

Sygn. akt: KIO/2288/10

**WYROK**  
**z dnia 5 listopada 2010 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący : Małgorzata Stręciwilk**

**Protokolant: Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 listopada 2010 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 października 2010 r. przez **BUDOSTAL-2 S.A., ul. Lulańska 34, , 31-476 Kraków** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Miejską Kraków reprezentowaną przez Zarząd Infrastruktury Sportowej w Krakowie, ul. Walerego Sławka 10, 30-633 Kraków**

przy udziale wykonawcy **Przedsiębiorstwie Budownictwa Przemysłowego Chemobudowa – Kraków S.A., ul. Klimeckiego 24, 30-705 Kraków**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

- 1. oddala odwołanie,**
- 2. kosztami postępowania obciąża BUDOSTAL-2 S.A., ul. Lulańska 34, , 31-476 Kraków** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **BUDOSTAL-2 S.A., ul. Lulańska 34, , 31-476 Kraków** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych 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

Gmina Miejska Kraków reprezentowana przez Zarząd Infrastruktury Sportowej w Krakowie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Budowa krytego basenu z zapleczem przy ul. Kurczaka w Krakowie”. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 17 sierpnia 2010 r., pod nr: 253458.

W postępowaniu tym wykonawca – Budostal - 2 S.A. z siedzibą w Krakowie (dalej: „Odwołujący”) w dniu 21 października 2010 r. złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Kopia tego odwołania w tej samej dacie została przekazana Zamawiającemu.

Złożone odwołanie dotyczy czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego jako sprzecznej z SIWZ. Informacja o tej czynności została przekazana Odwołującemu drogą faksową w dniu 18 października 2010 r.

W odwołaniu Odwołujący podniósł zarzuty wobec czynności Zamawiającego polegających na:

- 1) dokonaniu czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
- 2) dokonaniu czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania;
- 3) dokonania wyboru oferty innego wykonawcy jako oferty najkorzystniejszej;
- 4) zaniechania wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

W tym zakresie Odwołujący wskazała na naruszenie przez Zamawiającego dyspozycji art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 89 ust. 1 pkt 2 i 5 oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł też o:

- 1) dokonanie unieważnienia czynności wyboru oferty uznanej przez Zamawiającego jako najkorzystniejsza
- 2) dokonanie unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego;

- 3) dokonanie unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania
- 4) dokonanie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu do podniesionych zarzutów i żądań Odwołujący wskazał, że Zamawiający w sposób bezpodstawny stwierdził, że kosztorys ofertowy Odwołującego nie odpowiada wielokrotnie zmienianym przez Zamawiającego przedmiarom robót, co skutkowało bezprawnym odrzuceniem jego oferty.

Stwierdził również, że złożył wszystkie wymagane w postępowaniu dokumenty, w tym także potwierdzające wiedzę i doświadczenie, a Zamawiający w sposób bezprawny uznał, że Odwołujący nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu. Podniósł, że brak wezwania do uzupełnienia dokumentów trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie rodzi dla wykonawcy konsekwencji w postaci uznania, że wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu. Podniósł także, że przywołanie przez Zamawiającego jako podstawy odrzucenia jego oferty art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp jest nieuzasadnione, gdyż przepis ten nie ma zastosowania w trybach jednoetapowych jakim jest przetarg nieograniczony.

Co do zarzutu niezgodności treści oferty z treścią SIWZ Odwołujący przyznał, że popełnił nieprawidłowości w kosztorysie ofertowym w stosunku do przedmiarów robót, jednak owe nieprawidłowości mają charakter nieistotny dla oceny oferty Odwołującego. Przyznał, że zgodnie z postanowieniami Części VI SIWZ ust. 1 pkt 10 i 12 należało przygotować kosztorys w oparciu o przedmiary robót. Wskazał też, że przedmiary te były przez Zamawiającego wielokrotnie zmieniane poprzez dopisywanie pozycji i wykreślanie innych, co skutkowało tym, że Odwołujący nie ustrzegł się pominięcia niektórych zmian z przedmiaru, przygotowując kosztorys ofertowy. Podniósł jednak, że kosztorysu nie traktował jako podstawy do ustalenia ceny, w tym zakresie brał pod uwagę dokumentację projektową, specyfikacje techniczne, przedmiary zmienione przez Zamawiającego oraz wszelkie przepisy i wymogi prawne. Cena zatem zawiera w sobie pełny zakres zamówienia, wszystkie koszty, zysk, wszystkie podatki i ubezpieczenia itp. Odwołujący podniósł również, że zgodnie z zapisami SIWZ cena oferty i wynagrodzenie wykonawcy ma charakter ryczałtowy. Wskazał tu na § 4 Istotnych Postanowień Umowy, gdzie wskazuje się, że wynagrodzenie będzie rozliczone na podstawie ilości wykonanych i odebranych robót według niezmiennych cen określonych w kosztorysie ofertowym. Kosztorys zatem ma służyć jedynie rozliczeniu wynagrodzenia. Wskazał na sposób potraktowania pomyłek w swoim kosztorysie ofertowym:

- w pozycjach, gdzie pomyłono ilości - ceny jednostkowe w kosztorysie są prawidłowe zatem Zamawiający może je zastosować do rozliczeń:
  - pozycji, które nie są ujęte w cenie oferty, ale są wycenione w kosztorysie, a być nie powinny Zamawiający nie będzie brał pod uwagę przy rozliczaniu wynagrodzenia;

- pozycje, gdzie podano niewłaściwą średnicę rurociągów, nie mają istotnego wpływu na rozliczenie: błąd w poz. 5 kosztorysu 06 wywołuje różnice na plus w stosunku do ceny ofertowej Odwołującego w kwocie 2 406, 61 zł zaś poz. 6 tego kosztorysu wywołuje różnice na minus w kwocie 238,52 zł
- brak poz. 104a przedmiaru 04 wywołuje różnicę na minus w kwocie 2 500,00 zł
- brak poz. 105a przedmiaru 19 wywołuje różnicę na minus: 18 746, 25 zł.

Wskazał on też, że Zamawiający się pomylił wskazując na brak wyceny poz. 36 przedmiaru 15. według Odwołującego ta pozycja została wyceniona.

Odwołujący podkreślił, że wskazane omyłki wywołują efekt na minus w stosunku do ceny oferty Odwołującego w kwocie 19 078,16 zł zatem zakres omyłek w stosunku do ceny oferty (13 306 619,57 zł) jest nieznaczny. Podkreślił, że biorąc pod uwagę zapisy Istotnych Postanowień Umowy, o tym, że Zamawiający nie zapłaci wykonawcy więcej niż cena określona w ofercie, nie ma niebezpieczeństwa zapłacenia wykonawcy wynagrodzenia wyższego niż przewidziane w ofercie. Wskazał, że ewentualne rozbieżności rozliczenia wynagrodzenia będzie można skorygować w fakturze końcowej.

Odwołujący wskazał, że nie wnosi i dokonanie poprawek omyłek w kosztorysie z uwagi na to, że omyłki mają charakter formalny i nie mają wpływu na cenę ofertową. Podkreślił też, że Zamawiający wymagania dotyczące kosztorysu zmieścił w Części VI SIWZ dotyczącej opisu sposobu obliczenia ceny, zatem nie są to wymagania dotyczące treści oferty.

W dniu 28 października 2010 r. wykonawca Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Chemobudowa – Kraków S.A. z siedzibą w Krakowie (dalej: „Przystępujący”), na skutek wezwania Zamawiającego skierowanego do niego w dniu 25 października 2010 r. złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przystąpienie po stronie Zamawiającego.

W zgłoszeniu przystąpienia wykonawca ten wskazał na zasadność odrzucenia oferty Odwołującego. Wskazał na to, że Zamawiający przewidział w postępowaniu wynagrodzenie kosztorysowe powykonawcze, o czym świadczą następujące zapisy:

- Cz. VI pkt 10 SIWZ, gdzie wskazano na wymóg dołączenia do oferty kosztorysu ofertowego przygotowanego na podstawie przedmiarów robót;
- Pkt 12 SIWZ, gdzie kosztorys powinien być przygotowany ściśle w oparciu o wszystkie pozycje przedmiaru;
- Istotne Postanowienia Umowy § 4 ust. 1, gdzie wskazano, jakie wynagrodzenie wykonawca otrzyma za realizację zamówienia, które będzie rozliczone na podstawie

ilości wykonanych i odebranych robót według cen określonych w kosztorysie ofertowym;

- odpowiedź na pyt. nr 1 z dnia 24 sierpnia 2010 r. dot. formy rozliczenia, gdzie wskazano, że kosztorys ofertowy powinien być sporządzony ściśle w oparciu o wszystkie pozycje zawarte w przedmiarze robót zaś rozliczenie przedmiotu umowy nastąpi według niezmiennych cen określonych w kosztorysie ofertowym;
- pytanie i odpowiedź z dnia 16 września 2010 r. cz. II pkt 1, gdzie wprost na zapytanie o rodzaj wynagrodzenia przyjętego w postępowaniu wskazano, że kosztorys ofertowy powinien zostać sporządzony ściśle w oparciu o wszystkie pozycje zawarte w przedmiarze robót i rozliczenie przedmiotu umowy nastąpi na podstawie ilości wykonanych i odebranych robót według niezmiennych cen określonych w kosztorysie ofertowym.

Przystępujący podniósł, że brak wyceny kilku pozycji kosztorysowych oraz wycena niezgodna z przedstawionymi przedmiarami, wobec ustalenia w postępowaniu jako obowiązującego wynagrodzenia kosztorysowego powykonawczego, stanowią istotny brak oferty, świadczący o jej niezgodności z treścią SIWZ. Podkreślił, że wymogi dotyczące przedmiaru robót jest merytorycznym postanowieniem SIWZ. Brak wyceny niektórych pozycji kosztorysu nie jest możliwy do poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp bowiem wykonawca musiałby na nowo te pozycje wypełnić, co sprawdziłoby do niedopuszczalnych negocjacji z wykonawcą.

Co do niespełnienia warunku udziału w postępowaniu przez Odwołującego w zakresie wymaganego doświadczenia Odwołujący powołał się na doświadczenie podmiotu trzeciego, który nie będzie uczestniczył w realizacji przedmiotu umowy, co jest wymagane w świetle opinii UZP oraz orzecznictwa KIO.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron postępowania odwoławczego i jego uczestnika, zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy, ustaliła i zaważyła co następuje.

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

W drugiej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołujący ma interes w złożeniu niniejszego środka ochrony prawnej. Zarzuty odwołania dotyczą odrzucenia oferty

Odwołującego. W przypadku uwzględnienia zarzutów odwołania oferta Odwołującego została uznana za najkorzystniejszą, co wprost wskazuje na pozbawienie Odwołującego - w drodze czynności Zamawiającego - możliwości uzyskania przez niego zamówienia, narażając go tym samym na poniesienie wymiernej szkody.

Izba rozpatrując złożone odwołanie ustaliła także krąg podmiotów związanych niniejszym postępowaniem, uznając wykonawcę Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Chemobudowa – Kraków S.A. z siedzibą w Krakowie, zgłaszającego przystąpienie do odwołania po stronie Zamawiającego jako formalnego uczestnika postępowania odwoławczego, o którym mowa w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp.

Rozpoznając merytorycznie odwołanie Izba uznała je za niezasadne.

Izba przy wydaniu orzeczenia w sprawie uwzględniła w ramach materiału dowodowego całość dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności uwzględniono postanowienia SIWZ wraz z modyfikacjami i wyjaśnieniami jej treści oraz treść oferty Odwołującego. Izba przy podjęciu rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie uwzględniła także pisemne i ustne stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego złożone w sprawie.

Biorąc pod uwagę zebrany w sprawie materiał dowodowy Izba ustaliła, że Zamawiający zasadnie odrzucił ofertę Odwołującego jako sprzeczną z postanowieniami SIWZ.

Izba w oparciu ustaliła, że Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, ponieważ jej treść nie odpowiada treści SIWZ. W tym zakresie wskazano na następujące sprzeczności oferty z treścią SIWZ:

- 1) w kosztorysie ofertowym 04 – instalacja elektryczna wew. brak poz. 104a przedmiaru robót;
- 2) w kosztorysie ofertowym 15 – antywłamaniowy brak poz. 36 przedmiaru robót;
- 3) w kosztorysie ofertowym 19 – instalacja wentylacji brak poz. 105a przedmiaru robót;
- 4) w kosztorysie ofertowym 06 – instalacja wod-kan, poz. 5 – wyceniony został rurociąg d=160 mm a powinien być wyceniony rurociąg d=50 mm;
- 5) w kosztorysie ofertowym 06 – instalacja wod-kan, poz. 20 – wyceniony został rurociąg d=50 mm a powinien być wyceniony rurociąg d=75mm.

Dodatkowo w informacji o wynikach postępowania Zamawiający wskazał na szereg innych niezgodności kosztorysu ofertowego Odwołującego z przedmiarem robót (kosztorys 01, 04, 05, 06 – dwie nieprawidłowości, 13, 18, 19 – trzynaście nieprawidłowości). W toku rozprawy Zamawiający wyjaśnił, że owe nieprawidłowości nie były podstawą odrzucenia oferty Odwołującego.

W informacji tej wskazano także, że oferta Odwołującego jest odrzucona zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp ponieważ wykonawca został także wykluczony z udziału w postępowaniu zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, ponieważ Odwołujący nie załączył dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu, dotyczącego doświadczenia wykonawcy. Zamawiający poinformował, że nie wezwał Odwołującego do uzupełniania dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp ponieważ mimo ich złożenia oferta odwołującego podlega odrzuceniu.

Na podstawie treści SIWZ ustalono, że Zamawiający przygotował dokumentację projektową oraz przedmiary robót i specyfikację techniczną wykonania i odbioru robót, zamieszczając je na płycie CD stanowiącej znacznik nr 6 do SIWZ. Przedmiary podlegały modyfikacjom Zamawiającego, które każdorazowo udostępniał wykonawcom. Postanowienia SIWZ dotyczące przedmiarów robót i przygotowania w oparciu o nie kosztorysu ofertowego Zamawiający zamieścił:

- 1) w Części III pkt 1 Opis przedmiotu zamówienia ppkt 2) – wskazując, że zamówienie należy wykonać w oparciu – m.in. – o przedmiary robot
- 2) w Części VI pkt 1 Wymagania i zalecenia ogólne ppkt 10) – 12) - wskazując, że wykonawca zobowiązany jest dołączyć do oferty kosztorys ofertowy sporządzony na podstawie załączonych do SIWZ przedmiarów robót z podaniem cen jednostkowych robót (wartości jednostkowych robót) oraz podając formułę kalkulacyjną określającą narzuty od R, M, S w celu obliczenia kosztów pośrednich i zysku. Wskazano też, że formuła ta oraz wysokość narzutów będą obowiązywać przez cały okres obowiązywania robot. Wskazano, że kosztorys powinien uwzględnić wszystkie ewentualne upusty w wielkościach R, S, M, Ko i Z. Zawarto również postanowienie, iż kosztorys ofertowy powinien zostać poradzony ściśle w oparciu o wszystkie pozycje zawarte w przedmiarze robót z zaleceniem dla wykonawców sporządzenia kosztorysu ofertowego metodą uproszczoną.

Co do wynagrodzenia obowiązującego w niniejszym postępowaniu i ceny ofertowej w SIWZ znalazły się następujące postanowienia:



- w Części VIII Opis sposobu obliczenia ceny wskazano na konieczność umieszczenia na formularzu ofertowym ceny brutto za zrealizowanie pełnego zakresu zamówienia, a w cenie tej należy uwzględnić podatek VAT oraz inne obciążenia. Wskazano też, że cena podana w ofercie jest ceną ostateczną i nie podlega negocjacom;
- w § 4 ust. 1 Istotnych Postanowień Umowy przewidziano, że wykonawca otrzyma wynagrodzenie za wykonanie robót zgodnie z całym ich zakresem w określonej konkretnej kwocie, zaś rozliczenie nastąpi na podstawie ilości wykonanych i odebranych robót według niezmiennych cen określonych w kosztorysie ofertowym, stanowiącym załącznik do oferty przetargowej;
- w odpowiedzi na pyt. nr 1 z dnia 24 sierpnia 2010 r. Zamawiający wyjaśnił, że kosztorys ofertowy powinien być sporządzony ściśle w oparciu o wszystkie pozycje zawarte w przedmiarze robót, zaś rozliczenie przedmiotu umowy nastąpi według niezmiennych cen określonych w kosztorysie ofertowym;
- w pytaniu i odpowiedzi z dnia 16 września 2010 r. cz. II pkt 1, Zamawiający na pytanie o rodzaj wynagrodzenia przyjętego w postępowaniu wskazał, że kosztorys ofertowy powinien zostać sporządzony ściśle w oparciu o wszystkie pozycje zawarte w przedmiarze robót i rozliczenie przedmiotu umowy nastąpi na podstawie ilości wykonanych i odebranych robót według niezmiennych cen określonych w kosztorysie ofertowym.

Izba, dokonując oceny postanowień SIWZ, ustaliła, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane odwołanie, przewidzianym i obowiązującym było – wbrew twierdzeniom Odwołującego - wynagrodzenie kosztorysowe. Przywołane wyżej postanowienia SIWZ oraz wyjaśnienia jej treści wyraźnie wskazują, że rozliczenie wynagrodzenia w tym przypadku nastąpi na podstawie kosztorysu powykonawczego, który sporządzany zostanie w oparciu o dokonaną wycenę poszczególnych pozycji w kosztorysie ofertowym. Zapisy o niezmienności ceny zawarte w SIWZ odnoszą się do cen jednostkowych, które nie będą podlegały zmianom i, w oparciu o które będzie dokonane rozliczenie wartości faktycznie wykonanych robót i wypłata wynagrodzenia, które może być niższe od łącznej kwoty wynagrodzenia ofertowego. Powyższe niewątpliwie wskazuje na kosztorysowy charakter wynagrodzenia, a nie ryczałtowy, niezależny od zakresu wykonanych prac. Biorąc powyższe pod uwagę, żądany w postępowaniu kosztorys ofertowy przygotowywany w oparciu o przedmiary robót, nie miał jedynie pomocniczego charakteru. Na jego podstawie ustalono nie tylko łączną cenę ofertową podlegającą ocenie w postępowaniu, ale przede wszystkim ceny jednostkowe oraz zakres przedmiotu zamówienia objęty postępowaniem, co do którego wymagane było oświadczenie wykonawcy o realizacji określonych, poszczególnych prac częściowych,

wykorzystania określonych materiałów w wymaganych ilościach za obliczoną przez wykonawcę cenę jednostkową. Dlatego też ewentualne nieprawidłowości w treści kosztorysu należy uznać za sprzeczność treści oferty z treścią SIWZ. Oceniając przede wszystkim te niezgodności kosztorysu ofertowego Odwołującego w stosunku do przedmiaru robot, które stały się podstawą odrzucenia oferty Odwołującego przez Zamawiającego, Izba uznała, że nie nadają się one do poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, bowiem powyższe wymagałoby od Odwołującego dokonania na nowo wyceny kilku pozycji kosztorysu ofertowego, a to z kolei prowadziłoby do niedopuszczalnych negocjacji Zamawiającego z wykonawcą. Brak wyceny poszczególnych pozycji nie ma bowiem charakteru omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, co skutkowałoby koniecznością jej poprawienia, czego zresztą w treści odwołania Odwołujący nie domagał się. Odwołujący nie wykazał jakoby owe niewycenione w ogóle pozycje kosztorysu z cenami jednostkowymi można było odczytać z innych pozycji kosztorysowych, tym samym też bez udziału wykonawcy poprawienie takiego błędu w kosztorysie ofertowym nie byłoby możliwe. Braki w kosztorysie ofertowym Odwołującego, stanowiące podstawę odrzucenia oferty, były przyznane przez Odwołującego w treści odwołania, stąd też powyższe nie wymaga dalszych rozważań poza jedną sporną pozycją kosztorysową. Odwołujący w odwołaniu podniósł, że Zamawiający pomylił się co do wskazania, iż poz. 36 przedmiaru robót nr 15 (system antywłamaniowy) nie została wyceniona, bowiem wycena tej pozycji znajduje się w ofercie Odwołującego. Izba ustaliła, że formalnie poz. 36 we wskazanym kosztorysie Odwołującego jest opisana i wyceniona. Powyższe zostało jednak w toku rozprawy wyjaśnione przez Zamawiającego, który wskazał, że znajdująca się w kosztorysie ofertowym Odwołującego poz. 36 *de facto* stanowi poz. 37 przedmiaru robot, natomiast właściwej poz. 36 w kosztorysie ofertowym brak. Powyższe potwierdzają opisy tych pozycji w przedmiarze robót i kosztorysie ofertowym oraz ich wielkość (obmiar). Do wskazanych wyjaśnień Zamawiającego Odwołujący w toku rozprawy nie odniósł się. Z tych też względów Izba uznała za słuszne także w tym zakresie stanowisko Zamawiającego wskazujące na brak wyceny również tej pozycji przedmiaru i nieujęcie jej w kosztorysie ofertowym, co wskazuje na sprzeczność treści oferty z treścią SIWZ.

Izba nie dokonywała oceny pozostałych nieprawidłowości w kosztorysie ofertowym Odwołującego wskazanych w informacji o wynikach postępowania, które – jak wynika z oświadczenia woli Zamawiającego zawartego w tej informacji – nie stanowiły podstawy do odrzucenia oferty Odwołującego, a więc kwestionowanej w trybie odwoławczym czynności Zamawiającego. Odwołujący szczegółowych wniosków w tym zakresie zresztą w odwołaniu nie składał.

Co do zarzutu związanego z wykluczeniem Odwołującego z postępowania z powodu niespełnienia warunków udziału w postępowaniu i odrzucenia oferty Odwołującego z tego powodu, Izba stwierdziła, że podstawą decyzji podjętej w tym zakresie przez Zamawiającego był art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. Wskazano tam również art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp stanowi, że w postępowaniu odrzuca się ofertę, jeśli została złożona przez wykonawcę wykluczonego z postępowania. Drugi przepis wskazuje natomiast na sytuację, w której z postępowania wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Niezależnie od tego, czy przywołany przez Zamawiającego przepis art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp ma zastosowanie w postępowaniach dwuetapowych, a nie - jak w niniejszym przypadku – także w postępowaniu jednoetapowym, jakim jest przetarg nieograniczony, to Zamawiający jako podstawę wykluczenia wykonawcy wskazał przywołany art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. Sytuację, w której wykonawca – zdaniem Zamawiającego – nie wykazała w ofercie w wystarczający sposób spełnienia warunku doświadczenia – a żądanie uzupełniania dokumentów w tym zakresie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie jest możliwe z uwagi na konieczność odrzucenia oferty wykonawcy, sytuacje te należałoby zakwalifikować w kategoriach braku wykazania przez wykonawcę spełnienia warunków udziału w postępowaniu w treści samej oferty. Temu, iż wykonawca do oferty nie dołączył wystarczających, w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu, dokumentów - Odwołujący w żaden sposób w treści odwołania nie zaprzeczył. Brak możliwości konwalidacji oferty Odwołującego w tym zakresie natomiast jest spowodowany przez samego wykonawcę, który złożył ofertę podlegającą odrzuceniu.

Tym samym Izba stwierdziła, że Zamawiający, dokonując odrzucenia oferty Odwołującego z powodu jej sprzeczności z treścią SIWZ nie dopuścił się naruszenia przepisów ustawy Pzp, wskazanych w treści odwołania.

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

Orzekając o kosztach postępowania Izba uwzględniła treść art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. obciążyła kosztami postępowania Odwołującego stosownie do wyniku postępowania odwoławczego.

**Przewodniczący:**

.....