

Sygn. akt: KIO 1888/10

**WYROK**  
**z dnia 16 września 2010 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

**Przewodniczący: Marek Koleśnikow**

**Protokolant: Paweł Nowosielski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 września 2010 r. w Warszawie odwołania z dnia 1 września 2010 r. wniesionego przez wykonawcę konsorcjum: **Przedsiębiorstwo Remontowo-Budowlane „Mal-Max” Waldemar Garstkowiak, Lepiko Sp. z o.o. z siedzibą w Puszczykowie, ul. Wawrzyniaka 18, 62-041 Puszczykowo** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Uniwersytet Medyczny im. Karola Marcinkowskiego w Poznaniu z siedzibą w Poznaniu, ul. Fredry 10, 61-701 Poznań**

przy udziale wykonawcy **SSI Struktum Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, ul. Gradowska 2a, 61-312 Poznań** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert.**

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Uniwersytet Medyczny im. Karola Marcinkowskiego w Poznaniu, ul. Fredry 10, 61-701 Poznań**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczone przez wykonawcę konsorcjum: **Przedsiębiorstwo Remontowo-Budowlane „Mal-Max” Waldemar Garstkowiak, Lepiko Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 62-041 Puszczykowo, ul. Wawrzyniaka 18**, tytułem kosztów postępowania odwoławczego;
- 2) dokonać wpłaty kwoty 14 188 zł 00 gr (słownie: czternaście tysięcy sto osiemdziesiąt osiem złotych zero groszy) przez zamawiającego **Uniwersytet Medyczny im. Karola Marcinkowskiego w Poznaniu, ul. Fredry 10, 61-701 Poznań** na rzecz wykonawcy konsorcjum: **Przedsiębiorstwo Remontowo-Budowlane „Mal-Max” Waldemar Garstkowiak, Lepiko Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 62-041 Puszczykowo, ul. Wawrzyniaka 18** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz kosztów wynagrodzenia i przejazdu pełnomocnika.
- 3) dokonać wpłaty kwoty XXX (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;
- 4) dokonać zwrotu kwoty XXX (słownie: XXX) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz XXX.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) 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**

Zamawiający Uniwersytet Medyczny im. K. Marcinkowskiego w Poznaniu, ul. Fredry 10, 61-701 Poznań wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Rozbudowa Oddziału Neonatologii Ginekologiczno-Położniczego Szpitala Klinicznego w Poznaniu przy ul. Polnej 33 (PN-56/10)«. Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

**12.07.2010 r.** zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych, poz. BZP 184301.

**27.08.2010 r.** zamawiający zawiadomił o:

- 1) wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy konsorcjum spółki Struktum SJ Sp. z o.o. i przedsiębiorstwa „Breviter” Paweł Olejniczak;
- 2) odrzuceniu oferty odwołującego, gdyż treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji – art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

**01.09.2010 r.** (pismo z 31.08.2010 r.) wykonawca – konsorcjum: Przedsiębiorstwo Remontowo-Budowlane „Mal-Max” Waldemar Garstkowiak, ul. Wawrzyniaka 18, 62-041 Puszczykowo (lider), Lepiko Sp. z o.o., ul. Skórzewska 19, 61-185 Skórzewo wniósł do Prezesa KIO odwołanie na:

- 1) odrzucenie oferty odwołującego pomimo braku istnienia ku temu przesłanek;
- 2) ocenę ofert i wybór najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzuca zamawiającemu naruszenie przepisu:

- 1) art. 31 ust. 1 Pzp przez uznanie, że odwołujący w ofercie wskazał zamienniki rozdzielni oraz systemu ochrony przepięciowej bez dodatkowej dokumentacji, podczas gdy powyższe urządzenia wskazane zostały w specyfikacji i w związku z tym nie wymagały dodatkowej dokumentacji;
- 2) art. 32 ust. 1 Pzp przez uznanie, że wskazana wartość oferty nie obejmuje całkowitego wynagrodzenia;
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez odrzucenie oferty odwołującego, pomimo zgodności oferty ze Specyfikacją Istotnych Warunków Technicznych;

- 4) art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp przez odrzucenie oferty odwołującego, pomimo wskazania w ofercie wartości za całość przedmiotu umowy wynikającego ze Specyfikacji Istotnych Warunków Technicznych;
- 5) art. 91 ust. 1 Pzp przez wybranie oferty konsorcjum spółki Struktum SJ Sp. z o.o. i przedsiębiorstwa „Breviter” Paweł Olejniczak jako najkorzystniejszej pomimo faktu, że oferta odwołującego uzyskała lepszą ocenę na podstawie ustalonych kryteriów;
- 6) art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp przez wskazanie w uzasadnieniu odrzucenia oferty odwołującego faktów i podstawy prawnej nie mających potwierdzenia w zaistniałym stanie faktycznym, podnosząc jednocześnie, że powyższe działania i zaniechania zamawiającego stoją w rażącej sprzeczności z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych oraz naruszają podstawowe zasady tam wyrażone, a w szczególności zasadę legalizmu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący wniósł o:

- 1) unieważnienie czynności polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego;
- 2) unieważnienie czynności polegającej na wyborze oferty konsorcjum spółki Struktum SJ Sp. z o.o. i przedsiębiorstwa „Breviter” Paweł Olejniczak jako najkorzystniejszej;
- 3) nakazanie zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego oraz wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Jednocześnie odwołujący wniósł o przeprowadzenie dowodów wskazanych w uzasadnieniu odwołania oraz dowodu z akt postępowania.

Argumentacja odwołującego

1. Zgodnie z postanowieniem pkt 2.1.6 specyfikacji wykonawca (w tym odwołujący) obowiązany był do przygotowania oferty pełnej, a więc takiej, w której uwzględnione zostaną wszelkie koszty robót budowlanych, materiałów i urządzeń technicznych wskazanych w specyfikacji. Zgodnie z tym odwołujący wskazał w ofercie ryczałtową kwotę na wykonanie całości umowy w wysokości 3.917.176,01 złotych netto. Natomiast integralną częścią oferty stanowią załączone do niej dokumenty.

27 sierpnia 2010 r. zamawiający faksem poinformował odwołującego o odrzuceniu jego oferty oraz wybraniu jako najkorzystniejszej oferty konsorcjum spółki Struktum SJ Sp. z o.o. i przedsiębiorstwa „Breviter” Paweł Olejniczak. W uzasadnieniu odrzucenia oferty zamawiający wskazał, że powodem odrzucenia było nieuwzględnienie całości przedmiotu umowy w ofercie oraz wykorzystanie zamienników urządzeń bez wymaganych dokumentów

potwierdzających ich równoważność. Te rzekome uchybienia w ofercie odwołującego są całkowicie bezpodstawne.

W zakresie sposobu przedstawienia oferty, odwołujący spełnił wszystkie wymagania określone w Specyfikacji Istotnych Warunków Technicznych, w szczególności oferta przygotowana została zgodnie z wytycznymi zamieszczonymi w punktach od 9.3 do 9.9 specyfikacji.

Zamawiający stwierdził, że oferta odwołującego cyt. „nie obejmuje całości przedmiotu zamówienia”. Jako przykład podany został rzekomy brak wyceny wyposażenia sanitarnego dodatkowego. Powyższy wniosek stoi w całkowitym oderwaniu od dokumentów załączonych do oferty, z których jednoznacznie wynika, że cały przedmiot umowy został uwzględniony w ofercie, zgodnie z wytycznymi zawartymi w specyfikacji.

Przyjęta przez zamawiającego metoda obliczania wartości przedmiotu umowy powodowała wielokrotne naliczanie tych samych materiałów i urządzeń. Dowodem czego są postanowienia specyfikacji, które miały wprowadzić przejrzystość w kosztorysach ofertowych. Jednakże zamawiający podczas oceny oferty odwołującego zastosował całkowicie odmienną metodę oceny oferty.

W postanowieniu 9.4 specyfikacji zamawiający wskazał, że w przypadku, gdy obmiar wynikający z dokumentacji jest różny od zawartego w przedmiarach dostarczonych przez zamawiającego, różnicę *in plus* lub *in minus* należy ująć w formularzu sporządzonym na dodatku do specyfikacji pt. „Pozostałe roboty nie ujęte w przedmiarze, a konieczne do wykonania całego zakresu wynikającego ze specyfikacji i dokumentacji technicznej”. Ponadto odwołujący zobowiązany był, na podstawie postanowienia 9.7 specyfikacji, do przedstawienia kosztorysów branżowych.

Ponadto dla każdego kosztorysu, o którym mowa w zdaniu poprzedzającym koniecznym było załączenie kosztorysu uszczegółowiającego. W związku z powyższym nieuchronnym było, że część robót zostanie wielokrotnie powtórzona, a znaczna część zamieszczona będzie w dodatku do specyfikacji, o którym mowa w postanowieniu 9.4.

W celu uniknięcia zwielokrotniania elementów w kosztorysach ofertowych odwołujący zastosował, zgodnie z postanowieniem 9.4 specyfikacji metodę opisową *in plus* oraz *in minus* w poszczególnych kosztorysach. Przykładem jest zakup i montaż zlewu kwasoodpornego. Powyższy zlew w liczbie 1 sztuki zamieszczony został w kosztorysie „Roboty budowlane – wyposażenie w elementy sanitarne” (strona 106 oferty) oraz w kosztorysie „Roboty sanitarne podstawowe” w liczbie 2 sztuk (strona 147 oferty). Sumując oba te kosztorysy *in plus*, obejmują one zlew kwasoodporny w łącznej liczbie 3 sztuk. Jednakże ze względu na fakt, że projekt techniczny zakładał zlewy kwasoodporne tylko w liczbie 2 sztuk, to odwołujący w kosztorysie różnicowym „Pozostałe roboty nie ujęte w przedmiarze pkt 9.4-9.7” (strona 233 oferty) uwzględnił *in minus* powyższy zlew, aby łączna

liczba zlewów ogólnie uwzględnionych w ofercie odpowiadała liczbie zlewów wskazanej w specyfikacji.

Z powyższego powodu łączna wartość elementów wskazanych w kosztorysie „Pozostałe roboty nie ujęte w przedmiarze pkt 9.4-9.7” zakłada „-45.375,60 złotych”. Przy tym podsumowaniu użyty znak „-” nie oznacza jednak, jak twierdzi zamawiający, że odwołujący zrezygnował z instalacji poszczególnych elementów, ale uwzględnił fakt, że poszczególne pozycje znalazły się w innym już zestawieniu.

W celu zobrazowania funkcjonowania wskazanej przez zamawiającego metody obliczania wartości przedmiotu zamówienia, bez jednoczesnego opisywania każdego z osobna elementu, w załączeniu odwołujący składa analizę porównawczą kosztorysów sporządzoną na potrzeby postępowania odwoławczego.

Dowód: – analiza porównawcza kosztorysów.

Analiza załączonych do oferty dokumentów pozwala jednoznacznie stwierdzić, że oferta odwołującego zawiera wszelkie wymagane przez zamawiającego roboty budowlane, w tym również te, określone jako „dodatkowe wyposażenie sanitarne”.

W zakresie wartości uwzględnionych prac, odwołujący wskazuje, że wartość oferty zawiera w sobie wszystkie wymagane przez zamawiającego roboty budowlane, urządzenia i technologie. Dokonując podsumowania kosztorysów „Roboty budowlane – wyposażenie w elementy sanitarne”, „Roboty sanitarne podstawowe” oraz „Roboty sanitarne nie ujęte w przedmiarze, a niezbędne do realizacji zamówienia”, przy jednoczesnym zbilansowaniu o elementy powtórzone w poszczególnych kosztorysach, to łączna kwota wskazana w ofercie zawiera w sobie całość przedmiotu umowy.

W celu ułatwienia analizy zebranej dokumentacji w sprawie, odwołujący sporządził zestawienie wartości poszczególnych kosztorysów oraz wskazuje dokładnie, które elementy sanitarne się powtarzają i jaka jest ich wartość. Dla potrzeb powyższego zestawienia wartości w kosztorysach „Roboty budowlane – wyposażenie w elementy sanitarne”, „Roboty sanitarne podstawowe” oraz „Roboty sanitarne nie ujęte w przedmiarze, a niezbędne do realizacji zamówienia” zostały zbilansowane *in plus*, natomiast elementy powtarzające się, wyszczególnione w tabeli „Wyposażenie w elementy sanitarne, które ujęte są w kosztorysie na roboty sanitarne i budowlane” zostały zbilansowane *in minus*.

Dowód: – zestawienie tabel.

Powyższe czynności zamawiającego naruszają również art. 32 ust. 1 Pzp oraz swoich własnych postanowień w specyfikacji. Zamawiający wskazał bowiem w postanowieniu 9.3 specyfikacji, że jej postanowienia mają charakter nadrzędny w określeniu zakresu prac. Dlatego podnoszenie przez zamawiającego, że podana przez odwołującego całkowita wartość oferty nie uwzględnia całości przedmiotu umowy, jest całkowicie pozbawiona podstawy prawnej. Powyższe zgodne jest z wyrokiem KIO z 16 marca 2010 roku sygn. akt

KIO/UZP 139/10, w którym stwierdzono, że cyt. »w umowie na roboty budowlane przy ustaleniu wynagrodzenia umownego jako wynagrodzenia ryczałtowego, kosztorysy ofertowe pełnią jedynie charakter pomocniczy i informacyjny. Jeżeli zamawiający wyraźnie wskazał, że cena ofertowa powinna uwzględniać wszelkie niezbędne koszty do wykonania zamówienia, a ofertę należy opracować, w oparciu o dokumentację techniczną i opis przedmiotu zamówienia« – brak załączenia do oferty kosztorysu dla części branży drogowej – jest uchybieniem wyłącznie co do formy, a nie co do treści oferty, a w konsekwencji oferta nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp».

W żadnym kosztorysie lub innym dokumencie odwołującego nie ma żadnej wzmianki o nieodpłatności za jakikolwiek element przedmiotu umowy. Wręcz przeciwnie, oferta zawiera bardzo szczegółowy, kompleksowy wykaz planowanych robót i zakupów wraz z ich wartością, dlatego odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp należy uznać jako bezpodstawne.

2. W zakresie drugiego uchybienia wykazanego przez zamawiającego w ofercie odwołującego, charakterystyka techniczna rozdzielni piętrowej wskazana w dodatku nr 11 do specyfikacji jednoznacznie wskazała, że zamawiający przyznaje możliwość zastosowania identycznych urządzeń jakie zaproponowane zostały w ofercie odwołującego. Punkt 5.4.3 dodatku nr 11 do specyfikacji wskazuje, że „Instalacja wykonana powinna być w następującym standardzie: rozdzielnice wnętkowe w wykonaniu indywidualnym oraz Moeller, LEGRAND, SCHRACK lub podobne...”. Z uwagi na fakt, że odwołujący w ofercie wskazał rozdzielnię marki SCHRACK argumentacja zamawiającego wskazana w uzasadnieniu odrzucenia oferty jest niezrozumiała.

Wykładnia językowa postanowienia 6.5 specyfikacji wskazuje jednoznacznie, że opisany w nim obowiązek dotyczy tylko i wyłącznie sytuacji, w której wykonawca użyje materiałów, urządzeń i technologii, innych niż te wskazane w specyfikacji. Skoro zatem odwołujący zaproponował zamontowanie rozdzielni piętrowej producenta wskazanego przez zamawiającego w specyfikacji, to nieuprawnionym jest twierdzenie, że odwołujący obowiązany był do załączenia dodatkowej dokumentacji.

Na przedstawionej przez zamawiającego dokumentacji projektowej widnieje w przedmiotowym zakresie rozdzielnia marki Moeller. Wskazany przez odwołującego zakres producentów, których produkty mogą być użyte przy realizacji umowy nie ma charakteru zamkniętego, o czym świadczy użyte wyrażenie „lub podobne”. Co więcej używanie nieostrych pojęć nie może być czynnikiem decydującym o odrzuceniu oferty, bowiem wszelkie standardy oferowanych urządzeń zostały zachowane. Powyższe zgodne jest z wyrokiem KIO z 9 marca 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 24/10, w którym podniesiono, że »treść oferty to jednostronne zobowiązanie wykonawcy do wykonania oznaczonego świadczenia,

które zostanie zrealizowane na rzecz zamawiającego, jeśli oferta złożona przez wykonawcę zostanie uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu i zostanie z nim zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. Świadczenie wykonawcy ma odpowiadać opisanym specyfikacją potrzebom zamawiającego. Ich porównanie (opisu wymagań zamawiającego do zobowiązania wykonawcy) przesadza o tym, czy treść oferty odpowiada treści specyfikacji. Merytoryczny aspekt zaoferowanego przez wykonawców świadczenia oraz merytoryczne wymagania zamawiającego, w szczególności, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia stanowią podstawę oceny zaistnienia przesłanki odrzucenia oferty wskazanej w art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych nie można mówić o tożsamości technologicznej świadczenia, w sytuacji, gdy ich wytwórcy posiadają inne właściwości, którym zamawiający przypisał istotne znaczenie”. A *contrario* stwierdzić należy, że skoro właściwości techniczne użytych urządzeń odpowiadają właściwościom wskazanym w specyfikacji, a analiza porównawcza nie daje wyniku ujemnego, to nie można mówić o braku tożsamości oferty ze specyfikacją. W konsekwencji odwołujący nie był zobligowany do przedstawienia dodatkowych dokumentów potwierdzających równoważność urządzeń, a zamawiający nie był uprawniony do żądania ich przedstawienia.

3. W zakresie zarzutu trzeciego, że oferta odwołującego nie zawiera wymaganych dokumentów potwierdzających równoważność systemu antyprzepięciowego, a tym samym treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji jest oczywiście nieuzasadniona.

W nawiązaniu do wcześniej podanych orzeczeń KIO odwołujący dodatkowo wskazuje, że brak załączenia żądanej dokumentacji nie jest podstawą do odrzucenia oferty odwołującego. Zamawiający posługując się wyrażeniami niedookreślonymi typu „lub podobny” uprawnia wykonawców, w tym odwołującego do użycia innych urządzeń o tych samych właściwościach technicznych. Jednakże zgodnie z poglądem KIO w wyroku z 6 kwietnia 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 360/10, cyt. »treść oferty odwołującego odpowiada treści specyfikacji. Użyte przez ustawodawcę w treści art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp – podstawy prawnej odrzucenia oferty odwołującego – sformułowania „treść oferty” i „treść specyfikacji” jednoznacznie wskazują na aspekt merytoryczny obu dokumentów. Treść specyfikacji to, przede wszystkim, opis potrzeb i wymagań zamawiającego, które mają być zaspokojone w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia przez zawarcie i zrealizowanie z należytą starannością umowy w sprawie zamówienia publicznego. Odpowiednio treść oferty stanowi jednostronne zobowiązanie wykonawcy do wykonania na rzecz zamawiającego oznaczonego świadczenia, jeśli oferta złożona przez wykonawcę zostanie uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu i zostanie z nim zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. Świadczenie wykonawcy ma odpowiadać opisanym w specyfikacji potrzebom



zamawiającego. Ich porównanie (opisu wymagań zamawiającego do oferowanego zobowiązania wykonawcy) przesądza o tym, czy treść oferty odpowiada treści specyfikacji. Porównanie oferowanego przez wykonawców świadczenia oraz merytorycznych wymagań zamawiającego, może dotyczyć w szczególności, zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji umowy i innych **elementów istotnych** dla wykonania zamówienia”. Odwołujący podkreśla, że wszelkie wymagania zamawiającego zostały spełnione w ofercie odwołującego. Natomiast wskazania wymaga fakt, że użyte w ofercie urządzenia marki DEHN posiadają lepsze parametry techniczne, niż producenta OBO BETTERMANN. Ponadto pomimo podwyższonej jakości wskazanych urządzeń ochrony przepięciowej cena urządzeń nie była wyższą od urządzeń producenta OBO BETTERMANN. Wartość jednego urządzenia marki DEHN wynosi ok. 600,00 zł, a przy wykonywaniu inwestycji zamawiający wskazał 4 takie urządzenia, dlatego nie można również twierdzić o istotności wskazanych rozbieżności.

Dowód: – pismo od producenta DEHN.

Podsumowując odwołujący stwierdza, że użycie urządzeń marki DEHN odpowiadało opisowi technicznemu i celowi tych urządzeń wskazanych w specyfikacji, a brak istotnych, merytorycznych rozbieżności pomiędzy treścią oferty a treścią specyfikacji nie stanowi podstawy do odrzucenia oferty zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Czynności zamawiającego naruszają przepis art. 31 ust. 1 Pzp, bowiem zamawiający w sposób bardzo dowolny dla siebie interpretuje postanowienia specyfikacji. Natomiast w uzasadnieniu swojej decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego wskazuje naruszenie postanowień specyfikacji, których *de facto* w nich nie było.

Odwołujący stwierdza, że wybór oferty konsorcjum spółki Struktum SJ Sp. z o.o. i przedsiębiorstwa „Breviter” Paweł Olejniczak jako najkorzystniejszej stanowi bezpośrednio naruszenie przepisu art. 91 ust. 1 Pzp, bowiem analiza oferty odwołującego pozwala jednoznacznie stwierdzić, że gdyby ta oferta nie została odrzucona, to uzyskałaby największą liczbę punktów na podstawie ustalonych kryteriów oceny.

Odwołujący w sposób prawidłowy i rzetelny sporządził ofertę, a zamawiający naruszając ustawę z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, podjął bezprawne czynności polegające na odrzuceniu oferty. Natomiast wskazane przez zamawiającego uzasadnienie swoich racji nie znajduje odzwierciedlenia w stanie faktycznym. Dlatego nie można uzasadnieniu pisma z 27 sierpnia 2010 r. przypisać właściwości, o których mowa w art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp.

**01.09.2010 r.** odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu (art. 180 ust. 5 Pzp).

**01.09.2010 r.** zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom (art. 185 ust. 1 *in initio* Pzp).

**03.09.2010 r.** wykonawca SSI Struktum SJ Sp. z o.o. złożył:

(1) Prezesowi KIO i

**02.09.2010 r.** (2) zamawiającemu oraz

(3) odwołującemu

– zgłoszenie przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (art. 185 ust. 2 Pzp).

**06.09.2010 r.** wykonawca Precise Building Sp. z o.o. złożył:

(1) Prezesowi KIO i

**02.09.2010 r.** (2) zamawiającemu oraz

(3) odwołującemu

– zgłoszenie przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (art. 185 ust. 2 Pzp). Pismo zostało złożone po upływie terminu 3 dni od powiadomienia o wniesieniu odwołania, czyli wykonawca nie mógł stać się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy, a także dowodu złożonego przez odwołującego w zakresie takich samych symboli systemów przeciwprzebieciowych i oświadczeń pisemnych złożonych przez strony – Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie jest zasadne.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że odwołujący posiada interes w złożeniu środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp.

Skład orzekający stwierdził, że zarzuty odwołującego odnoszą się do odrzucenia oferty ze względu na:

1) niewycenienie całego przedmiotu zamówienia – **zarzut nr 4**;

2) zmianę w stosunku do dokumentacji rozdzielni i systemu ochrony przepięciowej – **zarzut nr 3**.

Ponadto odwołujący sformułował **zarzut nr 6** na wskazanie w uzasadnieniu odrzucenia oferty odwołującego faktów i podstawy prawnej niemających potwierdzenia w zaistniałym stanie faktycznym.

Odwołujący sformułował również **zarzut nr 1** odnośnie naruszenia art. 31 ust. 1 Pzp przez uznanie, że odwołujący w ofercie wskazał zamienniki rozdzielni oraz systemu ochrony przepięciowej bez dodatkowej dokumentacji, podczas gdy powyższe urządzenia wskazane zostały w specyfikacji i w związku z tym nie wymagały dodatkowej dokumentacji oraz **zarzut nr 2** odnośnie naruszenia art. 32 ust. 1 Pzp przez uznanie, że wskazana wartość oferty nie obejmuje całkowitego wynagrodzenia.

Ze względu na wartość zamówienia, mniejszą niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp odwołanie nie przysługuje wobec czynności wyboru oferty innego wykonawcy na podstawie art. 180 ust. 2 i wobec tego Izba odstąpiła od rozpoznawania **zarzutu 5**. Przepis art. 180 ust. 2 brzmi:

»Jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności:

- 1) wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę;
- 2) opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu;
- 3) wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia;
- 4) odrzucenia oferty odwołującego«.

Krajowa Izba Odwoławcza przychyliła się do stanowiska odwołującego sformułowanego w zarzucie nr 4 – naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp przez odrzucenie oferty odwołującego, pomimo wskazania w ofercie wartości za całość przedmiotu umowy wynikającego ze Specyfikacji Istotnych Warunków Technicznych.

Zamawiający wskazał w pkt 9.2 specyfikacji, że cyt. »Cena określona w ofercie wykonawcy będzie rozumiana jako ryczałtowa cena za wykonanie całości zamówienia [...], tj. wszystkich robót wynikających z dokumentacji projektowej, bez względu na treść przedmiaru robót«.

Wobec tego wartość oferty obejmuje wykonanie całości przedmiotu zamówienia bez względu na to czy w kosztorysach ofertowych znalazły się wszystkie elementy przedmiotu zamówienia. Zresztą sam zamawiający podkreślił takie rozumienie ceny ryczałtowej formułując treść oświadczenia w ust. 1 formularza oferty, cyt. »Oświadczamy, że w cenie zostały uwzględnione wszystkie koszty wykonania zamówienia i realizacji przyszłego świadczenia umownego. Prace nie ujęte w kosztorysie zrealizowane zostaną nieodpłatnie«. Odwołujący, podobnie jak każdy z pozostałych wykonawców, podpisał to oświadczenie. Jest to zgodne z art. 632 § 1 Kc, który to przepis należy stosować do rozpoznawanej umowy, na

podstawie art. 139 ust. 1 Pzp. Przepis art. 632 § 1 Kc brzmi »Jeżeli strony umówiły się o wynagrodzenie ryczałtowe, przyjmujący zamówienie nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac«.

Zamawiający w pkt 2.1.6 specyfikacji wskazał, cyt. w całości »Zamawiający wymaga, aby wykonawca przygotował kosztorys ofertowy pełny«. Jednak zamawiający nie wskazał na co jest mu potrzebne przygotowanie kosztorysu przez wykonawcę ani nie wskazał jakie konsekwencje będą groziły wykonawcy, który zaniecha w całości złożenia takiego kosztorysu lub którego kosztorys nie będzie pełny bądź będzie sporządzony w innej formie niż wskazana w specyfikacji. Takie pominięcie celu sporządzenia kosztorysu i sankcji za nie złożenie wskazanego kosztorysu mogło wywołać u wykonawców poczucie braku istotności tego dokumentu i nie spotkało się ze zwróceniem się o wyjaśnienie treści specyfikacji, a w tym przedmiarów, z których wynikało podwajanie czy potrajanie niektórych pozycji w różnych kosztorysach ofertowych sporządzanych zgodnie z przedmiarami, co wykazał odwołujący.

Zamawiający nie może wprowadzać po upływie terminu składania ofert do specyfikacji żadnych nowych elementów, a w szczególności sankcji odrzucenia oferty za niepełne dostosowanie wykonawcy do postanowień specyfikacji. W rozpoznawanym postępowaniu zamawiający chciał zastosować właśnie odrzucenie oferty w stosunku do wykonawcy, którego oferta nie w pełni odpowiadała wymogom formalnym zamawiającego.

Ponadto w przypadku ustanowienia wynagrodzenia ryczałtowego każda cena ofertowa obejmuje wykonanie całego przedmiotu zamówienia i kosztorysy ofertowe mają jedynie charakter informacyjny i pomocniczy.

Taka jest obecna linia orzecznicza Izby. Należy również stwierdzić, że przytoczone przez zamawiającego wyroki sądów powszechnych były wydane w innym stanie prawnym i od tego czasu nastąpiło ponad 10 nowelizacji na tyle istotnych i obszernych, że zostały wydane dwa teksty jednolite ustawy. Dlatego Izba nie może wziąć pod uwagę wskazanych orzeczeń sprzed pięciu lat.

Wobec tego zarzut bezpodstawnego odrzucenia oferty z ceną ryczałtową z powodu nie objęcia tą ceną wykonania pełnego przedmiotu zamówienia i zawiera błędy w obliczaniu ceny zasługuje na poparcie i stwierdzenie, że zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, który brzmi: »Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (6) zawiera błędy w obliczeniu ceny;«.

Krajowa Izba Odwoławcza przychyliła się do stanowiska odwołującego sformułowanego w zarzucie nr 3 – naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez odrzucenie oferty odwołującego, pomimo zgodności oferty ze Specyfikacją Istotnych Warunków Technicznych.

Zamawiający dopuścił w pkt 6.6 specyfikacji możliwość zaoferowania przez wykonawcę innych, ale nie gorszych materiałów, urządzeń i technologii niż podane w dodatkach do

specyfikacji. Jednak zamawiający zawarował zaoferowanie nie gorszych materiałów, urządzeń i technologii niż podane w specyfikacji przez postawienie koniunkcji trzech wymagań, cyt. »W takiej sytuacji zamawiający wymaga aby wykonawca, który chce zastosować materiały, urządzenia i technologie inne od wskazanych w dodatkach do siwz wykazał ich równoważność poprzez [1] wypełnienie, dodatku nr 10 pn. „Lista zamienników” i **niezależnie od tego** [2] wypełnił dodatek nr 11 pn. „Lista oferowanych materiałów i urządzeń” wg przedłożonych przez zamawiającego wzorów **oraz** przez [3] przedłożenie stosownych dokumentów, tzn.: pełne opisy techniczne rozwiązań równoważnych (typ, producent, dane katalogowe, DTR-ki) wraz z niezbędnymi atestami i dokumentami dopuszczającymi stosowanie materiałów w budownictwie«.

Na fakt zastosowania koniunkcji wskazują funktry prawdziwości koniunkcji zawarte w omawianym postanowieniu pkt 6.6 specyfikacji: »i niezależnie od tego« i »oraz«.

Jak to podkreślił odwołujący skuteczne zaproponowanie przez wykonawcę w ofercie innych materiałów, urządzeń i technologii niż podane w dodatkach do specyfikacji zależało od wypełnienia wymagań zamawiającego sformułowanych w koniunkcji zawierającej 3 elementy. Koniunkcja charakteryzuje się tym, że dla jej prawdziwości [spełnienia] musi zaistnieć prawdziwość każdego z członów koniunkcji.

Dlatego odwołujący, który w swojej ofercie na str. 254 nie wypełnił dodatku nr 10 „Lista zamienników” żadnymi elementami oraz złożył niekwestionowane oświadczenie cyt. »Jednocześnie oświadczamy, że niewypełnienie listy oznacza, że przedmiot zamówienia zrealizujemy zgodnie z dokumentacją przetargową dostarczoną przez Zamawiającego« nie może być posądzony o nieuprawnioną [a nawet o jakąkolwiek] zmianę materiałów, urządzeń i technologii podanych w dodatkach do specyfikacji.

Wykonawca nie dokonał skutecznego wniesienia zmian w stosunku do specyfikacji, w związku z tym zamawiający nie może kwestionować zmian w stosunku do dokumentacji zawartej w specyfikacji i na tej podstawie nie może odrzucić oferty. Wprost przeciwnie, zamawiający będzie miał [ewentualnie] obowiązek wymagać od wykonawcy spełnienia świadczenia zgodnie z opracowaną przez siebie pierwotną dokumentacją zawartą w specyfikacji.

Skład orzekający Izby podkreśla, że takie uwarunkowania zawarte w pkt 6.5 specyfikacji oraz w samym dodatku nr 10 do specyfikacji wskazują na zamiar zamawiającego zabezpieczenia się przed nie do końca rozważnymi zmianami zaproponowanymi przez wykonawców w stosunku do dokumentacji projektowej zamawiającego. W przypadku niezastnienia jakiegokolwiek elementu koniunkcji odnośnie omawianej zmiany, zamawiający i wykonawca muszą potraktować propozycję zmian za złożoną nieskutecznie, a więc niebyłą.

W związku z tym zamawiający ma obowiązek potraktować propozycje zmian za złożone nieskutecznie i badać ofertę bez brania pod uwagę omawianych prób zmian, a następnie – w

ewentualnym przypadku zawarcia umowy [czego wyrok nie tyczy] – zamawiający będzie miał obowiązek egzekwowania wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z dokumentacją załączoną do specyfikacji.

Przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp brzmi »Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli (2) jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3;«.

Krajowa Izba Odwoławcza przychyliła się do stanowiska odwołującego sformułowanego w zarzucie nr 3 – naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez odrzucenie oferty odwołującego, pomimo zgodności oferty ze specyfikacją.

Krajowa Izba Odwoławcza nie przychyliła się do stanowiska odwołującego sformułowanego w zarzucie nr 6 – naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp przez wskazanie w uzasadnieniu odrzucenia oferty odwołującego faktów i podstawy prawnej niemających potwierdzenia w zaistniałym stanie faktycznym.

Zamawiający wystosował we właściwym terminie zawiadomienie o odrzuceniu oferty odwołującego z podaniem uzasadnienia faktycznego i prawnego odrzucenia tej oferty. Zamawiający czynność tę wykonał z należytą starannością i we właściwym zakresie. Na poprawność tej czynności nie ma wpływu wykazany podczas rozprawy brak podstaw faktycznych i prawnych do odrzucenia oferty.

Wobec powyższego skład orzekający Izby nie stwierdza naruszenia przez zamawiającego art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Skład orzekający Izby nie może się odnieść do zarzutów 1 i 2 dotyczących naruszenia art. 31 ust. 1 i art. 32 ust. 1 Pzp, gdyż dotyczą one formułowania specyfikacji, a termin na wniesienie odwołania w stosunku do specyfikacji minął po 5 dniach od zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych, zgodnie z art. 182 ust. 2 pkt 2 Pzp.

Natomiast sama treść zarzutów odnosiła się do odrzucenia oferty odwołującego i została wzięta pod uwagę w omówieniu zarzutów nr 3 i 4.

Ze względu na wartość zamówienia, mniejszą niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp odwołanie nie przysługuje wobec czynności wyboru oferty innego wykonawcy i w związku z tym Izba odstąpiła od rozpoznawania zarzutu nr 5.

Zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 Pzp przez bezpodstawne odrzucenie oferty odwołującego z powołaniem się na te przepisy.

Skład orzekający Izby nie wziął pod uwagę dowodu złożonego przez odwołującego, ponieważ dowód nie wniósł nic do sprawy, a tylko obrazował przyczynę złożenia innego dokumentu do oferty, co nie miało wpływu na ostateczny wynik postępowania.

Z powyższych względów uwzględniono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania uznając za uzasadnione koszty związane z dojazdem na wyznaczoną rozprawę i koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w kwocie 4 188, 00 zł (588 zł + 3 600 zł) zgodnie z § 3 pkt 1 i pkt 2 lit. a i b 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. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:**

.....