

Sygn. akt: KIO 2241/12

**WYROK**  
**z dnia 30 października 2012 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:           Paweł Trojan**

**Protokolant:               Paulina Nowicka**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 października 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 października 2012 r. przez wykonawcę **Virklund Sport Poland Spółka z o.o., ul. Westerplatte 7, 76-270 Ustka** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Miasto Białogard – Urząd Miasta Białogard, ul. 1-go Maja 18, 78-200 Białogard** w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Budowa szkolnego placu zabaw dla dzieci młodszych przez Szkołę Podstawowej Nr 5 w Białogardzie, w ramach programu Radosna Szkoła”

**orzeka:**

**1. oddala odwołanie,**

2. kosztami postępowania w wysokości **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych i zero groszy) obciąża Odwołującego - **Virklund Sport Poland Spółka z o.o., ul. Westerplatte 7, 76-270 Ustka** i:

- 1) zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Virklund Sport Poland Spółka z o.o., ul. Westerplatte 7, 76-270 Ustka** tytułem wpisu od odwołania,

3. Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Koszalinie**.

**Przewodniczący:**

.....

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

### **do wyroku z dnia 30 października 2012 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2241/12**

Zamawiający – Miasto Białogard – Urząd Miasta Białogard, ul. 1-go Maja 18, 78-200 Białogard prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Budowa szkolnego placu zabaw dla dzieci młodszych przez Szkole Podstawowej Nr 5 w Białogardzie, w ramach programu Radosna Szkoła”.

Szacunkowa wartość zamówienia jest mniejsza od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 17.09.2012 r. Zamawiający opublikował ogłoszenie o zamówieniu w BZP nr 1 z dnia 17.09.2012 r. pod pozycją 351066.

W dniu **11.10.2012 r.** Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego;

Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **16.10.2012 r.** wobec następujących czynności zamawiającego podjętych w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia:

1. odrzuceniu oferty Odwołującego się;
2. wyborze jako najkorzystniejszej oferty JUL - DOM P..... M..... z siedzibą w Szczecinie, która nie była ofertą najkorzystniejszą spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

Odwołujący w związku z powyższym zarzucił Zamawiającemu:

1. naruszenie art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez niezgodne z prawem dokonanie czynności odrzucenia oferty Odwołującego się;
2. naruszenie przepisu art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w związku z przepisem art. 7 ust. 3 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru jako oferty najkorzystniejszej w oparciu o kryteria oceny określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oferty JUL - DOM Przemysław Mazurkiewicz z siedzibą w Szczecinie

Mając na uwadze powyższe wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania i zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania w tym kosztów zastępstwa prawnego w sprawie
2. nakazanie zamawiającemu uchylenie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty

3. nakazanie zamawiającemu dokonanie ponownego badania ofert
4. nakazanie zamawiającemu wyboru najkorzystniejszej oferty spośród ofert nie podlegającej odrzuceniu.

W uzasadnieniu wskazał, iż w dniu 11.10.2012 Zamawiający rozstrzygnął postępowanie oraz poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty za którą uznał ofertę złożoną przez JUL - DOM P..... M..... z siedzibą w Szczecinie. W tym samym piśmie Zamawiający wskazał iż oferta odwołującego została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 i pkt 2 ustawy Pzp.

Tego samego dnia Zamawiający poinformował wykonawców o powtórzeniu czynności oceny ofert i rozstrzygnięciu postępowania informując iż „Powtórna ocena oferty wykonawcy Virklund Sport Poland Sp. z o. o. spowodowała zmianę podstawy odrzucenia oferty jedynie na art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp - treść oferty złożonej w postępowaniu nie odpowiada treści SIWZ. Zamawiający nie ma możliwości zweryfikowania ilości/zakresu prac podanych w przedmiarze stanowiącym załącznik do SIWZ z kosztorysem ofertowym stanowiącym część oferty wykonawcy, z uwagi na pominięcie ilości i jednostek miary prac wskazanych do wykonania w poszczególnych pozycjach kosztorysu ofertowego ”.

W odniesieniu do powyższego Odwołujący wskazał, iż Zamawiający w punkcie XII 3 SIWZ (Opis sposobu obliczenia ceny) zapisał iż „ Wykonawca w formularzu ofertowym poda cenę ofertową brutto (kosztorysową) za wykonanie przedmiotu zamówienia oraz kwotę podatku VAT. Do oferty załączy szczegółowy kosztorys ofertowy sporządzony na podstawie dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót, przedmiaru robót i zapisów SIWZ. ” nie precyzując jednocześnie ani jego formy ani co kryje się pod pojęciem szczegółowy kosztorys ofertowy.

Wskazał również, iż ma on odzwierciedlać wymagania określone w dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót, przedmiarze robót i SIWZ oraz jak zapisano w punkcie VI 3 SIWZ.

Następnie podniósł w uzasadnieniu odwołania, iż dnia 05.10.2012 r. Zamawiający na podstawie art. 87 ustawy Pzp wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących pominięcia w poszczególnych pozycjach kosztorysowych jednostek miary i ilości przewidzianych do wykonania robót w załączonym do oferty kosztorysie ofertowym szczegółowym.

Odwołujący w odpowiedzi na wskazane wyżej wezwanie, pismem z dnia 08.10.2012 r. wyjaśnił iż załączony do oferty kosztorys odzwierciedla wszystkie pozycje i ilości ujęte w przedmiarze załączonym przez Zamawiającego do dokumentacji przetargowej a tym samym wypełnia on w pełni wymogi co do kosztorysu ofertowego określone przez Zamawiającego w

SIWZ. W uzupełnieniu wyjaśnień odwołujący dołączył kosztorys szczegółowy zawierający dodatkową kolumnę z jednostką miary prac oraz ilościami. W jego ocenie tym samym Zamawiający ma możliwość zweryfikowania ilości/zakresu prac podanych w przedmiarze stanowiącym załącznik do SIWZ z kosztorysem ofertowym.

Odwołujący wskazał, iż niezgodność treści oferty z treścią SIWZ ma miejsce wtedy, gdy oferta nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia, nie zapewniając jego realizacji w całości zgodnie z wymaganiami zamawiającego - wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26.05.2011 r. (KIO 997/11).

Ponadto podniósł, że zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy z dnia 29.01.2004 r. Prawo zamówień publicznych. Norma z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29.01.2004 r. Prawo zamówień publicznych odnosi się do merytorycznego aspektu zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia oraz merytorycznych wymagań zamawiającego, w szczególności co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia. Zatem, niezgodność treści oferty z treścią SIWZ powinna być oceniana z uwzględnieniem definicji oferty zawartej w przepisie art. 66 kodeksu cywilnego, tj. niezgodności oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami zamawiającego, odnoszącymi się do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia. Zdaniem Odwołującego chodzi więc o materialną sprzeczność zakresu zobowiązania zawartego w ofercie z zakresem zobowiązania, którego zamawiający oczekuje, zgodnie z postanowieniami SIWZ.

W ocenie Odwołującego powyższe potwierdza również wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12.04.2011 r. sygn. KIO 695/11 gdzie w uzasadnieniu wskazano, że sankcja w postaci odrzucenia oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zachodzi wyłącznie w przypadku niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, a więc niezgodności co do wymagali merytorycznych, a nie formy złożonego dokumentu.

Na zakończenie Odwołujący wskazał, iż posiada interes w uzyskaniu danego zamówienia, wszak odwołujący wykazał, że jest zdolny do wykonania zamówienia publicznego objętego postępowaniem. Odwołujący zatem został pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia wszak w postępowaniu złożono cztery oferty a postępowanie zamawiającego zgodne z ustawą Prawo zamówień publicznych powinno spowodować, że za najkorzystniejszą ofertę z ofert nie podlegających odrzuceniu uznana zostać powinna oferta odwołującego. Konsekwentnie skutek niezgodnego z ustawą Prawo zamówień publicznych postępowaniem zamawiającego odwołujący poniósł szkodę w postaci nieuzyskania zamówienia o którego uzyskanie występował. Szkada wyraża się wartością robót

budowlanych objętej ofertą odwołującego, która nie weszła do jego majątku wskutek niezgodnego z ustawą Prawo zamówień publicznych postępowaniem zamawiającego.

Izba ustaliła, iż przedmiotem odwołania jest czynność polegająca na odrzuceniu oferty złożonej przez Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

**Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, w tym po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, korespondencją prowadzoną w ramach przedmiotowego postępowania pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia, z ofertą złożoną w postępowaniu przez Odwołującego, jak również po zapoznaniu się z odwołaniem, odpowiedzią Zamawiającego na odwołanie, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.**

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody przez Odwołującego będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności. Wnosząc odwołanie wobec czynności odrzucenia oferty i żądając unieważnienia tej czynności oraz powtórzenia czynności oceny ofert, Odwołujący ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia, co przesądza o tym, iż doznał uszczerbku jego interes kwalifikowany możliwością poniesienia szkody, gdyż oferta złożona przez Odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą ekonomicznie.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy

w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności z treści ogłoszenia o zamówieniu, treści SIWZ, oferty złożonej w postępowaniu przez Odwołującego oraz korespondencji prowadzonej pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielnie przedmiotowego zamówienia.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.**

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, iż postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego o wartości poniżej kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W drugiej kolejności Izba ustaliła, iż Zamawiający w Rozdziale III zatytułowanym „Opis przedmiotu zamówienia” w pkt 3 SIWZ określił, iż w kosztorysie ofertowym należy uwzględnić koszt dokumentacji powykonawczej (w kosztach pośrednich lub w odrębnej wycenie). Ponadto w Rozdziale II pkt 4 SIWZ wskazał, że szczegółowy zakres robót opisany został w dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych i przedmiarze robót, stanowiących załączniki do SIWZ. Wykonawca zobowiązany będzie do wykonania przedmiotu umowy zgodnie z dokumentacją projektową, zasadami wiedzy technicznej i sztuki budowlanej, obowiązującymi przepisami i polskimi przepisami.

Następnie Izba ustaliła, iż Zamawiający w Rozdziale XII SIWZ zatytułowanym „Opis sposobu obliczenia ceny” zawarł następujące wytyczne:

1. Wykonawca określi cenę oferty brutto w oparciu o dokumentację projektową, specyfikację techniczną wykonania i odbioru robót budowlanych, przedmiar robót i zapisy w SIWZ, która stanowić będzie cenę kosztorysową.
2. Podstawą do opracowania ceny kosztorysowej jest dokumentacja projektowa i specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót, przedmiar robót i zapisy SIWZ.
3. Wykonawca w formularzu ofertowym poda cenę ofertową brutto (kosztorysową) za wykonanie przedmiotu zamówienia oraz kwotę podatku VAT. Do oferty załączy szczegółowy kosztorys sporządzony na podstawie dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót, przedmiaru robót i zapisów SIWZ.
4. Zaoferowana cena ofertowa (kosztorysowa) musi zawierać wszystkie koszty niezbędne do wykonania zamówienia, w tym: wszystkie koszty niezbędne do zrealizowania zamówienia wynikające wprost z dokumentacji projektowej, jak również w niej nie ujęte, a bez których nie

można wykonać zamówienia oraz zestawienie wszelkich innych formalności dotyczących budowy i kosztów z tym związanych.

8. W przypadku, jeżeli przedmiar nie zawiera robót, które, jak wynika z projektu, są konieczne do wykonania przedmiotu zamówienia lub rozbieżności pomiędzy przedmiarem robót, a projektem budowlanym i zapisami SIWZ, Wykonawca powinien zwrócić się do Zamawiającego.

W Rozdziale XIX SIWZ zatytułowanym „pozostałe informacje” w pkt 5 ppkt 8 jako załącznik do SIWZ został wskazany m.in. przedmiar robót.

Wraz z dokumentacją postępowania i projektem budowlanym Zamawiający przekazał wykonawcom przedmiar robót zawierający w sumie 62 pozycje ze wskazaniem podstawy wyceny (nr KNR lub kalkulacja własna), opisem każdej pozycji, jednostką miary oraz ilością jednostek dla każdej pozycji.

Następnie Izba ustaliła, iż Odwołujący w złożonej ofercie na str. 4-5 złożył kosztorys ofertowy zawierający w sumie 43 pozycje wraz z ich skróconymi opisami oraz wartością netto i brutto dla każdej pozycji. Odwołujący dokonał skrótowego przedstawienia opisów poszczególnych pozycji, w tym pominął jednostki miar oraz ilości jednostek miar dla wszystkich pozycji.

Zamawiający pismem z dnia 05.10.2012 r. wezwał Odwołującego na podstawie art. 87 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień w zakresie pominięcia w poszczególnych pozycjach kosztorysowych jednostek miary i ilości przewidzianych do wykonania robót w załączonym do oferty kosztorysie ofertowym szczegółowym.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Odwołujący wskazał w piśmie z dnia 08.10.2012 r., iż dołączony do oferty kosztorys odzwierciedla wszystkie pozycje i ilości ujęte w przedmiarze załączonym przez Zamawiającego do dokumentacji przetargowej wskazując, iż tym samym, w załączeniu, przesyła uzupełniony kosztorys ofertowy. Do pisma powyższego został dołączony kosztorys ofertowy zawierający 43 pozycje kosztorysowe wraz z ich opisem, jednostką miary, ilością jednostek miary dla każdej pozycji oraz wartością netto i ceną brutto dla każdej pozycji.

Izba ustaliła, iż Zamawiający pismem z dnia 11.10.2012 r. (znak IZP.271.2.182012.KK) zatytułowanym „Wybór oferty najkorzystniejszej” poinformował wykonawców, iż za najkorzystniejszą ofertę została uznana oferta wykonawcy JUL-DOM P..... M..... z siedzibą w Szczecinie z ceną ofertową wynoszącą 214.020,00 zł, zaś oferta Odwołującego – Virklund Sport Poland Spółka z o.o. została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 i 2 ustawy Pzp. W uzasadnieniu Zamawiający wskazał, iż wykonawca wezwany do uzupełnienia dokumentów nie uzupełnił pełnomocnictwa do złożenia oferty w wymaganym terminie, a treść oferty złożonej w postępowaniu nie odpowiada SIWZ.

Zamawiający w tym samym dniu przekazał wykonawcom pismo z dnia 11.10.2012 r. (znak IZP.271.2.18.2012.KK) zatytułowane „Powtórzenie czynności oceny oferty i rozstrzygnięcia postępowania”, w którym wskazał, iż Komisja przetargowa przedstawiła Kierownikowi Zamawiającego propozycję rozstrzygnięcia postępowania w zakresie zweryfikowania podstawy prawnej odrzucenia oferty. W dalszej części przedmiotowego pisma zostało wskazane, iż powtórna ocena oferty wykonawcy Virkund Sport Poland Spółka z o.o. spowodowała zmianę podstawy odrzucenia oferty jedynie na art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp – treść oferty złożonej w postępowaniu nie odpowiada treści SIWZ. Zamawiający nie ma możliwości zweryfikowania ilości/zakresu prac podanych w przedmiarze stanowiącym załącznik do SIWZ z kosztorysem ofertowym stanowiącym część oferty wykonawcy, z uwagi na pominięcie ilości i jednostek miary prac wskazanych do wykonania w poszczególnych pozycjach kosztorysu ofertowego.

Na powyższą czynność Odwołujący w dniu 16.10.2012 r. wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie.

### **Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.**

I. W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp na skutek odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego z Izba uznała, iż powyższy zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

Hipotezą normy zawartej w przepisie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp objęta jest sytuacja, gdyż treść oferty złożonej w postępowaniu jest niezgodna z treścią SIWZ. Z powyższą okolicznością mamy w szczególności do czynienia, gdy oferta w merytorycznym zakresie nie odpowiada wymaganiom Zamawiającego w odniesieniu do zakresu przedmiotowego świadczenia, które stosownie do treści art. 82 ust. 3 ustawy Pzp winno być oceniane w odniesieniu do treści SIWZ. Zarówno art. 82 ust. 3, jak również art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp posługuje się zwrotem „odpowiadać” który należy rozumieć jako być równoważnym czemuś, spełniać jakieś warunki, oczekiwania lub być zgodnym z czymś.

W ramach przedmiotowego postępowania odwoławczego spór pomiędzy Stronami ma swoje źródło w zakresie ustalenia, czy pominięcie przez Odwołującego w złożonym wraz z ofertą kosztorysie ofertowym liczby jednostek miar oraz samych jednostek miar powoduje, iż mamy do czynienia z niezgodnością treści oferty Odwołującego z treścią SIWZ pod względem merytorycznym. Ogólnie biorąc powyższe wymaga odpowiedzi na pytanie, czy pominięcie ww. elementów kosztorysu ofertowego powoduje, iż zakres zaoferowanego przez Odwołującego świadczenia nie odpowiada zakresowi wymaganemu przez Zamawiającego w

treści SIWZ, co skutkowałoby obowiązkiem odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę konieczność przeprowadzenia analizy spełnienia przesłanki uregulowanej w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w odniesieniu do kosztorysu ofertowego należy ustalić, czy dokument ten jest nośnikiem treści oferty w zakresie odnoszącym się do przedmiotowego zakresu świadczenia.

Po pierwsze zasadniczy wpływ na możliwość uznania i przyjęcia, iż mamy do czynienia z elementem treści oferty, w tym wypadku, czy złożone oświadczenie stanowi treść oferty, decyduje rola jaką ten dokument pełni w ramach danego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. O powyższym decyduje każdorazowo rola jaka została nadana tego rodzaju dokumentom i oświadczeniom przez zamawiającego w treści ogłoszenia o zamówieniu bądź SIWZ. Po drugie ustalenia wymaga z jakiego rodzaju niezgodnością mamy do czynienia w przypadku sporządzenia danego dokumentu w sposób odmienny od oczekiwanego przez Zamawiającego lub z oceną w jakim zakresie treść złożonego oświadczenia pozostaje w kolizji z treścią SIWZ.

Należy wskazać, iż hipotezą normy prawnej uregulowanej w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp objęta jest sytuacja, gdy treść oferty stoi w sprzeczności z postanowieniami SIWZ w taki sposób, iż można mówić o pominięciu pewnego zakresu świadczenia, zaoferowaniu odmiennego zakresu lub braku jego dookreślenia w sposób umożliwiający ocenę, czy wykonawca złożył ofertę zgodną z oczekiwaniami Zamawiającego. W niniejszym stanie faktycznym mamy do czynienia z tą ostatnią sytuacją. W ofercie Odwołującego brak jest bowiem dookreślenia treści oferty pod względem ilościowym. Tego rodzaju informacje, stosownie do treści Rozdziału XII pkt 3 zdanie drugie SIWZ winny wynikać z samej oferty. W powyższym punkcie SIWZ wskazano bowiem, iż do oferty należy załączyć szczegółowy kosztorys ofertowy sporządzony na podstawie dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót, przedmiaru robót i zapisów SIWZ.

Izba wskazuje, iż nie ulega wątpliwości, iż każdorazowo zawarte w ofercie wykonawcy zobowiązanie dotyczące zakresu przedmiotowego oraz sposobu realizacji przedmiotu zamówienia jest elementem merytorycznej treści oferty. W szerszym ujęciu za treść oferty należy uznać każdorazowo zakres zobowiązania wykonawcy, tj. zaoferowany przez wykonawcę zakres świadczenia – sposób realizacji przedmiotu umowy. Stosownie do treści art. 82 ust. 3 ustawy Pzp zakres ten winien być zgodny z opisanym w treści SIWZ. Niewątpliwie za merytoryczną treść oferty w postępowaniu na roboty budowlane należy uznać wszelkie oświadczenia dotyczące jakości, ilości, terminu realizacji, sposobu realizacji robót (zastosowanej organizacji prac i harmonogramu tychże prac) czyli wszelkich

elementów mających bezpośredni wpływ na przedmiot i zakres świadczenia, o ile zostały ujęte i doprecyzowane w treści SIWZ.

W ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem są roboty budowlane to dokumentacja projektowa stanowi treść SIWZ w odniesieniu do opisu przedmiotu zamówienia. Wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane winien złożyć ofertę zgodną pod względem treści w zakresie przedmiotu zamówienia z jego opisem zawartych w opracowanej dokumentacji projektowej oraz specyfikacjach technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych, jak również pod względem zgodnym z przedmiarem robót

Należy wskazać, iż każdy z tych dokumentów jest, w zakresie przedmiotu zamówienia, nośnikiem odmiennych informacji. Projekt budowlany określa zasadniczy zakres przedmiotowy wskazując, co i gdzie należy wykonać. Specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót budowlanych odnoszą się do standardu i jakości robót budowlanych, jak również dookreślają technologię wykonania tychże robót.

Przedmiar robót, zgodnie z zawartym w § 6 ust. 1 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno - użytkowego (Dz. U. z 2004 r. Nr 202, poz. 2072 z późn. zm.), 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 robót podstawowych.

Jak wynika z § 4 ust. 3 ww. rozporządzenia jeśli zamówienie na roboty budowlane, o których mowa w ust. 1 i 2, jest udzielane w trybie zamówienia z wolnej ręki lub w istotnych postanowieniach umowy przyjęto zasadę wynagrodzenia ryczałtowego, dokumentacja projektowa może nie obejmować przedmiaru robót.

Ponadto w przypadku wynagrodzenia kosztorysowego każdy z wykonawców składających ofertę zobowiązuje się do wykonania pod względem ilościowym takiego zakresu, jaki zostaje ujęty w kosztorysach ofertowych. Potwierdza on przy pomocy kosztorysów ofertowych zakres ilościowy zamówienia oraz wskazuje na technikę, sposób i prawidłowość obliczenia ceny ofertowej. Wynika to z roli, jaką posiadają kosztorysy ofertowe sporządzone ściśle w oparciu o przedmiary robót, oraz z faktu, iż Zamawiający w przypadku wynagrodzenia ustalonego w formie kosztorysowej jest obowiązany do przekazania wraz z dokumentacją projektową przedmiarów robót. Takiego obowiązku nie ma w przypadku wynagrodzenia ryczałtowego.

Należy wskazać, iż forma wynagrodzenia za roboty budowlane może być oceniana przy uwzględnieniu zarówno etapu wyliczenia ceny ofertowej, jak również przy uwzględnieniu etapu rozliczenia, który następuje w związku z realizacją robót budowlanych. Definicje wynagrodzenia ryczałtowego i wynagrodzenia kosztorysowego zawarte w ustawie Kodeks cywilny odnoszą swoje skutki zarówno do etapu wyceny (sporządzenia oferty), jak również do etapu rozliczenia (realizacji robót budowlanych). Tym samym nie sposób zgodzić się z Odwołującym, który tylko w oparciu o postanowienia umowy uznał, iż w ramach przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego mamy do czynienia z wynagrodzeniem ryczałtowym, a nie kosztorysowym. Umowa w sprawie zamówienia publicznego nie musi regulować kwestii związanych z wyliczeniem wynagrodzenia, gdyż ten etap odnosi się do czynności związanych z przygotowaniem oferty i winien zostać uregulowany w treści SIWZ. To, że na etapie realizacji płatność następuje w oparciu o jedną fakturę końcową nie podważa formy wynagrodzenia doprecyzowanej na etapie jego ustalania. Czym innym jest bowiem rozliczenie na podstawie kosztorysu powykonawczego, które wiąże się z etapem płatności za zrealizowany zakres przedmiotowy, a czym innym jest ustalenie wynagrodzenia na podstawie zestawienia planowanych prac i przewidywanych kosztów w rozumieniu art. 629 ustawy Kodeks cywilny. W tym ostatnim przypadku mamy do czynienia z wynagrodzeniem kosztorysowym i w tym zakresie irrelevantne jest w jaki sposób dojdzie do jego rozliczenia na etapie realizacji, tj. czy rozliczenie nastąpi w oparciu o płatność jednorazową po zrealizowaniu całego zakresu przedmiotowego, czy też w oparciu o kosztorysy powykonawcze. Tym samym, jeżeli podstawą wyliczenia wynagrodzenia jest zestawienie planowanych prac i przewidywanych kosztów (przedmiar robót - kosztorys ofertowy) niezależnie od sposobu rozliczenia na etapie realizacji mamy do czynienia z wynagrodzeniem kosztorysowym, tj. wyliczonym w oparciu o kosztorys ofertowy.

Jak wynika jednoznacznie z treści SIWZ, tj. Rozdziału XII zatytułowanego „Opis sposobu obliczenia ceny”, gdzie w pkt 1- 4 zostało wyraźnie wskazane, iż określona przez wykonawcę cena będzie ceną kosztorysową, wyliczoną na podstawie szczegółowego kosztorysu ofertowego sporządzonego w oparciu o dokumentację projektową, specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót budowlanych, przedmiar robot oraz zapisy SIWZ.

A zatem kosztorysy ofertowe sporządzone w oparciu o przedmiar robót zawierają informacje odnoszące się do ilościowego zakresu robót, tj. dookreślają przedmiot zamówienia pod względem wielkościowym. Obrazują one również sposób wyceny przez wykonawcę zakresu przedmiotowego. Pojęcie kosztorysu szczegółowego, funkcjonujące w nomenklaturze budowlanej, nie jest obecnie przedmiotem regulacji ustawowej ani przepisów wykonawczych. Jedynie w zakresie kosztorysów inwestorskich mamy do czynienia z określeniem definicji kalkulacji szczegółowej ceny jednostkowej zawartej w § 4 ust. 1 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 18 maja 2004 r. w sprawie określenia metod i

podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym (Dz. U. z 2004 r. Nr 130, poz. 1389) wydanego na podstawie art. 33 ust. 3 ustawy Pzp. Wskazany wyżej przepis wskazuje, iż kalkulacja szczegółowa ceny jednostkowej polega na określeniu wartości poszczególnych jednostkowych nakładów rzeczowych (kosztów bezpośrednich) oraz doliczenia narzutów kosztów pośrednich i zysku. W tym zakresie ustawodawca wskazał wzór arytmetyczny. Należy wskazać, iż powyższe rozporządzenie odnosi się do kosztorysów inwestorskich i zawiera definicję kalkulacji szczegółowej ceny jednostkowej, a nie definicję kosztorysu szczegółowego. Tym samym zawartych tam wytycznych nie należy przenosić na kanwę niniejszej sprawy. Jednakże, biorąc pod uwagę formę i treść przekazanego wraz z SIWZ przedmiaru robót, za zasadnicze jego elementy należy uznać opisy pozycji kosztorysowych, ilość jednostek miar dla poszczególnych pozycji oraz jednostki miar z nimi związane, a zatem te zasadnicze elementy winien zawierać dołączony do oferty kosztorys ofertowy. Tym samym za kosztorys szczegółowy w ramach niniejszego postępowania należy uznać kosztorys odpowiadający co do zawartych w nim informacji przedmiarowi robót, stanowiącemu załącznik nr 8 do SIWZ.

Tym samym Izba uznała, iż w przedmiotowym postępowaniu sporządzone kosztorysy ofertowe w powyższym minimalnym zakresie winny odpowiadać treści przedmiaru robót. Biorąc pod uwagę powyższe Zamawiający miał nie tylko prawo, ale i obowiązek sprawdzenia poprawności sporządzenia kosztorysów ofertowych, zaś wszelkie zaistniałe w ich treści rozbieżności w odniesieniu do poszczególnych pozycji kosztorysowych, ilości, zastosowanych materiałów w stosunku do przedmiarów robót, jak również pominięcie jakichkolwiek danych w nich zawartych stanowią o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, iż w ramach przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie doszło do naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

**II.** Biorąc pod uwagę fakt, iż czynność wyboru oferty najkorzystniejszej stanowiła czynność wynikową w stosunku do dokonanej przez Zamawiającego czynności oceny i badania ofert, której elementem była czynność odrzucenia oferty Odwołującego, wskazać należy, iż prawidłowość tej ostatniej czynności powoduje, iż nie doszło do naruszenia w niniejszym postępowaniu art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

**III.** W zakresie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 3 ustawy Pzp Izba wskazuje, iż nie zasługuje on na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Izba ustaliła, iż w ramach przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie doszło do udzielenia zamówienia któremukolwiek wykonawcy, gdyż nie doszło do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W niniejszym postępowaniu doszło do wyboru oferty najkorzystniejszej w rozumieniu art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, której to czynności nie należy utożsamiać z udzieleniem zamówienia w rozumieniu art. 7 ust. 3 ustawy Pzp.

Tym samym nie sposób wskazać, iż doszło do wyczerpania hipotezy normy prawnej uregulowanej w art. 7 ust. 3 ustawy Pzp i nie tym samym nie doszło do naruszenia uregulowanego w powyższym przepisie zakazu.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględniła odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Brak potwierdzenia zarzutów wskazanych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym nie została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania z uwzględnieniem postanowień rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) w tym w szczególności § 5 ust. 3 pkt 1 oraz § 5 ust. 4.

**Przewodniczący:**

.....

