

**WYROK/POSTANOWIENIE\***

**z dnia 2 września 2008r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** Agnieszka Trojanowska

**Członkowie:** Barbara Bettman

Marek Koleśnikow

**Protokolant:** Magdalena Pazura

po rozpoznaniu na ~~posiedzeniu~~ / rozprawie\* w dniu ~~w dniach~~ 2 września 2008r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **STRABAG sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. B. Brechta 7** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Miasto Nowy Sącz - Miejski Zarząd Dróg w Nowym Sączu ul. Gorzkowska 30** protestu ~~protestów~~\* z dnia 1 sierpnia 2008r.

przy udziale **xxx** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego **Zakład Budowy Dróg Włodzimierza Gryźło z siedzibą w Nowym Sączu, ul. Jagodowa 61** - po stronie zamawiającego\*.

**orzeka:**

**1. uwzględnia odwołanie i nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert,**

2. kosztami postępowania obciąża **Miasto Nowy Sącz - Miejski Zarząd Dróg w Nowym Sączu ul. Gorzkowska 30**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **STRABAG sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. B. Brechta 7,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 7 664 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy sześćset sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Miasto Nowy Sącz - Miejski Zarząd Dróg w Nowym Sączu ul. Gorzkowska 30** na rzecz **STRABAG sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. B. Brechta 7,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu i zastępstwa prawnego,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 00 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 15 936 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **STRABAG sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. B. Brechta 7.**

### **Uzasadnienie**

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na remont ul. Kilińskiego w Nowym Sączu zostało wszczęte przez Miasto Nowy Sącz reprezentowane przez jednostkę budżetową gminy - Miejski Zarząd Dróg w Nowym Sączu ul. Gorzkowska 30, zwanego dalej Zamawiającym, ogłoszeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 2 lipca 2008r. za numerem 147198-2008.

Zamawiający w dniu 25 lipca 2008r. rozstrzygnął postępowanie i dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej. O tym fakcie w dniu 28 lipca 2008r. powiadomił faksem firmę STRABAG sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. B. Brechta 7, zwanego dalej Odwołującym. Z treści zawiadomienia wynika, że Zamawiający uznał za najkorzystniejszą ofertę Zakładu Budowy Dróg Włodzimierza Gryzła z siedzibą w Nowym Sączu, ul. Jagodowa 61 – zwanego niżej Przystępującym, zaś ofertę Odwołującego odrzucił na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy

z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. 2007r. Nr 223 poz. 665, dalej ustawa) stwierdzając, iż treść merytoryczna kosztorysu ofertowego nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Zamawiający w rozdziale VIII pkt 3 i rozdziale XVI pkt 1-8 SIWZ w związku z § 13.4 i 14.1-2 wzoru umowy wymagał, aby wykonawcy dla potwierdzenia i spełniania warunków udziału w postępowaniu złożyli kosztorys ofertowy szczegółowy. Odwołujący do oferty dołączył kosztorys, nazwany szczegółowym, jednak jego treść merytoryczna nie jest odpowiednia dla kosztorysu w formule kosztorysu szczegółowego. Zamawiający w uzasadnieniu zawiadomienia wskazał, że szczegółowy kosztorys ofertowy wykorzystywany jest do wykonania i odbioru robót w przypadku wystąpienia robót uzupełniających i zamiennych lub rezygnacji przez Zamawiającego z wykonania części robót objętych umową zgłoszonych przez Zamawiającego z odpowiednim wyprzedzeniem czasowym - §14 umowy –załączonej do SIWZ w związku z art. 144 ustawy Stwierdził, że kosztorys szczegółowy jest sporządzany wg formuły kosztorysu szczegółowego z zastosowaniem następujących czynników cenotwórczych:

-stawka robocizny = R, materiałów =M, sprzęt = S ,

-koszty pośrednie  $K_p = \%(R,S)$ ,

-koszty zakupu  $K_z = (M)$ ,

-zysk  $Z = (R+S+K_p)$

które nie zostały wyrażone liczbą i nie zostały wymienione w kosztorysie Odwołującego.

Zamawiający uznał, że nie może się domyślać jakie są składniki cenotwórcze (wycena nakładów rzeczowych, koszty pośrednie i zysk) dla danej pozycji kosztorysowej. W tej sytuacji wedle Zamawiającego nie zachodziła możliwość porównania oferty Odwołującego i pozostałych złożonych ofert, w których w tej formule sporządzono kosztorysy.

Ponadto Zamawiający, w toku badania tej oferty, stwierdził błąd w sumowaniu wartości pozycji netto kosztorysu i w konsekwencji w cenie oferty netto i brutto oraz w wysokości podatku VAT; wykazanych na karcie kosztorysu ofertowego, który został dołączony do oferty dla potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz na karcie nr 1 oferty. Błąd w ocenie Zamawiającego nie nadawał się do poprawienia w trybie art. 88 ustawy i z tego również względu oferta Odwołującego winna była ulec odrzuceniu z mocy art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy. Dodatkowo Zamawiający podkreślił, że postępowanie w sprawie udzielenia zamówienia publicznego jest sformalizowane i oparte na sztywnych regułach wynikających z ustawy, wobec czego brak w nim miejsca na dowolność działań po stronie zamawiającego Formalizm ten uzasadnia stosowanie rygorów w przypadku ofert nie spełniających wymogów specyfikacji - vide Wyrok SO w Gorzowie Wielkopolskim z 28.09.05 r. ,sygn. akt II Ca 29/05. Zamawiający po otwarciu ofert nie może ich oceniać w sposób dowolny, ale tylko w taki jaki podał w specyfikacji. Nie powinien również oceniać w kategoriach zgodności lub

niezgodności z intencjami wykonawcy – w tym przypadku bardzo blisko jest już do dowolności ocen, co narusza art. 7 ustawy - Wyrok ZA z 28.01.05 r. sygn. akt UZP/ZO/0-121/05 .

Zamawiający podniósł, że treść oferty musi odpowiadać treści SIWZ także w zakresie sposobu obliczenia ceny. W sytuacji gdy wykonawca dokonuje obliczenia ceny nie na podstawie kosztorysu ofertowego szczegółowego, niewątpliwie występuje stan, w którym treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji i skoro zamawiający wymagał dołączenia kosztorysu ofertowego szczegółowego to nie może od tego obowiązku odstępować na etapie oceny ofert .

Złożenie kosztorysu ofertowego nie spełniającego wymogów kosztorysu szczegółowego bez zgłoszenia do zamawiającego i uzyskania wyjaśnień w trybie art. 38 ustawy spowodowało, że treść tej oferty nie odpowiada treści SIWZ (Wyrok SO w Poznaniu z 14.10.05 r. sygn. akt II Ca 1355/05). Podobnie, jeżeli Zamawiający wymaga w SIWZ, żeby cena była wynikiem sporządzenia kosztorysu szczegółowego a wykonawca oblicza cenę w zmodyfikowanej formule kosztorysu szczegółowego, powoduje to niezgodność treści oferty ze SIWZ (Wyrok ZA z 12.04.05 r., sygn. akt UZP /ZO/0-641/05 ).

Odwołujący na czynność odrzucenia jego oferty wniósł protest w dniu 1 sierpnia 2008r. W proteście zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ustawy przez złamanie zasady równego traktowania wykonawców, art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez bezpodstawne odrzucenie jego oferty, art. 87 ust. 2 ustawy przez zaniechanie poprawienia oczywistej omyłki pisarskiej i rachunkowej. Wniósł o uchylene czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, przywrócenia oferty Odwołującego do udziału w postępowaniu oraz dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej spośród nieodrzuconych ofert. W uzasadnieniu protestu Odwołujący wskazał, że Zamawiający w rozdziale VIII pkt 3 siwz wymagał złożenia szczegółowego kosztorysu ofertowego, jednakże nie określił formy, jak ma wyglądać taki kosztorys. Zamawiający dołączył do siwz jako załącznik nr 4 przedmiar robót, według, którego miała być wyliczona wartość oferty, bez wprowadzania żadnych zmian. Odwołujący wyliczył cenę oferty według załączonego przedmiaru oraz zgodnie z rozdziałem XV siwz i rozbił każdą z pozycji na robociznę, materiały i sprzęt, co w jego ocenie czyniło zadość warunkowi dołączenia do oferty szczegółowego kosztorysu ofertowego. Zamawiający wymogi, co do formy kosztorysu, zdaniem Odwołującego, sformułował już po upływie terminu do składania ofert, co jest niedopuszczalne. Wskazał, że powołany w zawiadomieniu przez Zamawiającego rozdział XVI siwz dotyczy waluty, w jakiej będą następować rozliczenia, ale uznał to wskazanie za oczywisty błąd pisarski i uznał, że Zamawiającemu chodziło o rozdział XV. Co do błędnego sumowania wartości pozycji, to wskazał, że cena oferty jest prawidłowa tak w wartości netto jak i brutto, a omyłka powstała przy przepisywaniu wartości pozycji nr 3, gdzie zamiast wartości 7 517,35 powinno być 7 512,35 i Odwołujący

wyraził zgodę na poprawę tej omyłki. Odwołujący wskazał, że posiada interes prawny we wniesieniu protestu, gdyż gdyby jego oferty nie odrzucono, byłaby to oferta z najniższą ceną i musiałaby być wybrana jako najkorzystniejsza. Nadto wskazał, że oferta Przystępującego nie mieści się w budżecie Zamawiającego.

Zamawiający w dniu 4 sierpnia 2008 r. faksem poinformował wykonawców o wniesieniu protestu i wezwał ich do wzięcia udziału w postępowaniu protestacyjnym.

W dniu 7 sierpnia 2007 r. do siedziby Zamawiającego wpłynęło przystąpienie Przystępującego. Przystępujący wskazał, że przystępuje do postępowania protestacyjnego wywołanego protestem Odwołującego i wniósł o oddalenie protestu i uznanie zawartych w nim zarzutów za bezzasadne. Wskazał, że uwzględnienie protestu uniemożliwiłoby Przystępującemu uzyskanie zamówienia i stąd wynika jego interes prawny w przystąpieniu. Przystępujący przywołał na poparcie swoich twierdzeń stanowisko doktryny - W. Łysakowskiego zawarte w „Prawie Zamówień Publicznych. Komentarz.” Red. T. Czajkowskiego wyd. II UZP 2006 r. Załączył nadto dowód transmisji faksowej kopii przystąpienia do Odwołującego.

W dniu 8 sierpnia 2008 r. Zamawiający rozstrzygnął protest przez jego oddalenie i w tym dniu faksem poinformował o tym Odwołującego. W rozstrzygnięciu podtrzymał swoje stanowisko wyrażone w zawiadomieniu o wyborze oferty najkorzystniejszej wskazując ponadto, że błędny kosztorys ofertowy bez kompletu wymaganych czynników cenotwórczych nie podlega uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy. Nadto oferta stanowi oświadczenie woli (art. 14 ustawy w związku z art. 84 § 2 kc). W ofercie Odwołującego zabrakło podania wszystkich wymaganych składników cenotwórczych, a więc jest to błąd, co do faktu. Dodatkowo nieujawnienie wszystkich czynników cenotwórczych prowadzi do bezprawnego zastrzeżenia jawności tych czynników przed Zamawiającym, co jest niezgodne z art. 8 ust. 3 w związku z art. 86 ust. 4 ustawy.

W dniu 13 sierpnia 2008 r. Odwołujący za pośrednictwem placówki pocztowej operatora publicznego wniósł odwołanie. Odwołujący podtrzymał zarzuty podniesione w proteście, za wyjątkiem naruszenia art. 87 ust. 2 ustawy i wniósł o uwzględnienie odwołania, nakazanie Zamawiającemu uchylenia czynności polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego, nakazanie Zamawiającemu uchylenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego oraz dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej. W uzasadnieniu podtrzymał argumentację przedstawioną w proteście oraz wskazał, że Zamawiający w rozdziale XV pkt 1 nakazał dokonać wyceny wszystkich pozycji robót opisanych w przedmiarach stanowiących załącznik nr 4 do siwz. Nie dopuścił wprowadzenia żadnych zmian w przedmiarach robót, doborze tablic, norm, kolejności i opisie robót. Ponownie wskazał, że jego interes prawny we wniesieniu odwołania przejawia się w tym, że

gdyby Zamawiający bezzasadnie nie odrzucił jego oferty, to musiałaby ona być uznana za najkorzystniejszą z uwagi na to, że była najtańsza.

Przystępujący przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w dniu 1 września 2008 r., wykazując swój interes prawny w przystąpieniu oraz wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Przystępujący podtrzymał swoje stanowisko wyrażone w przystąpieniu do postępowania protestacyjnego.

### **Izba ustaliła następujący stan faktyczny :**

Zamawiający w rozdziale VIII siwz pt. Informacja o oświadczeniach i dokumentach, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu wymagał w pkt 3, aby wykonawcy załączyli do oferty szczegółowy kosztorys ofertowy. W rozdziale XV siwz zawarł opis sposobu obliczenia ceny i wskazał w pkt 1 tegoż rozdziału, że należy wycenić wszystkie pozycje robót opisanych w przedmiarach robót stanowiących (załącznik nr 4) do specyfikacji. Zamawiający nie dopuścił wprowadzenia żadnych zmian w przedmiarach robót, doborze tablic, norm, kolejności, opisie robót itp. Nadto w pkt 2 postanowił, że wycena pozycji przedmiarowych ma być dokonana na podstawie przedmiarów robót-załącznik nr 4 do siwz, warunków przetargu i przyszłej umowy oraz dokonanej wizji w terenie. Zamawiający wskazał, że oznacza to, że cena ta musi zawierać wszystkie koszty związane z realizacją zadania wynikające wprost, jak również nie ujęte w przedmiarach robót, a niezbędne do wykonania zadania tj. podatek VAT, ubezpieczenie, wszelkie roboty przygotowawcze, porządkowe, zagospodarowanie placu budowy, koszty utrzymania zaplecza budowy (naprawy, woda, energia elektryczna, telefon, ogrodzenie tymczasowe, dozоровanie budowy itp.), projekt organizacji ruchu na czas budowy (w wersji papierowej i elektronicznej), obsługę geodezyjną, geologiczną, koszty niezbędnych badań laboratoryjnych i opinii wymaganych podczas odbioru końcowego robót, itp. W cenach jednostkowych należało uwzględnić wszystkie ewentualne opusty. Zgodnie z pkt 3 ceny jednostkowe podane przez wykonawcę miały być cenami niezmiennymi i nie podlegającymi podczas wykonywania umowy aktualizacji i zmianom czyli niezmiennymi bez względu na rzeczywisty poziom cen materiałów, najmu sprzętu, stawek robocizny itp. - jakie kształtować się będą w okresie realizacji przedmiotu zamówienia. W pkt 4 postanowił, że cena ofertowa ma wynikać z kosztorysu ofertowego – wycenionego przedmiaru robót, który należy załączyć do oferty. Kwoty określone w kosztorysie ofertowym za poszczególne elementy zamówienia miały stać się ceną realizacji zamówienia, która wpisana do formularza oferty stanowi cenę oferty. W celu ułatwienia i przyśpieszenia weryfikacji kosztorysu ofertowego - przy jego opracowywaniu należało zachować układ, kolejność i numerację jak w przedmiarach robót. Cena ofertowa całkowita musiała zawierać wszelkie cła, podatki i inne należności nawet gdy obowiązek ich zapłaty bądź odprowadzenia obciążać miał

Zamawiającego, według stanu prawnego na dzień składania ofert (pkt 5 rozdziału XV siwz) Dodatkowo Zamawiający w pkt 6 wskazał, że cena ofertowa stanowi wycenę zakładanych ilości każdej kategorii robót określonych na podstawie dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych planowanych do wykonania. Faktyczne wynagrodzenie wykonawcy miało mieć charakter kosztorysowy – mogło zatem odbiegać od ceny ofertowej. Zatem cena ofertowa, miała charakter orientacyjny, umożliwiając Zamawiającemu porównanie ofert na etapie ich oceny. Zgodnie z pkt 1 rozdział XVII siwz jedynym kryterium oceny ofert była cena brutto.

Zamawiający we wzorze umowy w § 13 określił wynagrodzenie za przedmiot umowy i w ust. 3 wskazał, że wynagrodzenie to obejmuje wszystkie obowiązki Wykonawcy, niezbędne do zrealizowania robót ujętych w dokumentacji i specyfikacjach technicznych w tym m. in. wszelkie roboty przygotowawcze, porządkowe, zagospodarowanie placu budowy, koszty utrzymania zaplecza budowy (naprawy, woda, energia elektryczna, telefon, ogrodzenie tymczasowe, dozоровanie budowy itp.), obsługę geodezyjną, geologiczną, koszty niezbędnych badań i opinii wymaganych podczas odbioru końcowego robót, koszty zmiany organizacji ruchu – projekt organizacji ruchu, wyznaczenie objazdów, utrzymywanie oznakowania (znaki drogowe ustawione na czas wykonywania robót zgodnie z projektem organizacji ruchu powinny być min. II generacji) i koszty przywrócenie oznakowania do stanu pierwotnego itp., zaś w ust. 4 ustanowił, że wynagrodzenie jest niezmiennie do końca realizacji inwestycji z zastrzeżeniami – wyjątkami określonymi w § 14 omawianego umowy. W § 14 wzoru umowy przewidział sytuację obniżenia wynagrodzenia kosztorysowego w przypadku zmniejszenia przez Zamawiającego zakresu rzeczowego robót. W takiej sytuacji w ust. 2 wskazał, że podstawą do wyliczenia kwoty obniżenia wynagrodzenia kosztorysowego będą:

- a) faktycznie wykonany i obustronnie uzgodniony zakres robót
- b) ceny przyjęte w kosztorysie ofertowym stanowiącym załącznik nr 2 do wzoru umowy (dotyczy cen robocizny, materiałów, sprzętu, kosztów ogólnych, zysku).

§ 14 ust. 2 wzoru umowy jest jedynym miejscem w całej siwz, w którym wymienione zostały elementy kalkulacyjne składające się na kosztorys ofertowy. W tym miejscu poza cenami robocizny, materiałów i sprzętu wymienia Zamawiający także koszty ogólne i zysk. Zamawiający nie wymienia w siwz podziału kosztów ogólnych na koszty pośrednie i koszty zakupu.

Odwołujący sporządził kosztorys, zatytułowany kosztorysem szczegółowym, na stronie 36 oferty. Wymienia w nim 17 pozycji kosztorysowych odpowiadających w kolumnach od 1 – 6 treści przedmiaru robót załączonego do siwz. Pozostałe kolumny przedmiaru ofertowego to: krotność, cena jednostkowa, wartość netto, materiały, sprzęt i robocizna. W pozycji 3 kosztorysu pod nazwą „mechaniczne rozebranie podbudowy z kruszywa kamiennego o grub.

15 cm 1 824,6” Odwołujący podał następujące wartości liczbowe 1,0; 4,12; 7 512,35; 0,00; 4561,50; 1 824,60.

Izba ustaliła nadto, że zsumowanie kolumny wartość netto daje łączną kwotę 880 425,82 zł, zamiast wpisanej przez Odwołującego kwoty 880 430,82 zł.

W wartości netto występuje zatem różnica w sumowaniu o wielkości 5 zł.

Wartość podatku VAT o stawce 22% od ceny netto 880 425,82 zł wynosi 193 693,68 zł (a u Odwołującego jest 193 694,78 zł), co daje łączną wartość brutto 1 074 119,50 zł (a u Odwołującego 1 074 125,66 zł). W pozycji 3 kosztorysu ofertowego pomnożenie ceny jednostkowej 4,12 razy krotność 1 i razy 1824.600 m<sup>2</sup> daje wartość 7517,35 zł, a nie jak u Odwołującego 7 512, 35 zł, różnica wynosi zatem 5 zł wartości netto.

Izba dopuściła dowody z ogłoszenia o zamówieniu publicznym, specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami, wyjaśnień do siwz, protokołu postępowania wraz z załącznikami, oferty Odwołującego.

Izba wzięła pod uwagę stanowiska stron i ich pełnomocników zaprezentowane na rozprawie.

#### **Izba zważyła, co następuje:**

Izba stwierdza, że nie zachodzą przesłanki odrzucenia odwołania wymienione w art. 187 ust. 4 ustawy.

Izba stwierdza, że Odwołujący ma interes prawny w składaniu środków ochrony prawnej, gdyż zaoferował ofertę z najniższą ceną, a cena była jedynym kryterium oceny ofert i w przypadku uwzględnienia odwołania oferta Odwołującego ma szansę na uzyskanie zamówienia publicznego. Biorąc to pod uwagę, w przypadku potwierdzenia się zarzutów Odwołującego, działanie Zamawiającego zagroziło interesowi prawnemu Odwołującego i mógł on doznać uszczerbku w swoim interesie choćby przez utratę planowanych korzyści z uzyskania zamówienia publicznego.

Odnosnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ustawy przez nierówne traktowanie wykonawców oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez błędne jego zastosowanie i odrzucenie oferty, której treść jest zgodna z treścią siwz:

Izba uznaje zarzut za uzasadniony. Kwestię kosztorysowania na gruncie zamówień publicznych reguluje rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 18 maja 2004 r. w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym (Dz. U. Nr 130 poz.1389). Jednakże zgodnie z § 1 ust. 1 rozporządzenie określa metody i podstawy sporządzania kosztorysu inwestorskiego stanowiącego podstawę określenia wartości zamówienia na roboty budowlane oraz metody i podstawy obliczania planowanych kosztów prac projektowych i planowanych kosztów robót budowlanych stanowiących podstawę określenia wartości



zamówienia, którego przedmiotem jest zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych, a więc określa metody obliczenia wartości szacunkowej zamówienia publicznego, którego to obliczenia dokonuje Zamawiający zgodnie z art. 32 ust. 1 ustawy. Rozporządzenie zatem nie odnosi się do sposobów obliczania ceny przez wykonawców. Przeciwnie w art. 36 ust. 1 pkt 12 ustawy Zamawiający został zobligowany do wskazania wykonawcom sposobu obliczenia ceny. Zamawiający w przedmiotowej sprawie nie określił w sposób konkretny w siwz w rozdziale XV wymogów sporządzenia kosztorysu ofertowego szczegółowego w zakresie elementów kalkulacji ceny. Zamawiający elementy kalkulacyjne podał dopiero we wzorze umowy w § 14 ust. 2, który dotyczy sytuacji zmniejszenia zakresu robót na etapie wykonywania umowy oraz obniżenia w tym przypadku wynagrodzenia i sposobu obliczenia obniżonego wynagrodzenia. Również w tym paragrafie wzoru umowy Zamawiający odmiennie niż w zawiadomieniu o wyborze oferty najkorzystniejszej określa elementy kalkulacyjne ceny jednostkowej. W efekcie o elementach kalkulacyjnych, jakie powinny być zawarte w kosztorysie szczegółowym zainteresowani wykonawcy dowiedzieli się dopiero z zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty i w rozstrzygnięciu protestu. Wskazać należy, że fakt istnienia standardów kosztorysowania robót budowlanych nie przesądza o tym, że Zamawiający posługując się pojęciem funkcjonującym na rynku usług budowlanych, nie nada takiemu pojęciu odmiennego brzmienia. Zamawiający może określić własne wymogi dotyczące potrzebnych mu elementów kalkulacyjnych, a jeżeli oczekuje opracowania kosztorysu ofertowego w oparciu o określony standard, to powinien się do niego odwołać w siwz. Nawet profesjonalista nie ma prawa ani obowiązku dokonywać wykładni postanowień siwz. Zamawiający ma obowiązek zatem dbałości o precyzyjność, jasność i przejrzystość formułowanych postanowień, a w przypadku potrzeby dokonania wykładni wyjaśnić wszystkie wskazania jako autor. Wskazać należy, że szczegółowość kosztorysów może od siebie odbiegać z uwagi na różne poziomy agregacji składników cenotwórczych, a tym samym rozumienie pojęcia kosztorys szczegółowy może być różnie pojmowane przez różnych wykonawców, zwłaszcza w przypadku wykonawców nie posiadających siedziby na terenie Polski. W tej sytuacji Zamawiający nie może wymagać od wykonawców, aby uwzględnili zaproponowany przez niego w zawiadomieniu o wyborze oferty najkorzystniejszej sposób prezentacji ceny, skoro nie był on znany na etapie opracowywania ofert. Nie sposób także zgodzić się z twierdzeniem Zamawiającego, że inny sposób prezentacji ceny niż przez niego podany w zawiadomieniu uniemożliwia porównanie ofert. Sam Zamawiający wskazał, że obliczenie ceny w oparciu o przedmiar ma jedynie charakter orientacyjny, a dla oceny ofert będzie brał pod uwagę wartość brutto za całość przedmiotu zamówienia. Podnoszona przez Zamawiającego kwestia potrzeby badania czy oferta nie jest ofertą z rażąco niską ceną, nie jest argumentem zasadnym. Zamawiający nie ocenia ceny oferty na podstawie składników cenotwórczych, ale na podstawie stosunku ceny

ofertowej do wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia powiększonej o podatek VAT oraz stosunku tej ceny do innych złożonych ofert i w przypadku rażącej rozbieżności obowiązany jest wszcząć procedurę przewidzianą w art. 90 ustawy. Brak zatem informacji o kosztach pośrednich, kosztach zakupu oraz zysku nie stoi na przeszkodzie zbadania istnienia, bądź nie istnienia podstawy odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy. Zamawiający oczekując od wykonawców prezentacji ceny jednostkowej w sposób obejmujący koszty pośrednie, koszty zakupu i zysk powinien był to wyraźnie wskazać w siwz lub, w tym zakresie zobowiązać wykonawców do zastosowania rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 18 maja 2004 r. w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym. Nie dokonanie tego przez Zamawiającego nie może na obecnym etapie postępowania wywoływać negatywnych skutków dla wykonawców, którzy nie zastosowali się do niezwerbalizowanego oczekiwania Zamawiającego.

W tej sytuacji Izba uznała, że Zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy w związku z art. 7 ustawy i nieprawidłowo odrzucił ofertę Odwołującego.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy przez błędne jego zastosowanie i odrzucenie oferty, która zawiera błąd rachunkowy, który mógł być poprawiony w trybie art. 88 w związku z art. 87 ust. 2 ustawy:

Zarzut zasługuje na uwzględnienie, jako przyznany przez Zamawiającego w rozstrzygnięciu protestu. Błąd popełniony przez Odwołującego w pozycji 3 kosztorysu jest błędem opisanym w art. 88 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy. Zamawiający powinien był zauważyć, że iloczyn jednostki miary i ceny jednostkowej nie odpowiada obliczonej cenie tej pozycji, a tym samym powinien był przyjąć, że prawidłowo podano liczbę jednostek miar oraz cenę jednostkową i, że obliczona cena tej pozycji powinna wynosić 7 517,35 zł, a nie 7512,35 zł, a następnie działając w oparciu o art. 88 ust. 2 ustawy uwzględnić konsekwencje rachunkowe tej poprawki i zastosować tryb opisany w art. 87 ust. 2 ustawy, to jest zawiadomić o tym wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty i odczekać 7 dni od dnia otrzymania zawiadomienia przez Odwołującego na zgodę Odwołującego na dokonanie poprawki. Nie można podzielić stanowiska Przystępującego, że niedopuszczalne jest poprawianie omyłek w cenie jednostkowej netto, z uwagi na odesłanie w art. 2 pkt 1 ustawy do art. 3 ust. 1 ustawy o cenach, gdyż ustawodawca w art. 88 ustawy posługuje się pojęciami cena i cena jednostkowa. Ustawodawca nie zawarł definicji pojęcia ceny jednostkowej, a jedynie zdefiniował pojęcie ceny uznając, że zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy o cenach cena – rozumiana jako wynagrodzenie całkowite wykonawcy, jest wartością brutto. Przyjęcie

argumentacji Przystępującego uniemożliwiłoby zastosowanie art. 88 ustawy i czyniło przepis martwym.

Zamawiający zatem nieprawidłowo zastosował art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy i błędnie odrzucił z tej przyczyny ofertę Odwołującego.

Argumentacja Zamawiającego i Przystępującego dotycząca konieczności odrzucenia oferty z uwagi na rozbieżność w wartości podatku VAT słownie i liczbą nie może być przedmiotem rozpoznania Izby, z uwagi na granice badania interesu prawnego Odwołującego we wnoszeniu środków ochrony prawnej. Izba dokonuje analizy interesu prawnego w oparciu o ustalony stan faktyczny zaistniały w sprawie. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nie odrzucił oferty Odwołującego ze wskazanego na rozprawie powodu, Odwołujący również nie czynił z tego tytułu Zamawiającemu zarzutów, w tej sytuacji rozstrzygnięcie o potencjalnych przyszłych czynnościach lub zaniechaniach Zamawiającego mogłoby prowadzić do ograniczenia stron w możliwości wnoszenia środków ochrony prawnej.

Na marginesie jedynie Izba zauważa, że w przypadku dokonywania ponownego badania i oceny oferty Zamawiający ma obowiązek uwzględnić przepisy art. 87 ust. 2 ustawy oraz art. 88 ustawy.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji, uznając, że Zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy oraz art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy i art. 88 ust. 1 i 2 ustawy.

O kosztach rozstrzygnięto stosownie do wyników postępowania odwoławczego na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy, uwzględniając wniosek pełnomocnika Odwołującego o zwrot kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa prawnego z ograniczeniem do kwoty 3 600 zł. Zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128 poz.886) Izba zalicza uzasadnione koszty uczestników postępowania odwoławczego w wysokości określonej na podstawie rachunków złożonych do akt sprawy w maksymalnej wysokości 3 600 zł.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655) na niniejszy wyrok/~~postanowienie~~\* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Nowym Sączu**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....