

Sygn. akt: KIO/KD 79/14

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 18 września 2014 roku

Po rozpatrzeniu w dniu 18 września 2014 roku w Warszawie zastrzeżeń zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w Warszawie przez Zamawiającego: **Gminę Kolonowskie** dotyczących wyniku kontroli doraźnej następczej w zakresie prawidłowości zastosowania ustawy Prawo zamówień publicznych w przeprowadzonym postępowaniu dotyczącym „**Remontu boiska w Spóroku oraz budowy trybun na stadionie Unii Kolonowskie**”, gdzie kontrola wskazywała na naruszenie przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp; art. 26 ust. 3 ustawy Pzp; art. 25 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z § 1 ust. 1 pkt 7 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane; art. 95 ust. 1 ustawy Pzp

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Członkowie: Agnieszka Trojanowska
Renata Tubisz

Wyraża następującą opinię:

**zastrzeżenia Zamawiającego do informacji o wyniku kontroli doraźnej Prezesa Urzędu
Zamówień Publicznych nie zasługują na uwzględnienie**

UZASADNIENIE

Kontrolę wszczęto na wniosek Burmistrza Gminy Kolonowskie z dnia 16 czerwca 2014 r. (znak: Km.270.1.2014). Kontrolę poprzedzała odpowiedź merytoryczna z dnia 8 maja 2013 r. (znak: UZP/DKUE/W2/425/153 (2)/13/PF) udzielona w odpowiedzi na wniosek o kontrolę

postępowania złożony przez p. Zofię Szalczyk – Podsekretarza Stanu w Ministerstwie Rolnictwa i Rozwoju Wsi z dnia 23 kwietnia 2013 r. (WK/139/13/DKUE).

W toku kontroli ustalono, że Gmina Kolonowskie przeprowadziła postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: *„Remont boiska w Spóroku oraz budowa trybun na stadionie Unii Kolonowskie”*. Zamawiający dopuścił możliwość składania ofert na 2 zadania, postępowanie prowadzono w trybie przetargu nieograniczonego. Wartość szacunkowa zamówienia została ustalona na podstawie kosztorysów inwestorskich na kwotę 417.684,42 zł (tj. 103.911,94 euro). Postępowanie wszczęto w dniu 27 czerwca 2012 r. poprzez zamieszczenie ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 223288–2012, na własnej stronie internetowej – www.bip.kolonowskie.pl oraz na tablicy ogłoszeń.

Zamawiający wymagał złożenia wraz z ofertą kosztorysu ofertowego sporządzonego na zasadach określonych w pkt 12 siwz. W pkt 12 siwz (Opis sposobu obliczenia ceny) zapisano, iż *„kosztorys ofertowy powinien zawierać ceny jednostkowe poszczególnych rodzajów robót. Wartość działów z narzutami oraz wartość całkowitą robót stanowiącą wynagrodzenie ofertowe. Do kosztorysu ofertowego należy dołączyć również zestawienie robocizny, materiałów i prac sprzętu oraz narzuty. Kosztorys ofertowy musi zawierać tabele elementów scalonych dla całości kosztorysu (uwzględniającą wszystkie branże i działy)”*.

Sporządzony w powyższy sposób kosztorys ofertowy miał stanowić integralną część oferty (zgodnie z pkt 10 formularza ofertowego). Z pkt 10.4 siwz wynika, że *„oferta wraz ze stanowiącymi jej integralną część załącznikami musi być sporządzona przez wykonawcę ściśle według postanowień niniejszej specyfikacji”*.

Z § 11 ust. 2 projektu umowy wynikało, że *„wszelkie zwiększenie lub zmniejszenie zakresu robót będzie powodowało korektę wynagrodzenia, o którym mowa w ust. 1. W takim przypadku wynagrodzenie będzie zmienione z zastosowaniem stawek cenowych robocizny, materiałów, pracy i sprzętu i narzutów w wysokościach przyjętych w kosztorysie ofertowym”*.

Pismami z dnia 24 lipca 2012 r. zamawiający poinformował wykonawców, iż jako najkorzystniejsza została wybrana – dla obydwu zadań - oferta wykonawcy Ogród Usługi Ogrodnicze Leszek Kułak. Zamawiający nie wykluczył żadnego wykonawcy oraz nie odrzucił żadnej oferty.

W dniu 6 sierpnia 2012 r. została podpisana umowa pomiędzy zamawiającym reprezentowanym przez p. Norberta Kostona – Burmistrza Gminy Kolonowskie a firmą Ogród Usługi Ogrodnicze Leszek Kułak.

Ogłoszenie o udzieleniu zamówienia zamieszczono w BZP w dniu 10 października 2012 r. pod numerem 392206-2012.

W dniu 18 sierpnia 2014 roku Prezes Urzędu Zamówień Publicznych poinformował Zamawiającego o wyniku kontroli. W ramach tej informacji powiadomił Zamawiającego, że stwierdził następujące naruszenia ustawy art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp; art. 26 ust. 3 ustawy Pzp; art. 25 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z § 1 ust. 1 pkt 7 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane; art. 95 ust. 1 ustawy Pzp.

W protokole z kontroli zauważono, że zamawiający za realizację przedmiotu zamówienia przewidział wynagrodzenie kosztorysowe. Wykonawca Ogród Usługi Ogrodnicze Leszek Kułak (którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza – dla obydwu zadań) załączył do oferty jedynie wypełniony przedmiar robót.

W myśl art. 82 ust. 3 ustawy Pzp, treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zgodność treści oferty z treścią specyfikacji jest zapewniona wówczas, gdy na podstawie analizy i porównania treści obu tych dokumentów można uznać, iż postanowienia zawarte w ofercie nie są inne, tj. nie różnią się w swej treści od postanowień zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp wskazuje, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 tej ustawy. Sformułowanie przepisu sprawia, że w sytuacji wystąpienia tejże przesłanki zamawiający ma obowiązek, a nie uprawnienie do odrzucenia oferty. Norma art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp odnosi się zaś do merytorycznego aspektu zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia oraz merytorycznych wymagań zamawiającego, w szczególności co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia.

Stwierdzono, że wymogi podania *zestawienia robocizny, materiałów i prac sprzętu oraz narzutów* miały charakter istotnych postanowień siwz, których niespełnienie obligowało zamawiającego do odrzucenia oferty, natomiast nie były to wyłącznie wymogi o charakterze informacyjnym lub formalnym, których niespełnienie nie mogło spowodować odrzucenia oferty. W postępowaniu przewidziano bowiem wynagrodzenie kosztorysowe, przy którym, mimo że wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu wykonanego zgodnie z projektem, to jednocześnie następuje to w ramach wynagrodzenia objętego kosztorysem ofertowym. Zmniejszenie lub zwiększenie rozmiaru prac niesie za sobą zmianę zakładanej kwoty wynagrodzenia, w oparciu o rzeczywiście wykonany zakres robót. Podanie w ofercie zestawienia robocizny, materiałów i prac sprzętu oraz narzutów, miało mieć praktyczne zastosowanie w toku rozliczania robót. Brak wskazania w wybranej ofercie tych informacji

stanowił niezgodność z treścią siwz i nie była to niezgodność o charakterze wyłącznie formalnym, gdyż. informacje były niezbędne do rozliczenia zamawiającego z wykonawcą, w szczególności w sytuacji zmniejszenia lub zwiększenia faktycznie wykonanych prac. Brak takiego dokumentu w ofercie nie mógł też być poprawiony lub wyjaśniony z wykonawcą, gdyż w każdym przypadku wymagałoby to uzupełnienia oferty o zestawienie robocizny, materiałów, prac sprzętu oraz narzutów, co nie jest dopuszczalne na gruncie przepisów ustawy Pzp.

W związku z powyższym należy uznać, iż w ustalonym stanie faktycznym, gdy wykonawca załączył do oferty kosztorys ofertowy w formie uproszczonej i nie wskazał zestawienia robocizny, materiałów i prac sprzętu oraz narzutów pomimo wymogu zamawiającego w tym zakresie, zamawiający zobowiązany był odrzucić ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W związku z powyższym należało uznać, iż zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Ogród Usługi Ogrodnicze Leszek Kułak stanowi naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Ponadto ustalono, że zamawiający w pkt III.3.5) ogłoszenia o zamówieniu oraz w pkt 6.2.3 siwz wskazał, że wykonawcy powinni wykazać, iż są ubezpieczeni od odpowiedzialności cywilnej na kwotę nie mniejszą niż 200.000,00 zł. Na potwierdzenie spełniania warunku wykonawcy mieli złożyć dokument, o którym mowa w § 1 ust. 1 pkt 10 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. *w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane* (Dz. U. Nr 226, poz. 1817), zwanego dalej „rozporządzeniem”, tj. *„opłaconą polisę, a w przypadku jej braku, inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej.”*

Wykonawca GABART s.c. Artur Hurek, Gabriela Hurek przedłożył m.in. polisę ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej seria TPP nr 17663895 wystawioną przez Powszechny Zakład Ubezpieczeń Spółka Akcyjna w dniu 2 lipca 2012 r. z okresem ubezpieczenia od dnia 3 lipca 2012 r. do dnia 2 lipca 2013 r. na sumę gwarancyjną 200.000,00 zł. Z treści dokumentu wynika, że składka w wysokości 1.483,00 zł miała być opłacona jednorazowo do dnia 12 lipca 2012 r. (Pozostałe złożone wraz z ofertą polisy łącznie opiewały na sumę gwarancyjną 150.000,00 zł).

Wykonawca nie załączył do oferty potwierdzenia opłacenia powyższej polisy. Jak wynika z protokołu postępowania, zamawiający nie wzywał wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia powyższego dokumentu.

Mając na uwadze powyższe Kontrolujący wskazał na przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiającym wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert.

W związku z powyższym, zamawiający działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, zobowiązany był do wezwania wykonawcy o uzupełnienie dokumentu potwierdzającego fakt opłacenia polisy lub potwierdzającego, że ubezpieczyciel ponosi odpowiedzialność z umowy także przed terminem opłacenia składki.

Z protokołu kontroli wynika również, że zamawiający zaznaczył, że: „O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Osoby wykonujące zamówienie winne posiadać niezbędne wykształcenie oraz uprawnienie do wykonywania tego zadania.” Na potwierdzenie spełniania ww. warunku wykonawcy mieli złożyć dokument, o którym mowa w § 1 ust. 1 pkt 7 rozporządzenia o dokumentach tj. *„oświadczenie, że osoby, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, posiadają wymagane uprawnienia, jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień”*.

Zgodnie z treścią § 1 ust. 1 rozporządzenia, w celu wykazania spełniania przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, których opis sposobu oceny spełniania został dokonany w ogłoszeniu o zamówieniu, zaproszeniu do negocjacji lub siwz, w postępowaniach określonych w art. 26 ust. 1 ustawy zamawiający żąda, a w postępowaniach określonych w art. 26 ust. 2 ustawy może żądać dokumentów wymienionych w pkt 1-10 ww. przepisu, tj. m.in. oświadczenia, wskazanego w pkt 7. Ponadto, stosownie do treści art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania.

Z powyższego wynika, że jeśli zamawiający nie opisał sposobu dokonywania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia poprzez wskazanie rodzaju wymaganych uprawnień, nie jest on uprawniony do żądania dokumentu, o którym mowa w § 1 ust. 1 pkt 7 rozporządzenia, ponieważ dokument ten nie służy potwierdzeniu spełniania żadnego warunku. Tym samym nie jest to dokument niezbędny do przeprowadzenia postępowania.

Wobec powyższego stwierdzono, iż zamawiający żądając w postępowaniu oświadczenia, że osoby które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, posiadają wymagane uprawnienia, jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień i nie opisując sposobu dokonania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu w tym zakresie, naruszył art. 25 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z § 1 ust. 1 pkt 7 ww. rozporządzenia.

Jak ustalono w toku kontroli, umowa w sprawie przedmiotowego zamówienia publicznego została podpisana w dniu 6 sierpnia 2012 r. (umowa zawarta pomiędzy Gminą Kolonowskie reprezentowaną przez p. Norberta Kostona – Burmistrza Gminy a firmą Ogród Usługi Ogrodnicze Leszek Kułak). Ogłoszenie o udzieleniu zamówienia zamawiający zamieścił w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 392206-2012 w dniu 10 października 2012 r.

Stosownie do treści art. 95 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli wartość zamówienia lub umowy ramowej jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, zamawiający niezwłocznie po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego albo umowy ramowej zamieszcza ogłoszenie o udzieleniu zamówienia w Biuletynie Zamówień Publicznych.

W związku z powyższym, zamawiający zamieszczając ogłoszenie o udzieleniu zamówienia w Biuletynie Zamówień Publicznych dopiero po upływie dwóch miesięcy od podpisania umowy naruszył dyspozycję art. 95 ust. 1 ustawy Pzp.

W dniu 25 sierpnia 2014 roku Zamawiający wniósł pisemne zastrzeżenia do nadesłanej informacji.

Zamawiający w zastrzeżeniach od wyniku kontroli odniósł się jedynie do stwierdzonego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Zamawiający nie wniósł zastrzeżeń co do pozostałych stwierdzonych naruszeń wskazanych w Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej.

Zamawiający, w zakresie naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zauważył, powołując się na opinię prawną sporządzoną w dniu 29 lipca 2013 r. przez Pana Pawła Nowickiego

(załączoną do zastrzeżeń) wskazującą, iż „w przypadku ocenianego zamówienia Zamawiający mógł w sposób nie budzący wątpliwości określić cenę przedmiotu zamówienia, i to cenę obliczoną w sposób prawidłowy. To ustalenie pozwoliło także na prawidłowe rozliczenie wykonanego już przedmiotu umowy. (...) zawarte w siwz wymagania dotyczące przedstawienia zestawienia robocizny, materiałów i pracy sprzętu miały wyłącznie charakter wtórny i pomocniczy. Oznacza to m.in., że nie wpływały one w jakikolwiek sposób na obliczenie ceny oferty. Nie utrudniły też w żaden sposób sprawdzenie oferty pod względem jej zgodności z wymaganiami Pzp i wymaganiami tego konkretnego przetargu”.

Ponadto, Zamawiający cytując treść opinii wskazał, iż „przedmiotowa sytuacja to taka, w której – mimo niespełnienia wszystkich wymagań siwz – możliwe jest rzetelne sprawdzenie oferty pod względem jej zgodności z prawem zamówień publicznych. Stąd właśnie jej odrzucenie byłoby naruszeniem zasady zapewnienia niedyskryminującego dostępu wykonawców do zamówienia publicznego. W konsekwencji przyjęcie oferty wybranego przez gminę wykonawcy nie naruszało też zasady równości. Gdyby bowiem jego oferta została odrzucona, to byłby to wyraz nadmiernych wymagań wobec wykonawcy sprzeczny z celem systemu zamówień publicznych i stanowiłoby ograniczenie do rynku zamówień publicznych, jak również zagrożenie dla efektywności wydatkowania środków publicznych (w tym przypadku unijnych) poprzez odrzucenie najtańszej oferty”.

Wnoszono o uwzględnienie złożonych zastrzeżeń i uwag do wyników kontroli.

Odnosząc się do powyższych zastrzeżeń, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych stwierdził, że stanowisko prezentowane przez Zamawiającego nie zasługuje na uwzględnienie. W przedmiotowym postępowaniu, Zamawiający w pkt 12 siwz wymagał przedłożenia kosztorysu ofertowego, który będzie zawierał „ceny jednostkowe poszczególnych rodzajów robót. Wartość działów z narzutami oraz wartość całkowitą robót stanowiącą wynagrodzenie ofertowe. Do kosztorysu ofertowego należy dołączyć również zestawienie robocizny, materiałów i prac sprzętu oraz narzuty. Kosztorys ofertowy musi zawierać tabele elementów scalonych dla całości kosztorysu (uwzględniającą wszystkie branże i działy)”.

Z literalnego brzmienia pkt 12 siwz jednoznacznie wynika, iż elementem niezbędnym każdej składanej w niniejszym postępowaniu oferty winno być zestawienie robocizny, materiałów i prac sprzętu oraz narzuty. Zestawienie to w połączeniu z kosztorysem ofertowym, stanowiło treść oferty w zakresie odzwierciedlenia sposobu obliczenia ceny – kalkulacji ofertowej.

Podobne stanowisko przedstawiła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 13 listopada 2008 r., KIO/UZP 1198/08, KIO/UZP 1263/08, gdzie „Izba stwierdziła, że zamawiający wymagał,

aby wykonawcy stosując przy sporządzaniu kosztorysu ofertowego kalkulację uproszczoną załączyli do kosztorysu zestawienia cen robocizn, materiałów i sprzętu. Wynika z powyższego, że zestawienie cen robocizn, materiałów i sprzętu stanowi część kosztorysu”.

Informację te są o tyle istotne, iż w przypadku przedmiotowego postępowania, Zamawiający w § 11 ust. 2 projektu umowy zapisał, iż *„wszelkie zwiększenie lub zmniejszenie zakresu robót będzie powodowało korektę wynagrodzenia, o którym mowa w ust. 1. W takim przypadku wynagrodzenie będzie zmienione z zastosowaniem stawek cenowych robocizny, materiałów, pracy i sprzętu i narzutów w wysokościach przyjętych w kosztorysie ofertowym”.* Oznacza to – jak już zostało wskazane w informacji o wyniku kontroli – że brak wskazania w ofercie informacji stanowił niezgodność z treścią siwz i nie była to niezgodność o charakterze wyłącznie formalnym, gdyż informacje były niezbędne do rozliczenia zamawiającego z wykonawcą, w szczególności w sytuacji zmniejszenia lub zwiększenia faktycznie wykonanych prac. Brak w ofercie nie mógł też być poprawiony lub wyjaśniony z wykonawcą, gdyż w każdym przypadku wymagałoby to uzupełnienia oferty o zestawienie robocizny, materiałów, prac sprzętu oraz narzutów, co nie jest dopuszczalne na gruncie przepisów ustawy Pzp. Powyższe potwierdziła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 27 sierpnia 2012 r., sygn. akt KIO/UZP 1727/12.

W związku z powyższym treść oferty wykonawcy Ogród Usługi Ogrodnicze Leszek Kułak jest niezgodna m.in. z treścią zapisu w pkt 10.4 formularza ofertowego, gdzie Zamawiający zapisał, że *„oferta wraz ze stanowiącymi jej integralną część załącznikami musi być sporządzona przez wykonawcę ściśle według niniejszej specyfikacji”.* Tym samym, oferta wybranego wykonawcy podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Reasumując, wskazano że przedstawione przez Zamawiającego zastrzeżenia do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp stwierdzone w Informacji o wyniku kontroli nie zasługują na uwzględnienie. Tym samym podtrzymano stanowisko zawarte w Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej i nie uwzględniono zastrzeżeń Zamawiającego. Zgodnie z treścią art. 167 ust. 2 ustawy Pzp, w związku z nieuwzględnieniem zastrzeżeń do wyniku kontroli doraźnej następczej, przekazane one zostały do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpatrując zastrzeżenia Zamawiającego zgłoszone wobec informacji o wyniku kontroli, uznała, iż nie zasługują one na uwzględnienie.

Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, stanowiąca przesłankę odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zachodzi wówczas, gdy zawartość merytoryczna oferty nie odpowiada między innymi pod względem przedmiotu zamówienia lub sposobu jego wykonania wymaganiom zawartym w SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 ustawy Pzp. W tym zakresie wskazać należy, że oferta nie odpowiadająca treści SIWZ to taka, która jest sporządzona odmiennie, niż określają to postanowienia specyfikacji. Odmienność ta może przejawiać się w zakresie proponowanego przedmiotu zamówienia, jak też w sposobie jego realizacji. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ zamówienia ma miejsce w sytuacji, gdy zaoferowany przedmiot dostawy bądź też usługi, a także sposób wykonania robót budowlanych nie odpowiada opisanemu w specyfikacji przedmiotowi zamówienia, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu zaspokajającym oczekiwania i interesy Zamawiającego. Z taką sytuacją mieliśmy do czynienia w przedmiotowym postępowaniu. Wykonawca, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą przewidział bowiem odmienny od określonego w SIWZ sposób i warunki realizacji zamówienia w przedmiocie sposobu obliczenia ceny i zaprezentowania tej ceny w swojej ofercie, a takie szczegółowe wymagania i założenia sposobu wykonania zamówienia znalazły się w wymogach SIWZ, w tym także we wzorze umowy stanowiącym załącznik do SIWZ.

Nie można zgodzić się ze stanowiskiem Zamawiającego, że oferta wybranego wykonawcy nie wypełniała jedynie wymogów SIWZ w warstwie co do formy prezentacji. W ocenie Izby, oferta ta była w warstwie merytorycznej niezgodna z treścią SIWZ. Wymagania dotyczące przedstawienia zestawień robocizny, materiałów i pracy sprzętu nie miały jedynie charakteru pomocniczego, wtórnego. Być może nie wpływały na możliwość sprawdzenia oferty pod względem jej zgodności z przepisami Pzp, czy też przedmiarem robót, ale z pewnością miały znaczenie dla przyjętego przez Zamawiającego w postępowaniu sposobu rozliczenia umowy przy wykonywaniu robót budowlanych. Niewątpliwie bowiem § 11 ust. 2 projektu umowy stanowił, iż *„wszelkie zwiększenie lub zmniejszenie zakresu robót będzie powodowało korektę wynagrodzenia, o którym mowa w ust. 1. W takim przypadku wynagrodzenie będzie zmienione z zastosowaniem stawek cenowych robocizny, materiałów, pracy i sprzętu i narzutów w wysokościach przyjętych w kosztorysie ofertowym”*. Tym samym nieujęcie w ofercie stawek robocizny, materiałów, pracy i sprzętu, przy przyjętym wynagrodzeniu kosztorysowym w ogóle

uniemożliwiło Zamawiającemu rozliczenie zadania w przypadku zmniejszenia lub zwiększenia zakresu robót. Brak było bowiem podstawowych informacji do weryfikacji wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy za faktycznie wykonany zakres robót. Przy wynagrodzeniu kosztorysowym Zamawiający chciał bowiem znać – jakie podstawy cenowe strony będą stosowały w określonych sytuacjach, np. wystąpienia robót, nawet objętych dokumentacją projektową, a pominiętych w przedmiarze, koniecznych do prawidłowego wykonania robót, czy w przypadku niewykonania określonych prac. Czynniki cenotwórcze powinny więc zostać sprecyzowane w postaci wymienionych stawek - w sposób jednoznaczny w treści oferty.

Krajowa Izba Odwoławcza, w składzie wyznaczonym do rozpatrzenia zastrzeżeń podzieliła więc stanowisko płynące z ustaleń kontroli, w zakresie w jakim wskazywano, że oferta uznana za najkorzystniejszą powinna być również odrzucona z zastosowaniem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Odnosząc się do stwierdzonych naruszeń i złożonych zastrzeżeń, zauważyć należy, iż w wyjaśnieniach Zamawiający nie odniósł się do kwestii naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp; art. 25 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z § 1 ust. 1 pkt 7 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane; art. 95 ust. 1 ustawy Pzp. Domniemywać więc należy, iż Zamawiający uznał słuszność stanowiska prezentowanego przez Prezesa UZP, a Izba w takim przypadku zwolniona jest z zajmowania stanowiska w zakresie przedmiotowych kwestii.

Reasumując powyższe, Krajowa Izba Odwoławcza na podstawie art. 167 ust. 3 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, wyraża opinię, jak wyżej.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....