

**WYROK**  
z dnia 9 grudnia 2011 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** Emil Kawa

**Protokolant:** Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 grudnia 2011r. w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 listopada 2011 r. przez wykonawcę **Gliwickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego S.A., Pl. Piastów 10, 44-101 Gliwice** w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Gliwice, Wydział Inwestycji i Remontów, ul. Zwycięstwa 21, 44-100 Gliwice,**

przy udziale wykonawcy **Przedsiębiorstwa Budowlanego "DOMBUD" S.A., ul. Drzymały 15, 40-059 Katowice** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

**orzeka:**

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Gliwickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego S.A., Pl. Piastów 10, 44-101 Gliwice**
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Gliwickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego S.A., Pl. Piastów 10, 44-101 Gliwice**, tytułem wpisu od odwołania.
  - 2.2. zasądza od wykonawcy **Gliwickiego Przedsiębiorstwa Budownictwa Przemysłowego S.A., Pl. Piastów 10, 44-101 Gliwice**, na rzecz zamawiającego **Miasto Gliwice, ul. Zwycięstwa 21, 44-100 Gliwice**, kwotę **238,00 zł** (słownie: dwieście trzydzieści osiem złotych), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu dojazdu pełnomocników na wyznaczone posiedzenie Izby.

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 **Gliwicach**.

**Przewodniczący:** .....

## **UZASADNIENIE**

Miasto Gliwice ul. Zwycięstwa 21, 44-100 Gliwice, zwane dalej „Zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Zespół Szkół Ogólnokształcących Nr 11 w Gliwicach, ul. Górnych Wałów 29 - budowa sali sportowej”.

W dniu 25 listopada 2011 roku Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej oferty, oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Budowlane DOMBUD S.A. w Katowicach.

Od takiego rozstrzygnięcia Zamawiającego wykonawca, Gliwickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego S. A., 44-100 Gliwice, Plac Piastów 10, zwany dalej „Odwołującym”, wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

W odwołaniu podniósł zarzut bezprawnego działania Zamawiającego polegającego na:

- 1) wykluczeniu, Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy
- 2) odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 4 i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy,
- 3) zaniechania przez Zamawiającego dokonania czynności wezwania Odwołującego do uzupełnienia załączonego do oferty „wykazu osób” w zakresie opisanym w piśmie Zamawiającego z dnia 25.11.2011 r., na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy pzp.
- 4) wybrania jako oferty najkorzystniejszej oferty wykonawcy Dombud z Katowic.

Wnosząc powyższe zarzuty, zarzucił Zamawiającemu naruszenie: art. 7 ust. 1 i 3, art. 24 ust. 2 pkt 4 i ust. 4, art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 26 ust. 3 ustawy i wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania,
2. unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na rozstrzygnięciu przedmiotowego postępowania poprzez wybór oferty Przedsiębiorstwa Budowlanego DOMBUD S.A. w Katowicach jako najkorzystniejszej,
3. unieważnienie czynności Zamawiającego polegających na wykluczeniu Odwołującego i odrzuceniu jego oferty,
4. nakazanie Zamawiającemu ponownego przeprowadzenia czynności badania i oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty zgodnie z warunkami SIWZ z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Wskazał, że Zamawiający w decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty wykluczył go z postępowania i odrzucił jego ofertę, gdyż:

- 1) co do wykluczenia Odwołującego - w 3 pozycjach „wykazu osób” załączonego do oferty było brak informacji czy wskazane tam obiekty zostały zakończone. Zamawiający stwierdził, że nie wzywał Odwołującego do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy, ponieważ oferta Odwołującego podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2

ustawy. Ponadto Zamawiający stwierdził, że zgodnie z art. 24 ust. 4 ustawy ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą;

2) co do odrzucenia oferty – to zdaniem Zamawiającego treść oferty nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, ponieważ „Wykonawca w ofercie nie ujął robót polegających na palowaniu przewidzianych w dokumentacji projektowej i Specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych opisujących przedmiot zamówienia i nie wycenił ich w ofercie. W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do złożenia wyjaśnień treści złożonej oferty wykonawca w piśmie z dnia 14.10.2011 r. oświadczył, że nie przewiduje wykonania pali żelbetowych fi 600 w technologii CFA, w ślad za czym wykonawca nie zamierza realizować takiego elementu robót, ani w swojej ofercie nie przewidział środków finansowych na ten cel”

Na wstępie uzasadniania podniesionych zarzutów Odwołujący podniósł, że w zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 25.11.2011 r. Zamawiający nie wskazał postanowień siwz z którymi jego oferta jest niezgodna. Tak samo nie wskazał żadnego konkretnego zapisu który miał naruszyć Odwołujący z dokumentacji projektowej i ze Specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych. Według Odwołującego Zamawiający celowo tak uzasadnił odrzucenie oferty, bowiem chciał pominąć fakt, że dokumentacja projektowa i Specyfikacja Techniczna Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych przewidują **alternatywne** rozwiązania technologiczne wykonania przedmiotu zamówienia w zakresie wzmocnienia podłoża do określonej nośności dla posadowienia fundamentów.

Wskazał, że na stronie nr K-4 Opisu technicznego jest zapis: „Z uwagi na dużą zmienność i niedostateczną nośność podłoża niezbędne jest dokonanie wzmocnienia podłoża gruntowego. Dopuszcza się:

- metody wibracyjne,
- wibrowymianę,
- formowanie kolumn z kruszywa,
- pale żwirowo-piaskowe.”

Ponadto w żadnym miejscu w SIWZ Zamawiający nie sprecyzował, że będzie wymagał od wykonawców wykonania przedmiotowego zakresu w konkretnej i jedynej wybranej przez niego metodzie. Podniósł, że pomimo iż przedmiar robót nie zawiera konkretnych rubryk dla wszystkich dopuszczonych przez dokumentację metod wykonania tegoż zakresu (zawiera tylko rubrykę dotyczącą pali żelbetowych, a pomija metodę wibracyjną, wibrowymianę, kolumny z kruszywa i pale żwirowo-piaskowe), to jednak Zamawiający nie ma podstaw, aby dopiero na etapie wyboru najkorzystniejszej oferty dokonywać wyboru jedynej odpowiadającej mu metody w zakresie wzmocnienia podłoża do określonej nośności dla posadowienia fundamentów. Ewentualnego wyboru metody, Zamawiający mógł dokonać na

etapie przygotowywania treści SIWZ, a najpóźniej po ogłoszeniu przetargu z zastrzeżeniem dokonania zmian w SIWZ. Zamawiający tego nie zrobił, i tym samym zdaniem Odwołującego stracił prawo do późniejszego stawiania wykonawcom dodatkowych warunków.

Podniósł, że w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do złożenia wyjaśnień w zakresie robót związanych ze wzmocnieniem podłoża gruntowego, Odwołujący zwrócił się do zespołu rzeczoznawców budowlanych o sporządzenie opinii w zakresie oceny zgodności przyjętych w swojej ofercie rozwiązań technologicznych z dokumentacją projektową udostępnioną w tym postępowaniu. Zgodnie z treścią tej opinii zaproponowane rozwiązanie polegające na posadowieniu na palach pod całością obiektu jest technicznie i ekonomicznie nieuzasadnione, a zakres wzmocnień i metoda będzie możliwa do określenia po wykonaniu dodatkowych badań gruntu.

Biorąc pod uwagę treść tej opinii udzielił odpowiedzi Zamawiającemu w której wskazał, że powołując się na zapisy dokumentacji projektowej dopuszczającej opcjonalnie wybór technologii spośród wskazanych w opisie technicznym jako właściwych, oświadczył, że „w ramach realizacji przedmiotu zamówienia zamierza wykonać wzmocnienie podłoża gruntowego osiągając parametry wymagane dokumentacją projektową poprzez zastosowanie technologii robót wskazanej w tejże dokumentacji. Odwołujący oświadczył dodatkowo, że środki na realizację tego zakresu zostały ujęte w kosztorysie ofertowym: Branża ROBOTY BUDOWLANE, pkt 1 „Roboty ziemne” (ppkt 1.1 „Wykopy CPV 451112000-0” oraz ppkt 1.2 „Wymiana gruntu CPV 45111230-9)”

Podniósł iż kilkakrotnie składał Zamawiającemu oświadczenia, że złożona oferta zawiera pełny zakres zamówienia zgodnie z dokumentacją projektową oraz Specyfikacją Techniczną Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych oraz oświadczył, że wykona roboty będące przedmiotem zamówienia zgodnie z dokumentacją projektową i Specyfikacją Techniczną Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych.

Stwierdził, że przy określeniu wynagrodzenia jako ceny ryczałtowej oraz przy dodatkowych zapisach SIWZ zacytowanych powyżej to ryzyko prawidłowego obliczenia ceny leży po stronie wykonawcy/Odwołującego. Nie było więc, jego zdaniem podstaw, aby Zamawiający odrzucił ofertę jego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, a zatem nie było też podstaw do zaniechania przez Zamawiającego wykonania czynności wezwania do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy, a tym samym brak było podstaw do wykluczenia Odwołującego.

Dodał, że opierając się na orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej należy stwierdzić, że brak było podstaw do odrzucenia jego oferty, gdyż przy wynagrodzeniu ryczałtowym kosztorysy załączone do oferty mają charakter informacyjny, a braki w nich nie są podstawą do jej odrzucenia. Zasady tej Zamawiający nie wyłączył ani w żaden sposób nie

zmodyfikował - przeciwnie, podkreślił ją, stosując postanowienia typowe dla wynagrodzenia ryczałtowego. Skoro przy tak ustalonym typie wynagrodzenia wykonawca w cenie oferty zobowiązany jest ująć wszelkie koszty składające się na cenę realizacji przedmiotu zamówienia, nawet wówczas gdy nie wynikałyby z przedmiarów robót, to oznacza to, że ryzyko związane z kalkulacją ceny za przedmiot zamówienia przerzucone jest w całości na wykonawcę.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie ustosunkowując się do zarzutów podniesionych w odwołaniu zwrócił uwagę na fakt iż zgodnie z SIWZ szczegółowy opis przedmiotu zamówienia stanowią dokumentacje projektowe, specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót, oraz przedmiary robót, będące Załącznikiem nr 6 do SIWZ. W przedmiarze robót w Dziale 2 Konstrukcja, ppkt 2.1 przewidziano „Pale CFA fi 600 CPV 45262210-6; 4526310,7;” obejmujące pozycje: poz. 7. Również dokumentacja geotechniczna, będąca opracowaniem, na podstawie której został wykonany projekt budowlany, którego uszczegółowieniem są projekty wykonawcze na stronie 7 wskazuje jednoznacznie, iż wzmocnienia nośności gruntów należy dokonać stosując pale żwirowo - piaskowe lub pale wiercone, a ewentualna całkowita wymiana słabych gruntów jest rozwiązaniem ryzykownym. Jednocześnie autorzy ww, opracowaniu wskazali w pkt. 3 na str. 7, iż *„wymienione powyżej propozycje pomyślane są wyłącznie jako koncepcyjna podstawa projektów wykonawczych wzmocnień słabego podłoża i posadowienia obiektu”*

Natomiast Odwołujący w złożonej ofercie w dziale 2 kosztorysu pn. „Konstrukcja” w ppkt 2.1. „Pale CFA fi 600 CPV 45262210-6; 4526310.7;” wskazał pozycje odpowiadające treścią kosztorysowi inwestorskiemu oraz przedmiarowi robót, o wartości 0,00 zł. W pozycji 7 zamieścił on dopisek: „zgodnie z warunkami geotechnicznymi przyjęto wymianę gruntu”.

Wobec powyższego Zamawiający powziął wątpliwość czy oferta Odwołującego obejmuje wykonanie całości przedmiotu zamówienia, czy też Odwołujący nic zamierza wykonać powyżej wymienionej części robót przewidzianych w dokumentacji projektowej opisującej przedmiot zamówienia, a tym samym oferuje zmieniony w stosunku do SIWZ przedmiot zamówienia. W związku z tym skorzystał z uprawnienia do wystąpienia do Odwołującego o wyjaśnienie treści złożonej oferty, co uczynił pismem z dnia 10 października 2011 roku. W odpowiedzi, Odwołujący oświadczył, że oferta zawiera pełny zakres zamówienia, jednakże z uwagi na to, iż dokumentacja projektowa nie przewiduje wykonania pali żelbetowych fi 600 w technologii CFA. dlatego też Odwołujący. *nie zamierza realizować takiego elementu robót, ani w swojej ofercie nie przewidziało środków finansowych na ten cel.* Tym samym ofertę Odwołującego, przy uwzględnieniu oświadczenia zawartego w wyjaśnieniach z dnia 14 października 2011 roku, należało uznać za niezgodną z treścią SIWZ albowiem Odwołujący nie zaoferował Zamawiającemu wykonania całego przedmiotu zamówienia. Odwołujący w odwołaniu pominął najistotniejsze w sprawie dokumenty, jak projekt wykonawczy - część

konstrukcyjna oraz dokumentację geotechniczną. Zamawiający jasno określił technologię wykonania wzmocnienia gruntu -posadowienia pośrednie poprzez pale żelbetowe.

Ponadto Zamawiający podkreślił, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia zostało złożone siedem ofert i tylko Odwołujący, cyt. „*nie odczytał prawidłowo*” opisu przedmiotu zamówienia.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca Przedsiębiorstwo Budowlane „DOMBUD” Spółka Akcyjna, ul. Drzymały 15 z Katowic, który w przystąpieniu podniósł iż, zgodnie z punktem 16 ust. 2) specyfikacji istotnych warunków zamówienia wykonawca miał obliczyć cenę uwzględniając zakres zamówienia określony w specyfikacji. Na podstawie pkt 16 ust. 4) SIWZ cenę oferty należało obliczyć „na podstawie dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót oraz warunków realizacji przedmiotu zamówienia”. Oferta Odwołującego została odrzucona przez Zamawiającego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy ponieważ Odwołujący nie ujął w swojej ofercie robót polegających na palowaniu, przewidzianych w dokumentacji projektowej i Specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych opisujących przedmiot zamówienia oraz nie wycenił ich w swojej ofercie. Niezależnie od tego, że postępowaniu zastosowano wynagrodzenie ryczałtowe, to Odwołujący pomijając przewidziany w projekcie budowlanym etap robót, tj. posadowienie pośrednie obiektu przy pomocy palowania doprowadził do nieporównywalności ofert. W efekcie, oferta Odwołującego cenowo wygrywa z wszystkimi konkurentami, którzy uwzględnili wymagane przez projektanta posadowienie pośrednie obiektu (palowanie) stosując się do dokumentacji technicznej ww. zamówienia - w szczególności do części rysunkowej projektu budowlanego. Rząd wielkości kosztów palowania przewidzianego w projekcie budowlanym (rys. K-1, K-17) to ok. 800.000,00 zł netto. Wbrew temu co twierdzi Odwołujący rysunki konstrukcyjne jednoznacznie wskazują na konieczność wykonania palowania podłoża jako metodę pośredniego posadowienia obiektu.

Wskazał, że Odwołujący na wezwanie do złożenia wyjaśnień potwierdził w piśmie z dnia 14.10.2011 r., a powtórzył w Odwołaniu, iż nie przewiduje wykonania palowania przy wykonaniu ww. obiektu, nie przewiduje takiego elementu robót, bowiem na podstawie zleconej przez siebie opinii uznał, iż zaproponowane przez Zamawiającego rozwiązanie „polegające na posadowieniu na palach pod całością obiektu jest technicznie i ekonomicznie nieuzasadnione”. Pomimo iż w dokumentacji geotechnicznej jest mowa o alternatywnych metodach wzmocnienia gruntowego, to jednak na stronie 7 tej dokumentacji, w punkcie 3, wyraźnie stwierdzono, iż „*Wymienione powyżej propozycje pomyślane są wyłącznie jako koncepcyjna podstawa projektów wykonawczych wzmocnień słabego podłoża i posadowienia obiektu*”. Projekty wykonawcze i decyzja o ostatecznym sposobie wykonania należała oraz została podjęta przez projektanta obiektu, co wyraźnie wskazano w projekcie

budowlanym, rys. K-1 i K-17, gdzie przewidziano palowanie jako metodę posadowienia pośredniego.

Stwierdził, że zadaniem wykonawcy w niniejszym postępowaniu nie było zaprojektowanie i budowa, lecz tylko budowa określonego w gotowym już projekcie budowlanym obiektu. Nieuprawnione zatem w tym przypadku jest kwestionowanie decyzji projektanta o konieczności palowania - jako metody wzmocnienia gruntu, wybranej na etapie projektowania przez projektanta na podstawie dokumentacji geotechnicznej,

**Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron i uczestnika postępowania zaprezentowane na piśmie i do protokołu rozprawy ustaliła, co następuje.**

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Następnie Izba stwierdziła, że odwołujący wnosząc przedmiotowe odwołanie w dostateczny sposób wykazał swój interes w złożeniu środków ochrony prawnej w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp gdyż w razie uwzględnienia odwołania oferta odwołującego może zostać wybrana jako oferta najkorzystniejsza.

**Odnosząc się do zarzutów odwołania Izba uznaje je za niezasadne i dlatego też odwołanie podlega oddaleniu.**

Izba na wstępie dokonanych ustaleń uznaje za zasadne odniesienie się do wniosku Zamawiającego o odrzucenie odwołania z powodu niedoręczenia Zamawiającemu wraz z kopią odwołania, wszystkich wymienionych tam załączników. Izba ustaliła, że Odwołujący nie przesłał Zamawiającemu wraz z odwołaniem, odpisu z KRS, uchwał Rady Nadzorczej spółki Odwołującego dotyczących zmian w składzie organów zarządzających oraz pełnomocnictwa do wniesienia odwołania.

Izba stwierdza, że zgodnie z przepisem art. 180 ust.5 ustawy pzp odwołujący przesyła kopię odwołania zamawiającemu, z zachowaniem terminu na wniesienie odwołania w taki sposób aby zamawiający mógł zapoznać się z jego treścią, i aby mógł powziąć wiadomość o przedłużeniu terminu zawieszenia możliwości zawarcia umowy oraz aby o fakcie wniesienia odwołania mógł poinformować wykonawców. Zdaniem Izby konieczne jest dołączenie do odwołania tych załączników, które są niezbędne dla merytorycznego ustosunkowania się Zamawiającego do zarzutów odwołania, a takim załącznikiem nie jest odpis z KRS czy Uchwały Rady Nadzorczej. Również nie dołączenie kopii pełnomocnictwa nie uniemożliwia Zamawiającemu zapoznania się z merytoryczną treścią odwołania. Wobec powyższego Izba oddaliła wniosek Zamawiającego o odrzucenie odwołania.

Odnosząc się do zarzutów podniesionych w odwołaniu należy wskazać, że podstawowym zarzutem jest zarzut bezpodstawnego odrzucenia oferty z powodu jej niezgodności z treścią



SIWZ. Rozstrzygnięcie co do tego zarzutu ma bezpośrednie odniesienie do wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust.3 ustawy pzp. Stosownie bowiem do tego przepisu zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia, oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

Na wstępie rozważań zasadności odrzucenia oferty odwołującego należy zdaniem Izby odnieść się do postanowienia SIWZ - rozdział 3 pkt 3 gdzie Zamawiający stwierdził, że podstawą do opracowania oferty jest dokumentacja projektowa, specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót oraz przedmiar robót, będące załącznikami nr 6 do SIWZ.

Przedmiotem zamówienia w niniejszym postępowaniu jest wykonanie robót budowlanych. Przedmiot umowy o roboty budowlane, zgodnie z odesłaniem w art.139 ust.1 ustawy pzp, został określony w przepisach Kodeksu cywilnego. Przepisy związane z robotami budowlanymi reguluje Tytuł XVI „Umowa o roboty budowlane”, w którym art.647 kc stanowi, że: *„Przez umowę o roboty budowlane wykonawca zobowiązuje się do **oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i 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”*

Ustawa pzp określa, że przedmiot umowy o roboty budowlane opisuje się przy pomocy dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót. Zakres i formę tych opracowań określono w rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie określenia szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (Dz.U. nr 202, poz. 2072 ze zm.).

Zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (Dz.U. nr 202, poz.2072 z późn.zm.) projekty wykonawcze powinny uzupełniać i uszczegóławiać projekt budowlany, natomiast przedmiar robót sporządza się na podstawie projektu wykonawczego (zgodnie z § 4 ust.3 ww. rozporządzenia oraz Rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 18 maja 2004 r. w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz

planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym (Dz. U. Nr 130 poz. 1389 z 2004 r.).

Wynika stąd zasada nadrzędności projektu budowlanego w stosunku do projektu wykonawczego i przedmiaru robót oraz nadrzędności projektu wykonawczego w stosunku do przedmiaru robót. Tym samym należy stwierdzić, że nie może dojść do realizacji robót w sposób niezgodny z projektem budowlanym. Analogiczna relacja nadrzędności zachodzi między projektem wykonawczym a przedmiarem robót. Projekt wykonawczy stanowi podstawę opracowania przedmiaru. Przedmiar stanowi wyliczenie i zestawienie planowanych prac do wykonania na podstawie rysunków w dokumentacji projektowej. Podstawowym celem przedmiaru nie jest opisanie robót, lecz umożliwienie ich wyceny. Zawarte w przedmiarze robót zestawienia mają zobrazować skalę roboty budowlanej i pomóc wykonawcom w oszacowaniu kosztów inwestycji, wobec czego przedmiarowi robót należy przypisać charakter dokumentu pomocniczego. W przypadku jakiegokolwiek rozbieżności między dokumentacją projektową a przedmiarem robót czy specyfikacją techniczną, bezwzględnie pierwszeństwo należy przyznać projektowi budowlanemu i wykonawczemu. Ponadto projekt budowlany jest podstawą do wystąpienia o wydanie decyzji o pozwoleniu na budowę.

Ponadto odnosząc się do istotnej kwestii w tym postępowaniu dotyczącej posadowienia obiektu będącego przedmiotem zamówienia, należy wskazać, że określenie metody posadowienia obiektu budowlanego, obejmuje nie tylko projektowe rozwiązanie fundamentów, stanowiących najniższą położoną część konstrukcji obiektu, ale także sposób przekazania obciążeń od fundamentów na podłoże gruntowe. Rozróżnia się posadowienie bezpośrednie, gdy podstawa fundamentu spoczywa bezpośrednio na nośnej warstwie gruntu, oraz posadowienie pośrednie, gdzie obciążenie od budowli jest przekazywane na głęboko położoną warstwę nośną za pomocą specjalnych elementów konstrukcyjnych np. poprzez pale fundamentowe.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt przedmiotowej sprawy, należy odnieść się do stanowiska Odwołującego, że zgodnie ze specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót to do wykonawcy należało prawo wyboru technologii utwardzenia- wzmocnienia gruntu, a ponadto przy ustaleniu wynagrodzenia w formie ryczałtowej za wykonanie przedmiotu zamówienia, ryzyko prawidłowego obliczenia ceny leży tylko po wykonawcy. Zamawiający tych praw wykonawcy nie powinien w tym postępowaniu kwestionować.

Niewątpliwym w sprawie jest fakt, że zarówno w ocenie geotechnicznej z lutego 2010 roku oraz dokumentacji projektowej w sposób jednoznaczny wskazano, że posadowienia fundamentów należy dokonać po wzmocnieniu gruntu przy pomocy pali wierconych lub pali żwirowo- piaskowych. Tylko w Specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót z czerwca 2010 wskazano także możliwość wzmocnienia gruntu przy pomocy metody wibracyjnej,

wibrowymiany, kolumn z kruszywa oraz przy pomocy pali żwirowo- piaskowych. Autorzy opracowania wskazali w pkt.3 w/w specyfikacji, że wskazane propozycje wzmocnienia gruntu, są koncepcyjną podstawą do opracowania projektów wykonawczych.

Niewątpliwy jest również fakt, że w projekcie wykonawczym jak i w kosztorysie ofertowym został wskazany projekt posadowienia fundamentów w oparciu o pale żelbetowe.

Stwierdzić również należy iż wobec powyższego, występuje rozbieżność pomiędzy metodami wzmocnienia gruntu ustalonymi w załącznikach nr 6 do SIWZ, gdyż wynika z nich różny dopuszczalny sposób wzmocnienia gruntu. Te rozbieżności SIWZ nie zostały zakwestionowane przez Odwołującego np. poprzez złożenie odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej, jak również Odwołujący nie starał się ich wyjaśnić poprzez zadanie pytania Zamawiającemu. W związku z upływem terminu na złożenie odwołania w zakresie postanowień SIWZ, podnoszenie tego zarzutu na obecnym etapie postępowania jest spóźnione. Tym samym za wiążącą dla wykonawców należy przyjąć metody wzmocnienia gruntu wskazane przez projektanta w projekcie wykonawczym, tj. pale wiercone lub pale żwirowo- piaskowe.

Dla wyjaśnienia tego faktu zasadnicze znaczenie ma treść pisma Zamawiającego z dnia 10.10 2011 roku skierowanego w trybie art. 87 ust. 1 ustawy pzp do Odwołującego o złożenie wyjaśnień treści złożonej oferty. W piśmie tym Zamawiający wskazał, że Odwołujący w kosztorysie ofertowym dotyczącym wykonania pali „podał zerową wartość tej pozycji kosztów, oraz dopisał, że „*zgodnie z warunkami geotechnicznymi przyjęto wymianę gruntu*”. Wobec powyższego Zamawiający oczekiwał potwierdzenia, czy wykonawca zamierza wykonać roboty służące wzmocnieniu gruntów za pomocą palowania, przewidzianych w dokumentacji projektowej oraz czy zostały one wycenione w ofercie.

Odwołujący pismem z dnia 14.10 2010 roku poinformował wykonawcę, że nie przewiduje wykonania pali żelbetowych fi 600 w technologii CFA. Dlatego też nie zamierza realizować takiego elementu robót, ani w swojej ofercie nie przewidział środków finansowych na ten cel, a ponadto stwierdził, że dopuszczone zostały cztery metody wzmocnienia gruntu i ostateczny dobór technologii, jego zdaniem „*powinien nastąpić po potwierdzeniu ( bądź uszczegółowieniu) warunków gruntowo- wodnych na etapie wykonawczym*”.

Biorąc pod uwagę powyższe zdaniem Izby, należy stwierdzić, że Zamawiający w skierowanym do Odwołującego wezwaniu nie pytał tylko o pale żelbetowe, lecz o wskazanie metody posadowienia obiektu za pomocą pali, nie wskazując konkretnie o jakie pale chodzi, czy wiercone (żelbetowe) czy żwirowo- piaskowe.

Z treści pisma Odwołującego jednoznacznie wynika, że Odwołujący nie tylko nie przyjął posadowienia obiektu przy pomocy pali, ale na etapie udzielania odpowiedzi nie miał jeszcze wybranej konkretnej metody wzmocnienia gruntu.

Zwrócenia uwagi wymaga fakt, że Odwołujący na rozprawie starał się wywieść, że zamierza dokonać posadowienia budynku na palach żwirowo- piaskowych i tym samym jego ofert jest zgodna z SIWZ. Zadaniem Izby takie stanowisko było prezentowane tylko na użytek postępowania odwoławczego, gdyż z żadnego dokumentu złożonego w ofercie jak i z wyjaśnień udzielonych Zamawiającemu w trybie art. 87 ust.1 nic takiego nie wynika.

Opierając się na dotychczasowym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej należy stwierdzić, że wyjaśnienia udzielone zamawiającemu przez odwołującego w wyniku wezwania w trybie art. 87 ust.1 ustawy pzp nie mogą być pominięte, stanowią one oświadczenie wykonawcy, którym jest on związany na równi z innymi oświadczeniami złożonymi wraz z ofertą i tak samo jak inne dokumenty winny być przyjęte i ocenione przez zamawiającego.

Wobec powyższego w ocenie Izby, wystąpienie opisanych w powyższych ustaleniach okoliczności kwalifikuje ofertę Odwołującego do oceny jako niezgodną z treścią SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, co obligowało Zamawiającego do jej odrzucenia, bez potrzeby wzywania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust.3 ustawy pzp.

W okolicznościach niniejszej sprawy nie budzi wątpliwości fakt, że Odwołujący nie zaoferował wykonania przedmiotu zamówienia, opisanego projektem wykonawczym załączonym do SIWZ, a podana cena ofertowa nie zawierała kosztu wykonania wzmocnienia gruntu za pomocą pali.

Izba stwierdza, że podstawą oddalenia przedmiotowego odwołania było oświadczenie zawarte w treści odpowiedzi Odwołującego, na pytanie Zamawiającego iż nie zamierza on wykonać posadowienia budynku przy pomocy pali wskazanych w projekcie wykonawczym.

Odwołujący w żaden sposób nie udowodnił, że Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy pzp w przedmiotowym postępowaniu, Izba nie stwierdziła wystąpienia nierównego traktowania wykonawców przez Zamawiającego, które to przejawia się przede wszystkim w odmiennej ocenie tych samych faktów, czy wyciągania różnych następstw z takich samych okoliczności.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co – ze wskazanych wyżej względów, nie miało miejsca w zakresie odrzucenia oferty odwołującego.

Izba postanowiła jak w sentencji, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust.2 i 192 ust. 2 i 3 pkt.1 ustawy Pzp

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1)a i 2)b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku 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).

**Przewodniczący .....**