

Sygn. akt: KIO/ 2220 /10

**WYROK**

**z dnia 25 października 2010 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:**

**Przewodniczący: Emil Kawa**

**Protokolant: Patrycja Kaczmarska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 października 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: Przedsiębiorstwo BEGIER H. Begier i Synowie Sp. j., LEPIKO Sp. z o. o., 62 – 002 Suchy Las, Jelonek ul. Obornicka 8a**, w postępowaniu prowadzonym przez **Powiat Nowosolski, 67 – 100 Nowa Sól, ul. Moniuszki 3b.**

przy udziale **Konsorcjum firm: Składy Budowlane SAN – BUD, SAN – BUD Nieruchomości, 65 – 140 Zielona Góra, ul. Wyczółkowskiego 2** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

**orzeka:**

**1 Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i odrzucenia oferty odwołującego oraz ponowną ocenę i badanie ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego.**

**2. Kosztami postępowania obciąża Konsorcjum firm: Składy Budowlane SAN – BUD, SAN – BUD Nieruchomości, 65 – 140 Zielona Góra, ul. Wyczółkowskiego 2**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 10000 zł 00 gr. (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Konsorcjum: Przedsiębiorstwo BEGIER H. Begier i Synowie Sp. j., LEPIKO Sp. z o. o., 62 – 002 Suchy Las, Jelonek ul. Obornicka 8a**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 14185 zł 00 gr. (słownie czternaście tysięcy sto osiemdziesiąt pięć złotych zero groszy) przez **Konsorcjum firm: Składy Budowlane SAN – BUD, SAN – BUD Nieruchomości, 65 – 140 Zielona Góra, ul. Wyczółkowskiego 2** na rzecz **Konsorcjum: Przedsiębiorstwo BEGIER H. Begier i Synowie Sp. j., LEPIKO Sp. z o. o., 62 – 002 Suchy Las, Jelonek ul. Obornicka 8a** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) na niniejszy wyrok w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Zielonej Górze**.

**Przewodniczący:**

.....

## **UZASADNIENIE**

Powiat Nowosolski ul. Moniuszki 3B 67-100 Nowa Sól, zwany dalej „zamawiającym” prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie robót budowlanych polegających na „Budowie strażnicy na potrzeby jednostki ratownictwa pożarowego i ekologicznego w Nowej Soli” – Sprawa o nr IF/3432/16/10/PSP - Numer ogłoszenia: 255785 - 2010: data zamieszczenia w BZP - 17.09.2010.

W dniu 8 października 2010 roku zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty, zostało ono skorygowane przez zamawiającego w dniu 11 października 2010 roku. W wyniku oceny wyboru ofert została wybrana oferta konsorcjum firm: Składy Budowlane SAN-BUD Sylwia Pawlik (lider konsorcjum) oraz „SAN-BUD NIERUCHOMOŚCI” Sp. z o.o. (partner konsorcjum) obie z/s w Zielonej Górze przy ul. Wyczółkowskiego 2. Od takiego rozstrzygnięcia zamawiającego odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniosło konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo BERGER Henryk Berger i Synowie Spółka jawna z/s w Jelonkach przy ul. Obornickiej 8a (lider konsorcjum) oraz LEPIKO Sp. z o.o. z/s w Skórzewie przy ul. Skórzewskiej 19. (partner konsorcjum) - zwane dalej „odwołującym”, którego oferta została odrzucona.

W odwołaniu odwołujący zarzucił zamawiającemu że czynność odrzucenia oferty została dokonana z nadużyciem przepisów art. 89 ust. 1 pkt. 2 Ustawy PZP.

Wobec tego wniósł o: unieważnienie czynności odrzucenia jego oferty, unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, nakazanie powtórzenia czynności oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej .

Wskazał iż konstruując ofertę opierał się na postanowieniach siwz z których wynika, że:

- 1) Z uwagi na przyjętą do rozliczenia cenę ryczałtową załączone do SIWZ przedmiary robót służą wyłącznie celom informacyjnym i nie należy traktować opisów poszczególnych pozycji jako definiujących ostatecznie wymagania dla danych robót, czynności czy wyposażenia. Wykonawca musi we własnym zakresie zweryfikować i ustalić, czy wszystkie elementy objęte przedmiotem zamówienia zostały ujęte w przedmiarze robót oraz, czy podane ilości są

prawidłowe.

- 2) Jeżeli w opisie pozycji nie uwzględnione zostały wszystkie elementy, bez których nie można zgodnie ze sztuką budowlaną, istniejącym stanem obiektu oraz wymaganiami zamawiającego zrealizować prawidłowo całego przedmiotu zamówienia, to koszty wszelkich czynności, wyposażenia oraz robót budowlanych powinny być uwzględnione w cenie określonej dla danej pozycji lub rozrzucone na wszystkie pozycje poprzez ujęcie ich w kosztach ogólnych budowy.
- 3) Za ustalenie ilości i rodzaju robót oraz za sposób przeprowadzenia na tej podstawie kalkulacji wynagrodzenia odpowiada wykonawca, który musi przewidzieć wszystkie okoliczności mające wpływ na cenę zamówienia.
- 4) Wzory formularzy należy wypełnić ściśle według wskazówek określonych w SIWZ. Zamawiający nie dopuszcza dokonywania w treści załączonych formularzy jakichkolwiek zmian. W przypadku złożenia przez wykonawcę własnych formularzy, ich treść musi być tożsama z treścią formularzy załączonych do siwz.

Wskazał, że zamawiający wymagał, aby obok formularza ofertowego do oferty zostały załączone tabele elementów rozliczeniowych. Analiza dokumentacji projektowej wraz z załączonymi przedmiarami robót ujawniła, że w tabelach elementów rozliczeniowych, stanowiących załączniki do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, nie zostały uwzględnione działy kosztorysów dotyczące wykonania: robót ziemnych oraz balustrad zewnętrznych. Do tabeli elementów scalonych będącej załącznikiem do oferty zostały one wpisane bez świadomości tego, że z bliżej nieokreślonych powodów akurat te dwie pozycje działów kosztorysów nie mają odzwierciedlenia we wzorze tabeli elementów scalonych załączonym przez Z zamawiającego.

Zamawiający powiadomił odwołującego o odrzuceniu złożonej oferty uzasadniając, że oferta została sporządzona niezgodnie z wymaganiami określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zdaniem zamawiającego dokonano niedopuszczalnej zmiany SIWZ, poprzez dodanie nowych pozycji w tabeli rozliczeniowej, co stanowi o niezgodności oferty z treścią SIWZ. Za podstawę prawną odrzucenia oferty przywołane zostały przepisy art. 89 ust. 1 pkt. 2 Ustawy PZP.

Wobec takiego stanowiska odwołujący wskazał, że zamawiający nie wziął pod uwagę tego, że odwołujący deklarując w ofercie wolę wykonania robót zgodnie z przekazaną dokumentacją akceptuje jej zawartość, co jest równoznaczne z pozbawieniem się możliwości żądania zapłaty za czynności wynikające z dokumentacji, a nie wycenione w kosztorysie. Zarzut mówiący o dopisaniu pozycji do tabeli rozliczeniowej nie może być więc rozpatrywany w kontekście wadliwości treści oferty w stosunku do specyfikacji. Nadto wskazał, że tabele elementów rozliczeniowych, podobnie jak ewentualne kosztorysy ofertowe, w przypadku wynagrodzenia ryczałtowego mają jedynie pomocniczy charakter, a ewentualne błędy w nich zawarte, nie mogą stanowić w takim przypadku podstawy do odrzucenia oferty. Zamawiający nie miał podstaw do odrzucenia oferty odwołującego gdyż została ona przygotowana z uwzględnieniem wszystkich robót niezbędnych do pełnej realizacji przedmiotu zamówienia. Ponadto to dopisanie w kosztorysie 2 pozycji należało uznać za omyłkę i winno być przez zamawiającego w trybie art. 87 ust.2 pkt.3 poprawione, gdyż przy wynagrodzeniu ryczałtowym nie powodowało to istotnych zmian w treści oferty. Jeśli zamawiający miał wątpliwości co do poprawności złożonej oferty to mógł zwrócić się do odwołującego o wyjaśnienie wątpliwości w tym zakresie- czego nie uczynił. Nadto na rozprawie wskazał, że zamawiający nigdzie w SIWZ nie wskazał, że tabela bierze udział w tworzeniu ceny ofertowej tym samym cena w ofercie może różnić się od sumy cen z tabel rozliczeniowych. Wskazuje, iż przystępujący stara się narzucić zamawiającemu wbrew postanowieniom SIWZ ile ma być odbiorów częściowych robót, ile ma być wystawionych faktur. W/g niego tyle jest odbiorów częściowych ile ich wykonawca zgłosi. Zamawiający w przedmiotowej sprawie postawił tylko 1 warunek aby suma zapłaty za faktury częściowe nie przekraczała 90% ceny całkowitej. Podniósł, że niewątpliwym w sprawie jest iż zamawiający przyznał się, iż pominął w tabeli 2 pozycje, które odwołujący uwzględnił w tabeli

Do toczącego się postępowania odwoławczego przystąpienie po stronie zamawiającego zgłosiło konsorcjum firm- Składy Budowlane SAN-BUD Sylwia Pawlik (lider konsorcjum) oraz „SAN-BUD NIERUCHOMOŚCI” Sp. z o.o. (partner konsorcjum) obie z/s w Zielonej Górze przy ul. Wyczółkowskiego 2 oferta wykonawcy która została wybrana przez zamawiającego jako najkorzystniejsza. W szeroko opisanym przystąpieniu wniósł o oddalenie odwołania, gdyż tylko takie rozstrzygnięcie pozwoli mu na zawarcie z zamawiającym umowy na wykonanie

przedmiotu zamówienia zgodnie ze złożoną ofertą. Wskazał, że aby wskazać cel jakiego ma służyć tabela elementów rozliczeniowych należy sięgnąć do zapisów SIWZ a w szczególności do załącznik nr 7 -FORMULARZ ISTOTNYCH POSTANOWIEŃ UMOWY. Powyższe postanowienia stanowią treść SIWZ a w przyszłości będą postanowieniami przyszłej umowy z wybranym wykonawcą - § 9 pkt. 4. Wskazuje że odbiorowi częściowemu podlegają wykonane roboty budowlane stanowiące „Element rozliczeniowy robót budowlanych” określony w tabelach elementów rozliczeniowych stanowiącej załącznik do niniejszej umowy. Zgodnie z powyższym zamawiający poprzez tabelę elementów rozliczeniowych dla zadania nr 2 (załącznik nr 2 do SIWZ) założył, że dla robót budowlanych - pozostałych będzie możliwość dokonania 12 odbiorów częściowych. Złożenie przez odwołującego oferty z dodatkowymi 2 pozycjami dla powyższej części tabeli dowodzi, że odwołujący przewiduje 14 odbiorów częściowych wbrew założeniom zamawiającego. (14 a nie 13 odbiorów z uwagi na to, że odwołujący dwa razy posłużył się L.p. 2). Czynność odwołującego polegająca na dodaniu 2 dodatkowych odbiorów w swojej ofercie ma znamiona modyfikacji SIWZ. Ustawa Pzp w żadnym wypadku nie daje możliwości modyfikacji SIWZ poprzez oświadczenie złożone w ofercie przez wykonawcę. Zgodnie z zapisem art. 38 ust. 4 ustawy Pzp to jedynie zamawiający może i to przed terminem składania ofert zmienić treść SIWZ.

W zakresie dodania przez odwołującego dwóch pozycji do tabeli elementów rozliczeniowych określił że zamawiający ma możliwość dysponowania przepisem art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp w ograniczonym zakresie. Czynność zamawiającego musi przede wszystkim dotyczyć omyłki. Omyłkę cechuje działanie niezamierzone. Dodanie przez odwołującego 2 pozycji w tabeli elementów rozliczeniowych cechuje działanie błędne jak wykazano powyżej uzasadnienia przystępującego i jest to działanie zamierzone czego odwołujący dał wyraz. Zamawiający nie może poprawiać działań zamierzonych nawet gdy są one błędne, gdyż dałby tym przyzwolenie na dowolne lecz zamierzone składanie ofert przez wykonawców wbrew swoim oczekiwaniom zawartym w treści SIWZ. W punkcie 12.16 SIWZ zamawiający nie dopuścił do dokonywania w treści załączonych formularzy jakichkolwiek zmian w celu ochrony swojego interesu - w postaci otrzymania oferty spełniającej jego oczekiwania. Skoro zamawiający nie dopuścił do możliwości dokonywania zmian w formularzu ofertowym a takim niewątpliwie jest także tabela elementów

rozliczeniowych to tym samym zmiany takie nie powinien traktować jako omyłkę i ją poprawiać zgodnie z dyspozycją powyższego przepisu.

W dniu 21.10.2010 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęła odpowiedź zamawiającego na odwołanie w której to poinformował o uwzględnieniu w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu przez odwołującego i zobowiązał się do powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz dokonania powtórnego badania i oceny ofert.

W uzasadnieniu swojego stanowiska podał, że odwołujący zgodnie z tą wytyczną - pkt. 13.4 SIWZ -wprowadził brakujące roboty budowlane dotyczące robót ziemnych oraz wykonania balustrad. Obie te pozycje pominięte przez zamawiającego w tabeli elementów rozliczeniowych dla robót budowlanych pozostałych znajdują odzwierciedlenie w siwz i czynnościach do wykonania opisanych w dokumentacji zamówienia. Zatem zgodność treści oferty z siwz nie powinna budzić żadnych w tym zakresie wątpliwości i odrzucenie oferty z tego powodu jest błędem ustaleń komisji przetargowej i decyzji zamawiającego. Podnosi, że formułowany przez przystępującego zarzut o braku możliwości dokonywania zmian w wzorach formularzy nie znajduje odzwierciedlenia w postanowieniach siwz. Wskazuje na postanowienie pkt. 12.16 siwz cyt. –*„Wzory formularzy należy wypełnić ściśle według wskazówek określonych w SIWZ. Zamawiający nie dopuszcza dokonywania w treści załączonych formularzy jakichkolwiek zmian. W przypadku złożenia przez wykonawcę własnych formularzy ich treść musi być tożsama z treścią formularzy załączonych do niniejszej SIWZ”* z którego wynika, że zapis ten odnosi się do wyspecyfikowanych w tabeli elementów rozliczeniowych, a nie zaś do pojedynczych pozycji. Dlatego też wprowadzenie w ofercie odwołującego brakujących dodatkowych dwu pozycji dotyczących robót budowlanych zgodnie z wytyczną określoną dla sposobu obliczenia ceny ryczałtowej nie powoduje żadnych zmian w określeniu czy też w liczbie elementów rozliczeniowych objętych tabelą a wyłącznie stanowi wykonanie zaleceń zamawiającego.

W przedmiotowej sprawie nie nastąpiło wobec uznania zarzutów przez zamawiającego umorzenie postępowania, gdyż przystępujący po stronie zamawiającego złożył w trybie art. 186 ust. 4 ustawy Pzp sprzeciw. W złożonym sprzeciwie oraz na rozprawie przystępujący podtrzymał swoje stanowisko zawarte w przystąpieniu i podniósł kwestie o celowym wprowadzeniu nowych pozycji do tabeli

elementów rozliczeniowych, a tym samym o popełnieniu błędu a nie omyłki którą zamawiający może poprawić w trybie art. 87 ust.2 pkt.3 ustawy Pzp. Dodał, że zamawiający na etapie uznania odwołania definiuje w dowolny dla siebie sposób element rozliczeniowy w Tabelach elementów rozliczeniowych i takim zachowaniem zamawiający narusza art. 7 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez nierówne traktowanie wykonawców a szczególnie niezachowania obiektywizmu. Przystępujący na rozprawie wskazał, iż nie jest prawdą, że tabele elementów rozliczeniowych są jednocześnie kosztorysem i przedmiarem robót. Tabele służą odbiorom częściowym i wystawieniem za nie faktur. Powołuje na się na pkt. 18.3.2 i wskazuje, że tabele nie są dokumentem pomocniczym ale dokumentem określającym współpracę między zamawiającym a wykonawcą. Wskazuje, że zmiany w formularzach podanych w SIWZ o które wnosił odwołujący nie mogą mieć miejsca w sytuacji, gdy wykonawca dokonał zmiany pewnych pozycji, które nie są omyłką ale błędem odwołującego. Odwołujący dokonał w sposób świadomy zmiany tabel wbrew postanowieniom SIWZ.

**Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron postępowania i przystępującego wnoszącego sprzeciw, zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy ustaliła i zaważyła 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 przystępujący działający po wniesieniu sprzeciwu od uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania posiada interes w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Środki ochrony prawnej przysługują każdemu podmiotowi, którego interes w uzyskaniu zamówienia dozna lub choćby zagraża mu doznanie uszczerbku w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Odwołujący wnosząc przedmiotowe odwołanie w dostateczny sposób wykazał swój interes w złożeniu niniejszego środka ochrony prawnej w ponieważ złożona oferta jest z najniższą ceną i w przypadku uwzględnienia odwołania ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Natomiast przystępujący wykazał, że uwzględnienie odwołania może uniemożliwić mu realizację przedmiotu zamówienia.



Stan faktyczny sprawy podany przez uczestników postępowania jest klarowny i nie wymagał zdaniem Izby prowadzenia w zakresie objętym zarzutami odwołania i sprzeciwu, postępowania w celu dokonania dalszych ustaleń faktycznych.

**Izba uznaje wniesione odwołanie za zasadne i stwierdza wystąpienie przesłanek skutkujących jego uwzględnieniem.**

Zamawiający może dokonać odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy jedynie w sytuacji ustalenia w sposób nie budzący wątpliwości, że oferta wykonawcy nie zapewni realizacji zamierzonego i opisanego w siwz celu, a oferowane świadczenie nie odpowiada wyrażonym w treści siwz wymaganiom.

Treść oferty winna zawierać takie określenie przedmiotu zamówienia i ceny, aby można było zawrzeć umowę na przedmiot zamówienia opisany w SIWZ. To na zamawiającym, jako wywodzącym skutek prawny, w postaci odrzucenia oferty z twierdzenia o jej brakach, spoczywa ciężar udowodnienia faktu że oferta wykonawcy nie zapewni realizacji opisanego w siwz przedmiotu zamówienia. W okolicznościach sprawy brak jest podstaw do uznania, że oferta odwołującego uniemożliwia wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymogami siwz. Właśnie podnoszony przez zamawiającego w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty oraz przez przystępującego w przystąpieniu i sprzeciwie zarzut o sprzecznym z siwz dopisaniu przez odwołującego w tabeli elementów rozliczeniowych dwóch pozycji dotyczących robót ziemnych i wykonaniu barierek zewnętrznych ujętych w opisie przedmiotu zamówienia w siwz, powoduje sytuację, że właśnie to dopisanie pozwala na wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymogami zamawiającego. Potwierdza to zamawiający w swoim piśmie uwzględniającym odwołanie, stwierdzając że wykonawca szczegółowo zapoznał się z dokumentacją opisującą przedmiot zamówienia dostrzegając braki w tabeli przygotowanej przez zamawiającego - w pozycjach składających się na element rozliczeniowy, jakim są „Roboty budowlane pozostałe”. I tym samym wskazuje na poprawność merytoryczną oferty odwołującego.

Zgodnie z art. 36 ust.1 ustawy Pzp specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera postanowienia których niedochowanie powoduje obligatoryjnie negatywne skutki dla wykonawcy, jak i takie które pełnią jedynie rolę informacyjną / np. zawarte w pkt.1-4/ Różne są też konsekwencje niezachowanie w ofercie ustaleń zgodnych z postanowieniami siwz. Jednakże tylko stwierdzenie, że oferta zawiera braki skutkujące niemożliwością zrealizowania przedmiotu zamówienia zgodnie z określonymi w siwz warunkami może być podstawą jej odrzucenia jako niezgodnej z

siwz. /komentarz do ustawy prawo zamówień publicznych pod red.,St. Babiarsza wyd. z 2010r., str. 260/

Wobec powyższego Izba po analizie stanowiska odwołującego i przystępującego nie stwierdza aby przystępujący wykazał że oferta odwołującego zawiera braki merytoryczne uniemożliwiające zrealizowanie przedmiotu zamówienia. Zgłaszane nieścisłości co do ilości odbiorów częściowych i związanych z tym płatności faktur częściowych, a także dopisanie dwóch pozycji w tabeli elementów rozliczeniowych mają dla sprawy drugorzędne znaczenie niewpływające w jakikolwiek sposób na merytoryczną zgodność oferty z wymogami siwz. W przedmiotowej sprawie mogą one być oceniane jako niestaranność wykonawcy w sporządzeniu oferty, natomiast nie mają znaczenia co do zawartości merytorycznej oferty odnoszącej się do opisu przedmiotu zamówienia opisanego przez zamawiającego w siwz.

Opierając się również na jednolitej linii orzeczniczej Krajowej Izby Odwoławczej w zakresie objętym niniejszym odwołaniem, Izba stwierdza że zamawiający ma przez cały czas dokonywania oceny złożonej oferty stosować zasadę równego traktowania podmiotów, uczciwej konkurencji oraz staranności postępowania. Korzystając z tego prawa zamawiający nie może zaniechać pewnych czynności w wyniku których możliwe będzie ustalenie, że złożona oferta jest zgodna lub niezgodna z siwz. Dlatego nie może pozostawić żadnych elementów treści oferty do końca niewyjaśnionych. Jedynie merytoryczna ocena oferty i stwierdzenie „że w tym merytorycznym zakresie nie odpowiada ona treści siwz może doprowadzić do jej odrzucenia. W tym celu zamawiający winien dążyć do wyjaśnienia ewentualnej niezgodności oferty z treścią siwz wzywając wykonawcę do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust.1 ustawy, a następnie gdyby było to potrzebne winien poprawić stwierdzone na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp omyłki.

Z przepisu art. 87 ust.1 pzp nie wynika, aby zamawiający w każdej sytuacji wskazującej na wątpliwości co do zgodności oferty z siwz jest zobowiązany do występowania do wykonawcy z żądaniem złożenia wyjaśnień. Ustawodawca takiego wymogu nie zawarł, nie określił również katalogu spraw o których wyjaśnienie zamawiający winien zwracać się do wykonawcy. Tym samym pozostawił zamawiającemu swobodę w ustaleniu kiedy ma wątpliwości co do treści złożonej oferty. Z utrwalonej linii orzeczniczej KIO wynika „że zamawiający jest zobowiązany do wystąpienia z żądaniem złożenia wyjaśnień do wykonawcy, kiedy ich wystąpienie jest niewątpliwe , a więc w sytuacji kiedy zamawiający zamierza odrzucić złożoną

ofertę z powodu jej niezgodności z treścią siwz. Tak więc odrzucenie oferty z tego powodu winno być poprzedzone skierowaniem do wykonawcy żądania złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty. Zaniechanie przez zamawiającego tego trybu wyjaśniania wątpliwości odnoszących się do treści złożonej oferty winno być uznane za naruszenie przepisów postępowania / np. wyroki KIO 1327/09: 1443/09 /. Czynność odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp winno poprzedzić wezwanie do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 Pzp

Zamawiający wykonał czynność niezgodnie z powoływanym przez siebie przepisem, gdyż najpierw zamawiający winien uzyskać pewność co do treści oferty, a dopiero po tym, zgodnie z regułą należytej staranności, może zakwalifikować treść oferty, jako odpowiadającą albo nie odpowiadającą treści specyfikacji.

Jeśli zamawiający uzna, że złożone wyjaśnienia nie odpowiadają jego oczekiwaniom to może wtedy ofertę odrzucić. W przedmiotowym postępowaniu zamawiający nie dokonał tej czynności i ten powód przesądza o potrzebie uwzględnienia odwołania.

Odnosząc się do przyjętego wynagrodzenia ryczałtowego, Izba stwierdza, że wśród definicji legalnych, zawartych w art. 2 ustawy Pzp, brak jest definicji „ceny ryczałtowej” („wynagrodzenia ryczałtowego”), jednak przyjmuje się, że istotą tego rodzaju wynagrodzenia jest określenie tego wynagrodzenia z góry, bez przeprowadzania szczegółowej analizy kosztów wykonania przedmiotu zamówienia. Zgodnie z Wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 20.11.1998r. II CRN 913/97, ryczałt polega na umówieniu z góry wysokości wynagrodzenia w kwocie absolutnej, przy wyraźnej lub dorozumianej zgodzie stron na to, że wykonawca nie będzie domagać się wynagrodzenia wyższego. Izba wskazuje na stanowisko zaprezentowane w wyroku KIO 717/10 iż „w umowie na roboty budowlane przy ustaleniu wynagrodzenia umownego jako wynagrodzenia ryczałtowego, tabele rozliczeniowe i kosztorysy ofertowe pełnią jedynie charakter pomocniczy i informacyjny”, Izba uznaje że zmiana w ofercie polegająca na potrzebie wykonania większej ilości pozycji kosztorysu niż to zawarł w ofercie wykonawca nie ma wpływu na ważność oferty, a więc nie ma też wpływu na jej merytoryczną poprawność, stwierdza że zamawiający swoim postępowaniem naruszył przepisy art. 87 ust.1 i art. 89 ust.1 pkt.2 ustawy Pzp co miał wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Wobec powyższego Izba nakazała unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i unieważnieniu odrzucenia oferty odwołującego. Przy ponownej ocenie ofert zamawiający jeśli podtrzyma w wyniku ustaleń konieczność odrzucenia

oferty lub ofert winien wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty, a stanowiących wstępnie podstawę decyzji o jej odrzuceniu. Również po uzyskaniu stosowych wyjaśnień zamawiający podejmie decyzję co możliwości skorzystania z dyspozycji przepisu z art. 87 ust.2 pkt.3 ustawy. Niniejsze orzeczenie Izby nie dyskwalifikuje żadnej ze złożonych ofert , gdyż nadal będą podlegały ocenie zamawiającego.

Wobec powyższego Izba postanowiła jak na wstępie 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 i 2 ppkt. a i b) oraz § 5 ust.2 pkt.2 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** .....