

WYROK
z dnia 8 kwietnia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Członkowie: Honorata Łopianowska
Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 kwietnia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: Marek Patas prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe BUDIM 2 Marek Patas, DROG-BUD Sp. z o. o., ul. Siedmiu Źródeł 6, 46-300 Olesno** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gmina Sosnowiec, Aleja Zwycięstwa 20, 41-200 Sosnowiec** protestu z dnia 15 marca 2010 r.

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża Konsorcjum: Marek Patas prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe BUDIM 2 Marek Patas, DROG-BUD Sp. z o. o., ul. Siedmiu Źródeł 6, 46-300 Olesno i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy)

z kwoty wpisu uiszczanego przez **Konsorcjum: Marek Patas prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe BUDIM 2 Marek Patas, DROG-BUD Sp. z o. o., ul. Siedmiu Źródeł 6, 46-300 Olesno,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz xxx stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu xxx,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 5 556 zł 00 gr (słownie: pięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum: Marek Patas prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe BUDIM 2 Marek Patas, DROG-BUD Sp. z o. o., ul. Siedmiu Źródeł 6, 46-300 Olesno.**

Uzasadnienie

Zamawiający: Gmina Sosnowiec, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego pn.: „Budowa połączenia ul. Mikołajczyka z ul. Wojska Polskiego - et. I i II – część II etapu I obejmująca budowę drogi od ronda w ul. Mikołajczyka do włączenia z ul. Wojska Polskiego”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 1 października 2009r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 340860.

Wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przed dniem 29 stycznia 2010 r., tj. przed dniem wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do rozpoznania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zmianami) (zwanej dalej Pzp) w brzmieniu sprzed wejścia w życie wskazanych przepisów.

W dniu 9 marca 2010 r. odwołujący, Konsorcjum firm: Marek Patas prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe BUDIM 2 Marek Patas, DROG-BUD Sp. z o. o. z siedzibą w Olesnie (zwane dalej Konsorcjum BUDIM 2), otrzymał informację o wyborze oferty najkorzystniejszej, złożonej przez SKANSKA S.A. oraz o odrzuceniu oferty, złożonej przez odwołującego, jako niezgodnej z treścią siwz. W uzasadnieniu ww. decyzji zamawiający stwierdził, że w kosztorysie ofertowym nie ujęto pozycji nr 64, której zamawiający wymagał zgodnie z pkt 23.8 siwz.

Konsorcjum BUDIM 2 wniosło protest wobec czynności:

- wyboru oferty najkorzystniejszej,
- oceny ofert z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,
- odrzucenia oferty Konsorcjum BUDIM 2,
- opisanie przedmiotu zamówienia w sposób rażąco sprzeczny z przepisami ustawy Pzp, przez przeniesienie na wykonawców obowiązku sporządzenia jednoznacznego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia, utrudniając uczciwą konkurencję.

Wykonawca zażądał unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenia oceny ofert, wyboru jako najkorzystniejszej oferty odwołującego. Zarzucił w proteście naruszenie przez zamawiającego przepisów:

- art. 91 ust. 1 Pzp, poprzez wybór oferty najkorzystniejszej z naruszeniem kryterium oceny ofert określonym w siwz,
- art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez odrzucenie oferty odwołującego, mimo braku przesłanek wynikających z przepisów ustawy Pzp,
- art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,
- art. 29 ust. 1 i 2 Pzp, poprzez wprowadzenie do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zapisów opisujących przedmiot zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, a tym samym utrudniający uczciwą konkurencję,
- art. 31 ust. 1 Pzp, poprzez wprowadzenie do siwz zapisów wychodzących poza dokumentację projektową oraz specyfikację techniczną wykonania i odbioru robót budowlanych.

W uzasadnieniu wykonawca podniósł, iż zamawiający w pkt 23.8 siwz zawarł postanowienie, że wykonawca dokona wizji w terenie, celem pozyskania informacji, które będą konieczne do przygotowania oferty i zawarcia umowy. Koszty związane z przeprowadzeniem wizji ponosi wykonawca. Wykonawca winien szczegółowo rozpoznać teren przyszłej budowy i dostosować tok realizacji robót do istniejącej sytuacji w miejscu ich wykonania, w szczególności uwzględniając roboty nie wskazane w dokumentacji,

a niezbędne do realizacji przedmiotu zamówienia. Koszty powyższe wykonawca ujmie w kosztorysie ofertowym, poprzez dodanie pozycji o kolejnym nr 64.

Zdaniem odwołującego, powyższe działanie jest sprzeczne z przepisami ustawy Pzp. Tym samym, dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert, których cena została obliczona z uwzględnieniem zapisu pkt 23.8 siwz stanowi naruszenie przepisów ustawy, w tym przepisów dotyczących zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Cena winna być wyliczona przez wszystkich wykonawców w oparciu o te same dane, udostępnione przez zamawiającego. Wykonawcy nie mają możliwości technicznych, ani nie są uprawnieni, aby na etapie przygotowania ofert uzupełniać dokumentację przekazaną im przez zamawiającego. Zdaniem odwołującego, zapis w pkt 23.8 siwz jest bezskuteczny, a oferta wykonawcy, sporządzona w oparciu o dane wychodzące poza zakres przekazanej przez zamawiającego dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót, winna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 Pzp.

W ocenie odwołującego, w świetle ww. argumentów, wybór oferty najkorzystniejszej narusza art. 91 ust. 1 Pzp oraz zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a jedyną ważną ofertą pozostaje oferta odwołującego, która winna zostać wybrana jako najkorzystniejsza.

Odwolujący zgłosił żądanie ewentualne: na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 146 ust. 1 pkt 5 oraz art. 146 ust. 1 pkt 6 Pzp wniósł o unieważnienie postępowania, jako obarczonego wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Zamawiający oddalił protest. W uzasadnieniu stwierdził, że oferta wybrana firmy SKANSKA SA. jest zgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia oraz jest najkorzystniejsza cenowo, tym samym nie doszło do naruszenia art. 91 ust 1 Pzp.

W ocenie zamawiającego, nie miało miejsca naruszenie art. 7 ust 1 Pzp, ponieważ wszyscy wykonawcy brali udział w postępowaniu na równych prawach i mieli równy dostęp do informacji. Ponadto, zamawiający jasno i dokładnie określił podstawę obliczenia kosztów niewymiernych wynikających z pkt. 23.8 siwz i jednoznacznie wskazał na konieczność dodania w kosztorysie ofertowym pozycji nr 64.

Zamawiający wyjaśnił, iż przedmiot zamówienia został opisany w sposób wyczerpujący, jasny i dokładny, poprzez załączenie do siwz projektu budowlanego, projektów wykonawczych, przedmiarów robót, badań geologicznych i specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót, zgodnie z wymogami art. 31 Pzp. Wskazał, że oferta odwołującego przekracza kwotę, jaką zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia, w związku z czym nie mogłaby zostać wybrana do realizacji zamówienia.

4

Z uwagi na powyższe, interes prawny odwołującego w uzyskaniu zamówienia nie mógł i nie doznał uszczerbku.

Konsorcjum BUDIM 2 wniosło odwołanie od rozstrzygnięcia protestu. W odwołaniu wykonawca podtrzymał zarzuty i żądania zawarte w proteście. Odwołujący wniósł o unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie oceny ofert i wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez odwołującego. Wskazał na naruszenie: art. 91 ust. 1 Pzp, poprzez wybór oferty SKANSKA SA, jako najkorzystniejszej z naruszeniem kryterium oceny ofert określonym w siwz, art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez odrzucenie oferty odwołującego, art. 7 ust. 1 Pzp, art. 29 ust. 1 i 2 Pzp, art. 31 ust. 1 Pzp.

Odwolujący wyjaśnił, iż posiada interes prawny do wniesienia odwołania, ponieważ jego interes prawny w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia doznał uszczerbku w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Stwierdził, iż w przypadku przeprowadzenia postępowania zgodnie z przepisami ustawy Pzp, oferta odwołującego winna zostać wybrana jako najkorzystniejsza.

Podkreślił, że na zamawiającym ciąży obowiązek jednoznacznego i wyczerpującego opisanie przedmiotu zamówienia, tymczasem w pkt 23.8 siwz zamawiający przeniósł na wykonawców obowiązek określenia przedmiotu zamówienia. Zdaniem odwołującego, dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej, której cena została obliczona z uwzględnieniem pkt 23.8 siwz narusza przepisy ustawy Pzp, bowiem cena winna być wyliczona przez wszystkich wykonawców w oparciu o te same dane udostępnione przez zamawiającego. Powołując się na orzecznictwo KIO odwołujący stwierdził, iż wykonawcy nie mogą ponosić konsekwencji niedokładnego opisu przedmiotu zamówienia, a zamawiający nie może przerzucać na wykonawców odpowiedzialności za właściwe sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia, zgodnie z art. 29 ust. 1 oraz art. 31 Pzp. Wartość zamówienia, winna być obliczona w oparciu o dokumenty, którymi dysponuje zamawiający, a zatem nie może zawierać robót nieprzewidzianych w dokumentacji.

Odnosząc się do twierdzenia zamawiającego, iż cena oferty przekracza wartość zamówienia, wskazał, że przeznaczenie odpowiedniej ilości środków finansowych na realizację zamówienia jest czynnością wtórną w stosunku do wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwolujący, na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 146 ust. 1 pkt 5 oraz art. 146 ust. 1 pkt 6 Pzp wniósł, tak jak w proteście, o ewentualne unieważnienie postępowania.

5

sprawy, oryginalnej dokumentacji postępowania oraz wyjaśnień stron postępowania odwoławczego złożonych na rozprawie, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

KIO stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem prawnym w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp. Izba wzięła pod uwagę, iż odwołujący jest wykonawcą w rozumieniu art. 2 pkt 11 Pzp, który złożył ofertę i ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego. Z punktu widzenia kryterium oceny ofert w przedmiotowym postępowaniu oferta odwołującego, gdyby nie została odrzucona, kwalifikowałaby się na drugiej pozycji w rankingu ofert. Z uwagi na powyższe, odwołujący nie legitymuje się interesem prawnym w rozumieniu wąskim, tj. nie posiada wprost możliwości uzyskania zamówienia w danym postępowaniu, w wyniku przywrócenia oferty odwołującego do postępowania, jednak ewentualne stwierdzenie naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, które mogło uniemożliwić wykonawcy skuteczne ubieganie się o udzielenie zamówienia uzasadnia interes prawny wykonawcy w rozumieniu szerokim, nawet wówczas, gdy stwierdzone naruszenie przepisów nie miało lub nie może mieć istotnego wpływu na wynik postępowania.

Rozpoznając odwołanie Izba zważyła, że zgodnie z treścią przepisu art. 184 ust. 1a Pzp, w postępowaniu o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp odwołanie przysługuje wyłącznie od rozstrzygnięcia protestu dotyczącego wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki i zapytania o cenę, opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, wykluczenia wykonawcy z postępowania oraz odrzucenia oferty.

Wartość przedmiotowego zamówienia publicznego, obejmującego roboty budowlane, została ustalona przez zamawiającego i wynosi 4 274 062,62 zł, co stanowi równowartość 1 102 386,48 euro. Zgodnie z rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 grudnia 2007 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich (Dz. U. Nr 241, poz. 1762), wydanym na podstawie delegacji, zawartej w art. 11 ust. 8 Pzp, w odniesieniu do zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu, wartość zamówień i konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich, dla robót budowlanych wynosi 5 150 000 euro. Wartość przedmiotowego zamówienia jest zatem mniejsza niż kwoty, określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W świetle powyższego, stosownie do brzmienia przepisu art. 184 ust. 1a Pzp, w przedmiotowym postępowaniu nie przysługuje wykonawcy odwołanie od rozstrzygnięcia

6

protestu dotyczącego czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, tj. oferty złożonej przez SKANSKA S.A. Wobec powyższego, Izba nie rozpoznawała zarzutu dotyczącego naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp, poprzez wybór oferty najkorzystniejszej z naruszeniem kryterium oceny ofert, określonym w siwz. Stosownie do treści art. 184 ust. 1a Pzp, odwołującemu nie przysługuje także odwołanie od rozstrzygnięcia protestu dotyczącego zaniechania unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 146 ust. 1 pkt 5 oraz art. 146 ust. 1 pkt 6 Pzp.

Ponadto, Izba uznała, że zarzuty dotyczące naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 29 ust. 1 i 2 Pzp, poprzez wprowadzenie do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zapisów opisujących przedmiot zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, a tym samym utrudniający uczciwą konkurencję oraz przepisu art. 31 ust. 1 Pzp, poprzez wprowadzenie do siwz zapisów wychodzących poza dokumentację projektową oraz specyfikację techniczną wykonania i odbioru robót budowlanych, są spóźnione i nie podlegają rozpoznaniu. Dotyczą one postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wobec których, w postępowaniu o wartości zamówienia mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11. ust. 8 Pzp, protest wnosi się w terminie 7 dni od zamieszczenia siwz na stronie internetowej zamawiającego, stosownie do dyspozycji przepisu art. 180 ust. 3 pkt 1 Pzp. Należało zatem uznać, że zarzuty powyższe zostały podniesione z uchybieniem ustawowych terminów, które obowiązują przy wnoszeniu protestu dotyczącego treści ogłoszenia oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Stosownie do art. 184 ust. 1a pkt 4 Pzp, rozpoznaniu podlegał zarzut naruszenia

przez zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, dotyczący czynności odrzucenia oferty odwołującego.

Izba ustaliła, że w pkt 10 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zamawiający zawarł opis sposobu obliczenia ceny, wskazując, że „Przez cenę oferty należy rozumieć całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia, zgodnie z wymogami zawartymi w siwz i załącznikach. Cena musi obejmować wszelkie koszty, jakie poniesie wykonawca z tytułu należytej oraz zgodnej z obowiązującymi przepisami realizacji przedmiotu zamówienia.” Wskazał również jednoznacznie, że „Podstawą obliczenia ceny oferty są wycenione przez wykonawcę, a opracowane i przekazane przez zamawiającego przedmiary robót. Wykonawca obliczy wartości jednostkowe dla wszystkich robót wymienionych w przedmiarach robót wg założeń wyjściowych do kosztorysowania zawartych w rozdziale 23 siwz.” Zamawiający wymagał (pkt 10.3 siwz), aby wykonawcy podali cenę: „10.3.1 wartość (netto) – jako sumę wartości netto wszystkich kosztorysów ofertowych i innych kosztów wynikających z zapisów siwz, 10.3.2. wartość podatku od towarów i usług (VAT) wg obowiązującej stawki, wyliczona od wartości netto z pkt 10.3.1, 10.3.3. cenę brutto, stanowiącą sumę wartości netto z pkt 10.3.1 i należnego podatku z pkt 10.3.2.”

7

W pkt 8.4 siwz zamawiający wymagał złożenia wraz z ofertą m.in. kosztorysów ofertowych sporządzonych według przedmiarów załączonych do siwz. Na bazie ww. kosztorysów ofertowych oraz innych kosztów określonych w cenie oferty zostało przewidziane kosztorysowe wynagrodzenie wykonawcy za realizację przedmiotu umowy, co wynika wprost z treści § 3 wzoru umowy. Zamawiający postanowił, że ustalenie wysokości wynagrodzenia nastąpi na podstawie kosztorysu powykonawczego, sporządzonego przez wykonawcę w oparciu o faktycznie wykonane i odebrane roboty, potwierdzone przez właściwych branżowych inspektorów nadzoru oraz ceny jednostkowe zawarte w kosztorysie ofertowych. Wynagrodzenie ustalone zgodnie z ofertą w tym postępowaniu stanowi jedynie „wynagrodzenie wstępne”, które może podlegać zmianie w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia. Wykonawca jest przy tym zobowiązany wykonać wszelkie roboty niezbędne do osiągnięcia celu zgodnego z projektem budowlanym, lecz nie wykraczające poza przedmiot umowy. Wynagrodzenie za wykonane roboty zostanie wyliczone w oparciu o ceny jednostkowe wskazane w kosztorysie ofertowym i faktycznie wykonane ich ilości.

W pkt 23 siwz zamawiający zawarł szczegółowe informacje obejmujące założenia wyjściowe do kosztorysowania, w tym m.in. iż kosztorys ofertowy należy opracować metodą kalkulacji uproszczonej, która polega na obliczeniu wartości kosztorysowej robót objętych przedmiarem robót jako sumy iloczynów ilości jednostek przedmiarowych robót i ich cen jednostkowych bez podatku od towarów i usług. Kosztorys powinien obejmować wszystkie pozycje wyszczególnione przedmiarze robót. Kosztorysy należało opracować w oparciu o przedmiary robót, specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót wyszczególnione w załączniku nr 3 do siwz. W ppkt 8 tego rozdziału zamawiający zawarł postanowienie, że „Wykonawca dokona wizji w terenie, celem pozyskania informacji, które będą konieczne do przygotowania oferty i zawarcia umowy. Koszty związane z przeprowadzeniem wizji ponosi wykonawca. Wykonawca winien szczegółowo rozpoznać teren przyszłej budowy i dostosować tok realizacji robót do istniejącej sytuacji w miejscu ich wykonania, w szczególności uwzględniając roboty nie wskazane w dokumentacji, a niezbędne do realizacji przedmiotu zamówienia. Koszty powyższe wykonawca ujmie w kosztorysie ofertowym, poprzez dodanie pozycji o kolejnym nr 64.”

Powyższe postanowienia siwz, w tym postanowienie zawarte w pkt 23.8 nie zostały skutecznie oprotestowane przez wykonawców, a zatem są wiążące w przedmiotowym postępowaniu dla wszystkich wykonawców z uwagi na obowiązek zamawiającego dotyczący zapewnienia w postępowaniu zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W toku postępowania po otwarciu ofert, niedopuszczalne są jakiegokolwiek zmiany przez zamawiającego wymagań zawartych w siwz.

8

Z postanowień specyfikacji wynika jednoznacznie, że zamawiający przewidział kosztorysowy charakter wynagrodzenia. Potwierdziły ten fakt również strony, a zatem nie

była to okoliczność sporna. Jak wyjaśnił zamawiający w toku rozprawy, wycena pozycji nr 64 miała być dokonana przez wykonawców w ramach wynagrodzenia ryczałtowego za prace, których potrzeba wykonania wynika z ustaleń wykonawcy dokonanych w trakcie „wizji w terenie”.

Zamawiający wyjaśnił, że przedmiotowa inwestycja jest realizowana w strefie ekonomicznej, gdzie zdarzają się np. nielegalne wysypiska śmieci. Wymagana w pkt 23.8 wizja w terenie miała umożliwić wykonawcom zapoznanie się z uwarunkowaniami terenu i skalkulowanie w cenie oferty - w ramach poz. 64 - wszystkich prac, które by wykonawca uznał za konieczne do wykonania na podstawie dokonanych oględzin miejsca planowanej inwestycji. Tego typu okoliczności, jak np. usunięcie nielegalnego wysypiska śmieci, nie są objęte przedmiotem dokumentacji projektowej. Zgodnie z treścią omawianego postanowienia, wycena poz. 64 miała obejmować prace konieczne do wykonania, które wynikają ze stanu w terenie, wyłącznie do czasu przekazania terenu budowy wykonawcy, ponieważ od tego momentu to wykonawca jest odpowiedzialny za teren inwestycji. Biorąc pod uwagę powyższe należy uznać, że zamawiający jasno określił podstawę obliczenia kosztów, o których mowa w pkt. 23.8 siwz i jednoznacznie wymagał dodania w kosztorysie ofertowym dodatkowej pozycji nr 64. Izba podzieliła stanowisko zamawiającego, iż przeprowadzenie wizji w terenie miało ułatwić wykonawcom opracowanie oferty i uwzględnienie w niej wszelkich koniecznych prac podlegających wycenie. Nie sposób zgodzić się z odwołującym, iż brak wyspecyfikowania zakresu prac objętych pozycją nr 64 utrudnił wyliczenie kosztów tej pozycji. Faktycznie, zamawiający pozostawił wykonawcom swobodę w określeniu koniecznych prac niewynikających z dokumentacji, jednak ich zakres został określony w ten sposób, że mogły one wynikać z przeprowadzonej wizji w terenie, a zatem obejmował prace możliwe do ustalenia wyłącznie na podstawie dokonanych oględzin miejsca. Nie wchodzi w ten zakres z pewnością prace, które wynikałyby z innych, niewidocznych warunków terenowych, nie możliwych do stwierdzenia na podstawie oględzin miejsca. Ponadto, wskazać należy, że wykonawcy, w tym również odwołujący, w trakcie opracowywania ofert, mieli możliwość zadawania pytań do treści specyfikacji, z której to możliwości żaden z wykonawców nie skorzystał, przyjmując ryzyko ewentualnej błędnej interpretacji treści siwz.

Odwołujący nie zawarł pozycji nr 64 w złożonym kosztorysie ofertowym. W przypadku braku wymaganej pozycji w kosztorysie ofertowym nie sposób uznać, że wykonawca skalkulował koszty danych prac w innych pozycjach kosztorysu lub w kosztach ogólnych oferty, zresztą sam odwołujący tak nie twierdził. Odwołujący wyjaśnił jedynie, iż jest w stanie zrealizować zamówienie na podstawie złożonego kosztorysu ofertowego. W ocenie Izby,

9

brak pozycji oznacza jednak brak w treści oferty oświadczenia woli wykonawcy w danym zakresie, a zatem niemożliwość stwierdzenia przez zamawiającego, czy wykonawca wycenił konieczne prace, a tylko pominął pozycję, czy też np. nie zawarł pozycji w kosztorysie, ponieważ uznał, że nie ma potrzeby wykonywania jakichkolwiek prac w ramach tej pozycji. Podkreślić należy, że treść oferty musi być jednoznaczna w pełnym zakresie wymaganym w specyfikacji, a cena ofertowa, zgodnie z jednoznacznymi postanowieniami siwz powinna być wyceniona jako suma wszystkich pozycji przedmiaru (plus podatek VAT) wymaganych przez zamawiającego, tj. wraz z pozycją dodaną nr 64.

Brak wskazania pozycji i jej wyceny należy uznać za niezgodność treści oferty z treścią siwz. Jest to brak, który nie może podlegać poprawie jako omyłka niepowodująca istotnych zmian w treści oferty, w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Jest to brak oświadczenia woli wykonawcy w danym zakresie, którego zamawiający nie może poprawić (uzupełnić) bez ingerencji w treść oferty ze strony wykonawcy, a tym samym w treść złożonego w ofercie oświadczenia woli. Zamawiający, na podstawie złożonej oferty, nie dysponuje jakąkolwiek informacją dotyczącą pozycji nr 64 niezawartej w kosztorysie złożonym przez odwołującego, pozwalającą na uzupełnienie treści oferty w zakresie brakującej pozycji. Brak zawarcia pozycji w kosztorysie, w przypadku wynagrodzenia kosztorysowego, nie może być uznany za równoznaczny z oświadczeniem, iż danych prac wykonawca nie przewiduje lub że wycenił je w innych pozycjach, co nie zostało jednoznacznie wyjaśnione przez odwołującego. Ponadto, w ocenie Izby wyjaśnienie w tym zakresie treści oferty w trybie art. 87 ust. 1 Pzp nie jest uprawnione, gdyż stanowiłoby niedopuszczalną zmianę treści złożonej oferty.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba uznała za niezasadny zarzut naruszenia art. 89

ust. 1 pkt 2 Pzp, gdyż w ustalonym stanie faktycznym należało uznać, iż treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W konsekwencji, odnosząc się do podniesionego przez odwołującego - zarzutu dotyczącego naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, Izba uznała także i ten zarzut za niezasadny.

Biorąc za podstawę stan rzeczy, ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 191 ust. 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania.

10

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

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

11