

Sygn. akt: KIO 867/13

**WYROK**

**z dnia 24 kwietnia 2013 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Justyna Tomkowska**

**Protokolant: Paweł Nowosielski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 kwietnia 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 kwietnia 2013 r. przez wykonawcę **BUDIMEX S.A. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Zarząd Dróg Powiatowych z siedzibą w Stargardzie Szczecińskim,**

przy udziale wykonawcy **Strabag Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

**orzeka:**

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża **BUDIMEX S.A. z siedzibą w Warszawie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **BUDIMEX S.A. z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania.

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

**Przewodniczący: .....**

**UZASADNIENIE**

W dniu 15 kwietnia 2013 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2010r. nr 113, poz. 759, ze zm., dalej jako „ustawa Pzp”), odwołanie złożył wykonawcy BUDIMEX S.A. z siedzibą w Warszawie.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na zadanie pn. „Przebudowa i budowa drogi nr 1703Z na odcinku Zieleniewo - Kunowo - Skalin - rondo Golczewo. Wykonanie odcinka drogi Zieleniewo Kunowo” prowadzi Zamawiający: Zarząd Dróg Powiatowych w Stargardzie Szczecińskim. Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 19.02.2013r. pod nr 69388 - 2013.

Odwołanie wniesiono od czynności Zamawiającego polegających na: odrzuceniu oferty Odwołującego, wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Wykonawcę - STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie, o czym Zamawiający poinformował Odwołującego pismem przesłanym w dniu 09.04.2013r. za pośrednictwem poczty elektronicznej.

Zaskarżonym czynnościom Zamawiającego zarzucono naruszenie:

- art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, że Odwołujący dokonał odstępstwa od podanego w SIWZ sposobu określenia cen jednostkowych i w ślad za tym odrzucenie jego oferty jako, że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”), w sytuacji, gdy zapisy SIWZ nie wyłączały wprost możliwość skalkulowania cen jednostkowych w sposób podany przez Odwołującego,
- art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wyboru oferty najkorzystniejszej, co narusza zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

W oparciu o przedstawione zarzuty wnoszono o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny i badania ofert oraz wybór jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

W wyniku naruszenia przez Zamawiającego powołanych przepisów Pzp interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia może doznać uszczerbku. Skutkiem zaskarżonej czynności Zamawiającego jest bowiem pozbawienie Odwołującego możliwości realizacji przedmiotowego zamówienia, chociaż Odwołujący złożył ofertę sporządzoną w sposób w pełni prawidłowy, ponadto odpowiadającą rzeczywistym potrzebom przedmiotu zamówienia, która stanowi dla Zamawiającego „ofertę najkorzystniejszą” w znaczeniu określonym przez Pzp i Zamawiającego w SIWZ spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

W uzasadnieniu odwołania wskazano, że w swojej decyzji Zamawiający o odrzuceniu oferty Odwołującego podnosił, że treść oferty Odwołującego jest niezgodna z treścią SIWZ. Zamawiający podnosił tam, „że ogłaszając postępowanie przetargowe opisał zgodnie z art. 31 ustawy Prawo zamówień publicznych przedmiot zamówienia za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznych wykonania / odbioru robót. Zamawiający w tych dokumentach określił sposób obliczania ceny jednostkowej danego asortymentu robót, wymieniając enumeratywnie składniki ceny. Wskazując składniki stosowano katalog zamknięty. Opisując przedmiot zamówienia Zamawiający dostarczył Wykonawcom przedmiar robót (załącznik nr 11 do SIWZ), który był wyposażony w zestawienie ilości poszczególnych asortymentów robót z odniesieniem ich specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót, które to specyfikacje wskazywały składowe ceny jednostkowe.” Wskazał jednocześnie, że w załączniku nr 2 SIWZ określono instrukcję sposobu obliczenia ceny ofertowej, akcentując przy tym, że żaden z wyżej wymienionych elementów SIWZ nie dopuszczał przenoszenia części kosztów pomiędzy pozycjami cen jednostkowych. Dlatego też w opinii Zamawiającego przeniesienie części kosztów przez Odwołującego z pozycji nr 27 i 29 do pozycji nr 1 - na które wskazał on w złożonych wyjaśnieniach z dnia 27 marca 2013r., przesądza o tym, że treść oferty Odwołującego jest niezgodna z treścią SIWZ.

Z powyższym stanowiskiem Zamawiającego Odwołujący nie może się zgodzić.

Zamawiający w załączniku nr 2 do SIWZ (Instrukcja sposobu obliczenia ceny oferty) wskazał, że:

„1. Wynagrodzenie Wykonawcy będzie miało charakter kosztorysowy. Zostanie ustalone jako suma iloczynów ceny jednostkowej brutto (zgodnie z wycenionym załącznikiem nr 12 - kosztorys ofertowy) danego asortymentu robót oraz ilości jednostek wykonanych, potwierdzonych przez przedstawiciela Zamawiającego.

2. W skład ceny jednostkowej wchodzi niżej wymienione składniki:

- 1) opracowanie i uzgodnienie tymczasowej organizacji ruchu i zabezpieczenia terenu robót, w tym organizacji ruchu na objazdach,
- 2) oznakowanie i utrzymanie oznakowania oraz zabezpieczenia robót w trakcie trwania organizacji ruchu,
- 3) wykonanie robót budowlanych i towarzyszących w zakresie wynikającym z dokumentacji budowlanej / projektów wykonawczych w zakresie adekwatnym do danego asortymentu robót,
- 4) wykonanie dokumentacji geodezyjnej powykonawczej,
- 5) wykonanie badań i sprawdzeń, w tym laboratoryjnych wynikających ze szczegółowych specyfikacji technicznych.”

Zgodnie z przywołanym powyżej zapisem pkt 2 załącznika nr 2 do SIWZ, Zamawiający wskazał, jakie elementy (koszty) powinny zostać uwzględnione w cenie

jednostkowej, jednak nie uczynił z tego katalogu - wbrew temu co twierdzi obecnie - katalogu zamkniętego. Opisując składniki wchodzące w skład ceny nie użył on bowiem określeń typu „wyłącznie”, „jedynie”.

Wniosek ten potwierdza dodatkowo analiza dokumentacji przetargowej, do której odwołuje się Zamawiający, tj. Szczegółowej Specyfikacji Technicznej (dalej „SST”). Pomimo bowiem określenia w sposób zamknięty - jak twierdzi Zamawiający - elementów wchodzących w skład cen jednostkowych, Zamawiający nie uwzględnił w załączniku nr 2 do SIWZ, ani w tejże dokumentacji wszystkich elementów, które zazwyczaj wchodzi w skład ceny oferty i mają wpływ na jej kalkulację.

Wskazać bowiem należy, że w pkt 9.2.2 Szczegółowej Specyfikacji Technicznej nr D-01.01.01 „Odtworzenie trasy i punktów wysokościowych”, podano, iż cena jednostkowa dla poz. 1 kosztorysu robót obejmuje, cyt.:

„9.2.2 Cena jednostki obmiarowej Cena 1 km wykonania robót obejmuje:

- sprawdzenie wyznaczenia punktów głównych osi trasy i punktów wysokościowych,
- uzupełnienie osi trasy dodatkowymi punktami,
- wyznaczenie dodatkowych punktów wysokościowych,
- wyznaczenie przekrojów poprzecznych z ewentualnymi wytyczeniem dodatkowych przekrojów,
- zastabilizowanie punktów w sposób trwały, ochrona ich przed zniszczeniem i oznakowanie ułatwiające odszukanie i ewentualne odtworzenie”.

Składowe ceny jednostki obmiarowej dla asortymentu robót ujętych w pozycji nr 27 i 29 kosztorysu ofertowego zostały natomiast wymienione w pkt 9.2. Szczegółowej Specyfikacji Technicznej nr D-05.03.05b. „Nawierzchnia z betonu asfaltowego. Warstwa wiążąca i wyrównawcza”, określono tam, iż obejmują one:

„9.2. Cena jednostki obmiarowej Cena wykonania 1m<sup>2</sup> (warstwy wiążącej) lub 1 Mg (warstwy wyrównawczej) z betonu asfaltowego (AC W) obejmuje:

- prace pomiarowe i przygotowawcze,
- oznakowanie robót,
- oczyszczenie i skropienie podłoża,
- dostarczenie materiałów i sprzętu,
- opracowanie recepty laboratoryjnej,
- wykonanie próby technologicznej i odcinka próbnego,
- wyprodukowanie mieszanki betonu asfaltowego i jej transport na miejsce wbudowania,
- rozłożenie i zagęszczenie mieszanki betonu asfaltowego,
- obcięcie krawędzi i posmarowanie lepiszczem”.

Z zestawienia powyższego, jak również innych zapisów SST, wynika, iż w żadnej „cenie jednostki obmiarowej” Zamawiający nie przewidział miejsca na tzw. koszty ogólne związane z wykonaniem i utrzymaniem zaplecza budowy, kosztów zapewnienia kadry, ubezpieczenia, jak również marży i kosztów zarządu. Jeżeli więc zestawienie z Załącznika nr 2 miałyby stanowić zestawienie, katalog zamknięty, to należałoby postawić pytanie, w jaki sposób koszty te - niezbędne do poniesienia przy każdej robocie budowlanej - wykonawca ma wycenić.

Idąc dalej sposobem rozumienia przez Zamawiającego omawianych zapisów SIWZ, przyjąć należałoby, że wykonawcy byli w niniejszym postępowaniu zobowiązani w każdej cenie jednostkowej wycenić także składniki podane w załączniku nr 2 pkt 2 ppkt 1-2 i 4-5, w sytuacji, gdy w koszt wykonania tylko niektórych pozycji przedmiarowych można wliczyć „opracowanie i uzgodnienie tymczasowej organizacji ruchu i zabezpieczenia terenu robót, w tym organizacji ruchu na objazdach”, czy „wykonanie badań i sprawdzeń, w tym laboratoryjnych wynikających ze szczegółowych specyfikacji technicznych”. Taki sposób rozumienia omawianych zapisów SIWZ byłby więc nieracjonalny, o czym obecnie Zamawiający zdaje się zapominać.

Podobnie, Zamawiający nie określił wprost w SIWZ, że koszty robót nie mogą być przenoszone pomiędzy poszczególnymi pozycjami kosztorysu ofertowego - pomiędzy poszczególnymi cenami jednostkowymi. Zapis zawarty w pkt 2 ppkt 1) załącznika nr 2 do SIWZ nakładał na Odwołującego dokonanie wyceny w cenach jednostkowych robót budowlanych i towarzyszących w zakresie wynikającym z dokumentacji budowlanej i projektów wykonawczych w zakresie adekwatnym do danego asortymentu robót. Zapis ten nakładał więc na wykonawców jedynie obowiązek rozpoznania zakresu robót koniecznych do wykonania w ramach danego asortymentu i wycenienia takiego właśnie zakresu - „adekwatnego” - robót w cenach jednostkowych jako takich. Z zapisu tego nie wynika jednak - jak chce tego Zamawiający - że w danej cenie jednostkowej można wycenić tylko roboty odpowiadające nazwie danej pozycji, bowiem - chociażby jak wskazano powyżej - wykonawca pewnych kosztów, czy prac nie mógłby tym sposobem wycenić w żadnej cenie jednostkowej.

Stąd, zasadny jest - przyjęty przez Odwołującego wniosek - że wskazane powyżej zapisy dokumentacji przetargowej stanowiły wyłącznie wyznacznik tego, jakie prace muszą być wycenione w ramach ceny ofertowej, natomiast nie stanowiły „sztywnej” instrukcji co do tego, jak kalkulować poszczególne ceny jednostkowe i jak w cenach tych uwzględniać pewne koszty wspólne, czy koszty, których rekompensaty wykonawcy oczekują w pierwszej kolejności.

Na tej zasadzie oferta Odwołującego została sporządzona zgodnie z Instrukcją sposobu obliczenia ceny oferty.

W załączonym do oferty Odwołującego kosztorysie Odwołujący wycenił cenę jednostkową dla pozycji 1 opisaną przez Zamawiającego jako: „Roboty pomiarowe przy liniowych robotach zmiennych - trasa drogi w terenie równinnym. Wyznaczanie trasy oraz punktów wysokościowych wraz z przeniesieniem istniejącej osnowy geodezyjnej oraz mapą powykonawczą”, na kwotę 198 086,89 zł. Na określoną w ten sposób cenę jednostkową składa się wycena robót określonych w poz. 1 oraz częściowy koszt wykonania pozycji 27 i 29.

Jak bowiem wskazywał Odwołujący w złożonych w postępowaniu wyjaśnieniach (wyjaśnienia z dnia 27 marca 2013r., znak pisma: DW/2013/03/16), mógł on z dużą dowolnością kształtować cenę ofertową za wykonanie całości robót i z tego przywileju skorzystał, przenosząc częściowy koszt wykonania pozycji 27 i 29 do pozycji 1.

W poz. 1 kosztorysu Odwołujący uwzględnił przede wszystkim tzw. koszty ogólne dla poz. 27 i 29, co - w świetle uwag poczynionych powyżej - nie jest działaniem nieuprawnionym.

Ponadto, w poz. 1 kosztorysu Odwołujący także część kosztów rzeczywistych prac opisanych w poz. 27 i 29, niemniej poza sporem w niniejszej sprawie pozostaje, że w ofercie jako takiej - w cenie jednostkowej z poz. 1 i 27 oraz poz. 1 i 29 - wycenione zostało przez Odwołującego „wykonanie robót budowlanych i towarzyszących w zakresie wynikającym z dokumentacji budowlanej i projektów wykonawczych w zakresie adekwatnym do danego asortymentu robót”. Odwołujący zaoferował więc wykonanie wszystkich prac objętych przedmiotem zamówienia i wykonanie tychże prac wycenił w cenie jednostkowej.

Mając na uwadze powyższe przyjąć należy, że w okolicznościach niniejszej sprawy stanowisko Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego nie jest możliwe do utrzymania. Opiera się ono na wykładni zapisów SIWZ, które budzić może, co wykazano wyżej, szereg wątpliwości. Tymczasem jak wskazuje się w orzecznictwie KIO, „Zamawiający nie jest uprawniony do przerzucania na wykonawców ryzyka związanego z interpretacją nieprecyzyjnych postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia. (...) wszelkie niejasności i niezgodności w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia należy interpretować na korzyść wykonawców. Nawet w przypadku, gdy postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia są sformułowane w sposób nieracjonalny, to zamawiający ponosi ryzyko nieprawidłowego opisu przedmiotu zamówienia i w przypadku gdy nie potrafi właściwie i precyzyjnie opisać własnych potrzeb otrzyma świadczenie, które rzeczywiście opisał a nie to, które miał intencję otrzymać (tak wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 września 2011 r. sygn. akt KIO 2002/11).

Ponadto, wskazać należy, że określona w art. 89 ust. 1 pkt 2 przesłanka odrzucenia oferty, której treść nie odpowiada treści SIWZ, jest spełniona, gdy dochodzi do zmiany formy prezentacji informacji w ofercie, która została zastrzeżona w SIWZ. Toteż nie każda zmiana treści oferty wobec SIWZ powoduje konieczność odrzucenia oferty, ale tylko taka, która jest

sprzeczna z jasnymi i wyraźnymi zapisami SIWZ. Jak wskazuje się w orzecznictwie „Zamawiającemu nie wolno odrzucić oferty wykonawcy, która odpowiada co do treści SIWZ, a nie odpowiada jedynie, co do formy; nie wolno odrzucić także oferty, która zawiera niezgodności z SIWZ, ale usunięcie tych niezgodności nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty. Nie wolno także zamawiającemu wyeliminować oferty w sytuacji, gdy treść SIWZ nie zawiera wyraźnego nakazu zamieszczenia określonych treści w ofercie, lub odrzucić oferty w oparciu o postanowienia zamawiającego niewyartykułowane w SIWZ”. (por. wyrok KIO z dnia 19.11.2012r., sygn. akt KIO 2434/12).

Jedynie na marginesie powyższych wywodów wskazać należy, że błędne jest także stanowisko Zamawiającego wskazujące, że określone przez Odwołującego ceny jednostkowe będą miały znaczenie dla rozliczeń przy robotach dodatkowych i tzw. zamiennych. We wzorze umowy brak bowiem jakichkolwiek postanowień odnoszących się do robót dodatkowych i tzw. robót zamiennych, które miałyby być rozliczane z uwzględnieniem cen jednostkowych. Ponadto skoro miałyby być to roboty zamienne, to takie zestawienie mogłoby okazać się zupełnie bezużyteczne (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 23 maja 2012 r., sygn. KIO 961/12).

Mając na uwadze powyższe, Odwołujący wnosił jak na wstępie.

W dniu 23 kwietnia 2013 roku Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie w całości.

Zamawiający zaznaczył, że dokonując badania złożonych ofert poddał szczegółowej analizie ceny jednostkowe poszczególnych asortymentów robót składających się na całość ceny ofertowej. Wątpliwości Zamawiającego wzbudziła wysokość cen jednostkowych dla asortymentu robót wymienionych w poz. nr 27 i poz. nr 29 kosztorysu ofertowego ofercie Odwołującego, gdyż w porównaniu z innymi cenami oraz na podstawie znajomości cen występujących na rynku zaoferowane przez Wykonawcę ceny można było uznać za rażąco niskie. Wykonawca zaoferował wykonanie asortymentu robót ujętych w pozycji nr 27 kosztorysu ofertowego za kwotę brutto 42,98 zł oraz w pozycji nr 29 za kwotę brutto 42,98 zł, gdy tymczasem pozostali Wykonawcy w złożonych ofertach żądali następujących kwot brutto: oferta nr 1 kwota brutto za poz. nr 27 - 331,87 zł, kwota brutto za poz. nr 29 - 331,87 zł, oferta nr 2 kwota brutto za poz. nr 27 - 340,40 zł, kwota brutto za poz. nr 29 - 340,40 zł, oferta nr 3 kwota brutto za poz. nr 27 - 202,95 zł, kwota brutto za poz. nr 29 - 246,00 zł, oferta nr 4 kwota brutto za poz. nr 27 - 402,64 zł, kwota brutto za poz. nr 29 - 405,06 zł, oferta nr 5 kwota brutto za poz. nr 27 - 308,59 zł, kwota brutto za poz. nr 29 - 308,59 zł, oferta nr 6 kwota brutto za poz. nr 27 - 399,75 zł, kwota brutto za poz. nr 29 - 399,75 zł, oferta nr 7 kwota brutto za poz. nr 27 - 381,62 zł, kwota brutto za poz. nr 29-381,62 zł.

W związku z powyższym, Zamawiający pismem z dnia 25.03.2013 r. wystąpił do Wykonawcy na podstawie art.90 ust. 1 ustawy Pzp z żądaniem wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny tj. pisemne wyjaśnienie dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Wykonawca pismem znak DW/2013/03/16 przesłanym w dniu 27.03.2013 r. złożył żądane wyjaśnienia. Przedłożone wyjaśnienia zawierały wszystkie informacje techniczne, technologiczne oraz ekonomiczne do poprawnej oceny. Po dokonanej analizie Zamawiający ocenił złożone wyjaśnienia za wyczerpujące i pozwalające na dogłębne zapoznanie się z faktycznymi kosztami oraz ceną robót ujętych w pozycji kosztorysowych nr 27 i 29. Wykonawca w przedłożonym wyjaśnieniu dotyczącym zarzutu rażąco niskiej ceny oświadczył, iż przeniósł część kosztów wykonania pozycji nr 27 i 29 do pozycji nr 1 i tak:

- z pozycji 27 do pozycji 1 wartość 40 926,88 zł. brutto
- z pozycji 29 do pozycji 1 wartość 148 226,82 zł. brutto

Dodatkowo Wykonawca poinformował, że w pozycji 1 kosztorysu ofertowego uwzględniono również pozostałe koszty wynikające z wykonania pozycji 27 i 29 (a solidarnie ponoszone również przez inne pozycje - co zostało w nich ujęte) tj. koszty ogólne związane z wykonaniem i utrzymaniem zaplecza, koszty zapewnienia kadry, jak również marżę i koszty zarządu tj. w łącznej wysokości 31 556,51 zł brutto.

Zamawiający po zapoznaniu się z treścią wyjaśnienia oraz powziąwszy informację na podstawie oświadczenia Odwołującego o sposobie obliczenia ceny jednostki obmiarowej dla asortymentu robót ujętych w pozycji nr 1 kosztorysu ofertowego obowiązany był dokonać oceny prawidłowości kalkulacji poszczególnych cen jednostkowych oferty, nadto każdy koszt winien być wyceniony rzetelnie. Zatem nie znajduje uzasadnienia twierdzenie wykonawcy, że koszty oferty to wyłącznie sprawa jego samego i że może je kształtować w dowolnym trybie i w dowolny sposób. Po dokonaniu oceny zamawiający stwierdził, iż cena jednostki obmiarowej została określona niezgodnie z treścią zapisu 9.2 w zw. z pkt 1.3.1. szczegółowej specyfikacji technicznej D-01.01.01, zatem niezgodnie z SIWZ.

Zamawiający ogłaszając postępowanie przetargowe opisał zgodnie z art. 31 ustawy Pzp. przedmiot zamówienia za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót. Zamawiający w tych dokumentach określił sposób obliczenia ceny jednostkowej danego asortymentu robót, wymieniając enumeratywnie składniki ceny, w oparciu o jakie elementy ma być dokonane jej wyliczenie. Wskazując składniki Zamawiający zastosował katalog zamknięty. Opisując przedmiot zamówienia Zamawiający dostarczył Wykonawcą przedmiar robót (załącznik nr 11 do SIW ), który był wyposażony w zestawienie ilości poszczególnych asortymentów robót z odniesieniem ich do specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót, które to specyfikacje wskazywały składowe ceny jednostkowej.

Ponadto załącznik nr 2 SIWZ zawiera instrukcję sposobu obliczenia ceny ofertowej. W nawiązaniu do sformułowania użytego przy wymienianiu składników ceny jednostkowej „**w zakresie adekwatnym do danego asortymentu robót,**” Zamawiający nadmienia, iż zgodnie z wykładnią językową podaną w słowniku języka polskiego słowo „adekwatnie” oznacza -zgodny, właściwy, w całości odpowiadający czemuś.

W dołączonym przedmiarze robót dla asortymentu robót wymienionych w pozycji numer 1 wskazania w kolumnie podającej specyfikacje techniczne wykonania i odbioru roboty specyfikację D-01.01.01. Niezależnie od tego Zamawiający w SIWZ zamieścił formularz kosztorysu ofertowego (załącznik nr 12 do SIWZ), który Wykonawca winien wypełnić przygotowując ofertę. Kosztorys ofertowy został zaopatrzony w tabelaryczne zestawienie poszczególnych asortymentów robót z przypisaniem właściwych specyfikacji wykonania i odbioru robót, które to specyfikacje wymieniają niezbędne do wykonania czynności składowe dla danego asortymentu robót, za których wykonanie została określona przez Wykonawcę cena jednostkowa.

Odpowiadając na zarzut Odwołującego, iż Zamawiający wskazując jakie elementy powinny zostać uwzględnione w cenie jednostkowej nie uczynił z tego katalogu zamkniętego, bowiem nie użył określenia typu „wyłącznie”, „Jedynie” jest chybiony, ponieważ a contrario zamawiający nie użył również określeń „między innymi” czy „w szczególności”, typowych dla charakteryzowania katalogów otwartych. Należy mieć na uwadze, iż SIWZ jest zbiorem nakazów i norm, jakich winien dochować Wykonawca aby mógł sporządzić poprawnie ofertę. Zamawiający opisując przedmiot zamówienia nie sporządza katalogu czynności niedozwolonych, jakich Wykonawcy czynić nie wolno. Nie byłoby to nawet możliwym aby na tym etapie przewidzieć wszystkie możliwe sytuacje jakie mogą zaistnieć w trakcie realizacji zamówienia, aż do jego rozliczenia. Rozumując tym sposobem można stwierdzić, iż Zamawiający wskazując, jakie elementy powinny zostać uwzględnione w cenie jednostkowej nie użył sformułowania „między innymi”, „ np.”, co mogłoby dawać Odwołującemu podstawy do traktowania tego wykazu elementów wyceny jako katalogu otwartego. Nadto inni Wykonawcy, którzy złożyli swoje oferty nie mieli żadnego problemu z właściwym odczytaniem zapisu SIWZ i zinterpretowali je w sposób zbieżny ze stanowiskiem wyrażanym przez Zamawiającego.

Zamawiający na podstawie ogólnie przyjętych zasad kosztorysowania robót budowlanych przyznaje, iż do każdej kosztorysowanej pozycji przedmiaru robót wlicza się koszty ogólne, które wymienia Odwołujący cytując „ koszty ogólne związane z wykonaniem i utrzymaniem zaplecza budowy, kosztów zapewnienia kadry, ubezpieczenia, jak również marży i kosztów zarządu”. Zgodnie z zasadami kosztorysowania robót budowlanych jak i też ogólnie stosowaną praktyką nie stosuje się wyodrębniania i podawania, jako osobnej pozycji w przedmiarze robót kosztów ogólnych. Bowiem w myśl § 9 Rozporządzenia Ministra

Infrastruktury w sprawie szczegółowego zakresu formy i dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych i programu funkcjonalno - użytkowego - tabele przedmiaru robót powinny zawierać pozycje przedmiarowe odpowiadające robotom podstawowym. Odwołujący pominał okoliczność, iż przedmiar robót stanowi tylko i wyłącznie zestawienie ilości poszczególnych asortymentów robót z odniesieniem ich do specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót. Natomiast specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót wskazują składowe ceny jednostkowej, które to składowe są katalogiem czynności a nie katalogiem kosztów / czy zakazów/ za których wykonanie Wykonawca określi wynagrodzenie stanowiące cenę jednostkową danego asortymentu robót. Nieprawdziwym jest twierdzenie Odwołującego, cytując „Zapis zawarty w pkt. 2 ppkt. 1 załącznika nr 2 do SIWZ nakłada na Odwołującego dokonanie wyceny w cenach jednostkowych robót budowlanych i towarzyszących w zakresie wynikającym z dokumentacji budowlanej i projektów wykonawczych w zakresie adekwatnym do danego asortymentu robót. Zapis ten nakłada więc na wykonawców jedynie obowiązek rozpoznania zakresu robót koniecznych do wykonania w ramach danego asortymentu i wycenia takiego właśnie zakresu - adekwatnego - robót w cenach jednostkowych jako takich. Z zapisu tego nie wynika jednak, jak chce tego Zamawiający, że w danej cenie jednostkowej można wycenić tylko roboty odpowiadające nazwie danej pozycji, bowiem chociażby jak wskazano powyżej, wykonawca pewnych kosztów, czy prac nie mógłby tym sposobem wycenić w żadnej cenie jednostkowej.” Zamawiający neguje prezentowane przez Odwołującego stanowisko, nie są bowiem znane w praktyce, sytuacje wystąpienia kosztów, których nie byłoby możliwości przypisać do właściwej pozycji asortymentu robót. Wystąpienie kosztów zawsze i nierozdzielnie wiąże się w fakcie wykonania danego asortymentu robót, co jest oczywiste. Mijającym się z prawdą jest twierdzenie Odwołującego, iż cytując „W poz. 1 kosztorysu Odwołujący uwzględnił przede wszystkim tzw. koszty ogólne dla poz. 27 i 29, co w świetle uwag poczynionych powyżej nie jest działaniem nieuprawnionym”. Zamawiający otrzymał od Odwołującego wyjaśnienie pismem znak DW/2013/03/16 przesłanym w dniu 27.03.2013 r., z którego wynika zupełnie odmienny stan faktyczny. Zamawiający analizując przedstawione wyliczenia Odwołującego stwierdził, iż zarówno przyjęte ilości jak i stawki poszczególnych materiałów, robocizny, pracy sprzętu są cenami rynkowymi, i nie odbiegają od stawek ogólnie przyjętych. W żadnym miejscu powyższych wyjaśnień Odwołujący nie wskazał, aby doliczył do poz. 27 i 29 koszty ogólne, jak i też nie podał ich wysokości. Dlatego też Zamawiający twierdzi na podstawie poczynionych wyjaśnień Odwołującego, że przynajmniej materiały użyte do wykonania pozycji nr 27 i 29 tj. robót związanych z wykonaniem wyrównania mieszanką mineralno - asfaltową zostały skalkulowane w pozycji nr 1 tj. robót pomiarowych, a nie tak jak twierdzi Odwołujący „W poz. 1 kosztorysu Odwołujący uwzględnił przede wszystkim tzw. koszty ogólne dla poz. 27 i 29, co w świetle

uwag poczynionych powyżej nie jest działaniem nieuprawnionym". Dodatkowo Odwołujący poinformował, że w pozycji 1 kosztorysu ofertowego uwzględniono również pozostałe koszty wynikające z wykonania pozycji 27 i 29 (a solidarnie ponoszone również przez inne pozycje - co zostało w nich ujęte ) tj. koszty ogólne związane z wykonaniem i utrzymaniem zaplecza, koszty zapewnienia kadry, jak również marżę i koszty zarządu tj. w łącznej wysokości 31 556,51 zł. brutto.

Zatem Zamawiający zauważa, iż Odwołujący wkalkulował w pozycji nr 1 z pozycji nr 27 - 80,61 % całkowitej wartości robót ujętych w pozycji, natomiast z pozycji nr 29 - 80,52 % całkowitej wartości robót ujętych w pozycji. Zdaniem Zamawiającego ujęcie na poziomie ponad 80 % wartości pozycji nr 27 i nr 29 dobitnie świadczy, iż do pozycji nr 1 tj. robót pomiarowych wkalkulowano nie tylko koszty ogólne, ale również wartość materiałów, pracy sprzętu, robocizny użytych do wykonania wyrównania mieszanką mineralno - asfaltową. Zamawiający na podstawie powyżej podanych zestawień twierdzi, iż Odwołujący sporządził swoją ofertę w taki sposób, aby Zamawiający płacąc za wykonanie robót pomiarowych ujętych w pozycji numer 1 zapłacił także za materiał, pracę sprzętu, robociznę które zostaną użyte do wykonania robót ujętych w pozycji nr 27 i nr 29. Tak sporządzona oferta stoi w wyraźnej sprzeczności z rozliczeniem kosztorysowym określonym art. 630 KC oraz treścią SIWZ. Gdyby przyjąć za prawdziwą tezę wypowiedzianą przez Wykonawcę w złożonych wyjaśnieniach, doszłoby do sytuacji stanowiącej zaprzeczenie i karykaturę rozliczenia robót metodą kosztorysową, a taką metodę do rozliczenia przyjął Zamawiający. Hipotetycznie, bowiem można przyjąć, iż złożono ofertę w której wszystkie koszty poszczególnych asortymentów robót budowlanych zostały przeniesione do jednej pozycji nr 1, a w pozostałych pozycjach asortymentu robót wstawiono symboliczną kwotę 1,00 zł. Tak kształtowane koszty poszczególnych asortymentów robót w praktyce sprowadzałyby się do wynagrodzenia ryczałtowego, co nie było treścią SIWZ ani też zamiarem Zamawiającego. Prawdą jest co podniósł Wykonawca, iż może dowolnie kształtować cenę ofertową za wykonanie całości robót i z tego przywileju skorzystał. Zdaniem Zamawiającego, Wykonawca może kształtować koszty oferty tylko w ramach dopuszczonych SIWZ oraz umową. Sposób, w jaki Wykonawca kształtuje w ofercie ceny jednostkowe, uniemożliwiają rzetelne rozliczenie wykonanych robót jak i też całego zadania, co stoi w sprzeczności z przepisami ustawy Pzp i KC.

Zamawiający stwierdza, że jeżeli ilości wykonanych robót ujętych w pozycji numer 27 i numer 29 przedmiaru robót będą mniejsze niż podane przez Zamawiającego, wtedy Zamawiający przy tak kształtowanej przez Wykonawcę ofercie będzie zmuszony do ponoszenia za niewykonane roboty 80 % ich wartości, w tym wartości materiałów, których faktycznie nie wbudowano. BOWIEM niezależnie od ilości wykonanych robót związanych z wykonaniem wyrównania mieszanką mineralno - asfaltową niezmienną zostanie ilość

robót pomiarowych ujętych w pozycji numer 1 kosztorysu ofertowego. Ilości robót geodezyjnych ujętych w pozycji nr 1 na pewno nie ulegnie zmniejszeniu, gdyż prace te mają bezpośrednie przełożenie na zakres całego zamówienia. Rozliczenie wykonanych w ten sposób robót stanowi zaprzeczenie rozliczenia kosztorysowego i jest sprzeczne z zapisami SIWZ. Zamawiający nie mogąc wykluczyć takiego przypadku nie mógł inaczej rozstrzygnąć. Ponadto w przypadku odstąpienia od umowy zgodnie z zapisami par. 14 pkt. 4 ppkt. 4 umowy, nie ma możliwości rzetelnego rozliczenia wykonanych robót, gdyż koszty wykonania prac wymienionych w poz. nr 1 są obciążone np. kosztami materiałów i robocizny, które mogą nie być wykonywane. Odwołujący jest firmą, która działa na rynku robót budowlanych od wielu lat i doskonale zna zasady rozliczenia robót budowlanych, w tym rozliczenia kosztorysowego. Sporządzając w ten sposób ofertę w sposób kardynalny złamał zasady rozliczenia kosztorysowego, które to rozliczenie przyjął i zapisał w SIWZ .

Zamawiający uważa za nietrafne stanowisko prezentowane przez Odwołującego, że określone przez Odwołującego ceny jednostkowe nie będą miały znaczenie do rozliczeń przy robotach dodatkowych i tzw. zamiennych. Przyjęte przez Zamawiającego rozliczenie ma charakter kosztorysowy i z natury ten sposób rozliczenia jest dokonywany na podstawie rzeczywiście wykonanej ilości robót danego asortymentu. Zatem oczywistym jest zgodnie z zapisem art. 630 KC, iż ilość rzeczywiście wykonanych robót może różnić się od ilości robót określonych w przedmiarze. Roboty te w przypadku, gdy ich rzeczywiście wykonana ilość jest większa od ilości podanej w przedmiarze stanowią roboty dodatkowe. Wysokość wynagrodzenia za ich wykonanie zostanie określona jako iloczyn ceny jednostkowej brutto (zgodnie z wycenionym załącznikiem nr 12 -kosztorys ofertowy) danego asortymentu robót oraz ilości jednostek wykonanych, potwierdzonych przez przedstawiciela Zamawiającego. Zamawiający bowiem wyraźnie w SIWZ zapisał sposób obliczenia ceny oferty (załącznik nr 2). Zamawiający wbrew temu co twierdzi Odwołujący zapisami SIWZ rozdział II dział A pkt. 7 „dopuszcza możliwość wystąpienia w trakcie realizacji przedmiotu umowy konieczności wykonania robót zamiennych w stosunku do przewidzianych dokumentacją, w sytuacji, gdy wykonanie tych robót będzie korzystniejsze dla Zamawiającego, z punktu widzenia eksploatacji i konserwacji przedmiotu zamówienia oraz parametrów technicznych”. Ten punkt SIWZ oraz § 15 pkt. 2 umowy mówiący o możliwości wykonania robót zamiennych daje Zamawiającemu potencjalnie możliwość zamiast wykonywania warstwy MCE wykonać warstwę w betonu asfaltowego. Wykonawca składając ofertę w pełni akceptował zapisy zawarte w SIWZ oraz projekcie umowy, w tym § 15 pkt. 2 mówiący o możliwości wykonania robót zamiennych. Oczywistym zatem jest, iż wysokość wynagrodzenia za wykonane w tym przypadku roboty zamienne może być ustalona tylko i wyłącznie w oparciu o ceny jednostkowe ujęte w poz. nr 27 albo w poz. nr 29 kosztorysu ofertowego.

Zamawiający twierdzi, iż Odwołujący nie z uwagi na niejasności wynikające z zapisów a raczej celowo odmiennie interpretuje podany w SIWZ sposób liczenia kosztów poszczególnych pozycji kosztorysowych, aby tym samym uzasadnić sposób w jaki określił ceny jednostkowe pozycji nr 1, nr 27, nr 29. Wykonawca mając wątpliwości co do zapisów SIWZ winien przed złożeniem oferty, zgodnie z art. 38 Pzp zwrócić się do Zamawiającego o wyjaśnienie treści specyfikacji czego nie uczynił. Obecnie zatem nie może powoływać się na rzekomo niejasne zapisy. Wykonawca składając ofertę winien dochować zgodności jej treści z SIWZ pod rygorem jej odrzucenia na podstawie z art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp. Należy bowiem mieć na względzie, iż to Zamawiający zgodnie z KC określił sposób rozliczenia robót budowlanych. Wynagrodzenie za realizację przedmiotu zamówienia ma charakter kosztorysowy i stanowić będzie zgodnie z załącznikiem nr 2 i załącznikiem nr 10 do SIWZ sumę iloczynów cen jednostkowych brutto danego asortymentu robót oraz ilość jednostek wykonanych. Zamawiający w tej kwestii nie pozostawił jakichkolwiek niejasności lub też dowolności. Zatem określenie przez Wykonawcę ceny jednostkowej danego asortymentu robót zgodnie z zapisami zawartymi w SIWZ jest warunkiem koniecznym do stwierdzenia zgodności oferty z treścią SIWZ. We wzorze umowy stanowiącym załącznik nr 10 SIWZ w § 4 pkt 2 dopuszczono zmianę ilościową poszczególnych asortymentów robót. Określenie ceny jednostkowej zgodnie ze SIWZ ma zatem fundamentalne znaczenie w świetle dopuszczonych zmian w ilości wykonanych jednostek danego asortymentu robót i rozliczenia wykonanych robót oraz ustalenia wysokości wynagrodzenia Wykonawcy.

Zamawiający na etapie całego postępowania przetargowego nie miał informacji od Wykonawców, aby sposób określenia cen jednostkowych poszczególnych asortymentów robót budził wątpliwości lub też był niejasny. Zamawiający nie widzi uzasadnionej obiektywnej przyczyny, dla której Wykonawca dokonał odstępstwa od podanego w SIWZ sposobu określenia ceny jednostkowej dla asortymentu robót ujętych w pozycji nr 1, nr 27, nr 29 kosztorysu ofertowego. Wykonawca nie podaje na jakiej podstawie prawnej dokonał przeniesienia kosztów. Nie jest również znane Zamawiającemu w jakim celu dokonuje takiego zabiegu, skoro żaden z pozostałych wykonawców nie wykonał takiej czynności. Zamawiający dołożył należytej staranności przy przygotowaniu zamówienia oraz wszystkich czynnościach przetargowych. Zgodnie z art. 31 ustawy Pzp. Wykonawca dysponował szczegółową dokumentacją projektową opisującą dokładnie przedmiot zamówienia jak i trybem oraz sposobem przygotowania poszczególnych elementów oferty do prawidłowego wyliczenia ceny. W tym stanie rzeczy na podstawie art.89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp należało odrzucić ofertę wykonawcy jako niezgodną z SIWZ.

Wobec powyższego, wnoszono o oddalenie odwołania w całości.

Na rozprawie strony podtrzymały stanowiska wyrażone pisemnie.

**Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ, odpowiedzi na pytania wykonawców dotyczące treści SIWZ wraz z załącznikami do niej, ofert złożonych w postępowaniu, stanowisk i oświadczeń stron oraz uczestnika postępowania, zaprezentowanych pisemnie i w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:**

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, skierowała odwołanie na rozprawę.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp. Interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia mógłby doznać uszczerbku w przypadku potwierdzenia się naruszenia przez Zamawiającego wskazanych przepisów ustawy Pzp. Izba zważyła, że oferta złożona przez Odwołującego byłaby wtedy ofertą z najniższą ceną. Nieprawidłowe dokonanie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty Odwołującego a także nierówne traktowanie wykonawców w postępowaniu i ewentualne stwierdzenie naruszenia przepisów ustawy Pzp pozbawia Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wykonywania zamówienia. Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, że do postępowania odwoławczego przystąpił skutecznie po stronie Zamawiającego wykonawca Strabag Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie.

**Izba ustaliła następujący stan faktyczny w postępowaniu:**

Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego w procedurze właściwej dla zamówień o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Wykonawca odwołujący złożył najkorzystniejszą cenowo ofertę .

W Załączniku nr 2 do SIWZ Zamawiający określili zamieścić Instrukcję sposobu obliczenia ceny oferty. Wskazano, że:

1. Wynagrodzenie Wykonawcy będzie miało charakter kosztorysowy. Zostanie ustalone jako suma iloczynów ceny jednostkowej brutto (zgodnie z wycenionym załącznikiem nr 12 – kosztorys ofertowy) danego asortymentu robót oraz ilości jednostek wykonanych, potwierdzonych przez przedstawiciela Zamawiającego.
2. W skład ceny jednostkowej wchodzić będą wymienione składniki:
  - 1) opracowanie i uzgodnienie tymczasowej organizacji ruchu i zabezpieczenia terenu robót, w tym organizacji ruchu na objazdach,
  - 2) oznakowanie i utrzymanie oznakowania oraz zabezpieczenia robót w trakcie trwania organizacji ruchu,

- 3) wykonanie robót budowlanych i towarzyszących w zakresie wynikającym z dokumentacji budowlanej i projektów wykonawczych w zakresie adekwatnym do danego asortymentu robót,
- 4) wykonanie dokumentacji geodezyjnej powykonawczej,
- 5) wykonanie badań i sprawdzeń, w tym laboratoryjnych wynikających ze szczegółowych specyfikacji technicznych.

W opisie przedmiotu zamówienia Zamawiający określił, że szczegółowy opis oraz zakres przedmiotu zamówienia określają projekt wykonawczy (część opisowa i rysunkowa); Specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót; przedmiar robót – stanowiący załącznik nr 11 do SIWZ, będące załącznikami oraz integralną częścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Zamawiający dopuścił możliwość wystąpienia w trakcie realizacji przedmiotu umowy konieczności wykonania robót zamiennych w stosunku do przewidzianych dokumentacją, w sytuacji, gdy wykonanie tych robót będzie korzystniejsze dla Zamawiającego, z punktu widzenia eksploatacji i konserwacji przedmiotu zamówienia oraz parametrów technicznych. Dokonanie powyższych zmian nie mogło spowodować zwiększenia wynagrodzenia. Ustalone na podstawie oferty wynagrodzenie może zostać zmienione w ostatecznym rozliczeniu o kwotę wynikającą z ewentualnej różnicy między ilością robót określoną przedmiarem robót planowanych do wykonania a rzeczywistymi ilościami wynikającymi z obmiaru robót wykonanych.

Kryterium oceny ofert określono jako cena oferowana brutto – waga 100%.

W dniu 25 marca 2013 roku Zamawiający wezwał wykonawcę Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny i elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Wykonawca w wyjaśnieniach z dnia 27 marca 2013 roku wskazał, że przeniósł część kosztów wykonania pozycji nr 27 i 29 do pozycji nr 1 kosztorysu. Poinformował, że w pozycji Ne 1 uwzględniono też pozostałe koszty wynikające z wykonania pozycji nr 27 i 29, tj. koszty ogólne związane z wykonaniem i utrzymaniem zaplecza, koszty zapewnienia kadry, marżę i koszty zarządu.

W dniu 9 kwietnia 2013 roku Zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej i odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W piśmie Zamawiający podał szczegółowe uzasadnienie merytoryczne odrzucenia, które odpowiada treści odpowiedzi na odwołanie.

**Izba zważyła, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.**

W przedmiotowym postępowaniu odwoławczym osi ą sporu pomi ędzy stronami jest odmienna ocena, czy w realiach rozpoznawanej sprawy Zamawiający był uprawniony do odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Dokonując oceny przedmiotowego zarzutu, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, Izba uznała, że Zamawiający prawidłowo odrzucił ofertę wykonawcy wnoszącego odwołanie nie naruszając reguł określonych w przywołanym ustawie Pzp.

Co do uwag ogólnych, to zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3. Natomiast stosownie do przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp Zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty – niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, stanowiąca przesłankę odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zachodzi wówczas, gdy zawartość merytoryczna oferty nie odpowiada między innymi pod względem przedmiotu zamówienia lub sposobu jego wykonania wymaganiom zawartym w SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 ustawy Pzp.

Dostrzeżenia wymaga, że podstawowym dokumentem w postępowaniu o zamówienie publiczne jest SIWZ wraz z załącznikami. To na podstawie zapisów tego dokumentu wykonawcy przygotowują składne następnie oferty. SIWZ i ogłoszenie o zamówieniu powinny określać szczegółowy sposób i wskazywać według jakich kryteriów oceniana będzie merytoryczna treść oferty. Są to dokumenty wiążące dla wykonawców, dlatego też powinny one być precyzyjne i czytelne, a postanowienia tych dokumentów nie mogą stwarzać wykonawcom problemu z ich rozumieniem. Dokumenty te wiążą również drugą ze stron postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. Zamawiającego, który dokonując procesu badania i oceny ofert winien w pierwszej kolejności kierować się literalnym brzmieniem SIWZ oraz ogłoszenia, a także zasadą równego traktowania wykonawców, a więc do oceny każdej złożonej w postępowaniu oferty, zarówno w zakresie podmiotowym, jak też przedmiotowym, przyjąć jednakowe kryteria oceny wynikające z SIWZ. Wykonawcy nie mogą pozostawać w niepewności co do kryteriów, jakimi będzie kierował się Zamawiający przy ocenie złożonych ofert. Uznać zatem trzeba, że to Zamawiający wyznacza granice oceny ofert, a także zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia i podczas dokonywania czynności oceny granic tych nie może przekroczyć. Niedopuszczalna jest wobec tego ocena oparta o intencje Zamawiającego nie wyrażone wprost w SIWZ i ogłoszeniu o zamówieniu.

Przenosząc powyższe na grunt rozpatrywanej sprawy, dostrzeżenia wymaga, iż w niniejszym postępowaniu Zamawiający w SIWZ i jej załącznikach w sposób jasny

i precyzyjny określił po pierwsze jakiego rodzaju dokumenty są przez niego wymagane na etapie składania oferty, na podstawie jakich dokumentów obywatela będzie się ocena merytoryczna treści oferty oraz szczegółowo określił przedmiot zamówienia opisany za pomocą projektu wykonawczego (części opisowej i rysunkowej); Specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót i przedmiarów robót. Określono również szczegółowo sposób obliczenia ceny jednostkowej danego asortymentu robót, przez wymienienie jakiego rodzaju elementy muszą być ujęte przy obliczaniu ceny w zakresie w jakim przedmiar robót odwoływał się do STWiOR, gdzie szczegółowo określono składowe ceny jednostki obmiarowej dla danego asortymentu robót. Abstrahując od dyskusji toczącej się między Zamawiającym a Odwołującym, czy katalog ten był katalogiem otwartym czy zamkniętym, to zauważyć należy, iż ważniejsze jest odczytanie zasady, według której w skład każdej ceny jednostkowej wchodzić miały przynajmniej wymienione przez Zamawiającego składniki.

W zakresie zarzutu nieprawidłowego odrzucenia oferty Odwołującego ponad wszelką wątpliwość stwierdzić należy, iż ze złożonej oferty, wynika, że wykonawca Odwołujący poinformował, że w pozycji nr 1 kosztorysu ofertowego ujął część kosztów wynikającą z pozycji nr 27, 29 kosztorysu, przynajmniej w zakresie zakupu materiałów oraz koszty ogólne.

W ocenie Izby decydujące znaczenie w sporze między Stronami ma zapis pkt 2 ppkt 3 Instrukcji sposób obliczenia ceny, gdzie nakazano, aby wykonawca ustalając cenę jednostkową jako składnik tej ceny ujął wykonanie robót budowlanych i towarzyszących w zakresie wynikającym z dokumentacji projektowej i projektów wykonawczych w zakresie adekwatnym do danego asortymentu. Słusznie zauważył Zamawiający, iż przedmiar robót stanowi tylko zestawienie ilościowe poszczególnych asortymentów robót, natomiast szczegółowe określenie tego asortymentu (innymi słowy – określenie wszystkich czynności niezbędnych do wykonania danej pozycji przedmiarowej) zawierają specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót. Są one więc katalogiem czynności, a nie katalogiem kosztów, za wykonanie których wykonawca powinien wskazać określoną cenę jednostkową. Wykonawca winien więc być ująć w danej pozycji przedmiarowej przynajmniej te elementy wymieniane w STWiOR. O ile dyskutować można, czy dokonując wyceny dopuszczalne było ujęcie kosztów nie wymienianych bezpośrednio w STWiOR (np. innych kosztów składających się na koszty ogólne) ale niezbędnych do wykonania danego asortymentu robót, to w ocenie składu orzekającego niedopuszczalne było przenoszenie kosztów niezbędnych do wykonania danej pozycji przedmiarowej (np. kosztu zakupu materiałów) do innej pozycji przedmiarowej dotyczącej zupełnie innego asortymentu robót. Wystąpienie pewnego rodzaju kosztów zawsze wiąże się z faktem wykonywania pewnego rodzaju robót dla danego asortymentu. Niezrozumiały jest więc działanie Odwołującego, który w złożonych wyjaśnieniach podał, że koszty zakupu materiałów niezbędnych do wykonania prac ujętych

w pozycjach 27 i 29 kosztorysu ofertowego przeniósł do pozycji 1 kosztorysu ofertowego dotyczącej wykonywania prac pomiarowych. Jeżeli uznać za dopuszczalne można byłoby ujęcie w pozycji 1 kosztów ogólnych, lub też rozdzielenie tych kosztów ogólnych proporcjonalnie na każdą z pozycji przedmiaru (ponieważ dotyczą one wszystkich robót), to za niedopuszczalne (biorąc pod uwagę zapisy SIWZ w tym konkretnym postępowaniu) trzeba uznać przenoszenie kosztów koniecznych do wykonania dla określonego rodzaju robót do pozycji nie związanej z tym rodzajem robót. W postępowaniu nie zastosowano bowiem zasady dopuszczalnej przy wynagrodzeniu kosztorysowym, że skutkiem niewycenienia pewnych pozycji (lub elementów takiej pozycji) ujętych w przedmiarze będzie uznanie, że wyceniono je w ramach innych pozycji.

Przyjęty w postępowaniu sposób rozliczania zadania określony jako wynagrodzenie kosztorysowe determinował sposób wyceny i zakres prac objętych przedmiotem zamówienia. Cena poszczególnych jednostek przedmiarowych miała istotne znaczenie dla przedmiotowego zamówienia na etapie jego realizacji, zatem określenie przez Wykonawcę ceny jednostkowej danego asortymentu robót zgodnie z zapisami zawartymi w SIWZ było warunkiem koniecznym do stwierdzenia zgodności oferty z treścią SIWZ.

Jeżeli zatem wykonawca nie zastosował się do postanowień SIWZ i nie uwzględnił jej brzmienia w kosztorysie ofertowym składanym z ofertą, uznać należało, że treść oferty nie odpowiada treści SIWZ. Faktu powyższego nie zmienia złożenie dodatkowego oświadczenia do oferty, w swej treści wskazującego na zaakceptowanie wymagań Zamawiającego, w szczególności w SIWZ oraz oświadczenia, że wykonawca zrealizuje zadanie objęte przedmiotem zamówienia.

Nie istnieje także możliwość poprawienia oferty Odwołującego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Ocena prawidłowości wykonania przedmiotu zamówienia i przedmiotu oferty odbywała się jedynie na podstawie kosztorysu ofertowego. Skoro zaś w kosztorysie tym wykonawca zastosował metodę kalkulacji niedopuszczoną postanowieniami SIWZ, a Zamawiający z innych dokumentów oferty nie mógł poznać informacji czy sytuacja ta jest wynikiem błędu wykonawcy, czy też świadomym działaniem wykonawcy, sam nie miał możliwości dokonania poprawy i zakwalifikowania treści oferty jako innej, nieistotnej omyłki nie wpływającej na treść oferty. Zgodzić należy się z Odwołującym, że orzecznictwo dopuszcza możliwość wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień i po ich złożeniu dokonanie stosownych „poprawek” w treści oferty z uwzględnieniem oświadczeń wykonawcy. Warto jednakże zauważyć, jak słusznie podniósł na rozprawie Zamawiający, że wykonawca w złożonych wyjaśnieniach poinformował, że działania jego były celowe, przemyślane. Nie noszą one więc charakteru omyłki. Nawet jeżeli po złożeniu wyjaśnień wykonawca wskazał, w jaki sposób obliczył cenę i teoretycznie możliwe byłoby przeniesienie

ceny za materiały z pozycji nr 1 kosztorysu odpowiednio do pozycji nr 27 i 29 kosztorysu, to działanie takie uznać należy za nieuprawnione, ponieważ stanowiłoby ono zmianę treści oferty wykraczającą poza dopuszczalne sytuacje ingerencji w jej treść. Powyższe zaś jest niedopuszczalne na gruncie Pzp. Decydujące znaczenie miało bowiem ustalenie i określenie w sposób prawidłowy ceny oferty przy uwzględnieniu kosztorysowego sposobu rozliczania w zadaniu, które przesądzało o zgodności lub niezgodności treści oferty z treścią SIWZ. Nie można zgodzić się z twierdzeniem, że taka zmiana oferty odnosiłaby się do formy i nie spowodowałaby zmiany w sensie merytorycznym zaoferowanego parametru ani jego wartości. To właśnie merytoryczne kwestie wykonywania poszczególnych robót legły u podstaw opisu przedmiotu zamówienia.

Podsumowując, to Zamawiający kształtując treść SIWZ, w tym określając swoje wymagania w zakresie przedmiotu zamówienia i żądanych dokumentów, przesądza o tym, co wchodzi w zakres wymaganej treści oferty. Istotne jest, z punktu widzenia celowości danego postępowania, ujęcie w ofercie wymagań określonych w SIWZ, w odpowiednim zakresie co do wyszczególnienia wszystkich elementów zamówienia, tak aby z kontekstu i całościowej analizy oferty takie informacje można pozyskać, co nie miało miejsca w rozpoznawanym przypadku.

Reasumując, uznano, iż wykonawca Odwołujący nie udowodnił zarzutów podniesionych w odwołaniu. Tym samym skład orzekający Izby uznał, że badanie i ocena poszczególnych ofert w postępowaniu dokonana przez Zamawiającego była prawidłowa, a oferta wykonawcy Odwołującego podlegała odrzuceniu z postępowania. W prowadzonym postępowaniu nie dopatrzono się naruszenia zasady równego traktowania wykonawców lub prowadzenia postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji. W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie oraz orzekła jak w sentencji.

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

**Przewodniczący:**