

Sygn. akt: KIO 1788/11

**WYROK**  
z dnia 31 sierpnia 2011 roku

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Justyna Tomkowska**

**Protokolant: Małgorzata Wilim**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 31 sierpnia 2011 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 sierpnia 2011 roku przez wykonawcę **BUDIMEX S.A. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Uniwersytet Jagielloński w Krakowie**

przy udziale wykonawcy **RE-Bau Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie**, zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

**1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i czynności odrzucenia oferty Odwołującego się oraz nakazuje powtórzenie czynności oceny i badania ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.**

**2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego Uniwersytet Jagielloński w Krakowie** i:

**2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwudziestu tysięcy złotych) uiszczoną przez wykonawcę BUDIMEX S.A. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania;**

**2.2. zasądza od Zamawiającego Uniwersytetu Jagiellońskiego w Krakowie na rzecz wykonawcy Odwołującego się Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie kwotę 20.000,00 gr (słownie: dwudziestu tysięcy złotych, zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony 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 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.), na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Krakowie**.

**Przewodniczący:** .....

### Uzasadnienie

W dniu 19 sierpnia 2011 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, działając na podstawie art. 180 ust. 1 i 3 w zw. z art. 179 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113 poz. 759 ze zm., zwana dalej „ustawą Pzp”), odwołanie wniósł wykonawca Odwołujący się **BUDIMEX SA z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego, którym jest **Uniwersytet Jagielloński w Krakowie**.

Odwołanie wniesiono w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na wyłonienie Generalnego Wykonawcy wykonania robót budowlano - montażowych, związanych z realizacją budowy obiektu Małopolskiego Centrum Biotechnologii, zlokalizowanego na terenie Kampusu 600-lecia Odnowienia Uniwersytetu Jagiellońskiego w Krakowie, które to zamówienie współfinansowane jest przez Unię Europejską ze środków Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego oraz z budżetu państwa w ramach Programu Operacyjnego Innowacyjna Gospodarka, lata 2007-2013; nr sprawy CRZP/UJ/83/2011

Środek ochrony prawnej wniesiono od podjętej we wskazanym postępowaniu czynności Zamawiającego niezgodnej z przepisami ustawy Pzp, polegającej na odrzuceniu najkorzystniejszej oferty Budimex S.A. i w konsekwencji wyborze mniej korzystnej oferty RE-Bau Sp. z o.o.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 89 ust. 1 pkt 2 i pkt 6 ustawy Pzp, a w konsekwencji naruszenie również przepisów art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty RE-Bau Sp. z o.o. i czynności odrzucenia oferty Budimex S.A. oraz powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z udziałem oferty Budimex SA, jako nie podlegającej odrzuceniu.

Zawiadomienie o rozstrzygnięciu (wyniku) postępowania zostało przesłane Odwołującemu w dniu **10 sierpnia 2011 roku**, a więc odwołanie wniesione zostało z zachowaniem przewidzianego w ustawie terminu.

Podniesiono, że istnienie interesu wykonawcy Budimex S.A. w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp nie może budzić w niniejszej sprawie wątpliwości. Budimex S.A. złożył w postępowaniu najkorzystniejszą ofertę, która na skutek naruszenia przepisów ustawy Pzp została przez Zamawiającego odrzucona i w konsekwencji Zamawiający wybrał mniej korzystną ofertę innego wykonawcy.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał, że Zamawiający odrzucił jego ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy Pzp jako powód podając brak zaoferowania przez Budimex S.A. w jego ofercie wykonania przyłącza centralnego ogrzewania oraz węzła cieplnego (wymiennikowi).

W ocenie Odwołującego podana przez Zamawiającego podstawa faktyczna dla zastosowania wobec oferty Odwołującego art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy Pzp jest nieprawdziwa. Wbrew zarzutom Zamawiającego, oferowany przez Budimex S.A. przedmiot zamówienia jest zgodny z wymaganiami i warunkami opisanymi w ustawie Pzp oraz określonymi przez Zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej SIWZ). Również cena ryczałtowa zaoferowana przez Budimex S.A. jest prawidłowo obliczona, stanowiąc, co bezsporne, sumę pozycji z Załącznika nr 4 do Formularza Oferty Budimex S.A. Oferowane przez Budimex S.A. wykonanie całości przedmiotu zamówienia obejmuje również wykonanie przyłącza centralnego ogrzewania oraz węzła cieplnego (wymiennikowi). Potwierdza to jednoznacznie Formularz Ofertowy złożony przez Budimex S.A. w punkcie 1, gdzie Budimex S.A. zaoferował wykonanie „całości przedmiotu zamówienia”, oraz w punkcie 7, gdzie Budimex S.A. stwierdził, iż oferowany przedmiot zamówienia jest „zgodny z wymaganiami i warunkami opisanymi w ustawie Prawo zamówień publicznych oraz określonymi przez Zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia”. Dodatkowo, Budimex SA, w odpowiedzi na wniosek Zamawiającego z 02.08.2011 r. o wyjaśnienie treści oferty potwierdził wyraźnie w swoich wyjaśnieniach z 03.08.2011 r., że jego oferta uwzględnia wykonanie przyłącza centralnego ogrzewania oraz wymiennikowni w ramach podanej w jego ofercie ceny ryczałtowej.

Zdaniem Odwołującego nie ma żadnych racjonalnych podstaw do kwestionowania przez Zamawiającego powyższych jednoznacznych oświadczeń wykonawcy o zawartości jego oferty, objętej zaproponowaną ceną ryczałtową. Nie jest taką podstawą brak odrębnego wskazania wyceny dwóch drobnych elementów zamówienia w Materiałach pomocniczych do ustalenia kosztów inwestycji (tabelach pomocniczych), dołączonych zgodnie z SIWZ do oferty Budimex S.A.

Brak odrębnej wyceny wykonania przyłącza centralnego ogrzewania oraz węzła cieplnego (wymiennikowi) w tabelach pomocniczych dołączonych do oferty Budimex S.A. jest faktem, ale dotyczy on tylko tabel pomocniczych i nie powoduje żadnych zmian w treści oferty, gdyż nie wpływa na zaoferowany przez Budimex S.A. zakres zamówienia, ani na zaoferowaną przez Budimex S.A. cenę ryczałtową, która zgodnie z wyjaśnieniem złożonym przez Budimex S.A. w piśmie z 03.08.2011 r. obejmuje również wykonanie przyłącza centralnego ogrzewania oraz węzła cieplnego (wymiennikowi). Skoro takie niewyodrębnienie pozycji wyceny nie powoduje żadnych zmian w treści oferty wykonawcy, to nie może być podstawą do odrzucenia tej oferty.

Zwrócono uwagę na specyficzną wykładnię zastosowaną przez Zamawiającego, który tylko z powodu pominięcia w materiałach pomocniczych, zawierających ponad 1000 pozycji, odrębnej wyceny dwóch drobnych elementów, których łączna wartość nie przekracza w żadnej z pozostałych ofert 6 promili ich wartości, odrzuca najkorzystniejszą ofertę Budimex S.A. i wybiera ofertę o 1.769.899,14 zł droższą. Zamawiający uznał zatem jako wystarczające uzasadnienie dla wydania z publicznych środków sumy o ponad 1,7 mln zł większej, pominięcie zaledwie 2 drobnych pozycji w załączonych do oferty z ceną ryczałtową materiałów informacyjnych, które sam Zamawiający nazwał „pomocniczymi” i które zgodnie z SIWZ stanowiły jedynie indywidualną kalkulację składników ceny ryczałtowej, której elementy wykonawcy mogli dowolnie uzupełniać.

Wbrew wyraźnym oświadczeniom Budimex S.A. z Formularza Ofertowego i wyjaśnień z 03.08.2011 r. o zaoferowaniu wykonania całości zamówienia zgodnie z SIWZ, Zamawiający za dokument decydujący o zakresie oferty Budimex S.A. uznał materiały pomocnicze do jego oferty.

W Zawiadomieniu o rozstrzygnięciu (wyniku) postępowania Zamawiający stwierdził, iż tabele pomocnicze zgodnie z zapisami SIWZ, stanowią dokument określający i potwierdzający zakres przedmiotowy oferty oraz obliczenie ryczałtowej ceny oferty. Zdaniem Odwołującego stwierdzenie Zamawiającego pozostaje w sprzeczności z treścią SIWZ i wyjaśnieniami samego Zamawiającego, które takiego znaczenia tabelom pomocniczym nie nadawały. Zamawiający określił tabele pomocnicze jedynie jako dokument „pomocniczy” do oferty, informujący o sposobie indywidualnej kalkulacji ceny ofertowej przez wykonawców oraz stanowiący podstawę do opracowania harmonogramu rzeczowo-finansowego, jako załącznika do przyszłej umowy, nie zaś jako dokument ofertowy określający zakres przedmiotowy oferty, ani też cenę ofertową (z wyjątkiem wymogu by suma pozycji z tabeli pomocniczych odpowiadała zaoferowanej cenie ryczałtowej). SIWZ stwierdza wprawdzie w punkcie 3.6., że materiały pomocnicze mają „potwierdzać”, że Wykonawca przedstawił cenę ryczałtową za przedmiot umowy i zaoferował przedmiot zamówienia zgodny z wymogami Zamawiającego, ale z SIWZ i wyjaśnień Zamawiającego nie wynika bynajmniej, że jakakolwiek modyfikacja w tych materiałach pomocniczych będzie powodować zmiany w zakresie przedmiotowym oferty wykonawcy i oferowanej przez niego cenie ryczałtowej, jak bezpodstawnie sugeruje Zamawiający. Materiały pomocnicze dołączone do oferty Budimex S.A. w świetle wyjaśnień Budimex S.A. z 03.08.2011 r. potwierdzają że mimo braku wyodrębnienia dwóch drobnych pozycji wyceny Budimex S.A. przedstawił w Formularzu Ofertowym cenę ryczałtową za przedmiot umowy i zaoferował przedmiot zamówienia zgodny z wymogami Zamawiającego.

Wskazano, że Zamawiający zdaje się nie zauważać oczywistej konsekwencji swojej niezrozumiałej wykładni sprowadzającej się do stwierdzenia, że tabele pomocnicze stanowią

dokument określający zakres przedmiotowy ofert wykonawców w niniejszym przetargu, w świetle faktu, iż Zamawiający (w wyjaśnieniach do SIWZ, m.in. w odpowiedzi na pytanie nr 105) sam zezwolił wykonawcom na dowolne umieszczanie w tabelach pomocniczych innych elementów składowych zamówienia, niewymienionych w tabelach załączonych do SIWZ. Wykonawcy skorzystali z tego prawa, w wyniku czego zakres przedmiotowy tabel pomocniczych każdego z wykonawców jest inny. Ponieważ zakres przedmiotowy tabel pomocniczych każdego z wykonawców w niniejszym przetargu jest inny (bo jak wskazano wyżej zawierają one pozycje, które nie znajdują się u innych wykonawców, na co Zamawiający wyraził zgodę), to nie mogą być one podstawą do porównywania i oceny ofert tych wykonawców pod kątem zgodności oferowanego przedmiotu zamówienia z przedmiotem zamówienia określonym w SIWZ. Jeżeli jednak Zamawiający, mimo ewidentnych i dopuszczonych przez niego różnic w zakresie przedmiotowym tabel pomocniczych wykonawców w niniejszym przetargu, nadal twierdzi, że tabele pomocnicze stanowią dokument określający zakres przedmiotowy ofert wykonawców, to należałoby w konsekwencji uznać, że również zakres przedmiotowy ofert wykonawców w niniejszym przetargu jest różny, a więc oferty te są nieporównywalne. Sytuacja taka stanowiłaby podstawę do unieważnienia przetargu. Świadczy to niezbicie o tym, że wykładnia postanowień SIWZ przez Zamawiającego, którą przyjął on za podstawę odrzucenia oferty Budimex S.A. jest błędna.

Zamawiający błędnie zinterpretował przepisy art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy Pzp i zastosował je do stanu faktycznego, który nie spełnia przesłanek określonych w tych przepisach.

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli „jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia”. A zatem Zamawiający może odrzucić ofertę wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp tylko wówczas, gdy merytoryczna, mająca znaczenie prawne treść oferty wykonawcy nie odpowiada treści SIWZ. Dlatego pojęcie „treść oferty” z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp nie może być utożsamiane z ofertą jako zestawem składanych przez wykonawcę w postępowaniu o zamówienie publiczne dokumentów formalnych, których każdy element określa SIWZ pod rygorem odrzucenia oferty. Przesłanki odrzucenia oferty muszą być przesłankami jasnymi i interpretowanymi ściśle, zaś przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych może być stosowany wyłącznie w przypadku jednoznacznego stwierdzenia sprzeczności treści oferty z treścią specyfikacji. O tym, że powyższa wykładnia pozostaje nadal aktualna przekonuje choćby wyrok Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 3 marca 2011 r. (sygn. KIO 330/11).

Podkreślono, że w niniejszym przetargu, w którym cena jest ryczałtowa, Zamawiający nie ustanowił rygору odrzucenia oferty dla omyłek w tabelach pomocniczych, a tym samym

postanowienia tabel pomocniczych, składanych wraz ofertą jako dokumentu pomocniczego, nie podlegającego w tym zakresie ocenie przez Zamawiającego na etapie badania i oceny ofert, nie mogą stanowić podstawy do odrzucenia oferty na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W ocenie Odwołującego jeszcze bardziej jaskrawa jest nieprawidłowość zastosowania przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp do oferty Budimex SA, a więc podniesiony przez Zamawiającego zarzut błędu w obliczeniu ceny. Zamawiający uzasadniając ten zarzut powołuje się na wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 23.04.2009 r. (sygn. II GA 117/09), który w sposób oczywisty podważa stanowisko Zamawiającego w świetle treści SIWZ. Zgodzić się należy z cytowanym przez Zamawiającego stanowiskiem Sądu, iż „Obliczenie ceny w sposób sprzeczny ze sposobem wskazanym w SIWZ powoduje, że treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji. Następuje to jednak w przypadku, gdy sposób obliczenia ceny został w SIWZ określony”.

Zgodnie z treścią SIWZ w niniejszym przetargu cena podawana przez wykonawców miała charakter ryczałtowy, a jedyny „sposób jej obliczania”, jaki został określony w SIWZ, to zsumowanie pozycji wyceny podanych w tabelach pomocniczych (pkt 12.2 SIWZ). Bezsprzeczne jest, że takie obliczenie ceny w ofercie Budimex S.A. jest prawidłowe (sumaryczna cena ryczałtowa wyliczona w tabelach pomocniczych odpowiada cenie podanej w formularzu oferty), a zatem zarzut błędu w obliczeniu ceny bezprzedmiotowy. Niezależnie od powyższego, należy przypomnieć, że zgodnie z jednoznaczną linią orzecniczą na tle zmian wprowadzonych do przepisów Prawa zamówień publicznych w dniu 24.10.2008 r. dotyczących poprawiania omyłek w ofertach wykonawcy (min. uchylene art. 88 ustawy Pzp), nadal aktualna jest zasada, że w przypadku oferty z ceną określoną za cały przedmiot zamówienia albo jego część (cena ryczałtowa) należy przyjąć, że prawidłowo podano cenę ryczałtową bez względu na sposób jej obliczenia, a nie odrzucać ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 PZP. Celem ustawodawcy uchylającego art. 88 PZP było umożliwienie Zamawiającemu poprawiania omyłek w szerszym niż dotychczas zakresie w celu ograniczenia sytuacji odrzucania ofert. W tym kontekście, działania Zamawiającego, który mimo ryczałtowej ceny interpretuje znowelizowane przepisy PZP (a w konsekwencji także postanowienia SIWZ) sprzecznie z korzystną dla niego intencją ustawodawcy, doprowadzając w ten sposób do odrzucenia najkorzystniejszej oferty Budimex S.A. i wyboru oferty o ponad 1,7 mln zł droższej, są nie tylko błędne, ale też dla Zamawiającego niekorzystne.

W braku odrębnych uregulowań dotyczących rozumienia pojęcia „treść oferty” w Prawie zamówień publicznych zgodnie art. 14 PZP zastosować należy przepisy ustawy Kodeks cywilny. Zgodnie zaś z tymi przepisami, treść oferty z art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP musi być rozumiana jako treść jednostronnej czynności prawnej wykonawcy, tj. jako treść jego

oświadczenia woli (w rozumieniu art. 65 k.c), nastawionego na wywołanie określonych skutków prawnych, a wynikającego z dokumentów przedmiotowych oferty złożonych przez wykonawcę. Jeżeli skutki prawne, na wywołanie których nastawiona jest złożona przez wykonawcę oferta, odpowiadają warunkom określonym przez Zamawiającego w SIWZ, to wówczas treść tej oferty odpowiada treści SIWZ, niezależnie od ewentualnych uchybień o charakterze formalnym. Uchybienia formalne znajdujące się w ofercie wykonawcy, ale nie wpływające na merytoryczną treść jego oświadczenia woli, nie mają znaczenia na gruncie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP.

Ponieważ powyższe rozumienie pojęcia „treści oferty” odwołuje się do jednoznacznych pojęć prawnych, to wyklucza w tym zakresie arbitralność decyzji Zamawiającego, co jest zgodne z zasadą prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Zamawiający, dokonując oceny oferty wykonawcy, zobowiązany jest zbadać, czy jej treść - w podanym wyżej rozumieniu - odpowiada treści SIWZ. Jeżeli Zamawiający decyduje się na odrzucenie oferty wykonawcy z powołaniem się na to, iż treść oferty nie odpowiada treści SIWZ, to zobowiązany jest wykazać, że uchybienie w ofercie wykonawcy wskazane przez Zamawiającego wpływa na treść oferty wykonawcy w taki sposób, że nie odpowiada ona treści SIWZ. W tym celu Zamawiający powinien przede wszystkim wykazać, że uchybienia zarzucane ofercie wykonawcy w ogóle wpływają na treść tej oferty, a więc na skutki prawne, jakie ta oferta rodziłaby dla zobowiązań wykonawcy w razie jej wybrania. Odrzucając ofertę Budimex SA, Zamawiający, poza arbitralnym twierdzeniem, że nie obejmuje ona całości przedmiotu zamówienia, nie wyjaśnił, w jaki sposób zarzucane uchybienia wpłynęły na treść oferty Odwołującego, tak że, zdaniem Zamawiającego, nie odpowiada ona treści SIWZ. Jeżeli zaś zarzucane Odwołującemu uchybienia nie mogą, jak twierdzi Odwołujący, wywołać żadnych skutków prawnych, które nie odpowiadałyby treści SIWZ, to tym samym nie mogą one mieć też żadnego wpływu na treść jego oferty i nie mogą powodować niezgodności treści tej oferty z treścią SIWZ.

Odwołujący stanowczo stwierdza, że mimo niewyodrębnienia w tabelach pomocniczych ceny za wykonanie przyłącza centralnego ogrzewania oraz węzła cieplnego (wymyennikowi), jego oferta odpowiada treści SIWZ, a wskazane uchybienie nie wywołuje negatywnych skutków prawnych dla Zamawiającego w razie realizacji zamówienia przez Budimex SA na podstawie jego oferty. Zamawiający zdaje się zapominać, że wynagrodzenie za wykonanie niniejszego zamówienia ma charakter ryczałtowy, a nie kosztorysowy. Zgodnie z § 3 ust. 1 Wzoru Umowy załączonego do SIWZ (dalej zwanej „Umową”), wynagrodzenie ryczałtowe „uwzględnia wszystkie wymagane opłaty i koszty niezbędne do zrealizowania całości umowy, bez względu na okoliczności i źródła ich powstania”, a zatem cena zaoferowana przez Budimex S.A. uwzględnia również koszty wykonania przyłącza



centralnego ogrzewania oraz węzła cieplnego, podobnie jak inne koszty elementów wyodrębnionych w tabelach pomocniczych innych wykonawców, a niewyodrębnione w tabelach pomocniczych Budimex S.A. Zgodnie z § 3 ust. 1 Umowy, cena ryczałtowa uwzględnia wszystkie elementy niezbędne do zrealizowania całości Umowy, niezależnie od tego, czy cena za wykonanie tych elementów została w ofercie wykonawcy wyodrębniona, czy nie. Brak wyodrębnienia danego elementu robót jako odrębnej pozycji wyceny, zgodnie z Umową oznacza jedynie to, że rozliczenie tych robót nastąpi w ramach rozliczenia innych robót wyodrębnionych w harmonogramie rzeczowo-finansowym, ewentualnie w ramach faktury końcowej. Jest to sytuacja normalna w przypadku wynagrodzenia ryczałtowego i co najważniejsze zaakceptowana przez Zamawiającego, skoro przyznał, że tabele pomocnicze z SIWZ nie zawierają wiążącego podziału zamówienia na elementy rozliczeniowe i zgodził się na dowolne wyodrębnianie dodatkowych elementów wyceny przez wykonawców. Umowa przewiduje jednak ten sam mechanizm rozliczenia, umożliwiając jego dokonanie. Umowa w § 4 ust. 1 stanowi bowiem, że wówczas ewentualne obniżenie nastąpi „w oparciu o wartości wynikające z oferty Wykonawcy”. Umowa nie odwołuje się więc do wyceny pozycji w tabelach pomocniczych danego Wykonawcy, lecz ogólnie do wartości robót wynikających z oferty Wykonawcy. Przy braku wyodrębnienia tych robót jako oddzielnej pozycji wyceny, oznacza to jedynie konieczność oszacowania wartości tych zaniechanych robót w oparciu o inne wartości wynikające z oferty Wykonawcy, ewentualnie w oparciu o wartość ryczałtu zaoferowanego za wykonanie całości zamówienia (a więc przez oszacowanie jaki procent całości zamówienia stanowią wyłączone roboty). Jest to immanentna cecha wynagrodzenia ryczałtowego, które obejmuje realizację całości zamówienia bez konieczności wyodrębniania cen za poszczególne elementy tego zamówienia. Należy wskazać, że ten sam problem wystąpiłby w przypadku gdy z jakiegokolwiek pozycji wyceny wyodrębnionej w tabelach pomocniczych załączonych do SIWZ i określonej jako komplet („kpl.”) zaistniała potrzeba wyłączenia części robót, bo dla takiej części nie będzie w tabeli pomocniczej żadnego z wykonawców odrębnej pozycji wyceny. Idąc za błędnym stanowiskiem Zamawiającego, należałoby przyjąć, że w żadnym ze wskazanych wyżej przypadków nie byłoby możliwe zgodnie z Umową rozliczenie wyłączonych robót.

Należy też zauważyć, że, wbrew twierdzeniom Zamawiającego z Zawiadomienia o rozstrzygnięciu (wyniku) postępowania, SIWZ nigdzie nie stanowi, iż tabele pomocnicze stanowią „minimalny katalog pozycji, które mają zostać opisane i wycenione w treści oferty, jako elementy stanowiące podstawę dla oceny i porównania ofert”. Podstawą do oceny i porównania ofert w niniejszym przetargu jest wyłącznie zaoferowana cena ryczałtowa za realizację całości zamówienia. O braku przypisywanego post factum przez Zamawiającego znaczenia tabel pomocniczych najlepiej świadczy wspomniany wcześniej, a bezsporny fakt, iż Zamawiający pozostawił wykonawcom swobodę w uzupełnianiu tego załącznika

o dodatkowe pozycje, co uniemożliwia jego porównywanie u różnych wykonawców, gdyż każdy z nich przedstawił tabele pomocnicze zawierające inny zestaw pozycji wyceny. W SIWZ Zamawiający wskazał tabele pomocnicze jedynie jako dokument pomocniczy, informujący o sposobie indywidualnej kalkulacji ceny ofertowej przez wykonawców oraz stanowiący podstawę do opracowania harmonogramu rzeczowo-finansowego, jako załącznika do przyszłej umowy. Zamawiający nie wykazał, by niewyodrębnienie dwóch drobnych pozycji wyceny w tabelach pomocniczych Budimex S.A. uniemożliwiało realizację powyższych celów. Wbrew twierdzeniom Zamawiającego, tabele pomocnicze nie zostały w niniejszym przetargu wskazane jako dokument ofertowy określający zakres przedmiotowy oferty, ani też cenę ofertową. Ze względu na ryczałtowy charakter wynagrodzenia wykonawcy oraz znaczenie nadane tabelom pomocniczym przez samego Zamawiającego, brak wyodrębnienia w nich przez Budimex S.A. dwóch drobnych pozycji wyceny nie może być podstawą dla odrzucenia jego oferty.

Konkludując, Odwołujący stwierdził, że nie ma żadnego racjonalnego uzasadnienia dla twierdzenia, że z punktu widzenia rozliczania umowy z wynagrodzeniem ryczałtowym ma znaczenie brak w tabelach pomocniczych Budimex S.A. odrębnej pozycji wyceny dla wykonania przyłącza centralnego ogrzewania i węzła cieplnego o łącznej wartości około 0,6% wartości zamówienia, natomiast nie ma żadnego znaczenia brak np. w tabelach pomocniczych RE-Bau Sp. z o.o. odrębnych pozycji wyceny dla komory zabiegowej, jednostki nawiewowej, komory nablutowej do pracy czystej typ 1 i typ 2, komory do hodowli roślin, zmywarki laboratoryjnej, prysznicu powietrznego o wartości według tabeli pomocniczej Budimex S.A. stanowiącej prawie 1,5% wartości zamówienia. Takie twierdzenie oznaczałoby nierówne traktowanie wykonawców, skutkujące w dodatku niekorzystnym dla Zamawiającego wydatkowaniem z publicznych środków sumy o ponad 1,7 mln zł większej niż cena ryczałtowa zaoferowana w prawidłowej ofercie Budimex S.A. Pomijałoby ono również istotny fakt, że Umowa przewiduje odpowiednie zasady rozliczania realizacji zamówienia, niezależnie od tego, jakie pozycje wyceny zostały wyodrębnione przez danego wykonawcę w dowolnie przez niego uzupełnianych tabelach pomocniczych. Co jednak najważniejsze, przyjęcie takiego stanowiska godziłoby w podstawowy cel ustawy Prawo zamówień publicznych, jakim jest zapewnienie racjonalnego wydatkowania środków publicznych, przy zachowaniu uczciwej konkurencji i równym traktowaniu wykonawców.

W tym stanie rzeczy Odwołujący uznał, że wniesienie odwołania jest w pełni uzasadnione i konieczne.

W dniu **22 sierpnia 2011 roku**, w wyniku wezwania z dnia 19 sierpnia 2011 roku, do postępowania odwoławczego zgłosił przystąpienie wykonawca **RE-Bau Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie** po stronie Zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

W dniu 29 sierpnia 2011 roku Zamawiający przedłożył odpowiedź na odwołanie. Wnosił o oddalenie odwołania w całości. Wskazał na błędne stanowisko Firmy Budimex S.A., która sugeruje na stronie 2 odwołania, iż potwierdzeniem oferowania wykonania całości zamówienia jest Formularz Ofertowy, w szczególności jego pkt 1 i 7. Zdaniem Zamawiającego wobec zapisów ogłoszenia o zamówieniu, treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej SIWZ), i udzielonych do niej odpowiedzi oraz wyjaśnień, jak również samego pkt 7 formularza oferty, jednoznacznie uznać należy, że składając jedynie oświadczenia w pkt 1 i 7 na formularzu złożonej oferty, Firma Budimex S.A. nie potwierdza, że oferuje i wycenia całość przedmiotu zamówienia. Potwierdzeniem tego, również w świetle pełnego brzmienia oświadczenia z pkt 7 formularza oferty, które przemilcza Odwołujący cytując go jedynie w części, są dołączone do oferty tabele pomocnicze do ustalenia kosztów inwestycji. Ten dokument, jednoznacznie wymagany przez Zamawiającego, pozwala na ocenę treści oferty pod względem zgodności oferowanego przedmiotu zamówienia oraz jego wyceny w stosunku do postanowień treści SIWZ.

Odwołująca się Spółka jest niekonsekwentna składając w tym samym piśmie procesowym sprzeczne ze sobą oświadczenia. Dowodzi to również wprost, iż faktycznie oferta odwołującego się wykonawcy nie zawiera wykonania i nie przedstawia wyceny przyłącza centralnego ogrzewania oraz węzła cieplnego (wymieniownikowi).

Wykonawca na potwierdzenie zgodności swojej oferty z zakresem robót określonych przez Zamawiającego w SIWZ, powołuje się jedynie na postanowienia punktów 1 i 7 Formularza oferty złożonej w niniejszym postępowaniu, przywołując jedynie przy tym niepełną treść wyrażonego w pkt 7 oświadczenia. Niemniej Zamawiający ponownie podnosi, iż aby można było mówić o zaoferowaniu przez Firmę Budimex S. A. „całości przedmiotu zamówienia”, który jest „zgodny z wymaganiami i warunkami opisanymi w ustawie Prawo zamówień publicznych oraz określonymi przez Zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia”, należałoby jednoznacznie stwierdzić, iż w rzeczywistości zaoferowany i wyceniony został minimalny zakres wymaganych elementów i pozycji, które wynikają z treści Złącznika B do SIWZ i udzielonej w dniu 5 maja 2011r. odpowiedzi na pytanie 8. Natomiast treść oferty wskazuje jednoznacznie, iż minimalnie wymagany zakres nie został zaoferowany i wyceniony przez Odwołującego, gdyż ewidentnym jest brak dwóch pozycji. Kluczowe znaczenie dla rozstrzygnięcia zawisłego przed Izłą sporu mają punkty 3)6., 10.3), 12)1. SIWZ oraz pkt 7 formularza oferty, które opisywały wymagania dotyczące załączenia do oferty materiałów pomocniczych do ustalenia kosztów inwestycji oraz określały ich funkcję w zakresie porównania i oceny złożonych w postępowaniu ofert. Również istotne znaczenie mają pytania i odpowiedzi, wyjaśnienia do SIWZ, udzielone przez Zamawiającego w toku rzeczonyj procedury przetargowej. W szczególności dotyczy to odpowiedzi udzielonej przez Zamawiającego w dniu 5 maja 2011r. na pytanie nr 8.

W tym miejscu Zamawiający wskazuje, iż wszyscy pozostali wykonawcy poza Budimex S. A. zastosowali się do przedmiotowego zalecenia Zamawiającego, uzasadnionego również tą okolicznością, iż Uniwersytet Jagielloński przewidział możliwość obniżenia ceny ryczałtowej oferty w przypadku rezygnacji z wykonania w ramach niniejszego zamówienia przyłącza centralnego ogrzewania oraz węzła ciepłego (wymiennikowni), jeżeli ich wykonanie zostanie zrealizowane staraniem i na koszt Miejskiego Przedsiębiorstwa Energetyki Ciepłej w Krakowie. Okoliczność ta została wyraźnie wskazana także w odpowiedziach do SIWZ udzielonych dnia 20.05.2011r. na pytania nr 109 i 116, które również Wykonawca otrzymał i potwierdził ich odbiór.

Bezzasadnym jest również twierdzenie Odwołującego, iż złożone oferty są nieporównywalne, gdyż wykonawcy dowolnie uzupełniali tabele pomocnicze o dodatkowe pozycje. Zamawiający udzielając odpowiedzi na skierowane do SIWZ pytania i wnioski o wyjaśnienia, w większości przypadków wskazał wykonawcom na możliwość dopisania elementów i pozycji wynikających z udzielonych odpowiedzi na końcu tabeli lub na końcu poszczególnych pozycji w tabeli. Natomiast jednoznacznie i bezwzględnie wskazał na konieczność wyceny przyłącza centralnego ogrzewania i węzła ciepłego (wymiennikowni), podając nawet sposób uzupełnienia tych pozycji, gdyż uznał te elementy za istotne nie tylko dla opisu oferowanego przedmiotu i jego wyceny, a w efekcie porównania i oceny ofert, ale również z uwagi na przyszłą możliwość obniżenia wartości umowy z uwagi na ich niezrealizowanie przez wykonawcę. Z treści udzielonych przez Firmę Budimex S.A. wyjaśnień treści oferty oraz uzasadnienia odwołania, wynika bezsprzecznie, iż wykonawca ten miał świadomość i wiedzę dotyczącą obowiązku wykazania zaoferowania i wyceny w treści złożonej oferty przyłącza centralnego ogrzewania i węzła ciepłego (wymiennikowni), natomiast faktycznie tego nie uczynił.

Ponadto Zamawiający podnosi, iż wszelkie wyjaśnienia, odpowiedzi, czy też modyfikacje postanowień SIWZ, są wiążące dla obydwóch stron postępowania przy dokonywaniu dalszych czynności, zaś wszelkie odstępstwo od nich stanowiłoby naruszenie przepisów ustawy PZP, a w szczególności zasady wyrażonej w art. 7 tego aktu prawnego (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej o sygn. akt KIO/UZP 2750/10 i KIO/UZP 2772/10 z dnia 7 stycznia 2011r.).

Zamawiający był zobligowany do odrzucenia oferty Strony odwołującej, bowiem jej treść okazała się być niezgodna z postanowieniami treści SIWZ, a w konsekwencji zawierała również błąd w obliczeniu ceny.

Dołączone do oferty wypełnione tabele pomocnicze do ustalenia kosztów inwestycji w formie papierowej i elektronicznej (np. płytka CD) zawierały konieczne elementy jej treści, a ponadto elementy bezwzględnie wymagane. Tym bardziej, że te tabele będą stanowić podstawę do opracowania harmonogramu rzeczowo-finansowego jako załącznika do

przyszłej umowy. Z uwagi na treść odpowiedzi nr 8 z dnia 5 maja 2011r. wskazane tam elementy, tj. przyłącze centralnego ogrzewania oraz węzeł cieplny (wymiennikownia) są elementami oferty Wykonawców o charakterze *essentia negotii*. Wbrew twierdzeniu Wykonawcy zawartym w odwołaniu, Zamawiający nie ocenił strony formalnej oferty stanowiącej jego oświadczenie woli, a wyłącznie jej merytoryczną treść. Dlatego też, wyłącznie w oparciu o merytoryczną treść złożonej oferty, dokonał jej oceny i w efekcie uznał bezwzględnie, że zachodzą przesłanki do odrzucenia oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP. Przywołał wyroki KIO odnoszące się do ryczałtowego charakteru ceny i błędów w ofercie: wyrok KIO o sygn. akt KIO/UZP 179/11 z dnia 10 lutego 2011r.; wyrok KIO sygn. akt KIO/UZP 968/08 z dnia 25 września 2008r.; wyrok KIO sygn. akt. KIO/UZP/997/11 z dnia 26 maja 2011r.).

Reasumując tę część pisma procesowego podniesiono, iż chybione i nieuzasadnione są twierdzenia Budimex S. A. na temat naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP w toku niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wynika to najprawdopodobniej z faktu nie dostrzeżenia przez Odwołującego tej okoliczności, iż na konkretną ofertę Wykonawcy składają się istotne jej postanowienia, do których w tym przypadku trzeba zaliczyć wykonanie przyłącza centralnego ogrzewania oraz węzła cieplnego (wymiennikowni).

Przechodząc do drugiego z zarzutów, jakim jest uchybienie przez Zamawiającego przepisowi art. 89 ust. 1 pkt 6 PZP Zamawiający zauważa, iż przywołany w zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 10 sierpnia 2011r., wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie o sygn. akt II Ga 117/09 z dnia 23 kwietnia 2009r., którego to stanowiska Budimex S. A. nie negowała, jest w pełni adekwatny i aktualny w odniesieniu do stanu faktycznego i prawnego niniejszej sprawy. Zamawiający podnosi, iż Strona odwołująca powołując w treści jedynie pkt 12)2. SIWZ dokonała wybiórczej, a w rezultacie nieprawidłowej interpretacji jego postanowień. W jego ocenie postanowienia SIWZ należy interpretować w sposób kompleksowy.

Potwierdzeniem prawidłowości oceny oferty dokonanej przez Zamawiającego w zakresie uznania, iż zawiera ona błąd w obliczeniu ceny oferty, jest orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO/UZP/910/11 z dnia 11 maja 2011r.), w którym stwierdzono, że: **„Z błędem w obliczeniu ceny będziemy mieli do czynienia w sytuacji, w której kalkulacja ceny oferty nie obejmuje całego przedmiotu zamówienia.”**. Taki stan faktyczny wynika bezsprzecznie z treści złożonej przez Odwołującego oferty, w szczególności z załączonych tabel, które nie ujmują i nie prezentują wartości dwóch wymaganych elementów. Zamawiający podkreśla, iż nie ma znaczenia faktyczna wartość nieuwzględnionych i niewycenionych pozycji w stosunku do wartości oferowanej ceny, gdyż reguły porównania i oceny ofert muszą być jednakowo i bezwzględnie stosowane wobec

wszystkich Wykonawców, którzy złożyli oferty. Zamawiający nie miał nic do uznania i poprawienia jako oczywistą omyłkę rachunkową w ofercie Budimex S. A., bowiem wykonawca ten w treści swojej oferty nie wyszczególnił, a tym samym nie zaoferował i nie wycenił wykonania przyłącza centralnego ogrzewania oraz węzła cieplnego (wymiennikowni), co sam przyznał na str. 3 odwołania. Zamawiający podkreśla, iż przyjęty w SIWZ i umowie ryczałtowy charakter ceny oferty, nie zwalnia Wykonawców z obowiązku zaoferowania i wyceny przedmiotu zamówienia, odpowiednio do wymagań określonych przez Zamawiającego.

Zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy PZP przedstawiony w odwołaniu również nie może zostać uznany za słuszny. Odwołujący nie wykazał i nie udokumentował, iż Zamawiający dokonując wyboru najkorzystniejszej oferty przyjął inne kryteria oceny niż określone w SIWZ. Natomiast faktycznie wybór najkorzystniejszej oferty został dokonany wyłącznie w oparciu o kryteria oceny przedstawione w ogłoszeniu o zamówieniu i specyfikacji. Zdaniem Zamawiającego także przeprowadzona ocena ofert i dokonane w jej wyniku rozstrzygnięcie postępowania, nastąpiły wyłącznie w oparciu o kryteria oceny przedstawione w specyfikacji. Nie można także uwzględnić zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy PZP, gdyż Zamawiający wykazał bezdyskusyjnie, iż dokonane w niniejszym postępowaniu czynności zostały przeprowadzone w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie Wykonawców, w efekcie czego udzielono zamówienia Wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy PZP.

Reasumując Zamawiający odrzucając ofertę Budimex S. A. w żadnej mierze nie złamał przepisów ustawy PZP

Mając na uwadze powyższe Zamawiający wskazywał, iż odwołanie jest bezzasadne a podniesione w nim argumenty nie znajdują oparcia w stanie faktycznym i prawnym. Dlatego też, decyzja Zamawiającego wnioskująca oddalenie odwołania w całości i nieuwzględnienia wyrażonych w nim żądań jest w pełni uzasadniona.

Przystępujący popierał stanowisko Zamawiającego.

Na rozprawie strony podtrzymały stanowiska wyrażone pisemnie.

**Skład orzekający Izby, na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ, ofert złożonych w postępowaniu, biorąc pod uwagę stanowiska i oświadczenia stron i uczestnika postępowania oraz pozostałej dokumentacji postępowania, a także stanowisk i oświadczeń stron oraz uczestnika postępowania zaprezentowanych pisemnie i ustnie w toku posiedzenia i rozprawy, ustalił i zważył, co następuje:**

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

Skład orzekający Izby ustalił także, że Wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w jego złożeniu. Izba z urzędu, w każdym rozpatrywanym przypadku zobowiązana jest do badania interesu wykonawcy we wnoszeniu środków ochrony prawnej. Jedną z przesłanek określonych w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp jest interes w uzyskaniu zamówienia. Stanowi on materialnoprawną przesłankę, co oznacza, że odwołanie (w przypadku braku takiego interesu) nie zostaje przez Izbę odrzucone, postępowanie odwoławcze jest prowadzone, jednakże w przypadku braku istnienia interesu w uzyskaniu zamówienia (braku legitymacji do wniesienia odwołania) odwołanie zostaje oddalone. Zatem środki ochrony prawnej przysługują wyłącznie podmiotom, które w momencie skorzystania ze ścieżki odwoławczej mają ściśle skonkretyzowany w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp interes w ich wnoszeniu.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba stwierdziła, że wypełniono przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Uznano, że interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia mógłby doznać uszczerbku w przypadku potwierdzenia się naruszenia przez Zamawiającego wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp. Oferta Odwołującego, zgodnie z przyjętym w postępowaniu kryterium oceny ofert – 100% cena, zajmowała pierwsze miejsce w rankingu wykonawców, a więc w przypadku potwierdzenia się zarzutów, ma on realną szansę na uzyskanie zamówienia. Odwołujący wykazał także, że uwzględnienie odwołania może skutkować poniesieniem przez niego szkody. Tym samym, wypełnione zostały materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

#### **Izba ustaliła następujący stan faktyczny:**

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2011/S 76-124295 w dniu 19 kwietnia 2011 roku.

Szacunkowa wartość zamówienia wynosi 34 532 231,44 zł, co stanowi równowartość 8 995 111,08 euro.

Zamawiający w rozdziale 3 *Opis przedmiotu zamówienia* w pkt 6 wskazał, że wykonawca musi przedstawić cenę ryczałtową oferty za przedmiot umowy i zaoferować przedmiot zamówienia zgodny z wymogami Zamawiającego określonymi w SIWZ i jej załącznikach, na potwierdzenie czego wykonawca zobowiązany jest dołączyć do oferty wypełnione tabele pomocnicze do ustalenia kosztów inwestycji w formie papierowej i elektronicznej (...). Tabele będą stanowić podstawę do opracowania harmonogramu

rzeczowo-finansowego jako załącznika do przyszłej umowy. Zapisy te powtórzono w rozdziale 10 *Opis sposobu przygotowania oferty* (pkt 10.3 SIWZ).

Zgodnie z brzmieniem pkt 12.1 i 12.2 Rozdziału 12 SIWZ Opis sposobu obliczenia ceny wykonawcy mieli cenę ryczałtową podać w złotych polskich i wyliczyć na podstawie indywidualnej kalkulacji, uwzględniając wszelkie koszty niezbędne do jego wykonania, w tym koszty gwarancyjne, podatki oraz rabaty, upusty, itp., których wykonawca zamierza udzielić, przy uwzględnieniu wymagań i zapisów SIWZ wraz z jej załącznikami oraz doświadczenia zawodowego, na potwierdzenie czego wykonawca zobowiązany był dołączyć do oferty wypełnione tabele pomocnicze do ustalenia kosztów inwestycji (...). Sumaryczna cena ryczałtowa wyliczona w tabelach pomocniczych, przy uwzględnieniu treści SIWZ, winna odpowiadać cenie podanej przez wykonawcę w formularzu oferty. Zamawiający nie przewidywał zmiany ceny, tzn. iż wskazana cena ryczałtowa będzie wartością stałą, w okresie realizacji przedmiotu zamówienia za całość przedmiotu zamówienia (pkt. 12.4 SIWZ).

#### **Izba odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutów stwierdza, że**

Po dokonując oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, uwzględniając stanowiska stron postępowania, stwierdzono, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Na początku rozważań, zauważyć należy, iż Zamawiający prowadząc postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego winien udzielić zamówienia wykonawcy zdolnemu do realizacji tegoż zamówienia. Weryfikacja zdolności wykonawcy dokonywana jest na podstawie przedłożonych przez wykonawcę wraz z ofertą dokumentów żądanych przez Zamawiającego w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu i przez niego szczegółowo określonych. Ocena dokumentów następuje w oparciu o zamieszczony w ogłoszeniu o zamówieniu oraz SIWZ opis sposobu dokonania oceny spełnienia warunków. Aby skutek w postaci skutecznej weryfikacji wykonawców mógł zostać osiągnięty „wymagania” stawiane wykonawcom muszą być skonkretyzowane (za wyrokiem z dnia 7 lipca 2008 r. Sądu Okręgowego w Warszawie, sygn. akt V Ca 984/08). Oczywistym jest również fakt, że to na wykonawcy ubiegającym się o zamówienie publiczne ciąży obowiązek wykazania, że spełnia on warunki udziału w postępowaniu, a jego oferta zgodna jest z postanowieniami SIWZ.

Przedmiotem sporu pomiędzy Odwołującym, a Zamawiającym jest czynność Zamawiającego polegająca na odrzuceniu oferty Odwołującego z uwagi na jej niezgodność z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz błąd w obliczeniu ceny.

Dostrzeżenia wymaga fakt, że SIWZ jest takim dokumentem w postępowaniu o



udzielenie zamówienia publicznego, który ma decydujące znaczenie dla wykonawców – określa stawiane im wymagania, zawiera opis przedmiotu zamówienia, który wyznacza zakres ich obowiązków na etapie wykonania zamówienia. To powoduje, że winna ona być traktowana w sposób dosłowny, zaś wszelkie nieścisłości na jej tle nie mogą w sposób negatywny obciążać wykonawców.

Zamawiający zawarł w treści SIWZ zapisy o treści przywołanej powyżej, wymagając od wykonawców złożenia tabel pomocniczych niezbędnych do ustalenia kosztów inwestycji, a także stworzenia w przyszłości harmonogramu rzeczowo-finansowego. Bezspornym między stronami jest również fakt, że cena obowiązująca w danym postępowaniu ma charakter ryczałtowy.

Wykonawca składający odwołanie, w formularzu ofertowym załączonym do oferty zawarł oświadczenie, iż oferuje wykonanie całości zamówienia za określoną kwotę oraz że oferuje przedmiot zamówienia zgodny z wymaganiami i warunkami opisanymi w ustawie Prawo zamówień publicznych oraz określonymi przez Zamawiającego w SIWZ, a potwierdzeniem tego są załączone tabele pomocnicze do ustalenia kosztów inwestycji.

Zamawiający odrzucając ofertę Odwołującego stwierdził, że wykonawca ten nie wyszczególnił w tabeli dwóch pozycji, czemu Odwołujący nie zaprzecza.

Opis przedmiotu zamówienia Zamawiający określił za pomocą projektu architektoniczno-budowlanego i wykonawczego oraz specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót, które wraz z przedmiarami stanowiły załącznik A do SIWZ. Zamawiający zaznaczył, że przedmiar ma jedynie charakter pomocniczy i orientacyjny. Podstawą do obliczenia ceny ryczałtowej uczyniono projekt architektoniczno-budowlany i wykonawcy oraz STWiOR. Opis i zakres prac ujęto także w tabelach pomocniczych do ustalenia kosztów inwestycji, które stanowiły załącznik B do SIWZ.

Poddając ocenie czynność Zamawiającego polegającą na odrzuceniu oferty Odwołującego, zważono, iż niewątpliwie wymagania zawarte w dokumentacji projektowej były wiążące dla wykonawców. Zamawiający, w brzmieniu nadanym przez siebie SIWZ zastrzegł jednak względnie szeroki zakres swobody w prezentacji przez wykonawców ceny za wykonanie zamówienia, wymagając z jednej strony przedłożenia tabel pomocniczych do ustalenia kosztów inwestycji, z drugiej zaś zawierając wytyczne co do sposobu konstrukcji ceny gdzie podano, że obliczona ma być ona w oparciu o kalkulację indywidualną.

Dostrzegając w tym miejscu, że czym innym jest przyjęcie odpowiednich założeń na potrzeby wyceny (co przy wyraźnym i nie budzącym wątpliwości ryczałtowym charakterze ceny ma znaczenie drugorzędne) a czym innym wskazanie odpowiednich robót na potrzeby umożliwienia zbadania, czy zakres oferty, określony w niej sposób wykonania odpowiadają wymaganiom Zamawiającego określonym w SIWZ.

Nie można przyjąć, by w przedmiotowym postępowaniu tabele pomocnicze obejmowały pełny zakres prac lub determinowały zakres prac, ponieważ oprócz pozycji w nich uwzględnionych, należało ująć inne wynikające z dokumentacji projektowej – zresztą Zamawiający w odpowiedziach na zadane pytania wyraźnie dopuścił pewną ingerencję w zakresie opracowywanych na podstawie załącznika do SIWZ – Materiałów pomocniczych do wyceny – tabel pomocniczych. Skoro zatem Zamawiający umożliwił pewną ingerencję w zakres tabel pomocniczych, a niewątpliwie zakres tabel inny jest u każdego z wykonawców biorących udział w postępowaniu oraz charakter obowiązującego w postępowaniu wynagrodzenia, nawet biorąc pod uwagę odpowiedź Zamawiającego na pytanie 8 i obowiązek dopisania we wskazanym miejscu dwóch pozycji, to należało uznać, że niedopuszczalne byłoby obciążanie wykonawców negatywnymi konsekwencjami w wyniku niezastosowania się do wskazówek Zamawiającego w przypadku zaledwie dwóch pozycji. Wykonawca zobowiązany będzie bowiem do wykonania robót zgodnie z treścią dokumentacji projektowej, w tym do wykonania niewyszczególnionych elementów w sposób czyniący zadość wymaganiom zawartym w dokumentacji projektowej, która ma charakter dokumentu nadrzędnego w przypadku robót budowlanych i wykonania przedmiotu zamówienia, co z resztą podkreślił sam Zamawiający w pkt. 3.2 Opisu przedmiotu zamówienia z SIWZ.

Nie bez znaczenia jest także ustalenie w postępowaniu ceny o charakterze ryczałtowym. Co prawda ustawa Pzp nie zawiera definicji legalnej pojęcia wynagrodzenie ryczałtowe, ale przyjęć należy, że istotą wynagrodzenia ryczałtowego jest określenie tego wynagrodzenia z góry, bez przeprowadzania szczegółowej analizy kosztów wytwarzania dzieła. Wynagrodzenie to jest niezależne od rzeczywistego rozmiaru lub kosztu prac. Zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 20 listopada 1998 r. II CRN 913/97, ryczałt polega na umówieniu z góry wysokości wynagrodzenia w kwocie absolutnej, przy wyraźnej lub dorozumianej zgodzie stron na to, że wykonawca nie będzie domagać się wynagrodzenia wyższego. Zatem cena ryczałtowa to cena ustalona za całość zamówienia, na podstawie dokumentacji projektowej, a tabele mają jedynie znaczenie pomocnicze. Z tego też powodu nawet w sytuacji braku w tabelach niektórych robót nie można uznać, że wykonawca złożył ofertę niezgodną z treścią SIWZ, bowiem to dokumentacja projektowa określa treść i przedmiot zamówienia.

Skoro zatem tabele pomocnicze nie determinowały zakresu prac objętych przedmiotem zamówienia, ten bowiem wynika z dokumentacji projektowej, to nieujęcie w kosztorysie pewnych elementów lub zaszeregowanie ich do innych pozycji, nie może stanowić o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, co jednocześnie przesądza o niedopuszczalności odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp (podobnie Sąd Okręgowy w Kielcach w wyroku z dnia 15 stycznia 2010 roku, sygn. akt VII Ga 163/09).

Podkreślenia w tym miejscu wymaga, że przy tak ukształtowanym przez Zamawiającego postępowaniu, wykonawcy są obowiązani wykonać przedmiot zamówienia zgodnie z dokumentacją projektową. Powyższe wynika wprost z brzmienia SIWZ a także z istoty umowy o roboty budowlane. Zgodnie z treścią art. 647 Kc, przez umowę o roboty budowlane wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i z zasadami wiedzy technicznej, a inwestor zobowiązuje się do dokonania wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem robót, w szczególności do przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu, oraz do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia. Na mocy art. 649 Kc, w razie wątpliwości poczytuje się, iż wykonawca podjął się wszystkich robót objętych projektem stanowiącym część składową umowy. Nie ulega zatem wątpliwości, że wykonawca w analizowanym postępowaniu obowiązany jest wykonać przedmiot zamówienia zgodnie ze stanowiącą załączniki do specyfikacji dokumentacją projektową, a nie załączonymi do oferty tabelami pomocniczymi. Brak w takiej sytuacji podstaw do wnioskowania, że nieujęcie pewnych pozycji (skumulowanie ich pod innymi pozycjami) jest tożsame z oświadczeniem o zamiarze niewykonania pewnych prac/zastosowania materiałów świadczącym o niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (podobnie wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 września 2009 roku, sygn. akt KIO/UZP 1114/09, KIO/UZP 1129/09)

Przeprowadzone postępowanie wykazało, że Odwołujący zaoferował wykonanie zamówienia w sposób zgodny ze specyfikacją a jego oferta nie podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Uznano także, że Zamawiający błędnie wskazał drugą z podstaw do odrzucenia oferty, to jest art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. W ocenie składu orzekającego w złożonej przez Odwołującego ofercie nie sposób dopatrzeć się błędu w obliczeniu ceny.

Zgodnie z postanowieniami SIWZ cena oferty odpowiadać miała sumarycznej cenie ryczałtowej wyliczonej w tabelach pomocniczych. W ofercie Odwołującego w taki sposób obliczono cenę i przeniesioną ją do formularza ofertowego.

Zamawiający zarówno w informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej, jak też w odpowiedzi na odwołanie powołuje się na wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 23.04.2009 r. (sygn. II GA 117/09), który stanowi, iż „Obliczenie ceny w sposób sprzeczny ze sposobem wskazanym w SIWZ powoduje, że treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji. Następuje to jednak w przypadku, gdy sposób obliczenia ceny został w SIWZ określony”. Niewątpliwie są to twierdzenia słuszne i prawidłowe, ale nieadekwatne do toczącego się postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W ocenie składu orzekającego, nie nastąpiło obliczenie ceny w sposób sprzeczny ze sposobem wskazanym w SIWZ. Zamawiający nie wykazał również na czym dana sprzeczność ma polegać. Domniemywać można jedynie, że miał na myśli brak wyceny dwóch pozycji w tabelach pomocniczych.

Błędu w obliczeniu ceny nie można jednak utożsamiać z kalkulacją ceny oferty stworzoną przez wykonawcę na podstawie dopuszczonej kalkulacji indywidualnej, nawet jeżeli kalkulacja ta nie obejmuje wszystkich elementów, to biorąc pod uwagę charakter ceny ustalony jako ryczałtowa, przyjęć należało, że wykonawca świadomie i celowo w taki sposób skalkulował cenę oferty.

W ocenie Izby, zarzuty Odwołującego w stosunku do czynności lub zaniechań Zamawiającego potwierdziły się i miały wpływ na wynik postępowania. Krajowa Izba Odwoławcza uznała, zatem że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Z powyższych względów orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust 2 pkt 1 i § 5 ust 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238), tj. stosownie do wyniku postępowania uwzględniając uzasadnione koszty strony postępowania - Odwołującego, czyli wpisu uiszczanego od odwołania w wysokości 20 000,00 zł .

**Przewodniczący:**

.....