

Sygn. akt: KIO 2594/11

KIO 2602/11

WYROK

z dnia 19 grudnia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Honorata Łopianowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 grudnia 2011 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 6 grudnia 2011 r. przez wykonawcę Edwarda Chrupka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą ŁAD-BUD Przedsiębiorstwo Inżynieryjno - Budowlane Chrupek Edward;

B. w dniu 7 grudnia 2011 r. przez wykonawcę Energy Investors spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie,

w postępowaniu prowadzonym przez Wojskową Agencję Mieszkaniową Oddział Regionalny w Warszawie,

przy udziale wykonawcy Energy Investors spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie - zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2594/11 - po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. A. oddała odwołanie wykonawcy Energy Investors spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie;

B. uwzględnia odwołanie wykonawcy Edward Chrupek prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą ŁAD-BUD Przedsiębiorstwo Inżynieryjno - Budowlane Chrupek Edward i nakazuje Zamawiającemu: unieważnienie czynności unieważnienia postępowania a także czynności odrzucenia oferty wykonawcy Edward Chrupek prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą ŁAD-BUD Przedsiębiorstwo Inżynieryjno - Budowlane Chrupek Edward, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwudziestu tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołujących Edwarda Chrupka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą ŁAD-BUD

Przedsiębiorstwo Inżynieryjno - Budowlane Chrupek Edward i Energy Investors spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie tytułem wpisów od odwołań, w tym po 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych, zero groszy) od każdego z odwołań;

- 2.2. zasądza od Zamawiającego Wojskowej Agencji Mieszkaniowej Oddział Regionalny w Warszawie kwotę 13.600 zł 00 gr (słownie: trzynastu tysięcy sześćset złotych, zero groszy), na rzecz Edwarda Chrupka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą ŁAD-BUD Przedsiębiorstwo Inżynieryjno - Budowlane Chrupek Edward, stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika;

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 Warszawie.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 2594/11

KIO 2602/11

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „*Modernizację i termomodernizacja budynku internatu przy ulicy Radiowej 22 w Warszawie*”, z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz.U. z 2010, Nr 113, poz. 759 ze zm.) wymaganych przy procedurze, kiedy wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w dniu 27 października 2011 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 355698/11.

Każdy z Odwołujących w dniu 2 grudnia 2011 r. otrzymał od Zamawiającego informację o odrzuceniu oferty oraz unieważnieniu postępowania.

W dniu 6 grudnia 2011 r. Odwołujący Edward Chrupek prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą ŁAD-BUD Przedsiębiorstwo Inżynieryjno - Budowlane Chrupek Edward wniósł odwołanie wobec odrzucenia jego oferty oraz unieważnienia postępowania.

Odwołujący zarzucił naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, w sposób mający istotny wpływ na wynik postępowania.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania unieważnienia czynności unieważnienia postępowania; dokonania unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego; dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący Edward Chrupek prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą ŁAD-BUD Przedsiębiorstwo Inżynieryjno - Budowlane Chrupek Edward argumentuje:

- Zamawiający zawiadomił wykonawców o unieważnieniu postępowania o zamówienie publiczne i odrzuceniu wszystkich ofert bez podania danych personalnych i adresowych wykonawców, określając jedynie poszczególne oferty numerami. Trudno było domyśleć się, którym numerem była oznaczona oferta Odwołującego. Na wezwanie pełnomocnika Odwołującego w dniu 5 grudnia 2011 r. Zamawiający uzupełnił zawiadomienie o zbiorcze zestawienie ofert, w którym te dane są zawarte, co pozwoliło na wniesienie odwołania.
- potwierdzeniem zasadności zarzutów jest treść części XII „Opis sposobu obliczenia ceny” pkt 4 SIWZ, § 1 ust. 2 wzoru umowy, a także pkt 10 formularza ofertowego, odpowiedzi na

pytanie 1 wykonawcy (odpowieź Zamawiającego stanowi część SIWZ) z dnia 7 listopada 2011 r. znak: OW-7720-37-01/11;

- Zamawiający zapomniał, że zobowiązał wykonawców do przestrzegania jedynie wzoru graficznego kosztorysu ofertowego, zaś sam kosztorys wykonawcy mieli sporządzić samodzielnie na podstawie pełnej dokumentacji projektowej. Przedmiar robót jest tylko materiałem pomocniczym. Odwołujący składając podpis na formularzu ofertowym zaakceptował treść wzoru umowy, zobowiązał się do jej zawarcia i jednocześnie oświadczył, że sporządzenie przez niego kosztorysu ofertowego zostało poprzedzone przeprowadzeniem szczegółowej weryfikacji dokumentacji projektowej, z uwagi na co cena ofertowa wyczerpująco uwzględnia wykonanie wszelkich obowiązków wykonawcy wynikających z niniejszej umowy. Pominięcie w kosztorysie ofertowym jakichkolwiek robót ujętych w przedmiarze i wynikających z dokumentacji przetargowej, nie zwalnia Odwołującego z obowiązku ich wykonania bez prawa do żądania dodatkowego wynagrodzenia. Odwołujący składając podpis na formularzu ofertowym złożył oświadczenie, że wycena przedmiotu umowy uwzględnia wszystkie uwarunkowania oraz czynniki związane z realizacją zamówienia i obejmuje cały zakres rzeczowy zamówienia - jest kompletna. Cena oferty obejmuje cały zakres rzeczowy zamówienia zgodnie z dokumentacją przetargową, i wykonawca wykona cały zakres rzeczowy zamówienia za tę cenę. Rozbieżności między treścią kosztorysu ofertowego Odwołującego, a nieuzasadnionymi oczekiwaniami Zamawiającego powstały z powodu różnego podejścia Zamawiającego i Odwołującego do ujmowania poszczególnych kosztów w kosztorysie. Odwołujący ujął wszystkie koszty w pozycjach kosztorysowych zachowując przy tym dozwoloną przez Zamawiającego samodzielność. Zamawiający odrzucając ofertę Odwołującego, której treść jest zgodna z SIWZ, naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

- Zamawiający naruszył także art. 93 ust. 1 pkt 1 Ustawy, bowiem unieważnił postępowanie, w sytuacji, gdy przynajmniej oferta Odwołującego nie podlegała odrzuceniu.

W dniu 7 grudnia 2011 r. Odwołujący Energy Investors spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie wniósł odwołanie wobec odrzucenia oferty tego wykonawcy.

Odwołujący Energy Investors spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie zarzucił naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy - poprzez jego zastosowanie, w sytuacji, w której oferta odwołującego odpowiadała treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ewentualnie
- 2) art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy - poprzez jego niezastosowanie i niepoprawienie przez Zamawiającego innej omyłki polegającej na niezgodności oferty odwołującego ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty;

3) art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy - poprzez jego zastosowanie, w sytuacji, gdy oferta odwołującego nie podlegała odrzuceniu i winna zostać wybrana jako najkorzystniejsza.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego;
- 2) unieważnienia czynności unieważnienia postępowania;
ewentualnie
- 3) dokonania poprawy oferty odwołującego przez ustalenie i uzupełnienie cen jednostkowych kosztorysu ofertowego Odwołującego;
- 4) ponownego badania i oceny oferty.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podał:

- analizując kosztorys ofertowy złożony przez odwołującego wraz z ofertą, ocenić należy, że faktycznie w poz. 88 brak jest krotności „19”, przy czym analizując przedmiar robót, dojść należy do przekonania, że nie ujęcie w kosztorysie ofertowym w poz. 88 krotności „19” było prawidłowe, gdyż przedmiar robót nie zawierał krotności „19” dla wywozu gruzu. Zawarcie przez odwołującego w poz. 88 krotności „19” stanowiłoby zmianę pozycji kosztorysu w stosunku do przedmiaru, co jest niedopuszczalne, gdyż stanowiłoby o niezgodności oferty ze SIWZ. Ponadto, dokonanie takiej zmiany było niedopuszczalne i niemożliwe ze względu na pismo z dnia 9 listopada 2011r., w którym to piśmie, w odpowiedzi nr 1 zamawiający oświadczył, że nie dopuszcza żadnych zmian w kosztorysach ofertowych.

- w odpowiedzi nr 2 w tym piśmie, Zamawiający oświadczył, że w poz. 6 nie podano omyłkowo krotności „19”, nie wspominając o poz. 88, chociaż pozycje te były analogiczne. Odwołujący i pozostali wykonawcy zawarli w poz. 6 krotność „19”, gdyż takiej poprawy oczekiwał Zamawiający, a poz. 88 pozostawili bez zmian wobec zakazu ich dokonywania.

- Przyjęcie w poz. 258 ilości 287 szt. jest jak najbardziej prawidłowe i zgodne z dokumentacją projektową. Zgodnie z treścią odpowiedzi Zamawiającego z dnia 7 listopada 2011 r.: *„W kosztorysie ofertowym należy przyjąć nawiewniki higrosterowalne zamontowane wyłącznie w górnej części okna. Dotyczy okien 01, 03, 04”*. Wobec takiej odpowiedzi, zadaniem wykonawców było korzystając z dokumentacji projektowej wyliczenie, jaka jest ilość okien 01, 03 i 04, a następnie odjęcie takiej ilości nawiewników (dolnych), z których zamawiający zrezygnował. Zgodnie z przedmiarem robót, ogólna ilość okien do wyceny w kosztorysie ofertowym wynosiła 380 szt. Z dokumentacji projektowej wynika, że okien 01 jest 85 szt, okien 03 jest 6 szt, a okien 04 są 2 szt. Od liczby 380 należało odjąć liczbę 93, co daje różnicę 287 szt. Taką też liczbę nawiewników przyjął Odwołujący w kosztorysie ofertowym, co zgodne było z wymaganiami Zamawiającego.

- Odwołujący analizując podstawy odrzucenia oferty dostrzegł błąd w przedmiarze robót, gdyż w przedmiarze winna być liczba okien równa 375, a nie jak wskazał Zamawiający

w przedmiarze robót 380. Zatem odjęcie od liczby 375 liczby 93, daje różnicę 282 szt, a więc taką, jakiej oczekiwał Zamawiający. Był to błąd Zamawiającego, a odwołujący nie był uprawniony do dokonywania jakichkolwiek zmian w przedmiarze robót stanowiącym załącznik do SIWZ.

- Założenie o braku informacji o kosztach dzierżawy terenu oraz zajęcia pasa drogowego jest mylne, gdyż z oferty Odwołującego (str. 52) wynika precyzyjnie i jednoznacznie, że w kosztorysie w kosztach ogólnych ujęto koszt - opłatę za dzierżawę terenu pod zaplecze socjalno - magazynowe oraz koszt opłaty za dzierżawę terenu przy docieplaniu budynku pod rusztowania - zajęcie pasa drogowego w ZDM.

- w przypadku uznania, że kosztorys ofertowy odwołującego zawiera jednak błędy, czemu Odwołujący się sprzeciwia, uznać należy, że Zamawiający zobowiązany był do ich poprawienia na podstawie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Wystąpienie ewentualnej omyłki wynikało z tego, że przedmiar zawierał sprzeczności - sprzeczne ze sobą były poz. 88 i 6, które były analogiczne, co potwierdza KNR 4-04 1101-05 - Transport gruzu z terenu rozbiórki przy ręcznym załadunku i wyładunku samochodem ciężarowym. W pozycji 6 Zamawiający jednak oczekiwał zastosowania krotności „19”, podczas gdy w analogicznej pozycji 88 owej krotności Zamawiający nie wymagał. Omyłka nie musi być spowodowana działaniem wykonawcy, a może być zawiniona przez Zamawiającego - co potwierdza Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 22 marca 2010r., w spr. o sygn. akt KIO/UZP 210/10 (LEX nr 576641).

Zamawiający winien w poz. 88 zastosować krotność „19”, co przy uwzględnieniu określonej przez Odwołującego ceny jednostkowej 3,16zł/m³, polegałoby na jej przemnożeniu przez 19, lub wziąć dane z poz. 6, która to pozycja była analogiczna do poz. 88, co potwierdza oznaczenie KNR 4-04 1101-05. Zamawiający miał wszystkie niezbędne dane, tj. cenę jednostkową i krotność, co czyniło dokonanie zmiany prostą kalkulacją nie wymagającą żadnych dodatkowych danych.

- co do poz. 258, przy założeniu, że prawidłowa ilość nawietrzników winna wynosić 282 szt, Zamawiający mógł dokonać poprawienia tej pozycji kosztorysowej. Znana była bowiem Zamawiającemu cena jednostkowa, wynosząca 119,61. Odwołujący mnożąc tę cenę razy przyjęte 287 szt otrzymał wartość 34.328,07zł. Zamawiający winien zatem przemnożyć jednostkę cenową w wysokości 119,61 razy 282 szt i otrzymałby wartość 33.730,02zł. Zamawiający także i w zakresie poz. 258 miał wszystkie niezbędne dane, tj. cenę jednostkową i ilość nawiewników.

- Poprawa omyłki nie spowodowałaby istotnych zmian w treści oferty. Kosztorys ofertowy Odwołującego zawiera wszystkie wymagane przez Zamawiającego pozycje, a ewentualne omyłki dotyczą niewielkich rozbieżności w dwóch jego pozycjach. Gdyby doszło do sytuacji,

że kosztorys ofertowy nie zawierałby wszystkich pozycji, to można by ocenić, choć też nie w sposób automatyczny, że dodanie jakichś pozycji i dokonanie ich wyceny będzie stanowiło istotną zmianę ofert. W niniejszej sprawie zmiana dotyczyłaby zastosowania jedynie krotności wartości wyrażonej w poz. 88, a więc elementu skalkulowanego przez odwołującego. Ten argument aktualny jest także w odniesieniu do poz. 258, w której zmiana polegałaby na odjęciu 5 szt nawiewników. Zmiany oferty byłyby wręcz kosmetyczne, a zatem w żadnym razie nie doszłoby do istotnej zmiany treści oferty.

Po stronie Zamawiającego do postępowania odwoławczego przystąpił wykonawca Energy Investors spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie – po stronie Zamawiającego (w sprawie o sygn. akt KIO 2594), wykazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego. W przystąpieniu postawiona została teza o niewykazaniu przez Edwarda Chrupka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą ŁAD-BUD Przedsiębiorstwo Inżynieryjno - Budowlane Chrupek Edward interesu w uzyskaniu zamówienia, a jedynie interesu we wniesieniu odwołania. Przystępujący w przystąpieniu zawarł także argumentację, na podstawie której, w jego ocenie oferta Edwarda Chrupka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą ŁAD-BUD Przedsiębiorstwo Inżynieryjno - Budowlane Chrupek Edward powinna podlegać odrzuceniu z przyczyn wskazanych przez Zamawiającego, bowiem odwołanie nie zawiera wystarczającego uzasadnienia podniesionych zarzutów, pomija też kwestię zasadności odrzucenia oferty wykonawcy z powodu braku w ofercie informacji kosztów dzierżawy terenu i zajęcia pasa drogowego.

Zamawiający nie złożył odpowiedzi na odwołanie; na rozprawie wnosił o oddalenie każdego z odwołań.

Krajowa Izba Odwoławcza następujący stan faktyczny:

Zamawiający w prowadzonym postępowaniu zawarł w specyfikacji istotnych warunków zamówienia następujące postanowienia dotyczące obliczenia ceny oraz obowiązku złożenia kosztorysów:

„Część XII. Opis sposobu obliczenia ceny.

1. Cena ofertowa za wykonanie zamówienia podana w ofercie musi być ceną brutto (razem z podatkiem VAT). Cena ofertowa brutto za wykonanie zamówienia winna uwzględniać wszystkie koszty związane z wykonaniem zamówienia, w tym cła, podatki i inne opłaty. Wykonawcy zobowiązani są do bardzo starannego zapoznania się z przedmiotem zamówienia, warunkami wykonania i wszystkimi czynnikami mogącymi mieć wpływ na cenę ofertową brutto za wykonanie zamówienia.

(...)

3. Wykonawca zobowiązany jest skalkulować cenę ofertową brutto za wykonanie zamówienia tak, aby obejmowała wszystkie koszty i składniki związane z wykonaniem zamówienia oraz warunki stawiane przez Zamawiającego.

4. Wykonawca podaje cenę ofertową brutto za wykonania zamówienia zgodnie z Formularzem oferty, z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku. Należy sporządzić kosztorysy ofertowe metodą uproszczoną, wg poniższego wzoru dla każdego z przedmiarów robót oraz sporządzić zestawienie kosztów wszystkich robót.

Lp.	Podstawa Wyceny wg. Przyjętej systematyki lub katalogu	Wyszczególnienie elementów rozliczeniowych	Jednostka miary	Ilość	Cena jednostkowa	Wartość
1.	2.	3.	4.	5.	6.	7.
CPV						

5. Do kosztorysu ofertowego należy dołączyć informacje na temat stawek kalkulacyjnych przyjętych do opracowania kosztorysu ofertowego:

Stawka r-g Koszty ogólne Zysk”

We wzorze umowy, stanowiącym załącznik do specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający zawarł następujące postanowienia dotyczące rozliczeń:

„§ 1. Zakres umowy.

(...)

3. Wykonawca oświadcza, że zapoznał się z terenem budowy oraz dokumentacją projektową i uznaje ją za wystarczającą podstawę do wykonania przedmiotu umowy.

4. Szczegółowy zakres robót przedstawiają:

- 1) dokumentacja projektowa oraz STWiOR - załącznik nr 1,
- 2) oferta wykonawcy - załącznik nr 2,
- 3) specyfikacja istotnych warunków zamówienia - załącznik nr 3.

5. Wykonawca oświadcza, że sporządzenie przez niego kosztorysu ofertowego zostało poprzedzone przeprowadzeniem szczegółowej weryfikacji otrzymanej od Zamawiającego dokumentacji projektowej, z uwagi na co cena ofertowa wyczerpująco uwzględnia wykonanie wszelkich obowiązków Wykonawcy wynikających z niniejszej umowy. W związku z powyższym, pominięcie w kosztorysie ofertowym jakichkolwiek robót ujętych w przedmiarze i wynikających z dokumentacji przetargowej, nie zwalnia Wykonawcy z obowiązku ich wykonania bez prawa do żądania dodatkowego wynagrodzenia.”;

„§ 4. Wynagrodzenie.

1. Wynagrodzenie umowne za wykonanie przedmiotu umowy ustala się na podstawie oferty Wykonawcy na kwotę nie wyższą niż zł netto zł brutto.

Słownie: /100zł.

2. Strony ustalają, że za wykonanie przedmiotu zamówienia Zamawiający zapłaci wynagrodzenie na podstawie kosztorysu powykonawczego tj. cen jednostkowych ujętych w poszczególnych pozycjach kosztorysu ofertowego oraz ilości rzeczywiście wykonanych i odebranych robót ustalonych na podstawie obmiaru, z zastrzeżeniem § 4 ust.1.

(...)

10. Wykonawcy nie przysługuje prawo dochodzenia zmiany wynagrodzenia, zwłaszcza jeśli zmiana ta wynikałaby z niestaranego obliczenia cen jednostkowych oferty

(...)

14. Zamawiający ma prawo do dokonywania niezbędnych zmian dokumentacji projektowej w trakcie procesu inwestycyjnego, a Wykonawca ma obowiązek podjęcia i wykonania prac wynikających z tych zmian, po wcześniejszym pisemnym uzgodnieniu z Zamawiającym wynagrodzenia za ich wykonanie.

15. Wykonawcy nie przysługuje prawo do otrzymania wynagrodzenia za roboty nie wykonane w trakcie umowy oraz w przypadku, gdy zmiana dokumentacji projektowej spowoduje konieczność zaniechania części robót przewidzianych w kosztorysie ofertowym”.

W odpowiedzi z dnia 7 listopada 2011 r. znak: OW-7720-37-01/11 na pytanie 1 dotyczące specyfikacji istotnych warunków zamówienia, Zamawiający podał: „Krotność „54” figurująca w przedmiarze robót, wynika z przyjętej metody wykonania tegoż przedmiaru oraz ilości pomieszczeń, których dotyczą poszczególne pozycje. Każdorazowo, w przypadku pozycji, w której opisana jest krotność, należy przez tę krotność przemnożyć. Przykład w poz. 8 - 22,15 m² x 54. Jednocześnie zwracamy uwagę oferentom, że zgodnie z zapisami SIWZ, w tym wzoru umowy, kosztorys ofertowy powinni zrobić samodzielnie na podstawie pełnej dokumentacji projektowej, a przedmiar robót dostarczony przez Biuro Projektów winien być traktowany jedynie jako materiał pomocniczy”.

W odpowiedzi na pytanie 6: „Zgodnie z rysunkiem zestawienia okien z PCV, w oknach 01, 03 i 04 zastosowano nawiewniki w dolnej ramie okien. Od producenta okien uzyskaliśmy informację, iż użycie nawiewników w dolnych ramach okien jest bezpodstawne i powoduje, iż okno nie zachowuje swoich parametrów. W związku z tym, czy dla okien 01, 03 i 04 można zastosować nawiewniki tylko w górnej ramie okna?” Zamawiający odpowiedział: „W kosztorysie ofertowym należy przyjąć nawiewniki higrosterowalne zamontowane wyłącznie w górnej części okna. Dotyczy okien 01, 03, 04”.

W odpowiedziach na pytania wykonawców z dnia 9 listopada 2011 r., Zamawiający na pytanie: „Prosimy o podanie na jaką odległość będzie wywożony gruz (w kosztorysie

określono 2 km np.. poz. 5 i 6 – przedmiar robót budowlanych),” podał: „W przedmiarze robót wykonanym przez Biuro projektowe w poz. 6 nie podano omyłkowo krotności „19” dla wywózki gruzu na odległość 20 km (poz. 5 i 6).”. Jednocześnie Zamawiający podkreślił w odpowiedziach: „Ponadto w kosztorysie ofertowym należy ująć koszt - opłatę za dzierżawę terenu pod zaplecze socjalno – magazynowe oraz koszt opłaty za dzierżawę terenu przy docieplaniu budynku pod rusztowania – zajęcie pasa drogowego w ZDM”.

W postępowaniu oferty złożyło 19 wykonawców. Zamawiający odrzucił wszystkie oferty jako niezgodne ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, upatrując w każdej z ofert niedoskonałości złożonych przez wykonawców kosztorysów. Zamawiający podał wspólne dla wszystkich wykonawców uzasadnienie odrzucenia ich ofert: „Złożone oferty nie odpowiadają treści SIWZ. Wszystkie przedłożone kosztorysy ofertowe zawierają błędy”, po czym w odniesieniu ponumerowanych przez siebie ofert (od 1 do 19), bez podania danych identyfikujących wykonawcę odpowiadającego przypisanemu numerowi, wyspecyfikował dostrzeżone błędy kosztorysów.

W odniesieniu do kosztorysu złożonego przez Edwarda Chrupka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą ŁAD-BUD Przedsiębiorstwo Inżynieryjno - Budowlane Chrupok Edward (oferta opatrzona nr 1) Zamawiający zakwestionował:

„Poz. 88 - brak krotności „ 19” dla wywozu gruzu na odległość 19 km;
Brak informacji o kosztach dzierżawy terenu oraz zajęcia pasa drogowego”

W odniesieniu do kosztorysu złożonego przez Energy Investors spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie (oferta opatrzona nr 15), Zamawiający zakwestionował:

„Poz. 88 - brak krotności „19” dla wywozu gruzu na odległość 19 km
Poz. 258 - pomyłka ilości powinno być 282 szt. a jest 287;
Brak informacji o kosztach dzierżawy terenu oraz zajęcia pasa drogowego”

Wskazywany przez Zamawiającego błąd - Poz. 88 - brak krotności „19” dla wywozu gruzu na odległość 19 km podano dla osiemnastu ofert (wykonawcy ujęci w pozycjach 1 – 18 zawiadomienia o unieważnieniu postępowania), jedynie w kosztorysie złożonym przez 19 wykonawcę Zamawiający nie podał tego błędu. Błąd w postaci niezawarcia w kosztorysie informacji o kosztach dzierżawy terenu oraz zajęcia pasa drogowego podano dla szesnastu ofert (z numerami: 1, 2, 4, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 14, 15, 16, 17, 18, 19). W pozycji 258 kosztorysu szesnastu wykonawców wskazało ilość nieuwzględniającą rezygnacji z dolnych nawiewników, to jest 380 nawiewników.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty wykonawców jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron i uczestnika postępowania, ustalono i zważono, co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem któregokolwiek z odwołań, o których mowa w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Ustalono dalej, że każdy z wykonawców wnoszących odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, gdyż uwzględnienie odwołań w sposób postulowany przez właściwych Odwoływających, zgodnie z podniesionymi przez nich żądaniami podniesionymi skutkować mogłoby uzyskaniem przez Odwoływających możliwości uzyskania przedmiotowych zamówień. Nie podzielono argumentacji wykonawcy Energy Investors spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie – Przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w zakresie odwołania złożonego przez Edwarda Chrupka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą ŁAD-BUD Przedsiębiorstwo Inżynieryjno - Budowlane Chrupek Edward, iż wykonawca ten nie wykazał interesu w uzyskaniu zamówienia. Wbrew twierdzeniu Przystępującego, Edward Chrupek prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą ŁAD-BUD Przedsiębiorstwo Inżynieryjno - Budowlane Chrupek Edward wykazał w odwołaniu przesłankę materialnoprawną, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy, wskazując w odwołaniu, że bezprawne działania Zamawiającego zamknęły Odwoływającemu możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia, bowiem złożył ofertę z najniższą ceną, przy jedynym kryterium oceny ofert w postępowaniu stanowiącym cenę oferty - 100%. Gdyby Zamawiający nie odrzucił jego oferty i unieważnił postępowania o przedmiotowe zamówienie publiczne, to Odwoływający uzyskałby przedmiotowe zamówienie przy powyższym kryterium, bowiem jego oferta uzyskałaby I miejsce w rankingu ofert. Odwoływający został narażony na szkodę w postaci poniesienia kosztów przygotowania i złożenia oferty oraz w postaci utraty możliwości uzyskania kontraktu pozwalającego na prowadzenie działalności z zyskiem. Powyższe wyczerpuje zatem wymagania stawiane w treści art. 179 ust. 1 ustawy.

Przepis art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że uwzględnienie odwołania może mieć miejsce tylko wtedy, gdy zostanie stwierdzone naruszenie przepisów ustawy, które miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Dopatrzone się takich naruszeń w zakresie oceny ofert obu Odwoływających, jednak jedynie w zakresie oferty złożonej przez

wykonawcę Edward Chrupek prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą ŁAD-BUD Przedsiębiorstwo Inżynieryjno - Budowlane Chrupek Edward można stwierdzić wpływ na wynik postępowania, o którym mowa w art. 192 ust. 2 ustawy.

Da uwzględnienia odwołania Energy Investors spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie – w myśl art. 192 ust. 2 ustawy - konieczne jest bowiem, by stwierdzone naruszenie miało wpływ na wynik postępowania, co wymagało potwierdzenia zarzutów tego wykonawcy z jednoczesnym uznaniem bezzasadności zarzutów postawionych w odwołaniu wykonawcy Edward Chrupek prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą ŁAD-BUD Przedsiębiorstwo Inżynieryjno - Budowlane Chrupek Edward, bowiem tylko wtedy odwołanie miałoby wpływ na sytuację Odwołującego. Odwołanie stanowi środek ochrony prawnej, zmierzający nie do uzyskania stanu ogólnej zgodności z prawem działań zamawiającego, ale ukierunkowany na zmianę sytuacji wykonawcy, który z tego środka korzysta. Zatem w przypadku Odwołującego Energy Investors spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, uwzględnienie odwołania wymagałoby niepotwierdzenia zarzutów stawianych w odwołaniu wykonawcy Edward Chrupek prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą ŁAD-BUD Przedsiębiorstwo Inżynieryjno - Budowlane Chrupek Edward, skoro ten wykonawca wyprzedza Odwołującego według dokonanej oceny ofert w ramach jedynego kryterium stanowiącego cenę za wykonanie zamówienia. Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 8 listopada 2011 r. w spr. KIO 2287/11 i 2339/11, *„poprzez wynik postępowania, w kontekście art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, należy rozumieć możliwość uznania danej oferty za najkorzystniejszą. Wszakże celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest zawarcie umowy, którego bezpośrednim następstwem jest wybór oferty najkorzystniejszej, stanowiącym jednocześnie wynik tego postępowania.”* Stąd odwołanie Energy Investors spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, mimo potwierdzenia zarzutów kierowanych wobec dokonanej przez Zamawiającego oceny oferty tego wykonawcy, podlegało oddaleniu. W wyniku rozpatrzenia obu odwołań i uznania zarzutów – w znaczącej mierze wspólnych obu wykonawcom – oferta wykonawcy Edward Chrupek prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą ŁAD-BUD Przedsiębiorstwo Inżynieryjno - Budowlane Chrupek Edward pozostaje korzystniejszą od oferty złożonej przez Energy Investors spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie.

I tak, uzasadniając dokonane rozstrzygnięcie, w zakresie podniesionych w każdym z odwołań zarzutów uwzględniono okoliczności, że znaczenie w przedmiotowym postępowaniu kosztorysu składanego przez wykonawców nie jest bezwzględne a jego zawartość równoznaczna oświadczeniu wykonawcy o zamiarze wykonania zamówienia zgodnie lub wbrew postanowieniom specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Taki

charakter tego kosztorysu wynika wyraźnie z postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz wzoru umowy.

W przedmiotowym postępowaniu, nie ulega wątpliwości, że zamawiający zawarł wymaganie, by wszystkie prace wykonane były zgodnie ze wskazaniami zawartymi w dokumentacji projektowej. Oferty wykonawców ubiegających się o przedmiotowe zamówienie musiały uwzględniać w kalkulacji ceny, założeniach rzeczowo – ilościowych materiałów i prac przyjętych do obliczenia ceny wykonanie wszystkich wynikających z dokumentacji projektowej robót. Powyższego nie kwestionowali także obaj Odwołujący, uznając się za związanych załączoną do specyfikacji istotnych warunków zamówienia dokumentacją projektową i wykazując, że zaoferowano wykonanie zamówienia w sposób zgodny z tą dokumentacją oraz wszystkimi wymaganiami postawionymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający, w brzmieniu skonstruowanej przez siebie specyfikacji istotnych warunków zamówienia zastrzegł relatywnie szeroki zakres swobody w prezentacji przez wykonawców wykonania zamówienia, wymagając z jednej strony przedłożenia w tym celu kosztorysu sporządzanego metodą uproszczoną obejmującego wszystkie prace składające się na wykonanie zamówienia, z drugiej zaś wyraźnie wskazując, że nieujęcie w kosztorysie ofertowym jakichkolwiek robót ujętych w przedmiarze i wynikających z dokumentacji przetargowej, nie zwalnia Wykonawcy z obowiązku ich wykonania bez prawa do żądania dodatkowego wynagrodzenia. Potwierdza to także wymaganie złożenia przez wykonawców oświadczenia w formularzu ofertowym, z którego wynika, że wycena przedmiotu umowy uwzględnia wszystkie uwarunkowania oraz czynniki związane z realizacją zamówienia i obejmuje cały zakres rzeczowy zamówienia - jest kompletna.

Podkreślenia w tym miejscu wymagało, że roboty budowlane, będące przedmiotem niniejszego zamówienia, zamawiający opisał za pomocą dokumentacji projektowej oraz przedmiarów i specyfikacji technicznych (załączonych do SIWZ).

Stwierdzić należy, że wymagany w postępowaniu kosztorys, stanowi opracowanie wtórne wobec projektu i specyfikacji technicznych a także przedmiaru i to nie on determinuje zakres prac objętych przedmiotem zamówienia. W myśl § 1 ust. 4 wzoru umowy, szczegółowy zakres robót wynika z dokumentacji projektowej oraz STWiOR, oferty wykonawcy, specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Dodatkowo, § 1 ust. 5 wzoru umowy przewiduje, iż cena ofertowa wyczerpująco uwzględnia wykonanie wszelkich obowiązków Wykonawcy wynikających z umowy, a pominięcie w kosztorysie ofertowym jakichkolwiek robót ujętych w przedmiarze i wynikających z dokumentacji przetargowej, nie zwalnia Wykonawcy z obowiązku ich wykonania bez prawa do żądania dodatkowego wynagrodzenia. Nie sposób także pominąć, że i sam Zamawiający przypisał kosztorysowi

wykonawców znaczenie elastyczne, dopuszczające względnie duży stopień swobody w zakresie ujęcia poszczególnych kosztów, ich agregowania, skoro miał on być opracowany na podstawie przedmiaru, ten zaś nie był sztywny i nie dopuszczający odstępstw – jak wskazał Zamawiający w odpowiedzi na zadane pytania (odpowiedzi na pytania wykonawców z dnia 7 listopada 2011 r.) *”(...) kosztorys ofertowy powinni zrobić samodzielnie na podstawie pełnej dokumentacji projektowej, a przedmiar robót dostarczony przez Biuro Projektów winien być traktowany jedynie jako materiał pomocniczy”*.

Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie postanowił, że ujęcie któregośkolwiek z materiałów lub prac w taki sposób, że nie będzie ono możliwe do zidentyfikowania w kosztorysie (np. poprzez zagregowanie ich w ramach ogólniejszych pozycji) będzie uznane za równoznaczne z oświadczeniem, że te elementy nie są częścią oferty i że zagregowanie ich w innych pozycjach, stanowi o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, co jednocześnie przesądzałoby o niedopuszczalności odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Podkreślenia w tym miejscu wymaga, że przy tak ukształtowanym przez zamawiającego postępowaniu, wykonawcy są obowiązani wykonać przedmiot zamówienia zgodnie z dokumentacją projektową. Powyższe wynika wprost z brzmienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia a także z istoty umowy o roboty budowlane. Zgodnie z treścią art. art. 647 Kc, przez umowę o roboty budowlane wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i z zasadami wiedzy technicznej, a inwestor zobowiązuje się do dokonania wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem robót, w szczególności do przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu, oraz do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia. Natomiast przepis art. 648 Kc stanowi, że umowa o roboty budowlane powinna być stwierdzona pismem, zaś wymagana przez właściwe przepisy dokumentacja stanowi część składową umowy, przy czym, na mocy art. 649 Kc, w razie wątpliwości poczytuje się, iż wykonawca podjął się wszystkich robót objętych projektem stanowiącym część składową umowy. Nie ulega zatem wątpliwości, że wykonawca w analizowanym postępowaniu obowiązany jest wykonać przedmiot zamówienia zgodnie ze stanowiącą załączniki do specyfikacji dokumentacją projektową, a nie załączonym do oferty kosztorysem. Nie bez znaczenia jest, że każdy z Odwołujących nie zaprzeczał intencji wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z dokumentacją stanowiącą załącznik do specyfikacji, w tym także w kwestionowanym przez Zamawiającego zakresie. Powyższe wynika z charakteru kosztorysu, jako dokumentu co do zasady natury kalkulacyjnej, postrzeganego w kategorii dokumentu służącego określeniu kosztów realizacji zadania, a nie opisowi elementów rzeczowo – ilościowych oraz jakościowych wymaganych do wykonania

robót budowlanych. Także w tym postępowaniu, zasadnicze znaczenie kosztorysu sprowadza się do wskazania cen jednostkowych, które następnie będą służyły do ustalenia należnego wykonawcy wynagrodzenia, po przeprowadzeniu obmiarów. W tym zakresie kosztorys złożony przez wykonawcę nie może zastępować zasadniczych dokumentów, w tym przede wszystkim dokumentacji projektowej. O sprzeczności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia można mówić tylko w takim wypadku, gdy wykonawca w złożonej ofercie wprost wyrazi zamiar odstąpienia w zakresie realizacji przedmiotu zamówienia od wymagań opisanych w dokumentacji projektowej, co nie może być utożsamiane z „przemilczeniem” lub pominięciem w kosztorysie pewnych pozycji, szczególnie gdy Zamawiający dopuścił swobodę w zakresie szczegółowej treści tego kosztorysu, nie zamykając wykonawcom możliwości dzielenia, łączenia czy pomijania poszczególnych pozycji (podanych w przedmiarach nakładów, opisów, ilości oraz jednostek a także dodawanie bądź ujmowanie pozycji). Nie zmienia powyższej oceny wynagrodzenie przewidziane w tym postępowaniu jako kosztorysowe.

Przeprowadzone postępowanie wykazało, że każdy z Odwołujących zaoferował wykonanie zamówienia w sposób zgodny ze specyfikacją. I tak:

Wskazane przez Zamawiającego błędy w kosztorysach obu Odwołujących: poz. 88 - brak krotności „19” dla wywozu gruzu na odległość 19 km a także brak informacji o kosztach dzierżawy terenu oraz zajęcia pasa drogowego nie stanowią przeszkody dla uznania ofert ze zgodne ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Niewątpliwym jest, że Zamawiający nie zawarł w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wyraźnego postanowienia, o konieczności uwzględnienia w pozycji 88 krotności 19 jako odpowiadającej odległości od miejsca robót do wysypiska, gdzie ma być wywieziony gruz. Nie ma takiego postanowienia w szczególności w przedmiarze robót, który przecież miał ułatwić wykonawcom oszacowanie rodzaju i ilości przewidywanych do wykonania robót. Zamawiający na rozprawie prezentował stanowisko, iż koszty wywozu gruzu (poz. 88) należało ująć przez analogię do poz. 5 i 6 w ilości odpowiadającej odległości do wysypiska śmieci, które jest oddalone o około 20 km od miejsca robót. Zamawiający także argumentował, nawiązując do udzielonej w dniu 9 grudnia 2011 odpowiedzi na pytanie nr 2, zgodnie z którą „*W przedmiarze robót wykonanym przez Biuro projektowe w poz. 6 nie podano omyłkowo krotności „19” dla wywózki gruzu na odległość 20 km (poz. 5 i 6).*”, że wskazanie, iż obowiązek uwzględnienia krotności 19 wynika również z przykładowego jedynie wskazania w tej odpowiedzi, że dotyczy ona pozycji 5 i 6 i należało w związku z tym tę zasadę zastosować do wszystkich pozycji, gdzie w grę wchodził wywóz gruzu. Powyższa odpowiedź na zadane pytanie, jakkolwiek stanowi o zmianie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (składających się na nią przedmiarów) nie może być traktowana jako wywołująca obowiązek

uwzględnienia odpowiedniej krotności dla poz. 88. Podkreślenia wymaga, że by można było mówić o zgodności lub nie oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, postanowienia tej specyfikacji muszą być na tyle jednoznaczne i pozbawione pola do snucia domysłów i domniemywania intencji zamawiającego, że możliwe będzie na podstawie ich treści odkodowanie obowiązków wykonawców. Trudno zgodzić się z tezą o obowiązku zastosowania się do odpowiedzi zamawiającego „poprzez analogię”. Także fakt, że odpowiedź ta odnosi się do pozycji 5 i 6 ze wskazaniem (w ślad za postawionym pytaniem) że dotyczy ona przykładowo tych pozycji nie pozwala uznać, że rodziła ona skutek do wszystkich pozycji. W takiej sytuacji wykonawcy zdani byłiby bowiem na uznaniowość Zamawiającego, kiedy ów, wskazany jako przykładowy obowiązek uwzględnienia krotności 19 istnieje, a kiedy w przykładzie się już nie mieści. Wskazuje się w orzecznictwie, że wykonawcy nie powinni ponosić negatywnych konsekwencji nieprecyzyjnego brzmienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Jeśli zatem Zamawiający tak ukształtował postępowanie, że zapisy opracowanej specyfikacji istotnych warunków zamówienia wprowadzały wykonawców w błąd i dawały możliwość różnej interpretacji jej postanowień, czego następstwem mogło być odrzucenie oferty, winien podjąć starania w celu zniwelowania skutków takiego działania i przyjąć na siebie konsekwencje własnej niestaranności, bowiem w przeciwnym wypadku skutkami nieprecyzyjnego brzmienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia zostaliby obciążeni wykonawcy. Przenoszenie ciężaru i skutków braku precyzji Zamawiającego na wykonawców, przejawiające się odrzuceniem oferty stanowiłoby nadużycie prawa, które nie zasługuje na ochronę. Postępowanie o zamówienie jest postępowaniem w obrocie profesjonalnym, wykonawcy winni zatem wykazać należytą staranność przejawiającą się zawodowym charakterem ich działalności, co determinuje oczekiwanie dokładnego zapoznania się z dokumentami postępowania, starannego ich przeanalizowania ale staranność ta nie może sięgać tak daleko, by stawiać wobec wykonawców postulat wnioskowania na podstawie niejednoznacznych w treści dokumentów postępowania o intencji zamawiającego.

W analizowanym przypadku, na podstawie brzmienia specyfikacji – przedmiarów robot, a także dopełniających je odpowiedzi Zamawiającego, Zamawiający jednoznacznie wprowadził dla pozycji 5 i 6 obowiązek uwzględnienia takiej krotności. Co do pozycji 88 uwzględnienie krotności 19 mogło być co najwyżej odgadywane, i to z przyjęciem przez wykonawców na siebie tego ryzyka, że w razie takiej „samowolnej” modyfikacji pozycji przedmiaru ich oferta także może zostać uznana za niezgodną ze specyfikacją, skoro uwzględnia okoliczności wyraźnie w niej nie wyartykułowane. Znamienne jest przy tym, że w ten sposób – bez wskazania krotności 19, pozycję 88 przedmiaru opisało 18 spośród 19 wykonawców. Powyższe zatem prowadzi do konstatacji, iż prezentacja przez

Zamawiającego ewentualnego obowiązku uwzględnienia w pozycji 88 krotności 19 nie była jednoznaczna i zrozumiała dla wykonawców, skoro niemal wszyscy, (poza jednym) się do niego nie zastosowali.

W przedmiotowym postępowaniu, z perspektywy Zamawiającego istotne są ceny jednostkowe za wskazaną pozycję, one to bowiem będą podlegały ostatecznemu rozliczeniu według przeprowadzonych obmiarów, w pierwszym rzędzie znaczenie ma zatem podanie cen jednostkowych – i to w ofertach każdego z wykonawców ma miejsce. Wynagrodzenie należne wykonawcy w tym postępowaniu ma charakter kosztorysowego – ustalanego na podstawie sporządzonych po wykonaniu robót obmiarów z uwzględnieniem cen jednostkowych wynikających z kosztorysu wykonawcy, nie przekraczając zarazem kwoty stanowiącej cenę oferty, co miałyby w konsekwencji znaczenie przy pominięciu krotności (tu: nie przemnożeniu przez 19 wartości z pozycji 88), bowiem pomniejsza odpowiednio cenę oferty, jednak – wobec wyraźnego oświadczenia obu Odwołujących wykonawców, że wszystkie koszty i nakłady zostały uwzględnione – nie wymaga wyjaśnienia ani poprawienia. Obaj Odwołujący akcentowali, że uwzględnili w swoich kosztorysach wszystkie elementy kalkulacji, także ten, i że ich zamiarem było złożenie ofert czyniących zadość specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zamawiający akcentował znaczenie wymaganego w postępowaniu kosztorysu jako istotnego z punktu widzenia porównywalności ofert – by zawierały one te same pozycje, tak samo opisane i zaprezentowane przez wszystkich wykonawców. W zasadzie wszyscy wykonawcy (poza jednym) spełniają zatem ten postulat.

Na gruncie przedmiotowego postępowania, wskazywany przez Zamawiającego wobec obu Odwołujących brak informacji o kosztach dzierżawy terenu oraz zajęcia pasa drogowego także nie może stanowić podstawy do uznania oferty (składającego się na nią kosztorysu) za niegodną ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. W kosztorysie Energy Investors spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie (str. 52 oferty) zawarto informację – „*Klauzula o uzgodnieniu kosztorysu: w kosztorysie w kosztach ogólnych ujęto koszt – opłatę za dzierżawę terenu pod zaplecze socjalno – magazynowe oraz koszt opłaty dzierżawę terenu przy docieplaniu budynku pod rusztowania – zajęcie pasa drogowego w ZDM*”. Także Odwołujący Edward Chrupek prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą ŁAD-BUD Przedsiębiorstwo Inżynieryjno - Budowlane Chrupek Edward wyjaśnił, iż ujął wskazany wydatek w kosztach pośrednich w kosztorysach poszczególnych branż. Po pierwsze – Zamawiający wyraźnie artykułując wymaganie dotyczące ujęcia kosztu - opłaty za dzierżawę terenu pod zaplecze socjalno – magazynowe oraz kosztu opłaty za dzierżawę terenu przy docieplaniu budynku pod rusztowania – zajęcie pasa drogowego w ZDM dopiero w odpowiedzi na pytanie udzielonej 9 listopada 2011 r. nie

zawarł żadnych wskazań co do tego ujęcia, nie określił wykonawcom, w jaki sposób te koszty mają zostać zaprezentowane. Nie zostały one objęte sporządzonym przez niego przedmiarem, który – jakkolwiek elastyczny i dopuszczający swobodę i możliwość ingerencji w jego treść przez wykonawców – powinien przecież służyć ułatwieniu sporządzenia oferty. Ewentualna niedoskonałość w zakresie sporządzenia kosztorysu wykonawcy Edward Chrupek prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą ŁAD-BUD Przedsiębiorstwo Inżynieryjno - Budowlane Chrupek Edward, polegająca – zgodnie ze stanowiskiem tego Odwołującego - na uwzględnieniu tych kosztów w ramach kosztów ogólnych w kosztorysach poszczególnych branży, przy braku jakichkolwiek sugestii ze strony Zamawiającego nie może skutkować odrzuceniem oferty wykonawcy. Po drugie – Zamawiający stawiając wymaganie ujęcia kosztu - opłaty za dzierżawę terenu pod zaplecze socjalno – magazynowe oraz kosztu opłaty za dzierżawę terenu przy docieplaniu budynku pod rusztowania – zajęcie pasa drogowego w ZDM – odnosi je do obowiązku ujęcia w kosztorysie wydatków, nie wskazuje jednak w jakiej pozycji ma to być uczynione, że ma to być koszt wyodrębniony w szczególny sposób i odrębnie wyceniony. Na rozprawie Zamawiający podał, że oczekiwał *ujęcia kosztów dzierżawy terenu i zajęcia pasa drogowego w tej sposób, że będą one ujęte na końcu kosztorysu jako informacje o ich wysokości, wysokość tych kosztów będzie wynikała z harmonogramu dołączonego do umowy.* Nic takiego jednak nie wynika z treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający, który nie podał szczegółowych wymagań co do stawianych wykonawcom oczekiwań, nie może następnie, na etapie oceny ofert wywodzić skutków z tego, czego wyraźnie nie wyartykułował w kategorii obowiązku wykonawców.

Z tego powodu uznano, iż niewyodrębnienie i niewycenienie w odrębnych pozycjach kosztu - opłaty za dzierżawę terenu pod zaplecze socjalno – magazynowe oraz kosztu opłaty za dzierżawę terenu przy docieplaniu budynku pod rusztowania – zajęcie pasa drogowego w ZDM nie mogło stanowić podstawy odrzucenia ofert obu Odwołujących. Ewentualnie, w razie wątpliwości Zamawiającego – mogłoby stanowić przedmiot wyjaśnienia treści oferty z zastosowaniem regulacji art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Na obecnym etapie Odwołujący – w ramach stanowisk procesowych wykazali ujęcie tych kosztów.

Wyartykułowany przez Zamawiającego w odniesieniu do kosztorysu złożonego przez Energy Investors spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie błąd: „Poz. 258 - pomyłka ilości powinno być 282 szt. a jest 287” mógłby – w razie stanowczego stanowiska Zamawiającego, opartego na jednoznacznym brzmieniu specyfikacji istotnych warunków zamówienia, że właściwą jest jedynie ilość 282 podlegać poprawieniu jako inna omyłka polegająca na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodująca istotnych zmian w treści oferty. Zatem nawet uznanie przez Zamawiającego,

że zachodzi w tym zakresie niezgodność ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, nie mogłoby to automatycznie skutkować odrzuceniem oferty wykonawcy. Każdorazowo taka ocena Zamawiającego wymaga poddania dostrzeżonej niezgodności refleksji w kontekście brzmienia art. 87 ust. 2 ustawy: czy owa niezgodność nie ma charakteru konwalidowalnej na podstawie tego przepisu. Trzeba przy tym pamiętać, że intencją ustawodawcy w zakresie wskazanego przepisu było umożliwienie brania pod uwagę w postępowaniu o zamówienie publiczne ofert obarczonych nieistotnymi wadami, będącymi wynikiem różnego rodzaju błędów i omyłek, które nie prowadzą do istotnych zmian w treści oferty – nie zniekształcają w znaczącym stopniu, niezgodnie z intencją oświadczenia woli wykonawcy ubiegającego się o zamówienie. Z przepisu tego zdaje się wynikać ogólny zamiar ustawodawcy dopuszczenia do oceny w postępowaniu wszystkich ofert, nawet tych które zawierają różnego rodzaju błędy, niedoskonałości, byleby tylko nie prowadziło to do zniekształcenia woli wykonawcy w zakresie istotnej części jego oferty. Taką intencję – wyraźnie odnoszoną do błędów w kosztorysach ustawodawca wyraził w uzasadnieniu do *Ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw*, którą wprowadzono zmiany do ustawy Prawo zamówień publicznych. Okolicznością relatywnie często spotykaną przy robotach budowlanych i wymaganiu w postępowaniu złożenia kosztorysu opracowanego na podstawie przedmiaru robót jest pominięcie pewnych pozycji lub kwot, czy podanie kwoty 0 zł wartości jednostkowej oraz wartości prac netto w poszczególnych pozycjach kosztorysu (co wielokrotnie dostrzegano w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, przykładowo wyrok z dnia 4 marca 2011 r. w spr. KIO 333/11, KIO 335/10, z dnia 5 października 2009 r. w spr. KIO/UZP 1324/09, z 14 kwietnia 2011 w spr. 689/11), co też legło u podstaw wprowadzenia przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 w aktualnym brzmieniu ustawy Prawo zamówień publicznych. Pominięcia te następują częstokroć z powodu przeoczenia, skutkiem uwarunkowań technicznych programu kalkulacyjnego wykorzystywanego przez wykonawcę lub ujęcia wartości jednej pozycji w cenie innej pozycji z nią związanej, czy - jak ma to miejsce na gruncie analizowanej sprawy – modyfikacji poprzez udzielane odpowiedzi przez Zamawiającego przedmiarów, które miały być podstawą opracowania przez wykonawców kosztorysów. Każda ze wskazanych sytuacji może mieć charakter omyłki, podlegającej ocenie na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Z tego też powodu nie sposób uznać, by w tej mierze zachodziła podstawa do bezwzględnego odrzucenia oferty Odwołującego Energy Investors spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie jako niezgodnej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. W razie ewentualnego stwierdzenia takiej niezgodności, oferta podlegałaby bowiem w tej części poprawieniu, skoro znane są wszelkie dane dla dokonanie takiej

poprawy zaś wpływ takiej zmiany nie spowodowałby istotnej zmiany w treści oferty. Dla oceny istotności zmiany oferty w stosunku do jej pierwotnego brzmienia mogą mieć znaczenie czynniki takie jak zakres zmiany w stosunku do całości oferty, odnoszonej zarówno do pojedynczych poprawek jak i ich całokształtu treści oświadczenia woli wykonawcy; jej wpływ w ujęciu finansowym na treść oferty. W analizowanej sytuacji Zamawiający nie wykazał jednak, by zachodziła niezgodność w treści oferty Energy Investors spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Rozbieżność stanowisk między Odwołującym a Zamawiającym miała źródło w przyjęciu różnej ilości okien dla których należało przeliczyć nawiewniki jedynie górne (po odstąpieniu przez Zamawiającego od wymagania nawiewników dolnych). Zarówno Zamawiający jak i Odwołujący bazowali na rysunku *Zestawienie oknem z PCV* (rys. 28/A) oraz dopełniającym go opisie w przedmiarze, gdzie Zamawiający szczegółowo wymienił ilość nawiewników (górných i dolnych) i podał, że łącznie ma być ich 380. Z okazanego na rozprawie rysunku wynika zaś, że górnych nawiewników miało być 282, natomiast dolnych (z których Zamawiający następnie zrezygnował) – 93. W przedmiarze Zamawiający uwzględnił dla okna nr 08 pięć sztuk nawiewników, co dało ich sumę równą 380 szt., podczas gdy na rysunku - zarówno na graficznym schemacie jak i jego opisie dla tego okna w ogóle nie przewidziano nawiewników, zaś suma nawiewników (zarówno wynikająca z rysunków jak i oparta na zsumowaniu wymienionych ilości w opisach okien) daje liczbę 375 nawiewników.

Odwołujący przyjął ilość 287 nawiewników górnych poprzez odjęcie 93 szt. dolnych nawiewników od ogólnej ilości nawiewników wskazanej w przedmiarze (380). Zamawiający natomiast ustalił na podstawie zliczenia górnych nawiewników, że powinno być ich 282. Różnica w tej kalkulacji pomiędzy każdą ze stron wynika zatem z uwzględnienia przez Odwołującego 5 szt. nawiewników, które ujęto w przedmiarze a których nie uwidocznilo na rys. 28/A.

Powyższa rozbieżność nie wymaga poprawienia: Zamawiający podał w odpowiedzi na pytanie, że należy uwzględnić nawiewniki tylko dla górnych okien, jednocześnie nie wypowiadając się co do ilości nawiewników podanej w przedmiarze. Tym samym, sumowanie górnych nawiewników na schemacie powinno dać ten sam rezultat arytmetyczny, co odjęcie od sumy wszystkich nawiewników, nawiewników dolnych. Skoro takiego rezultatu nie dało – wykonawcy nie mogą ponosić negatywnych konsekwencji niespójności informacji zawartych w różnych dokumentach opracowanych przez Zamawiającego, a przeciwnie: równie uprawnionym był wniosek, że intencją Zamawiającego mogło być uwzględnienie dodatkowych nawiewników, nie zaprezentowanych na rysunku.

Stąd za bezpodstawną należy uznać tezę, że w tym zakresie oferta wykonawcy Energy Investors spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie jest niezgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Podstawą odrzucenia oferty może być bowiem niezgodność z jednoznacznymi i przejrzystymi w swej treści postanowieniami dokumentów postępowania, nie zaś z ewentualnymi intencjami Zamawiającego.

Reasumując - brak było podstaw do odrzucenia ofert obu Odwołujących. Przeprowadzone postępowanie prowadzi do wniosku, iż brak jest także podstaw do dokonywania poprawy kosztorysów z zastosowaniem regulacji art. 87 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Ponadto, ewentualne wątpliwości w zakresie, jaki Zamawiający uczynił podstawą decyzji o odrzuceniu ofert obu wykonawców, Zamawiający mógłby wyjaśnić w trybie art. 87 ust. 1 ustawy, czego zaniechał. Niezasadne jest niewykorzystanie możliwości wynikających z przywołanego artykułu. Skorzystanie z jego dyspozycji nie jest *verba legis* czynnością obligatoryjną, lecz uprawnieniem zamawiającego, to jednak obowiązkiem zamawiającego działającego z należytą starannością jest wykorzystanie środków wskazanych przez ustawodawcę celem wyjaśnienia treści oferty, która może być poprawna merytorycznie, przed dokonaniem jej odrzucenia. Wskazać należy, że wyjaśnienia złożone przez wykonawcę w trybie art. 87 ust. 1 ustawy stanowią wykładnię oświadczenia woli - oferty i wiążą wykonawcę na równi z treścią oferty. Ich uzyskanie przez Zamawiającego mogłoby rozproszyć obawy co do prawidłowej realizacji umowy.

Powyższe okoliczności przemawiały zatem o uznaniu argumentacji zawartych w odwołaniach za uzasadnione. Podzielając zatem zarzuty w zakresie bezpodstawnego odrzucenia ofert Odwołujących na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, w konsekwencji nakazano Zamawiającemu – stosownie do żądań postawionych w odwołaniu Odwołującego Edwarda Chrupka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą ŁAD-BUD Przedsiębiorstwo Inżynieryjno - Budowlane Chrupek Edward - unieważnienie czynności unieważnienia postępowania i odrzucenia oferty tego wykonawcy. Nie orzekano o nakazaniu wyboru oferty tego wykonawcy, pomimo takiego żądania, z uwagi że wybór oferty jest pochodną dodatkowo innych okoliczności, które nie są objęte postępowaniem odwoławczym. Powyższe pozostawiono zatem Zamawiającemu. W konsekwencji, odpadła podstawa unieważnienia postępowania (okoliczność, że w postępowaniu nie złożono żadnej nie podlegającej odrzuceniu oferty). Postępowanie dotyczy wartości zamówienia mniejszej, niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, zatem – w myśl art. 180 ust. 2 ustawy – od czynności unieważnienia postępowania odwołanie nie przysługuje. Ponieważ wykonanie nakazanego unieważnienia odrzucenia oferty następuje po unieważnieniu czynności

unieważnienia całego postępowania – powyższe, jako konsekwencję uwzględnienia zarzutu dotyczącego odrzucenia oferty, nakazano Zamawiającemu.

Uwzględniono jedynie odwołanie wykonawcy Edward Chrupek prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą ŁAD-BUD Przedsiębiorstwo Inżynieryjno - Budowlane Chrupek Edward, bowiem jedynie naruszenia przepisów ustawy w odniesieniu do tego wykonawcy miały wpływ na wynik postępowania – po myśli art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Z powodu braku takiego wpływu na wynik postępowania co do odwołania drugiego wykonawcy - Energy Investors spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, odwołanie tego wykonawcy podlegało oddaleniu. Nie uwzględniono przy tym argumentacji Przystępującego po stronie Zamawiającego Energy Investors spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, iż odwołanie wykonawcy Edward Chrupek prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą ŁAD-BUD Przedsiębiorstwo Inżynieryjno - Budowlane Chrupek Edward powinno podlegać oddaleniu, uzasadnionej tezą, że w odwołaniu brak jest argumentacji odnoszącej się do wskazanych przez Zamawiającego szczegółowych podstaw odrzucenia oferty tego wykonawcy. Wbrew twierdzeniu Przystępującego, odwołanie zawiera wskazanie podstawy prawnej kierowanej na czynność odrzucenia oferty wykonawcy Edward Chrupek prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą ŁAD-BUD Przedsiębiorstwo Inżynieryjno - Budowlane Chrupek Edward, jego uzasadnienie także zawiera prawidłowo ukierunkowaną argumentację wskazującą na bezzasadność czynności Zamawiającego.

Z powyższych względów orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1) i 2) *rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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).

Przewodniczący: