

WYROK

z dnia 24 marca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Rzońca

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **22 marca 2011 r.** w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 9 marca 2011 r. przez **STRABAG Sp. z o.o., ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków** od czynności w postępowaniu prowadzonym zamawiającego **Zarząd Dróg Miejskich w Słupsku, ul. Przemysłowa 73, 76-200 Słupsk**

przy udziale wykonawcy **EUROVIA Polska S.A., ul. Szwedzka 5, Bielany Wrocławskie, 55-040 Kobierzyce**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego;

orzeka:

1. Oddała odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża STRABAG Sp. z o.o., ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **STRABAG Sp. z o.o., ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków**;

- 2) dokonać wpłaty kwoty **4 447 zł 50 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści siedem złotych pięćdziesiąt groszy) przez **STRABAG Sp. z o.o., ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków** na rzecz **Zarządu Dróg Miejskich w Słupsku, ul. Przemysłowa 73, 76-200 Słupsk**, stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu na posiedzenie.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Słupsku**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Zarząd Dróg Miejskich w Słupsku, ul. Przemysłowa 73, 76-200 Słupsk (dalej: „zamawiający”) - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) – zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp” – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie robót budowlanych związanych z przebudową ulicy Sportowej na odcinku od ul. Kaszubskiej do ul. Cienistej w Słupsku w ramach zadania „Przebudowa ul. Sportowej na odcinku od ul. Kaszubskiej do ul. Cienistej oraz budowa ul. Wczasowej”.

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

W dniu 4 marca 2011 r. zamawiający, pismem przesłanym w formie faksu, zawiadomił wykonawców, w tym STRABAG Sp. z o.o., ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków (dalej: „odwołujący” lub „STRABAG”) o odrzuceniu jego oferty w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz o wyborze oferty najkorzystniejszej za którą uznano ofertę wykonawcy EUROVIA Polska S.A., ul. Szwedzka 5, Bielany Wrocławskie, 55-040 Kobierzyce (dalej: „EUROVIA” lub „przystępujący”) jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu. W uzasadnieniu wskazał, że oferta odwołującego nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „siwz” lub „specyfikacja”), ponieważ przedłożony kosztorys ofertowy nie zawiera wszystkich pozycji przedmiarowych wymaganych przez zamawiającego, a jego zdaniem są to istotne zmiany w treści oferty.

W dniu 9 marca 2011 r. STRABAG wniósł odwołanie od ww. czynności zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp poprzez jego niewłaściwe zastosowanie tj. przyjęcie, iż treść oferty Odwołującego nie odpowiada treści siwz a w konsekwencji odrzucenie oferty odwołującego, podczas gdy w świetle przywołanego przepisu brak było przesłanek do dokonania takiej czynności,
2. art. 92 Pzp z powodu niepodania przez zamawiającego skonkretyzowanych przyczyn będących podstawą faktyczną odrzucenia oferty odwołującego,

3. art. 7 Pzp poprzez nieuprawnione różnicowanie sytuacji wykonawców ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz
2. unieważnienie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty EUROVIA,
3. dokonanie powtórnej oceny ofert i wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazywał, że został powiadomiony o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz o odrzuceniu jego oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy. Zamawiający odrzucił jego ofertę, gdyż treść oferty nie odpowiada treści siwz, ponieważ przedłożony kosztorys ofertowy nie zawiera wszystkich pozycji przedmiarowych wymaganych przez zamawiającego, a zdaniem zamawiającego są to istotne zmiany w treści złożonej oferty. Podnosił, że zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt. 2 Pzp zamawiający ma obowiązek jednoczesnego powiadomienia wykonawców, których oferty zostały odrzucone, podając uzasadnienie faktyczne i prawne. W ocenie odwołującego trudno nazwać uzasadnieniem treść powiadomienia jaką wystosował zamawiający do odwołującego w dniu 04.03.2011 r., ponieważ za prawidłowe uzasadnienie odrzucenia oferty, nie można bowiem poczytywać przytoczenie treści przepisu art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp. W jego opinii chybiony jest również argument, że podstawą odrzucenia oferty stanowi brak wszystkich (bliżej nieokreślonych) pozycji przedmiarowych w kosztorysie ofertowym, gdyż załączony do oferty kosztorys ofertowy jest w pełni zgodny z przedmiarem robót załączonym przez zamawiającego do siwz (załącznik nr 14). Zdaniem STRABAG zamawiający nie podał w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty skonkretyzowanych przyczyn, które skłoniły go do podjęcia tej czynności. W konsekwencji nieprawidłowego powiadomienia i niepełnego uzasadnienia odrzucenia oferty jest fakt, iż odwołujący nie miał możliwości odnieść się do ogólnego zarzutu, które zamawiający sformułował pod adresem tej oferty.

Odwołujący podnosił, że w celu stwierdzenia niezgodności kosztorysu ofertowego z treścią siwz nie wystarczy stwierdzenie niezgodności z przedmiarem robót. Istotne znaczenie ma bowiem określenie w siwz sposobu sporządzenia przedmiotowego kosztorysu, a więc jego zakresu. Rozstrzygające znaczenie w tym przedmiocie ma pkt. 2 rozdział XV oraz pkt. 4 i pkt. 8 Rozdziału III SIWZ, zgodnie z którym uproszczony kosztorys ofertowy należało sporządzić na podstawie opisu przedmiotu zamówienia czyli przedmiaru robót, dokumentacji projektowej, Szczegółowych Specyfikacji Technicznych (dalej: „SST”) i warunków umowy, ujmując koszty związane z realizacją zamówienia, w tym również wszystkie koszty towarzyszące wykonaniu zamówienia, uruchomieniu i przekazaniu do eksploatacji. STRABAG wskazywał, że opisu przedmiotu zamówienia nie stanowi jedynie przedmiar robót, ale również projekt budowlany, projekt wykonawczy, specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót. Stąd też, jego

zdaniem, wobec faktu, iż kosztorys ofertowy sporządzono w oparciu o kompletną dokumentację techniczną nie sposób przyjąć, iż oferta w tym zakresie jest niezgodna z siwz. W jego ocenie, wykonawca miał pełne prawo uznać, wobec tak sformułowanego zapisu siwz, że „wyjaśnienia” udzielone przez zamawiającego, a nie „zmiany” w trybie art. 38 ust.4 Pzp wskazują na ewentualną konieczność przyjęcia w kosztach ogólnych wstępnej wyceny wskazanych robót bez możliwości samodzielnego uzupełniania przedmiaru robót i korygowania SST. Podnosił, że ewentualna niekonsekwencja zamawiającego w żadnym razie nie może obciążać wykonawcy. Jeśli z opisu którejkolwiek pozycji kosztorysu ofertowego nie wynika ujęcie jakiś kosztów to nie można czynić zarzutu niezgodności oferty z siwz, gdyż jest ona zgodna nie tylko z załączonym przedmiarem, który nie został zmieniony przez zamawiającego, ale również czyni zadość wymaganiom wynikającym ze SST, a to oznacza, że nie ma potrzeby ani możliwości jakiegokolwiek korekty. W opinii TRABAG istotne znaczenie ma również fakt, że w złożonej ofercie odwołujący oświadczył, że w cenie oferty zostały uwzględnione wszystkie koszty wykonania i realizacji przyszłego świadczenia umownego poprzez zapisy, że wykonawca: zamówienie przyjmuje do realizacji bez zastrzeżeń i wykona zakres prac wynikający z przedmiotu zamówienia z należytą starannością, zgodnie z zasadami wiedzy i sztuki budowlanej za oferowaną cenę; zapoznał się ze specyfikacją i nie wnosił do niej zastrzeżeń, zdobył konieczne informacje do przygotowania oferty (dokonał wizji lokalnej w terenie), wypełnił załączył wszystkie żądane przez zamawiającego załączniki oraz że treść oferty odpowiada treści siwz. Uzupełniając odwołujący podkreślał, że definicja „treści oferty” w myśl art. 89 ust. 1 pkt. 2 oraz art. 82 ust. 3 Pzp jest szczególnie utrwalona i niezmienna od wielu lat. Zgodnie ze Słownikiem języka polskiego PWN Warszawa 1999 r. str. 492) treść to: „...treść znaczeniowa wyrazu to, co wyraz znaczy, suma cech desygnatu wraz z zakresem znaczeniowym wyrazu, podstawowy, zasadniczy, najważniejszy element czy składnik czegoś; to co stanowi istotę, sens czegoś. Oferta jest oświadczeniem woli zawarcia umowy na określonych warunkach. Wskazywał, że skoro zamawiający nie zarzucał ofercie odwołującego braku określenia istotnych warunków niezbędnych do zawarcia przyszłej umowy nie można, zatem uznać, iż zaistniały okoliczności uzasadniające jej odrzucenie na mocy w/w przepisu. Podkreślał, że chodzi w tym przypadku o treść, tj. merytoryczną zawartość (tekst) obu dokumentów, a nie o ich formę. Jego zdaniem treść oferty nie odpowiada treści siwz, jeżeli przykładowo wykonawca oferuje wykonanie innego przedmiotu zamówienia niż opisany w siwz, dokonuje obliczenia ceny oferty w sposób sprzeczny ze sposobem podanym w siwz bądź gdy zachodzi sprzeczność jakiegoś istotnego postanowienia oferty ze wzorem umowy. Odwołujący zwraca również uwagę na fakt, że jeżeli zamawiający poweźmie wątpliwości dotyczące treści złożonych oświadczeń i dokumentów to dopóki nie skorzysta ze wskazanej drogi określonej w art. 26 ust. 3 lub w określonych przypadkach ust. 4 Pzp, a także art. 87 ust. 1 Pzp i nie wyjaśni w sposób autorytatywny swojego przypuszczenia o rzekomej sprzeczności zachodzącej w treści oferty wykonawcy, to nie wolno mu odrzucić tej oferty.

W dniu 10 marca 2011 r. zamawiający przesłał kopię odwołania STRABAG wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia wraz z wezwaniem do przystąpienia do postępowania odwoławczego.

W dniu 14 marca 2011 r. w formie pisemnej (pismo opatrzone prezentatą Izby) zgłoszenie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego złożył wykonawca EUROVIA.

Uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przedstawioną przez Zamawiającego na rozprawie oraz stanowiska i oświadczenia stron oraz uczestnika postępowania złożone na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje.

Izba ustaliła, że zgodnie z rozdziałem III siwz „Opis przedmiotu zamówienia” pkt. 4 i pkt. 8 siwz, szczegółowy zakres robót stanowiących przedmiot zamówienia określa dokumentacja projektowa oraz Szczegółowe Specyfikacje Techniczne wykonania i odbioru robót budowlanych. Dokumenty powyższe stanowią integralną część siwz i zostały szczegółowo opisane na str. nr 2 do siwz. Ponadto, przedmiot zamówienia obejmuje również wszystkie prace i obowiązki Wykonawcy wymienione we wzorze umowy (Załącznik nr 6 do siwz).

W pkt 2 rozdział XV siwz „Opis sposobu obliczenia ceny” zamawiający wymagał aby wykonawca określił cenę na podstawie kosztorysu ofertowego zawierającego ceny jednostkowe robót pomnożone przez ilość jednostek przedmiarowych, sporządzonego na podstawie opisu przedmiotu zamówienia, przedmiaru robót, dokumentacji projektowej, Szczegółowych Specyfikacji Technicznych i warunków umowy, ujmując koszty związane z realizacją zamówienia, w tym również wszystkie koszty towarzyszące wykonaniu zamówienia, uruchomieniu i przekazaniu do eksploatacji.

Pismem z dnia 3 lutego 2011 r. Zamawiający odpowiadając na następujące pytania wykonawców wskazał:

„Pytanie 15 – Czy zamawiający przewiduje rozbiórkę oraz odtworzenie ogrodzeń wzdłuż przejmowanych działek prywatnych (brak takowych w przedmiarze) ?

„Odpowiedź Zamawiającego: Wykonawca w kosztorysie ofertowym musi uwzględnić cenę jednostkową za przestawienie ogrodzenia z siatki stalowej na cokole betonowym – ilość 70 mb”.

„Pytanie 18 - Pkt 5.1 części opisowej proj. Bud. branża drogowa: „Zastrzega się możliwość weryfikacji przez projektanta powyższych parametrów (grupa nośności podłoża G 3) po wykonaniu robót ziemnych w ramach pełnienia nadzoru autorskiego”. Czy należy przez to rozumieć, że Zamawiający zmieni zakres robót ziemnych lub zmieni przekrój konstrukcyjny w przypadku wystąpienia grupy nośności podłoża innej niż G3 ? Na czyj koszt będą wykonane badania gruntu oraz określone grupy nośności podłoża w trakcie robót ziemnych ?”

„Odpowiedź Zamawiającego – Wykonawca w kosztorysie ofertowym musi uwzględnić cenę jednostkową za wykonanie badań gruntu z określeniem badań nośności podłoża za 1 pkt. lokalizacyjny – ilość punktów 15”.

W § 7 ust. 1 projektu umowy stanowiącym załącznik nr 6 do siwz zamawiający sprecyzował, że wykonawcy przysługuje wynagrodzenie kosztorysowe odpowiadające zakresowi robót określonymu w dokumentacji projektowej oraz w SST. Kolejno w ust. 3 i 4 wskazał, że ostateczne określenie wynagrodzenia nastąpi w oparciu o faktycznie wykonaną ilość robót stwierdzonych dokonanych obmiarem i wskazanej w ofercie podstawy do ustalenia wynagrodzenia. Rozliczenie za wykonane roboty nastąpi wg. Kosztorysu powykonawczego sporządzonego przez wykonawcę, na podstawie rzeczywiście wykonanych, odebranych i zatwierdzonych przez zamawiającego (inspektora nadzoru) ilości robót, przy zachowaniu cen jednostkowych, przedstawionych w kosztorysach ofertowych.

W kosztorysie ofertowym odwołującego znajdującym się w jego ofercie (od str. 44 do str. 66) brak jest odrębnych pozycji zawierających: cenę jednostkową za przestawienie ogrodzenia z siatki stalowej na cokole betonowym – ilość 70 mb oraz cenę jednostkową za wykonanie badań gruntu z określeniem badań nośności podłoża za 1 pkt. lokalizacyjny – ilość punktów 15.

W kosztorysie ofertowym ofercie odwołującego ujęto:

1. na str. 44 w zakresie robót rozbiórkowych w pozycji 1.13 - rozebranie innych drobnych elementów z betonu – w wielkości 2 m³. Jako cenę jednostkową wskazano 345,26 zł a całkowitą wartość stanowiła kwota 690,52 zł.
2. na str. 45 w zakresie robót ziemnych w pozycji 2.5 – roboty ziemne wykonywane koparkami podsiębiernymi w gr. kat. III z trans. urobku samochodami samowładowymi na odległość do 1 km – 95% mechanicznie - w wielkości 4945 m³. Jako cenę jednostkową wskazano 10,30 zł a całkowitą wartość stanowiła kwota 50.933,50 zł.
3. na str. 46 w zakresie robót ziemnych w pozycji 2.10 –mechaniczne profilowanie i zagęszczanie podłoża pod warstwy konstrukcyjne nawierzchni w gr. kat. I-IV- w wielkości 10.502 m². Jako cenę jednostkową wskazano 0,72 zł a całkowitą wartość stanowiła kwota 7.561,44 zł.
4. na str. 46 w zakresie robót ziemnych w pozycji 2.11 - profilowanie i zagęszczanie podłoża wykonywane ręcznie z użycie zagęszczarek lub walca 0,6 t w gruncie kat. II-IV pod warstwy konstrukcyjne nawierzchni - w wielkości 5.301 m². Jako cenę jednostkową wskazano 0,58 zł a całkowitą wartość stanowiła kwota 3.074,58 zł.

Na stronie 3 (formularz ofertowy) w pkt. 4 złożonej oferty STRABAG oświadczył, że:

- ppkt. 1 - w cenie oferty zostały uwzględnione wszystkie koszty wykonania i realizacji przyszłego świadczenia umownego;
- ppkt. 3 - zamówienie przyjmujemy do realizacji bez zastrzeżeń i wykonamy zakres prac wynikający z przedmiotu zamówienia z należytą starannością, zgodnie z zasadami wiedzy i sztuki budowlanej za oferowaną cenę;
- ppkt. 4 - zapoznaliśmy się ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia i nie wnosimy do niej zastrzeżeń, zdobyliśmy konieczne informacje do przygotowania oferty (dokonaliśmy wizji lokalnej w terenie), wypełniliśmy i załączyliśmy wszystkie żądane przez zamawiającego załączniki oraz oświadczamy, że treść oferty odpowiada treści siwz.

Uwzględniając powyższe Izba zważyła, co następuje:

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 Pzp.

W drugiej kolejności ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 Pzp.

Następnie Izba potwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wykonawcy EUROVIA.

Po rozpoznaniu zarzutów w zakresie naruszenia przez zamawiającego dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty odwołującego oraz art. 7 ust. 1 Pzp poprzez nieuprawnione różnicowanie sytuacji wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, Izba stwierdziła, że zarzuty nie potwierdziły się.

Bezspornym jest, że zamawiający w specyfikacji określił charakter wynagrodzenia jako kosztorysowe. Wobec powyższego wymagał, aby wykonawcy określili cenę na podstawie kosztorysu ofertowego, który miał zawierać ceny jednostkowe poszczególnych robót pomnożone przez ilość jednostek przedmiarowych. Z zapisów siwz wynika, że kosztorys ofertowy należało sporządzić na podstawie opisu przedmiotu zamówienia, przedmiaru robót, dokumentacji projektowej, Szczegółowych Specyfikacji Technicznych i warunków umowy, ujmując koszty związane z realizacją zamówienia, w tym również wszystkie koszty towarzyszące wykonaniu zamówienia, uruchomieniu i przekazaniu do eksploatacji. Istotnym jest, że w odpowiedzi na pytania wykonawców pismem z dnia 3 lutego 2011 r. zamawiający doprecyzował postanowienia siwz w ten sposób, że wymaga w kosztorysie ofertowym podania ceny jednostkowej za przedstawienie ogrodzenia z siatki stalowej na cokole betonowym w ilości

70 mb oraz ceny jednostkowej za wykonanie badań gruntu z określeniem badań nośności podłoża za 1 pkt. lokalizacyjny – ilość punktów 15.

W ocenie Izby analiza powołanych powyżej postanowień specyfikacji prowadzi do wniosku, iż kosztorysowi ofertowemu zamawiający nie przyznał waloru li tylko informacyjnego czy pomocniczego. Przeciwnie, uczynił zeń istotny element oferty. W niniejszej sprawie Izba uznała za trafny i pozostający aktualnym pogląd wyrażony przez Sąd Okręgowy w Poznaniu w wyroku z dnia 14 października 2005 r. (sygn. akt II Ca 1355/05), który zwrócił uwagę, że jeśli zamawiający domagał się dołączenia do oferty kosztorysu ofertowego przygotowanego na podstawie dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót, jak również obmiaru robót, złożenie oferty z pominięciem w kosztorysie ofertowym przez oferenta niektórych pozycji cenotwórczych uwzględnionych przez zamawiającego w przedmiarze robót albo wynikających z dokumentacji projektowej oraz uwzględnienie w tym kosztorysie pozycji nieuwjętych w projekcie i przedmiarze robót spowodowało, że treść oferty nie odpowiada treści siwz, a to uzasadnia odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy (wyrok KIO z dnia 20 października 2010 r. o sygn. akt. KIO 2164/10).

W ocenie Izby za błędne należy uznać stanowisko odwołującego, który podnosił, że wykonawcy winni jedynie wypełnić załączony przez zamawiającego przedmiar, nie zmieniając go poprzez dodanie dodatkowych pozycji. Odwołujący wskazywał, że jego zdaniem wystarczającym było, aby pozycje nie ujęte w przedmiarze uwzględnić w ogólnych kosztach wybranych pozycji przedmiarowych wyspecyfikowanych przez zamawiającego, ale w taki sposób aby kosztorys ofertowy zawierał wszystkie koszty wykonania i realizacji przyszłego świadczenia. Izba wskazuje, że obowiązek podania cen jednostkowych dla poszczególnych prac wynikał wprost z treści siwz (rozdział XV) jak również wyjaśnień zawartych w piśmie z dnia 3 lutego 2011 r., które należy czytać łącznie z zapisami siwz i traktować jako jej uzupełnienie.

Odnosząc się do przedłożonego przez odwołującego na rozprawie dowodu w postaci pisma sporządzonego przez odwołującego (datowanego na dzień 13 stycznia 2011 r. wraz z potwierdzeniem dostarczenia zamawiającemu), powołanego na okoliczność, że wykonawca zwracał się do zamawiającego z zapytaniem w kwestii formy i wypełnienia przedmiaru, jedynie nie uzyskał w tej sprawie odpowiedzi, Izba wzięła pod uwagę i dała wiarę wyjaśnieniom zamawiającego, że ww. pisma nie otrzymał. Natomiast potwierdzenie przesłania załączone przez odwołującego nie zawiera w swej treści ww. pisma, tym samym może dotyczyć innego dokumentu z inwestycji, którą zamawiający realizuje obecnie z odwołującym. Odwołujący natomiast nie przedstawił innego dowodu czy też potwierdzenia na powołaną okoliczność.

Zdaniem Izby w tym stanie rzeczy nie można uznać również wyjaśnień odwołującego złożonych na rozprawie z których wynikało, że wszystkie wymagane przez zamawiającego

koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia, w tym koszt przestawienia ogrodzenia z siatki stalowej na cokole betonowym w ilości 70 mb oraz koszt wykonania badań gruntu z określeniem badań nośności podłoża za 1 pkt. lokalizacyjny – ilość punktów 15, zostały ujęte złożonym kosztorysie ofertowym zawartym w ofercie odwołującego w pozycjach o numerach: 1.13, 2.5, 2.10 oraz 2.11.

Po dokonaniu analizy treści ww. pozycji kosztorysu ofertowego STRABAG Izba przyznała rację zamawiającemu, który podkreślał, że w pozycjach wskazanych przez odwołującego nie mogą znajdować się koszty prac dotyczących przestawienia ogrodzenia z siatki stalowej na cokole betonowym oraz wykonania badań gruntu z określeniem badań nośności podłoża, chociażby z uwagi na fakt, że pozycje wskazywane przez odwołującego posiadają inne jednostki miary niż pozycje w tym zakresie wskazane przez zamawiającego. I tak: w zakresie przesunięcia ogrodzenia z siatki stalowej zamawiający podał jako jednostkę miary - metr bieżący. Natomiast pozycja o numerze 1.13 na jaką powołuje się odwołujący zawiera jako jednostkę miary - metr sześcienny. Kolejno zamawiający odniósł się do badań gruntu, gdzie za jednostkę miary przyjął sztukę, podczas gdy w pozycji wskazywanej przez odwołującego w kosztorysie (poz. 2.5 oraz 2.10 i 2.11) figuruje metr sześcienny i metr kwadratowy.

Izba uznała za chybioną tezę postawioną przez odwołującego, iż treść i zakres kosztorysu ofertowego, zważywszy zobowiązanie odwołującego do wykonania całego zakresu robót wg dokumentacji projektowej w tym przedmiar robót zawarte w ofercie pozostaje bez wpływu na ocenę zgodności oferty odwołującego z treścią siwz. Izba wyraża opinię, iż stanowisko odwołującego nie może zostać zaakceptowane, bowiem brzmienie oferty (kosztorysu ofertowego) wprost wskazuje na jej sprzeczność z treścią siwz i ogólne oświadczenia odwołującego w tej kwestii nie mogą prowadzić do konwalidacji błędów w treści kwestionowanego dokumentu. Tym czasem kosztorys zawarty w ofercie odwołującego nie wyszczególniał wszystkich pozycji wymaganych przez zamawiającego, ponieważ brak w nim wyodrębnienia całości kosztów a także cen jednostkowych pozycji dotyczących: przesunięcia ogrodzeń z siatki stalowej a także badań gruntu wskazanych w siwz i dodatkowo potwierdzonych wyjaśnieniami zamawiającego zawartymi w piśmie z dnia 3 lutego 2011 r.

Izba nie podziela stanowiska i argumentacji odwołującego prezentowanego na rozprawie dotyczącego niejasności i nieścisłości w zakresie postanowień specyfikacji, w szczególności odnoszących się do szczegółowych specyfikacji technicznych oraz wyjaśnień zamawiającego w piśmie z dnia 3 lutego 2011 r. W celu poparcia swojej argumentacji STRABAG wskazywał na zapisy ww. specyfikacji - pkt. D 00.00.00 wymagania ogólne pkt 1, 5, 7 lit. a ppkt 3, gdzie wskazano przestawienie (rozbiórka, a następnie ustawienie) istniejących ogrodzeń, w tym poszczególnych działek „poszerzanych pod pas drogowy”. Prac tych nie ujęto w kosztorysach – roboty te winny wykonać poszczególni właściciele posesji w

zamian za odszkodowanie wypłacone przez inwestora. W przypadku zmiany ww. decyzji, roboty te powinny zostać rozliczone jak wyżej (pkt 1, 5, 7a pkt 2) na zasadzie kosztorysu powykonawczego. Po pierwsze wskazać należy, że odwołujący nie zadawał pytań w tym zakresie, co potwierdził również zamawiający na rozprawie. Po drugie sam odwołujący oświadczył, że ww. pozycje ujął w kosztorysie ofertowym. W ocenie Izby powyższa kwestia została doprecyzowana i przesądzona przez zamawiającego w piśmie z dnia 3 lutego 2011 r. w odpowiedzi na pytanie 15, gdzie wprost wskazano zakres i ilość prac przewidzianych do wykonania w przedmiotowym postępowaniu.

Kolejno, Izba wskazuje, że rodzaj wynagrodzenia przesądza o sposobie rozliczania realizacji umowy, co też znalazło wyraz postanowieniach projektu umowy stanowiącego załącznik do siwz. Zgodnie z § 7 ww. projektu umowy ostateczne określenie wynagrodzenia nastąpi w oparciu o faktycznie wykonaną ilość robót stwierdzonych dokonany obmiarem i wskazanej w ofercie podstawy do ustalenia wynagrodzenia. Natomiast rozliczenie za wykonane roboty nastąpi według kosztorysu powykonawczego sporządzonego przez wykonawcę, na podstawie rzeczywiście wykonanych, odebranych i zatwierdzonych przez zamawiającego (inspektora nadzoru) ilości robót, przy zachowaniu cen jednostkowych, przedstawionych w kosztorysach ofertowych. Wobec tego nie do przyjęcia jest stanowisko odwołującego prezentowane na rozprawie, że do takiego rozliczenia przyjąłby ceny jednostkowe na poziomie rynkowym. Biorąc pod uwagę takie stanowisko odwołującego oraz rozpiętość cen rynkowych należałoby przyjąć, że zamawiający zlecając określony zakres prac nie posiadałby informacji na temat wynagrodzenia jakie będzie musiał wypłacić wykonawcy. Zgodzić się należy ze stanowiskiem zamawiającego, który wskazywał, że zaoferowana przez wykonawcę cena nie jest ryczałtowa a rozliczenie prac będzie następowało po ich wykonaniu w kosztorysie podwykonawczym. Tym samym, w przypadku zaistnienia sytuacji, w której sporny zakres prac zleconych przez zamawiającego wykonawcy na etapie realizacji będzie na niższym poziomie niż ten wskazany przez zamawiającego do opracowania oferty, to zamawiający będzie mógł ponieść stratę, gdyż nie będzie miał możliwości dokonania rozliczenia nie dysponując cenami jednostkowymi poszczególnych prac, które w tym celu winny być wyodrębnione w kosztorysie ofertowym odwołującego .

Tym samym Izba rozpoznając zarzuty odwołania stwierdziła, iż zamawiający prawidłowo odrzucił ofertę odwołującego z postępowania na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp oceniając jej treść jako sprzeczną z treścią siwz. W związku z tym nie może być mowy o naruszeniu przez zamawiającego art. 7 Pzp polegającego na różnicowaniu sytuacji wykonawców ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia.

Izba nie rozpoznawała zarzutu w zakresie naruszenia art. 92 Pzp poprzez niepodanie przez zamawiającego skonkretyzowanych przyczyn będących podstawą faktyczną odrzucenia oferty odwołującego z uwagi na fakt, że zgodnie z treścią art. 180 ust. 2 Pzp, w przypadku zamówienia o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp, nie przysługuje wykonawcy odwołanie w powyższym zakresie.

Wobec powyższego Izba działając na podstawie art. 192 ust. 2 Pzp uwzględniła odwołanie, bowiem stwierdzone naruszenia przepisów ustawy miały istotny wpływ na wynik postępowania.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy § 1 ust. 2 pkt. 1, § 3, § 5 ust. 3 pkt. 1 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). Izba uwzględniła koszty zamawiającego w kwocie 4.447,50 zł. stanowiące wynagrodzenie pełnomocnika w oparciu o przedłożoną fakturę VAT oraz koszty dojazdu na posiedzenie w oparciu o zestawienie kosztów.

Przewodniczący:

.....