą zostać uwzględnione koszty robót podstawowych, pomocniczych i towarzyszących (...).*



Na pytania do SIWZ z dnia 28.03.2012 r. pytanie 11 „Zamawiający wymaga aby do oferty dołączyć kosztorysy ofertowe na podstawie załączonych do SIWZ przedmiarów robót. W związku z tym zwracamy się do Zamawiającego o udostępnienie przedmiarów z dołączonymi numerami KNR, gdyż dołączone niektóre przedmiary robót tych numerów nie posiadają.”  
Udzielona Odpowiedź: „W obecnym stanie prawnym - brak jest przepisów dotyczących sporządzania kosztorysów ofertowych przez Wykonawców. Sposób i podstawa wyceny zależy od Wykonawcy. Zamawiający wymaga jedynie kosztorysu uproszczonego z podaniem cen jednostkowych pozycji.”

Pytanie 33. „Klauzula 12.1 Kontraktu-niniejsza klauzula wprowadza nieco niezrozumiałe zapisy dotyczące Księgi Obmiarów. Zgodnie z nimi, „Książka Obmiarów winna być prowadzona nieprzerwanie na podstawie codziennych zapisów obmiarów, dokonywanych przez Wykonawcę wspólnie z Inżynierem zgodnie z kolejnością wykonywania Robót, przed zakryciem każdej ich części. Wymiary, notatki, obliczenia i rysunki niezbędne do określenia ilości podczas obmiarów Robót oraz wyniki obmiarów winny być wprowadzone do Książki Obmiarów niezwłocznie po ich dokonaniu.” Następnie wprowadzono zapis, zgodnie z którym „Książka Obmiarów przygotowana przez Wykonawcę winna być sprawdzona i podpisana przez Inżyniera w terminie do 14 dni od jej otrzymania.” Zapis ten jest niezrozumiały, bowiem z treści postanowień wcześniejszych wynika, że księga ma być prowadzona na bieżąco, codziennie, wraz z Inżynierem. Nie ma mowy o przekazywaniu Inżynierowi księgi; nie jest również zrozumiałe, o jakie „otrzymanie” chodzi. Prosimy o wyjaśnienie zapisu w powyższym zakresie i ewentualną jego zmianę.”

Odpowiedź: Zamawiający dokonuje zmiany w klauzuli 12.1 w następujący sposób: Ostatnie zdanie w zapisie dodanym po pierwszym zdaniu niniejszej klauzuli 12.1 o treści: „Książka Obmiarów przygotowana przez Wykonawcę winna być sprawdzona i podpisana przez Inżyniera w terminie do 14 dni od jej otrzymania” zastępuje się zdaniem: „Wpisy w Książce Obmiarów winny być sprawdzone i podpisane przez Inżyniera każdorazowo po ich dokonaniu”.

Pytanie 55. „W przedmiarach dla zadań 1-4 i 1-5 brakuje tabeli z kosztami ogólnymi, w których pozycjach należy przewidzieć te koszty.”

Odpowiedź: „Wycena ma obejmować wszystkie koszty - Wykonawca sam decyduje, w jaki sposób uwzględni koszty ogólne. Kosztorys ofertowy należy opracować zgodnie z Załoženiami wyjściowymi do kosztorysu ofertowego - SIWZ pkt 8 OPZ.”

Pytanie 56. „W kosztorysach dla zadania 1-3 i 1-7 tabela z kosztami ogólnymi występuje we

wszystkich kosztorysach, tzn. w kosztorysach dot. robót: drogowych, wodociągowych i sanitarnych. Prosimy o wyjaśnienie, jak należy podzielić koszty ogólne dla poszczególnych robót.

Odpowiedź: „Wykonawca sam decyduje, w jaki sposób uwzględni koszty ogólne. Kosztorys ofertowy należy opracować zgodnie z Załoženiami wyjściowymi do kosztorysu ofertowego SIWZ pkt 8 OPZ.”

Termin składania ofert upłynął 18.04.2012 r.

Oferty na część IV złożyli:

- 1) konsorcjum ELTAR Sp. z o.o. (lider) cena - 5 742 688,24 zł, po poprawieniu omyłek cena brutto oferty 5 733 393,01 zł,
- 2) konsorcjum Przedsiębiorstwo Robót Drogowych MPRD Sp. z o.o. (lider) cena – 7 754 584,21 zł,
- 3) konsorcjum HYDROMEL Sp. z o.o. (lider) cena – 5 792 627,17 zł, po poprawieniu omyłek cena brutto oferty 5 395 325,74 zł,
- 4) Energopol S.A. cena 6 745 765,53 zł,
- 5) Budimex S.A. cena 6 072 430,07 zł, po poprawieniu omyłek cena brutto oferty 5 428 217,29 zł,
- 6) konsorcjum Firma Handlowo Usługowa INSTBUD S..... B..... Sp. j. (lider) cena – 5 662 522,39 zł.

Wszyscy wykonawcy zaoferowali okres rękojmi 60 miesięcy.

Zamawiający w zakresie części IV odrzucił oferty wykonawców:

- 1) konsorcjum Przedsiębiorstwo Robót Drogowych MPRD Sp. z o.o. (lider) cena – 7 754 584,21 zł,
- 2) Energopol S.A. cena 6 745 765,53 zł,
- 3) konsorcjum Firma Handlowo Usługowa INSTBUD S..... B..... Sp. j. (lider) cena – 5 662 522,39 zł.

Zamawiający ujawnił w kosztorysie ofertowym odwołującego omyłki i pismem z dnia 24 lipca 2012 r. wezwał wykonawcę do wyjaśnień. W odpowiedzi z dnia 24 lipca 2012 r. odwołujący konsorcjum INSTBUD potwierdził fakt wystąpienia wykrytych przez zamawiającego omyłek, podnosząc jednocześnie, że ich sprostowanie nie spowoduje istotnych zmian oferty.

Z załącznika nr 5 do protokołu komisji przetargowej z dnia 26 lipca 2012 r. wynika, że w ofercie odwołującego, komisja nie dokonała poprawy omyłek w kosztorysie „ z uwagi na brak

*w złożonej ofercie na część (...) IV w kosztorysach ofertowych – wykazu cen czynników produkcji (robocizny, materiałów, pracy sprzętu) i narzutów, na podstawie których kalkulowane były ceny jednostkowe - oferta polega odrzuceniu (...) na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp – treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.”*

Okolicznością bezsporną pozostawało, że odwołujący do swojego kosztorysu ofertowego dołączył kartę, na której podał:

- stawkę roboczogodziny – 10,00 zł

- narzuty:

koszty pośrednie 60,00% R + 60,00% S,

zysk 10,00% (R+Kp(R)+10,00% S+kp(S)

VAT 23%

W ofercie odwołującego zabrakło wykazu materiałów z cenami oraz wykazu sprzętu z podaniem stawek motogodziny z uwzględnieniem rodzaju jednostek sprzętowych, co stanowiło okoliczność bezsporną.

Zamawiający odrzucił ofertę odwołującego, w piśmie datowanym 2.08.2012 r. podał następujące uzasadnienie tej czynności:

*„Zamawiający w SIWZ pkt 25.3 IDW (instrukcji dla wykonawców) oraz w pkt 1.8.5 OPZ (opisu przedmiotu zamówienia) wymagał załączenia do kosztorysu ofertowego Wykazu cen czynników produkcji (robocizny, materiałów, pracy sprzętu) i narzutów, na podstawie których kalkulowane były ceny jednostkowe. Wykonawca nie załączył do kosztorysu ofertowego wymaganego wykazu. Wykaz nie podlega uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Ponadto, braku tego nie można wyeliminować w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, bowiem treść, która miałaby zostać objęta wezwaniem do wyjaśnienia treści nieistniejących nie znajduje racjonalnego uzasadnienia. Uzasadnienie prawne. Odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp – treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.”*

Izba zważyła, co następuje.

Odwołujący posiadał interes we wniesieniu odwołania, albowiem jego oferta w przypadku, gdyby nie została odrzucona (uwzględniając korektę omyłek) mogłaby zostać sklasyfikowana na pozycji pierwszej według ustalonych kryteriów. Skoro odwołujący dowodził, że czynność zamawiającego odrzucenia złożonej oferty w zakresie IV części zamówienia została powzięta z naruszeniem prawa, przez co stracił możliwość uzyskania

korzyści finansowych z faktu realizacji zadania, wykazał tym samym legitymację do korzystania ze środków ochrony prawnej w oparciu o art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Przechodząc do rozpatrzenia zarzutów odwołania, Izba w pierwszej kolejności stwierdziła, że wynagrodzenie w postępowaniu zostało określone jako kosztorysowe w rozumieniu art. 629 K.c. który to przepis znajduje zastosowanie w związku z art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy i Pzp. Strony przewidziały rozliczenia w oparciu o obmiar powykonawczy robót z natury na podstawie potwierdzonych przez zamawiającego wyników obmiarów w książce obmiarów prowadzonej przez wykonawcę.

Zgodnie z § 4 ust. 3 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno użytkowego (Dz. U. Nr 202, poz. 2072 ze zm.), jeżeli zamówienie na roboty budowlane (...) jest udzielane w trybie z wolnej ręki lub w istotnych postanowieniach umowy przyjęto zasadę wynagrodzenia ryczałtowego, dokumentacja projektowa może nie obejmować przedmiaru robót. Z kolei rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 18 maja 2004 r. w sprawie określenia podstaw i metod sporządzenia kosztorysu inwestorskiego (...) (Dz. U. Nr 42, poz. 217) w § 2 stanowi, że kosztorys inwestorski opracowuje się metodą kalkulacji uproszczonej polegającej na obliczeniu wartości kosztorysowej robót objętych przedmiarem, jako sumy iloczynów ilości jednostek przedmiarowych robót podstawowych i ich cen jednostkowych. Tak samo, zamawiający nie wymagał aby kosztorys ofertowy był sporządzony metodą kalkulacji szczegółowej w oparciu o wskazane katalogi nakładów rzeczowych, z odrębnym wyliczeniem w każdej pozycji kosztu materiałów, robocizny, pracy sprzętu oraz zysku w oparciu o wskazane podstawy wyceny tych czynników produkcji. Wymagał natomiast - aby kosztorys ofertowy takie dane dotyczące: stawki roboczogodziny, pracy sprzętu, narzuty (zysku, kosztów pośrednich) wraz z wykazem cen materiałów oraz pracy sprzętu, na podstawie których kalkulowane były przez wykonawców ceny jednostkowe – zawierał. Na etapie oceny ofert powyższe wymagania nie mogły być kwestionowane, albowiem wykonawca - skoro podważał zasadność tego rodzaju warunków - mógł wnieść w stosownym terminie odwołanie wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Izba nie uwzględniła stanowiska odwołującego, że wyjaśnieniami nr 11 do SIWZ, zamawiający odstąpił od wymagań podania cen czynników produkcji, gdyż odpowiedź zamawiającego z dnia 28 marca 2012 r. nie daje podstaw do takich twierdzeń. Izba również nie zgodziła się z odwołującym, że w przypadku sporządzenia kosztorysu metodą kalkulacji uproszczonej nie jest możliwe sporządzenie wykazu materiałów i sprzętu z podaniem cen jednostkowych materiałów i stawek pracy sprzętu. Część wykonawców, żądanie takie

spełniła i dołączyła do kosztorysów ofertowych wykazy materiałów i sprzętu. Zarzuty w tym zakresie, jak trafnie zaznaczał zamawiający, odnosiły się do SIWZ i na etapie oceny ofert nie mogły być skutecznie podnoszone.

Do oferty odwołującego została dołączona karta z podaniem stawki roboczogodziny, narzutów: kosztów pośrednich i zysku. Nie został dołączony wykaz materiałów i sprzętu wraz z ich cenami jednostkowymi, cenami pracy sprzętu. Zamawiający odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, stwierdzając, iż jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a ujawnione braki w ofercie mają charakter nienaprawialny.

Domeną zamawiającego, a zarazem jego obowiązkiem jest w oparciu o art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp podanie istotnych dla stron postanowień, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólnych warunków umowy, albo wzoru umowy, jeżeli zamawiający wymaga od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia publicznego na takich warunkach, uwzględniając postanowienia art. 140 ust. 1 ustawy Pzp, że zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie.

W pierwszym rzędzie należało więc ustalić, czy wymogi podania czynników cenotwórczych miały charakter istotnych postanowień SIWZ, których niespełnienie obligowało zamawiającego do odrzucenia oferty, czy też były to wyłącznie wymogi o charakterze informacyjnym lub formalnym, których niespełnienie, po pierwsze nadawało się do uzupełnienia, a po drugie nie mogło spowodować odrzucenia oferty.

Warunki ustanowione w SIWZ mogą bowiem mieć charakter formalny, dotyczący sposobu sporządzenia oferty, mogą także dotyczyć wymogów o charakterze czysto informacyjnym, tj. podania danych, których znajomością zamawiający jest zainteresowany, lecz nie rzutujących na treść oferty. Wymogi o charakterze istotnym służą natomiast temu, aby zamawiający mógł osiągnąć zamierzone cele - zakładane w dokumentacji postępowania przetargowego - odpowiadające istotnym postanowieniom (*essentialia negotii*) umowy o zamówienie w rozumieniu art. 66 § 1 K.c.

Przytoczony wyżej materiał dowodowy sprawy świadczy, że wymogi podania czynników cenotwórczych: stawki roboczogodziny, narzutu zysku i kosztów pośrednich oraz złożenie wykazu materiałów wraz z ich cenami, jak również cen pracy sprzętu odnosiły się do istotnych składników czynności prawnej. Wynika to bowiem z charakteru kosztorysowego wynagrodzenia, przy którym, mimo że wykonawca zobowiązuje się do oddania

przewidzianego w umowie obiektu wykonanego zgodnie z projektem, to jednocześnie następuje to w ramach wynagrodzenia objętego kosztorysem ofertowym. Niepełne wykonanie prac lub zwiększenie rozmiaru prac, wykonanie robót nieprzewidzianych - niesie za sobą zmianę zakładanego rozliczenia, w oparciu o rzeczywiście wykonany zakres robót, potwierdzony w księdze obmiarów.

Należało zatem stwierdzić, że zamawiający nadał rangę przedmiotowo istotnych wymaganiom aby wykonawca podał w ofercie ceny czynników produkcji, gdyż zaspakajało to istotną potrzebę wyceny robót (gdyby takie się pojawiły), które nie zostały wprost objęte cenami jednostkowymi podanymi w kosztorysie wykonawcy. Prowadzenie robót budowlanych, często niesie za sobą nieprzewidziane w dokumentacji projektowej prace, które strony obowiązane są finalnie rozliczyć. Wskazanie zatem podstaw do ustalenia wynagrodzenia kosztorysowego dla takich przypadków, wpisuje się w treść postanowień SIWZ. Wprawdzie roboty dodatkowe i uzupełniające wykonywane są na podstawie odrębnego zamówienia udzielanego z wolnej ręki, ale zamawiający może wymagać przedstawienia cen czynników produkcji w celu stworzenia podstaw do wyceny tego rodzaju robót, przy ustalanych warunkach zamówienia podstawowego.

Wyłącznie roboty zamienne miały zostać wycenione w oparciu o składniki cenowe ustalane odrębnie w odniesieniu do cen funkcjonujących na lokalnym rynku, podanych w wymienionych w SIWZ publikatorach, w tym w oparciu o zasady określone w „środowiskowych metodach kosztorysowania robót budowlanych.”

Podanie cen czynników produkcji, co szczególnie podkreślał przystępujący, może mieć praktyczne zastosowanie w przedmiotowym postępowaniu w toku rozliczania robót, np. niepełnego wykonania, przerwania robót, odstąpienia od umowy, gdzie ceny jednostkowe, nie dawałyby pełnej podstawy do rozliczeń, natomiast ewentualnie mogły by znaleźć zastosowanie podstawy wyceny - stawki, jakich wymagał zamawiający. Poszczególne pozycje przedmiaru zawierają bowiem w sobie kompleksowe roboty, zatem w przypadku częściowego wykonania robót zagregowanych w danej pozycji przedmiaru – ich rozliczenie według stawek jednostkowych dla danej pozycji, byłoby nieodpowiednie. Podane stawki i ceny jednostkowe określone w kosztorysie ofertowym, zgodnie z warunkami SIWZ mają być stałe na okres wykonywania kontraktu.

Odwołujący był zobowiązany do jednoznacznego podania w ofercie stawki robocizny, stawki pracy sprzętu, narzutów, kosztów materiałów, co wynikało z wyraźnych wymagań zamawiającego odnośnie sposobu sporządzenia kosztorysu ofertowego. Postanowienia SIWZ były obowiązujące dla wykonawców, jak i zamawiającego, który nie może od nich

odstępować w trakcie oceny ofert. Izba natomiast weryfikuje czynności zamawiającego w oparciu o warunki ustalone w przetargu i specyfikację udostępnioną wykonawcom, której postanowienia są wiążące.

Tym samym, w ocenie Izby, okoliczności takie jak wyżej opisane, dyskwalifikują ofertę odwołującego bez możliwości jej konwalidacji, albowiem przepis art. 87 ust. 1 ustawy Pzp nie dozwala na zmianę treści oferty po upływie wyznaczonego terminu jej złożenia, czy też uzupełniania o treści, których pierwotnie oferta nie zawierała. Do zmiany treści oferty, czy też dookreślenia oferowanego świadczenia, nie mogą prowadzić dokumenty uzupełniane na wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp – gdyż procedura ta, jak wynika z art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp - ma wyłącznie na celu potwierdzenia przez wykonawcę dokumentami, że oferowane roboty budowlane odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego. W innym przypadku, wykonawca, znając złożone oferty i ich ceny, mógłby dowolnie kształtować przedmiotową treść własnej oferty, po upływie wyznaczonego terminu jej złożenia. Oceny zgodności treści oferty wykonawcy z treścią SIWZ nie dokonuje się tylko na podstawie zaoferowanego świadczenia, którego zakres dla porównywalności ofert sprowadzony jest do określonych w kosztorysie ofertowym robót, wyznaczanych przedmiarem, ale znaczenie mają również ceny jednostkowe i podane stawki – służące rozliczeniom faktycznym, opartym na obmiarze.

W ocenie Izby, wykonawca winien podać skonkretyzowane wielkości wskazanych czynników kosztowych. Warunek merytoryczny dla wszystkich wykonawców był ten sam i polegał na obowiązku podania oznaczonych czynników cenotwórczych. Według Izby, treść oferty musi być jednoznaczna w celu możliwości poddania jej weryfikacji pod względem jej zgodności z treścią SIWZ. Nie podlegającą uzupełnieniom treść oferty stanowiły: formularz ofertowy, kosztorys ofertowy wraz z podaniem czynników cenotwórczych. Przy wynagrodzeniu kosztorysowym ustalonym w przedmiotowym przetargu zamawiający chciał bowiem znać – jakie podstawy cenowe strony będą stosowały np. w sytuacji wystąpienia robót, nawet objętych dokumentacją projektową, a pominiętą w przedmiarze, koniecznych do prawidłowego wykonania robót, czy w przypadku niewykonania określonych prac. Z przytoczonych wyżej postanowień SIWZ, wynika, że wykonawca nie był uprawniony do wprowadzania samodzielnych zmian do przedmiaru robót. Czynniki cenotwórcze powinny więc zostać sprecyzowane w postaci wymienionych stawek - w sposób jednoznaczny w treści oferty.

W myśl art. 82 ust. 3 ustawy Pzp, treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zgodność treści oferty z treścią specyfikacji jest zapewniona wówczas, gdy na podstawie analizy i porównania treści obu tych dokumentów

można uznać, iż postanowienia zawarte w ofercie nie są inne, tj. nie różnią się w swej treści od postanowień zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy wskazuje, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 tej ustawy. Sformułowanie przepisu sprawia, że w sytuacji wystąpienia tejże przesłanki zamawiający ma obowiązek, a nie uprawnienie do odrzucenia oferty. Norma art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp odnosi się zaś do merytorycznego aspektu zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia oraz merytorycznych wymagań zamawiającego, w szczególności co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ ma miejsce w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia, nie zapewniając jego realizacji w całości zgodnie z wymogami zamawiającego (wyrok KIO z dnia 24 października 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 1093/08). W orzecznictwie Izby podkreśla się, że niezgodność treści oferty z treścią SIWZ powinna być oceniana z uwzględnieniem definicji oferty zawartej w art. 66 K.c., tj. niezgodności oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami zamawiającego, odnoszącymi się do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia, a więc materialnej sprzeczności zakresu zobowiązania zawartego w ofercie z zakresem zobowiązania, którego zamawiający oczekuje, zgodnie z postanowieniami SIWZ. Postanowienia SIWZ zostały ostatecznie ukształtowane, a na obecnym etapie brak było podstaw do rewidowania ich treści, zatem wszyscy uczestnicy przetargu byli związani opisem przedmiotu zamówienia i sposobu spełnienia wymagań, zamieszczonym w SIWZ.

Nakaz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp ma charakter obligatoryjny, co oznacza iż zaistnienie przesłanki w nim wymienionej - musi skutkować odrzuceniem oferty wykonawcy. Stwierdzona niezgodność była na tyle oczywista, że nie wymagała stosowania fakultatywnego wezwania wykonawcy do wyjaśnienia treści oferty w oparciu o art. 87 ust. 1 ustawy Pzp – które mogłoby jedynie prowadzić do niedozwolonego dookreślenia treści oferty, a więc jej zmiany po upływie wyznaczonego terminu złożenia, czego wymieniony przepis nie dozwala. Ponadto, wyjaśnieniu czy sprostowaniu w trybie art. 87 ust. 1 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, może podlegać treść oferty, która została w jakiś sposób wyartykułowana. W tym zaś przypadku – niezgodność polegała na braku podania wielkości wskazanych przez zamawiającego czynników cenotwórczych. W żaden zatem sposób wymieniony brak nie mógłby być konwalidowany – jako sprostowanie omyłki niepowodującej zmian w treści oferty, czy też w drodze wyjaśnień. Wprawdzie oferty podlegały ocenie w ustalonym kryterium ceny w oparciu o ceny ofertowe, wynikające z podsumowania wartości kosztorysowych, ale nie wyłącza to możliwości odrzucenia oferty, jeżeli brakami dotknięte są podane w ofercie jednostkowe podstawy wyceny, służące do faktycznych rozliczeń stron w



trakcie realizacji umowy o zamówienie publiczne.

Dowody przeprowadzone w niniejszej sprawie nie wykazały zasadności czynionych zarzutów naruszenia przez zamawiającego wskazanych przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, które miało istotny wpływ na wynik postępowania, tj: art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez przyjęcie, że treść oferty wykonawcy składającego odwołanie nie odpowiada treści SIWZ, a w konsekwencji odrzucenie złożonej oferty.

W następstwie nie znalazły również potwierdzenia zarzuty naruszenia zasad art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, tj. zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz wyboru oferty, zgodnie z przepisami tej ustawy.

W tym stanie rzeczy Izba oddaliła odwołanie o czym orzekła na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp. O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 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:**

.....