Sygn. akt: KIO 569/15

WYROK
z dnia 8 kwietnia 2015 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz
Protokolant: Natalia Dominiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 kwietnia 2015 roku, w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 marca 2015 roku przez wykonawcę K. O. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą TOM-BRUK K. O. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Grodzieńskiej 20/12, 03-750 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Zakład Gospodarowania Nieruchomościami w Dzielnicy Praga-Południe m.st. Warszawy z siedzibą przy ulicy Walewskiej 4, 04-022 Warszawa

przy udziale wykonawcy DROMO P. P. Spółka jawna z siedzibą w Warszawie przy ulicy Wał Miedzeszyński 273, 04-866 Warszawa, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

orzeka

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę K. O. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą TOM-BRUK K. O. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Grodzieńskiej 20/12, 03-750 Warszawa i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę K. O. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą TOM-BRUK K. O. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Grodzieńskiej 20/12, 03-750 Warszawa 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 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: ……..……

Sygn. akt: KIO 569/15

UZASADNIENIE

Zamawiający Zamawiającego Zakład Gospodarowania Nieruchomościami w Dzielnicy Praga-Południe m.st. Warszawy prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego w przedmiocie „Awaryjne *naprawy chodników, nawierzchni ulic z trylinki i kostki betonowej na terenie administrowanym przez ZGN Praga- Południe m. st. Warszawy”*

23 marca 2015 roku Odwołujący wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego polegającej na: odrzuceniu oferty Odwołującego, w wyniku błędnego uznania, iż treść oferty Odwołującego nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) oraz zawiera błędy w obliczeniu ceny, wadliwym przeprowadzeniu czynności badania ofert, dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej z pominięciem oferty Odwołującego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:
1) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 roku, poz. 907 ze zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), przez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego z powodu jej niezgodności z postanowieniami SIWZ, które wynikało z

nieuprawnionego przyjęcia przez Zamawiającego, iż zgodnie z postanowieniami SIWZ wykonawcy byli zobowiązani do zastosowania takiej samej (jednej) stawki roboczogodziny (Rb) do wszystkich prac wyszczególnionych w kosztorysie ofertowym,

2) art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy przez bezpodstawne uznanie, iż oferta Odwołującego obarczona jest błędem w obliczeniu ceny, pomimo braku jakichkolwiek przesłanek do przyjęcia takiego stanowiska,
3) art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy przez sporządzenie uzasadnienia odrzucenia oferty odwołującego w sposób nie odpowiadający kryteriom określonym w tym przepisie, w tym nie przedstawienie uzasadnienia prawnego decyzji o odrzuceniu oferty z powodu niezgodności oferty z SIWZ oraz braku jakiegokolwiek uzasadnienia odrzucenia oferty z powodu błędu w obliczeniu ceny, które to zaniechania uniemożliwiają Odwołującemu zapoznanie się z motywami odrzucenia oferty oraz zmuszają odwołującego do przedstawiania uzasadnienia odwołania w sposób hipotetyczny,
4) art. 91 ust. 1 ustawy przez dokonanie oceny oferty odwołującego w oparciu o kryterium, które nie było określone w SIWZ, w postaci konieczności zastosowania

jednej stawki roboczogodziny (Rb) do wszystkich prac wyszczególnionych w kosztorysie ofertowym,

5) art. 87 ust. 1 ustawy przez jego niezastosowanie, w sytuacji gdy Zamawiający powziął wątpliwości co do zastosowanej przez odwołującego metody kalkulacji ceny oferty oraz odrzucenie oferty Odwołującego bez uprzedniego umożliwienia Odwołującemu przedstawienia wyjaśnień,
6) art. 7 ust. 1 ustawy przez wprowadzenie przez Zamawiającego na etapie oceny ofert dodatkowego kryterium - nie wynikającego z postanowień SIWZ - w postaci konieczności zastosowania jednej stawki roboczogodziny (Rb) do wszystkich prac wyszczególnionych w kosztorysie ofertowym

ewentualnie w przypadku uznania przez Izbę, że zgodnie z SIWZ stawka roboczogodziny (Rb) powinna być identyczna dla wszystkich pozycji kosztorysu przedstawianego wraz ofertą wykonawcy,

7) naruszenie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy polegającej na niedokonaniu przez Zamawiającego poprawienia oczywistej omyłki rachunkowej w ofercie wykonawcy przez wskazanie w każdej z pozycji kosztorysu stawki za roboczogodzinę wpisanej przez Odwołującego w ofercie oraz na pierwszej stronie tytułowej kosztorysu ofertowego.

Odwołujący wniósł o uznanie odwołania za zasadne, unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego, nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert, z uwzględnieniem oferty złożonej przez Odwołującego, dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w niniejszym postępowaniu, przeprowadzenie dowodu z dokumentów wskazanych w uzasadnieniu odwołania.

Interes Odwołującego we wniesieniu odwołania wynika z faktu, że w przypadku prawidłowego działania Zamawiającego, tj. nieodrzucenia oferty Odwołującego oraz dokonania oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego, oferta złożona przez Odwołującego stałaby się ofertą najkorzystniejszą w postępowaniu, a tym samym Odwołujący uzyskałby przedmiotowe zamówienie. W związku z tym, iż wykonawca — Firma Usługowo-Handlowa „Hosta" I. Ł. został wykluczony z postępowania, ponieważ nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, przedmiotem oceny Zamawiającego powinny

pozostać pozostałe oferty nie podlegające odrzuceniu, w tym oferta Odwołującego, która - biorąc pod uwagę kryteria wyboru ofert określone w SIWZ - jest ofertą najkorzystniejszą w niniejszym postępowaniu.

Wszelkie terminy związane z wniesieniem odwołania zostały dochowane: Informacja o odrzuceniu oferty Odwołującego została mu doręczona w dniu 17 marca 2015 r. W związku
z tym, że pięciodniowy termin na wniesienie odwołania upływał w dniu ustawowo wolnym od pracy (w niedzielę 22 marca 2015 r.), zgodnie z art. 115 Kc w zw. z art. 14 ustawy ostatnim dniem terminu jest następujący po nim dzień roboczy - poniedziałek 23 marca 2015 r. W związku z powyższym uznać należy, iż niniejsze odwołanie zostało wniesione w terminie.

Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty:

Istotne elementy stanu faktycznego.

Zamawiający prowadzi postępowanie, którego przedmiotem są awaryjne naprawy chodników, nawierzchni ulic z trylinki oraz kostki betonowej. Zakres prac został określony przez Zamawiającego w przedmiarze robót (załącznik nr 6 do SIWZ).
Zamawiający zastrzegł w specyfikacji, że *przewidywany zakres robót ma jedynie charakter pomocniczy, służy tyko do porównania ofert i może ulec zmianie w trakcie realizacji umowy poprzez zmniejszenie lub zwiększenie ilości prac czy też zmianę zakresu prac poprzez dodanie nowych pozycji (innych jak w przedmiarze robót), z powodu konieczności dostosowania robót do bieżących potrzeb zamawiającego* (por. pkt 3.2. oraz pkt 9.12.3. SIWZ).

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający wymagał przedstawienia wraz z ofertą kosztorysu ofertowego, sporządzonego w oparciu o określony w SIWZ przedmiar robót. Zamawiający wymagał, aby wykonawca na stronie tytułowej kosztorysu podał składniki cenotwórcze (w tym stawkę roboczogodziny) identyczne jak w formularzu oferty (por. pkt 9.12.7 lit c) SIWZ). Z postanowień specyfikacji wynika więc, że Zamawiający żądał:

a) wskazania na stronie tytułowej kosztorysu ofertowego stawki za roboczogodzinę netto (Rg),
b) wskazana w sposób określony w pkt a) stawka Rg musi być identyczna, jak w

formularzu oferty.

Powyższa współzależność pomiędzy stawką Rg z oferty oraz stawką Rg określoną na stronie tytułowej kosztorysu została powtórzona również w punkcie 9.12.3 SIWZ.

W przedstawionym Odwołującemu w dniu 17 marca 2015 r. uzasadnieniu czynności odrzucenia oferty Zamawiający wskazał, iż podstawą do odrzucenia oferty odwołującego stanowi art. 89 ust. 1 pkt 1 i 6 ustawy. Naruszenie wskazanych przepisów miało polegać w ocenie Zamawiającego na zastosowaniu przez Odwołującego w kosztorysie ofertowym różnych stawek roboczogodziny, od 2,80 zł do 17,60 zł, gdy w formularzu ofertowym oraz na pierwszej stronie tytułowej Odwołujący wskazał stawkę 10 zł.

Uzasadnienie zarzutów.

W związku z tym, że uzasadnienie decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego jest lakoniczne i w ocenie Odwołującego nie spełnia standardów przejrzystości postępowania, przedstawiona poniżej argumentacja opiera się na założeniu, iż powodem odrzucenia oferty Odwołującego jest wskazanie w poszczególnych pozycjach kosztorysu różnych stawek roboczogodziny.
Zdaniem Odwołującego, stanowisko Zamawiającego przedstawione w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego pozbawione jest jakichkolwiek podstaw faktycznych i prawnych.

Z postanowień SIWZ nie wynika, iż we wszystkich pozycjach kosztorysu ofertowego wykonawca winien wskazać taka sama (jedna dla wszystkich pozycji) stawkę za roboczogodzinę (Rg) Taki warunek nie został sformułowany w SIWZ, w związku z powyższym na etapie oceny ofert nie może stanowić dodatkowego kryterium oceny.
Czym innym jest bowiem wymaganie, aby ta sama stawka roboczogodziny była wskazana w ofercie wykonawcy oraz na pierwszej stronie tytułowej kosztorysu ofertowego, czym innym

natomiast warunek, aby stawka ta była zastosowana do wszystkich pozycji (robót) wyszczególnionych w kosztorysie ofertowym. W związku z powyższym, w świetle postanowień SIWZ, Zamawiający nie miał podstaw do sformułowania zarzutu, iż treść oferty Odwołującego nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub też stanowi błąd w obliczeniu ceny oferty.

O niezgodności oferty z postanowieniami SIWZ nie może być mowy w sytuacji, gdy Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty wskazuje na niespełnienie kryterium, które z postanowień SIWZ nie wynika. Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 lutego 2011 r. w sprawie o sygnaturze KIO 218/11, *Aby mówić o niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji, niezgodność ta musi dotyczyć zapisów specyfikacji, przy czym niezgodność taka winna być oczywista.* Podobne stanowisko zajęła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 14 listopada 2011 r. w sprawie o sygnaturze akt KIO 2328/11, w którym wskazała: *Konieczność dokonywania przez wykonawców wykładni postanowień specyfikacji, w przedmiotowym stanie faktycznym, brak jasnych wytycznych odnośnie sposobu określenia ceny, zgodnie z poglądem ugruntowanym w orzecznictwie zarówno Krajowej Izby Odwoławczej, jak i sądów okręgowych, nie może pociągać za sobą negatywnych konsekwencji wobec wykonawców. Należy podkreślić, że obowiązkiem Zamawiającego jest zachowanie dbałości o przejrzystość i jednoznaczność postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, tak, aby wykonawca miał pewność co do zakresu zamówienia i sposobu przygotowania oferty.*

Ponadto, Zamawiający nie może oceniać oferty w kategoriach zgodności lub niezgodności ze swoimi intencjami, które nie zostały w sposób jasny dookreślone w SIWZ. Opierając ocenę ofert wyłącznie o swoje intencje, może doprowadzić do dowolności oceny, która stoi w sprzeczności z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, wyrażonymi w art. 7 ust. 1 ustawy.

Podkreślić należy, że wskazana w ofercie oraz na stronie tytułowej kosztorysu stawka za roboczogodzinę (Rb) jest wartością wygenerowaną za pomocą oprogramowania Norma Pro, w którym został sporządzony kosztorys, oraz jest ściśle powiązana ze stawkami roboczogodziny wskazanymi w jednostkowych pozycjach kosztorysu. Program Norma Pro przyjmuje na stronie tytułowej kosztorysu tę stawkę za roboczogodzinę, która ma największą wartość oraz ilość jednostek nakładczych. W tym przypadku była to stawka Rb w wysokości 10 zł.
(dowód: zestawienie robocizn dla kosztorysu dołączonego do oferty odwołującego).
W związku z powyższym wskazana przez Odwołującego w ofercie oraz na stronie tytułowej kosztorysu stawka za roboczogodzinę nie jest przypadkowa, lecz wynika z powszechnie obowiązujących zasad i standardów kosztorysowania robót budowlanych. Uzasadnienie Zamawiającego w tym zakresie (odwołujący „w formularzu ofertowym wpisał 10 zł") może

rodzić mylne wrażenie, iż stawka za roboczogodzinę wskazana przez Odwołującego jest całkowicie oderwana od dołączonego do oferty kosztorysu, co jest niezgodne z realnym stanem sprawy.

Jak wynika ze specyfikacji, również Zamawiający do sporządzania przedmiaru robót korzystał z tego samego oprogramowania Norma Pro (por. załącznik nr 6 do SIWZ, gdzie w stopce wskazano nazwę oprogramowania). Zamawiający winien wiedzieć, iż zawarty w SWIZ warunek tożsamości stawki za roboczogodzinę pomiędzy formularzem ofertowym a stroną tytułową formularza ofertowego nie oznacza automatycznie, iż ta sama wartość musi być wskazana we wszystkich pozycjach jednostkowych kosztorysu. Stawka roboczogodziny, która jest wskazana na pierwszej, tytułowej stronie kosztorysu, nie musi być stawka roboczogodziny wskazana we wszystkich pozycjach kosztorysu. Takie są reguły kosztorysowania, gdzie nie ma obowiązku stosowania tej samej stawki roboczogodziny do różnych robót, taka jest również funkcjonalność oprogramowania służącego do kosztorysowania prac, którym obie strony się posługują w toku postępowania.

Jeżeli więc Zamawiający wskazuje na obowiązek zachowania tożsamości stawki za roboczogodzinę z tytułowej (pierwszej) strony kosztorysu, ma więc na uwadze tę wartość którą prawidłowo wskazał Odwołujący w swojej ofercie. Takie też jest powszechne w branży budowlanej rozumienie tego pojęcia, zamawiający w SIWZ nie zdefiniował go w odmienny sposób.

Dodatkowo należy wskazać, iż zgodnie z treścią art. 36 ust. 1 pkt 12 ustawy Zamawiający zobowiązany jest podać w treści SIWZ sposób obliczenia ceny. Sposób obliczenia ceny nie może być jednak utożsamiany z prawem do narzucenia sposobu jej kalkulacji. Swobodne kalkulowanie ceny jest suwerennym prawem każdego z wykonawców. Aktualne oczekiwania Zamawiającego co do wskazania takich samych stawek roboczogodziny we wszystkich pozycjach kosztorysu, wykraczają poza uprawnienia Zamawiającego jako gospodarza postępowania przetargowego. Takie stanowisko znajduje potwierdzenie w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 stycznia 2010 r. w sprawie KIO/UZP 1592/09, które zapadło w zbliżonym stanie faktycznym, jak rozpoznawany w tej sprawie. W powyższym postępowaniu Odwołujący podniósł, iż instytucje publiczne nie mogą narzucać w zamówieniach publicznych narzutów i stawek cenotwórczych, jak R-robocizna, M- maszyny, S-sprzęt, czy Kp-koszty pośrednie, Z-sysk, Kz - koszty zakupu dla całego kosztorysu ofertowego oraz wskazywać sposobu opracowania oferty. Zdaniem odwołującego Z żadnych *przepisów*

ustawy - Prawo zamówień publicznych ani z SIWZ nie wynika, iż oferent musi podać jednolitą stawkę na wszystkie roboty.
Krajowa Izba Odwoławcza w całości podzieliła powyższe stanowisko Odwołującego, wskazując w uzasadnieniu wyroku: *W ocenie izby należy zgodzić się z argumentacją odwołującego się wyrażoną w proteście i odwołaniu. Zamawiający odrzucił ofertę odwołującego się na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy Pzp. Stosownie do art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli je treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W ocenie zamawiającemu niezgodność ta polegała na zastosowaniu przez odwołującego się różnych stawek roboczogodziny w poszczególnych pozycjach kosztorysowych, tj. niezgodnie z wymogiem ust. 1.2 formularza oferty, który nakazywał wykonawcom zastosowanie jednakowych składników cenotwórczych do wszystkich rodzajów robót, jakie wystąpią w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia. Izba podziela stanowisko odwołującego się, że zamawiający nie jest uprawniony do narzucania wykonawcom składników cenotwórczych. Z* żadnego *przepisu prawnego nie wynika również obowiązek zaoferowania jednakowych stawek za różne rodzaje robót. Tym samym stanowisko zamawiającego należy uznać za nieuprawnione.*

Zarzut ewentualny naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy.
Z daleko posuniętej ostrożności, gdyby Izba nie podzieliła przedstawionego powyżej stanowiska i przyjęła, iż we wszystkich pozycjach kosztorysu powinna być wskazana ta sama stawka roboczogodziny, również w takim przypadku oferta Odwołującego nie powinna zostać odrzucona, lecz poprawiona przez zamawiającego w trybie określonym w art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy.
Jeżeli bowiem w związku z niejasnym brzmieniem SIWZ Odwołujący omyłkowo założył, że stawki roboczogodziny w poszczególnych pozycjach kosztorysu nie muszą być takie same, jak w formularzu ofertowym oraz na stronie tytułowej kosztorysu, w takim przypadku Zamawiający winien dokonać poprawienia oferty wskazując w kosztorysie cenę roboczogodziny określoną w ofercie, w wysokości 10 zł. Zamawiający dysponował bowiem danymi, które były potrzebne do poprawienia omyłki rachunkowej, nie mógł więc zaniechać tej czynności, zgodnie z art. 87 ust. 2 w przypadku uznania przez Zamawiającego iż oferta nie jest zgodna z jego oczekiwaniami i zawiera omyłkę, w takim przypadku jest zobligowany do jej poprawienia.
Zgodnie z pkt 9.12.7 lit. c) SIWZ Wykonawca na stronie tytułowej musi podać czynniki cenotwórcze, które zostały zastosowane w ofercie. Jeżeli więc Zamawiający dysponuje

wiedzą wynikającą z oferty wykonawcy o wysokości zastosowanych w ofercie czynników

cenotwórczych (w tym m. in. wysokością stawki za roboczogodzinę), ma możliwość podstawienia danych z oferty do kosztorysu wskazanego przez wykonawcę oraz dokonania poprawienia powstałej w ten sposób omyłki.

Odwołujący wskazał, że w toku badania ofert Zamawiający dokonał poprawienia oferty Odwołującego, jednak Odwołujący nie wyraził zgody na poprawienie omyłki w sposób zastosowany przez Zamawiającego. Zamawiający dokonując poprawienia oferty zastosował do wszystkich prac najwyższą cenę jednostkową za roboczogodzinę jaka była zastosowana w kosztorysie - w wysokości 17, 60 zł netto, pomimo braku racjonalnych przesłanek do poprawienia stawki roboczogodziny właśnie na tę kwotę . W piśmie z dnia 26 lutego 2015 r. Odwołujący nie wyraził zgody na poprawienie omyłki w taki sposób, wskazując jednocześnie, iż Zamawiający nie jest uprawniony do narzucania wykonawcom sposobu przygotowania oferty. Jak wynika z uzasadnienia decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego, brak zgody odwołującego na poprawienie omyłki nie stanowił podstawy odrzucenia oferty, w związku z czym Odwołujący uznaje, że powyższa czynności została unieważniona przez Zamawiającego i nie wywołuje skutków prawnych.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania oraz uczestnika postępowania odwoławczego na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron i uczestnika postępowania odwoławczego Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 roku, poz. 907 ze zm.; dalej: „Pzp" lub „ustawa"), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 23 marca 2015 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co Strony potwierdziły na posiedzeniu z ich udziałem.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – Środki *ochrony prawnej określone w niniejszym dziale 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 - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawcę DROMO P. P. Spółka jawna z siedzibą w Warszawie przy ulicy Wał Miedzeszyński 273, 04-866 Warszawa. W trakcie posiedzenia Izby z udziałem Stron stwierdzono, po pierwsze, że Zamawiający – zgodnie z art. 185 ust 1 ustawy Prawo zamówień publiczne - *Zamawiający przesyła niezwłocznie, nie później niż w terminie 2 dni od dnia otrzymania, kopię odwołania innym wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a jeżeli odwołanie dotyczy treści ogłoszenia o zamówieniu lub postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zamieszcza ją również na stronie internetowej, na której jest zamieszczone ogłoszenie o zamówieniu lub jest udostępniana specyfikacja, wzywając wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego* - przesłał wszystkim wykonawcy informację o wpłynięciu odwołania w dniu 24 marca 2015 roku; po drugie, że zgłoszenie przystąpienia wpłynęło w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania tj. 27 marca 2015 roku, zgłaszający przystąpienie wskazał Stronę, po której zgłosił przystąpienie i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Strony, do której zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego. Zgłoszenie przystąpienia doręczone zostało Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej, a kopia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu, co Strony postępowania odwoławczego oświadczyły na posiedzeniu z ich udziałem Stron.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie a także stanowiska i oświadczenia Stron i uczestnika postępowania odwoławczego złożone ustnie

do protokołu.

Zamawiający pismem z dnia 31 marca 2015 roku złożył *Odpowiedź na odwołanie.* Izba dopuściła dowody zawnioskowane przez Zamawiającego i załączone do Odpowiedzi na odwołanie.

Izba dopuściła dowody zawnioskowane przez Odwołującego i załączone do odwołania.

Uczestnik postępoania odwoławczego na posiedzeniu złożył pismo procesowe z dnia 30 marca 2015 roku – *Odpowiedź na odwołanie.*

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759 z późn. zm.; dalej: „Pzp" lub „ustawa"), *Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.* Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów biorąc pod uwagę stanowiska Stron przedstawione na rozprawie stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła:
W Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) w części 9 – *Oferta* Zamawiający podał, że:
9.12 Sposób obliczenia ceny
9.12.1 W druku „Formularz oferty" – zał. nr 1 do SWIZ należy wpisać:
- *wartość kosztorysu ofertowego brutto – tj. łącznie z obowiązującym podatkiem VAT, w tym:*
- *stawkę robocizny netto i brutto (bez podatku VAT)*
- *koszty pośrednie (R i S)*
- *zysk (R, S, Kp)*

(…)
Przewidziany zakres robót ma charakter pomocniczy, służy tylko do porównania ofert i może ulec zmianie w trakcie realizacji umowy poprzez zmniejszenie lub zwiększenie ilość prac czy też zmianę zakresu prac do wykonania poprzez dodanie nowych pozycji (innych niż w przedmiarze robót), z powodu konieczności dostosowania robót do bieżących potrzeb Zamawiającego.
(…)
9.12.3 Ceny jednostkowe podane przez oferenta, stawka Rb i narzuty oraz ceny materiałów ustalone są na cały okres obowiązywania umowy i nie podgalają podwyższeniu. Podane w Formularzu oferty: stawka roboczogodziny oraz narzuty muszą być jednakowe z przyjętymi do sporządzenia kosztorysu ofertowego.

9.12.7
c) Na stronie tytułowej Wykonawca musi podać składniki cenotwórcze, które zostały zastosowane w ofercie (identyczne jak w formularzu oferty) tj.:
stawka roboczogodziny netto – „Rg" (zł),
zysk – Z (%)
koszty pośrednie – Kp (%)

9.21. 2 w celu wyboru najkorzystniejszej oferty Zamawiający przyjął następujące kryteria, przypisując im odpowiednio wagi procentowe:
C- Cena kosztorysu ofertowego – waga 90%
G- Okres gwarancji na wykonane prace – waga 10%

Załącznik nr 8 do SWIZ – *Istotne postanowienia umowy*

§ 5 Wynagrodzenie wykonawcy

1. *Za* świadczony *przedmiot umowy określony w § 1 Wykonawca otrzymywać będzie wynagrodzenie wynikające z kosztorysu powykonawczego wykonanego w oparciu o ceny jednostkowe robót określonych w Załączniku nr 2 (kosztorys ofertowy) do niniejszej umowy i ilości faktycznie wykonanych robót.*
2. *Roboty, których ceny jednostkowe nie obejmuje załącznik nr 2 do umowy rozliczane będą w oparciu o odpowiednie normy katalogowe (KNR, KNNR), stawkę Rg i narzuty podane w kosztorysie ofertowym (załącznik nr 2)(…)*

W uzasadnieniu decyzji odrzucenia z postępoania oferty Odwołującego Zamawiający podał:
Oferta wykonawcy została odrzucona, gdyż jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia – podstawa prawna art. 89 ust. 1 pkt 2 i pkt 6 ustawy prawo zamówień Publicznych (Dz.U. z 2013 r. poz.907 z późn. zm.)
Zgodnie ze sposobem obliczenia ceny w pkt 9.12.3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej Siwz) Wykonawca zobowiązany był do sporządzenia kosztorysu ofertowego na podstawie przedmiaru robót oraz do podania –Rb, Kp, Z, które musiały być jednakowe z przyjętymi do sporządzenia kosztorysu.
Z załączonego kosztorysem ofertowego wynika, że Wykonawca do obliczenia ceny, zastosował różne stawki roboczogodziny tj. od 2,80 zł do 17,60 zł, natomiast w formularzu ofertowym wpisał 10 zł i na pierwszej stronie kosztorysu ofertowego.

Wskazana stawka roboczogodziny na pierwszej stronie tytułowej kosztorysu ofertowego oraz w formularzu oferty nie wynika i nie jest jednakowa z przyjętą do obliczenia ceny oferty.
W związku z powyższym zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 i pkt 6 Zamawiający odrzuca ofertę Wykonawcy, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Izba zważyła:

I.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy – *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (…) jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust.2 pkt 3* a dotyczącego odrzucenia oferty Odwołującego z powodu jej niezgodności z postanowieniami SIWZ, które wynikało z nieuprawnionego przyjęcia przez Zamawiającego, iż zgodnie z postanowieniami SIWZ wykonawcy byli zobowiązani do zastosowania takiej samej (jednej) stawki roboczogodziny (Rb) do wszystkich prac wyszczególnionych w kosztorysie ofertowym

Obowiązkiem Zamawiającego jest prowadzenie postępowania o udzielnie zmówienia publicznego z poszanowaniem zasad zamówień publicznych oraz w zgodzie z obowiązkami nałożonymi przez ustawę na Zamawiającego. Izba wskazuje, iż ustawa zobowiązując Zamawiających zgodnie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy do odrzucenia oferty o ile jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, odrzucenie oferty, biorąc pod uwagę dodatkowo zastrzeżenie jakie uczynił ustawodawca, nie może nastąpić z powodów formalnych, błahych nie wpływających na treść złożonej oferty oraz nie może nastąpić, gdy Zamawiający ma możliwość poprawienia błędów jakie zawiera oferta.
Wskazać należy, iż o zgodności treści oferty z treścią SIWZ przesądza ich porównanie. (porównaj: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 30 marca 2010 roku sygn. akt KIO/UZP 228/10; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 30 marca 2010 roku sygn. akt KIO/UZP 228/10; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 30 stycznia 2013 roku sygn. akt KIO 103/13; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 28 listopada 2014 roku sygn. akt KIO 2387/14). Izba podkreśla, że należy mieć na uwadze, że niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia – która to stanowi obligatoryjną przesłankę odrzucenia oferty z postępowania o udzielenie zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy –

zachodzi, gdy zawartość oferty nie odpowiada ukształtowanym przez Zamawiającego i

zawartym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) wymaganiom. Obowiązkiem wykonawcy przystępującego do postępowania o udzielnie zamówienia publicznego jest złożenie oferty zgodnej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (porównaj: wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 10 lipca 2008 roku sygn. akt V Ca 1109/08). Odzwierciedleniem znajomości wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia jest złożona w postępowaniu o udzielenie zamówienia oferta. Wykonawca składający ofertę niezgodną z wymaganiami Zamawiającego, musi brać pod uwagę konsekwencje jakie go spotkają, w szczególności odrzucenie oferty z postępowania. Postępowanie o udzielnie zamówienia publicznego, stanowi szczególną formę prowadzącą do zawarcia umowy w sprawie realizacji danego zamówienia, kreowane jest przez obowiązujące przepisy prawa dla tej dyscypliny i zobowiązuje tymi przepisami wszystkich uczestników tego systemu. Choć samo postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie powinno być formalizmem samym w sobie a jego głównym zadaniem jest doprowadzenie do zawarcia umowy – to odstąpienie od formalizmu nie może być utożsamiane z modyfikacją reguł postępowania określonych ustawą i w konsekwencji prowadzić do wyboru w postępowaniu oferty, która nie jest zgodna z wymaganiami Zamawiającego. Szczególna regulacja postępowań o udzielnie zamówienia publicznego zobowiązuje Zamawiających do takiego działania oraz korzystania z praw jakie przypisuje mu ustawa, które to działanie doprowadzi do obiektywnie najkorzystniejszego rozstrzygnięcia postępowania, zgodnego z postanowieniami SIWZ, a działanie takie zapewni jednocześnie poszanowanie zasad prawa zamówień publicznych oraz interesów wszystkich uczestników procesu udzielania zamówień publicznych jak również możliwość realizacji umowy jaką zawrą strony w wyniku przeprowadzonej procedury o udzielnie zamówienia publicznego.

W ocenie Izby Zamawiający w sposób prawidłowy dokonał oceny oferty Odwołującego.

W zakresie tego zarzutu spór w rozpoznawanej sprawie oparty jest na ocenie czy Zamawiający w SIWZ wymagał przyjęcia jednakowej stawki Rg do sporządzenia kosztorysu ofertowego oraz wpisania jej w formularzu oferty i na pierwszej stronie kosztorysu ofertowego czy też wymagał wpisania, podania jednakowej stawki Rb w formularzu oferty oraz na pierwszej stronie kosztorysu ofertowego.

Niewątpliwie kluczowym dla rozstrzygnięcia tej kwestii jest zawarte w SWIZ (pkt 9.12.3) wskazanie, że *Podane w Formularzu oferty: stawka roboczogodziny oraz narzuty muszą być jednakowe z przyjętymi do sporządzenia kosztorysu ofertowego.* Wskazać również należy, że Zamawiający odrębnie wymagał także podania zastosowanej stawki roboczogodziny w formularzu oferty jak również na stronie tytułowej kosztorysu ofertowego (pkt 9.12.1 i pkt 9.1.2.7).
W ocenie Izby z powyżej przytoczonego postanowienia SWIZ (pkt 9.12.3) jednoznacznie wynika, że Zamawiający przewidział oraz wskazał wykonawcom składającym oferty w postępowaniu, że podana w formularzu oferty stawka roboczogodziny musi być jednakowa z przyjętą do sporządzenia kosztorysu ofertowego. Wynika z powyższego jednoznacznie konieczność zastosowania jednakowej, tj. jednej stawki roboczogodziny przy sporządzaniu kosztorysu ofertowego, bowiem w formularzu oferty należało podać jedną stawkę roboczogodziny. Postanowienia SIWZ w zakresie ukształtowanego wymagania były jednoznaczne i zrozumiałe. Zaznaczyć należy również, co niewątpliwie również jest istotne przy rozpoznaniu tej sprawy, że Odwołujący w treści odwołania budując argumentację dla tego zarzutu pominął ten fragment SIWZ (pkt 9.12.3) i nie odniósł się do jego brzmienia w żaden sposób mimo, że Zamawiający wskazał go w sposób jednoznaczny w uzasadnieniu decyzji odrzucenia oferty Odwołującego.

W obliczu uznania, że postanowienia SWIZ były jednoznaczne i na ich podstawie wykonawca składający ofertę obowiązany był do zastosowania jednej stawki roboczogodziny do sporządzenia kosztorysu ofertowego oraz wskazani jej w formularzu oferty oraz na pierwszej stronie kosztorysu ofertowego, składane przez Odwołującego jak i Zamawiającego dowody tj. zestawienie robocizny, jak również przedstawione przez Zamawiającego kosztorysy symulacyjne, potwierdzają możliwości funkcjonalne programu Norma Pro, które nie są przedmiotem sporu. W obliczu postanowień SWIZ nie znajduje również uzasadnienia argumentacja Odwołującego dotycząca wskazania w formularzu oferty

oraz na pierwszej stronie kosztorysu ofertowego stawki roboczogodziny, która „ma największą wartość oraz ilość jednostek nakładczych”, bowiem nie takie były wymagania Zamawiającego.

Zamawiający powołując dowody tj. formularz przedmiaru robót elektrycznych jak również wzór umowy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez Gminę Suszec wskazał na sposób rozliczania robót, które nie zostały ujęte w przedmiarze

16

---

a które wykonawca będzie zgodnie z umową wykonywała rozliczając je w oparciu o odpowiednie normy katalogowe i stawkę Rg oraz narzuty podane w kosztorysie ofertowym. Wskazać należy, że nie jest przedmiotem tego zarzutu możliwość ukształtowania przez Zamawiającego w SIWZ obowiązku posługiwania się w postępowaniu jedną stawką Rg, jednakże w obliczu realizacji zamówienia uwzględniającego rozliczanie nieujętych w kosztorysie ofertowym robót stanowi uzasadnienie takiego wymagania Zamawiającego; na co wskazywał również Zamawiający odwołując się do orzeczenia o sygnaturze akt KIO 575/14.

Izba uznał, że nie doszło do naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez dokonanie przez Zamawiającego czynności odrzucenia oferty Odwołującego w postępowaniu, Zamawiający w sposób prawidłowy zgodny z postanowienia SIWZ dokonał oceny oferty Odwołującego z zachowaniem zasad postępoania określonych w ustawie, w konsekwencji Izba uznała zarzut za niezasadny.

II.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy - *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (…) zawiera błędy w obliczeniu ceny* w zakresie bezpodstawnego uznania, że oferta Odwołującego obarczona jest błędem w obliczeniu ceny, pomimo braku jakichkolwiek przesłanek do przyjęcia takiego stanowiska.

Na stępie Izba wskazuje, że w SIWZ w części 9 – *Oferta* Zamawiający podał w punkcie *9.12 Sposób obliczenia ceny*. W uzasadnieniu decyzji odrzucenia z postępoania oferty Odwołującego Zamawiający podał między innymi: *Oferta wykonawcy została odrzucona, gdyż jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia – podstawa prawna art. 89 ust. 1 pkt 2 i pkt 6 ustawy prawo zamówień Publicznych (Dz.U. z 2013 r. poz.907 z późn. zm.). Zgodnie ze sposobem obliczenia ceny w pkt 9.12.3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej Siwz) Wykonawca zobowiązany był do sporządzenia kosztorysu ofertowego na podstawie przedmiaru robót oraz do podania –Rb, Kp, Z, które musiały być jednakowe z przyjętymi do sporządzenia kosztorysu.(…) Wskazana stawka roboczogodziny na pierwszej stronie tytułowej kosztorysu ofertowego oraz w formularzu oferty nie wynika i nie jest jednakowa z przyjętą do obliczenia ceny oferty. (…) W związku z powyższym zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 i pkt 6 Zamawiający odrzuca ofertę Wykonawcy, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.*

17

W ocenie Izby, Zamawiający podał podstawę prawną odrzucenia oferty Odwołującego przez wskazanie artykułu, ustępu i punktu ustawy jak również podał uzasadnienie faktyczne swojej decyzji, w tym odwołanie do postanowień specyfikacji. Nie sposób utożsamiać braku przytoczenia treści powołanego przepisu z brakiem podania uzasadnienia prawnego.

W ocenie Izby wyspecyfikowany przez Odwołującego na wstępie odwołania zarzut nie znajduje uzasadnienia w treści odwołania. Odwołujący nie odniósł się do wskazywanych przez Zamawiającego postanowień SWIZ, co zostało między innymi podniesione przy uzasadnieniu rozpoznania zarzutu pierwszego.

Izba wskazuje, że w ramach środków ochrony prawnej następuje - w zakresie wyznaczonym treścią zarzutów odwołania - kontrola poprawności działania Zamawiającego (podejmowanych przez niego czynności w postępowaniu bądź bezprawnych zaniechań), pod

względem zgodności z przepisami ustawy. Zgodnie z treścią art. 180 ust. 3 ustawy (analogicznie stanowi § 4 *rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań),* odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności Zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Odwołanie powinno konkretyzować postawiony zarzut, zawierać wskazanie okoliczności faktycznych, które uzasadniają stawianie Zamawiającemu wyartykułowanych w odwołaniu zastrzeżeń. O treści zarzutu decyduje przytoczona podstawa faktyczna, wskazane przez danego odwołującego okoliczności faktyczne, wskazywane uzasadnienie, jak i przypisana im kwalifikacja prawna, szczególnie, że ta kwalifikacja prawna decyduje o uwzględnieniu żądania odwołania. Jak wskazano w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z 29 czerwca 2009 r. w spr. X Ga 110/09, „O *tym jakie twierdzenia lub zarzuty podnosi strona w postępowaniu nie przesądza bowiem proponowana przez nią kwalifikacja prawna ale okoliczności faktyczne wskazane przez tę stronę. Jeśli więc strona nie odwołuje się do konkretnych okoliczności faktycznych to skład orzekający nie może samodzielnie ich wprowadzić do postępowania tylko dlatego,* że *można je przyporządkować określonej, wskazanej w odwołaniu kwalifikacji prawnej."* Na potrzebę ścisłego traktowania pojęcia zarzutu wskazał również Sąd Okręgowy w Rzeszowie w uzasadnieniu wyroku z dnia 18 kwietnia 2012 r. w spr. o sygn. I Ca 117/12: „W *zakresie postępowania odwoławczego art.*

---

180 ust. 1 i 3 pzp stanowi, że *odwołanie które powinno zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której jest zobowiązany na podstawie ustawy. Natomiast w myśl art. 192 ust. 7 pzp KIO nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Z jednej strony zostało więc wprowadzone przedmiotowe ograniczenie dla odwołującego się w postaci niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego, a z drugiej strony dla KIO, które nie może orzekać co do zarzutów niezwartych w odwołaniu. (…) Z analizy powyższych przepisów można wyciągnąć dwa zasadnicze wnioski dla niniejszej sprawy. Po pierwsze, zarówno granice rozpoznania sprawy przez KIO jak i Sąd są* ściśle *określone przez zarzuty odwołania, oparte na konkretnej i precyzyjnej podstawie faktycznej. Sąd w postępowaniu toczącym się na skutek wniesienia skargi jest związany podniesionymi w odwołaniu zarzutami i wyznaczonymi przez nie granicami zaskarżenia."*
Zaznaczyć zatem należy, że odwołanie nie może mieć charakteru ogólnego a powinno konkretyzować zarzuty, nakierowane na uwzględnienie odpowiadających im żądań; wskazywać okoliczności faktyczne i prawne, które pozwalają na dokonanie oceny zasadności tych zarzutów. W ocenie Izby w rozpoznawanej sprawie w zakresie wskazanego na wstępie odwołania naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy nie sposób mówić o zarzucie bowiem nie zostało podniesione przez Odwołującego w odwołaniu uzasadnienie faktyczne naruszenia powołanego przepisu, w szczególności Odwołujący nie odniósł się do postanowień SIWZ, które wskazywał Zamawiający w uzasadnieniu czynności odrzucenia oferty w postępowaniu (pkt 9.12.3).

III.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy – *niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający jednocześnie zawiadamia wykonawców, którzy złożyli oferty o : (…) wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, podając uzasadnienie faktyczne i prawne* - przez sporządzenie uzasadnienia odrzucenia oferty odwołującego w sposób nie odpowiadający kryteriom określonym w przepisie, w tym nie przedstawienie uzasadnienia prawnego decyzji o odrzuceniu oferty z powodu niezgodności oferty z SIWZ oraz braku jakiegokolwiek uzasadnienia odrzucenia oferty z powodu błędu w obliczeniu ceny, które to zaniechania uniemożliwiają Odwołującemu zapoznanie się z motywami odrzucenia oferty oraz zmuszają Odwołującego do przedstawiania uzasadnienia odwołania w sposób hipotetyczny

---

W ocenie Izby uzasadnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego z postępoania zgodne jest z wymaganiami ustawy.
W zakresie braku przedstawienia uzasadnienia prawnego czynności odrzucenia oferty z powodu niezgodności oferty z SIWZ Izba wskazuje, że Zamawiający podał podstawę prawną odrzucenia oferty Odwołującego przez wskazanie artykułu, ustępu i punktu jak również przytoczył treść tego przepisu, zatem nie sposób zgodzić się z Odwołującym, że Zamawiający nie przedstawił uzasadnienia prawnego swojej czynności.
W zakresie podnoszonego przez Odwołującego braku „jakiegokolwiek uzasadnienia odrzucenia oferty z powodu błędu w obliczeniu ceny" w ocenie Izby przedstawiona na rozprawie (z oryginału) jak również zawarta w dokumentacji postępoania informacja zawiera wskazanie podstawy prawnej tj. art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy bez przytoczenia treści tego artykułu, jednakże w ocenie Izby nie sposób nie sposób utożsamiać braku przytoczenia treści powołanego przepisu z brakiem podania uzasadnienia prawnego. Zamawiający w treści uzasadnienia czynności odrzucenia oferty wskazał na postanowienia SWIZ (pkt 9.12.3) jak również na elementy oferty Odwołującego, z których w ocenie Zamawiającego wynika błąd w obliczeniu ceny – tym samym Zamawiający wskazał również uzasadnienie faktyczne dokonanej czynności. Izba zaznacza, że Odwołujący nie kwestionował przedstawionego przez Zamawiającego na rozprawie (z oryginału) i zawartego w złożonej do Izby kserokopii dokumentacji postępoania dokumentu zawierającego uzasadnienie podjętych czynności odrzucenia oferty Odwołującego jak również nie wskazał i nie podnosił w uzasadnieniu odwołania jak również na rozprawie, niezgodności przedstawionych w dokumentacji postępoania informacji zawierających uzasadnienie odrzucenia oferty z postępoania z informacjami jakie otrzymał od Zamawiającego.

Zwięzłość przedstawionych informacji nie może być utożsamiana z brakiem podania podstaw faktycznych i prawnych podjętych czynności przez Zamawiającego. Odwołujący w oparciu o przedstawione uzasadnienie zbudował zarzuty oraz uzasadnienie faktyczne odwołania w zakresie niezgodności treści oferty z SIWZ. W zakresie odrzucenia oferty z powodu błędu w obliczeniu ceny Odwołujący w żaden sposób nie odniósł się do przedstawionej przez Zamawiającego argumentacji faktycznej a zaznaczyć należy, że Odwołujący wskazał we wstępnej części odwołania kwestionowaną podstawę prawną co pozwala twierdzić, że zapoznała się z uzasadnieniem Zamawiającego. W ocenie Izby

Zamawiający wykazał, że przedstawił informację wymagane obowiązującym przepisem zarówno podając uzasadnienie prawne w zakresie odrzucenia oferty z powodu niezgodności z SIWZ jak również podał uzasadnienie odrzucenia oferty z powodu błędu w obliczeniu ceny podając podstawę prawną oraz uzasadnienie faktyczne. Reasumując w ocenie Izby nie doszło do naruszenia art. art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy, tym samym Izba uznała zarzut za niezasadny.

IV.

zakresie zarzutu naruszenia art. 91 ust 1 ustawy – *Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia* przez dokonanie oceny oferty Odwołującego w oparciu o kryterium, które nie było określone w SIWZ, w postaci konieczności zastosowania jednej stawki roboczogodziny (Rb) do wszystkich prac wyszczególnionych w kosztorysie ofertowym

Izba nie stwierdzała dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie innych, niż określone w SIWZ kryteriów oceny ofert. Odwołujący nie podniósł żadnych okoliczności faktycznych wskazujących na nieprawidłowość dokonania oceny ofert w kontekście ustalonych kryteriów oceny ofert, czyli zastosowania bądź niezastosowania przez Zamawiającego ustalonych kryteriów oceny ofert. Kryteriami oceny ofert były: Cena kosztorysu ofertowego – waga 90% oraz okres gwarancji na wykonane prace – waga 10%. Odwołujący nie wykazał aby Zamawiający dokonując oceny oferty dokonał jej w oparciu o inne kryteria niż wskazane w SWIZ. Odwołujący w uzasadnieniu odwołania wskazuje, że konieczność zastosowania jednej stawki roboczogodziny nie może stanowić dodatkowego

kryterium (Odwołujący w uzasadnieniu odwołania wskazywał, że SWIZ nie zawierała warunku zastosowania jednej stawki roboczogodziny). W ocenie Izby Odwołujący niepoprawnie zakwalifikował postanowienia SWIZ zawarte w części Oferta w punkcie 9.12 Sposób obliczenia ceny (skonkretyzowane w punkcie 9.12.3 co do których Odwołujący nie zajął stanowiska w odwołaniu) jako kryteria oceny ofert.
W ocenie Izby Zamawiający nie naruszył przepisu art. 91 ust 1 ustawy, tym samym Izba uznała zarzut za niezasadny.

V.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy – *W toku badania i oceny ofert*

---

zamawiający może żądać *od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1 a i 2, dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści* - przez jego niezastosowanie, w sytuacji, gdy Zamawiający powziął wątpliwości co do zastosowanej przez Odwołującego metody kalkulacji ceny oferty oraz odrzucenie oferty Odwołującego bez uprzedniego umożliwienia Odwołującemu przedstawienia wyjaśnień

W zakresie wskazanego przez Odwołującego naruszenia przepisu ustawy Izba wskazuje, że w treści odwołania brak jest uzasadnienia dla tego zarzutu, brak jest argumentacji faktycznej, natomiast samo wskazanie naruszenia danego przepisu, w tym wypadku art. 87 ust. 1 ustawy na wstępie odwołania jest niewystarczające aby uznać to wskazanie za zarzut. Odwołanie nie może mieć charakteru ogólnego i sprowadzać się jedynie do wskazania podstawy prawnej, wskazywać powinno okoliczności faktyczne, które pozwolą na dokonanie zasadności ceny zarzutu. Izba wskazuje, że w przedstawiona w punkcie II zważeń Izby argumentacja ma zastosowanie również do tego punktu.
Izba dodaje, w związku z przedstawioną przez Zamawiającego argumentacją, że Odwołujący w odpowiedzi na pismo Zamawiającego, którym to Zamawiający dokonał poprawy oferty (którą to czynność później uchylił), a na którą to poprawę Odwołujący nie wyraził zgody jednocześnie wskazał na zasadność dokonanych czynności w trakcie kalkulacji oferty. Zamawiający zaznaczył, że nie było podstaw do wyjaśnienia treści oferty bowiem nie było w tej ofercie elementów niejasnych jak również wskazał na wyżej powołane pismo. Odwołujący nie wskazał w odwołaniu żadnego uzasadnienia faktycznego wskazującego podstawy zarzucanego zaniechania.

VI.

W zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy - *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców* – przez wprowadzenie przez Zamawiającego na etapie oceny ofert dodatkowego kryterium - nie wynikającego z postanowień SIWZ - w postaci konieczności zastosowania jednej stawki roboczogodziny (Rb) do wszystkich prac wyszczególnionych w kosztorysie ofertowym.

Zaznaczyć należy, że Odwołujący wskazał na naruszenie zasad w kontekście wprowadzenia przez Zamawiającego na etapie oceny ofert dodatkowego kryterium, które jak twierdził nie wynikało z postanowień SIWZ a dotyczyło konieczności zastosowania jednej stawki roboczogodziny do wszystkich prac wyszczególnionych w kosztorysie.
Izba zaznacza, że w punkcie IV zważeń Izby zostało wykazane, że Odwołujący w sposób nieuprawniony utożsamia postanowienia SIWZ dotyczące sposobu obliczenia ceny z kryteriami oceny ofert. Należy wskazać, że kryteria oceny ofert zostały jednoznacznie przez Zamawiającego podane i na etapie oceny ofert nie zostało wprowadzone żadne dodatkowe wymaganie. Konieczność zastosowania jednakowych stawek roboczogodziny do sporządzenia kosztorysu ofertowego została wykazana w punkcie I zważeń Izby, konieczność ta wynikała z postanowień SIWZ.

Zasada równego traktowania wykonawców, jak podniósł to Sąd Okręgowy w Bydgoszczy *oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania, bez stosowania przywilejów, ale także* środków *dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości. Jej przestrzeganie polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji, nie zaś na jednakowej ocenie wykonawców* (porównaj: Postanowienie Sądu Okręgowego w Bydgoszczy z 17 marca 2008 roku sygn. akt VIII Ga 22/08).

W ocenie Izba działanie Zamawiającego w zakresie oceny oferty Odwołującego było prawidłowe, było zgodne z obowiązującymi przepisami i nie naruszyło zasady zamówień publicznych w tym w szczególności podnoszonych przez Odwołującego zasad równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji określonych w art. 7 ust. 1 ustawy, tym samym Izba uznała zarzut za niezasadny.

VII.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy *Zamawiający poprawia w ofercie: (…) oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek*- polegającego na niedokonaniu przez Zamawiającego poprawienia oczywistej omyłki rachunkowej w ofercie wykonawcy przez wskazanie w każdej z pozycji kosztorysu stawki za roboczogodzinę wpisanej przez Odwołującego w ofercie oraz na

pierwszej stronie tytułowej kosztorysu ofertowego.

Zgonie z art. 87 ust. 2 ustawy *Zamawiający poprawia w ofercie: 1) oczywiste omyłki pisarskie, 2) oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek, 3) inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty – niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.*
Natomiast oferty zawierające inne omyłki, których nie można było poprawić na podstawie art. 87 ust. 2 ustawy podgalają odrzuceniu i stanowi to obowiązek Zamawiającego, który płynie z treści art. 89 ust.1 ustawy.
Zaznaczyć należy, że poprawa oczywistej omyłki rachunkowej odnosi się do dokonania poprawy oczywistych błędów rachunkowych będących konsekwencją błędnego przeprowadzenia określonych działań arytmetycznych. Z ugruntowanego orzecznictwa Izby wynika bowiem, że oczywiste omyłki rachunkowe to omyłki w przeprowadzonych działaniach na liczbach (porównaj: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 18 kwietnia 2013 roku sygn. akt KIO 783/13, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 5 czerwca 2013 roku sygn. akt KIO 1202/13; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 18 grudnia 2013 roku sygn. akt KIO 2785/13).
Odwołujący wskazując na naruszenie art. 89 ust. 2 pkt 2 ustawy nie wskazał na błąd w operacjach matematycznych, który mógłby zostać poprawiony na podstawie ww. przepisu.
W ocenie Izby Zamawiający nie był uprawniony do dokonania poprawy w ofercie Odwołującego jako oczywistej omyłki rachunkowej przez wskazanie w każdej pozycji kosztorysu ofertowego stawki za roboczogodzinę wpisanej przez Odwołującego na pierwszej stronie kosztorysu ofertowego oraz w druku Formularz oferty. Nieuprawnione byłoby określanie stawki roboczogodziny przez Zamawiającego przez przyjmowanie w kosztorysie ofertowym w każdej z pozycji stawki 10 zł, która jak wskazał Odwołujący na rozprawie i w odwołaniu stanowi wygenerowaną przez program stawkę jako tą, która ma największą wartość oraz ilość jednostek nakładczych.
W ocenie Izby Zamawiajmy nie naruszył art. 89 ust. 2 pkt 2 ustawy niedokonująca poprawy oferty w sposób wskazany przez Odwołującego, tym samym Izba uznała zarzut za niezasadny.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 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 ze zmianami).

Przewodniczący: ……