

WYROK
z dnia 12 października 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Kisiel

Protokolant: Mateusz Zientak

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 10 października 2017 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 września 2017 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako **Konsorcjum firm: Impel T. S. „C.” Sp. z o. o. Sp. k. z siedzibą w W., C. S. Sp. z o. o. z siedzibą we W.** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Miasto C. z siedzibą w C.**,

przy udziale wykonawcy **P. Sp. z o.o. z siedzibą w B.**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,

1

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako **Konsorcjum firm: 1. I. T. S. „C.” Sp. z o. o. Sp. k. z siedzibą w W., 2. C. S. Sp. z o. o. z siedzibą we W. i:**

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako **Konsorcjum firm: I. T. S. „C.” Sp. z o. o. Sp. k. z siedzibą w W., C. S. Sp. z o. o. z siedzibą we W.** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako **Konsorcjum firm: I. T. S. „C.” Sp. z o. o. Sp. k. z siedzibą w W., C. S. Sp. z o. o. z siedzibą we W.** na rzecz zamawiającego **Miasto C. z siedzibą w C.** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 1579) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Katowicach**.

Przewodniczący:

.....

2

UZASADNIENIE

Miasto C. z siedzibą w C. (dalej: „Zamawiający”), prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2015, poz. 2164) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Dostosowanie budynku Urzędu Miasta w C. Rynek 1 do wymagań p.poż.”.

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

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych

pod numerem 543211-N-2017 w dniu 3 marca 2017 r.

W dnia 18 września 2017 r., drogą elektroniczną, Zamawiający poinformował wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako Konsorcjum firm: I. T. Strony „C.” Sp. z o. o. Sp. k. z siedzibą w W., C. S. Sp. z o. o. z siedzibą we W. (dalej: „Odwołujący” lub „Konsorcjum”), że ich oferta została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp z powodu niezgodnością treści oferty z treścią specyfikacja istotnych warunków zamówienia (dalej: „siwz” lub „specyfikacja”). W tym samym piśmie Zamawiający poinformował Odwołującego o wyborze najkorzystniejszej oferty za którą został uznana oferta wykonawcy P. Sp. z o.o. z siedzibą w B. (dalej: „P.” lub „Przystępujący”).

W dniu 25 września 2017 r. Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności Zamawiającego, polegających na odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz dokonaniu wyboru oferty wykonawcy P., mimo że zdaniem Odwołującego oferta tego wykonawcy nie była najkorzystniejsza w świetle ustalonych przez Zamawiającego kryteriów oceny ofert.

Konsorcjum zarzucało Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy:

1. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy, przez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;

3

2. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, przez wadliwe odrzucenie oferty Odwołującego;

3. art. 91 ust 1 ustawy, przez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wnosił o:

- uchylenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- nakazanie Zamawiającemu uchylenia czynności odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy;
- nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty.

W uzasadnieniu Odwołujący wyjaśniał, że Zamawiający wskazał, iż podstawą odrzucenia oferty jest brak załączenia do oferty kompletnych elementów kosztorysu tj. zestawienia robocizny, materiałów. Złożone z ofertą zestawienia materiałów i sprzętu zawierają informacje tylko w zakresie jednostki miary i ilości dla wyszczególnionych pozycji materiałów i sprzętu, nie zawierają natomiast istotnej i podstawowej składowej tj. cen jednostkowych i wartości poszczególnych pozycji. Brak cen jednostkowych we wskazanych wyżej zestawieniach uniemożliwia rozliczenie przedmiotu zamówienia zgodnie z formą przyjętą w siwz. W przypadku rozliczania inwestycji w formie kosztorysowej na podstawie kosztorysu powykonawczego, niezbędnymi elementami kosztorysu ofertowego opracowanego w formie uproszczonej są między innymi zestawienia materiałów i sprzętu zawierające ceny jednostkowe oraz wartości dla materiałów i sprzętu, co jest wiadome każdemu profesjonalnemu wykonawcy robót budowlanych.

Odwołujący podnosił, że Zamawiający wskazał także, że oferta złożona przez Odwołującego w postępowaniu została sporządzona w sposób niezgodny z wymaganiami siwz. Niezgodność ma charakter zasadniczy, przedmiotowo istotny i nieusuwalny. Zamawiający nie może w tym przypadku zastosować procedury wyjaśnienia treści oferty ani jej poprawienia na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Kosztorys ofertowy stanowi element oświadczenia woli wykonawcy. Brak złożenia z ofertą kosztorysu lub złożenia kosztorysu zawierającego błędy, braki lub wady nie podlega uzupełnieniu. Zamawiający nie może wezwać Odwołującego do uzupełnienia oferty w trybie art. 26 ust. 3 ustawy.

Odwołujący nie zgadzał się z taką decyzją Zamawiającego. Stwierdził, iż jego oferta została odrzucona z rażącym naruszeniem przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

4

Odwołujący wyjaśniał, że Zamawiający w pkt 4.2 rozdziału VI siwz wymagał załączenia do oferty kosztorysu ofertowego, wykonanego na podstawie załączonego przedmiaru, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót oraz dokumentacji projektowej przy czym, w przypadku załączenia kosztorysu uproszczonego - należało do niego dołączyć zbiorcze zestawienie robocizny, materiałów i sprzętu - co w przypadku Odwołującego zostało

wykonane. Zamawiający jednocześnie nie określił żadnego wzorca takiego kosztorysu ani zestawienia. Oczywistym zatem było, że formę takiego kosztorysu oraz zestawienia, pozostawia w gestii wykonawcy. Skoro zatem dokumenty te miały być sporządzone na podstawie przedmiaru, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót oraz dokumentacji projektowej, a postanowienia projektu umowy w § 3 jasno określają, że wynagrodzenie ma być płatne na podstawie cen jednostkowych, określonych w kosztorysie (z tym, że za prace nie wykonane - co oczywiste - zapłata nie nastąpi.) Wykonawca winien był przedstawić wspomniane dokumenty w takiej formie, aby Zamawiający mógł bezsprzecznie stwierdzić, czy Wykonawca oferuje przedmiot zamówienia zgodny z jego wymaganiami oraz jaka będzie cena jednostkowa, po której Zamawiający rozliczał się będzie z wykonawcą z każdej z wykonanych robót/prac/czynności.

Odwołujący podnosił, że z załączonego przez niego do oferty kosztorysu wynika wprost co jest przedmiotem jego oferty oraz jaka jest cena jednostkowa każdej z prac. Odwołujący podkreślał, że wnikliwie przeanalizował opis przedmiotu zamówienia, co w konsekwencji skutkowało bardzo dokładnym przygotowaniem kosztorysu w zakresie wskazania wszystkich aspektów cenotwórczych tj. podstawy wyceny, opis, jednostki miar, ilość, cena oraz wartość jednostkowa. W każdej kolejnej pozycji kosztorysowej określono, że konkretne roboty zawierają konkretne koszty robocizny, materiałów i użytego sprzętu. W konsekwencji Zamawiający nie ma podstaw do twierdzenia, że oferta jest niezgodna z treścią siwz.

Odwołujący wskazywał, że odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy nie obejmuje przypadków uchybień formalnych, wyrażających się w odmiennym od oczekiwanego przez Zamawiającego sposobie prezentowania informacji w ofercie. Zdaniem Konsorcjum trudno uznać, że Odwołujący zaprezentował w odmienny sposób informacje od tego, czego Zamawiający oczekiwał, gdyż Zamawiający nie wyraził żadnych szczególnych oczekiwań w tym zakresie — poza posłużeniem się ogólnymi sformułowaniami o dokumentach, stanowiących podstawę do sporządzenia kosztorysu i zestawień.

Odwołujący podkreślał, iż postępowanie o zamówienie publiczne stanowi mechanizm służący wyborowi wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa, co z perspektywy

5

Zamawiającego sprowadza się do analizy oferty, rozumianej jako oświadczenie woli wykonania zamówienia w sposób zaprezentowany w postępowaniu. Zatem to oświadczenie, podlega ocenie przez pryzmat zgodności z siwz. Uznanie, wbrew temu oświadczeniu, że przedmiot nie spełnia wymagań stawianych treścią siwz, wymaga uzyskania co do tego całkowitej pewności; nie może opierać się na dedukcji czy domysłach. Ponadto, w myśl art. 140 ust. 1 i 3 ustawy, przedmiot dostarczony na etapie wykonywania umowy musi być tożsamy z tym, jaki wykonawca zobowiązał się dostarczyć w ofercie, ten zaś musi odpowiadać określeniu przedmiotu zamówienia zawartemu w specyfikacji. Zgodnie z tym przepisem, zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie, przy czym umowa podlega unieważnieniu w części wykraczającej poza określenie przedmiotu zamówienia zawarte w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W ocenie Konsorcjum w niniejszym przypadku Zamawiający, na podstawie załączonego przez Odwołującego kosztorysu, może bez żadnego problemu na etapie oceny ofert ustalić, ile są warte faktycznie wykonane przez wykonawcę roboty (a więc robocizna, materiały i użyty sprzęt), nie narażając się przy tym na ewentualne zarzuty o niecelowości poniesionych wydatków, niegospodarności, itd. (zarzuty z art. 44 ustawy o finansach publicznych). Podkreślić należy szczególnie, że Zamawiający otrzymał wraz z ofertą wszystkie dane, które po pierwsze - pozwalają mu ocenić, czy zakres proponowanych przez wykonawcę robót (w tym użytych materiałów i sprzętu) jest zgodny z jego wymaganiami, a po drugie — otrzymał precyzyjne wyliczenia, ile będzie wykonawcy płacił za każdą z wykonanych prac.

W opinii Konsorcjum oferta złożona przez Odwołującego została przygotowana zgodnie z wymaganiami przedstawionymi w siwz. Ewentualne uwagi Zamawiającego, co do formy zestawień, które są wyłącznie pomocniczymi dokumentami jako, że w kosztorysie wyceniono wszystkie prace (w tym robocizną, materiały i użyty sprzęt), nie mogą skutkować odrzuceniem oferty z powodu jej niezgodności z treścią siwz. W skrajnym przypadku niezwykle rygorystycznego podejścia Zamawiającego - można by to uznać wyłącznie za uchybienia formalne, które nie mają żadnego wpływu na treść złożonej oferty, choć, podkreślenia wymaga, że w tym przypadku trudno mówić o jakichkolwiek uchybieniach- nawet

formalnych - skoro forma nie została przez Zamawiającego określona.

Odwołujący wskazywał, że - po pierwsze - skoro na jego ofertę składał się szereg dokumentów charakteryzujących zobowiązanie, to przesądzenie przez Zamawiającego kwestii zgodności/niezgodności oferty z treścią siwz wymagało ich całościowej analizy i interpretacji,

6

nie zaś - jak to uczynił Zamawiający w niniejszym postępowaniu - fragmentarycznej oceny wybranego dokumentu. Uznanie stanowiska zaprezentowanego przez Zamawiającego w treści pisma z odrzuceniem oferty Odwołującego za uzasadnione, doprowadziłoby do absurdalnej sytuacji, w której oferta Odwołującego podlegałaby odrzuceniu wyłącznie na tej podstawie, że określona informacja nie została zamieszczona w określonym miejscu.

W związku z tym zdaniem Odwołującego należy mieć na względzie, że - po drugie - odrzucenie oferty na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy nie obejmuje przypadków uchybień formalnych, wyrażających się chociażby w odmiennym od oczekiwanego przez Zamawiającego sposobie prezentowania informacji w ofercie, tym bardziej, że Zamawiający nie wyraził oczekiwanego sposobu prezentacji informacji,.

Odwołujący stwierdził, że dokumenty kosztorysowe (kosztorys i zestawienia) nie są dotknięte żadnymi brakami, więc odrzucenie oferty Odwołującego jest całkowicie nieuzasadnione. Z kosztorysu dołączonego bowiem do oferty, interpretowanego w kontekście oferty jako pewnej całości, czyli wszystkich dokumentów składających się na jego ofertę, wynikają wszystkie niezbędne informacje, umożliwiające Zamawiającego jej pełną ocenę. Odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z powodu sprzeczności treści oferty z treścią siwz, odnosi się do merytorycznej sprzeczności pomiędzy obu dokumentami - ofertą i siwz, na co wskazuje użyte dwukrotnie w tym przepisie przez ustawodawcę słowo "treść". W szczególności, z żadnego z postanowień przytoczonych przez Zamawiającego nie wynikało, że nie będzie w stanie dokonać rozliczeń za rzeczywiście wykonane roboty. W postanowieniach tych zabrakło odesłań, z których wynikałoby jasne i wyraźne wskazanie, że przedstawiony przez Odwołującego kosztorys jest wadliwy, gdyż nie uwzględnia konkretnego zakresu robót wynikającego z opisu przedmiotu zamówienia. Być może taki sposób rozliczenia na podstawie samego „zestawienia materiałów i sprzętu”, jak Zamawiający zaprezentował w uzasadnieniu odrzucenia, był objęty jego zamiarem. Jednakże, w ocenie Odwołującego, ewentualne intencje Zamawiającego nie znalazły odzwierciedlenia w treści siwz, która była jedynym źródłem obowiązków wykonawców, na podstawie którego można by ocenić charakter brakujących informacji. W konsekwencji należało przyznać, że złożone przez Odwołującego „zestawienia materiałów i sprzętu” miały jedynie charakter pomocniczy i informacyjny dla kosztorysu głównego, który w sposób całościowy objął sposób rozliczenia między stronami wszystkich składników cenotwórczych. Zdaniem Konsorcjum podkreślić należy, iż Zamawiający nie kwestionował w żadnej mierze złożonego przez Odwołującego kosztorysu, potwierdzając tym samym, iż ten kosztorys został przygotowany prawidłowo przez Odwołującego w sposób zgodny z postanowieniami specyfikacji.

7

Wobec bezzasadnego odrzucenia oferty Odwołującego, w ocenie Konsorcjum, Zamawiający naruszył także przepis art. 91 ust. 1 ustawy, gdyż dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej z pominięciem oferty Odwołującego, która - w świetle kryteriów oceny ofert - była ofertą korzystniejszą od oferty wybranej.

W toku posiedzenia z udziałem stron do Izby ze strony Zamawiającego wpłynęła odpowiedź na odwołanie w której Zamawiający wnosił o oddalenie odwołania w całości jako bezzasadnego. W uzasadnieniu wyjaśniał, że:

1. Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 i ust.3 Pzp jest chybiony

Zamawiający twierdził, że prowadząc przedmiotowe postępowanie i oceniając każdą ofertę kierował się tymi samymi, jednakowymi kryteriami, warunkami udziału w postępowaniu, wymaganiami co do przedmiotu, jakie ma spełnić przedmiot oferowany przez wykonawcę. Odwołujący nie przedłożył żadnych dowodów, iż Zamawiający naruszył zasadę konkurencji dokonując wyboru najkorzystniejszej oferty.

2. Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp jest chybiony.

Zamawiający wskazywał, że prowadząc postępowanie nie naruszył ww. przepisu. Zamawiający wyjaśniał, że podstawą odrzucenia oferty Odwołującego był brak załączenia do oferty kompletnych elementów kosztorysu tj. zestawienia materiałów i sprzętu wraz z cenami jednostkowymi. Złożone z ofertą zestawienia materiałów i sprzętu zawierały informacje tylko w zakresie jednostki miary i ilości dla wyszczególnionych pozycji materiałów i sprzętu, nie zawierały natomiast istotnej i podstawowej składowej tj. cen jednostkowych i wartości poszczególnych pozycji. Zamawiający w specyfikacji, w części XIV - opis sposobu obliczenia ceny, określił w sposób jednoznaczny, że w przedmiotowym postępowaniu przyjmuje się formę rozliczenia kosztorysowego. W projekcie umowy stanowiącym integralną część siwz, w § 3 ust. 1 i 2, został również określony sposób rozliczenia wykonanych robót, tj.: "1. Wykonawcy przysługuje od Zamawiającego wynagrodzenie kosztorysowe za przedmiot zamówienia na podstawie cen jednostkowych, według kosztorysu ofertowego Wykonawcy, którego całkowita wartość na dzień otwarcia ofert wynosi..... 2. Za roboty niewykonane, jako zbędne, choć objęte kosztorysem ofertowym, przedmiotem robót oraz specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót, wynagrodzenie nie przysługuje".

8

Zamawiający wskazywał, że brak cen jednostkowych we wskazanych wyżej zestawieniach uniemożliwia rozliczenie przedmiotu zamówienia zgodnie z formą przyjętą w siwz. W przypadku rozliczania inwestycji w formie kosztorysowej na podstawie kosztorysu powykonawczego, niezbędnymi elementami kosztorysu ofertowego opracowanego w formie uproszczonej są między innymi zestawienia materiałów i sprzętu zawierające ceny jednostkowe oraz wartości dla poszczególnych materiałów i sprzętu, co jest wiadome każdemu profesjonalnemu wykonawcy robót budowlanych.

Zamawiający wyjaśnił, niezgodność sporządzonej przez Odwołującego oferty z siwz ma charakter zasadniczy, przedmiotowo istotny i nieusuwalny. Zamawiający nie może w tym przypadku zastosować procedury wyjaśnienia treści oferty ani jej poprawienia na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Kosztorys ofertowy stanowi element oświadczenia woli Wykonawcy. Brak złożenia z ofertą kosztorysu lub złożenia kosztorysu zawierającego błędy, braki lub wady nie podlega uzupełnieniu. Zamawiający nie może wezwać Odwołującego do uzupełnienia oferty w trybie art. 26 ust. 3 ustawy.

Zamawiający podnosił, że w pkt 4.2 rozdziału XV siwz wymagał aby „Kosztorys ofertowy wykonany był na podstawie załączonego przedmiaru, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót oraz dokumentacji projektowej (załączniki nr 8, 9 i 10 do siwz). Do kosztorysu uproszczonego należy załączyć zbiorcze zestawienie robocizny, materiałów i sprzętu.”

Osią sporu w sprawie jest zakres informacji wynikających z zestawienia robocizny, materiałów i sprzętu, którego wymagał Zamawiający oraz sposób jego sporządzenia. Odwołujący twierdzi, iż załączenie samego ww. zestawienia bez podania cen jednostkowych stanowi o tym, iż złożył ofertę zgodnie z wymaganiami siwz, bowiem Zamawiający nie wskazał wzorca sporządzenia kosztorysu ofertowego.

Zamawiający twierdził, iż dowolność formy sporządzenia kosztorysu ofertowego nie oznacza, iż Odwołujący miał prawo pominąć wycenę istotnych dla Zamawiającego składników cenotwórczych dot. robocizny, materiałów i sprzętu. Wykonawca mógł przedłożyć szczegółowy kosztorys ofertowy pełny, który zawiera wszystkie ceny jednostkowe robocizny, materiałów i sprzętu albo przy kosztorysie uproszczonym - zgodnie z siwz zbiorcze zestawienie robocizny, materiałów i sprzętu, które zawiera ceny jednostkowe.

Zamawiający wskazywał, iż kosztorys ofertowy jest dokumentem finansowym a zestawienie robocizny, materiałów i sprzętu stanowi jego składnik o charakterze cenotwórczym. Cena jednostkowa pozycji przedmiaru jest ceną dla określonego w danej pozycji rodzaju robót, na którą składają się: wartość robocizny, wartość materiałów oraz

9

wartość pracy sprzętu wliczone jako iloczyn nakładów rzeczowych wynikających z obowiązujących norm i cen jednostkowych odpowiednio: roboczogodziny, zastosowanych materiałów i maszynogodziny sprzętu powiększona odpowiednio o narzuty kosztów zakupu, kosztów pośrednich i zysku. Zatem dopiero zestawienie robocizny, materiałów i sprzętu zawierające ceny jednostkowe oraz narzuty łącznie z uproszczonym kosztorysem ofertowym

odzwierciedlają sposób obliczenia ceny - kalkulacji ofertowej, co ma istotne znaczenie przy rozliczeniu zadania dla Zamawiającego.

Zamawiający zauważał, iż każdy wykonawca, który sporządza kosztorys ofertowy przy informacji, iż inwestycja rozliczana będzie kosztorysowo wie, iż kosztorys musi zawierać wszystkie niezbędne elementy ceny - wszystkie ceny jednostkowe robocizny, materiałów i sprzętu. Ponadto Zamawiający nigdy od momentu wprowadzenia zapisu w siwz nie spotkał się z wątpliwościami wykonawców w tym zakresie. Nikt z wykonawców nie zadał pytania: czy przy wynagrodzeniu kosztorysowym jeśli wymagane jest dołączenie do oferty kosztorysu uproszczonego czy zestawienia robocizny, materiału i sprzętu musi zawierać ceny jednostkowe czy nie. Praktyka pokazała, iż zapis jest zrozumiały, jednoznaczny i oczywisty dla wykonawców. Nie zdarzył się w doświadczeniu Zamawiającego przypadek, aby zostały złożone z kosztorysem ofertowym zestawienia robocizny, materiałów i sprzętu zawierały tylko jednostkę miary i ilości.

Zamawiający podnosił, iż nie istnieje regulacja ustawowa, która opisywałaby zasady sporządzania kosztorysu ofertowego. Istnieje natomiast regulacja prawna w formie rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 18 maja 2004 roku 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) - dalej: „rozporządzenie w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym”, która określa sposób kalkulacji szczegółowej, a który może stanowić w drodze analogii potwierdzenie należytego ustalenia wszystkich kosztów, poszczególnych cen jednostkowych nakładów rzeczowych robocizny, materiałów i pracy sprzętu.

Zgodnie z § 4 ust. 1 ww. rozporządzenia: „Kalkulacja szczegółowa ceny jednostkowej polega na określeniu wartości poszczególnych nakładów rzeczowych (tj. — jednostkowych nakładów rzeczowych robocizny, materiałów i pracy sprzętu) (kosztów bezpośrednich) oraz doliczeniu narzutów kosztów pośrednich i zysku, według wzoru:

10

$$C = \sum n \times c + K_j p_j + Z_j$$

gdzie:

C_j - cena jednostkowa określonej pozycji przedmiarowej;

n - jednostkowe nakłady rzeczowe: robocizny - n , materiałów $r - n$, pracy sprzętu $m - n s$;

c - cena czynników produkcji: robocizny - C , ceny materiałów $r - C$, ceny pracy sprzętu $m - C s$;

$n \times c$ - koszty bezpośrednie jednostki przedmiarowej robót, według wzoru:

$$n \times c = (\sum n_r \times C + \sum n + \sum n_{r m} \times C_{m s} \times C_s)$$

Zdaniem Zamawiającego kalkulacja szczegółowa ceny jednostkowej pozycji przedmiarowej wymaga podania cen jednostkowych — kosztu robocizny, kosztu materiału i kosztu sprzętu. Ponadto Zamawiający zauważał, że każdy program kosztorysowy zawiera zestawienie robocizny, materiałów i sprzętu wraz z cenami jednostkowymi.

Zamawiający dokonał próby sporządzenia kosztorysu ofertowego w programie kosztorysowym na podstawie, którego przygotowana została oferta Odwołującego N. i ustalił, iż program zawsze generuje zestawienie robocizny, materiałów i sprzętu wraz z cenami jednostkowymi. Dopiero eksport sporządzonego kosztorysu do innego programu np. do EXELA powoduje, iż pewne elementy można pominąć.

Zdaniem Zamawiającego, przygotowane przez Odwołującego zestawienia robocizny, materiałów i sprzętu dołączone z uproszczonym kosztorysem ofertowym do oferty pierwotnie zawierały najprawdopodobniej ceny jednostkowe i wartości dla poszczególnych pozycji, o czym świadczy podanie w ostatniej linii dołączonych do oferty przez Odwołującego zestawień kwoty słownie, tj. dla kosztorysu na roboty budowlane odpowiednio: osiemdziesiąt pięć tysięcy dwieście szesnaście i 23/100 zł dla robocizny, jeden milion sto siedemdziesiąt osiem tysięcy dziewięćset sześćdziesiąt siedem i 89/100 zł dla materiałów i trzy tysiące sto pięćdziesiąt jeden i 39/100 zł dla sprzętu. W przypadku kosztorysów na roboty elektryczne zestawienia robocizny, materiałów i sprzętu sporządzone są w sposób analogiczny. Brak kolumn obejmujących ceny jednostkowe i wartości może być wynikiem nie sprawdzenia kompletności wydruku wszystkich stron kosztorysu np. zakresu wydruku lub pominięcia przez Odwołującego

tych kolumn.

Mając powyższe na uwadze, Zamawiający nie zgadzał się z Odwołującym, który twierdzi w odwołaniu, iż wnikliwa analiza opisu przedmiotu zamówienia „skutkowała bardzo dokładnym przygotowaniem kosztorysu w zakresie wskazania wszystkich aspektów

11

cenotwórczych tj. podstawy wyceny, opisu, jednostki miar, ilości oraz wartości jednostkowej a w szczególności, iż w każdej kolejnej pozycji kosztorysowej określono konkretne roboty zawierające konkretne koszty robocizny, materiałów i użytego sprzętu”.

Zamawiający podnosił, iż określenie wysokości wynagrodzenia wraz z wszystkimi cenami jednostkowymi przy wynagrodzeniu kosztorysowym stanowi essentialia negotii umowy o roboty budowlane, stosownie do art. 647 Kodeksu cywilnego. Kosztorys ofertowy wykonawcy złożony w postępowaniu to wprost oferta. Stanowi więc istotny element oświadczenia woli wykonawcy na etapie składania ofert, a nie spełnia on tylko charakteru pomocniczego i informacyjnego. Zamawiający uważał, iż zestawienie materiałów i sprzętu z cenami jednostkowymi ma dla niego istotne znaczenie dla postępowania oraz zawarcia ważnej umowy. Wymaganie załączenia tego zestawienia służyło nie tylko ocenie oferty w zakresie ilości zastosowanego materiału ale także zgodności cenowej.

Ponadto, Zamawiający wskazywał, iż wymaganie przedmiotowego zestawienia na etapie złożenia oferty ma istotne znaczenie dla prawidłowej realizacji przyszłej umowy, w szczególności jej rozliczenia. Zamawiający wyjaśniał, iż nie będzie mógł prawidłowo rozliczyć tych prac bez w/w zestawienia. Należy w tym miejscu wskazać, że w § 3 ust. 1 wzoru umowy (Załącznik nr 1 do siwz) Zamawiający przewidział, iż wykonawcy przysługuje wynagrodzenie za wykonane roboty budowlane ustalone według kosztorysu ofertowego sporządzonego przez wykonawcę. Powyższy zapis dotyczy kosztorysu ofertowego przedkładanego na etapie składania ofert, a nie kosztorysów szczegółowych wykonawczych. Żądanie dodatkowego uszczegółowienia poprzez złożenie kosztorysów szczegółowych wynika z potrzeby zabezpieczenia się przed manipulacją cenami oraz ilościami na etapie rozliczania inwestycji. Dla uniknięcia tego rodzaju sytuacji niezbędnym jest wcześniejsze przedstawienie przez wykonawcę zestawienia cen robocizny, materiałów i sprzętu

- już na etapie złożenia oferty.

Zamawiający nie zgadzał się z twierdzeniem Odwołującego jakoby wraz z ofertą otrzymał wszystkie wymagane przez Zamawiającego dane. Dołączenie zestawienia materiałów i sprzętu bez wskazania cen jednostkowych, nie realizuje opisanego wymogu dostarczenia wszystkich żądanych danych. Tym samym Zamawiający nie zgadzał się również z twierdzeniem Odwołującego, że dokumenty kosztorysowe zestawienia robocizny, materiałów, sprzętu nie są dotknięte żadnymi brakami. Zestawienia robocizny, materiałów i sprzętu bez poszczególnych cen jednostkowych stanowią niezgodność z treścią siwz, która w przedmiotowym postępowaniu nie ma charakteru formalnego. Zamawiający zauważał, iż ww. zestawienia w połączeniu z kosztorysem ofertowym stanowią treść oferty w zakresie sposobu obliczenia ceny - kalkulacji ofertowej. Nieujęcie w ofercie stawek cen jednostkowych

12

poszczególnych pozycji robocizny, materiałów, pracy i sprzętu w sposób jednoznaczny w treści oferty, przy przyjętym wynagrodzeniu kosztorysowym w ogóle uniemożliwia Zamawiającemu rozliczenie zadania w przypadku zmniejszenia lub zwiększenia zakresu robót. Oferta nie odpowiada zatem treści siwz.

Ponadto Zamawiający wskazywał, iż Odwołujący założył hipotetyczny, idealny, nie zdarzający się w praktyce przypadek wykonania robót budowlanych wyłącznie zgodnie z opisem poszczególnych pozycji przedmiaru i odpowiednio kosztorysu ofertowego. W rzeczywistości zawsze występują sytuacje, a szczególnie w przypadku obiektu zabytkowego jakim jest budynek Urzędu Miasta C. - objęty postępowaniem, w których występuje konieczność zmiany zakresu lub sposobu wykonania danego rodzaju robót na skutek zaistniałych w trakcie realizacji zamówienia okoliczności. I tak przykładowe pozycje kosztorysowe, których Zamawiający podał, iż wymaga wykonania:

- Wykonanie pasów tynków zwykłych kategorii III na zamurowanych bruzdach na murach z cegieł lub ścianach z betonu, bruzdy uprzednio zamurowane cegłą lub dachówką, pas do 30 cm — w ilości 10 m, zgodnie z KNR 401 /705/2 (określający sposób wyliczenia tej pozycji przyjęty przez Odwołującego) wartość pozycji kosztorysu

wynosi 146,50 zł.

W przypadku wystąpienia konieczności wykonania pasów tynków zwykłych kategorii III na zamurowanych bruzdach na murach z cegieł lub ścianach z betonu, bruzdy uprzednio zamurowane cegłą lub dachówką, pas do 50 cm — w ilości 10 m, zgodnie z KNR 401/705/3 (określający sposób wyliczenia tej pozycji jaki powinien być przyjęty) wartość pozycji kosztorysu wynosi 173,80 zł.

- Ściany budynków 1-kondygnacyjnych z pustaków ceramicznych Porotherm P+W (pióro i wpust), ściana do 4,5 m, grubość 18,8 cm — w ilości 10 m², zgodnie z KNR 27/160/1 (określający sposób wyliczenia tej pozycji przyjęty przez Odwołującego) wartość pozycji kosztorysu wynosi 510,40 zł.

W przypadku wystąpienia konieczności wykonania tego rodzaju robót, lecz o innej grubości ściany budynków 1-kondygnacyjnych z pustaków ceramicznych Porotherm P+W (pióro i wpust), ściana do 4,5 m, grubość 25 cm ilości 10 m², zgodnie z KNR 27/160/2 (określający sposób wyliczenia tej pozycji jaki powinien być przyjęty) wartość pozycji kosztorysu wynosi 626,00 zł.

- Przewody kabelkowe układane na gotowych uchwytach bezśrubowych w korytkach i na drabinkach i na drabinkach z umocowaniem pojedynczo, powłoka poliwinilowa, łączny przekrój żył do 6 mm² Cu, 12 mm² AL — w ilości 10 m, zgodnie z KNR 508/206/1 (określający sposób wyliczenia tej pozycji jaki powinien być przyjęty) wartość pozycji kosztorysu wynosi 17,30 zł.

KNR 508/214/1 (określający sposób wyliczenia tej pozycji przyjęty przez Odwołującego) wartość pozycji kosztorysu wynosi 28,20 zł.

W przypadku wystąpienia konieczności wykonania tego rodzaju robót, lecz w inny sposób, np. przewody izolowane jednożyłowe układane w gotowych korytkach, przewody do 2,5 mm² — w ilości 10 m., zgodnie z KNR 508/206/1 (określający sposób wyliczenia tej pozycji jaki powinien być przyjęty) wartość pozycji kosztorysu wynosi 17,30 zł.

Odwołujący nie uwzględnił okoliczności, które zasygnalizował Zamawiający powyżej, opisując wykonanie prac - czynności, których wartość przy rozliczeniu powykonawczym może nie być możliwa do wyliczenia na podstawie tylko zwiększenia lub zmniejszenia obmiaru, co sugeruje Odwołujący (przykładowe pozycje kosztorysowe w załączeniu). Należy zaznaczyć, że Zamawiający przewidział w zmianach do umowy zmniejszenie wartości umowy wynikające z robót niewykonanych lub zmianę zakresu rzeczowego.

Zamawiający zauważał, iż istotne jest, iż po zawarciu umowy pozycja Zamawiającego jest już całkowicie inna. Jeżeli więc Zamawiający wymagał, by w zakresie oferty wykonawcy znalazło się zestawienie robocizny, materiałów i sprzętu (które jako element kosztorysu zawsze zawiera ceny jednostkowe), któremu mocą postanowień siwz nadał istotną rangę to zaniechanie opracowania wyceny na poziomie szczegółowości wynikającym z treści siwz stanowi brak należytego sprecyzowania przez Odwołującego treści oferty.

Zdaniem Zamawiającego brak przedmiotowego zestawienia materiałów i sprzętu z cenami jednostkowymi powoduje w konsekwencji, że treść oferty Odwołującego nie odpowiadała treści specyfikacji, co stanowiło przesłankę do jej odrzucenia, stosownie do art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Przedmiotowa niezgodność ma charakter nieusuwalny, a dopuszczenie do uzupełnienia zestawienia oznaczałoby przyzwolenie na sprecyzowanie oferty zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, już po upływie terminu składania ofert, co prowadziłoby do nierównego potraktowania wykonawców biorących udział w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

W ocenie Zamawiającego Odwołujący uchybił przedmiotowemu obowiązkowi dołączając do kosztorysu ofertowego zestawienie materiałów i sprzętu bez jego cen jednostkowych, zatem sporządził kosztorys ofertowy wadliwie. Zaistniała merytoryczna niezgodność z siwz co zobowiązywało Zamawiającego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp do odrzucenia oferty Odwołującego jako niezgodnej z siwz.

3. Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 91 ust.1 Pzp poprzez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej jest chybiony

W opinii Zamawiającego zarzut jest nietrafny bowiem, wbrew twierdzeniom Odwołującego, oferta wykonawcy P. po przeprowadzeniu badania ofert jest ofertą najkorzystniejszą spośród złożonych w postępowaniu ofert. W ocenie zgodnej z przyjętymi

kryteriami ofert uzyskała maksymalną ilość punktów 100 %, zatem wybór dokonany został prawidłowo.

W dniu 10 października 2017 r. w toku niejawnego posiedzenia Izby z udziałem Stron Izba stwierdziła, że do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego skutecznie przystąpił wykonawca Proconect. Wykonawca w toku posiedzenia złożył pismo procesowe, w którym wnosił o oddalenie odwołania jako niezasadnego.

Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez Zamawiającego, dowody, odpowiedź na odwołanie oraz stanowiska i oświadczenia Stron a także Przystępującego złożone na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy. Odwołujący złożył ofertę w ramach prowadzonego postępowania, która w świetle obowiązujących kryteriów oceny ofert, mogłaby być uznana za najkorzystniejszą. Odwołujący wykazał w ten sposób, że może ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów Pzp, gdyż pozbawiony został możliwości uzyskania odpłatnego zamówienia publicznego, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

Po dokonaniu oceny zarzutów podniesionych w odwołaniach Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

15

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z pkt VI.4.2 siwz do oferty należało załączyć „Kosztorys ofertowy wykonany na podstawie załączonego przedmiaru, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót oraz dokumentacji projektowej (załączniki nr 8, 9 i 10 do SIWZ). **Do kosztorysu uproszczonego należy załączyć zbiorcze zestawienie robocizny, materiałów i sprzętu**”.

W pkt XIV siwz - Opis sposobu obliczenia ceny - podano m. in.:

1. „Przyjmuje się wynagrodzenie kosztorysowe. (...) 3. Kosztorys ofertowy można sporządzić w sposób uproszczony lub szczegółowy. Do kosztorysu uproszczonego należy załączyć zbiorcze zestawienie robocizny, materiałów i sprzętu. Podane przedmiary katalogi stanowią jedynie podstawę do szczegółowego opisu robót, a kosztorys ofertowy może być opracowany na innych podstawach dowolnie przyjętych przez Wykonawcę. Zamawiający dopuszcza korektę nakładów podanych w katalogach, przez wprowadzenie współczynników zmniejszających lub zwiększających nakłady. Nie dopuszcza się uwzględniania upustów”.

W § 3 ust. 1 i 2 wzoru umowy - stanowiącym załącznik do siwz - Zamawiający sprecyzował: „1. Wykonawcy przysługuje od Zamawiającego wynagrodzenie kosztorysowe za przedmiot zamówienia na podstawie cen jednostkowych, według kosztorysu ofertowego Wykonawcy, którego całkowita wartość na dzień otwarcia ofert wynosi: zł brutto (słownie: 00/100) w tym podatek VAT w wysokości 2. Za roboty niewykonane, jako zbędne, choć objęte kosztorysem ofertowym, przedmiarem robót oraz specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót, wynagrodzenie nie przysługuje”.

Z ustaleń Izby wynika, że Odwołujący załączył do oferty kosztorysy ofertowe, zawierające następujące kolumny: „Lp.”, „Podstawa wyceny”, „Opis”, „Jednostka miary”, „Ilość”, „Cena”, „Wartość”. Złożone z ofertą zestawienia materiałów i sprzętu zawierają informacje tylko w zakresie jednostki miary i ilości dla wyszczególnionych pozycji materiałów i sprzętu, nie zawierają natomiast składnika tj. ceny jednostkowe i wartości poszczególnych pozycji.

16

Przytaczając, zgodnie z wymaganiami art. 196 ust. 4 Pzp, przepisy stanowiące podstawę prawną zapadłego rozstrzygnięcia, a których naruszenie przez Zamawiającego zarzucał Odwołujący, wskazać należy, że zgodnie z art. 7 ust. 1 Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Według art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Natomiast art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy stanowi, że Zamawiający poprawia w ofercie omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty.

Natomiast przepis art. 91 ust. 1 Pzp stanowi, że Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W rozpoznawanej sprawie Izba stwierdziła niezgodność treści oferty Odwołującego z treścią specyfikacji w aspekcie braków cen jednostkowych oraz wartości poszczególnych pozycji w zbiorczym zestawieniu robocizny, materiałów i sprzętu. Zdaniem Izby w tym zakresie oferta Konsorcjum została sporządzona w sposób wadliwy, który nie może być konwalidowany na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

W ocenie Izby z zacytowanej powyżej treści specyfikacji jasno wynika, że Zamawiający oczekiwał przedstawienia wraz z ofertą kosztorysu ofertowego, który miał być sporządzony w sposób uproszczony lub szczegółowy.

Izba potwierdza, że brak jest materii ustawowej, która regulowałaby zasady sporządzania kosztorysu ofertowego. Za trafne należy uznać odwołanie się przez Zamawiającego do przepisów rozporządzenia w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym. Zdaniem Izby sposób kalkulacji szczegółowej, zawarty w rozporządzeniu, w oczywisty sposób, może stanowić w drodze analogii potwierdzenie należytego ustalenia wszystkich kosztów poszczególnych cen jednostkowych nakładów rzeczowych robocizny, materiałów i pracy sprzętu.

17

W związku z tym, jeśli chodzi o kosztorys w formie szczegółowej stwierdzić należy, że dla każdej pozycji podstawy wyceny zostaje podany w ramach danej pozycji koszt poszczególnych materiałów, robocizny i sprzętu. Natomiast w przypadku kosztorysu uproszczonego, jak sama nazwa wskazuje, mamy do czynienia z podaniem ogólnych informacji, w zakresie ilości, ceny i całkowitej wartości danej pozycji kosztorysowej.

W tym zakresie za pomocne i wiarygodne należy uznać wyjaśnienia Zamawiającego który wskazywał, że „cena jednostkowa pozycji przedmiaru jest ceną dla określonego w danej pozycji rodzaju robót, na którą składają się: wartość robocizny, wartość materiałów oraz wartość pracy sprzętu wyliczone jako iloczyn nakładów rzeczowych wynikających z obowiązujących norm i cen jednostkowych odpowiednio: roboczogodziny, zastosowanych materiałów i maszynogodziny sprzętu powiększona odpowiednio o narzuty kosztów zakupu, kosztów pośrednich i zysku. Zatem dopiero zestawienie robocizny, materiałów i sprzętu zawierające ceny jednostkowe oraz narzuty łącznie z uproszczonym kosztorysem ofertowym odzwierciedlają sposób obliczenia ceny - kalkulacji ofertowej, co ma istotne znaczenie przy rozliczeniu zadania dla Zamawiającego”.

Wobec tego nie jest niczym zaskakującym, że Zamawiający, w odniesieniu do kosztorysu ofertowego w formie uproszczonej, sprecyzował wymóg, przedstawienia wraz z nim, zbiorczego zestawienia robocizny, materiałów i sprzętu. Izba wskazuje, że dopiero zestawienie obu tych dokumentów daje Zamawiającemu pełen obraz co do ilości i wielkości składników cenotwórczych, składających się całkowitą cenę oferty. W ocenie Izby nie sposób uznać, że powyższe zestawienie może nie zawierać cen jednostkowych robocizny, materiałów i sprzętu, w szczególności, że rozpoznawanej sprawie wynagrodzenie ma charakter kosztorysowego. Tym samym niewątpliwie ceny jednostkowe mają bardzo istotne znaczenie dla Zamawiającego z punktu widzenia rozliczenia za wykonane prace z wybranym wykonawcą, Zgodzić się należy z Zamawiającym, że nie będzie on mógł prawidłowo rozliczyć prac

wykonanych przez wykonawcę bez szczegółowego zestawienia robocizny, materiałów i sprzętu, ponieważ według § 3 ust. 1 wzoru umowy wykonawcy przysługuje wynagrodzenie za wykonane roboty budowlane ustalone według kosztorysu ofertowego sporządzonego przez wykonawcę. Wobec tego jasnym jest, że skoro w ofercie Odwołującego brak jest szczegółowych informacji na temat cen jednostkowych, odnoszących się do robocizny, materiału i sprzętu to Zamawiający, rozliczając inwestycję nie będzie miał miarodajnego źródła wiedzy w zakresie, tych cen, wskazanych w kosztorysach powykonawczych, które powinny być takie same jak w kosztorysach ofertowych. W omawianym zakresie za trafne i obrazujące

18

skalę problemu należy uznać przykłady wskazywane przez Zamawiającego na str. 6 i 7 pisma, stanowiącego odpowiedź na odwołanie.

Izba nie dała wiary twierdzeniom Konsorcjum, prezentowanym w toku rozprawy, odwołującym się do argumentacji, zasadzającej się na tym, że na podstawie danych zawartych w danej pozycji kosztorysu ofertowego bez problemu można ustalić ceny jednostkowe dla robocizny, materiału i sprzętu, gdyż sam Odwołujący dla wybranej losowo pozycji kosztorysu ofertowego nie potrafił takich danych ustalić.

Izba, odmiennie niż Konsorcjum, stwierdziła, że w odniesieniu do opisanej niezgodności nie można mówić jedynie o jej formalnym wymiarze, gdyż w ocenie Izby oferta Odwołującego zawiera błędy w zakresie materialnym.

W ocenie Izby wystąpienie opisanych w ustaleniach Izby okoliczności kwalifikuje ofertę Odwołującego (jej treść) do oceny jako niezgodną z treścią siwz w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, co obliguje konieczność jej odrzucenia lub podjęcia wszystkich odpowiednich, przewidzianych ustawą kroków, zmierzających do wyjaśnienia, ustalenia czy ewentualnego poprawienia treści oferty w tym zakresie, np. obligatoryjne poprawienie oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp w przypadku zaistnienia wszystkich przesłanek warunkujących zastosowanie tego przepisu.

Izba potwierdza, że pojęcie istotności zmiany w treści oferty jest pojęciem nieostrym. W związku z tym decyzja w przedmiocie możliwości zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 winna być podejmowana każdorazowo z uwzględnieniem całokształtu indywidualnych okoliczności sprawy, zarówno z uwzględnieniem następstw i konsekwencji zmian dla treści oferty, jak i z uwzględnieniem samego rodzaju i charakteru poprawianych niezgodności oraz sposobu ich przeprowadzenia. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i sądów okręgowych konsekwentnie przyjmuje się np. możliwość poprawiania treści oferty odnoszących się bezpośrednio do ich *essentialiae negotii*. Dopuszcza się więc możliwość poprawienia samej ceny ofertowej czy określenia przedmiotu świadczenia pod warunkiem ograniczenia zakresowego, ilościowego czy jakościowego tego typu zmian. Ponadto, omyłki o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp winny mieć taki charakter, by czynności ich poprawy mógł dokonać Zamawiający samodzielnie, bez udziału wykonawcy w tej czynności. Oznacza to, że „oczywistość” omyłki winna być możliwa do ustalenia na podstawie oferty, ewentualnie (w ograniczonym zakresie) może pochodzić z wyjaśnień, które zamawiający może uzyskać od wykonawcy na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy. Egzekwowanie i stosowanie tego wymogu jest

19

niezwykle istotne w związku z ogólnym zakazem negocjowania i zmieniania złożonych ofert wyrażonym w art. 87 ust. 1 zdanie 2 Pzp. W świetle powyższego wskazać należy, iż poprawienie oferty nie może de facto stanowić wytworzenia zupełnie odmiennego, nowego oświadczenia woli wykonawcy, np. w przedmiocie oferowanego świadczenia, czy dowolnego wypełnienia go dodatkową treścią, co do której zamawiający nie posiada żadnych danych i informacji (*sygn. akt KIO 1127/10 oraz KIO 2540/10*).

W zakresie rozpoznawanego zarzutu Izba stanęła na stanowisku, że niemożliwym jest poprawienie treści oferty Odwołującego w zakresie zbiorczego zestawienia robocizny, materiałów i sprzętu, dodanie poszczególnych cen jednostkowych, ponieważ w omawianym przypadku mielibyśmy do czynienia z ingerencją w merytoryczną warstwę oferty, która ze względu wskazanych powyżej, w ocenie Izby jest niedopuszczalna.

Podsumowując, Izba stwierdziła, że nie potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. W konsekwencji nie potwierdziły się również zarzuty naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp a także art.

91 ust. 1 Pzp.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzeczono jak w sentencji.

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

.....