

Sygn. akt KIO 1715/12

**WYROK**  
**z dnia 25 września 2012 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

**Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff**

**Protokolant:      Jakub Banasiak**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **25 września 2012 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 sierpnia 2012 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego **Przedsiębiorstwo Budowlane KONS-BUD s. c., J..... D....., S..... B....., ul. Podhalańska 60B, Pyzówka, 34-404 Klikuszowa** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Nowy Targ, ul. Bulwarowa 9, 34-400 Nowy Targ**

**orzeka:**

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności Zamawiającego odrzucenia oferty Odwołującego, a w konsekwencji nakazuje unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej, jak i nakazuje Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego;
2. kosztami postępowania obciąża **Gminę Nowy Targ, ul. Bulwarowa 9, 34-400 Nowy Targ** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Przedsiębiorstwo Budowlane KONS-BUD s. c., J..... D....., S..... B....., ul. Podhalańska 60B, Pyzówka, 34-404 Klikuszowa** tytułem wpisu od odwołania;

- 2.2. nakazuje dokonać wpłaty kwoty **10.239 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy dwieście trzydzieści dziewięć złotych zero groszy) przez **Gminę Nowy Targ, ul. Bulwarowa 9, 34-400 Nowy Targ** na rzecz **Przedsiębiorstwo Budowlane KONS-BUD s. c., J..... D....., S..... B....., ul. Podhalańska 60B, Pyzówka, 34-404 Klikuszowa** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu oraz dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 198 a i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759, ze zmianami), na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Nowym Sączu**.

**Przewodniczący:**

.....

## Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na: „Budowę drogi do oczyszczalni ścieków w miejscowości Trute wraz z kanalizacją deszczową - Etap I”, zostało wszczęte przez Gminę Nowy Targ, ul. Bulwarowa 9, 34-400 Nowy Targ zwaną dalej: „Zamawiającym”, ogłoszeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych Nr 224694 – 2012, data zamieszczenia 28.06.2012 r.

W dniu 06.08.2012 r. (pocztą za potwierdzeniem odbioru) Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej firmy: P..... D..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Remontowo-Budowlane P..... D....., ul. Pienińska 113, Ostrowsko, 34-431 Waksmund oraz odrzuceniu oferty na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) zwanej dalej: „Pzp” firmy: Przedsiębiorstwo Budowlane KONS-BUD s. c., J..... D....., S..... B....., ul. Podhalańska 60B, Pyzówka, 34-404 Klikuszowa zwana dalej: „Przedsiębiorstwem Budowlanym KONS-BUD s. c. J..... D....., S..... B.....” albo „Odwołującym”.

W dniu 10.08.2012 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) wpłynęło na podstawie art. 180 ust.1 pkt 4 Pzp odwołanie Przedsiębiorstwo Budowlane KONS-BUD s. c. J..... D....., S..... B..... na ww. czynności. Kopia odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 10.08.2012 r. (wpływ bezpośredni do Kancelarii Zamawiającego). Dowód przesłania kopii odwołania został uzupełniony na wezwanie z dnia 14.08.2012 r. przesłane pocztą z uwagi na brak faxu i adresu emailowego – wpływ uzupełnionego dowodu przesłania kopii odwołania – 23.08.2012 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO). Zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty w przedmiotowym postępowaniu oraz o odrzuceniu m. in. oferty Odwołującego w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, ponieważ oferta nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwana dalej: „SIWZ”. Zamawiający wskazał m. in., iż w treści oferty zostało określone wykonanie kanału głównego z rur typu PVC łączonych na wcisk. Zamawiający wskazał, że pomimo jednoznacznych zapisów wynikających z SIWZ, jako Wykonawca w treści oferty na stronie 12, Odwołujący określili wykonanie zadania z materiałów niezgodnych z treścią przedmiotu zamówienia. Treść oferty w tym zakresie, zdaniem Zamawiającego, nie odpowiada treści SIWZ. Ponadto, w ofercie nie załączyliśmy oświadczenia o spełnieniu warunków podanych w art. 22 ust. 1 Pzp oraz braku podstaw do wykluczenia z postępowania art. 24 ust. 1, 2 Pzp jednego z uczestników spółki cywilnej. W ofercie wystąpił również brak pełnomocnictwa lub informacji, z których wynikałoby

udzielenie pełnomocnictwa dla jednego ze współników do składania oświadczeń w imieniu spółki oraz do złożenia oferty przetargowej w niniejszym postępowaniu, przez drugiego współnika spółki. Zamawiający nie wezwał nas do złożenia brakujących dokumentów, ponieważ, jego zdaniem, pomimo ich złożenia oferta nasza podlegała odrzuceniu.

W związku z powyższym zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez odrzucenie naszej oferty, pomimo, że jej treść odpowiada treści SIWZ;
2. art. 87 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie czynności wezwania nas do wyjaśnienia treści złożonej oferty w trybie przewidzianym w tym przepisie;
3. art. 7 Pzp poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję i narusza zasady równego traktowania wykonawców.

Odwołujący zażądał: 1. Uwzględnienia odwołania, 2. Unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu naszej oferty, 3. Unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej, 4. Nakazania Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert, 5. Dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem naszej oferty.

Zamawiający w rozdz. 2 SIWZ *Opis przedmiotu zamówienia* zawarł następujący zapis: „Cena ryczałtowa określona przez wykonawcę w ofercie zawiera całość robót określonych przez dokumentację projektową w zakresie określonym przez przedmiar robót i STWiOR”. Tym samym wskazał, iż za wykonanie przedmiotu zamówienia przewiduje wynagrodzenie ryczałtowe. Konsekwencją przyjęcia wynagrodzenia ryczałtowego jest zobowiązanie się do wykonania całego przedmiotu zamówienia w sposób określony przez Zamawiającego, tj. m. in. zgodnie z dokumentacją projektową w zakresie określonym w tym konkretnym przypadku przez przedmiar robót i Specyfikację Techniczną Wykonania i Odbioru Robót zwaną dalej: „STWiOR”. To te dokumenty, naszym zdaniem, określają treść i przedmiot zamówienia. Zamawiający badając ofertę Odwołującego poddał ocenie dokument, którego sam nie wymagał. W SIWZ bowiem Zamawiający jasno określił katalog dokumentów, jakie wykonawcy winni dołączyć do oferty i to te dokumenty winny podlegać ocenie. Tymczasem Zamawiający poddał ocenie dołączony przez nas do oferty kosztorys. Kosztorys, naszym zdaniem, ma w tym wypadku, przy wynagrodzeniu ryczałtowym, charakter jedynie pomocniczy i informacyjny, a zawarte w nim, zdaniem Zamawiającego, niezgodności z treścią przedmiotu zamówienia, nie powinny rzutować na zgodność oferty z SIWZ. Niezgodności, jakie wystąpiły w dołączonym przez nas do oferty kosztorysie, w stosunku do dokumentacji projektowej, nie uzasadniają naszym zdaniem, odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Po pierwsze dlatego, iż cena za wykonanie zamówienia jest ceną ryczałtową, a przedmiot zamówienia został opisany poprzez

odwołanie do dokumentacji projektowej. Po drugie, Zamawiający wśród dokumentów, jakie należało dołączyć do oferty, nie wymienia kosztorysu ofertowego, a więc nie może poddawać go ocenie. Zamawiający winny był naszym zdaniem wezwać nas ewentualnie do wyjaśnienia przedmiotowych nieścisłości na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp oraz wezwać nas na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia brakujących dokumentów, które wskazuje w piśmie z dnia 03.08.2102 r. informującym nas o odrzuceniu naszej oferty.

Zamawiający w dniu 10.08.2012 r. wezwał (faxem) w trybie art. 185 ust.1 Pzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym. Żadne przystąpienia do postępowania odwoławczego nie miały miejsca.

W dniu 17.09.2012 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Zamawiający wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o oddalenie w całości odwołania. Kopia została przekazana Odwołującemu na posiedzeniu. W przesłanej informacji o odrzuceniu Zamawiający stwierdził, iż zgodnie z treścią SIWZ wraz z załączoną Dokumentacją Projektową - Załącznik Nr4, Przedmiarem Robót - Załącznik Nr 3 oraz treścią Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót - Załącznik Nr 5, w zakres zamówienia wchodzi także wykonanie kanalizacji deszczowej w rur typu PP o podwójnej ścianie łączonej na wcisk (zgodnie z opisem projektu rury PP fi 400mm > SN 8kN/m<sup>2</sup>). Odwołujący w treści swojej oferty określił wykonanie kanału głównego z rur typu PVC łączonych na wcisk. Pomimo jednoznacznych zapisów wynikających z SIWZ wykonawca w treści oferty na stronie 12, określił wykonanie zadania z materiałów niezgodnych z treścią przedmiotu zamówienia. W związku z tym treść oferty nie odpowiada treści SIWZ.

W przedłożonym odwołaniu Odwołujący podnosił, iż Zamawiający badając ofertę poddał ocenie dokument, którego sam nie wymagał. Zdaniem Odwołującego przedłożony do oferty kosztorys: „*ma w tym wypadku, przy wynagrodzeniu ryczałtowym, charakter jedynie pomocniczy i informacyjny, a zawarte w nim, zdaniem Zamawiającego, niezgodności z treścią przedmiotu zamówienia, nie powinny rzutować na zgodność oferty z SIWZ*”.

Zamawiający przy ocenie oferty Odwołującego nie mógł pominąć treści oferty w od str. od 12 do 13. W ocenie Zamawiającego, nie ma on możliwości traktowania treści oferty wybiórczo. Oferta stanowi całość i jej treść w całości podlega ocenie. Jednocześnie zamawiający nie wnosił uwag do określonej przez Wykonawcę ceny ryczałtowej.

Ponadto w odwołaniu stwierdzono, że: „*Zamawiający winny był naszym zdaniem wezwać nas ewentualnie do wyjaśnienia przedmiotowych nieścisłości na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp oraz wezwać nas na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia brakujących dokumentów, które wskazuje w piśmie z dnia 03.08.br informującym nas o odrzuceniu naszej oferty*”. Zgodnie z treścią art. 26 ust. 3 Pzp zamawiający wzywa wykonawców, którzy

w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego dokumenty zawierające błędy. Zgodnie z treścią ogłoszenia o zamówieniu oraz treścią SIWZ kosztorys nie jest takim dokumentem i w tym postępowaniu nie może być przedmiotem wyjaśnień i uzupełnień. Ponadto zgodnie z art. 87 ust. 1 Pzp niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty.

**Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, zapoznaniu się z postanowieniami SIWZ, w tym także wzorem umowy, dokumentacją projektową, przedmiarami robót i STWiOR, ofertą Odwołującego, informacją o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz odrzuceniu oferty Odwołującego, odwołaniem, odpowiedzią na odwołanie, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.**

Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający do jego złożenia, przy założeniu potwierdzenia się zarzutów. Zdaniem Izby, Odwołujący, którego oferta została odrzucona i nie podlegała klasyfikacji w ramach kryterium oceny ofert, tj. ceny (100%), w przypadku potwierdzenia się podnoszonych zarzutów, ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Względem wniosku Zamawiającego o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp, Izba oddaliła niniejszy. W ramach jego rozpatrywania Izba dokonała następujących ustaleń: Po pierwsze informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz odrzuceniu oferty Odwołującego, została przesłana 03.08.2012 r. na adres e-mailowy: [kons.bud@wp.pl](mailto:kons.bud@wp.pl). Po drugie, potwierdzenie przeczytania tej informacji, wyświetlenia, załączone do dokumentacji, wskazuje, że miało to miejsce 05.08.2012 r. Ponadto, z dokumentacji wynikało, iż Zamawiający wysłał pocztą, tą samą informację, 03.08.2012 r. z potwierdzeniem odbioru zgodnie z informacją zawartą na potwierdzeniu. Informacja niniejsza została odebrana 06.08.2012 r. (potwierdzenie odbioru). Dodatkowo Izba sprawdziła, iż w ofercie Odwołującego nie ma podanego adresu emailowego, na który została przesłana niniejsza informacja. Na podstawie dokonanych ustaleń Izba uznała, iż zmuszona jest oddalić złożony wniosek, gdyż stosowną informację Zamawiający wysłał na wskazany adres e-mailowy na własną odpowiedzialność. Wykonawca z uwagi na fakt, iż nie

zadeklarował niniejszego adresu do kontaktu, nie był związany ewentualnymi informacjami przekazanymi tą drogą. Nie musiał też w żaden sposób odczytywać korespondencji przesyłanej przez Zamawiającego w ten sposób. W konsekwencji Izba uznała, że wiążącym sposobem przekazania informacji była droga pocztowa. Zgodnie z załączonym potwierdzeniem, stosowną informację, Odwołujący otrzymał 06.08.2012 r. W konsekwencji, z uwagi na zastosowanie drogi pocztowej, terminie wiążącym, jest termin nie 5 dniowy, a 10 dniowy, zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 2 Pzp. Izba w konsekwencji oddaliła wniosek o odrzucenie odwołania.

Skład orzekający Izby działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie dowody: z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem o sygn. akt: KIO 1715/12, postanowień SIWZ, w tym także wzoru umowy, dokumentacji projektowej, przedmiarów robót i STWiOR, oferty Odwołującego, informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz odrzuceniu oferty Odwołującego, odwołania i odpowiedzi na odwołanie.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także stanowiska i oświadczenia stron złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

#### **Izba dokonała następujących ustaleń dotyczących przedmiotowego odwołania.**

Zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia przygotowanym przez Zamawiającego w Rozdz. 2 SIWZ: *„Przedmiotem zamówienia jest budowa drogi do oczyszczalni ścieków w miejscowości Trute wraz z kanalizacją deszczową - Etap I (obejmujący wykonanie kanalizacji deszczowej i podbudowy pod nawierzchnię asfaltową).*

*Szczegóły zamówienia zawarte są w:*

*1. Dokumentacji Projektowej:*

— *Załącznik Nr 4.*

*2. Przedmiarze robót:*

— *Załącznik Nr 3 - 19 pozycji kosztorysowych.*

*3. Specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych:*

— *Załącznik Nr 5.*

*W celu prawidłowego sporządzenia oferty, oferent powinien dokonać wizji terenu robót i jego otoczenia oraz uzyskać wszystkie niezbędne informacje co do ryzyka, trudności i wszelkich innych okoliczności jakie mogą wystąpić w trakcie realizacji umowy. Wykonawca za zgodą Zamawiającego może zlecić część prac podwykonawcom.*

Cena ryczałtowa określona przez wykonawcę w ofercie zawiera całość robót określonych przez dokumentację projektową w zakresie określonym przez przedmiar robót i STWiOR. Z kolei w Rozdz. 13 ust.1 i 2 SIWZ Zamawiający określił, że: „Zasady płatności (proponowane)” stwierdził, że: „Płatność po wykonaniu robót, na podstawie protokołu odbioru robót (dopuszczalne fakturowanie częściowe do 80 % wartości zamówienia). Przewidywany termin płatności faktur: 14 dni.”. W ramach Rozdz. 14 SIWZ - Opis sposobu przygotowania oferty Zamawiający ustalił, że: „1. Ofertę należy złożyć wg wzoru druku załączonego do materiałów przetargowych oraz w oparciu o wytyczne zawarte w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (art. 82, ust. 3 upzp). 2. Na ofertę składają się następujące dokumenty i załączniki:

- 1) wypełniony i podpisany formularz ofertowy wg wzoru - załącznik Nr 1,
- 2) oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia oraz oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu o zamówienie publiczne - załącznik Nr 2, wraz z dokumentami potwierdzającymi spełnienie tych warunków (wg pkt 19 SIWZ),
- 3) potwierdzenie wniesienia wadium (zgodnie z rozdziałem 20 niniejszej specyfikacji).

Ocena spełnienia warunków udziału w postępowaniu zostanie dokonana wg formuły „spełnia - nie spełnia”, w oparciu o informacje zawarte w dokumentach i oświadczeniach (wymaganych przez Zamawiającego i podanych w SIWZ) dołączonych do oferty.

### 3. Postanowienia dotyczące składanych dokumentów:

- oferta powinna zawierać wszystkie wymagane dokumenty, oświadczenia i załączniki, o których mowa w niniejszej specyfikacji,
- oferta oraz wszystkie wymagane załączniki winny być podpisane przez upoważnionego przedstawiciela, uprawnionego do reprezentowania zgodnie z przedstawionym aktem rejestracyjnym, wymogami ustawowymi oraz przepisami prawa,
- wszelkie poprawki lub zmiany w tekście oferty muszą być parafowane i datowane własnoręcznie przez osobę podpisującą ofertę.
- jeżeli oferta i załączniki zostaną podpisane przez upoważnionego przedstawiciela, jest on zobowiązany do przedłożenia dokumentu potwierdzającego uprawnienia składającego ofertę,
- zaleca się aby wykonawcy wykorzystali załączone wzory dokumentów - załączników. Wszystkie pola i pozycje tych wzorów powinny być wypełnione, a w szczególności powinny zawierać wszystkie wymagane informacje i dane oraz odpowiedzi na wszystkie pytania.
- wymienione dokumenty mogą być złożone w formie oryginałów lub kserokopii poświadczonych za zgodność przez osobę/osoby uprawnione do podpisania oferty,



*z dopiskiem "za zgodność z oryginałem",*

- *złożenie przez wykonawcę fałszywych lub stwierdzających nieprawdę dokumentów lub nierzetelnych oświadczeń mających istotne znaczenie dla prowadzonego postępowania spowoduje wykluczenie wykonawcy z dalszego postępowania."*

Z kolei w Rozdz. 18 - Postanowienia ogólne ust. 9 SIWZ Zamawiający uregulował, że:  
*„Wykonawcy występujący wspólnie o zamówienie:*

- 1) ponoszą solidarną odpowiedzialność za wykonanie umowy (art. 141 upzp),*
- 2) zobowiązani są ustanowić Pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego albo reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia. Przyjmuje się, że pełnomocnictwo do podpisania oferty obejmuje pełnomocnictwo do poświadczenia za zgodność z oryginałem wszystkich dokumentów;*
- 3) pełnomocnictwo musi wynikać z umowy lub z innej czynności prawnej, mieć formę pisemną; fakt ustanowienia Pełnomocnika musi wynikać z załączonych do oferty dokumentów, wszelka korespondencja prowadzona będzie z Pełnomocnikiem;*
- 4) jeżeli oferta Wykonawców zostanie wybrana jako najkorzystniejsza, Zamawiający może przed zawarciem umowy wezwać pełnomocnika do przedstawienia umowy regulującej współpracę tych Wykonawców."*

Zaś, w ramach Rozdz. 19 SIWZ – *„Wykaz dokumentów i oświadczeń jakie należy dołączyć do oferty w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu (art. 26, ust. 2 i art. 44 upzp)"* – ust. 4 Zamawiający zawarł, że: *„Składając ofertę wspólnie (art. 23 ustawy) przez dwóch lub więcej Wykonawców należy zwrócić uwagę w szczególności na następujące wymagania:*

- a) Wykonawcy występujący wspólnie złożą łącznie jeden komplet dokumentów:*
  - *oferta,*
  - *wykaz wykonanych robót budowlanych (Załącznik Nr 6) lub wykaz wykonanych robótłoży każdy z wykonawców osobno,*
  - *wadium,*
- b) Każdy z Wykonawców występujących wspólnie musi złożyć dokumenty:*
  - *oświadczenie o spełnianiu warunków podanych w art. 22 ust. 1 ustawy oraz braku podstaw do wykluczenia z postępowania art. 24 ust. 1, 2 (Załącznik Nr 2 - Oświadczenie),(...)"*

Dodatkowo, Zamawiający w ramach wzoru umowy określił, w § 1: *„Wykonawca zobowiązuje się do wykonania na rzecz Zamawiającego: Budowy drogi do oczyszczalni ścieków w miejscowości Trute wraz z kanalizacją deszczową - Etap I. Zakres robót - zgodnie z zakresem określonym przez Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia: według Dokumentacji Projektowej stanowiącej integralną część Umowy. Realizacja robót*

przeprowadzona będzie zgodnie z obowiązującymi przepisami, polskimi normami i zasadami wiedzy technicznej oraz należyłą starannością w ich wykonywaniu, bezpieczeństwem, dobrą jakością i właściwą organizacją.”, w § 2: „Na przedmiot Umowy określony w § 1 składa się zakres rzeczowy zgodny ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia postępowania przetargowego ogłoszonego w Biuletynie Zamówień Publicznych Nr ....- 2012 z 28 czerwca 2012r.”, w § 6: „1.Strony ustalają wartość robót wraz z podatkiem VAT na kwotę ryczałtową w wysokości: zł (słownie brutto: złotych). 2. Podstawę do określenia wyżej wymienionej ceny stanowi dokumentacja projektowa i ilości robót wynikające z tej dokumentacji w zakresie określonym w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. 3. Kwota określona w ust. 1 zawiera wszelkie koszty związane z realizacją zadania wynikające wprost z dokumentacji projektowej, Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, jak również nie ujęte w dokumentacji projektowej, a niezbędne do wykonania zadania, a w szczególności podatek VAT, wszelkie roboty przygotowawcze, porządkowe, zagospodarowanie placu budowy, koszt utrzymania zaplecza budowy. 4. Rozliczenia za roboty ujęte w dokumentacji technicznej i wynikające z ust. 2, których ceny określono w ust. 1, będą odbywały się po dokonaniu odbioru poszczególnych elementów robót. Ceny robót nie będą podlegały waloryzacji ze względu na inflację. Zmiana podatku VAT nie wpływa na zmianę ceny ryczałtowej. 5. Wszelkie roboty nie objęte niniejszą umową, tzn. nie przewidziane w dokumentacji projektowej, SIWZ i w ust. 2 niniejszego paragrafu, których nie można było przewidzieć, a których wykonanie jest niezbędne do zrealizowania przedmiotu umowy, Wykonawca zobowiązany jest wykonać na podstawie protokołu konieczności prowadzonego przez Inspektora Nadzoru i zaakceptowanego przez Zamawiającego. Roboty te rozliczane będą na podstawie kosztorysów powykonawczych przygotowanych przez Wykonawcę i zatwierdzonych przez Inspektora Nadzoru i Zamawiającego, włączonych następnie poprzez umowę na roboty dodatkowe. 6. Bez uprzedniej zgody Zamawiającego wykonywane mogą być jedynie prace niezbędne ze względu na niebezpieczeństwo lub konieczność zapobieżenia awarii. 7. Kosztorysy na prace dodatkowe będą opracowywane w oparciu o następujące założenia: -stawki robocizny, koszty ogólne, koszty zakupu i zysk, tak jak zostały przewidziane w ofercie, - ceny materiałów i ceny sprzętu zostaną przyjęte z cen obowiązujących na rynku. Dla materiałów będą przyjmowane ceny z miesiąca w którym były zakupione, dla sprzętu będą przyjmowane ceny z miesiąca w którym sprzęt był używany. - podstawą do ustalania kosztorysowych nakładów rzeczowych będą odpowiednie KNR-y.”, z kolei w § 8: „Wykonawca jest zobowiązany do realizacji zadania będącego przedmiotem Umowy zgodnie z technologią wskazaną przez projektanta w dokumentacji projektowej.” W ramach dokumentacji projektowej – III. Opis techniczny, pkt 1.2.Istniejący stan zagospodarowania terenu wraz z uzbrojeniem terenu: „Odwodnienie drogi realizowane będzie poprzez system

kanalizacji deszczowej – kolektor deszczowy Ø 400 mm umieszczony pod jezdnią”. Nadto, w ramach przedmiaru robót pkt 3.3.1 Zamawiający wymagał w tym zakresie: „KNNR 4/1308/6 Kanały z rur typu PP o podwójnej ścianie łączone na wcisk, Fi 400 mm”. Na str. 69 STWiOR z kolei stwierdza się w pkt 2.2.1, że: „Kanał deszczowy Ø 400 mm. Na kanał deszczowy stosowaną są rury polipropylenowe PP Ø 400 mm o podwójnej ścianie łączone na wcisk, o sztywności obwodowej min. 8kN/m2 (klasy min. SN 8)”.

W ramach złożonej oferty, tj. formularzu ofertowym Odwołujący zawarł m.in.: „Oświadczamy, że: (...) zapoznaliśmy się ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia oraz zdobyliśmy konieczne informacje do przygotowania oferty i nie wnosimy do nich zastrzeżeń oraz przyjmujemy warunki w nich zawarte”. Jest też tam oświadczenie: „(...) w cenie oferty uwzględnione wszystkie koszty związane z wykonaniem zamówienia”.

Odwołujący załączył także kosztorys ofertowy – na str. 12 w pkt 3.3.1 KNNR wskazał KNNR 4/1308/06. Kanały z rur typu PVC łączone na wcisk, Fi 400 mm.

Nadto, Odwołujący załączył także podpisany wzór przyszłej umowy.

#### **Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.**

Odnosnie zarzutów naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo, że jej treść odpowiada treści SIWZ, Izba uznała niniejszy zarzut za zasadny.

W pierwszej kolejności, należy zauważyć, że niniejszy przepis należy odnieść do stanu faktycznego, gdy treść oferty nie odpowiada treści SIWZ z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. W konsekwencji, aby stwierdzić zaistnienie takiej sytuacji musimy mieć do czynienia z elementem treści oferty. Jak wynika z dokumentacji przetargowej oraz stanowiska Zamawiającego przedstawionego na rozprawie kosztorys ofertowy nie był wymaganym elementem treści oferty, nie stanowił także elementu przyszłej umowy. Nadto, Zamawiający określił wynagrodzenie, jako wynagrodzenie ryczałtowe, co także ma istotne znaczenie dla przedmiotu sporu. W rezultacie, nie można odrzucić oferty Odwołującego, z uwagi na dokument, który nie był wymaganą częścią oferty i nie podlegał ocenie Zamawiającego. Nadto, nie miał być elementem przyszłej umowy i nie był podstawą realizacji umowy.

W drugiej kolejności, Izba wskazuje, że wymaganym obligatoryjnie elementem treści oferty było jedno z oświadczeń złożonych na formularzu ofertowym, tj. oświadczenie o zapoznaniu się z SIWZ oraz zdobyciu koniecznych informacji do przygotowania oferty i nie wnoszenia do nich zastrzeżeń oraz co najważniejsze przyjęciu warunków w nich zawartych. Tylko ten obligatoryjny dokument mógł być przedmiotem oceny, nie zaś nie wiążący informacyjny kosztorys ofertowy.

W konsekwencji przyjmując warunki zawarte w SIWZ (zgodnie ze złożonym oświadczeniem w formularzu ofertowym) zadeklarował w ofercie, że podstawą realizacji umowy jest dokumentacja projektowa w zakresie określonym przez przedmiar robót i STWiOR. Stanowi o tym § 1, 2, 6, a w szczególności § 8 wzoru umowy. Nadto, o pomocniczym, informacyjnym charakterze kosztorysu ofertowego przy wynagrodzeniu ryczałtowym wypowiedziało się wielokrotnie ugruntowane orzecznictwo KIO, wskazując na wiążący w tym zakresie, w takiej sytuacji, charakter dokumentacji projektowej, czy też STWiOR.

Jedynie na marginesie, Izba wskazuje, że w innej sytuacji, która nie zaistniała w przedmiotowym stanie faktycznym, należałoby rozważyć ewentualne zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Zwłaszcza przy tożsamości numerów KNR, co oświadczenie Odwołującego o błądnie w opisie spornej pozycji wynikającym z błędu programu do kosztorysowania do pewnego stopnia uwiarygodnia. Przy czym wobec nie wiążącego charakteru kosztorysu ofertowego i wynagrodzeniu ryczałtowym jest to bez znaczenia dla przedmiotu sporu. Należy zauważyć, że Odwołujący jednoznacznie zadeklarował w swojej ofercie, że: „ (...) w cenie oferty uwzględnione wszystkie koszty związane z wykonaniem zamówienia”.

Izba przypomina dodatkowo Zamawiającemu, o konieczności w ramach powtórzenia czynności badania i oceny ofert, wezwania Odwołującego w trybie art. 26 ust.3 Pzp do uzupełnienia stwierdzonych braków przywoływanych w informacji o wyborze i odrzuceniu oferty Odwołującego przekazanej, jak ustaliła Izba skutecznie i wiążąco w dniu 06.08.2012 r.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnosnie zarzutów naruszenia przez Zamawiającego art. 87 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie czynności wezwania Odwołującego do wyjaśnienia treści złożonej oferty w trybie przewidzianym w tym przepisie, Izba uznała niniejszy zarzut za niezasadny.

Izba konsekwentnie stwierdza, że wskazany przepis dotyczy wyjaśnienia treści oferty, a kosztorys ofertowy Odwołującego nie stanowi wiążącej treści oferty. W rezultacie nie było możliwe, w ocenie Izby, wezwanie w tym zakresie do wyjaśnień, które *nota bene* mają charakter fakultatywny, a nie obligatoryjny.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Wobec uznania zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, Izba uznała również zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 Pzp poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję i narusza zasady równego traktowania wykonawców.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

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

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, a także w oparciu o § 5 ust. 2 pkt 1 i ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r. Nr 41, poz. 238). Izba uznała wniosek Odwołującego o zasądzenie kosztów dojazdu na rozprawę zgodnie z przedłożonymi kopiami biletów PKP (§ 3 pkt 2 lit. a w/w rozporządzenia).

**Przewodniczący:**

.....