

Sygn. akt KIO/UZP 370/10

WYROK
z dnia 7 kwietnia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Członkowie: Justyna Tomkowska
Paweł Trojan

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 kwietnia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum firm: 1. Leszka Nemś, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Budownictwo Inżynieria Lądowa P.P.H.U. „MAKSEL-STYL” inż. Leszek Nemś (lider), 2. Budownictwo Inżynieria Lądowa P.P.H.U. „Maskel-Styl” Sp. z o.o. (partner), adres dla lidera konsorcjum: ul. Koziegłowska 7, 42-311 Żarki Letnisko** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Wojewódzki Ośrodek Doskonalenia Informatycznego i Politechnicznego, ul. Głogowska 27, 45-315 Opole** protestu z dnia 18 lutego 2010 r.,

przy udziale wykonawcy **ENERGOPOL TRADE OPOLE Sp. z o.o., u. Gosławicka 2, 45-446 Opole** zgłaszającego swoje przystąpienie po stronie zamawiającego,

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego, jak również nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego,**
- 2. kosztami postępowania obciąża Wojewódzki Ośrodek Doskonalenia Informatycznego i Politechnicznego, ul. Głogowska 27, 45-315 Opole 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 uiszczonego przez **Konsorcjum firm: 1. Leszka Nemś, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Budownictwo Inżynieria Lądowa P.P.H.U. „MAKSEL-STYL” inż. Leszek Nemś (lider), 2. Budownictwo Inżynieria Lądowa P.P.H.U. „Maskel-Styl” Sp. z o.o. (partner), adres dla lidera konsorcjum: ul. Koziegłowska 7, 42-311 Żarki Letnisk,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **8 044 zł 00 gr** (słownie: osiem tysięcy czterdzieści cztery złote zero groszy) przez **Wojewódzki Ośrodek Doskonalenia Informatycznego i Politechnicznego, ul. Głogowska 27, 45-315 Opole** na rzecz **Konsorcjum firm: 1. Leszka Nemś, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Budownictwo Inżynieria Lądowa P.P.H.U. „MAKSEL-STYL” inż. Leszek Nemś (lider), 2. Budownictwo Inżynieria Lądowa P.P.H.U. „Maskel-Styl” Sp. z o.o. (partner), adres dla lidera konsorcjum: ul. Koziegłowska 7, 42-311 Żarki Letnisk** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kwoty zaliczonej w poczet kosztów postępowania z wpisu uiszczonego przez Odwołującego się oraz wynagrodzenia pełnomocnika;
- ~~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 firm: 1. Leszka Nemś, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Budownictwo Inżynieria Lądowa P.P.H.U. „MAKSEL-STYL” inż. Leszek Nemś (lider), 2. Budownictwo Inżynieria Lądowa P.P.H.U. „Maskel-Styl” Sp. z o.o. (partner), adres dla lidera konsorcjum: ul. Koziegłowska 7, 42-311 Żarki Letnisk.**

U z a s a d n i e

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego pn. *„Rozbudowa i nadbudowa budynku wraz z przebudową zaplecza techniczno-maszynowego na pracownię dydaktyczne Wojewódzkiego Ośrodka*

Doskonalenia Informatycznego i Politechnicznego w Opolu”, zostało wszczęte przez Wojewódzki Ośrodek Doskonalenia informatycznego i Politechnicznego, ul. Głogowska 27, 45-315 Opole zwany dalej: „Zamawiającym”, ogłoszeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych Nr 405266-2009 z dnia 25.11.2009 r.

W dniu 12.02.2010 r. Zamawiający przekazał faxem informacje o wyborze oferty najkorzystniejszej ENERGOPOL TRADE Opole Sp. z o. o., ul. Gosławicka 2, 45-466 Opole zwanej dalej: „ENERGOPOL TRADE Opole Sp. z o. o.” oraz odrzuceniu oferty Konsorcjum firm: 1. Leszka Nemś, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Budownictwo Inżynieria Lądowa P.P.H.U. „MAKSEL-STYL” inż. Leszek Nemś (lider), 2. Budownictwo Inżynieria Lądowa P.P.H.U. „Maskel-Styl” Sp. z o.o. (partner), adres dla lidera konsorcjum: ul. Koziegłowska 7, 42-311 Żarki Letnisko zwana dalej: „Konsorcjum Budownictwo Inżynieria Lądowe P.P.H.U „MAKSEL - STYL” albo „Protestującym” albo „Odwołującym”. Zamawiający wskazał jako podstawę prawną odrzucenia art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp, gdyż wskazana oferta jest niezgodna z Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia zwaną dalej: „SIWZ”, tj. nieprawidłowy jest sposób obliczenia ceny oferty.

W dniu 18.02.2010 r. (faxem) na podstawie art. 180 i nast. ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), zwanej dalej: „Pzp” Konsorcjum Budownictwo Inżynieria Lądowe P.P.H.U „MAKSEL – STYL” inż. Leszek Nemś złożyło protest na czynności Zamawiającego polegające na:

1. odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp oferty Protestującego,
2. nie dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty na podstawie art. 91 ust.1 Pzp.

Zamawiający takim działaniem naruszył przepisy Pzp, a w szczególności;

1. art. 7 ust. 1 Pzp, a tym samym zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.
2. art. 91 ust. 1 Pzp poprzez nie dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty.

Protestujący wnosił o unieważnienie czynności polegającej na odrzuceniu naszej oferty i unieważnienie czynności wyboru wykonawcy ENERGOPOL TRADE Opole Sp. z o. o. oraz dokonanie powtórnej oceny ofert w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania

Decyzje Zamawiającego uznał za niesłuszną i pozbawioną podstaw, gdyż nie może być tak, że Zamawiający celowo w sposób bezpodstawny zawiąza cenę naszej oferty aby móc ją odrzucić. Ponownie wyjaśnił, że pismem z dnia 18.01.2010 r., Zamawiający poinformował Protestującego, że po stwierdzeniu rozbieżności między kwotami w kosztorysach ofertowych, a wartościami wpisanymi do formularza ofertowego dokonał poprawy oczywistej omyłki rachunkowej. Na taką czynność Zamawiającego nie wraził zgody

(pismo z dnia 19.01.2010 r.), gdyż dokonane poprawki były bezzasadne, błędne i niezgodne z załączonymi kosztorysami.

Oferta Protestującego składała się z 5 kosztorysów ofertowych na ogólną kwotę netto 3.676.203,64, brutto 4.484.968,44 i takie kwoty wynikające z kosztorysów ofertowych wpisane zostały w złożonej ofercie pod poz. 4. Dla potrzeb Zamawiającego, na druku oferty w dalszej jego części podano wartości takich robót jak przygotowanie placu budowy, wykonanie dokumentacji powykonawczej oraz organizacja placu budowy wyszczególniając wartości tych robót z kosztorysów ofertowych. I tak w kosztorysie budowlanym z kwoty netto 2.129.685,83 wyszczególniono kwotę netto 5.085,97 dotyczącą przygotowania placu budowy, która to kwota mieści się w kosztorysie ofertowym i w tabeli elementów scalonych pod poz. 2. Kwota 7000,00 zł z formularza cenowego w pozycji wykonanie dokumentacji powykonawczej została przyjęta z wartości ogólnej kosztorysu budowlanego, wyliczona z kosztów pośrednich na podstawie przyjętej kalkulacji kosztów i robót towarzyszących. Kosztorys ofertowy - roboty instalacje elektryczne - kwota 12.320,- wyszczególniona z tego kosztorysu dotyczy robót z zakresu wykonania projektu placu budowy i mieści się w kosztorysie ofertowym w tabeli elementów scalonych w poz. 8.

W konsekwencji nie można tych wartości traktować jako odrębnych tak jak to zrobił Zamawiający gdyż policzono by je dwukrotnie.

Wykazane powyższe wyliczenia jednoznacznie dowodzą, że dokonane przez Zamawiającego poprawki ceny ofert byłyby niezgodne z załączonymi kosztorysami i w sposób nieuzasadniony podnosiłyby jej cenę. W piśmie wskazanym powyżej Protestujący prosił Zamawiającego o ponowne przeanalizowanie posiadanych dokumentów i dokonanie prawidłowej ich oceny. Jednakże, Zamawiający nie wziął pod uwagę wyjaśnień i argumentacji odrzucając ofertę mimo, że oferta sporządzona była bezbłędnie zgodnie ze SIWZ i najkorzystniejsza cenowo i wybrał ofertę droższą. Zamawiający nie wziął pod uwagę również tego, że cena zgodnie pkt 17 SIWZ jest ceną ryczałtową i zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 3.03.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 193/09, przy cenie ryczałtowej nie ma znaczenia sposób jej obliczenia, gdyż zgodnie z art. 632 § 1 Kc w zw. z art. 14 Pzp nie ma możliwości przy wynagrodzeniu ryczałtowym podwyższenia wynagrodzenia w przypadku błędnie wyliczonej ceny. Zamawiający będzie w przypadku ceny ryczałtowej zobowiązany wyłącznie do zapłaty ceny brutto oferty.

W dniu 19.02.2010 r. Zamawiający przekazał faxem uczestnikom postępowania przetargowego kopię protestu i wezwał ich do udziału w postępowaniu protestacyjnym.

W dniu 22.02.2010 r. (wpływ bezpośredni do Kancelarii Zamawiającego) do postępowania protestacyjnego przystąpiła firma ENERGOPOL TRADE Opole Sp. z o. o., wnosząc o oddalenie protestu w całości. Kopia przystąpienia została stosownie przekazana

Protestującemu. Zdaniem Przystępującego, bezpodstawne są zarzuty Protestującego dotyczące niedokonania przez Zamawiającego wyboru najkorzystniejszej oferty oraz naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odnosząc się do zarzutu Protestującego dotyczącego naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp poprzez, jego zdaniem, nie dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty i jak twierdzi wadliwe odrzucenie oferty Protestującego z powodu nieprawidłowego w stosunku do SIWZ sposobu obliczenia ceny. Przystępujący stwierdził, iż takie działanie Zamawiającego było zgodne z Pzp i uzasadnione zaistniałym stanem faktycznym.

W SIWZ Zamawiający wyraźnie sformułował zapisy dotyczące sposobu określenia ceny za wykonywane roboty. Zgodnie z treścią załącznika nr 9 do SIWZ (Formularz ofertowy) w pkt 5 oferent zobowiązany był wskazać wyliczenie ceny podanej w ofercie. I tak wśród składników stanowiących wyszczególnienie ceny ofertowej miały znaleźć się: 1) kosztorys ofertowy - roboty budowlane; 2) kosztorys ofertowy - roboty instalacyjne sanitarne; 3) kosztorys ofertowy - roboty instalacyjne elektryczne; 4) przygotowanie placu budowy; 5) wykonanie dokumentacji powykonawczej; 6) projekt organizacji placu budowy; 7) pozostałe koszty. Zapisy SIWZ jednoznacznie wskazywały, iż w przedmiarze robót jedynymi elementami, jakie miały być tam zawarte, były wyłącznie roboty budowlane bez prac dodatkowych i takie też elementy oferent zobowiązany był ujawnić w poz. 1-3. Wskazywał na to m.in. brak w kosztorysie ofertowym pozycji prac dodatkowych związanych m.in. z przygotowaniem placu budowy. Powyższe elementy pojawiają się, zgodnie z SIWZ, dopiero na etapie formularza ofertowego (załącznik 9 - tabela).

Słuszność takiego rozumienia zapisów SIWZ potwierdzają m.in. pozostałe złożone w postępowaniu oferty (w tym oferta Przystępującego do protestu), gdzie wyliczenia ceny ofertowej dokonywane były w taki właśnie sposób, tzn. ujęcie robót dodatkowych związanych z przygotowaniem placu budowy, wykonaniem dokumentacji powykonawczej oraz organizacją placu budowy nie następowało w kosztorysach ofertowych, a zostało wskazane dopiero w momencie wymieniania składników ceny ofertowej zgodnie z załącznikiem nr 9. Postępowanie Zamawiającego, domagającego się wyodrębnienia wskazanych w formularzu ofertowym składników ceny podyktowane jest, w ocenie Przystępującego, m.in. tym, iż wymienienie wszystkich elementów (w tym dodatkowych związanych m.in. z pracami przygotowującymi plac budowy) w poszczególnych kosztorysach rodziłoby po stronie Zamawiającego konieczność samodzielnego wyodrębniania z nich kosztów prac dodatkowych celem sprawdzenia ich zgodności z zapisami w formularzu ofertowym. Dla uniknięcia takiego postępowania, w przedmiarach robót nie znajdowały się elementy prac przygotowawczych, czy dokumentacji powykonawczej, które to wymienia się dopiero w wyliczeniu składników ceny. Tłumaczenie Protestującego, że kwoty podane w tabeli w zał. nr 9 w poz. 4; 5; 6; 7 zostały wyjęte z kosztorysów ofertowych i wstawione do tabeli nie

znajduje uzasadnienia, ponieważ zgodnie z nomenklaturą przyjętą w dokumencie p.t.: *"Wspólny słownik zamówień CPV"* prace takie jak:

- przy gotowanie placu budowy
- wykonanie dokumentacji powykonawczej
- projekt organizacji placu budowy

zostały sklasyfikowane pod innym numerem kodu CPV niż roboty opisane w przedmiarach i kosztorysach ofertowych. A zatem nie można przyjąć tłumaczenia Protestującego, że wyszczególnione powyżej roboty dodatkowe mieszczą się w zakresie robót wyszczególnionych w kosztorysach ofertowych. W obliczu różnic w ofercie Protestującego, wynikających z załączonych kosztorysów i formularza ofertowego. Zamawiający prawidłowo skierował do Protestującego pismo z dnia 18.01.2010 r. mające na celu wyjaśnienie wątpliwości w zakresie rozbieżności występujących w kosztorysach w stosunku do SIWZ i dokonaniu poprawy oczywistej omyłki rachunkowej, zgodnie z art. 87 ust. 2 Pzp. Mając na względzie orzecznictwo KIO w zakresie wykładni pojęcia *„omyłek pisarskich”* należy podkreślić, iż oprócz *„innych omyłek(..)”* Zamawiający ma obowiązek poprawy *„oczywistych omyłek pisarskich”* oraz *„oczywistych omyłek rachunkowych, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek”*. Niewątpliwie bowiem wykonawcy zobowiązani są do skrupulatnego wypełniania wymogów SIWZ i dochowania należytej staranności przy sporządzaniu kosztorysów ofertowych (w tym m.in. ujęciu w nich tylko tych elementów, których wymaga SIWZ), niemniej jednak przy dużej ilości pozycji takiego kosztorysu, brak opisu pojedynczej pozycji kosztorysu, tym bardziej przy właściwej jej wycenie, należy potraktować w kategoriach oczywistej omyłki pisarskiej, która powinna być poprawiona przez Zamawiającego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 1 Pzp. Tym samym do kategorii *„oczywistej omyłki pisarskiej”* można zaliczać również pominięcie poszczególnych zapisów w kosztorysach ofertowych.

Zdaniem Przystępującego, oferta Protestującego zasługuje na odrzucenie również z powodów nie przedstawienia w ofercie dokumentów potwierdzających spełnienie wymagań określonych w pkt 7.6 SIWZ, tj. braku decyzji o wpisie do centralnego rejestru prowadzonego przez Głównego Inspektora Nadzoru Budowlanego (art. 12 ust. 7 Prawa Budowlanego), dot. osoby Pana Marka K. oraz w pkt 7.9 SIWZ, tj. braku w ofercie potwierdzenia zawarcia polisy ubezpieczeniowej OC w zakresie prowadzonej działalności.

Ponadto, Protestujący w żaden sposób nie wyjaśnił na czym, jego zdaniem, miałyby polegać naruszenie przez Zamawiającego zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także w żadnym z punktów wystosowanego protestu nie wskazał argumentów na poparcie swojego zarzutu.

Zasada uczciwej konkurencji i równego traktowania oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania, bez stosowania przywilejów, ale także

i 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. Jej wyrazem jest także związanie podanymi do wiadomości publicznej (wykonawców) informacjami istotnymi dla danego postępowania. Czynności w prowadzonym w niniejszej sprawie postępowaniu realizowane były w sposób przejrzysty, bezstronny i obiektywny.

Rozstrzygnięcie protestu nastąpiło w dniu 25.02.2010 r. faxem poprzez jego oddalenie. Zarzut Protestującego, jakoby Zamawiający naruszył Pzp odrzucając ofertę Protestującego jest bezpodstawny. Zamawiający w SIWZ wyraźnie i w prosty sposób sformułował sposób w jaki należy obliczyć cenę ofertową. Zgodnie z pkt 17.5 SIWZ cenę należało obliczyć w sposób, jaki wynikał z Formularza ofertowego, w oparciu o załączone do oferty kosztorysy ofertowe. Formularz wyraźnie wskazywał, w które rubryki należało przenieść wartości z poszczególnych kosztorysów, a w które pozostałe koszty nie ujęte w kosztorysach, takie jak przygotowanie placu budowy, wykonanie dokumentacji powykonawczej, projekt organizacji placu budowy oraz pozostałe koszty. W toku sprawdzania ofert Zamawiający stwierdził, że w formularzu ofertowym znalazły się kwoty inne niż to wynikało z kosztorysów ofertowych. Dotyczy to kosztorysu na roboty budowlane oraz na roboty instalacyjne elektryczne. Zamawiający uznał, że Wykonawca pomylił się przy przepisywaniu tych wartości i dlatego, jako zobowiązany do poprawienia *oczywistych omyłek rachunkowych z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek*, Zamawiający poprawił w Formularzu ofertowym wartości przeniesione z kosztorysów oraz cenę ofertową, będącą sumą tych wartości. Z wyjaśnień złożonych przez Wykonawcę w dniu 19.01.2010 r. wynikało jednak, że Wykonawca w sposób celowy wpisał inną kwotę niż wynikała ona z kosztorysów, ponieważ wyodrębnił z nich pozycje, które jego zdaniem odpowiadały pozostałym pozycjom wyszczególnionym w Formularzu ofertowym. Wykonawca jednak błędnie uznał za tożsamą pozycję przygotowania terenu budowy z kosztami placu budowy. Również błędnie, jako koszty sporządzenia projektu placu budowy wskazał pozycje z tabeli elementów scalonych kosztorysu elektrycznego - roboty towarzyszące. Tymczasem ze wskazanych kodów CPV wynika, że są to roboty elektryczne, a nie projektowe. W związku z powyższym Zamawiający stwierdził, że Wykonawca obliczył cenę ofertową niezgodnie z zapisami SIWZ, a tym samym należy ją odrzucić na mocy art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Zamawiający podkreślił, że jest on w pełni świadomy co do linii orzecznictwa KIO w zakresie rozliczenia ryczałtowego, dlatego już na etapie ogłoszenia o przetargu podał informację, że przedmiary mają charakter pomocniczy. Zamawiający nie wnika w szczegółową zawartość kosztorysów ofertowych, lecz skupia się tylko na wartościach końcowych każdego z nich, które to wartości miały być wpisane w Formularz ofertowy.

To Protestujący w swoich wyjaśnieniach, jak również w treści wniesionego protestu nie tylko wskazuje na poszczególne pozycje przedmiaru i tabeli elementów scalonych, ale również dokonuje w nich zupełnie niezrozumiałych dla Zamawiającego wyłączeń, w efekcie czego cena ofertowa zostaje obliczona w sposób odmienny od wymogów Zamawiającego.

Wykazanie przez Zamawiającego, że odrzucenie oferty Protestującego było zgodne z zapisami Pzp oraz fakt, że Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, tj. najtańszej (gdyż jedynym kryterium była cena) spośród ofert nie podlegających odrzuceniu, czynią zarzut wobec Zamawiającego o nie dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie art. 91 ust. 1 Pzp całkowicie bezpodstawnym.

W dniu 02.03.2010 r. (data nadania w placówce pocztowej operatora publicznego) Odwołujący na oddalenie protestu Konsorcjum Budownictwo Inżynieria Lądowe P.P.H.U „MAKSEL – STYL” inż. Leszek Nemś wniosło odwołanie do UZP podtrzymując zarzuty oraz wnioski wraz z argumentacją z protestu. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał tego samego dnia (wpływ bezpośredni do Kancelarii Zamawiającego). Odwołanie wniósł na:

1. odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp oferty Odwołującego,
2. nie dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty na podstawie art. 91 ust. 1 Pzp.

Zamawiający takim działaniem naruszył Pzp, a w szczególności;

1. art. 7 ust. 1 Pzp, a tym samym zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego pomimo, że treść jego oferty odpowiada treści SIWZ.
3. art. 91 ust. 1 poprzez nie dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania przez:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty Protestującego, która złożyła ofertę droższą od Odwołującego,
2. unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
3. dokonanie ponownej oceny ofert złożonych w postępowaniu,
4. ponowny wybór oferty najkorzystniejszej jaką jest oferta złożona przez Odwołującego.

Wniósł również o obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania zgodnie z wykazem kosztów przedstawionych na rozprawie KIO.

Wskazał, że Zamawiający podejmując decyzje o odrzuceniu naszej oferty nie wskazał w uzasadnieniu faktycznym zakresu jej niezgodności w stosunku do treści oferty. W związku z tym przedstawione w naszym proteście wyjaśnienia są niczym innym jak domniemana przyczyną odrzucenia naszej oferty, które jednocześnie podtrzymujemy również na etapie wniesionego odwołania. Odnosząc się do rozstrzygnięcia protestu wskazał, że Zamawiający powołuje się na zapis pkt 17.5 SIWZ, który wyraźnie stwierdza, że: „cenę należy obliczyć

zgodnie z formularzem ofertowym, w oparciu o załączone do oferty kosztorysy ofertowe." Odwołujący podnosi, że sformułowanie „w oparciu”, nie znaczy, że kwoty ujęte w formularzu ofertowym w poz. 5 musiały być tożsamymi kwotami wynikającymi z kosztorysów ofertowych. Ten fakt potwierdza sam Zamawiający poprzez konstrukcję tabeli w pkt 5 formularza ofertowego, co do której należało wpisać kwoty dotyczące pozycji jakie nie zostały wyszczególnione w przedmiarach robót, tj. przygotowania placu budowy (poz. 4 tabeli), wykonania dokumentacji powykonawczej (poz. 5 tabeli), projekt organizacyjny placu budowy (poz. 6 tabeli) i pozostałe koszty (poz. 7 tabeli) i tym samym nie mogły wynikać z kosztorysów ofertowych, gdyż zgodnie z zapisem pkt 14.3 lit. b SIWZ należało sporządzić kosztorysy ofertowe „w oparciu o przedmiar robót stanowiący materiał pomocniczy” - zał. 5 do SIWZ, co jednocześnie przeczy postawionej przez Zamawiającego tezie, że cena przedstawiona w tabeli formularza ofertowego musi być tożsama z zapisami wynikającymi z kosztorysów ofertowych.

Nadmienił, że Zamawiający w pkt 17.2 SIWZ wskazał, że cena za wykonanie całości zamówienia jest ceną ryczałtową. Jednocześnie w 17.8 SIWZ Zamawiający wskazał, że: *„ryzyko ustalenia wynagrodzenia w formie ryczałtu spoczywa na wykonawcy, stąd musi on należycie ocenić wartość przedmiotu zamówienia, gdyż nie może domagać się podwyższenia wynagrodzenia ryczałtowego (...) cena ryczałtowa wskazana przez wykonawcę w okresie ważności umowy nie może ulec zmianie.”* Zamawiający będzie w przypadku ceny ryczałtowej zobowiązany wyłącznie do zapłaty ceny brutto oferty. Oznacza to, że zarówno przedmiar robót, jak też kosztorys ofertowy, załączone do oferty, mają znaczenie informacyjne, pomocnicze. Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 3.03.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 193/09 przy cenie ryczałtowej nie ma znaczenia sposób jej obliczenia i przepisem art. 632 Kc, który precyzuje, że wynagrodzenie ryczałtowe skutkuje tym, iż wykonawca nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiarów lub kosztów prac. Przepis ten pozostaje w ścisłym związku z postanowieniem pkt 17 SIWZ, gdzie Zamawiający ryzyko wynikające z okoliczności nie dających się przewidzieć w dacie umowy, nakazał uwzględnić w cenie oferty. Zamawiający żądał podania ceny ofertowej za wykonanie całości przedmiotu zamówienia (pkt 17.2 SIWZ) oraz zaproponowania tylko jednej ceny (pkt 17.1 SIWZ), co jednoznacznie wskazuje, że ceny podane w pkt 5 formularza ofertowego - tabela stanowią tylko pomocniczą informację, co do wartości poszczególnych czynności wykonania zamówienia. Ten stan potwierdza również Zamawiający w § 4 projektu umowy, w którym należy wpisać tylko jedną cenę za wykonanie całości przedmiotu zamówienia bez znaczenia na wysokości, czy też sposób podania cen znajdujących się w tabeli formularza ofertowego.

Art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp stanowi, iż Zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej treść nie odpowiada treści SIWZ. Postanowienia SIWZ nie zawierają wymogu, wypełnienia przez

wykonawców tabeli w formularzu ofertowym ściśle według kosztorysów ofertowych. W związku z powyższym niezrozumiałe jest również twierdzenie Zamawiającego wyrażone w uzasadnieniu odrzucenia naszego protestu, że nie wnika on: „w szczególności zawartość kosztorysów ofertowych, lecz skupia się tylko na wartościach końcowych każdego z nich, które to wartości miały być wpisane w Formularz ofertowy.” To stwierdzenie nie znajduje potwierdzenia w zapisach SIWZ. Zatem należy pamiętać o tym, że mimo tego, iż ustawodawca wyposażył Zamawiającego w szereg uprawnień w toku całego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, to nie oznacza, iż Zamawiający nie jest w żaden sposób ograniczony i może ustanawiać wymagania w sposób dowolny i całkowicie uznaniowy. Nadmieniał, że z treści oferty Odwołującego oraz z całości zawartych w niej oświadczeń wynika zamiar wykonania zamówienia w sposób zgodny z wymogami SIWZ. Dokonując badania i oceny ofert, Zamawiający powinien brać pod uwagę całość jej treści, uwzględnić okoliczności jej złożenia oraz badać zamiar strony, a nie opierać się wyłącznie na dosłownym jej brzmieniu (art. 65 Kc) (wyrok KIO z dnia 23.01.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 16/09). Powyższe postępowanie Zamawiającego doprowadziło również do naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp.

W dniu 4.03.2010 r. Zamawiający faxem przekazał ENERGOPOL TRADE OPOLE Sp. z o.o. (faxem) kopię odwołania i wezwał go do udziału w postępowaniu odwoławczym.

Do postępowania odwoławczego toczącego się na skutek wniesienia odwołania przystąpił dnia 17.03.2010 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa UZP) ENERGOPOL TRADE OPOLE Sp. z o.o. po stronie Zamawiającego. Wnosząc o oddalenie odwołania. Kopia przystąpienia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu. W opinii Odwołującego, Zamawiający podejmując decyzję o odrzuceniu jego oferty nie wskazał w uzasadnieniu faktycznym zakresu jej niezgodności w stosunku do treści oferty. Zarzut Odwołującego w tym zakresie należy w całości uznać za bezzasadny, albowiem w rozstrzygnięciu postępowania protestacyjnego Zamawiający zaznaczył wyraźnie w jakim miejscu postępowanie Odwołującego w toku składania oferty było wadliwe i skutkowało odrzuceniem jego oferty. Zamawiający weryfikując ofertę Odwołującego stwierdził, iż kwoty uwidocznione na formularzu ofertowym nie odpowiadają tym wynikającym z kosztorysów ofertowych w zakresie robót budowlanych oraz robót instalacyjno - elektrycznych. Wobec dostrzeżenia błędów w złożonej ofercie, Zamawiający dokonał korekty błędnych elementów, jednak Odwołujący nie wyraził zgody na przedmiotowe poprawki twierdząc, iż wszystkie pozycje kosztorysowe odpowiadały poszczególnym elementom zamieszczonym w ofercie. Z całą pewnością taka opinia Odwołującego jedynie potwierdza słuszność postępowania Zamawiającego skutkującego odrzuceniem jego oferty.

Dokumentacja przetargowa, w tym SIWZ w sposób jednoznaczny formułowała

wymogi dotyczące sposobu określenia ceny zadania oraz poszczególnych elementów, które miały się na nią składać. Rację w tym zakresie mają wyjaśnienia Zamawiającego zamieszczone w uzasadnieniu postanowienia o oddaleniu protestu, a dotyczące faktu, iż Odwołujący błędnie zrównał czynności z zakresu przygotowania terenu budowy z kosztami placu budowy, a także koszty sporządzenia projektu placu budowy odniósł do pozycji z tabeli elementów scalonych kosztorysu elektrycznego w zakresie robót towarzyszących, podczas gdy kody CPV charakteryzują roboty elektryczne, a nie projektowe.

Powyższa okoliczność została już przez Przystępującego podniesiona w toku postępowania protestacyjnego, gdzie wskazane zostało, że tłumaczenie Odwołującego, iż kwoty podane w tabeli w zał. nr 9 w poz. 4; 5; 6; 7 zostały wyjęte z kosztorysów ofertowych i wstawione do tabeli nie znajduje uzasadnienia w świetle przyjętej nomenklatury w dokumencie „*Wspólny słownik zamówień CPV*”, gdzie prace takie jak: przygotowanie placu budowy, wykonanie dokumentacji powykonawczej, projekt organizacji placu budowy zostały sklasyfikowane pod innym numerem kodu CPV niż roboty opisane w przedmiarach i kosztorysach ofertowych. Przychylił się do stanowiska Zamawiającego, który stwierdza, iż całkowicie niezrozumiałe pozostaje, wobec przytoczonych okoliczności faktycznych, dokonywanie przez Odwołującego wyłączeń i w konsekwencji błędne wyliczenie ceny ofertowej. Mając na względzie powyższe, nie można zatem, mówić o domniemanej przyczynie odrzucenia jego oferty, podobnie jak o tym, iż skoro jak twierdzi Odwołujący sformułowanie „*w oparciu*” nie oznacza, iż kwoty ujęte w formularzu ofertowym w poz. 5 nie musiały być tożsame z kwotami wynikającymi z kosztorysów ofertowych. Taka interpretacja zapisów SIWZ jest niezgodną z rzeczywistością ich treścią, zwłaszcza wobec faktu, iż wszyscy pozostali oferenci i sam Zamawiający interpretowali je jednoznacznie i prawidłowo.

Co więcej Zamawiający w pełni zdaje sobie sprawę, iż wobec ryczałtowego określenia ceny przedmiary stanowią ewentualnie element pomocniczy i tak też ujęte zostały one w SIWZ, a zatem, co zostało już przez Przystępującego ujęte w odpowiedzi w piśmie o przystąpieniu do protestu, postępowanie Zamawiającego, domagającego się wyodrębnienia wskazanych w formularzu ofertowym składników ceny podyktowane było m.in. tym, iż wymienienie wszystkich elementów (w tym dodatkowych związanych m.in. z pracami przygotowującymi plac budowy) w poszczególnych kosztorysach rodziłoby po stronie Zamawiającego konieczność samodzielnego wyodrębniania z nich kosztów prac dodatkowych celem sprawdzenia ich zgodności z zapisami w formularzu ofertowym. Dla uniknięcia takiego postępowania, w przedmiarach robót nie znajdowały się elementy prac przygotowawczych czy dokumentacji powykonawczej, które to wymienia się dopiero w wyliczeniu składników ceny. Zamawiający skupił się zatem na końcowych wartościach każdego z kosztorysów, nie poddając szczegółowej analizie ich poszczególnych elementów. Postępowanie Zamawiającego w tym zakresie pozostaje zatem zgodne z samą istotą

obliczania ceny ofertowej w formie ryczałtu, co tylko potwierdza bezzasadność zarzutów Odwołującego w tej materii. Przystępujący podtrzymał również, iż oferta Odwołującego winna zostać odrzucona również z innych powodów. Zaś, Odwołujący podnosi raz jeszcze zarzut naruszenia przez Zamawiającego zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania oferentów, jednak podobnie jak w złożonym proteście również nie argumentuje swojego stanowiska żadnymi dowodami i wyjaśnieniami.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami SIWZ, ofertą Odwołującego, zawiadomieniem Zamawiającego z dnia 18.01.2010 r., odpowiedzią Odwołującego z dnia 19.01.2010 r., jak również po zapoznaniu się z protestem, przystąpieniem do protestu, rozstrzygnięciem protestu, odwołaniem, przystąpieniem do odwołania, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie, przed dniem 29 stycznia 2010 r., tj. przed dniem wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy Pzp w brzmieniu dotychczasowym - sprzed wejścia w życie wskazanych przepisów.

W drugiej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 187 ust. 4 Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający go do złożenia protestu i odwołania.

Zdaniem Izby, Odwołujący, którego oferta została odrzucona i nie podlegała klasyfikacji w ramach kryterium oceny ofert, tj. ceny (100%), w przypadku uwzględnienia odwołania i powtórzenia czynności badania i oceny złożonych ofert z uwzględnieniem jego oferty, ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Odnosząc się do podniesionych w proteście, jak i w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 91 ust. 1 Pzp w związku z odrzuceniem oferty Odwołującego, jako niezgodnej w swej treści z treścią SIWZ (art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp), Izba uznała za zasadny.

Skład orzekający Izby dokonał następujących ustaleń odnośnie zarzutu:

Zamawiający określił w pkt 4 SIWZ: „Przedmiot zamówienia”, wskazał że: „Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia określa: - Uszczegółowiony przedmiot zamówienia załącznik nr 1 do siwz, - Specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót załącznik nr 2 do siwz, - Dokumentacja - projekt budowlany załącznik nr 3 do siwz, - Dokumentacja - projekt wykonawczy załącznik nr 4 do siwz, - Przedmiar robót załącznik nr 5 do siwz (..)” (pkt 4.2); „Oferowane roboty budowlane muszą odpowiadać wymaganiom zamawiającego, opisanym w dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót, zgodnie z wszelkimi obowiązującymi aktami prawnymi, właściwymi w przedmiocie zamówienia, i na warunkach zawartych we wzorze umowy, stanowiącym załącznik nr 10 do siwz” (pkt 4.4). Z kolei w pkt 14 SIWZ: „Opis sposobu przygotowania ofert” określił, że: „14.1. Treść złożonej oferty musi odpowiadać wymogom specyfikacji istotnych warunków zamówienia.(..) 14.3. Dokumenty składające się na ofertę :

- a) wypełniony formularz ofertowy, sporządzony wg załącznika nr 9 do niniejszej siwz,
- b) kosztorysy ofertowe na poszczególne branże opracowane metodą uproszczoną (dopuszcza się sporządzenie kosztorysu ofertowego metodą szczegółową), w oparciu o przedmiar robót stanowiący materiał pomocniczy - załączniki nr 5 do siwz.”.

Natomiast, w pkt 17 SIWZ Zamawiający wskazał: „Opis sposobu obliczenia ceny”, zgodnie z którym „17.1. Każdy z wykonawców może zaproponować tylko jedną cenę i nie może jej zmienić. Nie prowadzi się negocjacji w sprawie ceny. 17.2. Cena za wykonanie całości przedmiotu zamówienia jest ceną ryczałtową brutto (razem z podatkiem VAT).(..) 17.3 Cena oferty powinna być wyrażona w PLN z dokładnością do 1 grosza. 17.4 Podstawą obliczenia ceny oferty jest zakres zamówienia określony w dokumentach załączonych do SIWZ. 17.5 Cenę należy obliczyć zgodnie z formularzem ofertowym, w oparciu o załączone do oferty kosztorysy ofertowe. 17.6 Cena musi uwzględniać również wszelkie koszty dodatkowe związane z realizacją zamówienia określonego dokumentacji projektowej i specyfikacjach technicznych wykonania i odbioru robót (w tym m. in. cła, podatki i inne opłaty, koszty przygotowawcze, opracowania i uzgodnienia dokumentacji powykonawczej, koszty związane z odbiorami wykonanych robót oraz przeprowadzeniem prób i badań technicznych, utylizacji oraz ewentualne upusty). 17.7 Wykonawca określając wynagrodzenie ryczałtowe zobowiązany jest do bardzo starannego zapoznania się z przedmiotem zamówienia, warunkami wykonania i wszystkimi czynnikami mogącymi mieć wpływ na cenę zamówienia. 17.8 Ryzyko ustalenia wynagrodzenia w formie ryczałtu spoczywa na wykonawcy, stąd musi on należycie ocenić wartość przedmiotu zamówienia, gdyż nie może domagać się podwyższenia wynagrodzenia ryczałtowego, chociażby w chwili zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru i kosztu prac. Cena ryczałtowa wskazana przez wykonawcę w okresie ważności umowy nie może ulec zmianie (..)”.

Zamawiający dodatkowo wskazał we wzorze umowy – załącznik nr 10 w § 1 ust.1, że:

„Przedmiotem zamówienia jest Rozbudowa i nadbudowa budynku wraz z przebudową zaplecza techniczno – magazynowego na pracownię dydaktyczne Wojewódzkiego Ośrodka Doskonalenia Informatycznego i Politechnicznego w Opolu o zakresie zgodnym z:

- a) uszczegółowieniem przedmiotu zamówienia, specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót oraz z dokumentacją projektową, stanowiącymi załączniki do SIWZ,*
- b) kosztorysami ofertowymi, stanowiącymi załącznik nr 2 do umowy,*
- c) harmonogramem rzeczowo – finansowym, zgodnym z ofertą Wykonawcy, stanowiącym załącznik nr 3 do umowy, oraz zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa, normami i warunkami technicznymi oraz zasadami wiedzy technicznej”.*

Zaś w § 4 ust.1-4, że: *„Strony ustalają, że zgodnie z warunkami przetargu, obowiązującą formą wynagrodzenia za wykonane roboty będzie wynagrodzenie ryczałtowe w kwocie zgodnej ze złożoną ofertą (...). Podane w ust. 1 wynagrodzenie nie będzie podlegać waloryzacji. Stanowi ono ostateczne wynagrodzenie Wykonawcy za wykonanie przedmiotu umowy i obejmuje wszystkie roszczenia Wykonawcy za wykonanie przedmiotu umowy oraz uwzględnia ewentualne ryzyko związane z wykonaniem wszystkich niezbędnych robót, które należy wykonać w celu poprawnego funkcjonowania przedmiotu umowy. Wykonawca nie może domagać się podwyższenia wynagrodzenia nawet w przypadku, gdyby po wykonaniu lub na etapie realizacji przedmiotu umowy okazało się, że faktyczne koszty odbiegają od wysokości wynagrodzenia ryczałtowego, o którym mowa w ust. 1 umowy. Wynagrodzenie Wykonawcy uwzględnia również wszelkie koszty dodatkowe związane z realizacją zamówienia określonego w dokumentacji projektowej i specyfikacjach technicznych wykonania i odbioru robót (w tym: cła, podatki i inne opłaty, koszty przygotowawcze, opracowania i uzgodnienia dokumentacji powykonawczej, koszty związane z odbiorami wykonanych robót oraz przeprowadzeniem prób i badań technicznych, utylizacji, ewentualne upusty i inne). Wykonawca oświadcza, że określając wynagrodzenie ryczałtowe, bardzo staranie zapoznał się z przedmiotem umowy, warunkami wykonania i wszystkimi czynnikami mogącymi mieć wpływ na cenę zamówienia oraz że należycie ocenił wartość przedmiotu umowy”.*

W § 11 ust. 4 wzoru umowy Zamawiający stwierdził, że jednym załączników stanowiących integralną całość jest załącznik nr 1- formularz ofertowy.

Zamawiający na ostatniej stronie SIWZ (str.11) wskazał załączniki do niej wymieniając m.in.: *„Załącznik nr 9 - Formularz ofertowy”.* Zgodnie z nim każdy Wykonawca winien składając ofertę w jego ramach w pkt 4 oświadczyć, że: *„Oferujemy wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia oraz warunkami podanymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia za cenę: (...).”* Z kolei w pkt 5, że: *„Powyższa cena wynika z następującego wyliczenia”* wskazując na tabelę składającą się z 7 pozycji wymagających wypełnienia, tj.1) kosztorys ofertowy - roboty budowlane; 2) kosztorys

ofertowy - roboty instalacyjne sanitarne; 3) kosztorys ofertowy - roboty instalacyjne elektryczne; 4) przygotowanie placu budowy; 5) wykonanie dokumentacji powykonawczej; 6) projekt organizacji placu budowy; 7) pozostałe koszty.

Odwołujący zaoferował cenę brutto: 4.484.968,44 PLN, cena netto to 3.676.203, 64 PLN. W tabeli w wartościach netto podał w poz. 1 (2.117.599,87), w poz. 2 (220.839,34), w poz. 3 (347.174,74), w poz. 4 (5.085, 96), w poz. 5 (7.000,00), w poz. 6 (12.320,00), a w poz. (966.183,72). Podsumowania z tabeli odpowiadały wartością podanym w pkt 4 formularza ofertowego. W ramach zawiadomienia Zamawiającego z dnia 18.01.2010 r., dokonano w trybie art. 87 ust.2 pkt 2 Pzp dodania do poz. 1 tabeli poz. 4 oraz 5 na wartość netto 2.129.685, 84 PLN, a do poz. 3 dodano poz. 6 na wartość netto 359.494,74 PLN i adekwatnie wyliczono stosowną wartość brutto od nowych wartości netto. W konsekwencji Zamawiający po przeliczeniu zwiększył kwotę końcową, a zarazem ofertową na 3.700.609,61 PLN netto i 4.514,743, 72 brutto. Odwołujący w odpowiedzi pismem z dnia 19.01.2010 r. nie wyraził na powyższe zmiany zgody przedstawiając stożone wyjaśnienie następnie ponowione w proteście.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

Po pierwsze, Izba wskazuje, co potwierdził także na rozprawie Zamawiający na ryczałtowy charakter wynagrodzenia i na pomocniczą rolę przedmiarów. Kosztorysy ofertowe, w ocenie Izby, także miały taki charakter zważywszy na wymóg, aby cena uwzględniała również wszelkie koszty dodatkowe związane z realizacją zamówienia określonego dokumentacji projektowej i specyfikacjach technicznych wykonania i odbioru robót (pkt 17. 6 SIWZ). Podobnie zdaniem Izby należy interpretować pkt 17. 7 i 17. 8 SIWZ.

Powyższego nie zmieniał zapis SIWZ, że: *„Cenę należy obliczyć zgodnie z formularzem ofertowym, w oparciu o załączone do oferty kosztorysy ofertowe”* albowiem zapis ten należy rozpatrywać w powiązaniu z zapisem, iż: *„Podstawą obliczenia ceny oferty jest zakres zamówienia określony w dokumentach załączonych do SIWZ”*. Zakres zamówienia jest określony w dokumentach wskazanych w pkt 4.2 i 4.4 SIWZ. Wynika to także z w § 1 ust.1 wzoru umowy, w którym nie wspomina się, aby formularz oferty był elementem zakresu zamówienia, czy też w jakiś sposób dokonywał jego zawężenia. Nie stanowi także o tym § 4 ust.1-4 wzoru umowy. Zaś w § 11 ust. 4 wzoru umowy jest wskazany formularz ofertowym tylko i wyłącznie w kontekście § 4 ust.1, tj. ryczałtowego charakteru wynagrodzenia.

Po drugie, biorąc pod uwagę powyższe, jak i stanowisko Odwołującego przedstawione w ramach środków ochrony prawnej oraz na rozprawie, o ujęciu w cenie ryczałtowym całego zakresu zamówienia – w ramach kosztorysów ofertowych, w tym *„robót dodatkowych”*, takich jak wskazane w poz. od 4-7 tabeli formularza ofertowego, nie można

uznać stanowiska Zamawiającego uzasadnionym. W ocenie Izby działanie Odwołującego było dopuszczalne w kontekście istniejących zapisów SIWZ. W specyfikacji brak było jakichkolwiek jednoznacznych postanowień, które nakazywałyby tożsamość kwot w tabeli formularza z wartościami kosztorysów, a zarazem wykluczałyby sposób obliczenia ceny oferty – tylko „w oparciu” o kosztorysy ofertowe, zastosowany przez Odwołującego. Zaistniałe niezgodności mogą mieć co najwyżej charakter niezgodności co do formy, a nie co do treści. W ocenie Izby nie naruszają one interesu Zamawiającego, zaś cenowo nie odbiegają znacząco od cen konkurencji.

Po trzecie, Izba biorąc pod uwagę dokonane powyżej ustalenia, jak i jednoznaczne stanowisko Odwołującego potwierdzone na rozprawie wskazuje, że nie zasadna jest ocena Zamawiającego o niejasnym charakterze i sposobie wypełnienia formularza przez Odwołującego, czyniącym jego ofertę niejednoznaczną i niejasną co do treści i zakresu. Jednoznaczne oświadczenie woli względem spornego formularza ofertowego złożone przez Odwołującego, dodatkowo uniemożliwia, w ocenie Izby, ewentualne odmienne interpretacje, których jak podnosił na rozprawie, obawiał się Zamawiający.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Jednocześnie wobec potwierdzenia się zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 91 ust. 1 Pzp, w związku z odrzuceniem oferty Odwołującego, jako niezgodnej w swej treści z treścią SIWZ (art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp), Izba uznała także za zasadny zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 Pzp.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 191 ust. 1 Pzp zdanie pierwsze oraz art. 191 ust. 1a Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania. O kosztach wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego Izby orzekł na podstawie § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b 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. z 2007 r., Nr 128, poz. 886 z późn. zm.), uznając za uzasadnione koszty w kwocie 3.600,00 zł, tj. maksymalna kwota dopuszczona przez w/w rozporządzenie.

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

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....