Sygn. akt KIO 420/15

WYROK

z dnia 17 marca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: **Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **17 marca 2015 r.** w Warszawie odwołania wniesionego 3 marca 2015 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej
przez wykonawcę: **PRO WOD Zakład Instalacyjno-Wiertniczy B. S., Stary Kisielin**
w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Budowa sieci wodno-kanalizacyjnej w miejscowości Słone w ramach działania 321 „Podstawowe usługi dla gospodarki i ludności wiejskiej" objętego PROW na lata 2007-2013 tytuł operacji „Budowa sieci wodno-kanalizacyjnej w miejscowości Słone"* (nr postępowania NU-410/129/IM/2014)
prowadzonym przez zamawiającego: **Gmina** Świdnica

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża **odwołującego – PRO WOD Zakład Instalacyjno-Wiertniczy B. S., Stary Kisielin** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez powyższego odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Zielonej Górze.**

Przewodniczący: ……

Uzasadnienie

Sygn. akt KIO 420/15

Zamawiający – Gmina Świdnica prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych {tekst jednolity Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm.; dalej zwanej również „ustawą pzp", „pzp" lub „PZP"}, postępowanie o udzielenie zamówienia na roboty budowlane pn. *Budowa sieci wodno-kanalizacyjnej w miejscowości Słone w ramach działania 321 „Podstawowe usługi dla gospodarki i ludności wiejskiej" objętego PROW na lata 2007-2013 tytuł operacji „Budowa sieci wodno-kanalizacyjnej w miejscowości Słone"* (nr postępowania NU-410/129/IM/2014).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych 28 stycznia 2015 r. pod nr 19918-2015, w tym samym dniu Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie na tablicy ogłoszeń oraz na swojej stronie internetowej {www.swidnica.zgora.pl}, na której udostępnił również od tego dnia specyfikację istotnych warunków zamówienia {dalej w skrócie: „SIWZ", „s.i.w.z." lub „specyfikacja"}.

Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp i została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 780.700,27 zł, co stanowi równowartość 184.785,50 euro.

26 lutego 2015 r. Zamawiający przekazał drogą elektroniczną Odwołującemu – PRO WOD Zakładowi Instalacyjno-Wiertniczemu B. S. ze Starego Kisielina zawiadomienie o odrzuceniu jego oferty.

3 marca 2015 r. Odwołujący wniósł w formie pisemnej (pismo z 2 marca 2015 r.) do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od powyższej czynności Zamawiającego, któremu zarzucił następujące naruszenia ustawy pzp:

1. Art. 87 ust. 1 – przez zaniechanie zażądania od Odwołującego wyjaśnień dotyczących złożonej oferty, w celu ustalenia przyczyn pominięcia przez niego w kosztorysie ofertowym jednej pozycji objętej przedmiarem robót, stanowiącym załącznik nr 3 do SIWZ.
2. Art 38 ust. 4 – przez nieuprawnione działanie polegające na niedozwolonej zmianie (interpretacji) treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.
3. Art.89 ust. 1 pkt 2 i 4 – przez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:
1. Unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty.
2. Powtórzenia czynności oceny i wyboru oferenta – z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Odwołujący sprecyzował powyższe zarzuty przez podanie następujących okoliczności

prawnych i faktycznych uzasadniających wniesienie odwołania.

Odwołujący zrelacjonował, że Zamawiający wzywał go, na podstawie art. 90 pzp, do wykazania, że cena złożonej oferty nie jest rażąco niska, gdyż odbiegała o 30% od szacowanej wartości zamówienia. Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty napisał, że *uznał wyjaśnienia za wystarczające,* żeby *stwierdzić,* że *oferowana cena za przedmiot zamówienia nie jest rażąco niska i umożliwi Wykonawcy realizację zadania, a tym samym osiągnięcie zysku z jego realizacji.*

W ocenie Odwołującego tym samym Zamawiający potwierdził, że Odwołujący jest w stanie wykonać całe zamówienie na odpowiednim poziomie i osiągnąć zysk.

Odwołujący podniósł, że w następnym akapicie uzasadnienia odrzucenia Zamawiający zaprzeczył sobie, twierdząc bezpodstawnie, że Odwołujący nie wykona jednak przedmiotu zamówienia, gdyż nie dołączył do oferty fragmentu kosztorysu dotyczącego kruszyw. Zamawiający domniemał, że brak części kosztorysu jest tożsamy z późniejszym niewykonaniem części elementu prac budowlanych stanowiących przedmiot zamówienia.

Odwołujący zarzucił, że Zamawiający nie przywołał jakichkolwiek dowodów potwierdzających owo domniemanie, a zaniechał wezwania Odwołującego na podstawie art. 87 ust. 1 pzp (W *toku badania i oceny ofert zamawiający może* żądać *od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert),* do czego był zobligowany w przypadku powzięcia wątpliwości co do treści złożonej oferty.

Odwołujący wskazał, że w razie skierowania takiego wezwania Zamawiający dowiedziałby się, że brakująca według Zamawiającego *część kosztów w postaci kruszyw* została już ujęta w kosztach pośrednich, podobnie jak wymagane wprost przez Zamawiającego inne kosztochłonne czynności: zajęcie pasa drogowego, ustawienie tablic informacyjnych, czy inspekcja telewizyjna kanalizacji sanitarnej (cz. XX pkt 6 specyfikacji), dla których Zamawiający nie wymagał kosztorysowania w osobnych pozycjach.

Odwołujący dodał, że ani w ogłoszeniu o zamówieniu, ani w dokumentacji przetargowej Zamawiający nie przydał składanej dokumentacji kosztorysowej większego znaczenia. W szczególności nie zawarł informacji, że w razie niezłożenia kosztorysu, bądź jego odmiennej formy czy zakresu będzie to skutkować odrzuceniem oferty.

Odwołujący zarzucił, że wprowadzenie takich reguł dopiero w momencie wyboru najkorzystniejszej oferty, stanowi naruszenie art. 38 ust. 4 pzp, umożliwiającego zamawiającym w uzasadnionych przypadkach zmianę treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia przed upływem terminu składania ofert. Odwołujący stwierdził, że tym samym zarzuca Zamawiającemu dokonanie nadinterpretacji treści specyfikacji oraz *dokonanie nieuprawnionych i faktycznych zmian,* zezwalających na odrzucanie oferty z powodu błędów kosztorysowych, czego nie przewidział w treści SIWZ.

Odwołujący podniósł, że cena oferty ma charakter wyłącznie ryczałtowy, co wynika literalnie z postanowień specyfikacji (cz. XX pkt 6, cz. XXVIII pkt 6, § 10 pkt 1 wzoru umowy). Skoro cena ma charakter ryczałtowy, czyli jest stała, niezmienna i polega

na ustaleniu z góry wysokości wynagrodzenia w kwocie absolutnej, a wykonawca nie będzie się mógł domagać wynagrodzenia wyższego – według Odwołującego Zamawiający winien był uznać, że zaproponowana cena oferty zawiera wszystkie niezbędne składniki.

Odwołujący dodał, że potwierdzają to wprost wymagane przez Zamawiającego oświadczenia i zapisy we wzorze umowy. W formularzu ofertowym (pkt 3) zawarto oświadczenia, które złożył Odwołujący, że *w cenie oferty zostały uwzględnione wszystkie koszty wykonania zamówienie,* oraz o zapoznaniu się i zaakceptowaniu projektu umowy. Zgodnie z § 10 pkt 2 zd. 2 *Ewentualne koszty błędnego skalkulowania ceny oferty ponosi w całości wykonawca.* Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że nie tylko nie wziął pod uwagę wymaganych przez siebie oświadczeń, lecz uznał *a priori,* że Odwołujący i tak nie wykona zamówienia.

Zdaniem Odwołującego analogiczne sytuacje były już przedmiotem rozstrzygnięć Krajowej Izby Odwoławczej i sądów powszechnych. W odwołaniu wskazano ponadto wyroki Izby: z 14 marca 2014 r. (sygn. akt KIO 328/14) i z 24 kwietnia 2014 r. (sygn. akt KIO 754/14), których fragmenty uzasadnień zostały przytoczone.

Pismem z 5 marca 2015 r. Zamawiający poinformował, że kopię odwołania przekazał pozostałym wykonawcom faksem 3 marca 2015 r.

Izba ustaliła, że do Prezesa Izby nie wpłynęło żadne zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego w tej sprawie.

11 marca 2015 r. wpłynęła do Izby odpowiedź na odwołanie (datowana na 9 marca 2015 r.), w której Zamawiający wniósł o jego oddalenie.

Odnośnie zarzutu nr 1 Zamawiający podniósł, że w pkt IX specyfikacji zawarł informacje na temat oświadczeń i dokumentów, jakie mają znaleźć się w ofercie. Wśród nich był kosztorys ofertowy, składający się z 4 części (3a, 3b, 3c i 3d). Natomiast Odwołujący w swojej ofercie zamieścił części 3a, 3b i 3c, których wartość po zsumowaniu daje cenę oferty. Nie zamieścił natomiast części 3d kosztorysu.

Zamawiający wskazał, że wzywał do wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 pzp wszystkich wykonawców, których cena jest o co najmniej 30% niższa od szacowanej wartości zamówienia.

Zdaniem Zamawiającego uzupełnienie kosztorysu o brakujący kosztorys

spowodowałoby istotną zmianę treści złożonej oferty, co jest niezgodne z art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp.

Zamawiający powołał się na to, że żądanie wyjaśnień, o których mowa w art. 87 ust. 1 pzp jest uprawnieniem, a nie obowiązkiem, chyba że oferta jest niejasna, jej treści nie da się jednoznacznie wywieść bez udziału wykonawcy. Jednakże wyjaśnienia nie mogą prowadzić do zmiany treści oferty. Z kolei wyjaśnieniu podlega sama treść oferty, a nie jej brak, czy też braki w złożonych oświadczeniach bądź dokumentach załączonych do oferty.

Zdaniem Zamawiającego zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 pzp może być skutecznie podniesiony wyłącznie w przypadku, gdy zaniechanie skorzystania z przewidzianego tam trybu wyjaśnień doprowadziło do bezzasadnego odrzucenia oferty. Zamawiający ponownie podniósł, że wyjaśnienia doprowadziłoby do zmiany treści oferty, a zatem słusznie nie do nich nie wzywał Odwołującego.

Odnośnie zarzutów nr 2 i 3 Zamawiający podniósł, że nie widział potrzeby dokonywania zmian specyfikacji przed upływem terminu składnia ofert, a żaden wykonawca nie wnosił również o to.

Zamawiający ponownie wskazał, że w pkt IX 3.3. specyfikacji zamieścił wymóg załączenia do oferty kosztorysów ofertowych, w których należy uwzględnić wszystkie koszty związane z prawidłowym wykonaniem przedmiotu zamówienia. Ponadto Zamawiający załączył do specyfikacji przedmiary robót w liczbie czterech sztuk (załączniki 3a, 3b, 3c i 3d).

Zamawiający podniósł, że w ofercie Odwołującego nie ma kosztorysu dotyczącego utwardzenia nawierzchni po robotach ziemnych, które zostały przedstawione w przedmiarze robót jako załącznik 3d, gdyż są to prace ważne.

Według Zamawiającego wykonanie utwardzenia nawierzchni po robotach ziemnych nie można ująć w kosztach pośrednich.

Zamawiający dodał, że przedmiotowe zamówienie uzyskało dofinansowanie z Programu Rozwoju Obszarów Wiejskich w wysokości 50% wydatków kwalifikowanych, które to wydatki zostały ściśle określone w przedmiarze robót załączonym do SIWZ. Przy rozliczaniu się z instytucją dofinansowującą Zamawiający będzie musiał dokonać podziału kosztorysu ofertowego na roboty kwalifikowane i niekwalifikowane. Dlatego według Zamawiającego kosztorys ofertowy stanowił istotny element oferty, a jego brak stanowi o niekompletności złożonej oferty.

Zdaniem Zamawiającego Odwołujący nie spełnił wymogów SIWZ przez niedołączenie całości kosztorysu. Błąd ten jest nienaprawialny, gdyż cena oferty wynika z załączonych kosztorysów ofertowych, a w nich nie uwzględniono kosztów utwardzenia nawierzchni drogi. Wobec czego oferta nie uwzględnia wszystkich kosztów wykonania przedmiotu zamówienia. Brak kompletnego kosztorysu zgodnego z wymogami SIWZ skutkuje odrzuceniem oferty

na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp.

Zamawiający dodał, że kosztorys ofertowy nie jest dokumentem przedmiotowym w postaci opisu, który ma potwierdzać, że oferowane roboty budowlane odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego. Ma on na celu weryfikację złożonej oferty w związku z wyceną wszystkich elementów wchodzących w zakres przedmiotu zamówienia. Kwestia ta podlega ocenie pod kątem art. 89 ust. 1 pkt 2, a nie art. 87 ust. 1 {w odpowiedzi na odwołanie wskazano na wyrok Izby z 31 października 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 1119/08)}.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp. Nie zgłaszano w tym zakresie odmiennych wniosków.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego sprawa została skierowana do rozpoznania na rozprawie, podczas której podtrzymane zostały dotychczasowe stanowiska.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Odwołującego i Zamawiającego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła następujące okoliczności istotne dla sprawy:

Zgodnie z rozdziałem III s.i.w.z. pkt 1 przedmiotem zamówienia jest wykonanie sieci wodociągowej i kanalizacyjnej wraz z urządzeniami towarzyszącymi w miejscowości Słone w oparciu o dwa opracowania przygotowane przez: Biuro Projektów Inżynierii Sanitarnej i Melioracji „Ekoprojekt" sp. z o.o. w Zielonej Górze i „IS Projekt" w Zielonej Górze w zakresie sieci wodociągowych i sieci kanalizacji sanitarnej (pkt 1.1 - 1.4). Przy czym zastrzeżono, ta dokumentacja projektowa obejmuje szerszy zakres rzeczowy niż objęty przedmiotem tego zamówienia

Poza tym w pkt 1.5 rozdziału III wskazano, że przedmiot zamówienia obejmuje również utwardzenie nawierzchni drogi po wykonanych robotach ziemnych tj. działki o nr

ewidencyjnym 887/4 obręb Sone wzdłuż wykopów na szerokości 4 mb w osi jezdni oraz utwardzenie zjazdu na drogę powiatową fragmenty działek nr 301 i 479 obręb Słone. Przy czym zastrzeżono, że utwardzenie należy wykonać przy użyciu tłucznia kamiennego frakcji 0-31,5 mm na grubości 15 cm.

Z pkt 8 rozdziału III s.i.w.z. wynika, że roboty związane z wykonaniem

przedmiotowego zamówienia muszą być wykonane zgodnie z projektem wykonawczym oraz specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót {„STWiOR”}, z uwzględnieniem zapisów wprowadzonych w s.i.w.z. W przypadku wystąpienia rozbieżności w rodzajach ilościach robót pomiędzy projektem budowlanym, przedmiarem robót i s.i.w.z., za nadrzędne należy uznać informacje zawarte w STWiOR i projekcie, a w ostatniej kolejności informacje zawarte w przedmiarze robót.

W rozdziale IX *Wykaz oświadczeń lub dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu,* w pkt 3 dotyczącym innych oświadczeń i dokumentów wskazano m.in.:
3.1. Wypełniony i podpisany formularz oferty, stanowiący załącznik nr 1.
3.2. Zaakceptowany projekt umowy, stanowiący załącznik nr 2.
3.3. Kosztorys ofertowy, w którym należy uwzględnić wszystkie koszty związane z prawidłowym wykonaniem przedmiotu zamówienia – załącznik nr 3.

W rozdziale XX *Opis sposobu obliczania oferty* zamieszczono w szczególności następujące postanowienia:
1. Zamawiający nie narzuca metody sporządzenia kosztorysu ofertowego. Kosztorys powinien zawierać tabelę elementów scalonych.
(…)
4. Cena oferty musi uwzględniać zakres całego przedmiotu zamówienia (…).
6. W cenie oferty należy uwzględnić wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu umowy takie jak:
– mapa powykonawcza,
– zajęcie pasa drogowego,
– ustawienie tablic informacyjnych
– inspekcję telewizyjną kanalizacji sanitarnej,
przy założeniu jej ryczałtowego charakteru.

Do s.i.w.z., jako załącznik nr 3, załączono 4 przedmiary załączniki 3A, 3B, 3C i 3D, z czego trzy pierwsze dotyczą budowy sieci kanalizacyjnej lub wodociągowej, o której mowa w pkt 1.1 - 1.4 rozdziału III s.i.w.z.

Załącznik 3D dotyczy utwardzenia nawierzchni po robotach ziemnych, o którym mowa w pkt 1.5 rozdziału III s.i.w.z. Przedmiar ten obejmuje dwie pozycje:

Profilowanie i zagęszczanie podłoża wykonywane mechanicznie w gruncie kat. II-IV pod warstwy konstrukcyjne nawierzchni 4 x 290 m 2 razem 1160 m 2 ;
Warstwa górna podbudowy z kruszyw łamanych gr. 15 cm razem 1160 m 2

Według kosztorysu inwestorskiego ze stycznia 2015 r. wartość robót objętych przedmiarem 3D wynosi 43.888,37 zł (35.681,60 zł netto).

W piśmie pn. *Odpowiedzi na zapytania wykonawców* z 9 lutego 2015 r. na prośbę wykonawcy o podanie na jakiej długości należy wykonać utwardzenie nawierzchni drogi po wykonanych robotach ziemnych tłuczniem kamiennym o frakcji 0-31,5, na szerokości 4 m, Zamawiający odpowiedział przez przywołanie treści ppkt 1.5 rozdziału III s.i.w.z., a także wskazał, że długość tego odcinka to ok. 290 m.

Oferta Odwołującego zawiera kosztorys uproszczony, w którym wyceniono wszystkie pozycje przedmiarów z załączników 3A, 3B i 3D, których zsumowana wartość (po doliczeniu podatku VAT) dało cenę uwidocznioną w formularzu oferty jako cenę za realizację całości zamówienia.

W kosztorysie, w tym również w tabeli elementów scalonych, nie wyceniono dwóch pozycji z przedmiaru 3D.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W ocenie Izby Odwołujący wykazał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, w którym złożył ofertę

z najniższą ceną, która stanowi jedyne kryterium wyboru najkorzystniejszej oferty. Odwołujący tym samym może ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy pzp, które spowodowały wybór oferty Przystępującego, co uniemożliwia Odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

Skład orzekający Izby stwierdził, że dokonane przez Zamawiającego odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp – z uwagi na niezłożenie w ofercie kosztorysu ofertowego dla robót dotyczących utwardzenia nawierzchni po robotach ziemnych – było uzasadnione.

Z art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp wynika, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp. Skład orzekający Izby podziela utrwalony w doktrynie i orzecznictwie pogląd, że zarówno treść s.i.w.z., jak i treść oferty stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli odpowiednio: zamawiającego, który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia oświadcza jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, oraz wykonawcy, który jednostronnie zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez siebie oferty jako najkorzystniejszej. Wobec tego, co do zasady, to porównanie zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w s.i.w.z. przesądza o tym, czy treść złożonej oferty odpowiada treści s.i.w.z. – jest z nią zgodna.

Art. 82 ust. 3 pzp zastrzega przy tym formę pisemną pod rygorem nieważności dla oferty składanej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, natomiast rozumienie pojęcia oferty należy wywieść z przepisu art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego {Oświadczenie *drugiej stronie woli zawarcia umowy stanowi ofertę, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy}*. Nie budzi wątpliwości, że z uwagi na odpłatny charakter zamówień publicznych, nieodzownym elementem treści oferty jest określenie ceny za jaką wykonawca zobowiązuje się wykonać zamawiane świadczenie. Jednocześnie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zakres wymaganej treści oferty, w tym sposób wyrażenia zobowiązania wykonawcy do wykonania przedmiotu zamówienia, wynika z postanowień s.i.w.z., w której zamawiający określa elementy, które są dla niego istotne i będą stanowiły podstawę do merytorycznej oceny zgodności złożonych ofert z jego wymaganiami ujawnionymi w tym podstawowym dokumencie postępowania.

W przedmiotowej sprawie na mocy przywołanych powyżej postanowień s.i.w.z. Zamawiający podniósł sporządzenie kosztorysu ofertowego do rangi istotnego dla niego, obligatoryjnego elementu treści oferty. Zamawiający, niezależnie od wprowadzenia wynagrodzenia ryczałtowego za realizację przedmiotu zamówienia, oczekiwał wyceny w ramach ceny oferty wszystkich pozycji przedmiarów, które załączył w tym celu do s.i.w.z. Zamawiający nie określił przy tym przedmiarów jako materiału pomocniczego przy wycenie oferty, nie narzucał jedynie metody sporządzenia kosztorysu. Kosztorys ofertowy był zatem wymaganym elementem treści oferty, a jego kompletność podlegała ocenie w świetle przedmiarów załączonych do s.i.w.z. Zamawiający nie musiał zatem dodatkowo zastrzegać, że braki w kosztorysie podlegają ocenie w świetle art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp, gdyż jest to konsekwencją wprowadzenia kosztorysu ofertowego jako obligatoryjnego elementu treści oferty.

W ocenie Izby powyższe oczekiwanie Zamawiającego było jasne dla Odwołującego,

---

który ustalił cenę oferty w oparciu o wycenę przedmiarów załączonych do s.i.w.z., tyle że pominął przedmiar z załącznika 3D obejmujący dwie pozycje związane z innymi robotami niż stanowiące trzon przedmiotu zamówienia. Odwołujący nie zaprzeczał, że jego kosztorys ofertowy nie zawiera pozycji robót dotyczących utwardzenia nawierzchni drogi po wykonanych robotach związanych z podstawowym zakresem zamówienia.

sam fakt Wbrew stanowisku Odwołującego obowiązywania

wynagrodzenia
ryczałtowego nie może sanować sam w sobie takiego braku kosztorysu ofertowego. Zamawiający prawidłowo uznał, że ryczałtowa wycena przedmiotu zamówienia, której sposób przeprowadzenia obrazuje kosztorys ofertowy, nie obejmuje robót dotyczących utwardzenia nawierzchni. Z uwagi na sposób sporządzenia kosztorysu ustalenie tego nie wymagało zwrócenia się do o wyjaśnienia w trybie art. 87 ust. 1 pzp, gdyż nie budziło to żadnych wątpliwości. Przepis ten dotyczy wyjaśniania treści oferty, a nie doprecyzowaniu jej w zakresie elementów, których oferta nie zawiera w ogóle. Wskazuje na to również stanowisko Odwołującego, który w wyjaśnieniach zawartych w odwołaniu odsyła do kosztów pośrednich, czyli elementu, który w ogóle nie jest uwidoczniony w kosztorysie uproszczonym.

Odwołujący błędnie przy tym wywodzi konieczność uznania jego oferty za prawidłową z faktu, że jest w stanie wykonać pominięte pozycje przedmiaru w zaoferowanej cenie oferty. Pominięcie tych pozycji można jedynie rozpatrywać w kategorii omyłki, co czyni koniecznym rozważenie możliwości jej poprawienia na mocy art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp, do którego wprost odsyła przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp.

W ocenie składu orzekającego Izby w tym przypadku tryb ten nie znajdzie zastosowania, gdyż uzupełnienie braków oferty oznaczałoby *de facto* konieczność uzupełnienia po terminie składania ofert kosztorysu ofertowego o wycenę dwóch pominiętych pozycji. Zamawiający musiałby dokonać poprawienia oferty wyłącznie na podstawie informacji udzielonych odrębnie i po raz pierwszy przez Odwołującego. Stanowiłoby to niedopuszczalne z mocy przepisu art. 87 ust. 1 pzp prowadzenie negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz zmianę jej treści po terminie składania ofert.

Skład orzekający Izby wskazuje, że orzeczenia przywoływane w odwołaniu zapadły w odmiennych stanach faktycznych, w których przedmiar miał charakter wyłącznie pomocniczy, co wprost wynikało z treści s.i.w.z.

Skoro Zamawiający nie naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp, ani art. 87 ust. 1 pzp, bezpodstawny jest również zarzut naruszenia art. 38 ust. 4 pzp, gdyż Zamawiający nie zmienił treści s.i.w.z. po upływie terminu składania ofert, a oferta Odwołującego została zbadana pod kątem istniejących od początku w treści s.i.w.z. postanowień.

Mając powyższe na uwadze, Izba – działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy

pzp – orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) – obciążając Odwołującego kosztami tego postępowania, na które złożył się uiszczony przez niego wpis. Natomiast nie zasądzono wnioskowanych przez Zamawiającego kosztów z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika i dojazdu na wyznaczone posiedzenie, gdyż do zamknięcia rozprawy nie przedstawiono w tym zakresie żadnych rachunków, co jest wymagane zgodnie z § 3 pkt 2 lit. a i b przywołanego rozporządzenia.

Przewodniczący: ……