

**WYROK**  
**z dnia 13 lipca 2016 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Justyna Tomkowska**

**Protokolant: Aneta Górniak**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 lipca 2016 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 czerwca 2016 roku przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia **POLAQUA Sp. z o.o. z siedzibą w Wólce Kozodawskiej**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Poznaniu**

przy udziale wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia **NAVIMOR-INVEST S.A. z siedzibą w Gdańsku** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. uwzględni odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności badania i oceny ofert i unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego

2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Poznaniu** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 0 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego **POLAQUA Sp. z o.o. z siedzibą w Wólce Kozodawskiej**, tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od zamawiającego **Regionalnego Zarządu Gospodarki Wodnej w Poznaniu** na rzecz odwołującego **POLAQUA Sp. z o.o. z siedzibą w Wólce**

**Kozodawskiej**, kwotę **20 000 zł 0 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Poznaniu**.

**Przewodniczący:** .....

## **Uzasadnienie**

W dniu 23 czerwca 2016 roku, do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 180 ust. 1 w związku z art. 179 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. 2015 poz. 2164) (dalej: „ustawa Pzp”), odwołanie złożył wykonawca POLAQUA Sp. z o.o. z siedzibą w Wólce Kozodawskiej (dalej: „Odwołujący”).

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie zadania: „Modernizacja obiektów piętrzących Kanału Bydgoskiego obejmująca zadania: - śluza Okole z zabudowaniami, - śluza Czyżkówko z zabudowaniami, - śluza Prądy z zabudowaniami i mostem - śluza Osowa Góra z zabudowaniami i mostem. Zadanie 2 - ŚLUZA OKOLE.”, prowadzi Zamawiający: Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Poznaniu. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dz.U. UE w dniu 05.01.2016 r.

Odwołanie wniesiono od czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego z postępowania. Czynności Zamawiającego zarzucono:

- naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp poprzez ich zastosowanie i uznanie, że treść oferty Odwołującego nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”) i zawiera błąd w obliczeniu ceny;
- naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez błędne jego zastosowanie i wybór innej oferty niż oferta Odwołującego;
- naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania, w tym dokonanie oceny oferty Odwołującego z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
- naruszenie art. 36 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp poprzez jego niewłaściwe zastosowanie;
- naruszenie art. 87 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie.

W wyniku naruszenia wymienionych przepisów ustawy Pzp Odwołujący może ponieść szkodę, gdyż zgodnie z informacją podaną przez Zamawiającego w trakcie czynności otwarcia ofert oraz zgodnie z kryteriami oceny ofert, to oferta złożona przez Odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą. Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp uznając, że treść oferty Odwołującego nie odpowiada treści SIWZ, a jej poprawienie było niemożliwe na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Z treści oferty złożonej przez Odwołującego wynika, że gdyby Zamawiający nie odrzucił oferty Odwołującego, powinna zostać wybrana za najkorzystniejszą w przedmiotowym postępowaniu. Odwołujący ma interes w uzyskaniu

przedmiotowego zamówienia. Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania, zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy PZP.

Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- unieważnienia czynności odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego w postępowaniu;
- unieważnienia czynności badania i oceny ofert;
- powtórzenia czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu z uwzględnieniem oferty złożonej przez Odwołującego oraz ewentualnie nakazanie poprawienia treści oferty Odwołującego zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 PZP
- wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej;
- obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania.

Zawiadomienie o wyborze oferty Odwołujący otrzymał drogą elektroniczną w dniu 15.06.2016r., a następnie listem poleconym w dniu 22.06.2016r. Pismo to zostało następnie uzupełnione pismem - Zawiadomienie o wyborze oferty - Uzupełnienie, które Odwołujący otrzymał drogą elektroniczną w dniu 16.06.2016r., a następnie listem poleconym w dniu 22.06.2016r. A zatem, termin określony w art. 182 PZP został zachowany przez Odwołującego. Dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu stanowił załącznik do odwołania. Odwołujący uiścił wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP.

Z uzasadnienia odwołania wynika, że w postępowaniu zostało złożonych 14 ofert. Oferta złożona przez Odwołującego została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy PZP, ponieważ, zdaniem Zamawiającego, cena ofertowa Odwołującego w części kosztorysu dotyczącego branży mechanicznej obliczona jest wadliwie, gdyż obejmuje do wykonania większe ilości prac niż jest to konieczne, w związku z czym treść oferty Odwołującego nie odpowiada treści SIWZ, a jej poprawienie jest niemożliwe na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy PZP.

Zamawiający stwierdził w zawiadomieniu, że w związku z błędem w obliczeniu ceny, treść oferty Odwołującego nie odpowiada treści SIWZ. W ocenie Odwołującego, oferta Odwołującego nie zawiera błędu w obliczeniu ceny i jej treść odpowiada treści SIWZ.

Zamawiający jako uzasadnienie swojej decyzji o odrzuceniu podniósł, że cena ofertowa Odwołującego w części kosztorysu dotyczącego branży mechanicznej obliczona jest wadliwie, ponieważ obejmuje do wykonania większe ilości prac niż jest to konieczne. Zamawiający zarzucił Odwołującemu, że Odwołujący zsumował wszystkie pozycje kosztorysu w branży mechanicznej, podczas gdy, zdaniem Zamawiającego kosztorys dzieli się na pozycje i podpozycje i należało podpozycje zsumować i następnie uzyskany wynik wpisać jako wartość pozycji.

Sposób obliczenia ceny został opisany przez Zamawiającego w SIWZ Część I - Instrukcja dla Wykonawców, pkt 20 Opis sposobu obliczenia ceny. Zgodnie z pkt 20.2 „Ceną oferty jest kwota wymieniona w Formularzu Oferty. Cena podana w Formularzu Ofertowym winna wynikać z kosztorysu ofertowego, który stanowić będzie załącznik do oferty”. Zgodnie z pkt 20.3 ppkt 1) SIWZ, Część I - Instrukcja dla Wykonawców, Wykonawca był zobowiązany określić ceny na wszystkie elementy zamówienia wymienione w Przedmiarze robót, na podstawie którego miał sporządzić kosztorys ofertowy. Zgodnie z pkt 20.3 1) lit a) SIWZ wszystkie pozycje musiały zawierać cenę jednostkową, a zgodnie z pkt 20.3 2) SIWZ ostateczną cenę oferty stanowi suma wartości poszczególnych pozycji kosztorysu ofertowego.

Poza wyżej opisanymi, postanowieniami, Zamawiający nie zawarł w SIWZ żadnych innych wytycznych w zakresie sposobu obliczenia ceny i sporządzenia kosztorysu. Przedmiary, w tym przedmiar części mechanicznej, były udostępnione wraz z SIWZ, choć nie stanowiły jego załącznika. Przedmiary były w formacie PDF.

Jednocześnie, w toku postępowania, odnośnie do sposobu sporządzenia kosztorysu ofertowego, Zamawiający na pytania nr 41 i 57 dotyczące sposobu sumowania poszczególnych pozycji kosztorysu wyjaśnił, że sposób sumowania pozycji przedmiaru wyjaśnia tabela zamieszczona na stronie 1. W rzeczywistości tabela na stronie 1 nie przedstawiała sposobu sumowania poszczególnych pozycji kosztorysu lecz jedynie wskazywała nazwy poszczególnych działów przedmiaru.

Wobec powyższego, Odwołujący sporządził kosztorys w ten sposób, że wycenił wszystkie pozycje i zsumował je. W taki sam sposób kosztorysy zostały sporządzone przez 9 wykonawców uczestniczących w postępowaniu, t. POLAOUA; STRABAG; MELBUD; Hydrobud K. i Wodbud; HZBUD; SKANSKA; NAVIGA-STAL i PRWiE EKOWOD; ATA-TECHNI; ENERGOPOL Szczecin i wszystkie te 9 ofert zostało odrzuconych.

Dopiero w *Zawiadomieniu o wyborze oferty* Zamawiający wyartykułował swoje wymagania dotyczące sposobu sporządzenia kosztorysu, stwierdzając, że wprawdzie konieczne było wycenienie wszystkich pozycji, w tym także podpozycji, jednakże podpozycji tylko jako elementu pomocniczego i składowego, dla ustalenia wartości ceny jednostkowej pozycji.

Odwołujący wskazał, że, po pierwsze, w żadnym miejscu SIWZ ani w przedmiarze nie występuje pojęcie pozycji i podpozycji. Zamawiający nie dokonuje takiego rozróżnienia, nie posługuje się takimi pojęciami. Nigdzie, w tym również w wyjaśnieniach udzielonych na zapytania do SIWZ w trybie art. 38 ustawy PZP, Zamawiający nie zawarł takiego wymagania dotyczącego sposobu wyceny, a wręcz na pytania zadane wprost dotyczące sposobu sumowania (nr 41 i 57) nie udzielił informacji o wymaganym przez siebie sposobie

sumowania, natomiast Odwołujący dowiedział się dopiero o nim z Zawiadomienia o wyborze oferty.

Odwołujący zaznaczył, że przed złożeniem oferty dokonał dokładnej analizy przedmiarów. Analiza poszczególnych pozycji przedmiaru, które należało wycenić oraz fakt, że są one wyceniane w różnych jednostkach (kg, t, kpl, m<sup>3</sup>) wskazuje, że właściwym sposobem wypełnienia kosztorysu było wycenienie wszystkich pozycji przedmiaru i następnie zsumowanie kwot (stanowiących iloczyn cen jednostkowych i ilości wskazanych w poszczególnych pozycjach), bez wyodrębniania podpozycji w ramach pozycji. Dla poparcia powyższej tezy, Odwołujący wskazał przykładowo pozycję 24 - jednostką miary w pozycji 24 jest „kg”, natomiast w podpozycjach do pozycji 24 według Zamawiającego, które należało zsumować występują „kpl” i „kg”. A więc, twierdzenie Zamawiającego, że należało zsumować ceny jednostkowe za komplet i ceny jednostkowe za kg, tak aby uzyskać łączną cenę jednostkową za kg przeczy zasadom logiki i matematyki, (brak wspólnego mianownika). Biorąc pod uwagę powyższe, należało uznać, że prawidłowym sposobem sporządzenia kosztorysu było wycenienie wszystkich pozycji oddzielnie i następnie zsumowanie kwot wyliczonych za poszczególne pozycje.

W świetle powyższego, należy stwierdzić, że oferta złożona przez Odwołującego jest zgodna z treścią SIWZ i nie zawiera błędu w obliczeniu ceny. Cena została prawidłowo wyliczona przez Odwołującego.

Niezależnie od powyższego, w przypadku uznania, że wymóg Zamawiającego w zakresie sposobu sporządzenia kosztorysu był niejasny i budził wątpliwości co do jego interpretacji, to Odwołujący podnosił, że wszelkie wątpliwości w tym zakresie nie powinny być interpretowane na niekorzyść wykonawcy, uczestnika postępowania. Zgodnie z Wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 lutego 2013 r., (KIO 310/13) *„Niejednoznaczność postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia i wątpliwości związane z różnymi interpretacjami jej postanowień nie powinny, co do zasady powodować negatywnych skutków dla wykonawcy.”*

Ponadto, Odwołujący podnosił, że nawet jeśli uznać, tak jak twierdzi Zamawiający w Zawiadomieniu o wyborze oferty, że przedmiar składał się z pozycji i podpozycji i że należało zsumować podpozycje i ich sumę wpisać jako pozycję, to Zamawiający mógł dokonać takich rachunków mając wycenione wszystkie pozycje i podpozycje. Sposób sporządzenia kosztorysu przez Odwołującego i jego rozbicie nie wpływa na cenę oferty, nie powoduje jej istotnej zmiany, a wręcz, kosztorys sporządzony przez Odwołującego jest bardziej szczegółowy, co nie wyklucza dokonania działań dodania poszczególnych podpozycji i pozycji i zsumowania ich w pozycję, według oczekiwań Zamawiającego.

W świetle powyższego nie sposób uznać, że oferta Odwołującego zawiera taki błąd w obliczeniu ceny, który powoduje niezgodność treści oferty z SIWZ. Zgodnie

z orzecnictwem Krajowej Izby Odwoławczej, wobec braku definicji legalnej błędu w obliczeniu ceny, typowymi przykładami błędu w obliczeniu ceny, powodującego odrzucenie oferty jest podanie zbyt małych ilości w stosunku do żądania zamawiającego czy niewycenienie wszystkich pozycji wynikających z przedmiaru tj. kiedy nie wiadomo jak można poprawić taki błąd. Powyższe wskazuje na naruszenie przez Zamawiającego również art. 87 ust. 2 pkt 3 PZP.

Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 31 sierpnia 2015 (sygn. 1792/15) *„Nie sposób przyjmować, że w sytuacji w której kosztorys ofertowy sporządzony miał być na podstawie załączonego do SIWZ przedmiaru, różnica w opisie i wyliczeniu jednej z pozycji kosztorysu mogłaby nosić znamiona celowego odstępstwa od jasno sprecyzowanych i niekwestionowanych oczekiwań zamawiającego. Przeciwnie - zakładać należy, że wykonawca składający ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego działa z zamiarem uzyskania zamówienia, nie zaś odrzucenia jego oferty.”*

Odnosząc się do przepisów art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP oraz art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy PZP, które zostały wskazane przez Zamawiającego jako podstawa prawna odrzucenia oferty Odwołującego, to oferta Odwołującego odpowiada treści SIWZ oraz nie zawiera błędu w obliczeniu ceny. Odwołujący nie zgadza się ze stanowiskiem Zamawiającego w zakresie istnienia podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego. Zamawiający nie wskazał z którym zapisem SIWZ oferta Odwołującego jest niezgodna.

Zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą Krajowej Izby Odwoławczej aby jakiegokolwiek uchybienia co do treści ofert w odniesieniu do SIWZ mogły być przyczyną uzasadniającą odrzucenie oferty powinny być merytoryczne i istotne. O niezgodności treści oferty z treścią SIWZ można mówić wyłącznie w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia, w ten sposób że nie zapewnia jego całościowej realizacji, zgodnej z wymaganiami zamawiającego. Przykładowo, zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 17 lutego 2011 r. (KIO 218/11) *„aby mówić o niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji, niezgodność ta musi dotyczyć zapisów specyfikacji, przy czym niezgodność taka winna być oczywista. Zamawiający może więc odrzucić ofertę gdy jej treść z całą pewnością nie odpowiada treści siwz.”* Zgodnie z kolei z wyrokiem KIO z dnia 13 sierpnia .2013 r. (KIO 1845/13) *„Rzeczona niezgodność treści oferty z siwz ma mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny (ze względu na zastrzeżenie obowiązku poprawienia oferty wynikające z art. 87 ust 2 pkt 3 ustawy PZP); dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w siwz oraz zobowiązania oferowanego w ofercie.”*

Należy stwierdzić, że w każdym przypadku uznania przez Zamawiającego złożonej oferty za podlegającą odrzuceniu, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2, w związku z art. 89 ust. 1 pkt 6 PZP, powinno opierać się na pewnych dowodach i nie powinno budzić najmniejszych wątpliwości co do istnienia przesłanek do odrzucenia oferty. Ciężar dowodu ponosi w tym

zakresie Zamawiający. Odrzucenie oferty wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia wymaga wykazania ponad wszelką wątpliwość, że zaistniały ku temu podstawy, gdyż przesłanki do odrzucenia oferty, zawartych w art. 89 ust 1 ustawy Pzp, nie można interpretować rozszerzająco, a Zamawiający nie może - odrzucając ofertę - opierać się na ewentualnych przypuszczeniach, gdyż to na nim - w przypadku podjęcia decyzji o odrzuceniu oferty - spoczywa obowiązek wykazania okoliczności, z których wywodzi skutki prawne w postaci odrzucenia oferty wykonawcy oraz pozbawienia go możliwości uzyskania i realizacji w przyszłości przedmiotu zamówienia.

Powyższe wskazuje na bezprawność, a zatem nieskuteczność odrzucenia przez Zamawiającego oferty Odwołującego. Nieprawdą jest twierdzenie Zamawiającego jakoby cena ofertowa Wykonawcy w części dotyczącej branży mechanicznej obejmowała do wykonania większe ilości prac niż jest to konieczne. Zamawiający bezpodstawnie odrzucił ofertę Odwołującego. Powyższe wskazuje na naruszenie przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 w związku z art. 91 ust. 1 ustawy PZP poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w wyniku dokonania wyboru oferty złożonej przez Navimor - Invest S.A. jako oferty najkorzystniejszej i odrzucenia oferty Odwołującego, w sytuacji gdy to oferta Odwołującego powinna być wybrana jako najkorzystniejsza. Zamawiający dokonując czynności odrzucenia oferty Odwołującego naruszył tym samym art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy PZP.

Należy ponadto stwierdzić, że oferta Odwołującego jest ofertą korzystniejszą od wybranej oferty pod względem ekonomicznym, opiewa bowiem na kwotę 8.959.768 zł brutto, natomiast oferta złożona przez wybranego Wykonawcę tj. NAVIMOR-INVEST S.A. opiewa na kwotę 10.977.664,56 zł brutto, co jest istotne z uwagi na konieczność celowego, racjonalnego i oszczędnego wydatkowania środków publicznych zgodnie z art. 44 ustawy o finansach publicznych.

W świetle powyższego odwołanie zdaniem Odwołującego jest zasadne. Mając na uwadze powyższe Odwołujący wnosil jak w petitum.

**Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ, ofert złożonych w postępowaniu, materiałów złożonych na rozprawie i włączonych w poczet materiału dowodowego, stanowisk i oświadczeń Stron i Uczestnika postępowania zaprezentowanych pisemnie i w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:**



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

Ustalono dalej, że wykonawca wnoszący 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 ustawy Prawo zamówień publicznych. Nieprawidłowe dokonanie czynności badania i oceny, w tym odrzucenie jego oferty oznacza, że potencjalne stwierdzenie naruszenia w tym zakresie przepisów ustawy Pzp pozbawia Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wykonywania zamówienia. Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

W dniu 25 czerwca 2016 roku odpowiadając na wezwanie Zamawiającego, przystąpienie po stronie Zamawiającego złożył w postępowaniu odwoławczym wykonawca Navimor-Invest S.A. z siedzibą w Gdańsku. Przystąpienie uznano za skuteczne. Przystępujący wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wnosił o jego oddalenie w całości, przedstawiając w tym zakresie szczegółową argumentację.

**Izba ustaliła, że:**

Z rozdziału 20 SIWZ (opis sposobu obliczenia ceny) wynika, że ceną oferty jest kwota wymieniona w formularzu oferty. Cena podana w formularzu ofertowym winna wynika z kosztorysu ofertowego, który stanowić miał załącznik do oferty (20.1). Kosztorys ofertowy powinien uwzględniać wymagania określone w części III SIWZ – Opis przedmiotu zamówienia. Zgodnie z punktem 20.3.1. Wykonawca określał ceny na wszystkie elementy zamówienia wymienione w przedmiarze robót, na podstawie którego sporządzał kosztorys ofertowy (uproszczony). Wszystkie pozycje musiały zawierać cenę jednostkową z narzutami oraz wartość pozycji z narzutami. Cena jednostkowa każdej pozycji kosztorysu ofertowego musiała obejmować wszystkie koszty realizacji poszczególnych prac zgodnie z dokumentacją techniczną i sztuką budowlaną. Ostateczną cenę oferty stanowić miała suma wartości poszczególnych pozycji kosztorysu ofertowego netto powiększona o podatek VAT. Na podstawie punktu 20.3.4) SIWZ Wykonawca zobowiązany był do wypełnienia i określenia wartości we wszystkich pozycjach występujących w przedmiarach (podkreślenie Zamawiającego). Brak wypełnienia i określenia wartości w pozycji w kosztorysie ofertowym

spowoduje odrzucenie oferty wykonawcy jako niezgodnej z SIWZ. Także wstawienie pozycji w kosztorysie ofertowym zera jako wartości pozycji spowoduje odrzucenie oferty jako niezgodnej z treścią SIWZ. Wykonawca miał załączyć do oferty kosztorys uproszczony, natomiast do umowy kosztorys uproszczony wraz z kosztorysem szczegółowym

W dniu 25 lutego 2016 roku Zamawiający wezwał Odwołującego w trybie art.87 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień. Odwołał się w wezwaniu do odpowiedzi na pytanie 41 i 57 i zaznaczył, że analiza tabeli na stronie 1 branży mechanicznej wskazuje, że działy, poddziały zaczynają się pozycjami oznaczonymi liczbami całkowitymi i kończą tak samo, co bezsprzecznie świadczy o tym, że przedmiar składa się z pozycji oznaczonych liczbami całkowitymi. Pozycje oznaczone xx.1 są zatem pozycjami składowymi, pomocniczymi do obliczeń cent jednostkowej pozycji głównych, pozycji nadrzędnych oznaczonych liczbami całkowitymi. Odniesienie do specyfikacji technicznej znajduje się tylko przy pozycjach oznaczonych liczbami całkowitymi, co świadczy o ich nadrzędności. Znajdujący się przy tych pozycjach obmiar winien służyć do stworzenia kosztorysu ofertowego. Dodatkowo z treści pozycji składowych oznaczonych xx.1, xx.2 wynika bez wątpienia, że dotyczą określenia ceny jednostkowej dla pozycji nadrzędnej (świadczy o tym powtarzalna wartość przedmiarowa, np. 1 t, 1 kg).

Zamawiający prosił o złożenie wyjaśnień odnośnie kosztorysu branży mechanicznej jak należy rozumieć sumowanie pozycji nadrzędnej (głównej) z pozycjami w formacie xx.1, xx.2.

Odwołujący w wyjaśnieniach z dnia 1 marca 2016 roku dotyczących branży mechanicznej kosztorysu ofertowego napisał, że w związku z wyjaśnieniami Zamawiającego na pytanie nr 41 i 57, iż tabela zamieszczona na stronie 1 przedmiaru przedstawia sposób sumowania poszczególnych pozycji kosztorysu cz. mechanicznej jest niejasna (gdyż sama tabela nie wnosi informacji o sumowaniu pozycji, lecz o nazwach poszczególnych działów przedmiaru) oraz zapisem SIWZ zgodnie z którym: „Wykonawca jest zobowiązany do wypełnienia i określenia wartości we wszystkich pozycjach występujących w przedmiarach. Brak wypełnienia i określenia wartości w pozycji w kosztorysie ofertowym spowoduje odrzucenie oferty Wykonawcy jako niezgodnej z SIWZ. Także wstawienie w pozycji w kosztorysie ofertowym zera jako wartości pozycji spowoduje odrzucenie oferty jako niezgodnej z SIWZ”, Wykonawca wskazuje, że wszystkie pozycje są składową wyceny poszczególnych działów przedmiaru, co w praktyce oznacza, że należy je wszystkie zsumować dla uzyskania kwoty poszczególnych działów i całości kosztorysu ofertowego. Kwota kosztorysu branży mechanicznej wynosi 906 619,62 zł netto.

W zawiadomieniu o wyborze, Zamawiający podkreślił, że zgadza się, iż koniecznym było wycenienie wszystkich pozycji (nie zsumowanie), w tym także podpozycji, jednakże podpozycji tylko i wyłącznie jako elementu pomocniczego i składowego, dla ustalenia wartości ceny jednostkowej pozycji. Nieuprawnione jest wnioskowanie, że wyliczona wartość dla podpozycji powinna być sumowana w całość kosztorysu. Gdyby pozycje i podpozycje należało sumować, jako równoważne w całości kosztorysu, to wskazana tabela na stronie 1, przykładowo dla działu 2 kończyłaby się na pozycji 37.3, a nie jak zapisano w tabeli – poz. 37, względnie dział nr 3 rozpoczynałby się od poz. 37.1.

Dokonana analiza zapisów pomocniczych oraz towarzyszących wyliczeń, w kolumnie opisowej przedmiaru, także wskazuje na pomocniczy charakter podpozycji. Można tutaj posłużyć się przykładem pozycji 34 i 37. Pozycje te, zgodnie z opisami technologicznymi, składają się z trzech odrębnych czynności, pozwalających wykonać warstwy nawierzchniowe powłok malarskich. Kolejno należy wykonać odtłuszczenie powierzchni warstw podkładowych i dalej nanieść dwie warstwy farb przeciwkorozyjnych, dwuskładnikowych. Każda z tych czynności jest opisana wartością 1 m<sup>2</sup> (co jest charakterystyczne i przeważające w przypadku wystąpienia podpozycji). Gdyby podpozycje wchodziły w skład sumy ogólnej kosztorysu, to ilość jednostek musiałaby odpowiadać ilości podanej w pozycji (dla poz. 37 – 522,408 m<sup>2</sup>), względnie odwrotnie. Pozycja 37 stawałaby się zbędna. Przez analogię podobnie wyglądałaby pozycja 34.

Analizując pozostałe pozycje, w których występują podpozycje należało zastosować analizę i postępowanie z przykładu. W pozycji 24, mamy w jej opisie „przeprowadzenie elektronicznej inwentaryzacji ram po demontażu mechanizmów – skanowanie 3D – wykonanie modeli i form, wykonanie odlewów, obróbka”. Zapis ten wyraźnie wskazuje, że przyporządkowane podpozycje stanowią składową, nie będąc odrębnymi pozycjami. Podpozycja 24.1 dotyczy inwentaryzacji w ramach poz. 24, a podpozycja 24.2. dotyczy wykonania odlewów. Koszty inwentaryzacji odniesione do 1 kg ram, powiększone o koszt wykonania kg odlewów dają cenę jednostkową wymiany ram napędów.

W przypadku pozycji 22 i towarzyszących jej podpozycji 22.1 i 22.2, w opisie pozycji 22 mamy „przeprowadzenie pomiarów kwalifikacyjnych całości mechanizmów, z regeneracją elementów zakwalifikowanych i wymianą części normalnych”. Mamy więc do czynienia z dwojakim postępowaniem z obrabianymi (remontowanymi) częściami wyposażenia mechanicznego śluzy. Zapisy odpowiednich podpozycji wskazują, że wyliczenie ceny jednostkowej pozwoli ustalić cenę jednostkową pozycji. Podobnie należało odnieść wyliczenia w pozycjach 12, 14, 17 i 20, rozróżniając między elementami regenerowanymi i wymienianymi, co dawało ostatecznie cenę jednostkową i wartość pozycji zasadniczej.

Posługując się wyliczeniem dla pozycji 22 z kosztorysu ofertowego Odwołującego, Zamawiający wskazał, że czynności i materiał składające się na podpozycje są opisane

w pozycji 22, cena obejmować winna więc czynności i materiał opisane w podpozycjach 22.1 i 22.2. wartość pozycji 22 winna wynieść 13 342,20 zł. Poprawa pozycji 22 i wykreślenie podpozycji 22.1 i 22.2 jest niemożliwe w świetle wyjaśnień Wykonawcy. Analiza sposobu wyliczeń innych pozycji wskazuje, że zastosowanie opisanego w wyjaśnieniach rozumowania spowodowałoby, że wartości pozycji głównych byłby nielogiczne, a ich poprawa niemożliwa.

Opisy pozycji głównych w sposób jasny i jednoznaczny określają co wchodzi w ich zakres. Odpowiedzi na pytania nr 44 i 46 wskazują w sposób nie budzący wątpliwości, które pozycje są pozycjami głównymi i które pozycje są składowymi pozycjami głównych.

W pozycjach 9, 10, 11, 13, 21, 23, 25, 26, 31, 39 i 46 kalkulacja ceny dla podpozycji bezpośrednio przekłada się na stawki pozycji i związana jest z założeniem rozliczenia kosztorysem powykonawczym, ułatwiając to rozliczenie, przy znajomości kalkulacji jednostkowej i ewentualnym odstępstwie od ilości, mniejszej lub większej, od wymienionej w pierwotnym przedmiarze.

Cena oferty Odwołującego obejmuje w części dotyczącej branży mechanicznej do wykonania większe ilości prac niż jest to konieczne, więc jest obliczona wadliwie, co powoduje, że oferta wykonawcy polega na odrzuceniu. Wyjaśnienia wykonawcy uniemożliwiają Zamawiającemu poprawienie kosztorysu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Zamawiający może bowiem wprowadzić zmiany w kosztorysie ofertowym, na podstawie złożonych wyjaśnień, bazując jedynie na treści złożonej oferty.

Zamawiający podkreślił, że 5 wykonawców sporządziło oferty zgodnie z jego oczekiwaniami. Jeżeli odpowiedzi na pytania nr 41 (dotycząca sumowania pozycji, a nie podpozycji) i pytanie nr 57 (dotycząca zależności między poszczególnymi pozycjami – podpozycjami) były dla wykonawcy niejasne, mógł on zwrócić się do Zamawiającego z ponownym pytaniem lub wnieść odwołanie (tak wyrok KIO z dnia 4 marca 2013 roku, sygn. akt KIO 344/13).

Ofertę Odwołującego odrzucono na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy w związku z art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp z powodu, że cena ofertowa w części kosztorysu branży mechanicznej obliczona jest wadliwie, ponieważ obejmuje do wykonania większe ilości prac niż jest to konieczne, w związku z czym treść oferty nie odpowiada treści SIWZ, a jej poprawienie nie jest możliwe na podstawie art. 887 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

W toku prowadzenia postępowania Zamawiający udzielił odpowiedzi na następujące pytania, których znaczenie istotne jest dla rozstrzygnięcia przedmiotu sporu:

Pytanie nr 44:

Poz. 12.2 „Elementy do wymiany” – jakie to są elementy? Czy jest to tylko wykonanie, czy też montaż?

Odpowiedź: Elementami przeznaczonymi do wymiany będą elementy, które po czynnościach demontażu i wykonaniu pomiarów, zgodnie z zapisami PB, PW, ST zostaną zdyskwalifikowane do dalszego użytkowania (opis poz. 12).

Pytanie nr 46:

Poz. 17.2 – jakie elementy należy w niej ująć?. Czy nie jest to powtórzenie poz. 17.1?

Odpowiedź: Nie zachodzi powtórzenie pozycji. Elementami do wymiany są elementy objęte opisem poz. 17.

Pytanie nr 41

W przedmiarach występują pozycje główne (1,2,3,4...) i podpozycje (np. 9.1, 10.1). czy pozycje główne są nadrzędnymi i tylko je należy wliczyć do wartości całkowitej kosztorysu ofertowego, czy należy zsumować wszystkie pozycje wyszczególnione w przedmiarze?

Odpowiedź: sposób sumowania pozycji przedmiaru wyjaśnia tabela zamieszczona na stronie 1.

Pytanie nr 57

W przedmiarze robót branży mechanicznej występują pozycje w formacie xx.1, xx.2, np.. dotyczy to pozycji 12, 12.1, 12.2. Czy te pozycje są pozycjami składowymi pozycji nadrzędnej? Jeśli tak jest to prosimy o podanie jaka zależność między nimi występuje, ponieważ z przedmiaru to nie wynika.

Odpowiedź: Zamawiający informuje, że zależność między poszczególnymi pozycjami (podpozycjami) przedmiaru robót branży mechanicznej przedstawia tabela na stronie 1, zatytułowana „działy przedmiaru”.

**Na podstawie poczynionych ustaleń, skład orzekający Izby uznał, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.**

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3. W ocenie Izby oferta Odwołującego nie była niezgodna z postanowieniami SIWZ, zobowiązującymi wykonawców do wypełnienia i określenia wartości we wszystkich pozycjach występujących w przedmiarach, wykonawca prawidłowo załączył do swojej oferty kosztorys uproszczony, w którym wycenił każdą z pozycji przedmiarowych. Oferta ta nie zawierała także, w ocenie składu orzekającego, błędu w obliczeniu ceny, który obligowałby Zamawiającego do jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Skład orzekający Izby podziela utrwalony w doktrynie i orzecznictwie pogląd, że zarówno treść SWZ, jak i treść oferty stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli

odpowiednio: zamawiającego, który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia oświadcza jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, oraz wykonawcy, który jednostronnie zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez siebie oferty jako najkorzystniejszej. Wobec tego, co do zasady, to porównanie zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w SIWZ przesądza o tym, czy treść złożonej oferty odpowiada treści SIWZ. Nie budzi również wątpliwości, że z uwagi na odpłatny charakter zamówień publicznych, nieodzownym elementem treści oferty jest określenie ceny za jaką wykonawca zobowiązuje się wykonać zamawiane świadczenie. Jednakże zakres wymaganej treści oferty ustala Zamawiający przez wskazanie w SIWZ elementów, z których ma się składać oświadczenie woli wykonawcy. Z tego względu w doktrynie i orzecznictwie ugruntowany jest również pogląd, że w zakresie zastosowania przesłanki z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp mieści się również sporządzenie oferty w inny sposób, niż żądał tego zamawiający, o ile niezgodność taka dotyczy elementów treści oferty w aspekcie formalnym i materialnym, choć nie może tu chodzić wyłącznie o niezgodność sposobu spełnienia tych aspektów (por. J. P. w: Prawo zamówień Publicznych. Komentarz, wyd. C.H. Beck, Warszawa 2009).

Przy ocenie adekwatności treści oferty do wymagań Zamawiającego określonych w SIWZ i innych dokumentach składających się na dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, uwzględnia się również zawodowy charakter działalności wykonawcy i zwiększone w związku z tym oczekiwania, co do jego profesjonalizmu, obejmującego znajomość przepisów prawa i warunków prowadzenia działalności, w tym realiów danego segmentu rynku.

Izba zważyła, że w niniejszej sprawie na mocy przywołanych powyżej postanowień SIWZ Zamawiający wymagał jako elementów obligatoryjnych treści oferty wypełnienia i określenia wartości we wszystkich pozycjach występujących w przedmiarach. Kosztorys miał przyjąć w ofercie formę uproszczoną. Już przed terminem składania ofert niejasna była dla wielu wykonawców konstrukcja kosztorysu w branży mechanicznej, o czym świadczyć może kilkukrotne skierowanie do Zamawiającego pytań odnośnie tej właśnie branży. Zamawiający tymczasem odpowiedział na zadawane pytania w sposób bardzo enigmatyczny, wskazując że sposób sumowania przedmiaru wyjaśnia tabela zamieszczona na stronie 1 oraz że tabela ta wyjaśnia zależności między poszczególnymi pozycjami (podpozycjami) przedmiaru branży mechanicznej. Tabela ze strony 1 branży mechanicznej zawierała nazwę działu, z podziałem na działy i poddziały oraz numery pozycji w poszczególnych działach. Inne informacje z niej nie wynikały. Przedmiar będący rozwinięciem tabeli w pozycjach oznaczonych liczbami całkowitymi zawierał odniesienie do

specyfikacji technicznych, z czego Zamawiający w toku badania i oceny ofert wywiódł, że pozostałe pozycje (nazwane w zawiadomieniu o wyborze – podpozycjami) miały charakter pomocniczy i nie podlegały wypełnieniu. Przedmiar zawierał jednakże dalszy, bardziej szczegółowy podział prac w rozbiciu na jednostki oznaczone przykładowo xx.1, xx2. Odwołujący w ofercie wycenił zarówno jednostki przedmiaru oznaczone liczbami całkowitymi, jak też jednostki o numeracji podrzędnej.

Zamawiający w ocenie składu orzekającego Izby nie sformułował bardziej szczegółowych wytycznych dotyczących kalkulacji, a co za tym idzie nie może na obecnym etapie wyciągać skutków prawnych ze swojego zaniechania. Zamawiający wymagał wycenienia każdej pozycji przedmiarowej i jasno wskazał, że brak wypełnienia i określenia wartości pozycji w kosztorysie ofertowym lub wstawienie w pozycji zera spowoduje odrzucenie oferty jako niezgodnej w treści z treścią SIWZ. Zamawiający co najmniej dwukrotnie miał możliwość doprecyzowania zapisów SIWZ, zwłaszcza odnośnie branży mechanicznej, gdzie przedmiar różnił się od pozostałych przedmiarów. Izba nie dopatryła się podstaw, aby Zamawiający w toku postępowania nie mógł udzielić bardziej szczegółowych odpowiedzi, jak uczynił to w odpowiedzi na odwołanie, czy też zawiadomieniu o wyborze oferty najkorzystniejszej i odrzuceniu ofert. W ocenie Izby Zamawiający dopiero na etapie wyboru oferty najkorzystniejszej i w toku postępowania odwoławczego wyjaśnił swoje intencje i wymagania. Wskazał bowiem, że żądał wypełnienia przedmiaru branży mechanicznej w pozycjach oznaczonych liczbami całkowitymi, w stopniu szczegółowości wynikającym ze strony 1 tabeli przedmiaru, pozostałe pozycje (które nazwał podpozycjami) miały charakter pomocniczy do wyceny pozycji głównych i wskazywały na szczegółowy zakres prac. Izba nie dopatryła się przeciwwskazań, aby w toku postępowania zaznaczyć można było wyraźnie udzielając wykonawcom wyjaśnień, że konieczne jest wycenienie pozycji, w których znajduje się odniesienie do specyfikacji technicznych, pozostałe informacje z przedmiaru mają zaś charakter wtóry w stosunku do pozycji.

Wobec braku regulacji prawnych co do sposobu sporządzenia kosztorysów ofertowych, to na Zamawiającym spoczywa obowiązek wskazania wykonawcom sposobu oraz metod kalkulacji ceny oferty, co wynika wprost z treści art. 36 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp. Jeśli Zamawiający wymagał opracowania kosztorysu ofertowego w oparciu o określoną metodę lub formułę, to winien ją wskazać w treści SIWZ, albo udzielić szczegółowych wyjaśnień przy odpowiadaniu na pytania wykonawców. Samo użycie pojęcia "kosztorys ofertowy" nie określa w jaki sposób należy go sporządzić, jaki ma być poziom szczegółowości składników cenotwórczych czy też jaką metodę kalkulacyjną zastosować. Oczywiście dla profesjonalistów wytyczne wynikające z *Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 roku w sprawie szczegółowego zakresu i formy*

*dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego* mogą być pewną wskazówką jak wypełnić przedmiar będący częścią dokumentacji projektowej i przekształcić go w kosztorys ofertowy, ale to Zamawiający decyduje ostatecznie o formie, jaką kosztorys stanowiący część oferty i zobowiązania wykonawcy ma przyjąć. Zamawiający określa jaki poziom szczegółowości ma przyjąć wycena jednostkowych pozycji i jakie informacje będą mu niezbędne do zakładanej w umowie formy rozliczenia kontraktu.

O ile Zamawiający oczekiwał skonkretyzowanej formy kosztorysu ofertowego, to powinien oczekiwaną przez siebie formę zdefiniować w SIWZ, a nie pozostawiać domysłem wykonawców. Odwołujący sporządził własny kosztorys ofertowy zgodnie z zaleceniem o konieczności wypełnienia każdej pozycji przedmiaru, zgodnie z posiadaną wiedzą i przekazany przez Zamawiającego zakresem informacji. Tam, gdzie przedmiar nie zawierał odniesień do specyfikacji technicznych, Odwołujący mógł zastosować kalkulację indywidualną, ponieważ żaden zapis SIWZ mu tego nie zabraniał. Nie można zgodzić się z twierdzeniami Zamawiającego, że wykonawca zsumował pozycje kosztorysowe z podpozycjami nie będącymi pozycjami kosztorysowymi. W ocenie składu orzekającego Izby wykonawca prawidłowo (według zaleceń SIWZ) wypełnił przedmiar i wycenił wszystkie pozycje, tym samym cały zakres prac do wykonania. Odwołujący słusznie zwrócił uwagę, że w przedmiarze w podziale na pozycje i podpozycje wyodrębnić można elementy pozycyjne, które nie miały wspólnego mianownika dla jednostki miary. Przykładem takiej pozycji jest pozycja nr 24 kosztorysu, w której to pozycji 24 ujęto wycenę wymiany ram napędów (jednostka miary to kg), w pozycji 24.1 inwentaryzację (jednostka miary to kpl), w pozycji 14.2. odlewy (jednostka miary to kg). Na podstawie takich zapisów przedmiaru Izba uznała, że wykonawca uprawniony był do postępowania, które polegało na wycenie każdej z pozycji lub podpozycji w sposób samodzielny, oddzielnie jako odrębny element do wykonania w ramach wymiany ram napędów, co nie oznacza, że wykonawca wycenił więcej prac do wykonania. Na rozprawie Odwołujący na pytanie przewodniczącego klarownie odpowiedział, że we wszystkich pozycjach o bardziej szczegółowym podziale dokonał wyceny poszczególnych wyodrębnionych elementów robót, pozostałe zaś prace do wykonania w ramach danej pozycji i charakteru prac wycenił w pozycji głównej. Wbrew zatem twierdzeniom Zamawiającego, wykonawca nie wycenił większego zakresu prac do wykonania niż wynikało z projektu budowlanego i przedmiaru, tym samym nie można uznać, że Odwołujący złożył ofertę obciążoną błędem w obliczeniu ceny.

Z uwagi na powyższe, dla składu orzekającego Izby oczywiste było, że można było sporządzić kosztorys ofertowy poprzez wskazanie podstawy wyceny, opisu pozycji, obmiaru robót, ceny jednostkowej pozycji, wartości pozycji, wartości ogółem, to jest na informacjach odpowiadających poziomowi szczegółowości kosztorysu uproszczonego dla każdej z pozycji



przedmiaru w branży mechanicznej, w tym także dla „podpozycji”. W konsekwencji opracowanie kosztorysu na poziomie szczegółowości wymaganym zapisami SIWZ należało uznać za odpowiadający wymaganiom Zamawiającego.

W orzecznictwie podnosi się, że niezależnie od charakteru niezgodności, aby zastosować podstawę odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp musi być możliwe uchwycenie na czym konkretnie taka niezgodność polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi postanowieniami SIWZ (tak wyrok z dnia 22 lipca 2015 r., sygn. akt KIO 147/15; podobnie w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 lutego 2012 r., sygn. akt KIO 285/12).

Powyższe oznacza, że uzasadnienie niezgodności oferty z treścią SIWZ winno wykazać - obok kwestionowanego fragmentu oferty złożonej w postępowaniu - również odpowiadające temu fragmentowi wymagania określone w SIWZ. Dopiero zestawienie tych dwóch jednostek i stwierdzenie wystąpienia pomiędzy nimi niezgodności, która to niezgodność w myśl postanowienia art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprawiona być nie może, prowadzić winno do odrzucenia oferty na zasadzie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Przy czym, jak słusznie zauważył S. B., w tym przypadku znaczenie ma tylko materialna niezgodność oferty z wymaganiami SIWZ, pod warunkiem jednak, że wymagania takie zostały w sposób jasny, wyraźny i z uwzględnieniem ich celu wprowadzenia w SIWZ wymienione (Prawo zamówień publicznych. Komentarz, S. B., Z. C., P. J., P. P., Warszawa 2010, s. 420). Z zasady związania postanowieniami SIWZ płynie wniosek, że ani wykonawca nie ma obowiązku oferowania świadczenia o cechach wykraczających poza sformułowany przez zamawiającego opis przedmiotu zamówienia, ani też zamawiający nie może oceniać ofert pod kątem spełniania przez nie wymagań, które nie były wyraźnie i wprost wyartykułowane w SIWZ (tak wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 lipca 2015 r., sygn. akt KIO 1385/15).

To Zamawiający odpowiada za właściwe i precyzyjne opisanie wymagań, uwzględniając wszelkie istotne dane, parametry. Wskazane warunki oraz wymagania są wiążące dla zamawiającego i wykonawców w toku postępowania i tylko wobec jasnych i klarownych warunków i wymagań wprost wyrażonych w SIWZ można dokonać prawidłowej oceny ich spełniania. Niedopuszczalne jest interpretowanie przez zamawiającego postawionych wymagań na etapie złożonych ofert i odpowiednie dostosowanie przyjętej interpretacji pod poszczególnych wykonawców. Zamawiający najpierw precyzuje swoje wymaganie w sposób jasny i klarowny, a dopiero po ich sprecyzowaniu i określeniu w SIWZ bada złożone oferty w oparciu o postawione warunki, nie zaś odwrotnie. Jakikolwiek wątpliwości w interpretacji warunków i wymagań Zamawiającego postawionych w tym

zakresie w SIWZ nie mogą być odczytywane na niekorzyść wykonawcy, zatem nie mogą przesądzać nieprawidłowości w sposobie sporządzenia przez danego wykonawcę oferty.

W orzecznictwie ugruntowane jest stanowisko, w myśl którego wszelkie niejasności i niezgodności w treści SIWZ należy interpretować na korzyść wykonawców (tak wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 marca 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 240/10, podobnie wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 marca 2011 r., sygn. akt KIO 545/11, wyrok z dnia 6 października 2011 r., sygn. akt KIO 2077/11 oraz wyrok z dnia 29 marca 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 269/10). Nawet w przypadku, gdy postanowienia SIWZ są sformułowane w sposób nieracjonalny, to zamawiający ponosi ryzyko nieprawidłowego opisu przedmiotu zamówienia i w przypadku, gdy nie potrafi właściwie i precyzyjnie opisać własnych potrzeb, otrzyma świadczenie, które rzeczywiście opisał, a nie to, które miał intencję otrzymać (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 września 2011 r., sygn. akt KIO 2002/11).

Finalnie należy też dostrzec, że nie istnieje konieczności zastosowania do oferty Odwołującego art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Jak już zauważono w uzasadnieniu orzeczenia, w ocenie składu orzekającego Izby, Odwołujący wycenił cały zakres świadczenia objęty projektem. Jak podał wykonawca w złożonych wyjaśnieniach, wszystkie pozycje są składową wyceny poszczególnych działów i dla uzyskania wartości całości kosztorysu dla branży mechanicznej wystarczające jest zsumowanie kwot za pozycje i podpozycje. Zamawiający nie wykazał, na czym polega błąd w obliczeniu ceny w ofercie Odwołującego.

Konsekwencją uwzględnienia zarzutów związanych z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy Pzp, było również uwzględnienie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez uznanie, że postępowanie prowadzone było w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. W tym stanie rzeczy, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i ust. 10 ustawy Pzp, a także w oparciu o § 5 ust. 2 pkt 1 i § 5 ust 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), tj. stosownie do wyniku postępowania.

**Przewodniczący:** .....