

Sygn. akt: KIO 579/12

## WYROK

z dnia 3 kwietnia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Małgorzata Stręciwilk**

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 kwietnia 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 marca 2012 r. przez **Tadeusza Kamieniorza, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą: Przedsiębiorstwo Handlowo-Uslugowe „Kamyk” Kamieniorz Tadeusz, ul. Fiedorowska 26, 43-460 Wisła** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Szczyrk, ul. Beskidzka 4, 43-370 Szczyrk**

orzeka:

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża **Tadeusza Kamieniorza, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą: Przedsiębiorstwo Handlowo-Uslugowe „Kamyk” Kamieniorz Tadeusz, ul. Fiedorowska 26, 43-460 Wisła** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Tadeusza Kamieniorza, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą: Przedsiębiorstwo Handlowo-Uslugowe „Kamyk” Kamieniorz Tadeusz, ul. Fiedorowska 26, 43-460 Wisła** tytułem wpisu od odwołania;
  - 2.2. zasądza od **Tadeusza Kamieniorza, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą: Przedsiębiorstwo Handlowo-Uslugowe „Kamyk” Kamieniorz Tadeusz, ul. Fiedorowska 26, 43-460 Wisła** na rzecz **Gminy Szczyrk, ul. Beskidzka 4, 43-370 Szczyrk** kwotę: **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu 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. Nr 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 **Bielsku-Białej**.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Gmina Szczyrk (dalej: „Zamawiający”) prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „*Budowę dwóch parkingów przy obiektach turystycznych (Hala Pośrednia, Skaliste) w Mieście Szczyrk*”. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej: „*ustawa Pzp*”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 6 lutego 2012 r. pod nr 34548.

W postępowaniu tym wykonawca Tadeusz Kamieniorz, prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą: Przedsiębiorstwo Handlowo-Uslugowe „Kamyk” Kamieniorz Tadeusz z siedzibą w Wiśle (dalej: „Odwołujący”) w dniu 23 marca 2012 r. złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, którego kopia została przekazana Zamawiającemu w tej samej dacie. Złożone odwołanie dotyczy czynności Zamawiającego wykluczenia Odwołującego z postępowania, o dokonaniu której to czynności Zamawiający przesłał Odwołującemu informację faksem w dniu 19 marca 2012 r.

Odwołujący na wezwanie Prezesa Izby z dnia 26 marca 2012 r. o uzupełnienie braków formalnych odwołania w tym samym dniu uzupełnił je.

Do przedmiotowego postępowania odwoławczego żaden z wykonawców nie zgłosił przystąpienia.

Postanowieniem Izby sprawa odwołania została skierowana do rozpoznania na posiedzeniu z udziałem stron. Izba rozpoznała wniesione odwołanie na posiedzeniu z udziałem stron oraz na rozprawie w dniu 3 kwietnia 2012 r.

Izba ustaliła następujące stanowiska stron postępowania w przedmiotowej sprawie:

### I. Stanowisko Odwołującego

Odwołujący w swoim odwołaniu stwierdził naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, które – w jego ocenie - miało wpływ na wynik postępowania. Wskazał

na naruszenie: art. 2 pkt 1 i 5; art. 7 ust. 1 i 2, art. 36 ust. 1, art. 87 ust. 2, art. 89 ust. 1 pkt 2, a w konsekwencji art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Podkreślił, że naruszenia przywołanych przepisów wynikły z czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na:

- 1) błędnym, nieuprawnionym, a zarazem bezpodstawnym przyjęciu przy ocenie ofert, iż ceną - w rozumieniu postanowień art. 2 pkt 1 ustawy Pzp - są kwoty ujęte w kosztorysach ofertowych wraz z pozostałymi kosztami za inne świadczenia. Takie działanie świadczy równocześnie o niezgodności z postanowieniami art. 2 pkt 5 ustawy Pzp, który jednoznacznie - przy określaniu najkorzystniejszej oferty - odnosi się do pojęcia ceny;
- 2) dokonanie czynności oceny oferty złożonej przez Odwołującego z naruszeniem fundamentalnych zasad ustawy Pzp, a w szczególności - przeprowadzenia postępowania (oceny ofert) bez zachowania zasady zapewniającej zachowanie uczciwej konkurencji oraz obiektywizmu, do czego Zamawiający jest zobowiązany postanowieniami art. 7 ust. 1 i 2 ustawy Pzp;
- 3) błędnym, nieuprawnionym, a zarazem bezpodstawnym zastosowaniu przy ocenie ofert innego niż określony w SIWZ - na podstawie art. 36 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp - sposobu obliczenia ceny oferty, czym naruszono wskazany przepis;
- 4) zaniechaniu poprawienia w ofercie innych omyłek niepowodujących istotnych zmian w treści oferty, do której to czynności Zamawiający był zobowiązany na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, jak też zapisów cz. XVII pkt 2 SIWZ;
- 5) bezzasadnym i bezpodstawnym odrzuceniu oferty Odwołującego z przywołaniem jako podstawy prawnej postanowień art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp wobec bezspornego braku wystąpienia okoliczności uprawniających Zamawiającego do zastosowania tego przepisu co stanowi o jego naruszeniu;
- 6) błędnym uznaniu za najkorzystniejszą ofertę w przedmiotowym postępowaniu, oferty firmy P.W.Droseb s.c. z Bielsko-Białej, która to oferta - wobec bezpodstawnego odrzucenia oferty Odwołującego - nie może być uznana za najkorzystniejszą w myśl postanowień art. 2 pkt 5 ustawy Pzp w związku z art. 91 ustawy Pzp.

Odwołujący w związku z powyższym wniósł o:

1. uchylenie decyzji Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego wraz z uchyleniem decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty;
2. przeprowadzenie ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego wraz z dokonaniem poprawienia w ofercie Odwołującego omyłek niepowodujących

istotnych zmian w treści oferty, tj. zmian tytułów i opisów kosztorysu w części elektrycznej.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący wskazał na następujące okoliczności faktyczne i prawne w sprawie:

Zamawiający, odrzucając ofertę Odwołującego, wskazał jako uzasadnienie prawne na art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Odwołujący podkreślił, że zarówno w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty Odwołującego, jak też w powiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty, Zamawiający zawarł uzasadnienie swej decyzji, które w myśl postanowień art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp winno być uzasadnieniem faktycznym - czyli odnoszącym się ściśle do faktów i zapisów wynikających wprost z dokumentacji, a nie przypuszczeń, domniemań czy też nadinterpretacji Zamawiającego czynionych na potrzeby uzasadnienia swej błędnej decyzji.

Zamawiający, w sposób sprzeczny ze stanem faktycznym - zawarł w uzasadnieniu stwierdzenie cyt.: „...Zamawiający nie wskazał w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, iż kosztorys ofertowy wykonawcy ma jedynie charakter informacyjny, czy też pomocniczy”. Zamawiający, dla potrzeb tego stwierdzenia, według Odwołującego, w sposób zamierzony pominął postanowienia SIWZ:

- cz. IX pkt 7b SIWZ w brzmieniu: „sporządzony w oparciu o pozycje przedmiaru robót - kosztorys ofertowy”;
- cz. XVII pkt 3 w brzmieniu: „Przy czym przedmiar robót ma wyłącznie charakter dokumentu pomocniczego...”;

Według Odwołującego analiza logiczno-funkcjonalnej przywołanych zapisów SIWZ - opracowanych przez Zamawiającego – wskazuje, że charakter kosztorysu sporządzonego o przedmiar robót, któremu nadano charakter pomocniczy, może uzyskać tylko i wyłącznie status (charakter) dokumentu pomocniczego.

Zamawiający powołując się na postanowienia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, zdaniem Odwołującego, dokonał nadinterpretacji oferty Odwołującego, wywodząc i argumentując, iż stwierdził w niej brak kosztorysu ofertowego (części branży), całkowicie pomijając fakt złożenia przez Odwołującego kosztorysu ofertowego w trzech odrębnych częściach. Każda z części – jak podkreślił - obejmowała swym zakresem inny rodzaj robót - wyodrębniony technologicznie w wykonawstwie oraz eksploatacji, tj: teletechniczne, elektryczne oraz budowlane. Odwołujący podniósł, że w żadnej mierze nigdy nie oczekiwał i nie zamierzał uzupełniać jakiegokolwiek kosztorysu ofertowego lub jakiegokolwiek jego części, gdyż wszystkie kosztorysy zostały złożone wraz z ofertą. Według niego zatem niezasadnym jest

przywoływanie w stanowisku Zamawiającego postanowień art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, sugerujące taki zamiar czy też oczekiwania Odwołującego w tym zakresie.

Odwołujący podniósł również, że Zamawiający pominął w swych rozważaniach fakt wynikający wprost z zapisu cz. III (po pkt. 8) SIWZ, iż cyt.: „*Szczegółowy zakres robót określa dokumentacja projektów oraz specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót*”. Powyższe w sposób jednoznaczny – jego zdaniem - określa podstawę i zakres realizacji przedmiotu zamówienia, jak też podstawę określenia ceny wykonania przedmiotowego zadania opisanego projektami i dokumentacją techniczną. Stąd też w jego ocenie zarówno zakres prac, jak też cena ich realizacji była przez Zamawiającego określona w SIWZ wyłącznie na podstawie dokumentów (danych) opisanych w cz. III (po pkt 8) SIWZ oraz w cz. XVII - z uwzględnieniem jednoznacznej informacji Zamawiającego, że cyt.: „*...przedmiar robót ma wyłącznie charakter dokumentu pomocniczego ...*”

Odwołujący wskazał również, że Zamawiający podejmując decyzję o odrzuceniu oferty Odwołującego pominął również postanowienia ustawy Pzp zawarte w art. 2 pkt 1, które wskazują na ustawę o cenach określającą jednoznacznie, iż ceną jest wartość, którą obowiązany jest zapłacić kupujący (czyt. Zamawiający) za wykonaną usługę, do której zalicza się roboty budowlane. Zamawiający oczekując podania ceny – jedynego kryterium wyboru - wyraźnie wskazał, co, jego zdaniem, znajduje również potwierdzenie w zapisach umownych i innych w SIWZ - iż cena ofertowa stanowić będzie wynagrodzenie wykonawcy za cały przedmiot zamówienia, a nie za jego odrębne części. Stąd też Odwołujący stwierdził, iż w danym postępowaniu występuje wynagrodzenie ryczałtowe, a nie kosztorysami powykonawczymi.

Odwołujący podniósł także, że Zamawiający naruszył art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie jego zastosowania, do czego był zobowiązany. Podkreślił, że Zamawiający zwracając się do Odwołującego o wyjaśnienie treści oferty otrzymał pełne wyjaśnienia ze wskazaniem i argumentacją uzasadniającą i potwierdzającą wystąpienie innych omyłek w treści oferty Odwołującego. Odwołujący w piśmie z dnia 9 marca 2012 r. przekazał Zamawiającemu między innymi informację, że:

- wymóg Zamawiającego sporządzenia kosztorysu został w całości wypełniony lecz w jednej z jego części - części elektrycznej - omyłkowo „zachowany” został tytuł: „*Budowa parkingu dla samochodów osobowych na Pośrednim w Szczyrku*” zamiast tytułu, który znajduje się na pozostałych częściach - „*Budowa dwóch parkingów przy obiektach turystycznych (hala pośrednia, Skalite) w mieście Szczyrk*”. W zakresie oznaczenia stron tej części kosztorysu ujęte jest nazewnictwo - „*Szczyrk parkingi elektryka*” co jest potwierdzeniem zaistniałej oczywistej omyłki. Ponadto w poszczególnych wartościach składowych zawarte zostały pełne zakresy przedmiarów robót wraz ze wszystkimi materiałami, których ilości omyłkowo nie

zostały skomasowane łącznie - przy ujęciu (uwzględnieniu) ich wartości łącznej w kolumnie „wartość z narzutami”;

- oczywistość omyłki znajduje potwierdzenie w treści złożonego wraz z ofertą harmonogramu rzeczowo - finansowego, opracowanego dla całego przedmiotu zamówienia - „Budowa dwóch parkingów ...”, gdzie dla czerwca zakreślono wykonanie robót elektrycznych na kwotę 21.054,79 PLN co ściśle odpowiada wartości wskazanej w danej (elektrycznej) części kosztorysu. Również dla sierpnia - przy zakończeniu zadania - wskazano wartości inwentaryzacji geodezyjnej i powykonawczej (622,50 PLN) oraz nadzorów i dopuszczeń (1.074,19 PLN), które to wartości zostały w sposób jednoznaczny wskazane w przedmiotowej części kosztorysu ofertowego między innymi w poz. 2 i 3 tabeli elementów scalonych;
- koszty inwentaryzacji geodezyjnej i powykonawczej, jak też nadzorów i dopuszczeń dotyczą całego przedsięwzięcia „Budowa dwóch parkingów...”, a nie jedynie części elektrycznej, gdyż wymóg dokonania tych czynności/prac dla całości robót budowlanych (przedmiotu zamówienia) - wynika generalnie z postanowień ustawy Prawo budowlane co znajduje potwierdzenie także w postanowieniach pkt 6, 7, 8 i 13 ust. 7 § 4 umowy będącej załącznikiem do SIWZ. W innych częściach kosztorysu nie wykazywano kosztów tych prac. Informacje i wyjaśnienia przekazane Zamawiającemu wraz z potwierdzeniem, iż nie zachodzą jakiegokolwiek przesłanki do zmiany ceny oferty, gdyż wszystkie koszty zostały ujęte i uwzględnione w złożonych kosztorysach (3 częściach) - przy uwzględnieniu między innymi wymogu Zamawiającego, iż cena ta ma uwzględniać zapis: „ewentualny upust winien być uwzględniony w sporządzonym kosztorysie ofertowym”.

Odwołujący podkreślił, że przepisy prawa polskiego nie regulują zasad sporządzania kosztorysów przez wykonawców równocześnie wskazując, iż rodzaje, formy i treści kosztorysów, techniki i metody kalkulacji są generalnie pojęciami ściśle związanymi z zasadami ustalenia wynagrodzenia za roboty budowlane. Aby zatem – w jego ocenie - była w ogóle mogła być mowa o wadliwości oferty wynikającej z niekompletności załączonych do oferty kosztorysów, najpierw w SIWZ musiałby się – jego zdaniem - znaleźć precyzyjny zapis zakazujący odstępstw pomiędzy normami nakładów przyjętych w przedmiarach, a ilościami podanymi przez wykonawcę. Zważył, iż przedmiar robót jest opracowaniem wtórnym w stosunku do projektów i specyfikacji technicznych. Dlatego też co do zasady pełni funkcję pomocniczą, co wyraźnie i jednoznacznie – według niego - potwierdził Zamawiający z cz. XVII pkt. 3 SIWZ - „przedmiary robót mają wyłącznie charakter pomocniczy”. Kosztorys - według Odwołującego - nie jest dokumentem określającym zakres prac przewidzianych do wykonania przy danej inwestycji lecz swoistym formularzem usprawniającym określenie

ceny zamówienia. Kosztorys ofertowy jest zatem w tym przypadku jedynie dokumentem przygotowywanym na potrzeby obliczenia ceny, której opis sposobu obliczenia - zgodnie z postanowieniami art. 36 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp - zawarł Zamawiający w cz. XVII SIWZ, a Odwołujący ustalając cenę zastosował się do warunków i zasad określonych tymi postanowieniami SIWZ.

Odwołujący podniósł także, że określona cena zamówienia została wskazana w formularzu „OFERTA” w pkt 1 przy równoczesnym oświadczeniu, iż w określonej cenie Odwołujący zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia, którego zakres określono w SIWZ, dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót oraz przedmiarach robót wraz z wszystkimi opłatami koniecznymi do zakończenia realizacji zamówienia w określonym ofercie czasie i na warunkach zawartych we wzorze umowy.

Niezrozumiałym dla Odwołującego było przywoływanie przez Zamawiającego w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty tematyki tabel elementów scalonych za określone branże, pozostałych kosztów za inne świadczenia i sposobu ich transponowania z kosztorysu ofertowego złożonego przez Odwołującego. Stanowisko Zamawiającego tym bardziej dla Odwołującego - jak wskazał - jest niezrozumiałe i sprzeczne z postanowieniami SIWZ bowiem w udostępnionej wykonawcom dokumentacji nie było nigdzie wyszczególnienia tabel elementów scalonych na określone branże co ewentualnie mogłoby sugerować obowiązek sporządzania kosztorysów z tymi elementami. Jednoznaczne określenie w SIWZ trybu i sposobu sporządzenia kosztorysów, tj. bez narzucenia formy całkowicie wykluczały – jego zdaniem - obowiązek podawania - określania tabel elementów scalonych, których brak czy też brak możliwości stworzenia (wyłącznie wg. Zamawiającego) na podstawie złożonego kosztorysu przez Odwołującego nie może stanowić jakiegokolwiek podstawy, czy też uzasadnienia do odrzucenia jego oferty.

W toku rozprawy Odwołujący podtrzymał zarzuty, żądania i argumentację zawarte w odwołaniu.

## II. Stanowisko Zamawiającego

Zamawiający pismem z dnia 2 kwietnia 2012 r. złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający podniósł, że cena za wykonanie przedmiotowego zamówienia nie może być uznana za ryczałtową. Według niego kosztorysowy charakter wynagrodzenia w przedmiotowym postępowaniu wynika jednoznacznie z treści wzoru umowy stanowiącej załącznik do SIWZ. Wskazał tutaj na § 2 ust. 1 i 2 wzoru umowy, z których to postanowień wynika, że wynagrodzenie umowne jest kształtowane kosztorysem ofertowym i przewidziano tam też możliwość zmiany zakresu robót (rezygnacji) w oparciu o składniki ceny zawartej



w ofercie wykonawcy. Podkreślił różnice pomiędzy wynagrodzeniem ryczałtowym (podstawą zamiany ceny ryczałtowej może być wyłącznie taka zmiana stosunków, której nie można było przewidzieć a wykonanie zamówienia groziłoby wykonawcy rażącą stratą), a wynagrodzeniem kosztorysowym (porównanie tego, co zostało zaplanowane do wykonania z tym co faktycznie zostało zrealizowane). Według niego w przedmiotowej umowie w niniejszym zamówieniu Zamawiający jednoznacznie wskazał, że to co zostało zaplanowane może zostać zmienione, a podstawą do rozliczenia zmiany będą ceny z kosztorysów ofertowych. Według Zamawiającego stwierdzenie zawarte w SIWZ, iż: „Ceny jednostkowe oferty należy obliczyć w oparciu o załączony do SIWZ przedmiar robót według kolejności pozycji wyszczególnionych w przedmiarze robót. Przy czym przedmiar robót ma wyłącznie charakter dokumentu pomocniczego – uzupełniającego dokumentację projektową oraz SST” nie zmienia charakteru wynagrodzenia w przedmiotowym postępowaniu. Wskazane postanowienia SIWZ według niego wskazują, że dokumentacja projektowa i SST są dokumentami o podstawowym znaczeniu dla obecnego zakresu robót. Podstawowy zakres robót bowiem w przypadku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego musi być jednoznacznie określony, co wynika z dyspozycji art. 29 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający powołał się na orzecznictwo KIO w sprawie charakteru wynagrodzenia kosztorysowego i ryczałtowego.

W swoim stanowisko Zamawiający podkreślił także, że wymóg dołączenia do oferty kosztorysu ofertowego został zapisany w SIWZ postanowieniami rozdziału IX pkt 7, gdzie stwierdzono, że do oferty należy załączyć sporządzony w oparciu o pozycje przedmiaru robót – kosztorys ofertowy oraz rozdziału VII pkt 3 SIWZ, z którego m.in. wynika, że oferowane ceny jednostkowe winny wynikać wprost z kosztorysu ofertowego. W świetle tych postanowień SIWZ kosztorys ofertowy – zdaniem Zamawiającego – pełnił bardzo istotną rolę w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, gdyż na jego podstawie rozliczane będą roboty, a ponadto na podstawie cen z kosztorysu ofertowego będą prowadzone rozliczenia robót zamiennych.

Zamawiający wskazał, że brak kosztorysu ofertowego w ofercie Odwołującego nie podlega poprawieniu. Zamawiający nie miał możliwości konwalidacji tego braku i zgodnie z przepisami ustawy Pzp powinien ofertę Odwołującego z tego powodu odrzucić, a wykonawcę wykluczyć z postępowania. Na poparcie swojego stanowisko przywołał orzecznictwo KIO (wyroki o sygn. akt: KIO 1132/11, KIO/UZP 1945/09 i 1957/09, KIO 494/11, KIO 2164/10) oraz wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu (sygn. akt: II Ca 1355/05).

Zamawiający podkreślił także, że brak wyceny na „Budowę dwóch parkingów w Szczyrku Skalite – część elektryczna” powoduje także niemożność wyceny robót zamiennych lub obniżenia wynagrodzenia w związku ze zmniejszeniem jego zakresu i w tym

aspekcie uniemożliwia się realizację zamówienia. Zdaniem Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zmiana wynagrodzenia będzie bardzo prawdopodobna, a przeprowadzenie takiej zmiany w przypadku Odwołującego i jego oferty jest niemożliwe.

Zamawiający zwrócił również uwagę na to, że pozycje w przedmiarach dla dwóch parkingów objętych przedmiotem zamówienia nie były jednakowe. Kosztorysy te musiały zawierać różne pozycje, gdyż przedmiary stanowiące ich podstawę dotyczyły zupełnie innych robót. Podkreślił, że nie tylko liczba pozycji w tych kosztorysach jest inna, ale również nazwy poszczególnych pozycji oraz ich ceny także różnią się. Według Zamawiającego samodzielnie wpisanie nazwy kosztorysu i potraktowanie jednego kosztorysu, jako dwóch kosztorysów byłoby niemożliwe i nie mieściłoby się w ramach, jakie tworzy w tym zakresie ustawa Pzp.

W toku rozprawy Zamawiający podtrzymał swoje stanowisko wyrażone w odpowiedzi na odwołanie.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron postępowania, zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła też, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

W drugiej kolejności Izba ustaliła, że Odwołujący ma interes w złożeniu odwołania. W odwołaniu podnosi on zarzuty dotyczące czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu jego oferty z postępowania, w sytuacji gdy ta oferta cenowo (cena jako jedyne kryterium oceny ofert określona została w SIWZ) pozostawałaby najkorzystniejszą w postępowaniu. W ocenie Izby powyższe w sposób bezpośredni pozbawia Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia oraz naraża go na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody. Wskazuje to na wypełnienie materialnoprawnej przesłanki skutecznego wniesienia odwołania, o której to przesłance mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba, rozpoznając odwołanie w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu, uznała je za niezasadne.

Izba ustaliła, że Zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia w Rozdziale III SIWZ oraz w dokumentacji projektowej i Specyfikacjach technicznych wykonania i odbioru robót. W rozdziale IX pkt 7 lit. b) SIWZ określił wymóg dołączenia do oferty kosztorysu ofertowego sporządzonego w oparciu o pozycje przedmiaru robót. W rozdziale XVII SIWZ Zamawiający wprowadził opis sposobu obliczenia ceny, wskazując, że cenę należy obliczyć w oparciu o załączoną do specyfikacji dokumentację projektową, specyfikację techniczną wykonania i odbioru robót oraz przedmiary robót. Zamawiający określił tam także wymóg, aby ceny jednostkowe oferty były obliczone w oparciu o załączony do SIWZ przedmiar robót, według kolejności pozycji wyszczególnionych w przedmiarze robót, przy czym, wskazał, że przedmiar ma wyłącznie charakter dokumentu pomocniczego – uzupełniającego dokumentację projektową oraz specyfikację techniczną wykonania i odbioru robót. Według tych postanowień także ewentualny upust powinien być uwzględniony w sporządzonym kosztorysie ofertowym zaś oferowane ceny jednostkowe winny wynikać wprost z kosztorysu ofertowego. Zamawiający w rozdziale tym wskazał również, że cena całkowita i ceny jednostkowe podane przez wykonawcę nie będą podczas wykonywania umowy podlegały waloryzacji. Zamawiający w SIWZ (rozdział XVIII) określił jako jedyne kryterium ofert w przedmiotowym postępowaniu kryterium cenowe. Jako załącznik nr 6 do SIWZ został określony wzór umowy przyjęty dla przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. We wzorze tym Zamawiający m.in. w § 2 ust. 1 określił, że obowiązującą formą wynagrodzenia za wykonanie przedmiotu zamówienia umowy stanowi wynagrodzenie umowne brutto o wielkości ustalonej kosztorysem ofertowym wykonawcy. W § 2 ust. 2 tego wzoru Zamawiający zastrzegł sobie prawo do rezygnacji z określonego zakresu robót bez wynagrodzenia dla wykonawcy. Wskazał też, że w takim przypadku wartość tych robót zostanie obliczona w oparciu o składniki ceny zawarte w ofercie wykonawcy i odliczona od ceny przyjętej dla realizacji niniejszego zamówienia. Załącznik do SIWZ stanowiły także przedmiary robót, w tym dwa odrębne przedmiary dla części elektrycznej dla przedsięwzięcia: „Budowa parkingu dla samochodów osobowych przy ulicy Beskidzkiej w Szczyrku Skalite” i „Budowa parkingu dla samochodów osobowych na Pośrednim w Szczyrku.”

Odwołujący złożył swoją ofertę w postępowaniu o wartości: 777 386,52 zł netto, tj. 956 185,42 zł brutto. Do oferty zostały dołączone następujące kosztorysy ofertowe:

- 1) kosztorys na roboty budowlane dla „Budowa dwóch parkingów przy obiektach turystycznych, Hala Pośrednia, Skalite w Mieście Szczyrk” (str. 7-20 oferty) o łącznej wartości: 904 633,76 zł brutto;

- 2) kosztorys na część elektryczną dla „Budowa parkingu dla samochodów osobowych na Pośrednim w Szczyrk” (str. 21-26 oferty) o łącznej wartości: 27 984, 32 zł brutto;
- 3) kosztorys na część teletechniczną dla „Budowa dwóch parkingów przy obiektach turystycznych (hala pośrednia, Skalite) w mieście Szczyrk” (str. 27-31 oferty) o łącznej wartości: 23 567,34 zł brutto.

W toku czynności badania i oceny ofert Zamawiający zwrócił się pismem z dnia 6 marca 2012 r. do Odwołującego z wnioskiem o wyjaśnienie dotyczące złożonej oferty skierowane na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Wskazał tam, że w rozdziale IX pkt 7 lit. b SIWZ zobowiązał wykonawców do załączenia do oferty sporządzonego w oparciu o pozycje przedmiaru kosztorysu ofertowego. W ofercie Odwołującego stwierdzono w tym zakresie brak kosztorysu – część elektryczna budowa parkingu dla samochodów osobowych przy ul. Beskidzkiej – Szczyrk – Skalite. Zamawiający wyznaczył Odwołującemu czas na udzielenie odpowiedzi do dnia 9 marca 2012 r. Odwołujący pismem z dnia 9 marca 2012 r. przesłanym do Zamawiającego w tej samej dacie wyjaśnił, że zaoferował określoną w formularzu ofertowym cenę za całość zamówienia. Podkreślił, że cena ta została ściśle ustalona w oparciu o szczegółowy zakres robót określony w dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót. Wskazał także, że złożony przez Odwołującego kosztorys ofertowy obejmuje w swej wartości wszystkie zakresy robót wraz z materiałami niezbędnymi dla pełnego wypełnienia zobowiązań ofertowych określonych w § 3 i § 4 ust. 1 i 2 SIWZ (wzór umowy). Odwołujący podkreślił, że złożony przez niego kosztorys ofertowy został sporządzony zgodnie z wymogami Zamawiającego określonymi w SIWZ. Co do kosztorysu części elektrycznej wyjaśnił, że wymóg sporządzenia kosztorysu został przez niego w całości wypełniony lecz w jego jednej części – podkreślił, że omyłkowo „zachowany” został tytuł kosztorysu „Budowa parkingu dla samochodów osobowych na Pośrednim w Szczyrku” zamiast tytułu, który znajduje się na pozostałych częściach: „Budowa dwóch parkingów przy obiektach turystycznych (hala pośrednia, Skalite) w mieście Szczyrk”. W zakresie oznaczenia stron tej części kosztorysu ujęte jest nazewnictwo „Szczyrk parkingi elektryka” co jest potwierdzeniem zaistniałej – oczywistej omyłki. Odwołujący podkreślił także, że w poszczególnych wartościach składowych zawarte zostały pełne zakresy przedmiarów robót wraz ze wszystkimi materiałami, których ilości omyłkowo nie zostały skomasowane łącznie – przy ujęciu ich wartości łącznej w kolumnie „wartość z narzutami”. Według Odwołującego potwierdzeniem powyższego jest złożony wraz z ofertą harmonogram rzeczowo – finansowy opracowany dla całego przedmiotu zamówienia „Budowa dwóch parkingów...” gdzie dla czerwca zakreślono wykonanie robót elektrycznych na kwotę 21 054,79 zł co ściśle odpowiada wartości wskazanej w danej (elektrycznej) części kosztorysu. Podkreślił, że również dla sierpnia – przy zakończeniu zadania – wskazano

wartość inwentaryzacji geodezyjnej i powykonawczej (622,50 zł) oraz nadzorów i dopuszczeń (1 074,19 zł), które to wartości zostały w sposób jednoznaczny wskazane w przedmiotowej części kosztorysu ofertowego między innymi w poz. 2 i 3 tabeli elementów scalonych. Odwołujący poinformował też, że koszty inwentaryzacji geodezyjnej i powykonawczej, jak też nadzorów i dopuszczeń dotyczą całego przedsięwzięcia, a nie jedynie części elektrycznej. Odwołujący w swoich wyjaśnieniach wskazał także na ryczałtowy charakter wynagrodzenia z tytułu realizacji przedmiotowego zamówienia.

Zamawiający pismem z dnia 19 marca 2012 r. poinformował Odwołującego o wynikach postępowania, tj. o wyborze oferty najkorzystniejszej w postępowaniu (P.W. DROSEB S.C. z siedzibą w Bielsku-Białej) oraz o odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oferty Odwołującego, wskazując na brak części branży elektrycznej kosztorysu ofertowego dla budowy parkingu dla samochodów osobowych przy ul. Beskidzkiej w Szczyrku Skalite wymaganego przez Zamawiającego w SIWZ, a będącego jednocześnie elementem oferty. Zamawiający podkreślił, że nie wskazał w treści SIWZ, że kosztorys ofertowy wykonawcy ma jedynie charakter informacyjny, czy też pomocniczy. Wskazał też na ustalony w SIWZ wzór umowy, z którego wynika, że wynagrodzenie będzie wynikać z wielkości ustalonej kosztorysem ofertowym wykonawcy, co wskazuje na zobowiązanie dla wykonawcy do jego złożenia. Zamawiający podkreślił też, że kwoty z poszczególnych pozycji kosztorysu ofertowego przeniesione do tabeli elementów scalonych za określone branże, wraz z pozostałymi kosztami za inne świadczenia stanowią cenę ofertową wykonawcy. W związku z powyższym w takiej sytuacji konsekwencją niezłożenia części kosztorysu ofertowego jest nie ujęcie jego wartości w cenie ofertowej. Wskazał również, że powyższy brak nie może być uzupełniony w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, ponieważ kosztorys ofertowy nie stanowi dokumentu, o którym mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba stwierdziła, że Zamawiający w sposób zasadny odrzucił ofertę Odwołującego. Niewątpliwym było dla Izby po ocenie dokumentacji z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a w szczególności treści złożonej przez Odwołującego oferty, że kosztorys ofertowy branży elektrycznej dla zadania „*Budowa parkingu dla samochodów osobowych przy ul. Beskidzkiej w Szczyrku Skalite*” nie został przez tego wykonawcę załączony do oferty. Wyjaśnienia udzielone Zamawiającemu w tym zakresie przez Odwołującego, a także zamieszczenie w treści odwołania i podnoszone na rozprawie – w ocenie Izby – stanowią jedynie nieudolną próbę obrony ze strony Odwołującego swojej, wadliwie złożonej oferty. Tłumaczenie, że załączony do oferty kosztorys również branży elektrycznej, ale dotyczący innego zakresu przedmiotu zamówienia (budowa innego parkingu położonego w innej części miasta, co do którego

wymogi realizacji – jak wynika z dokumentacji postępowania, w tym nie tylko z przedmiarów robót, zostały przez Zamawiającego określone odrębnie i odmiennie dla każdego z nich) stanowi także wypełnienie wymogu dołączenia kosztorysu dotyczącego innego parkingu, nie mogło być uznane przez Izbę za wiarygodne. Niewątpliwie – jak choćby wynika z opisu przedmiotu zamówienia zamieszczonego w rozdziale II SIWZ wymogi dotyczące robót elektrycznych na dwóch odrębnych parkingach objętych przedmiotem zamówienia (Skalite i na Pośrednie) nie były tożsame. Były to odrębnie sformułowane wymogi, tak co do sposobu wykonania parkingu i oświetlenia na nim, zastosowanych rozwiązań (np. na parkingu na Pośrednie zasilanie oświetlenia miało następować z szafy sterowniczej wyposażonej w aparaturę sterowniczą z zegarem astronomicznym, wolnostojącej z fundamentem ustawianą obok rozdzielnic, tymczasem na parkingu Skalite zasilanie punktu informacyjnego miało odbywać się z szafki pomiarowej montowanej na słupie, z której należy wyprowadzić linię kablową do szafki rozdzielczej zlokalizowanej przy punkcie informacyjnym; zasilanie zaś szafki pomiarowej miało zostać wykonane za pomocą przyłącza napowietrznego), jak i użytych materiałów (np. na Pośrednie zastosowane miały być kable ziemne typu YAKY 4x35 mm<sup>2</sup> 0,6/1kV, zaś na Skalite miały być kable YKY 2x10mm<sup>2</sup> ). Z tych też względów przygotowanie kosztorysu ofertowego dla jednego z parkingów (na Pośrednie), opracowanego ściśle według wymogów SIWZ i w oparciu o przedmiar dla tego właśnie parkingu (niezmodyfikowanie w tym zakresie przedmiaru) w żadnej mierze nie może być odczytywane jako kosztorys ofertowy dla innego parkingu (Skalite). Gdyby Odwołujący załączony do oferty kosztorys co do parkingu na Pośrednie w jakiś sposób zmodyfikował przedłożony przedmiar uwzględniając odrębne wymogi co do parkingu Skalite i tworząc w tym zakresie jeden wspólny kosztorys dla obydwu parkingów, można byłoby przyjąć, że w tym zakresie zachodziłaby wyłącznie niezgodność formalna i można byłoby z tego wywieść wolę Odwołującego co do choćby zamiaru ujęcia w jednym kosztorysie branży elektrycznej dla obydwu parkingów. W sytuacji, gdy Odwołujący złożył jeden kosztorys ofertowy, który odpowiada co do opisu poszczególnych pozycji i przewidzianych dla nich wielkości jednostek ściśle wymogom przedmiaru dla parkingu na Pośrednie, z powyższego nie można wywodzić, że kosztorys branży elektrycznej dla parkingu Skalite jednak został złożony.

W tym zakresie Izba stwierdziła niezgodność merytoryczną oferty Odwołującego z wymogami SIWZ, która to niezgodność nie nadaje się do poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, ponieważ prowadziłaby do istotnej zmiany treści oferty.

W pierwszej kolejności stwierdzić należy, że wymóg dołączenia kosztorysów ofertowych z poszczególnych branż w niniejszym postępowaniu został określony wprost w zapisach SIWZ. Zgodzić należy się z Zamawiającym, że żadne postanowienia SIWZ nie zawierają stwierdzenia o pomocniczym charakterze kosztorysu ofertowego. Zamawiający

faktycznie wskazywał na pomocniczy charakter, ale przedmiarów robót, w oparciu o które należało sporządzić kosztorysy ofertowe. Użyte przez Zamawiającego określenie: „*pomocniczy charakter przedmiarów*” odnosi się jedynie do dokumentów tworzonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przy robotach budowlanych, które służą opisowi przedmiotu zamówienia, tj. dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót. Przedmiary sporządzane w ramach dokumentacji projektowej zawsze mają charakter pomocniczy (drugorzędny) w stosunku do samego projektu. W rozdziale XVII pkt 3 zdanie drugie wskazano, że przedmiar ma wyłącznie charakter dokumentu pomocniczego, ale w tym właśnie kontekście – jak dalej wskazano – że uzupełnia on jedynie dokumentację projektową, a także specyfikację techniczną wykonania i odbioru robót. Powyższe sformułowanie niezbędne jest dla ustalenia hierarchii ważności dokumentów opisujących przedmiot zamówienia dla wykonania robót budowlanych w sytuacji gdyby dokumenty te zawierały sprzeczne ze sobą czy niejasne określenia. Żadne postanowienie SIWZ jednak – jak podniesiono – nie odnosi się do posiłkowego charakteru sporządzanego przez wykonawców kosztorysu ofertowego. Tym samym kosztorysy ofertowe, wymagane przez Zamawiającego, należało bezwzględnie dołączyć do ofert w przedmiotowym postępowaniu.

Co do drugiej kwestii związanej bezpośrednio z żądaniem kosztorysu ofertowego – mianowicie charakteru wynagrodzenia przyjętego w niniejszym postępowaniu - Izba nie przychyliła się do stanowiska Zamawiającego, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający w sposób jednoznaczny przyjął kosztorysowy charakter wynagrodzenia. W ocenie Izby postanowienia wzoru umowy i SIWZ wskazują w tym zakresie raczej na ryczałtowy charakter wynagrodzenia. Żaden zapis wzoru umowy nie wskazuje, bowiem na konieczność sporządzenia i rozliczenia wykonanych prac kosztorysami powykonawczymi. Zamawiający przyjął zapłatę za wykonanie zamówienia za jedną, co do zasady niezmienną cenę ryczałtową, ustaloną przez wykonawcę na podstawie kosztorysu ofertowego. Niezależnie jednak od powyższego Izba uznała, że żądane przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu kosztorysy ofertowe stanowiły merytoryczną treść oferty bowiem Zamawiający przewidział określonego rodzaju rozwiązania w przedmiotowym postępowaniu związane ze sposobem wykonania zamówienia, dla których istotne są właśnie kosztorysy ofertowe. Te szczególne rozwiązania sprowadzają się do tego, że w oparciu o kosztorysy ofertowe i przewidziane tam ceny jednostkowe, które można wywieść z ceny za poszczególne pozycje podzielone przez ilość wymaganych w tym zakresie prac (jednostek), miały być rozliczane prace, z których Zamawiający może zrezygnować w trakcie wykonania zamówienia. Z tego też względu brak załączenia właściwego – według określonych przez Zamawiającego w SIWZ wymagań – kosztorysu ofertowego skutkować będzie uniemożliwieniem rozliczenia wskazanej inwestycji budowlanej, według przyjętych

w SIWZ rozwiązań. Tak, więc, pomimo braku jednoznacznego określenia kosztorysowego charakteru wynagrodzenia przyjęto w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, Izba stwierdziła, że szczególne zapisy SIWZ, a także wzoru umowy w tym postępowaniu wskazane powyżej uzasadniają potrzebę załączenia do oferty przez wykonawców kosztorysów ofertowych sporządzonych na zasadach określonych w SIWZ jako merytoryczna treść oferty, odnosząca się do sposobu wykonania zamówienia i jego rozliczenia.

Co do trzeciej kwestii związanej z możliwością poprawienia oferty Odwołującego w zakresie brakującego kosztorysu Izba uznała, że powyższe nie jest możliwe, biorąc pod uwagę obowiązujące przepisy ustawy Pzp. Sporządzony przez Odwołującego kosztorys branży elektrycznej i dołączony do jego oferty w sposób znaczący różniący się od kosztorysu wymaganego, który nie został załączony do oferty (nie tylko ilościami jednostek, ale też – jak wskazano - opisami poszczególnych pozycji i przyjętej w tym zakresie różnej technologii i różnych użytych przez Zamawiającego materiałów) nie może stanowić podstawy do poprawienia oferty Odwołującego. Przyjęcie odmiennego stanowiska w tym zakresie sprowadzałoby się do tego, że dla poprawienia tej oferty Zamawiający samodzielnie musiałby przygotować za wykonawcę nowy kosztorys i w tym zakresie samodzielnie dokonać wyceny wszystkich pozycji kosztorysu albo też poprosić o złożenie w tym zakresie nowego oświadczenia woli przez wykonawcę. Taki sposób działania przeczy dyspozycji art. 87 ust. 1 ustawy Pzp bowiem prowadzi do niedopuszczalnych negocjacji z wykonawcą w postępowaniu albo też prowadzi do istotnej zmiany treści oferty wykonawcy, do czego odnosi się art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, a także nie nosi znamion działania omyłkowego po stronie wykonawcy, o czym także mowa we wskazanym przepisie ustawy Pzp. Na ustalenie, że w przedmiotowej sprawie nie mamy do czynienia z omyłkowym działaniem po stronie wykonawcy wskazuje choćby matematyczna czynność zsumowania wartości poszczególnych kosztorysów ofertowych załączonych do oferty Odwołującego. Zsumowanie tych wartości daje łączną cenę ofertową wskazaną na formularzu ofertowym Odwołującego. Tym samym Odwołujący, wskazując już na konieczność poprawienia swojej oferty w zakresie cenowym, jak i treściowo, potwierdza, że w przyjętej wycenie prac elektrycznych na parking na Pośrednie nie dokonał wyceny prac wymaganych w zakresie parkingu Skalite. Powyższe wskazuje zatem nie na omyłkowe działanie ze strony tego wykonawcy, a właściwą jego, wyrażoną w treści oferty, wolę co do realizacji i wyceny prac elektrycznych tylko w zakresie parkingu na Pośrednie.

Z tych też względów Izba stwierdziła, że Zamawiający nie dopuścił się naruszenia przepisów ustawy Pzp wskazanych w treści odwołania.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.



Orzekając o kosztach postępowania Izba uwzględniła dyspozycję art. 192 ust. 9 oraz 10 ustawy Pzp, tj. orzekła w tym zakresie stosownie do wyniku postępowania, obciążając tymi kosztami Odwołującego. Wśród kosztów postępowania odwoławczego Izba uwzględniła - stosownie do regulacji zawartej w § 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 w sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) – koszty wpisu uiszczzonego przez Odwołującego oraz - stosownie do w § 3 pkt 2 lit. b) przywołanego rozporządzenia – koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego.

**Przewodniczący:** .....