

Sygn. akt: KIO/UZP 79/09

**WYROK**  
z dnia 3 lutego 2009r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący:** Klaudia Szczytowska - Maziarz

**Członkowie:** Stanisław Sadowy  
Małgorzata Stręciwilk

**Protokolant:** Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na ~~posiedzeniu~~ / rozprawie\* w dniu / w dniach 29.01.2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego CHEMOBUDOWA - Kraków S.A., 30-705 Kraków, ul. Klimeckiego 24** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gminę Świętochłowice, 41-600 Świętochłowice, ul. Katowicka 54** protestu / protestów\* z dnia 29.12.2008 r.

**orzeka:**

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert,
2. kosztami postępowania obciąża **Gminę Świętochłowice, 41-600 Świętochłowice, ul. Katowicka 54**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 574 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego CHEMOBUDOWA - Kraków S.A., 30-705 Kraków, ul. Klimeckiego 24,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 4 574 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Gminę Świętochłowice, 41-600 Świętochłowice, ul. Katowicka 54** na rzecz **Przedsiębiorstwa Budownictwa Przemysłowego CHEMOBUDOWA - Kraków S.A., 30-705 Kraków, ul. Klimeckiego 24,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu udziału w postępowaniu odwoławczym,
- 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 5 426 zł 00 gr (słownie: pięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Przedsiębiorstwa Budownictwa Przemysłowego CHEMOBUDOWA - Kraków S.A., 30-705 Kraków, ul. Klimeckiego 24.**

### **U z a s a d n i e n i e**

Pismem z dnia 29.12.2008r. wykonawca „Chemobudowa - Kraków” S.A., zwany dalej protestującym lub odwołującym, złożył protest na czynność odrzucenia jego oferty przez zamawiającego - Urząd Miejski w Świętochłowicach, zarzucając naruszenie art. 7 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) oraz żądając unieważnienia decyzji zamawiającego o unieważnieniu postępowania, unieważnienia czynności odrzucenia oferty protestującego, a także powtórzenia czynności oceny ofert i wybór oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu protestu protestujący podniósł, że wymienione w przepisie art. 89 ustawy Pzp przesłanki stanowią jedyne podstawy odrzucenia oferty. Katalog przestank jest zamknięty i nie może być traktowany i interpretowany rozszerzająco.

Przywołał orzecznictwo Zespołów Arbitrów, jaki i Krajowej Izby Odwoławczej, w szczególności: UZP/ZO/0-1058/04, KIO/UZP 535/08, KIO/UZP 339/08, KIO/UZP 286/08, KIO/UZP 277/08, odnoszące się do kwestii odrzucenia oferty z powodu niezgodności jej treści z treścią SIWZ.

Wskazał, że nie bez znaczenia dla niniejszej sprawy jest to, że zamawiający przewiduje w przedmiotowym postępowaniu wynagrodzenie ryczałtowe, czyli wynagrodzenie niezmiennie za cały przedmiot umowy bez względu na faktyczną ilość wykonanych robót, co oznacza, że brak wskazania wartości jednostkowej w kosztorysie nie ma żadnego wpływu na treść oferty i zaproponowaną w niej cenę. Brak taki w kontekście ceny ryczałtowej uznać należy za uchybienie formalne, nie skutkujące odrzuceniem oferty.

Na potwierdzenie swojego stanowiska protestujący przywołał w szczególności wyroki KIO o sygn. akt KIO/UZP 233/08, KIO/UZP 554/08, KIO/UZP 556/08.

Podał, że w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, pismem z dnia 15.12.2008r., wyjaśnił przyczynę powstania pustych miejsc w kosztorysie.", załączając na poparcie tych wyjaśnień pismo spółki „Datacomp” Sp. z o.o., odnoszące się do sposobu pracy programu Zuzia. Dodał, że zamawiający nie wzywał protestującego do wyjaśnienia wprowadzonej częściowej korekty nakładów pracy sprzętu w pozycji 2.4.2 oraz zastosowanego współczynnika 1.5 do nakładów robocizny w pozycjach od 3.2.2 do 3.2.7. Kalkulując ceny jednostkowe robót oraz ustalając wartość pozycji 2.4.2 protestujący skorygował część nakładów sprzętowych, tak aby odpowiadały one określonej przez zamawiającego wskazanej w opisie, zmienionej w stosunku do podanej podstawy wyceny, technologii i rodzajowi robót.

W poz. od 3.2.2 do 3.2.7 protestujący wprowadził współczynnik 1,5 do R, który wynika z jego kalkulacji ceny i konieczności zwiększenia nieobligatoryjnych norm nakładów rzeczowych robocizny, określonych w podanych przez zamawiającego katalogach norm, wskazanych jako podstawa wyceny, tak aby odpowiadały one rzeczywistym cenom rynkowym dla wskazanych w ofercie robót tynkarskich.

Wyjaśnił, że zgodnie z aktualną sytuacją prawną w zakresie ustalania cen za roboty budowlane istnieje pełna swoboda sposobu kalkulacji. Kosztorys ofertowy stanowi kalkulację ceny oferty i jest przygotowywany przez wykonawcę jako jego propozycja wynagrodzenia za wykonanie przedmiotu umowy. Obowiązujące regulacje prawne (stosowane obligatoryjnie w zamówieniach publicznych) obejmują jedynie zasady sporządzania kosztorysu inwestorskiego oraz przedmiaru robót.

Wskazał, że zamawiający wymagał w SIWZ oraz wyjaśnieniach, iż oferta powinna być

sporządzona w zakresie objętym przedmiarami robót. Oferta protestującego wymóg ten spełnia.

W części dotyczącej kosztorysów ofertowych protestujący, zachowując wymaganą w SIWZ oraz w wyjaśnieniach zamawiającego zgodność kosztorysów ofertowych z zakresem określonych w SIWZ przedmiarów robót., jak też uwzględniając wymagany zakres robót, przedstawił kosztorys ofertowy bez pominięcia jakichkolwiek pozycji z przedmiaru robót - co przesądza o jego ważności i braku podstaw odrzucenia oferty.

Podniósł, że obecnie stosowana i obligatoryjna w zamówieniach publicznych definicja przedmiaru robót jako dokumentu przekazywanego wykonawcy w celu sporządzenia kosztorysu ofertowego dla obliczenia ceny brzmi: przedmiar robót powinien zawierać zestawienie przewidywanych do wykonania robót podstawowych w kolejności technologicznej ich wykonania wraz z ich szczegółowym opisem lub wskazaniem podstaw ustalających szczegółowy opis oraz wskazaniem właściwych specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych, z wyliczeniem i zestawieniem ilości jednostek przedmiarowych.

Dodał, że w świetle obowiązujących przepisów dotyczących zamówień publicznych używanie pojęcia „kosztorys ślepy” nie powinno mieć miejsca, ponieważ nie został on zdefiniowany w zakresie podstawowych pojęć w obowiązujących przepisach z zakresu zamówień publicznych.

W podsumowaniu protestujący wskazał, że:

1. składając ofertę protestujący zaproponował w formularzu ofertowym cenę za wykonanie całości zadania objętego przedmiotem zamówienia. Cena ofertowa zawiera wszystkie koszty niezbędne do wykonania zamówienia określonego w SIWZ w rozdziale 3 oraz szczegółowo w dokumentacji projektowej i w specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót,
2. zamawiający przewiduje rozliczenie przedmiotowego zamówienia w formie wynagrodzenia ryczałtowego,
3. w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu określonych w rozdziale 10 w pk. 14 specyfikacji SIWZ protestujący przedstawił w złożonej ofercie kosztorys ofertowy sporządzony metodą szczegółową zgodnie z przedmiarem robót, jaki zamawiający określił w SIWZ,
4. oferta protestującego została sporządzona w zakresie objętym załączonymi przedmiarami robót- uwzględnia wskazane przez zamawiającego rozwiązania materiałowe; dla wszystkich pozycji robót wskazano w kosztorysie ofertowym ceny oraz uwzględniono w cenach ewentualne proponowane przez wykonawcę upusty,
5. protestujący nie pominął w kosztorysie ofertowym żadnej pozycji przedmiaru robót, przyjmując je zgodnie co do ilości, jednostki miary, opisu robót i podstawy wyceny,

spełnił wymagania zamawiającego zgodnie z treścią udzielonych wyjaśnień z dnia 12.11.2008r.,

6. oferta protestującego jest zgodna z postanowieniami SIWZ, a zatem nie może podlegać odrzuceniu.

Pismem z dnia 07.01.2009r. zamawiający protest rozstrzygnął poprzez jego oddalenie. W uzasadnieniu rozstrzygnięcia protestu zamawiający wskazał, że punktem wyjścia do rozstrzygnięcia są zapisy specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający odwołał się do postanowień Rozdziału XVI, X pkt 14 oraz § 1 ust. 3 i § 6 ust. 1 wzoru umowy.

Podniósł, że protestujący na formularzu ofertowym złożył oświadczenie, że zapoznał się ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia i uznał się związanym określonymi w niej warunkami i zasadami postępowania oraz wzorem umowy. Zdaniem zamawiającego, nie ulega wątpliwości, że podstawą wyliczenia ceny nie była udostępniona dokumentacja projektowa, wykonawcy nie byli zobligowani do złożenia wraz z ofertą kosztorysu ofertowego sporządzonego według własnych indywidualnych kalkulacji, ale podstawą wyliczenia ceny była dokumentacja projektowa, specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót budowlanych oraz przedmiar robót. Jeżeli podstawą obliczenia ceny byłaby tylko dokumentacja projektowa to zgodnie z § 4 ust. 3 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2.09.2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (Dz. U. nr. 202. poz. 2072, z późno zm.) jeśli zamówienie na roboty budowlane jest udzielane w trybie zamówienia z wolnej ręki lub w istotnych postanowieniach umowy przyjęto zasadę wynagrodzenia ryczałtowego, dokumentacja projektowa może nie obejmować przedmiaru robót. Przedmiar robót był częścią dostarczonej dokumentacji projektowej. Zamawiający w sposobie obliczenia ceny oferty określił wymagania dotyczące metody sporządzenia kosztorysu ofertowego, wypełnienia wszystkich pozycji przedmiarowych.

Zamawiający nie podzielił stanowiska protestującego, że dokument - kosztorys ofertowy nie stanowi treść oferty, a błędy w tym dokumencie nie stanowią o jego niezgodności z treścią SIWZ, są jedynie uchybieniem formalnym nie skutkującym odrzuceniem oferty. Nie zgodził się też, że kosztorys ofertowy miał wyłącznie charakter pomocniczy, wtórny. Wskazał, że treść oferty nie odpowiada treści SIWZ, jeżeli zaoferowany przedmiot zamówienia (pełny zakres robót budowlanych) nie odpowiada opisanemu w specyfikacji przedmiotowi zamówienia co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu zaspokajającym oczekiwania i interesy zamawiającego. Zwrócił uwagę, że w świetle

orzecnictwa arbitrażowego za uchybienia w zakresie formy, a nie treści oferty należy uznać w szczególności: brak numeracji stron, błędne podanie liczby stron oferty, brak trwałego spięcia oferty, brak parafy, brak pieczętki pod oświadczeniem woli, brak podania wydziału sądu rejestrowego, brak podpisu na każdej stronie katalogu załączonego do oferty, brak potwierdzenia za zgodność z oryginałem kopii oferty, brak podpisu na każdej stronie oferty, wpisanie ceny nie na formularzu cenowym, lecz na osobnej karcie, brak wpisania osoby uprawnionej do kontaktów z zamawiającym, podpisanie oferty zwyczajowym, ale nieczytelnym podpisem, brak dołączenia do oferty elektronicznej wersji załącznika, brak dołączenia kopii oferty, błędne oznaczenie koperty z ofertą, itp.

Wskazał także, że w ustawie prawo zamówień publicznych brak jest definicji legalnej "oferty", jednak w praktyce zamówień publicznych utrwalił się pogląd zaprezentowany w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 21.10.2005 r., sygn. akt III CZP 74/05, w której Sąd Najwyższy stwierdził, że skoro w specyfikacji istotnych warunków zamówienia został zawarty obowiązek wykonawcy przedstawienia zamawiającemu informacji na potwierdzenie ich spełnienia, a treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, "oznacza to, że informacje te są elementem oferty ( ... ), i to bez względu na to, czy zostały one objęte skutecznym zastrzeżeniem zakazu ich udostępniania".

Na tej podstawie zamawiający uznał, że w przedmiotowym postępowaniu dokument - kosztorys ofertowy sporządzony zgodnie z wymaganiami zamawiającego metodą szczegółową stanowi istotny element oferty oraz zgodnie z zapisami wzoru umowy miał stanowić integralną część przyszłej umowy. Zapisy zawarte w kosztorysie ofertowym stanowią treść oferty, ponieważ w istotny sposób wskazują na zakres robót, w tym rodzaj przewidywanych do użycia materiałów, do wykonania jakiego zobowiązał się wykonawca. Nie można uznać, że treść oferty jest zgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia tylko na podstawie oświadczenia wykonawcy, bowiem oświadczenie takie ma charakter ogólny i jest uszczegóławiane dalszymi zapisami tejże oferty.

W ocenie zamawiającego zatem brak prawidłowo wypełnionego kosztorysu ofertowego zgodnie z przedmiarem robót nie stanowi uchybienia formalnego - postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie możliwości odrzucenia oferty w przypadku, gdy wykonawca nie wyceni wszystkich pozycji kosztorysu ofertowego i uznania tym samym przez zamawiającego, że oferta nie dotyczy realizacji całego przedmiotu zamówienia, są zgodne z wymogami określonymi w przepisach ustawy i nie naruszają określonych w niej zasad postępowania. Uchybienia i rozbieżności kosztorysowe w kosztorysie protestującego rzutują na zakres przedmiotu zamówienia oraz cenę oferty. Braki w kosztorysie powodują, że cena ofertowa nie zawiera wszystkich planowanych do wykonania prac.

Zamawiający przytoczyć tezę z orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19.06.2008 KIO/UZP 547/08 w brzmieniu: "nawet na wypadek uznania wynagrodzenia umownego jako zawierającego elementy rozliczenia ryczałtowego z wykonawcą, oferta powinna uwzględniać wszystkie wymienione w przedmiarze robót pozycje, jeżeli wymaga tego zamawiający".

Pismem z dnia 12.01.2009r. wykonawca „Chemobudowa - Kraków” S.A. wniósł odwołanie, podtrzymując swoje zarzuty, żądania i argumentację zawartą uprzednio w proteście, jednakże dodatkowo wskazując na naruszenie przez zamawiającego art. 93 ust. 1 pkt 1 oraz art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp oraz art. 183 ust. 1 ustawy Pzp poprzez rozstrzygnięcie protestu z naruszeniem ustawowego 10-dniowego terminu.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ, treści oferty odwołującego, stanowisk i oświadczeń stron, zaprezentowanych w proteście, rozstrzygnięciu protestu, odwołaniu oraz w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

W związku ze złożeniem protestu w niniejszej sprawie w dniu 29.12.2008r., tj. w dacie po wejściu w życie przepisów ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 171, poz. 1058), mając na względzie przepis art. 4 ust. 2 przywołanej ustawy, skład orzekający Izby podjął rozstrzygnięcie w niniejszej sprawie w zakresie stosowania przepisów działu VI ustawy w oparciu o stan prawny po wejściu w życie przepisów nowelizacyjnych.

Odnośnie interesu prawnego odwołującego, skład orzekający Izby ustalił, że odwołujący posiadał interes prawny w złożeniu protestu i odwołania, gdyż potwierdzenie się zarzutu odnośnie braku podstaw do odrzucenia jego oferty oznaczałoby dla odwołującego możliwość uzyskania niniejszego zamówienia ze względu na fakt, że oferta odwołującego byłaby wówczas jedyną ofertą nie podlegającą odrzuceniu w tym postępowaniu Tym samym wypełniona została materialnoprawna przesłanka do rozpoznania odwołania, wynikająca z treści art. 179 ust. 1 ustawy.

Odnośnie istotnych dla rozstrzygnięcia przedmiotowego odwołania postanowień SIWZ skład orzekający Izby ustalił:

W Rozdziale 3 SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia” zamawiający podał, że przedmiotem zamówienia jest budowa hali widowiskowo-sportowej przy ul. Sudeckiej 5 w Świętochłowicach i obejmuje wykonanie niżej podanego zakresu robót:

Roboty architektoniczne (zagospodarowanie terenu): wykonanie ogrodzenia, wykonanie murku z cegły klinkierowej, okładziny schodów i balustrady schodowe, inne roboty.

Roboty konstrukcyjne: roboty ziemne (wymiana gruntu), roboty ziemne przy schodach zewnętrznych, wykonanie fundamentów, schody zewnętrzne.

Zewnętrzne sieci wodno-kanalizacyjne: sieć wodociągowa - roboty ziemne, sieć wodociągowa - roboty montażowe, sieć kanalizacji sanitarnej i deszczowej - roboty ziemne, sieć kanalizacji sanitarnej i deszczowej - roboty montażowe.

Przyłącze sieci ciepłowniczej: roboty ziemne, roboty budowlane, roboty montażowe - materiały preizolowane, materiały niepreizolowane, roboty antykorozyjne i izolacyjne.

Wykonanie obiektu hali sportowej: roboty ziemne, fundamenty, warstwy posadzkowe, zbrojenie betonu, konstrukcje żelbetowe, ściany zewnętrzne, ściany wewnętrzne, dach, ślusarka zewnętrzna, ślusarka i stolarka drzewiowa, ocieplenie ścian, tynki i okładziny, malowanie i licowanie ścian, posadzki, sufity podwieszane, wyposażenie dodatkowe, schody zewnętrzne wraz z podjazdem dla niepełnosprawnych, opaska wokół budynku .

Instalacja wodno-kanalizacyjna w hali: przewody wodociągowe, przewody kanalizacyjne, roboty pomocnicze, urządzenia wodno-kanalizacyjne, izolacja termiczna.

Instalacja centralnego ogrzewania w hali: przewody centralnego ogrzewania, przybory grzejne, izolacje termiczne, rurociągi do nagrzewnic, rurociągi do nagrzewnic - izolacje.

Węzeł cieplny: wykonanie instalacji wysokich parametrów, wykonanie instalacji niskich parametrów, izolacja antykorozyjna i termiczna.

Wentylacja z klimatyzacją - przewody: osprzęt, urządzenia, instalacje elektryczne wewnętrzne w hali.

Wskazał też, że szczegółowy opis przedmiotu zamówienia określa załączona dokumentacja projektowa oraz specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót, a także, że oferta powinna być sporządzona w zakresie objętym załączonymi przedmiotami robót (rozwiązania materiałowe).

W Rozdziale 10 „Informacja o oświadczeniach lub dokumentach, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu” w pkt. 14 zamawiający wskazał, że wykonawcy mają złożyć kosztorys ofertowy, sporządzony metodą szczegółową, zgodnie z przedmiotem robót wraz z harmonogramem rzeczowo - finansowym budowy z podziałem na etapy robót objętych fakturowaniem częściowym.

W Rozdziale 16 „Opis sposobu obliczenia ceny oferty” zamawiający wprowadził następujące postanowienia: „Cenę oferty wykonawca ustali po sporządzeniu kosztorysu ofertowego w oparciu o otrzymany od Zamawiającego formularz kosztorysu ślepego będący załącznikiem do specyfikacji. Wykonawca określi (formularz ofertowy) dane cenowe do kosztorysowania według których dokonał wyceny. Wszystkie ceny powinny zawierać w sobie ewentualne upusty proponowane przez wykonawcę. Dane cenowe do kosztorysowania,



określone przez wykonawcę będą stałe przez cały okres realizacji umowy. Wykonawca nie może pominąć w kosztorysie ofertowym żadnej pozycji z formularza kosztorysu. W przypadku dokonania wyceny danej pozycji kosztorysu w innej pozycji, przy pozycji nie wycenionej należy podać numer pozycji gdzie wyceniono dane roboty. Zamawiający nie dopuszcza możliwości waloryzacji ustalonego wynagrodzenia za wyjątkiem zmiany stawki VAT. (...) Cena ofertowa powinna zawierać wszystkie koszty niezbędne do wykonania całości przedmiotu zamówienia. (...) Jeżeli wykonawca nie wyceni wszystkich pozycji kosztorysu ofertowego, wówczas zamawiający uzna, że oferta nie dotyczy realizacji całego przedmiotu zamówienia, w związku z czym zostanie odrzucona z mocy art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. (...) Zamawiający poprawi tylko te omyłki rachunkowe, które można poprawić na podstawie art. 88 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W § 1 ust. 3 wzoru umowy, stanowiącego załącznik nr 3 do SIWZ, zamawiający podał, że szczegółowy zakres robót do wykonania w ramach umowy określają: dokumentacja techniczna, przedmiar robót, STWiOR (w części zawierającej zbiory wymagań w zakresie sposobu wykonania robót budowlanych, obejmujące wymagania w zakresie właściwości materiałów, wymagania dotyczące sposobu wykonania i oceny prawidłowości wykonania poszczególnych robót), kosztorys ofertowy, stanowiący załącznik nr 1 do umowy.

Pismem z dnia 11.12.2008r. zamawiający wezwał odwołującego, powołując się na art. 3 ust. 1 pkt 1 oraz art. 87 ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień, tj. z powodów nie wypełnienia (brak wyceny tzw. pozycje zerowe) w kosztorysie cenowym pozycji 2.3.6. - 2.3.11. oraz 2.5.2.

W wyznaczonym terminie, pismem z dnia 15.12.2008r., odwołujący wyjaśnił, że wskazane pozycje wycenił na „0,00 zł”. Nadto poinformował, że ceny materiałów w powyższych pozycjach kosztorysu uwzględniają upusty i rabaty handlowe udzielone przez dostawców materiałów odwołującego, a także, że w pozycjach kosztorysu, w których przyjęto ceny i wartości nakładów materiałowych „0,00 zł” na wydruku pojawiły się puste miejsca z uwagi na ustawienia programu do kosztorysowania o nazwie Zuzia, który to program odwołujący wykorzystuje przy opracowywaniu kosztorysów ofertowych. W tych pozycjach w przypadku pustego miejsca należy przyjąć ceny i wartości „0,00 zł”.

Zarzut niezasadnego odrzucenia oferty odwołującego z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2) oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasługuje na uwzględnienie.

Wniosek o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ zamawiający wysnuł na podstawie braku wyceny niektórych pozycji kosztorysu, zaś brak wyceny zamawiający przypisał odwołującemu ze względu na puste miejsca w niektórych, kwestionowanych pozycjach kosztorysu ofertowego.

W ocenie składu orzekającego Izby stanowisko takie nie jest zasadne, ponieważ odwołujący nie pominął (nie wykreślił) żadnej pozycji z opisanych przez zamawiającego w przedmiarze robót, zaś puste miejsca w kolumnie „cena” w kwestionowanych pozycjach kosztorysu winny być odczytywane jako miejsca, w których odwołujący uwzględnił wartość „0,00 zł”. Taki sposób odczytania kosztorysu znajduje swoje uzasadnienie w istniejących na rynku programach do kosztorysowania, które wartości „0” podczas pracy w ogóle nie wyświetlają, a w konsekwencji nie ujawniają na wydruku sporządzonego kosztorysu, co jest faktem znanym składowi orzekającemu Izby z urzędu.

Co więcej na taki sposób rozumienia „pustych miejsc” przez samego zamawiającego wskazuje treść wezwania zamawiającego do odwołującego z dnia 11.12.2008r., w którym zamawiający wprost zażądał wyjaśnień odnośnie braku wyceny tzw. pozycji zerowych. Świadczy to o tym, że zamawiający, zanim otrzymał jakiegokolwiek wyjaśnienia od odwołującego, zakwalifikował puste miejsca, jakie miejsca „zerowe”.

Biorąc to pod uwagę, stwierdzić należy, że puste miejsca w niektórych pozycjach kosztorysu ofertowego odwołującego nie wiązały się dla niego z obowiązkiem, nałożonym przez zamawiającego w postanowieniach Rozdziału 16 „Opis sposobu obliczenia ceny oferty”, polegającym na wskazaniu innej pozycji kosztorysu, w której wycenę uwzględniono, przy czym wskazać także należy, że postanowienia SIWZ nie zawierały zakazu wyceny pozycji na „0,00 zł”.

Ponadto rola samego przedmiaru z punktu widzenia zgodności oferowanego przedmiotu zamówienia z oczekiwanym przez zamawiającego jest wątpliwa, ponieważ w Rozdziale 3 SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia” zamawiający podał, że szczegółowy opis przedmiotu zamówienia określa załączona dokumentacja projektowa oraz specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót. Odwołując się natomiast w dalszej części tego rozdziału do przedmiaru robót, nie użył już określenia, że stanowi on szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, a jedynie, że oferta powinna być sporządzona w zakresie objętym załączonymi przedmiarami robót, wskazując, że chodzi zamawiającemu o rozwiązania materiałowe, ujęte w przedmiarze. W tym zaś zakresie nie można mówić o niezgodności kosztorysu ofertowego z przedmiarem.

Fakt, że we wzorze umowy, zamawiający wskazał, że szczegółowy zakres robót określa m.in. przedmiar robót wątpliwości tej nie wyjaśnia, ale raczej czyni samą specyfikację istotnych warunków zamówienia niespójną, co z kolei nie może być poczytane na niekorzyść odwołującego.

Skład orzekający Izby uznał także za niezasadne odrzucenie oferty odwołującego z powodu nie wycenienia, zgodnie z przedmiarem inwestorskim, sprzętu w pozycji 2.4.2.

Opierając się na stanowisku odwołującego, któremu zamawiający nie zaproponował na rozprawie, tj., że opis tej pozycji nie odpowiada wskazanej przez zamawiającego podstawie KNR 2-051008-02, ponieważ zamawiający odmiennie niż KNR opisał tą pozycję, skład orzekający stanął na stanowisku, wobec niespójności przedmiaru w tym zakresie, a więc niespójności treści SIWZ, na którą to treść składał się m.in. przedmiar, że niespójność ta nie może być poczytana na niekorzyść odwołującego. W takiej sytuacji sposób wyceny odwołującego, który starał się dostosować zarówno do wskazanej w przedmiarze podstawy wyceny, jak i opisu pozycji przez zamawiającego, nie może być uznany za sprzeczny z przedmiarem, a oferta za sprzeczną z treścią SIWZ.

Skład orzekający Izby uznał także za niezasadne odrzucenie oferty odwołującego z powodu zastosowania przez niego współczynnika do robocizny 1,5 w pozycjach 3.2.2. - 3.2.7.

W ocenie składu orzekającego Izby, słusznie podnosił odwołujący w proteście i odwołaniu, że odwołujący miał swobodę sposobu kalkulacji ceny oferty. Uznając, że najistotniejszym elementem konkurencji wykonawców w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w którym cenie przypisano znaczenie 100%, miały być zaoferowane przez wykonawców ceny, narzucenie przez zamawiającego współczynnika robocizny pozostawałoby w sprzeczności z zasadą uczciwej konkurencji, interesem wykonawców, których wycena winna odpowiadać aktualnym cenom rynkowym, a także interesem samego zamawiającego, polegającym na wyborze oferty z ceną realną, gwarantującą wykonanie zamówienia. W treści SIWZ nie sposób doszukać się postanowienia, które wiązałoby wykonawców co do wskazanego w pozycjach 3.2.2. - 3.2.7. współczynnika robocizny, a co najwyżej, że wiąże on co do zakresu - rozwiązań materiałowych, co wskazano już wyżej.

Reasumując, brak było podstaw do odrzucenia oferty odwołującego z powodu niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, a zatem zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2) oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp

Wobec powyższego, na podstawie art. 191 ust. 2 pkt 1) ustawy Pzp oraz art. 191 ust. 1a ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania.

Jednocześnie też skład orzekający Izby, uwzględniając treść § 4 ust. 1 pkt 2) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 z późn. zm.) nie uznał wniosku odwołującego o zasądzenie kosztów zastępstwa prawnego, ze względu na nie przedłożenie przez niego żadnych rachunków w tym zakresie.

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 ze zm.) na niniejszy wyrok / ~~postanowienie~~\* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....