

Sygn. akt: KIO 2698/10

**WYROK**  
**z dnia 28 grudnia 2010 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Izabela Kuciak**

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 grudnia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 14 grudnia 2010 r. przez **Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego „KARTEL” S.A.**, ul. Przemysłowa 8, 28-300 Jędrzejów w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Fundację „Agencja Rozwoju Regionalnego”, ul. Mickiewicza 1a, 27-200 Starachowice**

**orzeka:**

- 1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i odrzucenia oferty Odwołującego oraz powtórzenie czynności oceny ofert.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża Fundację „Agencja Rozwoju Regionalnego”, ul. Mickiewicza 1a, 27-200 Starachowice i nakazuje:**
  - 1) zaliczyć w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego „KARTEL” S.A., ul. Przemysłowa 8, 28-300 Jędrzejów tytułem wpisu od odwołania,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) przez **Fundację „Agencja Rozwoju Regionalnego”, ul. Mickiewicza 1a, 27-200 Starachowice** na rzecz **Przedsiębiorstwa Budownictwa Ogólnego „KARTEL” S.A.**, ul. Przemysłowa 8, 28-300 Jędrzejów, stanowiącej 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 (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 Kielcach**.

**Przewodniczący:**

.....

## **UZASADNIENIE**

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Rozbudowa budynku Fundacji „Agencja Rozwoju Regionalnego w Starachowicach.” Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 18 października 2010 r., pod nr 335532-2010.

W dniu 14 grudnia 2010 r. Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 91 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759), zwanej dalej „ustawą Pzp” i wnosząc o:

- 1) nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego oraz unieważnienia czynności wyboru oferty Przedsiębiorstwa Produkcyjno-Usługowo-Handlowego „Demax” Sp. z o.o. w Starachowicach jako najkorzystniejszej,
- 2) nakazanie Zamawiającemu dokonanie ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego i dokonanie wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej,
- 3) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego według norm przepisanych;

W uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący podnosi, iż pozycje kosztorysu ofertowego 192', 55' i 55" nie są dodatkowymi pozycjami zamieszczonymi w tym kosztorysie przez Odwołującego samowolnie, lecz zostały wycenione na podstawie wyjaśnień Zamawiającego, zgodnie z jego decyzją. Stanowią one wycenę elementów pominiętych przez Zamawiającego w dokumentacji oraz w przedmiarach, które zgodnie z tymi wyjaśnieniami, wszyscy uczestniczący w tym postępowaniu przetargowym wykonawcy mieli obowiązek wycenić w swoich ofertach. Odwołujący wycenił zatem wszystkie pozycje „pobrane” od Zamawiającego, zarówno te z przedmiaru, jak i te, które nakazał wycenić Zamawiający w swoich wyjaśnieniach, a które wynikały z dokumentacji projektowej sporządzonej przez Zamawiającego, a nie były zamieszczone w przedmiarach.

W ocenie Odwołującego, w przedmiotowej sprawie doszło do rozbieżności pomiędzy zapisem pkt 14 lit. a SIWZ, który nie pozwala na ujęcie w kosztorysie ofertowym dodatkowych pozycji lub pominięcie istniejących pozycji określonych przedmiarem a treścią oświadczeń zawartych w wyjaśnieniach Zamawiającego, udzielonych w dniu 05.11.2010 r.

(na pytanie nr 5) i 08.11.2010 r. (na pytanie nr 1 i 4), w których Zamawiający oświadczył, iż konkretne wymienione w pytaniach pozycje kosztorysowe pominięte w przedmiarach, nakazuje wycenić. Skoro tak, to wycena tych pozycji, zdaniem Odwołującego, winna się znaleźć w kosztorysie ofertowym i nie może stanowić podstawy do uznania, iż treść oferty nie odpowiada treści SIWZ, tym bardziej, że w pkt 8 SIWZ Zamawiający ustalił, że w przypadku rozbieżności pomiędzy treścią SIWZ a treścią udzielonych odpowiedzi, jako obowiązującą należy przyjąć treść pisma zawierającego późniejsze oświadczenie Zamawiającego, zawarte w wyjaśnieniach.

Odwołujący zwraca również uwagę na niekonsekwencję Zamawiającego, który nie zakwestionował dodanych w ofercie Odwołującego na identycznych zasadach, jak wymienione pozycje kosztorysu: 192', 55' i 55", pozycji ujętych w K-04-S (np. 8', 8", 31', 31").

Na podstawie dokumentacji postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron, zaprezentowane na rozprawie, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Zgodnie z pkt 14 SIWZ „cena ofertowa winna być obliczona przy zachowaniu zasad staranności, wiedzy technicznej i sztuki budowlanej – w oparciu o niniejszą specyfikację istotnych warunków zamówienia i przedmiary robót oraz wizję lokalną w terenie. Wykonawca zobowiązany jest przed złożeniem oferty zgłosić zamawiającemu wszelkie zauważone braki i błędy dotyczące przedmiaru robót, a których poprawienie będzie warunkowało oddanie przedmiotu zamówienia w rozumieniu obiektu budowlanego mogącego samoistnie spełniać funkcję gospodarczą lub techniczną. Kosztorys ofertowy winien zawierać wyłącznie pozycje występujące w przedmiarze pobranym od Zamawiającego (wszystkie), ujęcie dodatkowych pozycji lub pominięcie istniejących pozycji w kosztorysie spowoduje odrzucenie oferty” (pkt 14 lit. a SIWZ). Jednocześnie w pkt 8 SIWZ Zamawiający zastrzegł, że „wykonawca może zwrócić się do Zamawiającego o wyjaśnienie treści SIWZ. (...) W przypadku rozbieżności pomiędzy treścią niniejszej SIWZ a treścią udzielonych odpowiedzi, jako obowiązującą należy przyjąć treść pisma zawierającego późniejsze oświadczenie Zamawiającego”.

W przedmiotowym postępowaniu, Zamawiający udzielił wyjaśnień dotyczących treści SIWZ. I tak, na pytanie nr 5 w brzmieniu: „W zamieszczonej przez Zamawiającego dokumentacji oraz w przedmiarach robót brak konstrukcji wsporczych pod centralę wentylacyjną i przewody wentylacyjne na dachu. Czy dostawa i montaż w/w konstrukcji wsporczej wchodzi w zakres wyceny? Jeżeli tak, należy uzupełnić przedmiar robót oraz dokumentację techniczną o projekt wykonawczy w/w konstrukcji”, Zamawiający udzielił następującej odpowiedzi: „Przedmiar robót w pozycji przewody wentylacyjne uwzględnia

uchwyty i podpory pod kanały wentylacyjne. W wycenie należy uwzględnić wykonanie i montaż konstrukcji wsporczej pod centralę wentylacyjną.” (wyjaśnienia z dnia 05.11.2010 r.)

W wyjaśnieniach z dnia 08.11.2010 r. Zamawiający w odpowiedzi na pytanie nr 1: „W załączonych przedmiarach na wykonanie wewnętrznej instalacji wod-kan brak pozycji na wycenę hydrantów p.poż. DN 25 w ilości wg dokumentacji 7 szt.”, wskazał, iż „w przedmiarze należy przyjąć szafki hydrantowe wyposażone z hydrantem DN 25 w ilości 7 szt.” Zaś, na pytanie nr 4: „W załączonych przedmiarach na wykonanie instalacji wod.-kan. brak pozycji na wycenę komór gospodarczych w ilości 7 szt.”, Zamawiający udzielił wyjaśnień, iż „w przedmiarze należy uwzględnić montaż kompletnych komór gospodarczych w ilości 7 szt.”

Konsekwencją udzielonych przez Zamawiającego wyjaśnień było ujęcie przez Odwołującego w kosztorysie ofertowym poz. 192' (kosztorys ofertowy Nr-01-B, dotyczący branży budowlanej), 55' i 55" (kosztorys ofertowy Nr-06-S, dotyczący branży sanitarnej – instalacja wod-kan), które nie były zawarte w przedmiarze robót.

Przedmiotowe działanie Odwołującego spowodowało odrzucenie jego oferty, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jako niezgodne z postanowieniami pkt 14 lit. a SIWZ.

W tych okolicznościach faktycznych, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Zgodnie z ugruntowaną linią orzecniczą Krajowej Izby Odwoławczej, przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp stanowi podstawę do odrzucenia oferty jedynie w sytuacji, w której treść oferty nie odpowiada treści SIWZ pod względem merytorycznym. Oznacza to, iż tylko tego rodzaju sprzeczność oferty z SIWZ, która przejawia się w zaoferowaniu innego przedmiotu zamówienia, zaproponowania innego sposobu realizacji, czy też wykonania zamówienia, aktualizuje pod stronie zamawiającego obowiązek odrzucenia oferty. Przyjęcie stanowiska przeciwnego, iż jakiegokolwiek uchybienia oferty względem treści SIWZ skutkują odrzuceniem oferty, stanowiłoby przejaw nieracjonalności, bowiem czyniłoby formalizm nadrzędną wartością postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Tymczasem chodzi o wybór oferty najkorzystniejszej, która zapewnia realizację oczekiwań zamawiającego w odniesieniu do przedmiotu zamówienia.

Odnosząc powyższe rozważania do niniejszego stanu faktycznego stwierdzić należy, iż pkt 14 lit. a SIWZ można nadać jedynie takie znaczenie, o którym była mowa wyżej i w tym świetle należy oceniać oferty wykonawców. Przedmiotowe postanowienie wyraża właśnie tę intencję, aby samodzielnie nie modyfikować przedmiaru robót i sporządzić kosztorys ofertowy w jego oparciu po to, żeby zaoferować realizację przedmiotu zamówienia w sposób zgodny z wymaganiami Zamawiającego. Jednakże nie budzi również wątpliwości, iż zakaz ujmowania dodatkowych pozycji, czy też pomijania istniejących pozycji odnosi się do przedmiaru robót w wersji przygotowanej przez Zamawiającego (pierwotnej).

Na tle zaistniałego sporu jawi się jednakże pytanie, w jaki sposób powinien być postąpić wykonawca uzyskujący wyjaśnienia Zamawiającego, iż przedmiar robót nie uwzględnia, co przyznał w swoich wyjaśnieniach Zamawiający, wykonania i montażu konstrukcji wsporczej pod centralę wentylacyjną oraz materiałów w postaci hydrantów ppoż. DN 25 i komór gospodarczych. Stanowisko Zamawiającego, zawarte w wyjaśnieniach, nie jest bowiem precyzyjne. Przyznał to na rozprawie również sam Zamawiający. W tej mierze, z pewnością należy się odwołać do pkt 8 SIWZ, który w przypadku kolizji pomiędzy treścią postanowień SIWZ a udzielonych wyjaśnień, nakazuje przyjąć jako rozstrzygające to oświadczenie Zamawiającego, które zostało złożone później. W tych okolicznościach nie ulega wątpliwości, iż kosztorys ofertowy powinien zawierać elementy nie ujęte w przedmiarze robót, a których konieczność uwzględnienia potwierdził Zamawiający w swoich wyjaśnieniach. Pozostaje natomiast wątpliwość, co do sposobu ich ujęcia w kosztorysie ofertowym. W tym zakresie celowe wydaje się również odwołanie do pkt 8 SIWZ (występuje bowiem rozbieżność pomiędzy pkt 14 lit. a SIWZ a wyjaśnieniami Zamawiającego) i zawarcie w kosztorysie ofertowym dodatkowych pozycji. Nadto, za takim rozwiązaniem przemawia również fakt, iż jeśli intencją Zamawiającego było uwzględnienie wyceny brakującego elementu w ramach pozycji istniejącej w przedmiarze robót, to Zamawiający wprost dawał temu wyraz (wyjaśnienia z dnia 08.11.2010 r. udzielone na pytanie nr 9 i 11). Skoro zaś Zamawiający nie wyartykułował obowiązku dodania dodatkowych pozycji w kosztorysie ofertowym, ale też nie wskazał, iż wycena dodatkowych elementów ma nastąpić w ramach konkretnej pozycji, tak, aby możliwe było zweryfikowanie realizacji tego obowiązku przez poszczególnych wykonawców, to uprawnione było działanie Odwołującego, wywodzące swą podstawę z pkt 8 SIWZ i oparcie się na wyjaśnieniach Zamawiającego. Posługiwanie się przez Zamawiającego w przedmiotowych wyjaśnieniach zwrotami „w wycenie należy uwzględnić”, „w przedmiarze należy przyjąć”, „w przedmiarze należy uwzględnić” nie wyklucza możliwości, zważywszy na powoływany pkt 8 SIWZ, wzbogacenia kosztorysu ofertowego o brakujące pozycje. Wszelki bowiem brak precyzji w postanowieniach SIWZ obciąża Zamawiającego, nie dając podstaw do wyciągnięcia negatywnych konsekwencji w stosunku do wykonawców, którzy zaproponowali rozwiązania odpowiadające co do swojej istoty wymaganiom zamawiającego.

Izba zwraca jednakże uwagę, iż sposób ujęcia (przedstawienia) zakwestionowanych pozycji ma znaczenie wtórne dla rozstrzygnięcia niniejszego sporu. Z pewnością istotne znaczenie będzie to miało na etapie dokonywania rozliczenia przedmiotowej inwestycji. Powracając do wstępnych wywodów w tym przedmiocie stwierdzić należy, iż Zamawiający byłby zobowiązany do odrzucenia oferty Odwołującego jedynie w przypadku stwierdzenia zaniechania zaoferowania elementów nie ujętych w przedmiarze, jednakowoż w świetle udzielonych wyjaśnień Zamawiającego, wymaganych. Tylko bowiem w takiej sytuacji można mówić o niezgodności merytorycznej oferty z treścią SIWZ. Zaś, sposób ich ujęcia przyjęty

przez Odwołującego, wobec braku jednoznacznych wskazówek Zamawiającego, jest uprawniony i dowodzi zachowania najwyższej staranności przez Odwołującego, który w sposób nie budzący wątpliwości przez to wykazał, co jest przedmiotem oferty.

Reasumując, jeśli wykonawca czyni zadość wymaganiom Zamawiającego co do przedmiotu zamówienia, a uchybia jedynie pewnym wymaganiom formalnym (choć takich w niniejszym stanie faktycznym nie stwierdzono) w zakresie sposobu sporządzenia oferty, to taka wada oferty nie stanowi podstawy do jej odrzucenia. Nie sposób bowiem dyskwalifikować oferty, w której zaoferowano wymagany przedmiot zamówienia i sposób realizacji zgodny z oczekiwaniami zamawiającego.

Z tych względów za uzasadniony należy uznać zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, a w konsekwencji zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp. Chybionym zaś okazał się zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp. Wadliwa ocena ofert nie jest bowiem objęta hipotezą normy prawnej zawartej we wskazanym przepisie. Zamawiający nie zastosował w odniesieniu do oferty Odwołującego odmiennych kryteriów oceny ofert, nie poddał jej natomiast ocenie, są to jednakże dwie różne okoliczności.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp w zw. z § 3 pkt 1 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), zaliczając do kosztów postępowania wpis od odwołania.

**Przewodniczący:**

.....





