

**WYROK**  
**z dnia 14 października 2010 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś**

**Członkowie: Honorata Łopianowska**  
**Jolanta Markowska**

**Protokolant: Patrycja Kaczmarska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 października 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia tworzących **konsorcjum firm: Mostostal Warszawa S.A. (Lider Konsorcjum), ul. Konstruktorska 11A, 02-673 Warszawa i CESTAR A. Cebula J. Starski sp. jawna, ul. Brylantowa 7A, Bezrzecze, 71-235 Szczecin**, adres do korespondencji: **Mostostal Warszawa S.A. ul. Konstruktorska 11A, 02-673 Warszawa**, od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Związek Międzygminny „Puszcza Zielonka”, ul. Nowy Rynek 8, 62-095 Murowana Goślina**, protestu z dnia 9 września 2010 r.,

**orzeka:**

**1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.**

**2. Kosztami postępowania obciąża Związek Międzygminny „Puszcza Zielonka”, ul. Nowy Rynek 8, 62-095 Murowana Goślina**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez konsorcjum firm: **Mostostal Warszawa S.A. (Lider Konsorcjum), ul. Konstruktorska 11A, 02-673 Warszawa i CESTAR A. Cebula J. Starski sp. jawna, ul. Brylantowa 7A, Bezzecze, 71-235 Szczecin**, adres do korespondencji: **Mostostal Warszawa S.A. ul. Konstruktorska 11A, 02-673 Warszawa,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) przez **Związek Międzygminny „Puszcza Zielonka”, ul. Nowy Rynek 8, 62-095 Murowana Goślina** na rzecz konsorcjum firm: **Mostostal Warszawa S.A. (Lider Konsorcjum), ul. Konstruktorska 11A, 02-673 Warszawa i CESTAR A. Cebula J. Starski sp. jawna, ul. Brylantowa 7A, Bezzecze, 71-235 Szczecin**, adres do korespondencji: **Mostostal Warszawa S.A. ul. Konstruktorska 11A, 02-673 Warszawa**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu,
- 3) dokonać zwrotu kwoty **15 556 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz konsorcjum firm: **Mostostal Warszawa S.A. (Lider Konsorcjum), ul. Konstruktorska 11A, 02-673 Warszawa i CESTAR A. Cebula J. Starski sp. jawna, ul. Brylantowa 7A, Bezzecze, 71-235 Szczecin**, adres do korespondencji: **Mostostal Warszawa S.A. ul. Konstruktorska 11A, 02-673 Warszawa.**

## **U z a s a d n i e n i e**

Zamawiający - Związek Międzygminny „Puszcza Zielonka”, Murowana Goślina prowadzi postępowanie o udzielenia zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego na roboty budowlane „Kanalizacja obszaru Parku Krajobrazowego Puszcza Zielonka i okolic”, Kontrakt IX - zlewnia oczyszczalni ścieków w Szlachęcinie - zadanie 6 - Gmina Murowana Goślina. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz.1655, z późn. zm.), zwanej w skrócie ustawą. Ogłoszenie o zamówieniu

zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 23.01.2010 r. nr 2010/S 16–021390). Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy w brzmieniu sprzed nowelizacji obowiązującej od dnia 29 stycznia 2010 r.

W wyniku badania i oceny ofert spośród 11 złożonych ofert, zamawiający odrzucił m.in. ofertę odwołującego - konsorcjum firm: Mostostal Warszawa S.A. (Lider Konsorcjum) z siedzibą w Warszawie i CESTAR A. Cebula J. Starski sp. jawna z siedzibą w Szczecinie, z najniższą ceną.

W zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty i odrzuceniu oferty odwołującego (pismo z dnia 1 września 2010 r.) zamawiający wskazał uzasadnienie prawne czynności odrzucenia oferty – art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy i uzasadnienie faktyczne – „zmieniono organizację robót poprzez zmianę materiału, dokonano wprowadzenia materiału wprost do pozycji kosztorysu pomijając kosztorysy zamienne – niezgodność z pkt 24.1 IDW”.

Odwołujący wniósł w dniu 9 września 2010 r. protest wobec odrzucenia jego oferty i wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę P.P.U.”Eko-Wark” Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie. W proteście podniósł niezasadność odrzucenia oferty oraz wskazał dopuszczenie przez zamawiającego zastosowania materiału równoważnego, tj. w miejsce rur kamionkowych rur z PVC, z czego odwołujący skorzystał oferując rury z PVC, jako równoważne. Wyjaśnił, że nie sporządził kosztorysów zamiennych lecz uwzględnił zmianę bezpośrednio w kosztorysie podstawowym, dokonując odpowiednich opisów. Stwierdził, że „rozdzielenie kosztorysu ofertowego, wybranie zamienionych pozycji i wydrukowanie ich w oddzielnym dokumencie oraz wstawienie w pierwotny kosztorys 1 kpl z podaniem całej wartości pozycji nie powodowałoby żadnych zmian w wartości ani w treści oferty. Różnica miałaby bowiem charakter wyłącznie graficzny: w kosztorysie podstawowym byłaby pozycja – zmiana rur kamionkowych na PVC - 1 kpl oraz wartość całkowita pozycji, a w dokumencie oddzielnym występowałaby dana pozycja wydrukowana w formie szczegółowej i o tej samej wartości co cena podana jako komplet”.

Podniósł inne okoliczności – m.in. częstą zmianę postanowień siwz, w tym pkt 24.1 IDW zmieniony pismem z dnia 10 lutego 2010 r. L.dz. ZMPZ/341-03/2010/517/2010 i nowy opis dotyczący obliczenia ceny brzmiał „Podana w ofercie cena musi być wyrażona w złotych polskich. Cena musi uwzględniać wszystkie wymagania niniejszej SIWZ oraz obejmować wszelkie koszty, jakie poniesie Wykonawca z tytułu należytej oraz zgodnej z obowiązującymi przepisami realizacji przedmiotu zamówienia oraz wynikać z sumy cen wyliczonej na podstawie kosztorysów ofertowych, stanowiących załącznik do oferty, opracowanych na podstawie danych podanych w CZĘŚCI III niniejszej SIWZ - dokumentacji projektowej,

specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót oraz przedmiarów robót. Zamawiający wymaga, aby kosztorysy ofertowe były przygotowane w formie scalonej (oznaczonej w OPZ jako Przedmiar ofertowy), do których należy załączyć zestawienie robocizny, materiału i sprzętu wynikających z kosztorysów szczegółowych. Dla robót, dla których Zamawiający nie załączył przedmiaru ofertowego, do oferty należy załączyć kosztorys szczegółowy sporządzony na podstawie przekazanego przedmiaru robót.

W nawiązaniu do punktu 3.2.7. OPZ (część III niniejszej SIWZ), w przypadku gdy Wykonawca zaproponuje inną organizację robót niż jest przewidziana w przedmiarze ofertowym lub przedmiarze robót, należy w odpowiednim elemencie/pozycji wpisać „komplet 1” i podać kwotę wynikającą ze sporządzonego przez Wykonawcę kosztorysu szczegółowego dla zamiennej organizacji robót. Sporządzony kosztorys szczegółowy dla przyjętej przez Wykonawcę innej organizacji robót, zawierający ceny jednostkowe i ilości przyjęte przez Wykonawcę musi zostać załączony do oferty”). Podniósł również opóźnienie w udzielaniu wyjaśnień w związku z pytaniami dotyczącymi treści siwz. Okoliczności te nie stanowiły zarzutów protestu, jak wyjaśnił pełnomocnik odwołującego na rozprawie (nawet w przeciwnym wypadku ze względu na upływ terminów określonych w art. 180 ust. 1, 2 i 3 pkt 2 ustawy protest podlegałby odrzuceniu).

W odwołaniu odwołujący podtrzymał zarzuty i argumentację przedstawioną w proteście oraz ustosunkował się do zarzutów zamawiającego podniesionych dodatkowo w rozstrzygnięciu protestu (formalne niezgodności oferty z siwz nie podnoszone w toku badania i oceny ofert). Zarzucając bezprawne odrzucenie oferty stwierdził, że zamawiający naruszył obok art. 89 ust.1 pkt 2 również art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy oraz, że w razie uznania zarzutów zawartych w odwołaniu jego oferta powinna zostać uznana za najkorzystniejszą, Wskazując na pozbawienie go możliwości uzyskania zamówienia uzasadnił tym naruszenie interesu prawnego.

Odwołujący wniósł o:

- 1) unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez P.P.U. „Eko-Wark” Sp. z o. o. oraz dokonanie ponownego badania i oceny ofert w postępowaniu,
- 2) unieważnienie czynności odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy i dokonanie ponownej oceny i badania ofert z uwzględnieniem jego oferty.

W rozstrzygnięciu protestu zamawiający w I części pisma podał dodatkowe niezgodności oferty z siwz dotyczące nazewnictwa i numeracji kilku pozycji kosztorysów (w zakresie numeracji uznał na rozprawie błąd w oznaczeniu cyfrowym), zarzucił rozczłonkowanie kosztorysu na zadanie 6A Kamińsko (procorol), które w ocenie zamawiającego nie ułatwia potwierdzenia kompletności oferty. Podsumowując wywód w tej części stwierdził, że forma kosztorysu jest niezgodna z siwz.

W część II pisma zamawiający wskazał, że zarzuty dotyczące zmiany postanowień siwz i udzielania odpowiedzi na pytania w zakresie siwz były przedmiotem rozstrzygnięcia protestu innego wykonawcy, od którego odwołujący nie wniósł odwołania.

W III części przyznał, że dopuścił zmianę rur kamionkowych na materiał równoważny lecz „wykonawca decydując się na zmianę materiału dokonał zmiany organizacji robót, gdyż zmiana ta wiąże się bezpośrednio ze zmianą technologii wykonania co jest tożsame ze zmianą organizacji robót”. Podniósł pominięcie w kosztorysie odwołującego poz.169 ze str. 504 i poz. 247 ze str. 861 dotyczących montażu wkładek przejściowych, po czym stwierdził, również na rozprawie, że po zmianie technologii nie ma konieczności montażu tych wkładek. Uznał, że pominięcie wkładek ze względu na zmianę technologii, a tym samym organizacji robót, było możliwe przez wprowadzenie kosztorysu zamiennego np. dla całego działu.

W IV części uznał, że zmiany - pkt 24.1 IDW (modyfikacja nr 2) i dopuszczenie zamiany rur kamionkowych na rury PVC w określonych średnicach (modyfikacja nr 3) – wymagały dołączenia kosztorysów wynikających z zamieszczonych opisów. Podniósł, że odwołujący mógł oprotestować wskazane czynności.

KIO zważyła, co następuje.

Odwołujący posiada interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy wnosząc odwołanie, gdyż jego oferta jest najtańszą ofertą w postępowaniu i w razie wykazania bezzasadności jej odrzucenia odwołujący ma realne możliwości uzyskania zamówienia.

Odrzucenie oferty nastąpiło z powodu braku kosztorysu zamiennego dla pozycji, w których zastąpiono rury kamionkowe rurami z PVC (fakty niesporne między stronami). W ocenie zamawiającego odwołujący naruszył postanowienia siwz pkt 24.1 IDW nie załączając do oferty kosztorysów zamiennych na wykonanie robót z zastosowaniem rur PVC. Zamawiający oczekiwał, jak wyjaśnił na rozprawie, zgodnie z postanowieniami pkt 24.1 IDW zmienionymi pismem z dnia 10 lutego 2010 r. i zgodnie z informacją zawartą w piśmie z dnia 6 kwietnia 2010 r., wypełnienia kosztorysu ofertowego z pozostawieniem opisu dotyczącego rur kamionkowych nawet w przypadku zastąpienia ich rurami PVC i wpisania wartości równej zero. Dla rur z PVC oczekiwał sporządzenia odrębnego kosztorysu (zamiennego, zastępczego) obliczenia ich wartości i przeniesienia tej wartości do pozycji dotyczących rur kamionkowych w kosztorysie podstawowym.

Odwołujący, jak oświadczył na rozprawie, czego zamawiający nie podważył skutecznie, sporządził wszystkie pozycje kosztorysu zgodnie z przedmiarem robót, w pozycjach, w których zastosował rury PVC zamiast rur kamionkowych dokonał zamiany podstaw wyceny, opisu robót oraz zamiany materiału. W tytułach elementów lub w pozycjach, w których doszło do zamiany określił przez zamieszczenie opisu: „zmiana - kanały rury PVC”, nie dołączył

dodatkowego kosztorysu zamiennego lecz zamianę rur uwzględnił bezpośrednio w kosztorysie podstawowym. Pomiął wskazane przez zamawiającego w rozstrzygnięciu protestu dwie pozycje dotyczące montażu wkładek przejściowych (poz.169 str. 504, poz. 247 str. 861), jako nie występujące przy zastosowaniu rur PVC (co zostało potwierdzone przez zamawiającego). Zdaniem zamawiającego, podanie w kosztorysie zamiennych rur z PVC w miejsce rur kamionkowych, pomimo, że z opisu jednoznacznie wynika zamiana materiału dopuszczona przez zamawiającego, powoduje niezgodność treści oferty z treścią siwz z uwagi na wprowadzenie przez wykonawcę zmian do przedmiaru robót.

W ocenie KIO niezgodność oferty z postanowieniami siwz polegająca na wprowadzeniu zamiany materiału wprost do kosztorysu podstawowego z pominięciem kosztorysu zamiennego, co stanowiło podstawę odrzucenia oferty odwołującego, jest niezgodnością formalną a nie merytoryczną oferty, dotyczy bowiem formy kosztorysu a nie zawartości dotyczącej opisu i wyceny robót. Skoro w kosztorysie ofertowym wykonawca wypełnił wszystkie pozycje zgodnie z przedmiarem robót, wprowadzając zmianę tylko w zakresie dopuszczonego i akceptowanego przez zamawiającego materiału zamiennego (równoważnego), brak jest podstaw do zaakceptowania oceny, że treść oferty nie odpowiada treści siwz.

KIO podziela stanowisko odwołującego, że wprowadzenie do kosztorysu materiału równoważnego dopuszczonego przez zamawiającego (pismo nr L.dz.ZMPZ/341-03/2010/856/2010 z dnia 5 marca 2010 r., w którym podał „(...) zgodnie z nowymi warunkami technicznymi przyszłego operatora firmy Aquanet S.A. zamieszczonymi wraz z Modyfikacją nr 3 z dnia 17 lutego 2010 r. dopuszcza się jako rozwiązanie równoważne stosowanie rur na warunkach w nich określonych”), jest zgodne z siwz oraz udzielonymi wyjaśnieniami, a sposób graficzny wprowadzenia materiału równoważnego do kosztorysu ofertowego nie ma żadnego wpływu na wysokość wynagrodzenia oraz treść oferty, dotyczy wyłącznie formy kosztorysu.

Zdaniem KIO podnieść należy, że istotę podstawy odrzucenia oferty stanowiło pominięcie kosztorysów zamiennych. Ewentualna zmiana organizacji robót może być naturalnym następstwem, jak wyjaśniono na rozprawie, zastosowania materiału zamiennego.

Zamawiający nie zakwestionował zastosowania materiału zamiennego (równoważnego), zarówno co do rodzaju jak i jakości, stwierdził, że wprowadzenie zamiany wprost do kosztorysu podstawowego utrudnia lecz nie uniemożliwia oceny oferty w tym zakresie.

Przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy zobowiązujący zamawiającego do odrzucenia oferty, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, stanowi podstawę rygorystycznego wyeliminowania wykonawcy z postępowania. Przepis powinien być interpretowany ściśle. W orzecznictwie i doktrynie

ugruntowane zostało stanowisko, że treść oferty, to istota oferty z reguły dotycząca przedmiotu zamówienia czy sposobu jego realizacji. Wszelkie inne niezgodności nie dotyczące treści oferty nie mogą stanowić podstawy zastosowania przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Z tych względów, mając na uwadze przepis art. 191 ust. 1a ustawy, KIO uwzględniła odwołanie i na podstawie ust. 2 pkt 1 tego artykułu nakazała zamawiającemu powtórzenie czynności opisanych w sentencji wyroku.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy, obciążając zamawiającego kwotą uiszczanego wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Poznaniu**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....







