

Sygn. akt: KIO 976/17

WYROK
z dnia 25 maja 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 maja 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 maja 2017 r. przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Montażowe Montech sp. z o.o. w Łuszczowie Drugim**

w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Radomyśl Wielki z siedzibą w Radomyślu Wielkim**

przy udziale wykonawcy **D. S.-P.**, prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą **D. S.-Przystępujący, P.P.H. Eko-System-Polska w Tajęcinie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Montażowe Montech sp. z o.o. w Łuszczowie Drugim** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10.000 zł 00 gr** (słownie: dziesięciu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 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 **Tarnobrzegu**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Radomyśl Wielki z siedzibą w Radomyślu Wielkim – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „rozbudowa i przebudowa oczyszczalni ścieków w Partyni wraz z budową sieci kanalizacji sanitarnej”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych 6 marca 2017 r., poz. 37535.

10 maja 2017 r. zamawiający zawiadomił wykonawcę Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Montażowe Montech sp. z o.o. w Łuszczowie Drugim, zwanego dalej „odwołującym”, o odrzuceniu jego oferty w zakresie części 1 zamówienia oraz wyborze w tej części jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę D. S.-P., prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą D. S.-P., P.P.H. Eko-System-Polska w Tajęcinie, zwaną dalej „przystępującym”.

Wobec czynności odrzucenia swej oferty w zakresie części 1 zamówienia odwołujący wniósł 15 maja 2017 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- a) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez odrzucenie oferty odwołującego pomimo, że jej treść odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp,
- b) art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp przez zaniechanie poprawienia w ofercie odwołującego omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, która nie powoduje istotnych zmian treści oferty.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) powtórzenia czynności oceny ofert,
- 3) wykonania czynności poprawienia omyłki w ofercie odwołującego,
- 4) wykonania czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł, że nie zgadza się z czynnością odrzucenia jego oferty w zakresie części 1 zamówienia. Argumentował, że zamawiający w pkt 16 rozdziału I SIWZ wskazał instrukcję dla wykonawców, co do opisu sposobu obliczenia ceny oferty. Zapis pkt. 16 rozdziału I SIWZ stanowi, iż:

- zgodnie z pkt. 16. 1 *Cena oferty uwzględnia wszystkie zobowiązania, musi być podana w PIN cyfrowo i słownie z wyodrębnieniem należnego podatku VAT;*

- zgodnie z pkt. 16. 2 *Ceny jednostkowe należy wypełnić według załączonych wzorów kosztorysów ofertowych stanowiących Rozdział III.1 (dotyczy części nr 1), III.2 (dotyczy części nr 2) specyfikacji. Wartość poszczególnych pozycji należy obliczyć jako iloczyn ceny jednostkowej netto i ilości jednostek. Wartość zadania należy obliczyć jako sumę wartości netto pozycji kosztorysu ofertowego. Do wyliczonej wartości netto należy doliczyć obowiązujący podatek VAT,*
- zgodnie z pkt. 16.3 *Ceny jednostkowe i cenę oferty należy podać w zaokrągleniu do 1 grosza.*

Natomiast zamawiający w szóstej kolumnie tabeli dla zadania nr 1 z rozdziału III. 1 SIWZ - Kosztorys ofertowy Rozbudowa i przebudowa oczyszczalni ścieków w Partyni posługuje się pojęciem „Wartość jednostkowa”. Ponadto wskazany w kolumnie trzeciej tabeli dla zadania nr 1 z rozdziału III. 1 SIWZ - Kosztorys ofertowy opis robót w zakresie sprzętu opisuje tylko nazwy konkretnego urządzenia, jego parametry, cechy użytkowe itp. Powyżej wskazany „Opis robót”, który ma określać wartość jednostkową nie zawiera informacji na temat wymaganych dla danej pozycji pozostałych kosztów pośrednich oraz zysku. Odwołujący wywodził, iż zgodnie z treścią powyżej wskazanych zapisów SIWZ zamawiający rozróżnił dwa pojęcia tj. „cenę oferty” oraz „ceny jednostkowe”. Wobec powyższego określony w pkt 16. 1 rozdziału I SIWZ wymóg aby zaoferowana cena oferty uwzględniała wszystkie zobowiązania nie dotyczy cen jednostkowych, a tym bardziej wartości jednostkowej określonej wskazanej w załączniku nr III. 1 SIWZ - kosztorys ofertowy.

Zdaniem odwołującego, zamawiający błędnie uznał, że oferta odwołującego nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z uwagi na brak wyceny poszczególnych cen jednostkowych, w sytuacji której zamawiający przyjął kosztorysową formę wynagrodzenia. Treść oświadczenie woli zamawiającego wyrażoną w SIWZ należy ustalić na podstawie art. 65 § 1 KC. Odwołujący wywiódł, że zgodnie z pkt 16. 1 SIWZ uwzględnił i wskazał w cenie oferty wszystkie zobowiązania tj. wartość wszystkich zadań (grup), kosztów pośrednich i zysku dla wszystkich zadań (grup), a także wartość podatku VAT. Natomiast z literalnego brzmienia pkt 16. 2 SIWZ oraz jego związku treściowego z brzmieniem szóstej kolumny wzoru kosztorysu ofertowego dla części nr 1 wskazanego w rozdziale III. 1 SIWZ wynika, iż cena jednostkowa powinna obejmować jedynie wartość netto tj. wartość danej jednostki bez kosztów pośrednich i zysku oraz wartości podatku VAT.

Odwołujący argumentował, że wskutek skorzystania z oprogramowania komputerowego, które po wstawieniu obliczonej wartości pozycji wynikającej z przemnożenia wprowadzonej ilości przez ceny jednostkowe, nie zachowuje danych podstawionych do obliczeń lecz jedynie wynik obliczenia, w treści załączonych do oferty kosztorysów nie zostały zachowane uwidocznione ceny jednostkowe. Jednakże mając na uwadze, że przedstawione w ofercie odwołującego kosztorysy zawierają oferowaną ilość jednostek w

każdej pozycji kosztorysowej oraz wartość netto tej pozycji, to istnieje możliwość ustalenia cen jednostkowych netto przez poprawienie oferty, która nie wskazuje bezpośrednio cen jednostkowych netto. Powyższe poprawienie przez zamawiającego oferty nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty.

Zdaniem odwołującego cenę jednostkową netto można obliczyć z informacji zawartych w ofercie. W tym celu w każdej pozycji należy wartość podaną w ostatniej kolumnie podzielić przez ilość jednostek (zgodną z SIWZ) co pozwoli uzyskać cenę jednostkową netto, o której mowa w pkt 16. 2 oraz kosztorysie ofertowym z rozdziału III. 1 SIWZ - kosztorys ofertowy. W związku z powyższym poprawienie omyłki nie spowoduje istotnej zmiany treści oferty, gdyż nie zostaną zmienione ceny jednostkowe, które pośrednio zostały wskazane w ofercie. Poprawienie oferty zgodnie z 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp zamawiający powinien dokonać przez wyszczególnienie cen jednostkowych na podstawie obliczenia matematycznego w oparciu o dane wskazane w ofercie (ilość jednostek w każdej pozycji kosztorysowej oraz tej pozycji). Mając na uwadze powyższe okoliczności zamawiający błędnie uznał, że oferta odwołującego nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, gdyż w sposób zgodny w wymogami SIWZ obliczył i wskazał cenę oferty oraz wbrew twierdzeniom zamawiającego dokonał wyceny cen jednostkowych, a zamawiający jest obowiązany je wyszczególnić w ofercie, jako poprawienie oferty przez zamawiającego zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

W dalszej części odwołania odwołujący podniósł, że zamawiający zobowiązany był poprawić ofertę odwołującego przez wyodrębnienie wycenionych cen jednostkowych z obliczonej wartości pozycji kosztorysu wskazanego w rozdziale III.1 SIWZ. Wbrew stanowisku zamawiającego, z oferty odwołującego wynika: stawka za roboczogodzinę, wartość rabatu sprzętu oraz koszt zakupu materiału.

Zdaniem odwołującego stawka za roboczogodzinę, wynika z szeregu pozycji kosztorysowych załączonych do oferty. W szczególności widoczna jest w części Technologia i konstrukcja oczyszczalni, gdzie jest zawarta tylko robocizna. Np: KNR 201/125/1, KNR 201/310/2. Stawka ta jak wynika z kosztorysu wynosi 15zł. Koszt zakupu materiału został wskazany w ofercie. Odwołujący wskazał, iż cennik sprzętu przyjął z sekocenbudu II kwartał. Wskazanie przez odwołującego w wyjaśnieniach do oferty, iż cennik sprzętu uwzględnia rabat 10 % wbrew twierdzeniom nie stanowi sprzeczności oferty z treścią wyjaśnień, a jedynie jej doprecyzowanie. Rabat w wysokości 10 % został uwzględniony w kalkulacji wskazanej do oferty. Można to potwierdzić odliczając 10 % od cen sprzętu przyjętych z sekocenbudu II kwartał. Wynik powyższego działania matematycznego będzie zgodny z cenami wskazanymi w kosztorysie. Zatem doprecyzowanie przez odwołującego informacji o rabacie w wysokości 10 % nie powoduje zmiany oferty i nie może stanowić przesłanki uniemożliwiającej poprawienia kosztorysu.

Według odwołującego każdą cenę jednostkową netto można więc obliczyć z informacji zawartych w ofercie. Z uwagi na wskazane w pierwszej części uzasadnienia do odwołania niejednoznaczne zapisy SIWZ, odwołujący doliczył koszty pośrednie i zysk przy podsumowaniu danej grupy. Jej ujęcie w ten sposób nie jest niezgodne z SIWZ lecz jedynie jedną z wykładni SIWZ dokonywaną przez zamawiającego. Zamawiający nie może jednak z nieprecyzyjności SIWZ wyprowadzać konsekwencji negatywnych dla wykonawców.

Odwołujący wskazał także, iż na wstępie kosztorysu załączonego do oferty podał metodologię wg której zostały wyliczone koszty pośrednie i zyski. Koszty pośrednie $60\%R + 60\%S$, Zysk $5\%(R+Kp(R)) + 5\%(S+Kp(S))$, gdzie R to przyjęta stawka roboczogodzinowa, S - cena sprzętu, Kp(R) - koszty pośrednie roboczogodziny, Kp(S) koszty pośrednie sprzętu.

W związku z powyższymi informacjami zawartymi w ofercie, pozycje - „koszty pośrednie i zysk” z łatwością mogą być przypisane do poszczególnych cen jednostkowych w ramach zadania (wynikających z podzielenia wartości netto przez liczbę jednostek). Ustalenie cen jednostkowych obejmujących wszelkie składniki ceny (poza podatkiem VAT) nie wymaga więc uzyskiwania jakichkolwiek informacji nie znajdujących się już w SIWZ, wobec tego wbrew stanowisku zamawiającego nie dojdzie do powstania nowej oferty. Podane w ofercie ceny oraz sposób ich wyliczenia nie zostanie zmieniony w wyniku poprawienia omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, a zamawiający będzie w stanie rozliczyć się z odwołującym z uwzględnieniem ilości ustalonej obmiarem powykonawczym. Odwołujący w wyjaśnieniach, o które zwracał się zamawiający przedstawił jasno, że sposób prezentacji ceny w kosztorysie, którego w wezwaniu do wyjaśnień oczekiwał zamawiający jest możliwy do uzyskania bez zmiany treści oferty na podstawie dostępnych w niej danych. Można więc, mimo że nie jest to konieczne gdyż cena i jej składniki prezentowane w sposób przyjęty przez odwołującego są zgodne z SIWZ, bez jakichkolwiek informacji spoza oferty przeliczyć ją tak, by otrzymać sposób prezentacji na który wskazuje zamawiający.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. W odpowiedzi, jak również w trakcie rozprawy, przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego zgłosiła przystąpienie wykonawca D. S.-P., prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą D. S.-P., P.P.H. Eko-System-Polska w Tajęcinnie. Wniosła o oddalenie odwołania. W trakcie rozprawy przedstawiła uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), modyfikacje SIWZ, odpowiedzi zamawiającego na wnioski wykonawców o wyjaśnienie treści SIWZ, ofertę złożoną przez odwołującego, wezwanie do złożenia wyjaśnień z 3 kwietnia 2017 r., wyjaśnienia odwołującego datowane na 5 kwietnia 2017 r., zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej i odrzuceniu oferty odwołującego z 10 maja 2017 r., odwołanie, odpowiedź na odwołanie, zgłoszenie przystąpienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, dokumenty i stanowiska stron i uczestnika postępowania złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze uczestnika postępowania po stronie zamawiającego wykonawcę D. S.-P., prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą D. S.-P., P.P.H. Eko-System-Polska w Tajęcinie, uznając, że zostały spełnione wszystkie przesłanki formalne zgłoszenia przystąpienia wynikające z art. 185 ustawy Pzp, zaś przystępujący wykazał interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego.

W dalszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła, że wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Oferta odwołującego w zakresie części 1 zamówienia została odrzucona, zaś w świetle kryteriów oceny ofert jest ofertą korzystniejszą od oferty wybranej. Odwołujący domagał się nakazania zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia jego oferty w zakresie części 1 zamówienia. Ustalenie, że zamawiający z naruszeniem przepisów ustawy Pzp odrzucił ofertę odwołującego w części 1 zamówienia skutkowałoby koniecznością nakazania zamawiającemu unieważnienia takiej czynności, czego efektem może być wybór oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej. Powyższe wyczerpuje dyspozycję art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Ustalono, że przedmiotem zamówienia jest rozbudowa i przebudowa oczyszczalni ścieków w Partyni wraz z budową sieci kanalizacji sanitarnej. Jak wynika zaś z pkt 3.1. SIWZ przedmiot części 1 zamówienia „Rozbudowa i przebudowa oczyszczalni ścieków w Partyni obejmuje *rozbudowę istniejącej oczyszczalni ścieków sanitarnych w Partyni polegającą na*

dostosowaniu jej do przyjęcia większej ilości ścieków. Zakres zamówienia obejmuje: pompownię główną, technologię oczyszczania w zblokowanym sekwencyjnym reaktorze z fazami napelniania, napowietrzania, zbiornik wody płucznej, wiatę stalową na osad, komorę pomiarową, dozowanie koagulantów, zasilanie energetyczne, zautomatyzowanie procesów oczyszczania, fotowoltaikę z kontenerem złączeniowym dla oczyszczalni, pomiar ścieków, place i drogi z przebudową ogrodzenia, rurociągi i instalacje technologiczne, instalacje elektryczne międzyobiektowe.

W pkt 3.2. SIWZ wskazano, że szczegółowy zakres przedmiotu zamówienia określony jest w Przedmiarze robót, Kosztorysach ofertowych, dokumentacji technicznej oraz Szczegółowej Specyfikacji Technicznej stanowiących część specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W pkt 14.3. ppkt 5 SIWZ zamawiający wskazał, że wraz z ofertą powinny być złożone Kosztorysy ofertowe wypełnione i podpisane przez Wykonawcę- według wzoru stanowiącego Rozdział III.1, III.2 (złożyć w zależności od części na którą Wykonawca składa ofertę). Niezłożenie przedmiotowego dokumentu będzie skutkowało odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. Dokument nie podlega procedurze uzupełnienia.

W pkt 14.5. SIWZ zostało wskazane, że Oferta oraz pozostałe oświadczenia i dokumenty, dla których Zamawiający określił wzory w formie formularzy, powinny być sporządzone zgodnie z tymi wzorami, co do treści.

W pkt 16 SIWZ (opis sposobu obliczenia ceny) znajdowały się m.in. następujące postanowienia:

16.1. Cena oferty uwzględnia wszystkie zobowiązania, musi być podana w PLN cyfrowo i słownie z wyodrębnieniem należnego podatku VAT.

16.2. Ceny jednostkowe należy wypełnić według załączonych wzorów kosztorysów ofertowych stanowiących Rozdział III.1 (dotyczy części nr 1), III.2 (dotyczy części nr 2) specyfikacji. Wartość poszczególnych pozycji należy obliczyć jako iloczyn ceny jednostkowej netto i ilości jednostek. Wartość zadania należy obliczyć jako sumę wartości netto pozycji kosztorysu ofertowego. Do wyliczonej wartości netto należy doliczyć obowiązujący podatek VAT.

16.4. Ceny jednostkowe określone przez wykonawcę zostaną ustalone na okres ważności umowy i nie będą podlegały zmianom.

16.6. Wynagrodzenie wykonawcy będzie wynagrodzeniem kosztorysowym.

W rozdziale III.1 SIWZ zamawiający zamieścił wzór kosztorysu ofertowego dla rozbudowy i przebudowy oczyszczalni ścieków w Partyni.

Wzór ten posiadał następujące wiersze i kolumny:

Nr poz.	Podstawa	Opis robót	Jm	Ilość	Wartość jednostkowa	Wartość netto
---------	----------	------------	----	-------	---------------------	---------------

1						
2						
...						
439						
				Razem wartość netto		
				Wartość podatku VAT (23%		
				Razem wartość brutto		

W rozdziale V.1 SIWZ (projekt umowy z wykonawcą) znajdowały się m.in. następujące postanowienia:

§ 5. Wynagrodzenie.

1. *Za wykonanie przedmiotu umowy ustala się wynagrodzenie Wykonawcy w kwocie: zł (brutto) (słownie:) w tym podatek VAT (%) zł wynikające z rozstrzygniętego postępowania przetargowego.*
2. *Ostateczna wysokość wynagrodzenia, za wykonanie przedmiotu umowy, ustalona zostanie w oparciu o kosztorys powykonawczy, po zakończeniu i odbiorze robót.*

§ 7. Płatności.

1. *Podstawą do wystawienia faktury końcowej będzie protokół odbioru robót podpisany przez przedstawicieli Zamawiającego, inspektora nadzoru i wykonawcę oraz kosztorys powykonawczy uproszczony dotyczący całkowitego zakresu robót, sprawdzony i podpisany przez inspektora nadzoru.*
3. *Płatności będą dokonywane częściowo, ale nie częściej niż raz w miesiącu.*
4. *Płatności będą dokonywane częściowo tj. w 2017 r. do kwoty 2.275.992,00 zł, a pozostała kwota należności zostanie wypłacona w 2018 r.*
5. *Podstawą wystawienia faktury częściowej będzie protokół odbioru częściowego robót (techniczny) podpisany przez przedstawicieli Zamawiającego, inspektora nadzoru i wykonawcę.*

Z protokołu postępowania wynika, że do upływu terminu składania ofert swą ofertę na część 1 zamówienia złożyli m.in. odwołujący i przystępujący.

Odwołujący załączył do swej oferty dwa kosztorysy ofertowe, z których jeden dotyczył „technologii i konstrukcji oczyszczalni” a drugi „instalacji elektrycznych i AKPiA”.

Kosztorys ofertowy dotyczący „technologii i konstrukcji oczyszczalni” zawierał opis pozycji i podstawy nakładów, ilość, krotność, jednostki miary i wartość, a nie zawierał cen jednostkowych dla poszczególnych pozycji. Wyliczona wartość do każdej pozycji kosztorysu zawierała tylko koszty bezpośrednie, a nie uwzględniała kosztów pośrednich i zysku. Koszty pośrednie i zysk zostały doliczone przy podsumowaniu grupy pozycji.

Na stronie 2 kosztorysu dotyczącego „technologii i konstrukcji oczyszczalni” odwołujący zawarł następujące założenia:

Cenniki

Cennik materiałów: Sekocenbud II kwartał 2016 – ceny średnie

Cennik sprzętu: Sekocenbud II kwartał 2016 – ceny średnie

Narzuty

Koszty pośrednie $60\%R + 60\%S$,

Zysk $5\%(R+Kp(R)) + 5\%(S+Kp(S))$

Kosztorys ofertowy dotyczący „instalacji elektrycznych i AKPiA ” zawierał opis pozycji i podstawy nakładów, ilość, krotność, jednostki miary, ceny jednostkowe i wartość.

Ustalono również, że zamawiający pismem z 3 kwietnia 2017 r. działając na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnienia co do kosztorysu ofertowego. Poprosił o wyjaśnienie dlaczego kosztorys ofertowy dotyczący technologii i konstrukcji oczyszczalni nie zawiera cen jednostkowych do każdej pozycji kosztorysu zgodnie z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia (pkt 16 SIWZ) oraz wzorem kosztorysu ofertowego.

W odpowiedzi na ww. wezwanie odwołujący złożył pismo z 5 kwietnia 2017 r. W piśmie tym przedstawił następujące wyjaśnienia:

Wskutek skorzystania z oprogramowania komputerowego, które po wstawieniu obliczonej wartości pozycji wynikającej z przemnożenia wprowadzonej ilości przez ceny jednostkowe, nie zachowuje danych podstawionych do obliczeń lecz jedynie wynik obliczenia, w treści załączonych do oferty kosztorysów nie zostały zachowane uwidocznione ceny jednostkowe. Jednakże przedstawione przez nas kosztorysy zawierają oferowaną ilość jednostek w każdej pozycji kosztorysowej oraz wartość tej pozycji. Zgodnie z pkt 16.2 SIWZ podaliśmy tę wartość jako wartość netto, zaś obliczając wartość zadania (grupy) zgodnie z wymogami SIWZ doliczyliśmy do tej wartości podatek VAT.

Cenę jednostkową netto można więc obliczyć z informacji zawartych w ofercie. W tym celu w pierwszej kolejności, w każdej pozycji należy wartość podaną w ostatniej kolumnie podzielić przez ilość jednostek (zgodną z SIWZ) co pozwoli uzyskać cenę jednostkową netto, która nie zawiera jedynie kosztów pośrednich i zysku (wykazanych odrębnie przy każdym „podsumowaniu grupy”).

Zastosowanie programu obliczeniowego opartego o metodologię wynikającą z KNR sprawiło bowiem także, że z poszczególnych cen jednostkowych zysk i koszty pośrednie wyłączono do ogólnej pozycji tych kosztów w ramach grupy.

Powyższe pozycje - „koszty pośrednie i zysk” z łatwością mogą być jednak przypisane do poszczególnych cen jednostkowych w ramach zadania (wynikających z podzielenia wartości netto przez liczbę jednostek).

Na wstępie kosztorysu 1. Technologia i konstrukcja oczyszczalni podaliśmy bowiem metodologię wg której zostały wyliczone koszty pośrednie i zyski. Koszty pośrednie $60\%R + 60\%S$, Zysk $5\%(R+Kp(R)) + 5\%(S+Kp(S))$ gdzie R to przyjęta stawka roboczogodzinowa, S - cena sprzętu, $Kp(R)$ - koszty pośrednie roboczogodziny, $Kp(S)$ koszty pośrednie sprzętu. Stawka R za roboczogodzinę, widoczna jest w szeregu pozycji kosztorysowych Technologia i konstrukcja oczyszczalni w szczególności w części, gdzie jest zawarta tylko robocizna. Np: KNR 201/125/1, KNR 201/310/2. Stawka ta jak wynika z kosztorysu wynosi 15zł netto. Natomiast cennik sprzętu przyjęto z sekocenbudu II kwartał z uwzględnieniem rabatu 10% co wynika z kosztorysu i z zawartym w nich pozycjach: KNNR 1/215/3, KNR 221/218/3, KNNR 1/210/2, KNNR 6/10,1/4

Ustalenie cen jednostkowych obejmujących wszelkie składniki ceny (poza podatkiem VAT) i doprowadzenie sposobu prezentacji ceny do zgodności z pkt 16.2 SIWZ nie wymaga więc uzyskiwania jakichkolwiek informacji nie znajdujących się już w SIWZ. Możliwe jest więc dokonanie poprawy omyłek w metodologii prezentacji ceny wynikających z zastosowania niewłaściwego programu obliczeniowego. Nasza oferta, w zakresie prezentacji cen jednostkowych może być więc doprowadzona do zgodności z formą wymaganą w SIWZ, gdyż treść z SIWZ pozostaje zgodna od początku. Dla ułatwienia czynności zamawiającego przesyłamy kosztorys który zgodnie z prezentowaną wyżej w niniejszym piśmie metodologią możliwą do odczytania z treści oferty przedstawia przyjęte w ofercie od samego początku ceny jednostkowe. Nie modyfikuje przy tym co oczywiste samych cen jednostkowych, cen za poszczególne, zadania, ilości a także ceny całej oferty.

Ustalono ponadto, że 10 maja 2017 r. zamawiający przesłał odwołującemu zawiadomienie o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez przystępującego i o odrzuceniu oferty odwołującego. W uzasadnieniu zamawiający wskazał, że oferta została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy prawo zamówień publicznych, w myśl którego Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, oraz pkt 14.5, pkt 16.2, 16.3, 16.6 Instrukcji dla Wykonawców Rozdział I SIWZ oraz § 5 ust. 2. Projektu umowy Rozdział V SIWZ.

W uzasadnieniu faktycznym zamawiający wyjaśnił, że Kosztorys ofertowy złożony do oferty dotyczący „Technologii i konstrukcji oczyszczalni” zawiera opis pozycji i podstawy nakładów, ilość, krotność, jednostki miary i wartość, a nie zawiera cen jednostkowych dla poszczególnych pozycji. Wyliczona wartość do każdej pozycji kosztorysu zawiera tylko koszty bezpośrednie, a nie uwzględnia kosztów pośrednich i zysku. Koszty pośrednie i zysk zostały doliczone przy podsumowaniu grupy i nie są przyporządkowane do każdej pozycji przedmiarowej.

Zamawiający zgodnie z treścią SIWZ żądał, podania cen jednostkowych zgodnie z załączonym wzorem kosztorysu ofertowego, z którego wynika, że każda pozycja winna zawierać wyszczególnione ceny jednostkowe netto (bez podatku Vat) oraz wyliczoną wartość netto dla każdej pozycji. Wynika z tego jasno, że każda pozycja winna być wyceniona czyli winne być uwzględnione wszystkie koszty i narzuty Wykonawcy bez podatku VAT.

Zamawiający przewidział w SIWZ rozliczenie robót budowlanych kosztorysem powykonawczym, stąd ceny jednostkowe są istotnym elementem kosztorysu, niezbędnym do rozliczenia inwestycji. Ponadto w specyfikacji zapisano, że ceny jednostkowe określone przez Wykonawcę nie będą podlegały zmianom. (...)

Zamawiający nie uznał złożonych wyjaśnień, ponieważ z oferty i kosztorysu nie wynika stawka za roboczogodzinę, wartość rabatu sprzętu oraz koszty zakupu materiału. W kosztorysie Wykonawca wskazał, że sprzęt został wyceniony na podstawie cen średnich Sekocenbudu za II kwartał 2016. Natomiast w udzielonych wyjaśnieniach podaje, że do ceny sprzętu zastosowano rabat 10%.

Kosztorys ofertowy zgodnie z pkt 14.5 Instrukcji dla Wykonawców winien być wypełniony i podpisany przez Wykonawcę według wzoru stanowiącego Rozdział III.1, III.2 (złożyć w zależności od części na którą Wykonawca składa ofertę). Wykonawcy oczywiście mogą składać kosztorysy ofertowe w innej formie niż załączony wzór np. stosując oprogramowanie do kosztorysowania lecz kosztorysy te winny odpowiadać co do treści załączonego wzoru czyli zawierać wszystkie elementy składowe kosztorysu.

W przedmiotowym przypadku złożony kosztorys ofertowy nie odpowiada co do treści załączonego wzoru kosztorysu, gdyż nie zawiera cen jednostkowych netto dla każdej pozycji przedmiarowej. Wprawdzie w drodze wyjaśnień Wykonawca złożył kosztorys szczegółowy, w którym każda pozycja jest szczegółowo wyliczona, ale zdaniem Zamawiającego jest to forma uzupełnienia kosztorysu ofertowego złożonego wraz z ofertą. Zgodnie z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp w toku badania i oceny ofert Zamawiający może żądać od Wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między Zamawiającym a Wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2, dokonywanie jakichkolwiek zmian w jej treści.

Zdaniem Zamawiającego poprawienie kosztorysu ofertowego poprzez wyliczenie cen jednostkowych metodą wskazaną przez Wykonawcę w wyjaśnieniach, wykracza poza dyspozycję przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, ponieważ występują rozbieżności między złożonymi wyjaśnieniami a ofertą dotyczące ceny sprzętu- w ofercie jest: Sekocenbud II kwartał 2016- ceny średnie, zaś w wyjaśnieniach - przyjęto ceny z Sekocenbudu pomniejszone o 10 % rabatu. W związku z tym Zamawiający nie ma podstaw

do poprawienia przedmiotowego kosztorysu, gdyż prowadziło by to do powstania nowej oferty, powodując przy tym istotną zmianę jej treści.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba oddaliła odwołanie, gdyż nie potwierdziły się zarzuty przedstawione w odwołaniu.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, *zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3.* Art. 87 ust. 1 zd. 2 pzp brzmi: *Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty, oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.* Art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp stanowi, że *zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty.*

W ocenie Izby zamawiający prawidłowo odrzucił ofertę odwołującego, gdyż jej treść nie odpowiadała treści SIWZ i brak było możliwości usunięcia tej niezgodności w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Jeżeli chodzi o treść SIWZ, to zamawiający w kilku miejscach specyfikacji zawarł wyraźne wskazówki, co do tego w jaki sposób wykonawcy zobowiązani są przygotować wymagany kosztorys ofertowy. W pkt 14.3 ppkt 5 SIWZ zażądał od wykonawców złożenia kosztorysów ofertowych wypełnionych i podpisanych według wzoru stanowiącego załącznik nr III.1 do SIWZ (dla części 1 zamówienia). W pkt 14.5 SIWZ zamawiający jednoznacznie informował wykonawców, że oferta i oświadczenia i dokumenty dla których określono w formie wzorów formularze, powinny być sporządzone zgodnie z tymi wzorami co do treści. Zamawiający wskazał także wykonawcom w sposób wyraźny konsekwencje niezłożenia wymaganych kosztorysów ofertowych. Przesądził bowiem, że w takim przypadku odrzuci ofertę wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jako niezgodną z treścią SIWZ. Co istotne, w postanowieniu 14.3.5 zamawiający poinformował także wykonawców jednoznacznie, że kosztorysy ofertowe nie podlegają procedurze uzupełnienia.

Natomiast we wzorze kosztorysu stanowiącego załącznik nr III.1 do SIWZ, do którego odsyłały postanowienia pkt 14.3.5 SIWZ, zamawiający przewidział do wypełnienia kolumny: nr poz., podstawa, opis robót, jm, ilość, wartość jednostkowa, wartość netto. Zamawiający przewidział także do wypełnienia pozycję „Razem wartość netto” jako sumę wartości netto poszczególnych pozycji kosztorysowych. Wreszcie w pkt 16.2 SIWZ wskazano, że wartość zadania należy obliczyć jako sumę wartości netto pozycji kosztorysu ofertowego. W myśl zaś postanowienia pkt 16.6 SIWZ i § 5 ust. 2 wzoru umowy (rozdział V.1 SIWZ) wynagrodzenie

wykonawcy miało być wynagrodzenie kosztorysowym, zaś wysokość tego wynagrodzenia miała być ustalana w oparciu o kosztorys powykonawczy.

W ocenie Izby zamawiający prawidłowo stwierdził, że odwołujący nie zastosował się do powyższych wymagań treści SIWZ. Wykonawca złożył kosztorys ofertowy dotyczący „technologii i konstrukcji oczyszczalni”, który okazał się sprzeczny ze wzorem kosztorysu co do dwóch elementów. Po pierwsze kosztorys ten nie zawierał cen jednostkowych dla poszczególnych pozycji kosztorysowych. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ w tym zakresie nie była sporna pomiędzy stronami. Po drugie zaś, wartość netto kosztorysu nie została obliczona jako wartość netto poszczególnych pozycji kosztorysowych. Dostrzeżenia wymagało, że wartości netto poszczególnych pozycji nie zawierały kosztów pośrednich i zysku. Odwołujący koszty te bowiem wydzielił z wartości poszczególnych pozycji i wpisał w stworzonej przez odwołującego dodatkowej rubryce, odnoszącej się do całych grup pozycji kosztorysowych.

W świetle wszystkich wyżej przedstawionych postanowień SIWZ nie można było utrzymywać, że ceny jednostkowe nie musiały zawierać kosztów pośrednich i zysku. Odwołujący powoływał się na pkt 16.1 SIWZ, który stanowił, że „cena oferty uwzględnia wszystkie zobowiązania, (...)”. Rzeczywiście to postanowienie można było odnosić do łącznej ceny ofertowej. Jednakże nie można było go odrywać od innych przytoczonych wyżej postanowień SIWZ, w szczególności postanowienia pkt 16.2 SIWZ, w którym wskazano w jakiś sposób ową cenę ofertową należy wyliczyć. Mianowicie zamawiający przesądził, że wartość poszczególnych pozycji kosztorysowych należy obliczyć jako iloczyn ceny jednostkowej i ilości netto. W dalszej zaś kolejności w tego postanowienia wyraźnie wskazano, że wartość zadania należy obliczyć jako sumę wartości tych właśnie pozycji kosztorysu ofertowego. Z powyższym postanowieniem SIWZ korespondował wzór kosztorysu, który wykonawca miał obowiązek zastosować pod rygorem odrzucenia oferty. Ze wzoru tego jasno wynikało, że pozycja „razem wartość netto” stanowi sumę wartości netto poszczególnych pozycji kosztorysowych. W szczególności, we wzorze tym nie przewidziano miejsca na wpisanie i wydzielenie dodatkowego elementu, wydzielonego z poszczególnych pozycji kosztorysowych, w którym ujawnia się koszty pośrednie i zysk dla grupy.

Jeżeli odwołujący zdecydował się na odstępstwo od wymaganego wzoru kosztorysu to czynił to na własne ryzyko i na własną odpowiedzialność. Zamawiający przy tym wyraźnie zastrzegł, że kosztorys ofertowy ma być zgodny ze wzorem ze wzorem formularza przynajmniej co do treści, a także że nie podlega on uzupełnieniu, zaś sankcją jaką wykonawca poniesie w razie niezastosowania się do wymagań zamawiającego będzie odrzucenie jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

W ocenie Izby niezgodność oferty z SIWZ ewidentnie miały charakter merytoryczny. Przy przyjętym przez zamawiającego sposobie wynagrodzenia kosztorysowego i zamiarze

rozliczania robót kosztorysem powykonawczym, wiedza co do cen jednostkowych poszczególnych pozycji kosztorysowych miała kluczowe znaczenie dla ustalenia i rozliczania wynagrodzenia należnego wykonawcy. Za chybione uznano wywoływanego jakoby pojęcie „ceny jednostkowe” w rozumieniu pkt 16.2 i wyrażenie „wartość jednostkowa” w rozumieniu wzoru kosztorysu miały odnosić się do różnych elementów. Oczywiście jest, że chodziło o jeden i ten sam składnik. Odwołujący nie miał wątpliwości co do znaczenia tych pojęć, gdyż drugi kosztorys ofertowy jaki załączył do oferty, dotyczący instalacji elektrycznych i AKPiA sporządził poprawnie. Ujął w nim bowiem ceny jednostkowe dla każdej pozycji, które uwzględniały wszelkie koszty i narzuty wykonawcy, a następnie pomnożył tę kwotę przez ilość i obliczył „wartość”.

Za chybione uznano zarzut naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, zamawiający ma obowiązek poprawić niezgodność treści z SIWZ niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Z kolei art. 87 ust. 1 Pzp stanowi, że niedopuszczalne jest prowadzenie pomiędzy zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty, oraz dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2.

Stwierdzono, że w okolicznościach danej sprawy, zamawiający nie miał podstaw aby dokonać zmian, które doprowadziłyby treść oferty odwołującego do zgodności z treścią SIWZ. W okolicznościach danej sprawy usunięcie niezgodności wymagałoby bowiem obliczenia cen jednostkowych poszczególnych pozycji kosztorysowych, obejmujących wszelkie koszty, w tym nie tylko koszty bezpośrednie, ale także koszty pośrednie i zysk. W ocenie Izby poprawa taka okazała się niemożliwa bez przyjęcia rezultatu niedopuszczalnych negocjacji z odwołującym. Samo podzielenie wartości netto przez ilość przedmiarową nie prowadziłoby do ustalenia cen jednostkowych poszczególnych pozycji. Jak bowiem wcześniej wyjaśniono, wartości poszczególnych pozycji w kosztorysie odwołującego obejmowały jedynie koszty bezpośrednie i nie obejmowały kosztów pośrednich i zysku. Odwołujący podał wprawdzie w kosztorysie metodologię liczenia kosztów pośrednich i zysku. Koszty pośrednie = $60\%R + 60\%S$; Zysk = $5\%(R + Kp(R)) + 5\%(S + Kp(S))$, gdzie R to robocizna, S - sprzęt, a Kp - koszty pośrednie. Jednakże aby na tej podstawie przypisać do poszczególnych pozycji kosztorysowych prawidłową wartość kosztów pośrednich i zysku, zamawiający musiałby w przypadku każdej z pozycji znać wartość materiałów, sprzętu i robocizny.

Można było się zgodzić z odwołującym, co zdawał się przyznawać także zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, że stawkę robocizny można było ustalić na podstawie pozycji 6 i 7 kosztorysu, które obejmowały jedynie robociznę i stawka ta rzeczywiście wynosiła 15 zł. Jednakże w oparciu o dane w ofercie, niemożliwe byłoby samodzielne ustalenie przez zamawiającego wartości materiałów i sprzętu. Podkreślenia wymagało, że wykonawca nie

podał bowiem zamawiającemu zestawienia cen materiałów i sprzętu. Odwołujący podał wprawdzie w kosztorysie, że przyjął jako cennik materiałów średnie ceny materiałów z cennika Sekoncenbud II kwartał 2016 r., jednakże jak wynikało z przebiegu rozprawy, w bazie tej nie zostały ujawnione ceny wszystkich materiałów (np. cena mieszadła wodno-powietrznego typu MKA, poz. 27 kosztorysu). Po drugie istniały co najmniej wątpliwości, czy wykonawca pisząc w kosztorysie o tym, że jako „cennik materiałów” przyjął ceny średnie Sekocenbud II kwartał 2016 r., miał na myśli również koszty zakupu materiałów (transportu czy rozładunku). Powyższe nie wynikało bowiem z kosztorysu, na który odwołujący się powoływał. Natomiast co do cen sprzętu, odwołujący podał w kosztorysie, że przyjął jako cennik sprzętu ceny średnie z bazy Sekoncenbud II kwartał 2016 r. Gdyby zatem - jak utrzymuje odwołujący – zamawiający na podstawie danych z oferty miał dokonywać samodzielnie jej poprawy, to musiałby się oprzeć na średnich cenach z cennika Sekocenbud za II kwartał 2016. W tej sytuacji nie otrzymałby jednak prawidłowego wyniku matematycznego, gdyż odwołujący w rzeczywistości przyjął ceny sprzętu mniejsze o 10 % od cen średnich z ww. bazy. Potwierdzeniem tego była treść wyjaśnień, jakie odwołujący złożył zamawiającemu w piśmie z 5 kwietnia 2017 r. Zamawiający próbując ustalać rzeczywiste wartości poszczególnych pozycji otrzymałby zatem jakąś różnicę, która równie dobrze mogłaby wynikać z rabatu na materiały, a nie na sprzęt. Odwołujący nie może oczekiwać, że zamawiający w tej sytuacji domyśli się, że wbrew wyraźnemu oświadczeniu w ofercie jednak istnieje jakiś rabat na sprzęt, a następnie – jak odwołujący oświadczył w trakcie rozprawy – zamawiający metodą prób i błędów ustali, jaka jest wysokość tego rabatu. W ocenie Izby, zamawiający nie ma obowiązku poprawiania niezgodności oferty z SIWZ na podstawie całego ciągu przypuszczeń i założeń znanych jedynie sporządzającemu kosztorys. Zamawiający nie ma również obowiązku domyślać się sposobów zaokrąglenia przyjętych przez kosztorysanta. Poprawa wymagałaby zatem rozpoczęcia przez zamawiającego niedozwolonych negocjacji z wykonawcą, których celem byłoby ustalanie po terminie składania ofert rzeczywistych cen jednostkowych poszczególnych pozycji, co stanowiłoby naruszenie art. 87 ust. 1 zd. 2 Pzp. Ustalenia takie byłyby zaś prowadzone po otwarciu ofert i przy znajomości przez odwołującego cen jednostkowych w ofertach konkurentów. Takie działania stałyby w sprzeczności z zasadą równego traktowania wykonawców wyrażoną w art. 7 ust. 1 Pzp. Oznaczałyby także uzupełnianie kosztorysu ofertowego wbrew wyraźnemu zakazowi z pkt 14.3.5 SIWZ.

Nie uznano za wiarygodne oświadczenia prywatnego pani mgr inż. A. M., na które powoływał się odwołujący. Po pierwsze nie wiadomo było czy oświadczenie to podpisano po przeprowadzeniu analizy kosztorysu odwołującego. Nic takiego nie wynikało z treści oświadczenia. Co więcej oświadczenie to nie zostało nawet opatrzone datą. W konsekwencji nie wiadomo czy w ogóle dotyczyło przedmiotowej sprawy. Ponadto oświadczenie to

pozostało bardzo lakoniczne. Teza o możliwości przyporządkowania kosztów nie została poparta jakimkolwiek przykładem opartym na treści kosztorysu odwołującego.

Przy wyrokowaniu wzięto również pod uwagę, że ewentualna poprawa dotknęłaby całego kosztorysu ofertowego dotyczącego technologii i konstrukcji oczyszczalni, składającego się z 275 pozycji kosztorysowych o wartości brutto 2.249.383,05 zł, w sytuacji gdy wartość całej oferty odwołującego wynosiła 3.545.993,83 zł brutto. Zatem zmiana, w aspekcie rzeczowym, dotknęłaby istotnej części oferty.

Orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej dopuszcza możliwość, by w drodze wyjątku dane oferty mogły zostać skorygowane lub uzupełnione w pojedynczych aspektach w szczególności w związku z tym, że wymagają zwykłego wyjaśnienia, lub by usunąć oczywiste błędy rzeczowe, pod warunkiem, że owe zmiany nie doprowadzą do przedstawienia w rzeczywistości nowej oferty (wyrok TSUE z 29 marca 2012 r. w sprawie C-599/10 SAG ELV Slovenskoz a.s.). W tej sytuacji, gdy to de facto od woli odwołującego wyrażonej po terminie składania ofert zależałby ostateczny kształt cen jednostkowych, które mają znaczenie dla rozliczenia i ustalenia wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, takie postępowanie byłoby tworzeniem nowej oferty po terminie jej składania. W szczególności kwestii niezmienności oferty nie można odnosić jedynie do łącznej ceny ofertowej brutto, tak jak zdawał się wywodzić odwołujący. Cena ofertowa brutto w tym postępowaniu z uwagi na kosztorysowy charakter wynagrodzenia miała jedynie znaczenie dla porównania ofert. Jednakże rzeczywista wysokość wynagrodzenia należnego wykonawcy zależęć będzie właśnie od cen jednostkowych poszczególnych pozycji.

Wobec powyższego stwierdzono, że niezgodność treści oferty odwołującego z treścią SIWZ nie podlegała poprawie w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Stosownie do art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie.* Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 1 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do oddalenia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 2 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III GZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięć o charakterze merytorycznym (1 sentencji) i formalnym (pkt 2 sentencji), całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, *Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało*

wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Z ww. przepisu wynika, że powodem uwzględnienia odwołania może być stwierdzenie jedynie kwalifikowanego naruszenia ustawy Pzp, a mianowicie takiego, które wywiera lub może wywrzeć istotny wpływ na wynik postępowania. A contrario, stwierdzenie braku naruszenia lub naruszenia niekwalifikowanego, musi skutkować oddaleniem odwołania. W omawianej sprawie nie stwierdzono żadnego naruszenia przepisów ustawy Pzp.

Wobec powyższego, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Zgodnie z art. 192 ust. 9 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 ustawy Pzp, strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6.* Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że „*obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą” sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)*” Jarosław Jerzykowski, *Komentarz do art.192 ustawy - Prawo zamówień publicznych*, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. *Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI.* Jak wynika z postanowienia Sądu Okręgowego w Gliwicach z 20 lipca 2016 r. sygn. akt X Ga 280/16 – w przypadku rozstrzygnięcia, w którym część odwołania wniesionego do Krajowej Izby Odwoławczej zostaje oddalona, zaś część uwzględniona zasada odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego oznacza obowiązek stosunkowego rozdzielenia kosztów postępowania odwoławczego w takiej części, w jakiej odwołanie odniosło skutek. Identyczny pogląd wyrażono w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 22 stycznia 2016 r. sygn. akt XXIII Ga 1992/15, w postanowieniu Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 3 października 2013 r. sygn. akt X Ga 286/13, wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 29 listopada 2016 r. sygn. akt XXIII Ga 880/16, wyroku Sądu Okręgowego we Wrocławiu z 17 listopada 2016 r. sygn. akt X Ga 653/16.

W analizowanej sprawie za wynik postępowania odpowiadał w całości odwołujący, zatem to tę stronę Izba obciążyła całością kosztów postępowania odwoławczego.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepis § 5 ust. 4 w zw. z § 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: