

**WYROK**

**z dnia 6 września 2011 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Sylwester Kuchnio**

**Protokolant: Małgorzata Wilim**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 września 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 sierpnia 2011 r. przez STRABAG Sp. z o.o. w Pruszkowie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Miasto Białystok

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: EUROVIA POLSKA S.A. w Bielanach Wrocławskich i EUROVIA C.S. a.s. w Pradze, Republika Czeska zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Miastu Białystok dokonanie powtórzenia oceny ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia na budowę przedłużenia ul. Gen. Wł. Andersa na odc. od ul. Wasilkowskiej do ul. Baranowickiej w Białymstoku, w tym poprawienia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: EUROVIA POLSKA S.A. w Bielanach Wrocławskich i EUROVIA C.S. a.s. w Pradze, Republika Czeska przez:

- zmianę na str. 21 oferty, w pozycji 51 Tabeli elementów scalonych (ślepy kosztorys) – Tunel, oznaczeń „M.20.02.06” na oznaczenia „M.07.07.01”
- dodanie na str. 17 oferty, w pozycji 26 Tabeli elementów scalonych (ślepy kosztorys) – Estakada E5, dwóch wierszy: (1) „Beton ochronny na płycie przejściowej (8,1 m3)” i (2) „Siatka zbrojeniowa betonu ochronnego z prętów fi 6 mm w rozstawie 100x100mm (1246,0 kg”

2. kosztami postępowania obciąża Miasto Białystok i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez STRABAG Sp. z o.o. w Pruszkowie tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od Miasta Białystok na rzecz STRABAG Sp. z o.o. w Pruszkowie kwotę 23 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b 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 Białymstoku.

**Przewodniczący:** .....

## UZASADNIENIE

Zamawiający, Miasto Białystok, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na budowę przedłużenia ul. Gen. Wł. Andersa na odc. od ul. Wasilkowskiej do ul. Baranowickiej w Białymstoku.

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11. ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w dniu 30.03.2011 r. w Dz.U. UE pod numerem 2011/S 62-100297

W dniu 12.08.2011 r. zamawiający przekazał wykonawcom biorącym udział w postępowaniu informację o wyborze oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Eurovia Polska S.A. w Bielanach Wrocławskich i Eurovia CS, a.s. w Pradze, Czechy (zwanymi dalej „Eurovia”) jako najkorzystniejszej.

W dniu 22.08.2011 r. Strabag Sp. z o.o. w Pruszkowie wniosła odwołanie od ww. czynności, konkretnie wobec zaniechania odrzucenia oferty wybranej, zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 7 ust 1 i 3, art. 89 ust 1 pkt 2 w zw. z art. 91 ustawy.

Odwołujący wniósł o:

unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty Eurovia

powtórzenia czynności badania i oceny ofert i dokonania odrzucenie oferty Eurovia jako niezgodnej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia,

dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania wskazano, iż zgodnie z pkt IV. siwz (specyfikacji istotnych warunków zamówienia - Opis sposobu przygotowania oferty, oferta złożona w przedmiotowym postępowaniu powinna była zawierać:

- 1) Formularz ofertowy z zestawieniem kosztów zadania;
- 2) Uproszczony kosztorys ofertowy (zawierający ilość robót, cenę jednostkową oraz wartość pozycji, obejmujący wszystkie pozycje przedmiarów);
- 3) Pełnomocnictwo;
- 4) Oświadczenia i dokumenty określone w rozdziale VI siwz

Co do formy oferty, a tym samym żadanego kosztorysu ofertowego zamawiający - zgodnie z pkt IV.2 siwz, żądał złożenia w ich w 2 egzemplarzach, oryginału i kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem oraz dodatkowo przedstawienia kosztorysu ofertowego w wersji elektronicznej.

Jako formę wynagrodzenia za wykonanie przedmiotu umowy zamawiający przyjął wynagrodzenie ryczałtowe, co wyrażone zostało wprost w pkt. III.4 siwz oraz we wzorze przyszłej umowy o udzielnie przedmiotowego zamówienia (Załącznik nr 6 do siwz, §4 ust. 1).

W związku z przyjętym w przedmiotowym postępowaniu wynagrodzeniem ryczałtowym zamawiający w następujący sposób określił funkcję żądanych do złożenia wraz z ofertą kosztorysów ofertowych oraz cel ich żądania:

Zgodnie z pkt III.2 siwz „W celu określenia ceny ofertowej za przedmiot zamówienia Wykonawca winien opracować uproszczony kosztorys ofertowy na podstawie załączonej dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót oraz uwzględnić koszty związane z wykonaniem czynności określonych w pkt I ppkt 1-5. Przedmiar robót, dołączony do niniejszej siwz, jest wyłącznie dokumentem informacyjnym, z którego wykonawca może skorzystać, ale nie ma takiego obowiązku. Wykonawca winien zgłosić w trakcie postępowania przetargowego wszelkie zauważone błędy, pomyłki, rozbieżności pomiędzy przedmiarem, a dokumentacją projektową i wystąpić do zamawiającego o rozstrzygnięcie”.

Zgodnie z pkt III. 3 siwz „kosztorys ofertowy Wykonawcy stanowi jedynie materiał pomocniczy do określenia wartości robót. Służy on wyłącznie do określenia cen jednostkowych określonych elementów robót oraz rodzaju oferowanych materiałów”.

Przytoczone wyżej postanowienia siwz potwierdza wzór umowy (Załącznik 6 do siwz) zgodnie, z którym (§ 4 ust. 4) „Kosztorys ofertowy Wykonawcy stanowi jedynie materiał pomocniczy do określenia wartości robót. Służy on wyłącznie do określenia cen jednostkowych określonych elementów robót oraz rodzaju oferowanych

materiałów. Nie służy on natomiast do rozliczenia rzeczowego zakresu wykonanych robót w przypadku ewentualnego żądania przez Wykonawcę dodatkowej zapłaty”.

Według odwołującego w sposób jednoznaczny zamawiający określił funkcję złożonych wraz z ofertą wypełnionych Kosztorysów ofertowych, obejmujących wszystkie pozycje przedmiarów, robót w dwojaki sposób:

- 1) po pierwsze, jako dokumentu niewiążącego - co do zakresu robót koniecznych do wykonania przedmiotu umowy
- 2) po drugie, jako dokumentu wiążącego - dla określenia cen jednostkowych określonych elementów robót oraz rodzaju oferowanych materiałów.

Aby kosztorys ofertowy mógł zostać wykorzystany w zakresie w jakim zamawiający nadał mu znaczenie dokumentu wiążącego tj. w celu określenia cen jednostkowych i rodzaju oferowanych materiałów, musiał zawierać wycenę wszystkich pozycji przedmiarowych. Co zresztą wprost wynikało z pkt. IV.2 siwz.

O ile więc błąd w kosztorysie ofertowym, rozumiany np. jako brak wyceny podanego elementu robót, bądź też dokonanie wyceny lecz w ilości innej niż wynikająca z przedmiaru wobec przyjętego wynagrodzenia i przywołanych postanowień SIWZ nie stanowiło o zobowiązaniu się wykonawcy do wykonania zakresu robót innego niż konieczny do wykonania umowy, o tyle przyjęcie w kosztorysach innych od wynikających z przedmiaru rozwiązań materiałowych oznaczało zaoferowanie wykonania przedmiotu zamówienia w sposób rodzajowo inny (niezgodny) z wymaganiami zamawiającego. W tym zakresie pkt VI.3. SIWZ oraz § 4 ust. 4 Wzoru umowy współgra z pkt I.4 i 5 SIWZ. Zamawiający przewidział tam, że w przypadku gdy w dokumentacji projektowej zostały wskazane nazwy, znaki towarowe lub typy materiałów czy produktów (...) Zamawiający dopuszcza stosowanie rozwiązań równoważnych pod warunkiem, że zapewnią uzyskanie parametrów technicznych nie gorszych od określonych w dokumentacji. Przy czym, w wypadku oferowania rozwiązań równoważnych w stosunku do rozwiązań określonych w dokumentacji projektowej zamawiający nałożył na wykonawcę dodatkowe obowiązki związane z przygotowaniem i złożeniem oferty tj:

- 1) obowiązek wypełnienia postanowień art. 30 ust 5 ustawy zgodnie, z którym Wykonawca, który powołuje się na rozwiązania równoważne opisanym przez Zamawiającego, jest obowiązany wykazać, że oferowane przez niego dostawy,

usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania określone przez Zamawiającego oraz

2) podania wykazu dokumentów potwierdzających ich równoważność takich jak: certyfikaty, aprobaty techniczne z podaniem nazwy podmiotu wydającego oraz terminu ważności dokumentu.

Biorąc pod uwagę powyższe odwołujący sformułował następujące zarzuty niezgodności treści oferty wybranej z siwz:

3. Brak wyceny przedmiaru robót oraz Specyfikacji technicznej SST M.07.07.01 - Roboty mostowe dotyczące budowy oświetlenia tunelu pod ul. Wasilkowską.

Zgodnie z dokumentacją przetargową przekazaną pierwotnie, 30 marca 2011 r. przez zamawiającego, w przedmiarze robót znajdowała się pozycja „Zakup i montaż lamp oświetleniowych do oświetlenia tunelu wraz z kablami kpi. I. W pozycji tej należało uwzględnić - zgodnie z projektem budowlany, wykonawczym i rysunkami składającymi się na opis przedmiotu zamówienia wykonanie; a) opraw do oświetlenia - bez rozróżniania na oprawy nocne i dzienne, b) rur PCV - dla ukrycia w nich przewodów elektrycznych, c) przewodów elektrycznych zasilających oprawy - bez rozróżnienia na zasilanie oświetlenia nocnego i dziennego, d) szafy oświetlenia tunelu.

Co do opraw do oświetlenia dokumentacja z 30 marca 2011 r. przewidywała, że mają to być lampy NEOS z lampą sodową 70W. Wymagania takie spełniać miały zarówno oprawy nocne i dzienne.

Co do rur PCV - dla ukrycia w nich przewodów elektrycznych, dokumentacja z 30 marca 2011 r. przewidywała, że mają to być rury HDPE o średnicy 050 (dokładnie zgodnie z projektem wykonawczym HDPE 050 zabetonowane w konstrukcji tunelu co potwierdza projekt budowlany tunelu PB rys-02 przewidujący HDPE 050 i Rysunki Tunel\_PW\_rys-04 -HDPE 050, Tunel\_PW\_rys-02 - HDPE 050).

Co do przewodów elektrycznych zasilających oprawy dokumentacja z 30 marca 2011 r., nie rozróżniając zasilania dziennego nocnego przewidywała, że mają to być kable kablami YKY 3x2,5 (trzy wiązki o powierzchni przekroju 2,5 mm<sup>2</sup> każda).

Co do szafy oświetlenia tunelu dokumentacja z 30 marca 2011 r., nie zawierała schematów ich wykonania ani danych technicznych.

Pismem z dn. dnia 27.05.2011 r. (pismo numer ZDI-III.271.32.201 I.BS), w odpowiedzi na pytanie jednego z wykonawców z prośbą o zamieszczenie projektu oraz kosztorysu i przedmiaru robót oświetlenia tunelu zamawiający dokonał modyfikacji siwz w ten sposób, że przedstawił nowy kompletny przedmiar robót oraz specyfikację techniczną SST M.07.07.01. -Roboty mostowe, dotyczące budowy oświetlenia tunelu pod ul. Wasilkowską, stwierdzając, że w całości zastępują one pozycję numer 51 „przedmiar robót mostowych” i SST M.20.02.06 -roboty mostowe”.

W wyniku dokonanej modyfikacji siwz składany wraz ofertą kosztorys ofertowy - zgodnie z pkt. IV siwz powinien być zawierać wycenione pozycje przedmiaru przekazanego wykonawcom wraz odpowiedziami z dn. 27 maja 2011 r. tj. przedmiaru pn. roboty mostowe, dotyczące budowy oświetlenia tunelu pod ul. Wasilkowską. Przedmiarem tym należało zastąpić - co wyraźnie wskazał zamawiający - istniejącą przed modyfikacją pozycję przedmiaru „Zakup i montaż lamp oświetleniowych do oświetlenia tunelu wraz z kablami kpl. 1”.

W kosztorysie ofertowym złożonym przez Konsorcjum Eurovia brak jest wyceny rzeczowego przedmiaru. Konsorcjum Eurovia wyceniło zaś w kosztorysie nie zmienioną pozycję przedmiaru tj. „Zakup i montaż lamp oświetleniowych do oświetlenia tunelu wraz z kablami kpl. 1. opisaną w SST M.20.02.06”.

Porównanie pozycji wycenionej przez Konsorcjum Eurovia z wymaganiami nałożonymi na wykonawców w wyniku odpowiedzi z dn. 27 maja 2011r. prowadzi zdaniem odwołującego do wniosku, że Konsorcjum zaoferowało wykonanie przedmiotu zamówienia w zakresie oświetlenia tunelu w sposób rodzajowo inny od żądanego przez zamawiającego tj. przy użyciu innych materiałów. O czym przesądza porównanie rozwiązań materiałowych przewidzianych pierwotnie w SST M.20.02.06 i w SST M.07.07.01, które odwołujący opisał i co do których w związku z ich porównaniem jakkolwiek równoważność wykluczył.

W ocenie odwołującego kosztorysy ofertowe Konsorcjum Eurovia, jako materiał służący zgodnie z pkt III.3 siwz i § 4 pkt 4 wzoru umowy do weryfikacji rodzaju oferowanych materiałów, wobec nie uwzględnienia w nich zmian w siwz dokonanych w wyniku odpowiedzi na pytania wykonawców co do sposobu wykonania oświetlenia tunelu, potwierdzają że wykonawca zaoferował wykonanie opisanych prac w sposób niezgodny z siwz. Uznanie, że taki sposób przygotowanie oferty jest zgodny z prawem, prowadzi do zaakceptowania faktu, że w postępowaniu złożone zostały

nieporównywalne - bo różne co do sposobu wykonania umowy oferty. Uzasadniony jest więc zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust 1 pkt 2 siwz, a w konsekwencji żądanie odrzucenia oferty Konsorcjum Eurovia, jako niezgodnej z siwz.

4. Brak wyceny poz. 164 przedmiaru robót w kosztorysie drogowym - teren miasta Białystok: „Mur oporowy przy drodze serwisowej wraz z balustradą - 401,6 m”.

Zgodnie z powoływanym wyżej pkt. IV. 1.2. siwz „Oferta winna zawierać: (...) uproszczony kosztorys ofertowy (zawierający ilość robót, cenę jednostkową oraz wartość pozycji, obejmujący wszystkie pozycje przedmiarów”. W ofercie Konsorcjum Eurovia brak jest wyceny dla pozycji numer 164 przedmiaru robót w kosztorysie drogowym - teren miasta Białystok : „Mur oporowy przy drodze serwisowej wraz z balustradą - 401,6 m”, co stanowi o niezgodności oferty z siwz.

5. Brak wyceny w kosztorysie dotyczącym estakady pozycji beton ochronny na płycie przejściowej, siatka zbrojeniowa betonu ochronnego z prętów f6mm w rozstawie 100x100mm.

W toku prowadzonego postępowania wykonawca - Przedsiębiorstwo Eksploatacji Ulic i Mostów Sp. z o.o. w Białymstoku, zwróciło się do zamawiającego z prośbą o udzielenie odpowiedzi na następujące pytanie: „W związku z tym, iż w dniu 21.06.2011 i 03.07.2011 Zamawiający zamieścił zmodyfikowane przedmiary i kosztorysy dotyczące estakady i tunelu różniące się między sobą, Przedsiębiorstwo Eksploatacji Ulic i Mostów Sp. z o.o. w Białymstoku prosi o potwierdzenie, iż obowiązujący jest plik „przedmiar” a nie „TES” dla pliku „estakada ” oraz „tunel”.

W pliku dotyczącym estakady arkusz „przedmiar” różni się od arkusza „ TES” w pozycjach:

poz. 13 „ TES” - 240 mb, poz. 13 „przedmiar ” - 300 mb,

poz. 14 „ TES” - 2460 mb, poz. 14 „przedmiar ” - 2400 mb,

- w poz. 26 w arkuszu „przedmiar ” wprowadzono dodatkowe pozycje, które nie występują w arkuszu „ TES”.

W pliku dotyczącym tunelu w arkuszu „przedmiar” wprowadzono 3 dodatkowe pozycje tj. poz. nr 35 oraz następną po tej poz. bez numeru jak również za poz. nr 39. W arkuszu „TES” przedmiotowe pozycje nie występują. Prosimy o potwierdzenie, iż obowiązujący jest arkusz „przedmiar” a nie „ TES” (pyt. 382)”



Zgodnie z udzieloną odpowiedzią Zamawiający wyjaśnił, że „Obowiązujący jest arkusz „Przedmiar robót - Estakada E5” zamieszczony przez Zamawiającego 21.06.20011 r. a nie „TES” zamieszczony wcześniej. Obowiązujący jest również arkusz „Przedmiar robót - tunel” zamieszczony przez Zamawiającego 01.07.2011 r. a nie „TES zamieszczony wcześniej; z wyjątkiem poz. przedmiaru-tunel bez numeru pod poz. 39 ZAMIĄST,, siatka zbrojeniowa betonu ochronnego z prętów o 6 mm w rozstawie 100x100mm; 280,6 m<sup>2</sup>x4,44kg/m<sup>2</sup>= 1246,0 kg” POWINNO BYĆ „siatka zbrojeniowa betonu ochronnego z prętów o 6 mm w rozstawie 100x100mm; 280,6 m<sup>2</sup>x4,44kg/m<sup>2</sup>x6= 7512,0 kg”.

W kosztorysie ofertowym Konsorcjum Eurovia dotyczącym Estakady E5 nie wyceniono dwóch pozycji wynikających z przedmiaru robót, tj. nieoznaczonych numerami, pozycji o nazwie „Beton ochronny na płycie przejściowej (8,1 m<sup>3</sup>)” oraz „Siatka zbrojeniowa betonu ochronnego z prętów fi 6mm w rozstawie 100x100mm (kg 1246,0)”. Powinny one znaleźć się pomiędzy numerem pozycji 26 i 27 kosztorysu.

**Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez zamawiającego oraz stanowiska i oświadczenia stron złożone w pismach procesowych i na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje.**

Treść adekwatnej dokumentacji przetargowej oraz oferty wybranej została w sposób prawidłowy podana w treści odwołania, co zostało zreferowane powyżej.

Izba dodatkowo ustaliła, iż w dniu 21 czerwca 2011 r. w odpowiedzi na pytania wykonawców (odpowieź nr 357) zamawiający przedstawił obowiązujący „Przedmiar robót – tunel”, gdzie w poz. 51 „Oświetlenie tunelu – Zakup i montaż lamp oświetleniowych do oświetlenia tunelu wraz z kablami”, odesłano do specyfikacji technicznej nr M.20.02.06.

**Uwzględniając powyższe Izba zważyła, co następuje:**

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 Pzp.

Podając zgodnie z art. 196 ust. 4 ustawy materialną podstawę prawną rozstrzygnięcia należy wskazać, iż zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3. Wskazany art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp zaś stanowi, iż zamawiający poprawia w ofercie inne niż oczywiste omyłki pisarskie oczywiste omyłki rachunkowe, omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty – niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona. Powyższe sankcjonowane jest przez dyspozycję art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp stanowiącą, iż odrzuca się ofertę wykonawcy, który w terminie 3 dni od dnia doręczenia zawiadomienia nie zgodził się na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3.

Zastosowanie dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jako podstawy odrzucenia oferty wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego znajduje szerokie omówienie w doktrynie, jak też orzecznictwie sądów okręgowych i Izby. Reasumując opisywane tam interpretacje normy wynikającej z ww. przepisu wskazać należy, iż rzeczona niezgodność treści oferty z siwz ma mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny (ze względu na zastrzeżenie obligatoryjnego poprawienia oferty wynikające z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp); dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w siwz oraz zobowiązania oferowanego w ofercie tudzież polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami siwz (z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania siwz dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania/świadczania ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy również tradycyjnie pomieszczone w siwz); a także możliwe być winno wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega – co konkretnie w ofercie nie jest zgodne i w jaki sposób z konkretnie wskazanymi i skwantyfikowanymi fragmentami czy normami siwz.

Tym samym punktem wyjścia dla ustalenia i stwierdzenia niezgodności oferty z treścią siwz jest właściwe ustalenie oraz zinterpretowanie wymagań siwz sporządzonej w danym postępowaniu.

Ogólnie wskazać w tym zakresie należy, dzielając w tym zakresie stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w uzasadnieniu wyroku z dnia 28 maja 2010 r., sygn. akt KIO 868/10, iż specyfikacja istotnych warunków zamówienia od momentu jej udostępnienia jest wiążąca

dla zamawiającego – jest on obowiązany do przestrzegania warunków w niej umieszczonych. Jak wskazuje art. 70<sup>1</sup> § 3 Kodeksu cywilnego jest to zobowiązanie zgodnie z którym organizator od chwili udostępnienia warunków, a oferent od chwili złożenia oferty zgodnie z ogłoszeniem aukcji albo przetargu są obowiązani postępować zgodnie z postanowieniami ogłoszenia, a także warunków aukcji albo przetargu. Z uwagi na to, że obok ogłoszenia zamawiający konkretyzuje warunki przetargu zarówno odnośnie do zamówienia (umowy), jak i prowadzenia postępowania w specyfikacji, to siwz należy uznać za warunki przetargu w rozumieniu K.c. Udostępnienie siwz jest zatem czynnością prawną powodującą powstanie zobowiązania po stronie zamawiającego, który jest związany swoim oświadczeniem woli co do warunków prowadzenia postępowania i kształtu zobowiązania wykonawcy wymienionych w siwz i po otwarciu ofert zamawiający nie może tych warunków zmienić ani od nich odstąpić.

Następnie Izba podkreśla, że ryczałtowy charakter ceny nie zwalnia wykonawców z obowiązku składania ofert, których treść w pełni odpowiadała będzie wymaganiom zamawiającego i potwierdzała zgodność z siwz w zakresie w dokumencie tym wymaganym, również w odniesieniu do przygotowanego kosztorysu ofertowego. W zależności od woli zamawiającego i konkretnych postanowień siwz, w danym postępowaniu kosztorys ofertowy może stać się nie tylko środkiem obliczenia ceny, źródłem cen jednostkowych i podstawą rozliczenia robót, ale także źródłem zobowiązania wykonawcy (jego opisem).

Odnosząc powyższe do siwz sporządzonej w niniejszym postępowaniu Izba oceniła, iż odwołujący prawidłowo zinterpretował znaczenie postanowień siwz w przedmiocie znaczenia kosztorysu ofertowego, konkretnie dotyczących jego znaczenia w zakresie rzeczowego określenia zobowiązania (przewidywanych materiałów), które kosztorys taki miał w pewnym zakresie opisywać i oddawać. W świetle przytoczonych wyżej postanowień siwz kosztorys ofertowy pozbawiony był jakiegokolwiek znaczenia w przedmiocie sposobu obliczenia ceny ofertowej czy wycenienia robót (pkt III.2 siwz i § 4 ust. 4 wzoru umowy), jednakże zamawiający wskazał, iż służy do określenia cen jednostkowych określonych elementów robót oraz rodzaju oferowanych materiałów (pkt III.2 zd. 2 siwz). Jakkolwiek wskazanie „użycia” kosztorysu ofertowego do określenia cen jednostkowych w tym dokumencie pozostaje wymaganiem zamawiającego, które nie sposób wypełnić jakąkolwiek sensowną treścią - w niniejszym postępowaniu (umowie, której postępowanie dotyczy) cen jednostkowych po prostu nie ma. Tym samym ich żądanie od wykonawców było w rzeczywistości zbędne i jako takie może

być potraktowane jako wymóg formalny. Równie dobrze wykonawcy mogli w tym przypadku wszystkie pozycje oprócz jednej wycenić na 0 zł. Jednakże w przypadku wskazania wiążącego charakteru kosztorysu w zakresie zaoferowanych materiałów, informacje tego typu w kosztorysie ofertowym zawarte stanowiły w rzeczywistości określenie zobowiązania ofertowego co do materiałów, które wykonawca zamierza zastosować. Podanie i zestawienie w kosztorysie ofertowym stosowanych materiałów (ich rodzaju czy ilości) stanowiło więc informację w przedmiocie sposobu wykonania zamówienia i jako takie podlegało ocenie co do zgodności z całością opisu przedmiotu zamówienia. Zamawiający nie określił wcale na jakim stopniu szczegółowości informacje w kosztorysie zawarte mają odpowiadać opisowi przedmiotu zamówienia, wskazując przy tym, iż sporządzenie kosztorysu ofertowego według wzoru przedmiaru nie jest obowiązkowe. Jednakże przedmiar robót siłą rzeczy stanowi tu podstawowy dokument odniesienia dla oceny czy kosztorys ofertowy zawiera i odpowiada całości zakresu rzeczowego zamówienia. Jakkolwiek więc wykonawcy mogli od wzoru kosztorysu zawartego w przedmiarze odstąpić i sporządzić kosztorys własny, to jednak z dokument tego typu nie mógł budzić wątpliwości, iż uwzględniono i zaoferowano wszystkie pozycje i materiały (w tym ich ilości) przewidziane przedmiarem, w szczególności, z kosztorysu nie może wynikać, iż zaoferowano materiały niezgodne z wymaganiami zamawiającego. Dla przykładu: wskazanie w kosztorysie ziemi zamiast kruszywa, drewna zamiast stali... *etc.*, stanowiłoby sprzeczność oferty z siwz w zakresie stosowanych materiałów. Wbrew sugestiom przystępującego ocena zgodności wskazanych materiałów z wymaganiami siwz może odbywać się na jakimkolwiek poziomie ogólności ich wskazania (np. również ich rodzaju), a nie tylko przy wymaganiu podania konkretnego, oferowanego asortymentu.

Odnosząc więc kosztorys ofertowy Konsorcjum Eurovia do przedmiaru robót potwierdzić należało, iż w kosztorysie tym zabrakło wskazania w poz. 26 dla Estakady E5 betonu ochronnego na płycie przejściowej i siatki zbrojeniowej betonu ochronnego z prętów fi 6 mm w rozstawie 100x100mm podanych w przedmiarze, nie wyceniono, aczkolwiek zawarto, poz. 164 w kosztorysie drogowym - Mur oporowy przy drodze serwisowej wraz z balustradą, a także ze względu na zestawienie kosztorysu i przedmiaru robót z pozostałą dokumentacją składającą się na opis przedmiotu zamówienia w poz. 51 kosztorysu dla tunelu nieprawidłowo referowano do nieobowiązującej SST M.20.02.06 zamiast do SST M.07.07.01.

Odnosząc się w pierwszej kolejności do braku wycenienia pozycji dotyczącej muru oporowego stwierdzić należy, iż w tym przypadku żadna niezgodność oferty z siwz nie zachodzi. Jak już wskazano wyżej poziom wyceny czy akuratność obliczeń poszczególnych pozycji cenowych przy ryczałtowym charakterze wynagrodzenia nie miała znaczenia. W tym przypadku nie ma najmniejszych wątpliwości, iż wykonanie muru oporowego zostało przez Eurovia opisane w ofercie i tym samym zaoferowane, natomiast jaką jego cenę wykonawca za powyższe przyjął jest nieistotne. Równie dobrze można w tym przypadku brak wskazania jakiegokolwiek kwoty utożsamić z jego wycenieniem na poziomie 0 zł. W tej sytuacji dokonywanie jakichkolwiek zmian w treści oferty w tym zakresie jest zbędne.

Natomiast pozostałe braki w kosztorysie ofertowym stanowią niezgodności oferty z siwz możliwą i tym samym konieczną do konwalidowania na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Przypadki te wypełniają przesłanki poprawienia oferty wskazane w tym przepisie: są to niezgodności oferty z siwz polegające na pominięciu wskazania w kosztorysie ofertowym pozycji czy też materiałów wskazanych w przedmiarze robót lub odesłania do niewłaściwych dokumentów takie materiały opisujących, które ze względu na ich zakres, kontekst i charakter można zakwalifikować jako drobne omyłki, których poprawienie nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty.

W szczególności dodanie dwóch pominiętych wierszy poz. 26 przedmiaru Estakady E5 stanowiących drobną część przedmiotu zamówienia, które przy tym nie spowoduje żadnej zmiany ceny oferty (brak konieczności ich dodatkowego wyceniania) nie sposób uznać za istotną ingerencję w treść oferty.

Także poprawienie poz. 51 przedmiaru drogowego w zakresie numeru specyfikacji technicznej, do której pozycja ta się odwołuje nie jest istotną zmianą w treści oferty ze względu na charakter tej niezgodności i genezę jej powstania. W ocenie Izby nie zachodzą żadne wątpliwości co do omyłki wykonawcy polegającej na wskazaniu nieobowiązującej specyfikacji technicznej, a nie intencji zaoferowania wykonania przedmiotu zamówienia niezgodnie z wymaganiami zamawiającego. Tym bardziej, iż pomyłka wykonawcy jest w istocie powieleniem pomyłki zamawiającego sporządzającego przedmiar robót i przepisaniem przedmiaru w tym zakresie. W tym kontekście poprawienie oferty przez zmianę podanych numerów STT będzie właściwie formalnym uzgodnieniem kosztorysu z pozostałą dokumentacją przetargową, a nie fundamentalną zmianą oferowanych materiałów, które wskazano

w danych specyfikacjach technicznych, a które opisano w odwołaniu. Przy czym Izba uznała, iż w świetle postanowień specyfikacji co do sposobu przygotowania uproszczonego kosztorysu ofertowego wykonawcy byli jak najbardziej uprawnieni do podania jednej pozycji przedmiarowej dotyczącej oświetlenia tunelu, tak jak zostało to przyjęte w ujednoczonym przedmiarze robót z dnia 21 czerwca 2011 r.. Nie musieli natomiast w tym zakresie sporządzać bardziej szczegółowego kosztorysu opracowanego na podstawie przedmiaru robót z dnia 27 maja 2011 r.

Ze względu na powyższe zasadne stało się nakazanie zamawiającemu dokonania wskazanych w sentencji wyroku poprawek (następstwem czego może być ich ewentualna akceptacja przez Konsorcjum Eurovia lub odrzucenie jego oferty w przypadku braku zgody na ich dokonanie), mających na celu wyeliminowanie wszelkie wątpliwości co do zakresu zobowiązania, które przyjął na siebie wykonawca składając ofertę, konkretnie w przedmiocie sposobu w jaki zamówienie ma wykonać.

Jakkolwiek stwierdzono wskazane wyżej niezgodności treści oferty wybranej z siwz, ze względu na obowiązek uprzedniego zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 zastrzeżony w art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp nie nakazano odrzucenia oferty na podstawie tego przepisu, ale jej poprawienie na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 w sposób wskazany w sentencji wyroku. Przy czym wobec wyboru jako najkorzystniejszej oferty, w której omyłek poprawienia zaniechano, za zasadny należało uznać zarzut naruszenia art. 7 i 91 Pzp.

Na marginesie Izba wskazuje, iż zasadne mogłoby być rozważenie przez zamawiającego celu żądania kosztorysów ofertowych oraz sposobu formułowania postanowień w tym przedmiocie przy ryczałtowym wynagrodzeniu za zamawiane roboty budowlane w ramach przyszłych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 i § 5 ust. 2 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:** .....