

**WYROK**  
**z dnia 14 maja 2012 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** członek Krajowej Izby Odwoławczej **Barbara Bettman**

**Protokolant:** **Agata Dziuban**

Po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **14 maja 2012 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **30 kwietnia 2012 r.** przez wykonawcę: **POLEKSBU D TRADE Sp. z o.o., ul. Stefczyka 36, 20-151 Lublin**, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **Państwowe Muzeum na Majdanku, ul. Droga Męczenników Majdanka 67, 20-325 Lublin**,

**orzeka:**

1. **Uwzględnić odwołanie** oraz nakazuje zamawiającemu:
  - 1.1. unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty Przedsiębiorstwa Budowlanego JUR-AND Sp. j. J. Kościk, A. Wrona,
  - 1.2. unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego,
  - 1.3. dokonanie ponownej oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty.
2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Państwowe Muzeum na Majdanku, ul. Droga Męczenników Majdanka 67, 20-325 Lublin**,
  - 2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000,00 zł.** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **POLEKSBU D TRADE Sp. z o.o., ul. Stefczyka 36, 20-151 Lublin** tytułem wpisu od odwołania,

- 2.1. zasądza od zamawiającego **Państwowego Muzeum na Majdanku, ul. Droga Męczenników Majdanka 67, 20-325 Lublin**, na rzecz odwołującego **POLEKSBU D TRADE Sp. z o.o., ul. Stefczyka 36, 20-151 Lublin**, kwotę **10 000,00 zł** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) tytułem zwrotu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 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 **Lublinie**.

**Przewodniczący:**

.....

### Uzasadnienie:

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na „Adaptację Baraku nr 62 do celów wystawienniczych w Państwowym Muzeum na Majdanku,” prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego o wartości mniejszej niż kwota 5.000.000 euro. (BZP poz. 61925 z 16.03.2012 r.), w dniu 30 kwietnia 2012 r. zostało złożone w formie pisemnej odwołanie przez wykonawcę: POLEKSUBUD TRADE Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie, w kopii przekazane w dniu 27 kwietnia 2012 r. zamawiającemu.

Wniesienie odwołania nastąpiło wobec czynności zamawiającego: Państwowego Muzeum na Majdanku - odrzucenia złożonej oferty, o czym odwołujący został powiadomiony w dniu 25 kwietnia 2012 r. za pośrednictwem faksu.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. nr 113 z 2010 r., poz. 759 ze zm.), dalej ustawy Pzp, tj.: art. 7 ust 1, art. 89 ust 1 pkt 2, art. 91 ust. 1 oraz naruszenie art. 92 ust 1 pkt. 2 ustawy Pzp.

W powołaniu na legitymację do wnoszenia środków ochrony prawnej - wskazując na niezgodne z przepisami ustawy Pzp czynności zamawiającego, odwołujący wnosił:

- 1) o nakazanie unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz wyboru jako najkorzystniejszej - oferty Przedsiębiorstwa Budowlanego JUR-AND Sp. j. J. Kościak, A. Wrona;
- 2) o nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z uwzględnieniem oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej, wobec odrzucenia oferty MAX-BET Rafał Wróbel - jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań odwołujący wyjaśniał, że zamawiający w dniu 25 kwietnia 2012 r. przekazał zawiadomienie o rozstrzygnięciu postępowania, w którym informował, iż odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, wskazując, iż treść oferty wykonawcy nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ). Wykonawca w złożonych wyjaśnieniach do treści oferty zastosował rozwiązania materiałowe, które nie spełniają warunków materiałowych przewidzianych w dokumentacji projektowej jak i warunków równoważności.

W ocenie odwołującego, działanie zamawiającego - polegające na odrzuceniu złożonej oferty, zostało dokonane z naruszeniem przepisów art. 7 ust 1, art. 89 ust 1 pkt 2, art. 91 ust. 1 oraz narusza art. 92 ust 1 pkt. 2 ustawy Pzp.

W przedmiotowym postępowaniu - w § 13 SIWZ został wskazany opis sposobu obliczania ceny:

1. Cena oferty powinna być obliczona jako całkowita cena brutto zamówienia (z należnym podatkiem VAT).

2. Cena oferty powinna uwzględniać zakres robót, który opisuje dokumentacja projektowa, jak również wszystkie zobowiązania wynikające z załączonego tekstu umowy oraz inne związane z wykonaniem przedmiotu zamówienia oraz warunkami stawianymi przez Zamawiającego.

Jednocześnie zamawiający, udzielając wyjaśnień treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia - opublikowanych na wskazanej stronie internetowej (<http://www.majdanek.eu/articles.php?aid=571&acid=69>), na pytanie: „Czy zamawiający wymaga załączenia kosztorysów do oferty?” Udzielił odpowiedzi: „nie”.

Odwołujący utrzymywał, że złożył ofertę zgodnie z warunkami określonymi w SIWZ na formularzu ofertowym opracowanym przez zamawiającego, w szczególności zawierającą kwotę całkowitej ceny brutto zamówienia oraz zawierającą oświadczenie, że w podanych cenach uwzględnione zostały wszystkie koszty wykonania zamówienia, wraz z Załącznikiem nr 4 do SIWZ pn. „Elementy równoważne do urządzeń i materiałów, których nazwa została użyta w dokumentacji technicznej” stwierdzając, iż nie będzie stosował elementów równoważnych.

Zamawiający pismem z dnia 5 kwietnia 2012 r. zażądał od odwołującego udzielenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust 1 ustawy Pzp, odnośnie treści złożonej oferty dotyczących - „w szczególności przyjętych rozwiązań materiałowych” i zobowiązał odwołującego do złożenia „szczegółowego kosztorysu ofertowego, tabeli elementów scalonych i zestawienia materiałów” - w wersji papierowej i elektronicznej. Odwołujący podał, że złożył żądane wyjaśnienia w dniu 10 kwietnia 2012 r.

W odpowiedzi, pismem z dnia 16 kwietnia 2012 r., zamawiający zażądał od odwołującego dodatkowych wyjaśnień, dotyczących stwierdzonych rozbieżności z dokumentacją projektową - w złożonych kosztorysach i zestawieniach materiałowych, wobec zawartego w ofercie oświadczenia Załącznika nr 4 - o nie stosowaniu elementów równoważnych, jak również zarzucił nieuwzględnienie w wycenie „konstrukcji wsporczych pod jednostki zewnętrzne klimatyzatorów oraz czynnika do napełniania instalacji pompy ciepła” - pod rygorem odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp - jako

nieodpowiadającej treści SIWZ.

Odwołujący następnym pismem z dnia 17 kwietnia 2012 r. złożył uzupełniające wyjaśnienia - wskazując na oczywiste pomyłki pisarskie w zestawieniu materiałów - wyjaśniające wskazane przez zamawiającego rozbieżności oraz opisał sposób wyliczenia w kosztorysie, materiałów wskazanych przez zamawiającego - jako nieuwzględnione.

Zdaniem odwołującego, pomimo że oferta była prawidłowa - zamawiający ją odrzucił, wskazując, iż „treść oferty wykonawcy nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zaś wykonawca w złożonych wyjaśnieniach do treści oferty, zastosował rozwiązania materiałowe, które nie spełniają warunków materiałowych przewidzianych w dokumentacji projektowej, jak i ich warunków równoważności.”

Odwołujący argumentował, że mając powyższe na uwadze, w świetle obowiązujących przepisów art. 87 ust 1 ustawy Pzp, zamawiający mógł żądać wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty. Jednocześnie zaznaczał, że wobec faktu, iż specyfikacja w przedmiotowym postępowaniu nie przewidywała konieczności składania przez wykonawców kosztorysów, tabel i zestawień materiałowych - niezłożenie takich dokumentów nie może być zagrożone sankcją odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy - jako nieodpowiadającej treści SIWZ. Tym bardziej, w sytuacji złożenia przez odwołującego-wykonawcę oferty zgodnej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia - oferta nie powinna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp, ze względu na zarzut, iż treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Odwołujący podtrzymał twierdzenia, że jego oferta zawiera wszystkie wymagane specyfikacją elementy - zaś zarzuty, na których zamawiający oparł decyzję o odrzuceniu oferty - dotyczą wyłącznie treści dokumentów składanych w wyniku żądania zamawiającego - złożenia wyjaśnień do oferty, niebędących elementem oferty wymaganym od wszystkich wykonawców, zgodnie z postanowieniami specyfikacji, co zamawiający jednoznacznie potwierdził w wyjaśnieniach do treści SIWZ.

Niezależnie od powyższego, odwołujący argumentował, że pismo zamawiającego z dnia 24 kwietnia 2012 r. pn. „rozstrzygnięcie postępowania” - narusza art. 92 ust 1 pkt. 2 ustawy, bowiem nie zawiera uzasadnienia faktycznego - wskazującego na konkretne niezgodności oferty z treścią specyfikacji, określające jakie rozwiązania materiałowe z oferty odwołującego nie spełniają warunków materiałowych, przewidzianych w dokumentacji projektowej oraz warunków równoważności, uniemożliwiając odwołującemu konkretne sprecyzowanie odwołania w tym przedmiocie.

Odwołujący zaznaczał, że odrzucenie jego oferty, wiąże się z wyborem oferty droższej, co stanowi naruszenie podstawowej zasady ustawy Prawo zamówień publicznych - wyboru

najkorzystniejszej oferty - zgodnie z przyjętymi w specyfikacji kryteriami wyboru ofert oraz naruszenie zapisów specyfikacji, wskazującej wyłącznie na kryterium najniższej ceny.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 30 kwietnia 2012 r. do postępowania odwoławczego nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca.

Zamawiający pismem z dnia 11 maja 2012 r. udzielił odpowiedzi na odwołanie, w której podtrzymał swoje stanowisko o zasadności odrzucenia oferty odwołującego. W odpowiedzi oraz do protokołu rozprawy, zamawiający przyznał, że odwołujący nie zadeklarował w ofercie wykonania elementów równoważnych. Wyjaśnił, że dlatego zwracał się o przedstawienie kosztorysów, gdyż badał, czy wykonawcy nie zaoferowali wykonania przedmiotu zamówienia za cenę rażąco niską – poniżej kwoty, jaka została przeznaczona na realizację zamówienia. Zamawiający nie podał jako podstawy prawnej wezwania odwołującego art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. W wyniku przeprowadzonych czynności analizy kosztorysu ofertowego odwołującego, zamawiający stwierdził, że oferta odwołującego opiera się na materiałach ilościowo i rodzajowo nie odpowiadających rozwiązaniom przyjętym w projekcie – stanowiącym część SIWZ - wobec powyższego odrzucił ofertę odwołującego.

Zamawiający uzasadniał, że był uprawniony aby żądać wyjaśnień. W ocenie zamawiającego - odwołujący nie wykazał w ofercie, że zastosował materiały równoważne. Nie złożył wraz z ofertą aprobat technicznych certyfikatów, itp. dotyczących oferowanego materiału potwierdzających jego cechy równoważności. Zamawiający wskazywał na integralność wyjaśnień z postanowieniami oferty i swoje uprawnienie do oceny tych wyjaśnień, w aspekcie zgodności oferty z SIWZ.

Zdaniem zamawiającego, z uwagi na klasę zabytku – jakim jest adaptacja drewnianego baraku na terenie obozu, realizacja zamierzonego celu wymagała precyzyjnego określenia materiałów i technologii wykonania. W ocenie zamawiającego, przedstawione przez niego uzasadnienie zarówno faktyczne jak i prawne odrzucenia oferty odwołującego, w sposób właściwy wypełnia dyspozycję art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Izba nie stwierdziła podstaw skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Odwołanie zostało wniesione w postępowaniu, którego wartość jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Jednakże dotyczy czynności odrzucenia oferty wykonawcy. Z tych względów odwołanie należało uznać za dopuszczalne w oparciu o postanowienia art. 180 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. Zarzutami odwołania - immanentnie związanymi z czynnością odrzucenia oferty odwołującego - była także objęta czynność wezwania przez zamawiającego do uzupełnienia dokumentów.

Czynność taka w postępowaniach podprogowych, nie mogła być przedmiotem samodzielnego zaskarżenia, ponieważ na przeszkodzie stoi treść art. 180 ust. 2 ustawy Pzp. Dla wykonawcy w niniejszym postępowaniu, stała się zatem możliwa do zaskarżenia - łącznie z odwołaniem na bezpodstawne odrzucenie oferty.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody: z ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia z wyjaśnieniami, protokołu postępowania z załącznikami, oferty odwołującego, pism zamawiającego z żądaniem wyjaśnień od wykonawców i dokumentów oraz udzielonych przez odwołującego wyjaśnień i uzupełnionych dokumentów - stanowiących odpowiedź na wezwania. Pisma z dnia 24 kwietnia 2012 r. informującego o wyniku przetargu.

Ponadto, Izba rozważyła stanowiska stron - przedstawione w złożonych pismach oraz do protokołu rozprawy.

Rozpatrując sprawę w granicach zarzutów odwołania, jak stanowi art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, Izba ustaliła co następuje.

Zamówienie obejmuje „Adaptację Baraku nr 62 do celów wystawienniczych.”

Termin składania ofert został wyznaczony do dnia 02.04.2012 r.

Z protokołu postępowania) wynika, że oferty złożyło 10 wykonawców.

Następujący wykonawcy złożyli oferty – kolejne - zawierające najniższe ceny:

MAX BET Rafał Wróbel – cena brutto 1 030 000 zł, - oferta odrzucona.

Odwołujący POLEXBUD - cena brutto 1 251 392,16 zł, - oferta odrzucona,

Przedsiębiorstwo Budowlane JUR-ADND - cena brutto 1 332 679,31 zł. – oferta wybrana.

SIWZ w § 11 sposób przygotowania oferty – pkt 6 podaje, że na komplet dokumentacji stanowiącej ofertę, składają się między innymi:

- formularz ofertowy, wg wzoru załącznika 3 do SIWZ,
- wykaz elementów równoważnych, jeżeli wykonawca przewiduje ich zastosowanie, wg wzoru stanowiącego załącznik nr 4 do SIWZ.

W § 13 SIWZ zamawiający wskazał opis sposobu obliczania ceny:

1. Cena oferty powinna być obliczona jako całkowita cena brutto zamówienia (z należnym podatkiem VAT).
2. Cena oferty powinna uwzględniać zakres robót, który opisuje dokumentacja projektowa, jak również wszystkie zobowiązania wynikające z załączonego tekstu umowy oraz inne związane

z wykonaniem przedmiotu zamówienia oraz warunkami stawianymi przez Zamawiającego."

W § 14 SIWZ, jedynym kryterium oceny ofert została ustanowiona cena.

W § 15 SIWZ zamawiający przewidział możliwość zmiany umowy, w tym rozwiązań technologicznych w dokumentacji projektowej wykonania zamówienia (obejmujący również zmiany materiałowe).

Okoliczność przyznaną stanowiło, że zamawiający nie wymagał przedłożenia w dokumentach oferty kosztorysu ofertowego, co dodatkowo potwierdził w wyjaśnieniach na zapytanie nr 25 do SIWZ z dnia 28.03.2012 r.

Załącznik nr 1 do SIWZ podawał zestawienie warunków równoważności dla materiałów, wyrobów budowlanych, i urządzeń określonych w projekcie, w odniesieniu do branż:

- instalacja wentylacji i klimatyzacji,
- branża sanitarna.

Formularz ofertowy, wg wzoru załącznika 3 do SIWZ, wymagał podania ceny: netto, brutto, podatku VAT oraz oświadczenia, że w podanych cenach uwzględnione zostały wszystkie koszty.

Wykaz elementów równoważnych do urządzeń i materiałów, których nazwa własna została użyta w dokumentacji technicznej (jeżeli wykonawca przewiduje ich zastosowanie), określał wzór załącznika nr 4 do SIWZ, który nakazywał w odniesieniu do urządzenia wymienionego w dokumentacji technicznej – podać urządzenie oferowane przez wykonawcę. Nazwa własna musi pozwalać na precyzyjną weryfikację urządzeń i materiałów.

W § 11 ust. 1 wzoru umowy, zamawiający podał, że „Za realizację przedmiotu umowy, Zamawiający zobowiązuje się zapłacić wykonawcy, wynagrodzenie ryczałtowe ustalone na podstawie formularza ofertowego.”

Na str. 76 oferty, w wykazie elementów równoważnych, wg wzoru stanowiącego załącznik nr 4 do SIWZ, odwołujący zawarł adnotację „NIE DOTYCZY.”

Zamawiający pismem z dnia 5 kwietnia 2012 r. zażądał od odwołującego udzielenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust 1 ustawy Pzp dotyczących treści złożonej oferty, „a w szczególności przyjętych przez Wykonawcę rozwiązań materiałowych. Pisemne wyjaśnienia w postaci szczegółowego kosztorysu ofertowego, tabeli elementów scalonych i zestawienia materiałów należy złożyć w wersji papierowej i elektronicznej, w siedzibie Zamawiającego.” Odwołujący złożył żądane wyjaśnienia w wyznaczonym terminie do dnia 10 kwietnia 2012 r. – przedstawiając szczegółowe kosztorysy budowlane poszczególnych branż, wraz tabelami elementów scalonych i zestawieniami materiałowymi.



Ponadto, pismem z 05.04.2012 r. zamawiający wzywał:

- wykonawcę wybranego tj. Przedsiębiorstwo Budowlane JUR-AND do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp przyjętych przez wykonawcę rozwiązań materiałowych i złożenia kosztorysu,
- wykonawcę PBH CEZAR A. Motuła na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp o udzielenie wyjaśnień dotyczących treści oferty, a w szczególności przyjętych rozwiązań materiałowych w postaci szczegółowego kosztorysu ofertowego, a także uzupełnienia zał. nr 4 w przypadku nieuzupełnienia w/w dokumentu zamawiający uzna, że wykonawca nie przewiduje zastosowania materiałów równoważnych,
- również wzywał wykonawcę Polskie Pracownie Konserwacji Zabytków do złożenia zał. nr 4, na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp
- tak samo wzywał Przedsiębiorstwo Inżynieryjne BUDOSTAT sp. z o.o. do uzupełnienia zał. 4, wykonawcę PAULA INVEST,
- wykonawcę DELTA-K.

Wartość zamówienia została określona na kwotę 1 219 258,63 zł, kwota jaką zamawiający może przeznaczyć na realizację zamówienia wynosi 1 499 688,12 zł.

Oferty niektórych wzywanych wykonawców, podawały wyższą cenę, niż szacunkowa wartość zamówienia.

Pismem z 5 kwietnia 2012 r. zamawiający wystąpił do wykonawcy MAX BET Rafał Wróbel na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia m.in. zał. nr 4 oraz wystąpił na podstawie art. 87 ust. 1 oraz art. 90 ust. 1 Pzp o udzielenie wyjaśnień w celu ustalenia czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a w szczególności dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny i przyjęte przez wykonawcę rozwiązania materiałowe. Pisemne wyjaśnienia w postaci szczegółowego kosztorysu ofertowego, tabeli elementów scalonych i zestawienia materiałów należy złożyć w wersji papierowej i elektronicznej w siedzibie zamawiającego. W przypadku niezłożenia wyjaśnień w wyznaczonym terminie zamawiający dokona odrzucenia oferty jako zawierającej rażąco niską cenę.

W odniesieniu do pozostałych wykonawców, którzy byli wzywani do złożenia kosztorysu ofertowego zamawiający nie podał podstawy art. 90 ust. 1 Pzp i nie zaznaczył, że złożenie kosztorysu ma służyć badaniu rażąco niskiej ceny.

W aktach postępowania przetargowego, znajduje się informacja przesłana drogą elektroniczną przez wybranego wykonawcę Krzysztofa Wronę Przedsiębiorstwo Budowlane JUR-ADND Sp. j. – informujące, że podczas przeglądania oferty odwołującego w dniu 12 kwietnia 2012 r.

„stwierdziliśmy, że treść wymienionej oferty, nie odpowiada warunkom Specyfikacji istotnych warunków zamówienia.” Ww. wykonawca przedstawił szczegółowe uzasadnienie stawianych zarzutów.

Pismem z dnia 16 kwietnia 2012 r. zamawiający zażądał od odwołującego na podstawie art. 26 ust. 4 i art. 87 ust. 1 ustawy Pzp dodatkowych „wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, a w szczególności załącznika nr 4 do SIWZ, pn. Wykaz elementów równoważnych do urządzeń i materiałów, których nazwa własna została użyta w dokumentacji technicznej”. Wykonawca w treści załączonego do oferty dokumentu, tj. załącznika nr 4 do SIWZ potwierdził, że nie będzie stosował elementów równoważnych. W dniu 10.04 2012 r. Wykonawca w odpowiedzi na pismną prośbę Zamawiającego złożył jako wyjaśnienie kosztorys ofertowy, na podstawie którego dokonał wyceny oferty, zawierający również przyjęte rozwiązania materiałowe.

W przedstawionych przez wykonawcę kosztorysach ofertowych, w zakresie:

- kosztorysu instalacji klimatyzacji i wentylacji, poz. 1,2,3,4,36;
- kosztorysu ogrzewania podłogowego, poz. 5,6,7,8,33,34,35,39;
- kosztorysu pompy ciepła, poz. 7,8, 35,36,37;

Zostały przyjęte materiały inne niż w dokumentacji projektowej, a fakt ten nie został potwierdzony w treści Załącznika nr 4. Ponad to Wykonawca nie uwzględnił w swojej wycenie „konstrukcji wsporczych pod jednostki zewnętrzne klimatyzatorów oraz czynnika do napełniania instalacji pompy ciepła.”

Zamawiający zażądał pisemnych wyjaśnień w terminie do 19 kwietnia 2012 r. pod rygorem odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp, jako nieodpowiadającej treści SIWZ.

Odwołujący pismem z dnia 17 kwietnia 2012 r. złożył uzupełniające wyjaśnienia, informując co następuje:

1. „Odnosnie przyjętych rozwiązań materiałowych przedstawionych w kosztorysach ofertowych szczegółowych złożonych przez Oferenta w dniu 10 kwietnia 2012 r. a mianowicie kosztorys instalacji klimatyzacji i wentylacji w poz. 1, 2, 3, 4, 36, kosztorys ogrzewania podłogowego w poz. 5, 6, 7, 8, 33, 34, 35, 39, i kosztorys pompy ciepła w poz. 7, 8, 35, 36, 37 informujemy, że nastąpiły omyłki pisarskie w zestawieniu materiałów. Spowodowane to było tym, że na etapie składania oferty Zamawiający nie wymagał dołączenia żadnych kosztorysów i w późniejszym etapie przy uzupełnieniu oferty w dniu 10 kwietnia 2012 r. zostały omyłkowo wpisane inne materiały. Dodatkowo wpływ na ten fakt miały zastosowane przez Zamawiającego w przedmiarach prac podstawy wyceny, które sugerowały inne materiały niż przyjęte w dokumentacji projektowej. Z uwagi na tą omyłkę załączamy poprawione kosztorysy szczegółowe.

2. Wykonawca uwzględnił w wycenie konstrukcję wsporczą pod jednostki zewnętrzne klimatyzatorów w pozycji 43 kosztorysu klimatyzacji i wentylacji. Pozycja 43 zawiera nakłady robocizny na montaż 296 kg konstrukcji stalowej, natomiast zawiera tylko 118,4 kg materiału na konstrukcję stalową gdyż Wykonawca jako firma zajmująca się wykonawstwem od wielu lat jest w posiadaniu pozostałej części stali niezbędnej do wykonania przedmiotu opisanego w danej pozycji. W celu zwiększenia swojej konkurencyjności uznaliśmy za zasadne zmniejszenie nakładów materiałowych o posiadane materiały.

3. Wykonawca uwzględnił napełnienie instalacji pompy ciepła czynnikiem grzewczym w pozycji 43 i pozycji 1 kosztorysu pompa ciepła. Pozycja 43 zawiera nakłady robocizny na wykonanie napełnienia instalacji natomiast w pozycji 1 zawarte są nakłady materiałowe wraz z wykonaniem całej instalacji pomp ciepła.”

Odwołujący załączył poprawione kosztorysy szczegółowe w odniesieniu do: ogrzewania, klimatyzacji i wentylacji oraz pompy ciepła.

Zamawiający przyznał, że „wyjaśnień” w postaci żądania złożenia kosztorysów szczegółowych, wymagał jedynie od niektórych wykonawców spośród tych, którzy złożyli oferty.

W piśmie z dnia 24 kwietnia 2012 r. zamawiający podał następujące uzasadnienie odrzucenia oferty odwołującego.

„Treść oferty Wykonawcy nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wykonawca w złożonych wyjaśnieniach do treści oferty zastosował rozwiązania materiałowe, które nie spełniają warunków materiałowych przewidzianych w dokumentacji projektowej jak i ich warunków równoważności.

Zamawiający działając na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 uPzp odrzuca ofertę.”

Izba zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że odwołujący jako uczestnik przedmiotowego postępowania przetargowego posiada interes w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, a co za tym idzie legitymację do korzystania ze środków ochrony prawnej - skoro wykazywał, że zamawiający z naruszeniem ustawy Pzp podjął czynność odrzucenia jego oferty, mimo, że była najkorzystniejsza według ustalonego kryterium, narażając odwołującego na poniesienie związanej z tym szkody - przez uniemożliwienie wyboru złożonej oferty.

Przechodząc do rozstrzygnięcia sprawy, izba miała na uwadze charakter wynagrodzenia ustalonego w przedmiotowym postępowaniu oraz podane w SIWZ dokumenty, które wykonawca był zobowiązany złożyć wraz z ofertą.

Poza sporem pozostawało, że zamawiający ustalił ryczałtową formę wynagrodzenia wykonawcy. W przypadku wynagrodzenia ryczałtowego, które zostało określone jako obowiązujące w tym postępowaniu, wynikające ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia i wzoru umowy - właściwa jest cena ofertowa za cały przedmiot zamówienia, określony dokumentacją projektową i specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót budowlanych (STWOR). Stosownie do art. 31 ust. 1 ustawy Pzp - zamawiający opisuje przedmiot zamówienia na roboty budowlane za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót. 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 ze zm.), w skład dokumentacji wchodzi przedmiar robót. Kosztorys ofertowy, stanowiąc uzupełniony cenami przedmiar - jest obowiązujący, gdy zamawiający przewidział wynagrodzenie kosztorysowe, jako wspólną podstawę do obliczenia ceny oferty. Wówczas to dla zapewnienia porównywalności ofert, złożone kosztorysy ofertowe muszą zawierać wszystkich pozycje w wielkościach ściśle odpowiadających przedmiarowi. W omawianej sprawie, w sposób nie budzący żadnych wątpliwości wynagrodzenie zostało określone jako ryczałtowe w rozumieniu art. 632 § 1 K.c., zatem uznaje się, że prawidłowo podano cenę ryczałtową bez względu na sposób jej obliczenia. Przyjmujący zamówienie nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac. W przypadku ryczałtowej formy wynagrodzenia zamawiający jest uprawniony aby zrezygnować z identyfikacji źródeł kosztów składających się na realizację poszczególnych robót budowlanych i ograniczyć się do żądania od wykonawcy przedstawienia w formularzu oferty łącznej ceny za wykonanie wszystkich robót określonych dokumentacją projektową, specyfikacjami technicznymi wykonania i odbioru robót oraz postanowieniami projektu umowy. Wykonawca będzie zobowiązany wykonać całość prac przewidzianych dokumentacją, za stałą cenę, podaną w ofercie, i tylko ta cena stanowi treść oferty, a nie jej poszczególne elementy kalkulacyjne. Kosztorys, jeżeli nawet jest wymagany, w takim przypadku ma charakter pomocniczy, uzasadniający sposób obliczenia ceny ryczałtowej oferty (wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 6.03.2001 sygn. akt I ACa 1147/2000). Ewentualne pomyłki w tego rodzaju kosztorysie, nie powodują konieczności ich prostowania, albowiem cena ryczałtowa jest właściwa bez względu na sposób jej obliczenia i wiążąca dla stron umowy. Zatem niezgodność polegająca zdaniem zamawiającego - na

tym, że wykonawca zaoferował i przyjął do wyceny materiały, które nie są ani materiałami równoważnymi, ani materiałami przewidzianymi w dokumentacji projektowej, nie ma żadnego znaczenia, dla porównywalności ofert. Kosztorys, przy tym charakterze ceny - może służyć np. do ustalania zakresu zrealizowanych robót, dla wystawiania faktur przejściowych czy częściowych. Pomimo uchylecia art. 88 ustawy Pzp, ustawą z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 171, poz. 1058), funkcjonowanie ceny ryczałtowej w obrocie gospodarczym wynika z art. 632 K.c., który przez odesłanie z art. 14 Pzp, znajduje zastosowanie w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych. Niewątpliwie odwołujący zaciągnął w ofercie zobowiązanie wykonania całości prac za podaną cenę – w sposób przewidziany dokumentacją.

Zgodnie z nakazem uregulowanym w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, wszyscy wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego powinni być traktowani na równych prawach przez zamawiającego w toku całego postępowania. Obowiązek równego traktowania oznacza również, by wszystkie wymagania, które zamawiający bierze pod uwagę na etapie badania oraz oceny złożonych ofert, były znane wykonawcom w chwili przygotowywania ofert. Zasada równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji stanowi bowiem fundament nie tylko krajowego, ale również europejskiego systemu zamówień publicznych. Potwierdza to art. 2 Dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi. Wskazuje on, że instytucje zamawiające zapewniają równe i niedyskryminacyjne traktowanie wykonawców oraz działają w sposób przejrzysty. Oznacza to, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone jest według jasnych i z góry sprecyzowanych reguł i istnieją środki do weryfikacji prawidłowości ich zachowania, zaś zamawiający podejmuje przewidywalne decyzje na podstawie wcześniej ustalonych kryteriów.

Zgodnie z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnienie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego – zamawiający wskazuje w (...) specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub w zaproszeniu do składania ofert. Zamawiający nie wymagał przedłożenia wraz z ofertą kosztorysu ofertowego – przy tym sporządzonego metodą szczegółową. W ocenie Izby, żądanie przez zamawiającego – przedłożenia tego kosztorysu – jako wyjaśnień treści oferty w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, przekracza upoważnienie ustawowe wynikające z przywołanej normy.

Zamawiający nie miał żadnych podstaw aby wzywać odwołującego do składania

wyjaśnień, skoro wykonawca złożył jednoznaczne oświadczenie, że nie będzie stosował materiałów i urządzeń równoważnych, a sposób wypełnienia odnośnego załącznika nr 4 do oferty – był zgodny z instrukcjami zawartymi w SIWZ.

Stosownie do postanowień art. 140 ust. 1 ustawy Pzp, zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie. Skoro zatem treść oferty – odpowiada wymaganiom – przedstawionym w SIWZ – w przypadku wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej – zamawiający działając przez swój nadzór budowlany, będzie miał wszystkie możliwości, aby wyegzekwować właściwy sposób realizacji zamówienia, z zastosowaniem urządzeń oraz materiałów, do użycia których zobowiązał się wykonawca - podejmując się realizacji zamówienia w sposób zgodny z wszelkimi rozwiązaniami materiałowymi wynikającymi z projektu, specyfikacji technicznej wykonania robót i za podaną cenę ryczałtową.

Odmierna sytuacja zachodziłaby, gdyby zamawiający, po pierwsze przewidział wynagrodzenie kosztorysowe, a po drugie żądał w SIWZ złożenia kosztorysów, wówczas mógłby domagać się ich przedstawienia, gdyby nie zostały złożone wraz z ofertą. Mógłby żądać wyjaśnień do takich pozycji kosztorysu, które budziłyby jego wątpliwości.

Zamawiający, jak najbardziej prawidłowo, opisał w SIWZ warunki równoważności użytych materiałów przez wykonawcę, skoro w opisie przedmiotu zamówienia posłużył się ich nazwami własnymi. Jednakże należało uwzględnić, że przepis art. 30 ust. 5 ustawy Pzp nakłada na wykonawcę obowiązek wykazania, że oferowane przez niego (...) roboty budowlane spełniają wymagania określone przez zamawiającego, tylko wówczas, gdy wykonawca w ofercie powołał się na rozwiązania równoważne opisywanym przez zamawiającego. Okoliczność taka nie nastąpiła, gdyż odwołujący nie przewidział stosowania równoważnych materiałów i urządzeń – jak wynika z załącznika nr 4 do jego oferty. Wyjaśnienia składane w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp nie mogą prowadzić do zmiany treści oferty.

Izba zważyła, że zarzutami odwołania – ściśle związanymi z czynnością odrzucenia oferty odwołującego - była także objęta czynność wezwania przez zamawiającego do wyjaśnień i uzupełnienia dokumentów. Czynność taka w postępowaniach podprogowych, nie mogła być przedmiotem samodzielnego zaskarżenia, ponieważ nie dozwala tego art. 180 ust. 2 ustawy Pzp. Dla wykonawcy POLEKSUBUD TRADE Sp. z o.o., stała się zatem możliwa do zaskarżenia - łącznie z odwołaniem na bezpodstawne odrzucenie oferty. Odwołujący nie mógł kwestionować wezwania go do wyjaśnień i do złożenia dokumentów, zatem podporządkował się temu wezwaniu, chociaż nie znajdowało ono żadnego normatywnego wsparcia. Ze względu na treść art. 46 ust. 4a ustawy Pzp odwołujący spełnił nieuprawnione

żądania aby nie narażać się na zatrzymanie wadium.

Izba nie uwzględniła stanowiska zamawiającego, że zwracał się o przedstawienie kosztorysów, gdyż badał, czy wykonawcy nie zaoferowali wykonania przedmiotu zamówienia za cenę rażąco niską – poniżej kwoty oszacowania. Zamawiający nie podał jako podstawy prawnej wezwania odwołującego art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, mówiącego, że zamawiający w celu ustalenia czy oferta zawiera rażąco niską cenę (...) zwraca się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty, mających wpływ na wysokość ceny. O wyjaśnienie ceny oferty w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający zwracał się wyłącznie do wykonawcy MAX-BET Rafał Wróbel, co potwierdza treść wezwań do poszczególnych wykonawców, stanowiąca materiał dowodowy sprawy. Analiza kosztorysu ofertowego odwołującego, nie mogła stanowić podstawy zarzutu, że oferta odwołującego opiera się na materiałach ilościowo i rodzajowo nie odpowiadających rozwiązaniom przyjętym w projekcie – stanowiącym część SIWZ, gdyż kosztorys nie był dokumentem wymaganym od wszystkich wykonawców, mogącym być postawą do oceny zgodności oferty z SIWZ. Stanowił bowiem – wewnętrzną kalkulację odwołującego – dla podanej ceny ryczałtowej. Wyjaśnienie odwołującego, nie zwalniało go od wykonania zamówienia zgodnie ze zobowiązaniem w ofercie, tj. bez użycia materiałów równoważnych. Ewentualne, przyznane przez odwołującego błędy w takim kosztorysie – nie mogły stanowić uzasadnienia do odrzucenia złożonej oferty. W ocenie Izby, nie zachodziły żadne przesłanki do żądania wyjaśnień oznaczonej treści od odwołującego i uzupełniania niewymaganych dokumentów - w trakcie oceny ofert – zatem dokumenty te, włącznie z złożonym uzupełniająco kosztorysem i wyjaśnieniami, nie mogą stanowić podstawy do oceny oferty odwołującego.

Zamawiający na równi z wykonawcami, jest związany warunkami przetargu, które ustanowił i nie jest władny, aby po złożeniu ofert, od wymagań tych odstępować i żądać czegokolwiek więcej z dokumentów, niż podał uprzednio w SIWZ oraz na podstawie dokumentów niewymaganych, stawiać wykonawcom zarzuty odnośnie treści ich ofert.

Osobną kwestią jest przedstawione przez zamawiającego uzasadnienie podjętej czynności odrzucenia oferty odwołującego w piśmie z dnia 24 kwietnia 2012 r., że *„Treść oferty Wykonawcy nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wykonawca w złożonych wyjaśnieniach do treści oferty zastosował rozwiązania materiałowe, które nie spełniają warunków materiałowych przewidzianych w dokumentacji projektowej jak i ich warunków równoważności. Zamawiający działając na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 uPzp odrzuca ofertę,”* które zdaniem Izby, nie stanowiło uzasadnienia faktycznego, z którego odwołujący mógłby prawidłowo powziąć informację o rzeczywistych i pełnych przyczynach odrzucenia jego oferty.

Ogólnikowe sformułowania przez zamawiającego w piśmie z dnia 24 kwietnia 2012 r.

o niespełnieniu przez ofertę odwołującego warunków podanych w SIWZ, w odniesieniu do rozwiązań równoważnych - jako podstawy odrzucenia oferty - są niewystarczające aby uznać je za dostateczne uzasadnienie. Zamawiający nie wskazał precyzyjnie na czym owo niespełnienie warunków polegało, których pozycji zestawienia materiałowego dotyczy. Z przedstawionego uzasadnienia faktycznego nie sposób wywieść, na czym miało polegać „niespełnienie przez odwołującego warunków równoważności,” które legło u podstaw odrzucenia jego oferty.

W konsekwencji, Izba podzieliła także pogląd odwołującego, że uzasadnienie faktyczne czynności zamawiającego, zawarte w piśmie z 24 kwietnia 2012 r. ograniczające się do przytaczanych wyżej ogólnikowych stwierdzeń niespełnienia warunków określonych w SIWZ, nie może być uznane za dostateczne uzasadnienie faktyczne, realizujące cel normy art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Zasadnym jest podkreślenie, iż uzasadnienie podane w informacji o odrzuceniu oferty wykonawcy z postępowania - warunkuje zakres składanych środków ochrony prawnej. Jego treść, z uwagi na zawity charakter terminów wnoszenia środków ochrony prawnej ma bezpośrednio znaczenie dla umożliwienia wykonawcom realizacji swoich praw w postępowaniu (tak też podają wyroki: KIO z dnia 23 marca 2011 r., sygn. akt KIO 522/11; z dnia 24 czerwca 2010 r., sygn. akt KIO 1066/10). Z wymienionych względów brak precyzyjnego wskazania na czym polega niezgodność oferty, prowadzi do wniosku, iż zamawiający w istocie nie poinformował odwołującego o przyczynie wyeliminowania oferty z postępowania. Na zamawiającym ciąży obowiązek przedstawienia uzasadnienia faktycznego swoich decyzji w taki sposób, aby wykonawca miał pełną wiedzę na temat przyczyn wykluczenia, czy odrzucenia oferty (tak też podano w wyroku KIO z dnia 7 września 2010 r., sygn. akt KIO 1819/10). Wykonawca nie ma obowiązku domniemywać, domyślać się na czym polegają stwierdzone przez zamawiającego nieprawidłowości w ofercie, prowadzące do jej odrzucenia.

Prawidłowe wykonanie przez zamawiającego obowiązku wyrażonego w art. 92 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp, gwarantujące realizację zasady jawności postępowania oraz równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, determinuje skorzystanie przez wykonawców z uprawnienia do wnoszenia środków ochrony prawnej. Wyłącznie wykonawca mający wyczerpujące informacje o przyczynach poszczególnych decyzji zamawiającego, może się do nich odnieść - decydując o ewentualnym wniesieniu środka ochrony prawnej - co przesądziło również o uwzględnieniu przez Izbę, odwołania z przyczyn formalnych – nawet bez konieczności rozpatrywania zarzutów merytorycznych wobec oferty odwołującego, dotyczących niezgodności treści tej oferty z treścią SIWZ.

Ponadto rozprawa przed Krajową Izbą Odwoławczą, nie jest miejscem dla



przedstawiania uzasadnienia - uprzednio podejmowanych czynności zamawiającego o odrzuceniu oferty wykonawcy. Izba bowiem weryfikuje przeprowadzone działania zamawiającego, pod względem przestrzegania wzorca ustawowego, a nie zastępuje zamawiającego w jakichkolwiek czynnościach. Może poddawać ocenie czynności, w takim kształcie, jak zostały faktycznie przez zamawiającego dokonane i podane do wiadomości oraz stanowiły podstawę do zaskarżenia, a nie w formie poddanej szerokiej interpretacji w odpowiedzi na odwołanie.

Bieg terminu na wniesienie wymienionego środka ochrony prawnej rozpoczyna się z chwilą otrzymania prawidłowo sporządzonej informacji o wyniku postępowania, o odrzuceniu oferty czy wykluczeniu wykonawcy. W okolicznościach rozpoznawanej sprawy, należało stwierdzić, że termin na zaskarżenie merytoryczne czynności zamawiającego, odnoszących się do kwestionowanych materiałów równoważnych – jeżeli wobec wyżej przedstawionego stanowiska Izby, odrzucenie oferty odwołującego w ogólności zostanie podtrzymane - zacznie biec, gdy zamawiający w wyniku powtórzenia procedury badania i oceny ofert - poinformuje odwołującego w sposób wymagany przez art. 92 ust. 1 ustawy Pzp o podjętej wobec jego oferty decyzji.

W konsekwencji biorąc pod uwagę okoliczności faktyczne i prawne - uwzględnione przez Izbę na gruncie badanej sprawy - należało podzielić stanowisko prezentowane przez odwołującego, że zamawiający w niniejszym postępowaniu uchybił przepisom art. 7 ust 1, art. 89 ust 1 pkt 2, art. 91 ust. 1 oraz naruszył art. 92 ust 1 pkt. 2 ustawy Pzp. Stwierdzone uchybienia mogą mieć istotny wpływ na wynik postępowania.

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie o czym orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1, ust. 2 oraz ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp. Odwołanie zostało uwzględnione przez Izbę, kosztami postępowania w sprawie należało więc obciążyć zamawiającego. Izba zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 10 000,00 zł tytułem zwrotu kosztów wpisu, na podstawie § 3 pkt 1 oraz § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania. (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:**

.....

