

Sygn. akt: KIO 945/13

**WYROK**  
z dnia 10 maja 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący : Ryszard Tetzlaff**

**Protokolant: Paweł Nowosielski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 maja 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 kwietnia 2013 r. przez **ADS Music & Sport s. c., ul. Więckowskiego 98 lok 12, 90-758 Łódź** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Wróblew, Wróblew 15, 98-285 Wróblew**

**orzeka:**

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego, a w konsekwencji także wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego;**
- 2. kosztami postępowania obciąża Gminę Wróblew, Wróblew 15, 98-285 Wróblew i:**
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez ADS Music & Sport s. c., ul. Więckowskiego 98 lok 12, 90-758 Łódź tytułem wpisu od odwołania;**

- 2.2.** nakazuje dokonać wpłaty kwoty **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) przez **Gminę Wróblew, Wróblew 15, 98-285 Wróblew** na rzecz wykonawcy **ADS Music & Sport s. c., ul. Więckowskiego 98 lok 12, 90-758 Łódź** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Sieradzu.**

**Przewodniczący:**

.....

## Uzasadnienie

Postępowanie prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na: „Budowę boisk wielofunkcyjnych w Chartupii Wielkiej i Wągłczewie oraz placów zabaw we Wróblewie - w gminie Wróblew” (Nr sprawy: RIT 271.15.2013 RR), zostało wszczęte przez Gminę Wróblew, Wróblew 15, 98-285 Wróblew zwaną dalej: „Zamawiającym”, ogłoszeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych Nr 41287 – 2013, data zamieszczenia 19.03.2013 r.

W dniu 18.04.2013 r. (faxem) Zamawiający przekazał zawiadomienie o rozstrzygnięciu postępowania informując o wyborze oferty najkorzystniejszej Konsorcjum Firm: 1) CHEM TECH P..... K..... (Lider Konsorcjum); 2) CHEM TECH Z..... K..... (Członek Konsorcjum) z adresem dla siedziby lidera konsorcjum; ul. POW 36, 98-300 Wieluń zwany dalej: „Konsorcjum CHEM TECH” oraz odrzuceniu oferty ADS Music & Sport s. c., ul. Więckowskiego 98 lok 12, 90-758 Łódź zwanej dalej: „ADS Music & Sport s. c.” albo „Odwołującym” 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”. Zamawiający stwierdził, że z powodu błędów w przedstawionym kosztorysie nie jest możliwe obliczenie wynagrodzenia, które jest kosztorysowe i z tego powodu oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Wobec powyższego Wykonawca nie spełnił wymaganych warunków udziału w postępowaniu oraz oferta jest nie zgodna ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia zwaną dalej: „SIWZ”. Komisja Przetargowa uznała, że ta oferta nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, jej treść nie odpowiada treści SIWZ oraz podlega odrzuceniu.

W dniu 23.04.2013 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) ADS Music & Sport s. c. wniosła odwołanie na podstawie art. 182 ust. 2 pkt 4 Pzp od czynności Zamawiającego z dnia 18.04.2013 r. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 23.04.2013 r. (wpływ bezpośredni do Kancelarii Zamawiającego). Wnosił o:

- 1) jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego nie została zawarta - nakazanie wykonania lub powtórzenie czynności zamawiającego lub nakazanie unieważnienia czynności zamawiającego; albo
- 2) jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego została zawarta oraz zachodzi jedna z przesłanek, o których mowa w art. 146 ust. 1:
  - a) unieważnienie umowy; albo
  - b) unieważnienie umowy w zakresie zobowiązań niewykonanych i nałożenie kary finansowej

w uzasadnionych przypadkach, w szczególności gdy nie jest możliwy zwrot świadczeń spełnionych na podstawie umowy podlegającej unieważnieniu; albo

c) nałożenie kary finansowej albo orzeczenie o skróceniu okresu obowiązywania umowy w przypadku stwierdzenia, że utrzymanie umowy w mocy leży w ważnym interesie publicznym, w szczególności w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa; albo

3) jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego została zawarta w okolicznościach dopuszczonych w ustawie - stwierdzenie naruszenie przepisów ustawy.

Z treści doręzonego rozstrzygnięcia wynika, że oferta Odwołującego została odrzucona z powodu błędów w przedstawionym kosztorysie, które uniemożliwia obliczenie wynagrodzenia. W ocenie Odwołującego, Zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez odrzucenie oferty w sytuacji, gdy nie zachodziły ku temu przesłanki. Nadto stwierdził, iż jeżeli Zamawiający miał jakiegokolwiek wątpliwości co do treści oferty Odwołującego winien np. w trybie art. 87 Pzp zwrócić się do Odwołującego o udzielenie wyjaśnień jeżeli miał jakiegokolwiek wątpliwości w związku z przedłożonym kosztorysem prac, jednakże Zamawiający nie zdecydował się na taki krok. Postępowanie takie byłoby uzasadnione w szczególności ze względu na orzecznictwo. Przywołał wyrok z dnia 24.01.2012 r., sygn. akt: KIO 77/12 w zakresie niejednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia; innej omyłki; nieprawdziwej informacji, jak i wyrok z dnia 20.01.2012 r., sygn. akt: KIO 42/12 w zakresie poprawiania innych omyłek.

Mając na względzie kosztorys załączony do oferty złożonej w przetargu i jasno określoną cenę, nie zgodził się z takim rozstrzygnięciem, które w świetle złożonych przez Odwołującego w toku przetargu dokumentów jest niezgodne ze stanem faktycznym. Odwołującego bowiem jasno i przejrzysto, w sposób zrozumiały przedstawił wyliczenie ceny. Odwołującego w sposób precyzyjny opisał każdą z prac, które należy przeprowadzić, sporządzając w tym celu tabelę, w której wypisano nazwę każdej z prac, w następnej rubryce tabeli wpisana została suma niezbędnych jednostek, w następnej rubryce miara tychże jednostek, np. metry sześciennie, czy też metry kwadratowe, następna rubryka tabeli zawiera natomiast jednostkową cenę netto, a ostatnia pozycja tabeli wartość netto prac. Odwołującego następnie dokonał podsumowania ceny netto prac, przedstawił tę sumę, przedstawił w odrębnej rubryce stawkę podatku VAT i kwotę tegoż podatku, a także dokonał prawidłowego zsumowania tych kwot i podał cenę brutto. Ponadto, aby kosztorys był bardziej jasny i czytelny Odwołujący przedstawił ceny prac, dzieląc na mniejsze inwestycje, czyli na prace w Charlupi Wielkiej, Wąglczewie, Mały plac zabaw, duży plac zabaw. Nadto, co jeszcze raz Odwołujący podkreślił na końcu kosztorysu zawarł zsumowaną cenę prac. W tym stanie rzeczy stwierdził, że dokument ten został sporządzony przez Odwołującego w sposób nie nasuwający żadnych wątpliwości, w sposób bardzo czytelny, zrozumiały w formie tabeli sporządzonej za pomocą powszechnie w dzisiejszym świecie stosowanego

oprogramowania. Jednocześnie z daleko posuniętej ostrożności do niniejszego odwołania Odwołujący ponownie załączył sporządzony przez niego kosztorys, mimo że został on przez niego załączony do dokumentacji złożonej w przetargu. W tym stanie rzeczy stwierdził, że Zamawiający odrzucając ofertę skarżącego dokonał czynności niezgodnie z przepisami Pzp. Cena została bowiem prawidłowo i zrozumiale określona przez Odwołującego. Jednocześnie wskazał, iż cena ta jest niższa od ceny oferenta, który przetarg wygrał w sytuacji, gdy w ocenie Odwołującego, to cena zaoferowana przez Odwołującego była ceną najniższą. Mając natomiast na względzie, że kryterium wyboru oferty w 100 % była cena, oczywistym jest, że Odwołującego, gdyby jego oferta została oceniona w sposób prawidłowy i nie została odrzucona, wygrałby przetarg. W tym stanie rzeczy, w ocenie Odwołującego, jego odwołanie zasługuje w całości na uwzględnienie. Zamawiający bowiem naruszył przepis ustawy, co miało istotny wpływ na wynik postępowania. Oferta Odwołującego nie powinna być bowiem odrzucona, winna zostać uwzględniona w postępowaniu, a Odwołujący winien być w prawidłowo przeprowadzonym postępowaniu przetargowym uznany za wygrywającego przetarg i to z Odwołującym winna zostać zawarta umowa w celu wykonania zamówienia.

Zamawiający w dniu 24.04.2013 r. wezwał (faxem i e-mailem) w trybie art. 185 ust.1 Pzp uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym. Żadne przystąpienia nie miały miejsca.

Do otwarcia posiedzenia Zamawiający wobec wniesienia odwołania do Prezesa KIO nie wniosło na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedzi na odwołanie.

**Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, zapoznaniu się z postanowieniami SIWZ, odpowiedziami na pytania – pisma z dnia z dnia 22.03.2013 r., z dnia 27.03.2013 r., jak i 03.04.2013 r., zmianą SIWZ, wzoru umowy oraz przedmiarów robót z dnia 03.04.2013 r., ofertą Odwołującego oraz jej uzupełnieniem złożonym przed upływem terminu składania ofert, zawiadomieniem o odrzuceniu oferty Odwołującego, jak i wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 18.04.2013 r., odwołaniem, 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 zarzutu. 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.

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 945/13, postanowień SIWZ, odpowiedzi na pytania – pisma z dnia 22.03.2013 r., z dnia 27.03.2013 r., jak i 03.04.2013 r., zmiany SIWZ, wzoru umowy oraz przedmiarów robót z dnia 03.04.2013 r., oferty Odwołującego oraz jej uzupełnienia złożonych przed upływem terminu składania ofert, zawiadomienia o odrzuceniu oferty Odwołującego, jak i wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 18.04.2013 r. oraz odwołania.

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

Odnosnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp poprzez niezasadne odrzucenie oferty Odwołującego z powodu błędów w przedstawionym kosztorysie, które uniemożliwiają obliczenie wynagrodzenia, Izba uznała w/w zarzut za zasadny.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie przedmiotowych zarzutów:

W ramach Rozdz. III. Zamawiający przedstawił Opis przedmiotu zamówienia:

„ (...) 2. *Opis przedmiotu zamówienia:*

*Budowa boisk wielofunkcyjnych w Chartupi Wielkiej i Wąglczewie oraz placów zabaw we Wróblewie – w gminie Wróblew:*

*2.1. budowa boiska wielofunkcyjnego w Chartupi Wielkiej dz. nr 357*

*2.1.1. Przedmiotem zamówienia jest budowa boiska sportowego wielofunkcyjnego przeznaczonego do gry w koszykówkę i siatkówkę o nawierzchni poliuretanowej w miejscowości Chartupia Wielka gmina Wróblew.*

*2.1.2. Ogólne dane dotyczące przedmiotu zamówienia oraz lokalizacja:*

*- boisko wielofunkcyjne o nawierzchni poliuretanowej – 613,11 m<sup>2</sup>*

*- nawierzchnia z kostki betonowej gr. 6 cm – 168,09 m<sup>2</sup>*

*2.1.3. Zakres oraz wielkość robót:*

*a) roboty ziemne 714,960 m<sup>2</sup>*

*b) podbudowa boiska 613,11 m<sup>2</sup>*

*c) nawierzchnia poliuretanowa 613,11 m<sup>2</sup>*

*d) nawierzchnia z kostki betonowej 168,09 m<sup>2</sup>*

*e) dostawa i montaż zestawu słupów do siatkówki 1 kpl.*

*f) dostawa i montaż zestawu do koszykówki 2 kpl.*

*g) dostawa i montaż piłkochwyłów h = 6,00 m - 30,00 m*

h) dostawa i montaż ławek młodzieżowych 6 szt.

i) dostawa i montaż kosza na śmieci 2 szt.

j) tereny zielone 325,00 m<sup>2</sup>

## 2.2. budowa boiska wielofunkcyjnego w Wąglczewie 133/5

2.2.1. Przedmiotem zamówienia jest budowa boiska sportowego wielofunkcyjnego przeznaczonego do gry w koszykówkę i siatkówkę o nawierzchni poliuretanowej miejscowości Wąglczew gmina Wróblew.

2.2.2. Ogólne dane dotyczące przedmiotu zamówienia oraz lokalizacja:

- boisko wielofunkcyjne o nawierzchni poliuretanowej – 613,11 m<sup>2</sup>

- nawierzchnia z kostki betonowej gr. 6 cm – 101,85 m<sup>2</sup>

2.2.3. Zakres oraz wielkość robót:

a) roboty ziemne 714,960 m<sup>2</sup>

b) podbudowa boiska 613,11 m<sup>2</sup>

c) nawierzchnia poliuretanowa 613,11 m<sup>2</sup>

d) nawierzchnia z kostki betonowej 101,85 m<sup>2</sup>

e) dostawa i montaż zestawu słupów do siatkówki 1 kpl.

f) dostawa i montaż zestawu do koszykówki 2 kpl.

g) dostawa i montaż piłkochwyłów h = 6,00 m - 30,00 m

h) dostawa i montaż ławek młodzieżowych 6 szt.

i) dostawa i montaż kosza na śmieci 2 szt.

j) tereny zielone 325,00

## 2.3. budowa placu zabaw Zespół Szkół Wróblew dz. nr 249

2.3.1. Przedmiotem zamówienia jest budowa placu zabaw dla dzieci i młodzieży przy Zespole Szkół we Wróblewie. Plac zabaw służyć będzie dzieciom uczącym się w szkole oraz lokalnej społeczności.

2.3.2. Ogólne dane dotyczące przedmiotu zamówienia oraz lokalizacja:

Na program użytkowy składa się z części zabawowej oraz z części dla opiekuna dzieci (powierzchnia utwardzona)

- nawierzchnia piaskowa pod plac zabaw 376,85 m<sup>2</sup>

- nawierzchnia z kostki betonowej gr. 6 cm – 36,00 m<sup>2</sup>

2.3.3. Zakres oraz wielkość oraz wielkość robót:

a) roboty ziemne 684,00 m<sup>2</sup>

b) podłoże żwirowo – piaskowe placu zabaw 376,85 m<sup>2</sup>

c) nawierzchnia z kostki betonowej 36,00 m<sup>2</sup>

d) wyposażenie placów zabaw (2.3.4. Elementy wyposażenia placu zabaw wg projektu )

e) ogrodzenie placów zabaw 110,00 m

f) tereny zielone 364,75 m<sup>2</sup>

#### 2.3.4. ELEMENTY WYPOSAŻENIA PLACU ZABAW

- 1) HUŚTAWKA POJEDYŃCZA – STANDARD lub równoważny - 1 szt.
- 2) KARUZELA „MACIEK” – CLASIC lub równoważny - 1 szt.
- 3) HUŚTAWKA WAGOWA – CLASIC lub równoważny - 1 szt.
- 4) ŁAWKA PARKOWA – CLASIC lub równoważny - 6 szt.
- 5) SPRĘŻYNOWIEC „PIES” – PREMIUM lub równoważny - 1 szt.
- 6) KARUZELA PODWÓJNA – STANDARD lub równoważny - 1 szt.
- 7) KARUZELA „TOLA” – CLASSIC lub równoważny - 1 szt.
- 8) ZESTAW ZABAWOWY ANTEK – STANDARD lub równoważny - 1 szt.
- 9) SPRĘŻYNOWIEC „KWIAT” – PREMIUM lub równoważny - 1 szt.
- 10) ZESTAW ZABAWOWY „EWA D” – STANDARD lub równoważny - 1 szt.
- 11) TABLICA DO RYSOWANIA – STANDARD lub równoważny - 1 szt.
- 12) TABLICA REGULAMINOWA METALOWA lub równoważny - 1 szt.
- 13) KOSZ NA ŚMIECI METALOWY – STANDARD lub równoważny - 1 szt.

#### 2.4. budowa placu zabaw dz. nr 36

2.4.1. Przedmiotem zamówienia jest budowa placu zabaw dla dzieci i młodzieży. Plac zabaw służyć będzie lokalnej społeczności.

2.4.2. Ogólne dane dotyczące przedmiotu zamówienia oraz lokalizacja:

Na program użytkowy składa się z części zabawowej oraz z części dla opiekuna dzieci (powierzchnia utwardzona)

- nawierzchnia piaskowa pod plac zabaw 529,24 m<sup>2</sup>
- nawierzchnia z kostki betonowej gr. 6 cm – 60,75 m<sup>2</sup>

2.4.3. Zakres oraz wielkość oraz wielkość robót:

- a) roboty ziemne i przygotowawcze 750,00 m<sup>2</sup>
- b) podłoże żwirowo – piaskowe placu zabaw 529,24 m<sup>2</sup>
- c) nawierzchnia z kostki betonowej 60,75 m<sup>2</sup>
- d) wyposażenie placów zabaw (2.4.4. Elementy wyposażenia placu zabaw)
- e) ogrodzenie placów zabaw z paneli stalowych 142,00 m
- f) tereny zielone 245,81 m<sup>2</sup>

#### 2.4.4. ELEMENTY WYPOSAŻENIA PLACU ZABAW

- 1) HUŚTAWKA PODWÓJNA – STANDARD lub równoważny - 1 szt.
- 2) RÓWNOWAŻNIA STANDARD lub równoważny - 1 szt.
- 3) KARUZELA „DANIEL” CLASIC lub równoważny - 1 szt.
- 4) SPRĘŻYNOWIEC „PIES” lub równoważny - 1 szt.
- 5) KOSZ NA ŚMIECI METALOWY – STANDARD lub równoważny - 2 szt.
- 6) TABLICA REGULAMINOWA METALOWA lub równoważny - 1 szt.
- 7) ŁAWKA BETONOWA lub równoważny- 4 szt.



2.5. Szczegółowy zakres pracy określają dokumentacja projektowa i specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót budowlanych. (...)"

Z kolei Zamawiający określił w Rozdz. XII. Opis sposobu obliczenia ceny: „Cena oferty uwzględnia wszystkie zobowiązania, musi być podana w PLN cyfrowo i słownie, z wyodrębnieniem należnego podatku VAT - jeżeli występuje.

Cena podana w ofercie winna obejmować wszystkie koszty i składniki związane z wykonaniem zamówienia oraz warunkami stawianymi przez zamawiającego.

Cena może być tylko jedna za oferowany przedmiot zamówienia, nie dopuszcza się wariantowości cen.

Cena nie ulega zmianie przez okres ważności oferty (związania ofertą).

Cenę za wykonanie przedmiotu zamówienia należy wyliczyć w kosztorysie ofertowym stanowiącym załącznik do niniejszej specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a następnie tak obliczoną cenę przenieść do „Formularza ofertowego”.

Wykonawca opisów poszczególnych pozycji przedmiaru robót nie powinien traktować jako ostatecznie wymagania dla danych robót. Nawet, jeżeli w przedmiarze robót tego nie podano, wykonawca winien przyjmować, że roboty ujęte w danej pozycji muszą być wykonane według:

- opisów i rysunków składających się na dokumentację projektową,
- specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych,
- obowiązujących przepisów umowy lub projektu umowy.

Jeżeli w opisie pozycji przedmiaru robót nie uwzględniono pewnych czynności czy robót tymczasowych związanych z wykonaniem danej roboty danej roboty budowlanej (np. odwadniania wykopów, wykonania dróg montażowych, wykonywania, montażu i demontażu deskowań, pielęgnowania betonu i wszelkich innych prac pomocniczych na placu budowy i na stanowiskach roboczych), to koszty tych czynności i robót powinny być przez wykonawcę uwzględnione w cenie określonej dla danej pozycji lub rozrzucone na wszystkie pozycje poprzez ujęcie ich w kosztach ogólnych budowy. Pozycje w przedmiarze robót z reguły tworzone są dla tych robót, które stanowią wyodrębnione z obiektu samodzielnie pod względem technicznym całości i które podlegają oddzielnym odbiorom przez zamawiającego.

Wykonawca, bez uprzedniej zgody zamawiającego, nie może dodawać dodatkowych pozycji do przedmiaru robót, zmieniać kolejności pozycji lub ich opisu. Jeżeli w przedmiarze robót nie uwzględniono pewnych robót uwidocznionych w przekazanej wykonawcy dokumentacji projektowej, to wycenienie kosztów tych robót w kosztorysie ofertowym może nastąpić jedynie za zgodą zamawiającego i w miejscu przez niego wskazanym. Wykonawca nie może również samodzielnie zmieniać ilości robót określonych w poszczególnych pozycjach przedmiaru robót. Ilość robót w przypadku rozliczenia kosztorysowego nie są

ostateczne i zostały podane po to, aby dać wykonawcom wspólną podstawę dla sporządzenia ofert.” .

W toku udzielonych odpowiedzi na zadane pytania – pismami z dnia z dnia 22.03.2013 r., z dnia 27.03.2013 r., jak i 03.04.2013 r. Zamawiający przekazał informacje odnośnie Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót oraz konkretnych pozycji przedmiarów /kosztorysów inwestorskich/. Nadto, na skutek udzielonych odpowiedzi w dniu 03.04.2013 r. zmieniono opis przedmiotu zamówienia tak w SIWZ, jak i we wzorze umowy wraz z przedmiarami, Stwierdzając, że: „Zmienia się przedmiot zamówienia SIWZ:

*W pkt. III. Opis przedmiotu zamówienia pkt. 2.*

*Budowa boisk wielofunkcyjnych w Chartupiu Wielkiej i Wąglczewie oraz placów zabaw we Wróblewie - w gminie Wróblew:*

*2.1. budowa boiska wielofunkcyjnego w Chartupiu Wielkiej dz. nr 357*

*2.1.1. Przedmiotem zamówienia jest budowa boiska sportowego wielofunkcyjnego przeznaczonego do gry w koszykówkę i siatkówkę o nawierzchni poliuretanowej w miejscowości Chartupia Wielka gmina Wróblew.*

*2.1.2. Ogólne dane dotyczące przedmiotu zamówienia oraz lokalizacja:*

*- boisko wielofunkcyjne o nawierzchni poliuretanowej - 613,11 m<sup>2</sup>*

*- nawierzchnia z kostki betonowej gr. 6 cm - 101,85 m<sup>2</sup>*

*2.1.3. Zakres oraz wielkość robót:*

*a) roboty ziemne 714,960 m<sup>2</sup>*

*b) podbudowa boiska 613,11 m<sup>2</sup>*

*c) nawierzchnia poliuretanowa 613,11 m<sup>2</sup>*

*d) nawierzchnia z kostki betonowej 101,85 m<sup>2</sup>*

*e) dostawa i montaż zestawu słupów do siatkówki 1 kpl.*

*f) dostawa i montaż zestawu do koszykówki 2 kpl.*

*g) dostawa i montaż piłkochwyłów h = 6,00 m - 30,00 m*

*h) dostawa i montaż ławek młodzieżowych 6 szt.*

*i) dostawa i montaż kosza na śmieci 2 szt.*

*j) tereny zielone 325,00 m<sup>2</sup>*

*2.2. budowa boiska wielofunkcyjnego w Wąglczewie 133/5*

*2.2.1. Przedmiotem zamówienia jest budowa boiska sportowego wielofunkcyjnego przeznaczonego do gry w koszykówkę i siatkówkę o nawierzchni poliuretanowej miejscowości Wąglczew gmina Wróblew.*

*2.2.2. Ogólne dane dotyczące przedmiotu zamówienia oraz lokalizacja:*

*- boisko wielofunkcyjne o nawierzchni poliuretanowej - 613,11 m<sup>2</sup>*

*- nawierzchnia z kostki betonowej gr. 6 cm - 146,85 m<sup>2</sup>*

*2.2.3. Zakres oraz wielkość robót:*

- a) roboty ziemne 714,960 m<sup>2</sup>
- b) podbudowa boiska 613,11 m<sup>2</sup>
- c) nawierzchnia poliuretanowa 613,11 m<sup>2</sup>
- d) nawierzchnia z kostki betonowej 146,85 m<sup>2</sup>
- e) dostawa i montaż zestawu słupów do siatkówki 1 kpl.
- f) dostawa i montaż zestawu do koszykówki 2 kpl.
- g) dostawa i montaż piłkochwyłów h = 6,00 m - 30,00 m
- h) dostawa i montaż ławek młodzieżowych 6 szt.
- i) dostawa i montaż kosza na śmieci 2 szt.
- j) tereny zielone 325,00

### 2.3. budowa placu zabaw Zespół Szkół Wróblew dz. nr 249

2.3.1. Przedmiotem zamówienia jest budowa placu zabaw dla dzieci i młodzieży przy Zespole Szkół we Wróblewie. Plac zabaw służyć będzie dzieciom uczącym się w szkole oraz lokalnej społeczności.

#### 2.3.2. Ogólne dane dotyczące przedmiotu zamówienia oraz lokalizacja:

Na program użytkowy składa się z części zabawowej oraz z części dla opiekuna dzieci (powierzchnia utwardzona)

- nawierzchnia piaskowa pod plac zabaw 599,00 m<sup>2</sup>
- nawierzchnia z kostki betonowej gr. 6 cm - 85,00 m<sup>2</sup>

#### 2.3.3. Zakres oraz wielkość oraz wielkość robót:

- a) roboty ziemne 684,00 m<sup>2</sup>
- b) podłoże żwirowo - piaskowe placu zabaw 599,00 m<sup>2</sup>
- c) nawierzchnia z kostki betonowej 85,00 m<sup>2</sup>
- d) wyposażenie placów zabaw (2.3.4. Elementy wyposażenia placu zabaw wg projektu )
- e) ogrodzenie placów zabaw 110,00 m
- f) furtka ogrodzeniowa 1,20 x 1,50 m 1 szt.
- g) tereny zielone 112,75 m<sup>2</sup>

#### 2.3.4. ELEMENTY WYPOSAŻENIA PLACU ZABAW

- 1) HUŚTAWKA POJEDYNCZA - CLASSIC lub równoważny - 1 szt.
- 2) KARUZELA „MACIEK” - CLASIC lub równoważny - 1 szt.
- 3) HUŚTAWKA WAGOWA-CLASIC lub równoważny - 1 szt.
- 4) ŁAWKA PARKOWA-CLASIC lub równoważny - 6 szt.
- 5) SPRĘŻYNOWIEC „PIES”-PREMIUM lub równoważny - 1 szt.
- 6) HUŚTAWKA PODWÓJNA - CLASSIC lub równoważny - 1 szt.
- 7) KARUZELA „TOLA” - CLASSIC lub równoważny - 1 szt.
- 8) ZESTAW ZABAWOWY ANTEK - CLASSIC lub równoważny - 1 szt.
- 9) SPRĘŻYNOWIEC „KWIAT” - PREMIUM lub równoważny - 1 szt.

- 10) ZESTAW ZABAWOWY „EWA D” - CLASSIC lub równoważny - 1 szt.
- 11) TABLICA DO RYSOWANIA - CLASSIC lub równoważny - 1 szt.
- 12) TABLICA REGULAMINOWA METALOWA lub równoważny - 1 szt.
- 13) KOSZ NA ŚMIECI METALOWY - STANDARD lub równoważny - 6 szt.

#### 2.4. budowa placu zabaw dz. nr 36

2.4.1. Przedmiotem zamówienia jest budowa placu zabaw dla dzieci i młodzieży. Plac zabaw służyć będzie lokalnej społeczności.

#### 2.4.2. Ogólne dane dotyczące przedmiotu zamówienia oraz lokalizacja:

Na program użytkowy składa się z części zabawowej oraz z części dla opiekuna dzieci (powierzchnia utwardzona)

- nawierzchnia piaskowa pod plac zabaw 287,88 m<sup>2</sup>
- nawierzchnia z kostki betonowej gr. 6 cm - 60,75 m<sup>2</sup>

#### 2.4.3. Zakres oraz wielkość oraz wielkość robót:

- a) roboty ziemne i przygotowawcze 750,00 m<sup>2</sup>
- b) podłoże żwirowo - piaskowe placu zabaw 287,88 m<sup>2</sup>
- c) nawierzchnia z kostki betonowej 60,75 m<sup>2</sup>
- d) wyposażenie placów zabaw (2.4.4. Elementy wyposażenia placu zabaw)
- e) ogrodzenie placów zabaw z paneli stalowych 150,55 m
- f) Furtka ogrodzeniowa 1,20 x 1,10 m 1 szt.
- g) Brama ogrodzeniowa 2,50 x 1,10 m 1 szt.
- h) tereny zielone 757,76 m<sup>2</sup>

#### 2.4.4. ELEMENTY WYPOSAŻENIA PLACU ZABAW

- 1) HUŚTAWKA PODWÓJNA - CLASSIC lub równoważny - 1 szt.
- 2) RÓWNOWAŻNIA CLASSIC lub równoważny - 1 szt.
- 3) KARUZELA „DANIEL” CLASSIC lub równoważny - 1 szt.
- 4) SPREŻYNOWIEC „PIES” lub równoważny - 1 szt.
- 5) KOSZ NA ŚMIECI METALOWY - STANDARD lub równoważny - 2 szt.
- 6) TABLICA REGULAMINOWA METALOWA lub równoważny - 1 szt.
- 7) ŁAWKA BETONOWA lub równoważny - 4 szt.

2.5. Szczegółowy zakres pracy określają dokumentacja projektowa i specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót budowlanych.

W związku z powyższym zmienia się przedmiar - załączony przedmiar na stronie z datą 3.04.2013 r. oraz dodaje się TABELĘ RÓWNOWAŻNOŚCI dot. placów zabaw (załącznik do dokumentacji projektowo - kosztorysowej).

Zmienia się zapis w umowie - przedmiot zamówienia w § 2

Zamawiający informuje, że pytania oraz odpowiedzi na nie stają się integralną częścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia i będą wiążące przy składaniu ofert.”.

Odwołujący w ramach postępowania przetargowego złożył ofertę z dnia 02.04.2013 r. oraz jej uzupełnienie z dnia 08.04.2013 r. (przed terminem składania ofert przypadającym 09.04.2013 r.) wraz z formularzem ofertowym na wartość: 448.752,01 netto PLN, podatek VAT: 103.2012, 96 PLN, 551.964,97 brutto PLN, jak i kosztorysem ofertowym (4 strony) na następujące zadania: Charlupia Wielka, Wąglczew, mały i duży plac zabaw.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

W pierwszej kolejności, Izba odniesie się do zarzutu odwołania naruszenia art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp wynikającego z przyjętego przez Zamawiającego poziomu ogólności, co do powodów odrzucenia oferty Odwołującego: „z powodów błędów w przedstawionym kosztorysie, które uniemożliwiają obliczenie wynagrodzenia”. W ocenie Izby, biorąc pod uwagę wskazany powyżej i przyjęty przez Zamawiającego poziom ogólności powodów odrzucenia oferty Odwołującego, uznać należy, że przedstawiony kosztorys jest czytelny i jednoznaczny, a zarazem umożliwia obliczenie wynagrodzenia tak jak wskazywał w odwołaniu oraz na rozprawie Odwołujący. Pozwala obliczyć wynagrodzenie takie, jak zostało następnie wskazane w formularzu ofertowym przez Odwołującego. W tym zakresie zarzut został potwierdzony.

W następnej kolejności, należy z całą stanowczością podkreślić, że zupełnie inną kwestią jest to co miało miejsce ze strony Zamawiającego na rozprawie. Izba stwierdziła, że przedstawione przez Zamawiającego dopiero w trakcie rozprawy okoliczności (przywołane w protokole rozprawy), które w jego ocenie świadczyły o niezgodności oferty Odwołującego z SIWZ (czyli były faktyczną podstawą do odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp), nie zostały zakomunikowane Odwołującemu jako przyczyna odrzucenia jego oferty. Tymczasem obowiązkiem Zamawiającego, wynikającym z art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp jest podanie pełnego uzasadnienia faktycznego rozstrzygnięcia w przedmiocie odrzucenia oferty. Konsekwencją uchybienia Zamawiającego jego ustawowemu obowiązkowi było to, że Odwołujący nie mógł sformułować zarzutów w odwołaniu wobec ww. domniemanej przyczyny odrzucenia, która została mu zakomunikowana dopiero w trakcie rozprawy. Tudzież ewentualnie zupełnie zrezygnować, że składania środka ochrony prawnej. Powyższe naraża Odwołującego również na koszty związane z postępowaniem odwoławczym w sytuacji składania bezprzedmiotowego odwołania. W dalszej zaś kolejności skutkiem braku zarzutów w odwołaniu była niemożność rozpoznania ich przez Izbę, a to na zasadzie art. 192 ust. 7 Pzp, zgodnie z którym Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Przepis art. 192 ust. 7 Pzp ma podwójne znaczenie, nie tylko chroni Zamawiającego przed podnoszeniem na rozprawie przez wykonawcę nowych zarzutów, które nie znalazły się w odwołaniu, ale i stanowi przeszkodę merytorycznego rozpoznania zasadności odrzucenia oferty z powodów nieznanymi wykonawcy. W celu

potwierdzenia stanowiska Izby należy przywołać orzeczenie Trybunału Sprawiedliwości, który zajął stanowisko, iż termin do wniesienia odwołania biegnie dopiero wtedy gdy wykonawca mógł zapoznać się nie tylko z rozstrzygnięciem postępowania ale i jego motywami (por. Wyrok Trybunału (trzecia izba) z dnia 28 stycznia 2010 r. wydany w sprawie Uniplex (UK) Ltd przeciwko NHS Business Services Authority, sygn. akt C 406/08), w którym wyrażono stanowisko, iż *fakt, że kandydat lub oferent dowiaduje się, że jego kandydatura lub oferta zostały odrzucone, nie pozwala mu na skuteczne wniesienie odwołania. Takie informacje nie są wystarczające, aby umożliwić kandydatowi lub oferentowi wykrycie wystąpienia naruszenia prawa, które może być przedmiotem odwołania. Wyłącznie po poinformowaniu zainteresowanego kandydata lub oferenta o motywach wykluczenia go z postępowania o udzielenie zamówienia, może on nabrać wyraźnego przekonania co do wystąpienia ewentualnego naruszenia obowiązujących przepisów, jak też co do możliwości wniesienia odwołania.*

Przyjęcie poglądu przeciwnego i orzeczenie o zasadności wskazanych dopiero w trakcie rozprawy innych powodach odrzucenia oferty Odwołującego nastąpiłoby z naruszeniem prawa wykonawcy do wniesienia odwołania w terminie wynikającym z art. 182 ust. 1 pkt 2 Pzp, ograniczając ten termin zaledwie do czasu pomiędzy otrzymaniem np. odpowiedzi na odwołanie, a wyrokowaniem (w tym stanie faktycznym niniejsze zarzuty podano dopiero na rozprawie). Wiązałoby się to z faktycznym pozbawieniem wykonawcy prawa do skorzystania ze środka ochrony prawnej. W konsekwencji Izba przy wyrokowaniu pominęła argumentację Zamawiającego dotyczącą szczegółowej faktycznej podstawy do odrzucenia oferty Odwołującego zakomunikowaną dopiero w trakcie rozprawy i nie odniosła się zupełnie do niej. Uznając, że jeżeli Zamawiający dalej ją popiera, winien stosownie przedstawić ją w toku powtórzonej czynności, dając możliwość Odwołującemu ewentualnego złożenia, tudzież rezygnacji ze środka ochrony prawnej. Izba przyjęła powyższe stanowisko za wyrokiem KIO z dnia 07.02.2013 r., sygn. akt: KIO 135/13, nadto wzięła po uwagę również wyrok KIO z dnia 30.01.2013 r., sygn. akt: KIO 101/13, tudzież wyrok KIO z dnia 15.02.2013 r., sygn. akt: KIO 192/13.

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 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 według norm przepisanych nie może zaliczyć kosztów wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego, z uwagi na nie przedłożenie do akt sprawy rachunku będącego podstawą zaliczenia m.in. wynagrodzenia pełnomocnika do kosztów postępowania (§ 3 pkt 2 lit. b w/w rozporządzenia).

**Przewodniczący:**

.....