

**WYROK**  
z dnia 12 sierpnia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk**

**Protokolant: Cyprian Świś**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 sierpnia 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 lipca 2013 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia „DABRO BAU” Sp. J. P..... D..... i A..... D..... w Świdnicy, P..... D..... prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Firma Handlowo-Uslugowa P..... D..... w Świdnicy w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Wałbrzych

**orzeka:**

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Gminie Wałbrzych unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia „DABRO BAU” Sp. J. P..... D..... i A..... D..... w Świdnicy, Paweł Dąbrowski prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Firma Handlowo-Uslugowa P..... D..... w Świdnicy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert;
2. kosztami postępowania obciąża Gminę Wałbrzych i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia „DABRO BAU” Sp. J. P..... D..... i A..... D..... w Świdnicy, Paweł Dąbrowski prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Firma Handlowo-Uslugowa P..... D..... w Świdnicy tytułem wpisu od odwołania;
  - 2.2. zasądza od Gminy Wałbrzych na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia „DABRO BAU” Sp. J. P..... D..... i A..... D..... w Świdnicy, P..... D..... prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Firma Handlowo-Uslugowa P..... D..... w Świdnicy kwotę 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

1

---

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Świdnicy.

**Przewodniczący: .....**

2

---

**Uzasadnienie**

Zamawiający - Gmina Wałbrzych - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest modernizacja substancji szkolnej w ramach programu „Szkoła od nowa” w zakresie remontu i przebudowy istniejącego boiska o nawierzchni asfaltowej na boisko wielofunkcyjne o nawierzchni poliuretanowej w Publicznej Szkole podstawowej Nr 15 przy ul. Hirszfelda 1 w Wałbrzychu”.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych 2 lipca 2013 r., pod pozycją 255632.

Wartość zamówienia jest większa niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

26 lipca 2013 r. zamawiający powiadomił o wyniku postępowania o udzielanie zamówienia publicznego informując, iż w postępowaniu wybrano ofertę firmy Przedsiębiorstwo Wielobranżowe MAX D..... L..... Spółka Jawna w Wałbrzychu z ceną 979.988,44 zł. a odrzucono ofertę wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia „DABRO BAU” Sp. J. P..... D..... i A..... D..... w Świdnicy, Paweł Dąbrowski prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Firma Handlowo-Usługowa P..... D..... w Świdnicy z ceną 777.000,00 zł. jako ofertę, której treść nie odpowiadała treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwanej dalej: „SIWZ”.

Wykonawcy, których oferta została odrzucona wnieśli odwołanie 31 lipca 2013 r. Zachowany został obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 Pzp przez prowadzenie postępowania z naruszeniem podstawowych zasad udzielania zamówień tj. zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
- 2) naruszenie przepisów Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i form dokumentacji technicznej przez wybiórcze posługiwanie się przedmiarem robót stanowiącym część dokumentacji technicznej;
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez uznanie, iż treść oferty odwołującego nie odpowiada treści SIWZ;
- 4) art. 91 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego, zasądzenie na rzecz odwołującego kosztów postępowania

3

---

wg norm przypisanych.

W uzasadnieniu odwołujący stwierdził, iż załączony do SIWZ Formularz Wyceny Robót różni się od przedmiaru o 5 pozycji. Formularz zawiera 92 pozycje a przedmiar stanowiący element dokumentacji projektowej 97 pozycji. Z uwagi na te rozbieżności oraz kosztorysowy charakter wynagrodzenia odwołujący do oferty załączył wyceniony przedmiar robót (kosztorys ofertowy) prezentujący wszystkie 97 pozycji.

Odwołujący podkreślił, że złożona przez niego oferta w pełni odpowiadała treści SIWZ. Podniósł, iż przedmiar robót jako element dokumentacji technicznej opisuje przedmiot zamówienia zgodnie z art. 31 Pzp w zakresie kompletności, technologii wykonania i jakości. Wywodził, że oferta nie odpowiadająca treści SIWZ to taka, która jest sporządzona odmiennie, niż określają to postanowienia SIWZ. Odmienność ta powinna przejawiać się przede wszystkim w zakresie proponowanego przedmiotu zamówienia i sposobu jego realizacji. Może przejawiać się też w innym sposobie sporządzenia oferty, niż żądał Zamawiający przy czym powinny to być elementy składające się na treść oferty, odnoszącą się do jej aspektów formalnych i materialnych, ale nie do sposobu spełnienia obydwu aspektów.

Z powołaniem się na orzecznictwo Izby, odwołujący argumentował, iż treść jego oferty jest w pełni zgodna z treścią SIWZ, a co za tym idzie zamawiający nie miał podstaw do jej odrzucenia.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i przeprowadziła rozprawę, podczas której strony podtrzymały dotychczasowe stanowiska.

Zamawiający oświadczył, że zasadniczą przyczyną odrzucenia oferty było przeniesienie wyceny poz. 12 kosztorysu – warstwa dynamiczna gr. 3,5 cm - do poz. 13 – nawierzchnia poliuretanowa typu „sparay” gr. 1,3 cm - oraz dokonanie łącznej wyceny tych pozycji, w sytuacji, gdy zamawiający w przedmiarze pozycje te rozdzielił.

#### **Izba ustaliła, co następuje:**

W części IV pkt 2 SIWZ zamawiający wskazał, że cena ofertowa ma charakter wynagrodzenia kosztorysowego i powinna wynikać wprost z kosztorysu ofertowego - wycenionego przedmiaru robót”. Natomiast § 3 wzoru umowy stanowi, że za wykonanie przedmiotu umowy strony ustalają wynagrodzenie kosztorysowe”.

W części IV SIWZ zamawiający w ust. 2 postanowił, że cena ofertowa ma charakter

wynagrodzenia kosztorysowego i powinna wynikać wprost z kosztorysu ofertowego - wycenionego przedmiaru robót. Natomiast w ust. 7 zobowiązał wykonawcę do wypełnienia wszystkich pozycji przedmiaru robót opisanych w formularzu wyceny. Wskazał, że jeżeli w formularzu wyceny nie zostały zawarte oddzielne pozycje, to wszystkie roboty muszą być uwzględnione w cenach jednostkowych istniejących pozycji. Zamawiający nie wymaga dołączenia kosztorysu ofertowego. Zamawiający podkreślił, że wyceny należy dokonać na formularzu wyceny, który będzie podstawą

4

---

rozliczenia.

Formularz wyceny robót, stanowiący załącznik do SIWZ różni się od przedmiaru robót o 5 pozycji. Formularz zawiera 92 pozycje a przedmiar stanowiący element dokumentacji projektowej 97 pozycji.

Odwołujący złożył ofertę zawierającą Kosztorys ofertowy - Formularz wyceny zawierający 97 pozycji, wszystkie 92 pozycje wskazane przez zamawiającego w formularzu stanowiącym załącznik do SIWZ oraz dodatkowo 5 pozycji ujętych w przedmiarze, a pominiętych w formularzu. W piśmie z 26 lipca 2013 r. zamawiający wskazał, że czynności odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp dokonuje z powodu wyceny robót niezgodnie z zapisami SIWZ. „Według zapisów SIWZ wyceny należało dokonać na załączonym przez zamawiającego „Formularzu wyceny”, wyceniając wszystkie pozycje robót w nim zawarte. Jeżeli w „Formularzu wyceny” nie zostały zawarte oddzielne pozycje, to wszystkie roboty miały być uwzględnione w jednostkowych cenach ryczałtowych istniejących pozycji. Wykonawca nie zastosował się do w/w zapisów SIWZ nie dokonując wyceny na „Formularzu wyceny”, ponadto Wykonawca w przedstawionym przez siebie kosztorysie ofertowym wycenił dodatkowe pięć pozycji oraz zmienił zapisy zawarte w pozycji „opis” kosztorysu ofertowego”.

#### **Izba zważyła, co następuje:**

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Jest wykonawcą, który złożył ofertę i ma interes w uzyskaniu danego zamówienia. Zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów powodują, że odwołujący, który złożył ofertę z najniższą ceną, może ponieść szkodę w postaci utraty możliwości uznania jego oferty za najkorzystniejszą.

Zgodnie z art. 192 ust. 7 Pzp Izba nie może rozpoznać zarzutów nie podniesionych w odwołaniu. Przepis ten wyznacza granice w jakich Izba może wydać orzeczenie. Podstawą zarzutów odwołania jest z kolei uzasadnienie faktyczne i prawne zaskarżanej czynności zamawiającego. W informacji o odrzuceniu oferty 26 lipca 2013 r. zamawiający nie wskazał, że niezgodność oferty odwołującego z treścią SIWZ polega na łącznym wycenieniu poz. 12 i 13 przedmiaru. Informację w tej mierze odwołujący oraz Izba powzięli dopiero na rozprawie. Z powodu braku wiedzy wynikającej z przesłanej informacji odwołujący nie objął tej kwestii zarzutami odwołania, zatem wyrokowanie przez Izbę w tym zakresie jest zatem niedopuszczalne.

Po rozpoznaniu odwołania w granicach podniesionych w nim zarzutów Izba zważyła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Niespornie odwołujący zaoferował zamawiającemu wykonanie całego zakresu przedmiotu zamówienia opisanego w dokumentacji projektowej oraz przedmiarze robót i wycenił wszystkie pozycje przedmiaru. Brak jest podstaw do uznania, że oferta odwołującego nie odpowiada treści

5

---

#### **SIWZ.**

Posłużenie się przez odwołującego formularzem o szerszej treści, niż wzór przygotowany przez zamawiającego nie powoduje niezgodności oferty z SIWZ. Niezgodna z treścią SIWZ jest bowiem oferta nie odpowiadająca wymaganiom zamawiającego w szczególności, co do ilości jakości, zakresu i innych elementów istotnych do wykonania zamówienia, o ile niezgodności te nie są możliwe do poprawienia zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Z całą pewnością o braku spełnienia wymagań zamawiającego nie może świadczyć ujęcie w formularzu wyceny wszystkich pozycji przedmiaru. Jeśliby sytuację tę uznać za uchybienie wymaganiom zamawiającego, to może mieć ono nie merytoryczny, a wyłącznie formalny charakter, który nie odpowiada dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Na podstawie odwołującego można również prawidłowo rozliczyć umowę posługując się cenami jednostkowymi zawartymi we wszystkich 97 pozycjach formularza wyceny złożonego przez

odwołującego.

Zamawiający stracił z oczu cel prowadzenia postępowania i odrzucając ofertę odwołującego naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Przepisy ustawy sprzeciwiają się bowiem temu, aby oferta zapewniająca wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie ze wszystkimi wymaganiami zamawiającego nie mogła zostać przyjęta.

Na marginesie Izba wskazuje, że każdorazowo przed odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp zamawiający jest zobowiązany do ustalenia możliwości poprawienia oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Obowiązek ten wynika wprost z treści art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w kwocie 3.600 zł, zgodnie z § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:** .....