

Sygn. akt: KIO/UZP 446/10

**WYROK**

z dnia 14 kwietnia 2010r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** Honorata Łopianowska

**Członkowie:** Luiza Łamejko  
Jolanta Markowska

**Protokolant:** Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 kwietnia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe "Hydromel" Sp. z o.o., "Roto-Pol" Tomasz Cichecki, 98-200 Sieradz, ul. Zakładników 17/19** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gmina Pątnów, 98-335 Pątnów, Pątnów 48** protestu z dnia 5 marca 2009 r.

przy udziale wykonawcy **"KB-instalacje" Krzysztof Bobrowski, 91-336 Łódź, ul. Gliniana 65** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu Gminie Pątnów unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty oraz ponowną ocenę i badanie ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego;**
2. **kosztami postępowania obciąża Gmina Pątnów, 98-335 Pątnów, Pątnów 48**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 444 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Handlowo-Uslugowe "Hydromel" Sp. z o.o., "Roto-Pol" Tomasz Cichecki, 98-200 Sieradz, ul. Zakładników 17/19,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 8 044 zł 00 gr (słownie: osiem tysięcy czterdzieści cztery złote zero groszy) przez **Gmina Pątnów, 98-335 Pątnów, Pątnów 48** na rzecz **Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Handlowo-Uslugowe "Hydromel" Sp. z o.o., "Roto-Pol" Tomasz Cichecki, 98-200 Sieradz, ul. Zakładników 17/19** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać zwrotu kwoty 5 556 zł 00 gr (słownie: pięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Handlowo-Uslugowe "Hydromel" Sp. z o.o., "Roto-Pol" Tomasz Cichecki, 98-200 Sieradz, ul. Zakładników 17/19.**

#### U z a s a d n i e n i e

Zamawiający – Gmina Pątnów prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego na „Rozbudowę gminnego systemu wodociągowego gminy Pątnów - etap I oraz budowę przydomowych oczyszczalni ścieków na terenie gminy Pątnów”, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 7 stycznia 2010 pod pozycją nr: 4603-2010.

W prowadzonym postępowaniu Zamawiający w dniu 2 marca 2010r. dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez KB-INSTALACJE Krzysztof Bobrowski a także odrzucenia ofert Odwołującego. W uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego

wskazano, że w załączonym do oferty kosztorysie ofertowym dotyczącym przydomowych oczyszczalni ścieków nie uwzględniono wyposażenia osadników odpowiednio w trzy lub cztery nadbudowy z pokrywami i nadstawkami w ilości 54 szt. kompletów na kwotę 18.887,00 zł, a także w poz. 120 *sieci wodociągowe – montaż rurociągów z rur polietylenowych* o śr. zewn. 40 mm wskazano ilość 156 m, podczas gdy powinno być 554,25m; w poz. 189 *Rury z PE o śr. Zewn. 110 mm* wskazano ilość 40 połączeń, podczas gdy powinno być 44,4 połączeń; w poz. 246 *Kształtki z PVC ciśnieniowe łączone na klej o śr. zewn. rury 110 mm* - wskazano ilość 1 szt, podczas gdy powinno być 7 szt; w dziale 4,5 brak pozycji *Drabiny zewnętrzne z kablakami ze stali O1118N9 – 140,25 kg, ilość 5,30 m*; w dziale 6.1 brak pozycji *Zarobienie na sucho końca kabla 5- żyłowego o przekroju żył do 50 mm<sup>2</sup> na napięcie do 1 kV o izolacji i powłoce z tworzyw sztucznych, ilość 4 szt.* Zamawiający argumentował, że brak było podstaw do uznania ważności zmiany aprobaty technicznej AT/2008-08-0214/A1 dotyczącej osadników gnilnych z polietylenu WOBET-HYDRET, która to zmiana ma wynikać z pisma Odwołującego ZN/AT-4/8/2010 z dnia 17 lutego 2010r.

Na powyższą czynność Zamawiającego w dniu 5 marca 2010r. protest wniosło Konsorcjum firm „ROTO-POL” Tomasz Cichecki z Woli Grzymkowej i Przedsiębiorstwa Handlowo-Usługowego „HYDROMEL” Sp. z o.o. w Sieradzu, zarzucając:

- 1) w zakresie odrzucenia oferty - rażąco naruszenia:
  - a) art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 Prawa zamówień publicznych - poprzez odrzucenie oferty z uwagi na przedłożenie kosztorysu ofertowego nie zawierającego wpisów w niektórych jego pozycjach, które w rzeczywistości dwukrotnie dotyczyły tych samych elementów kalkulacyjnych, pomimo iż za wykonanie zamówienia publicznego, którego zakres został określony przez zamawiającego dokumentacją projektową należeć się miało wynagrodzenie ryczałtowe,
  - b) art. 26 ust. 3 in fine oraz art. 25 Prawa zamówień publicznych - poprzez nieuwzględnienie złożonych poprawek do aprobaty technicznej wystawionej przez Instytut Ochrony Środowiska w dniu 17 lutego 2010 r., to jest na dzień przed upływem terminu do składania ofert i to w sytuacji, gdy w ogóle nie żądano w SIWZ ani w ogłoszeniu o zamówieniu złożenia wraz z ofertą aprobat technicznych;
  - c) art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 1 Prawa zamówień publicznych - poprzez bezpodstawne odrzucenie złożonej przez Konsorcjum, zawierającej zdaniem Zamawiającego, rażąco niską cenę przy jednoczesnym niezastosowaniu przez Zamawiającego trybu postępowania określonego w art. 90 ust. 1 Prawa zamówień publicznych,

d) art. 89 ust. 1 pkt 6 Prawa zamówień publicznych - poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty, zawierającej zdaniem Zamawiającego błędy w obliczeniu oceny, których to błędów Zamawiający nawet nie wskazał.

2) W zakresie wyboru przez Zamawiającego oferty KB-INSTALACJE Krzysztof Bobrowski, to jest wykonawcy nie spełniającego warunków udziału w tym postępowaniu o zamówienie publiczne, to jest pkt 6 ppkt 3) ogłoszenia o zamówieniu. Zdaniem Protestującego, wykonawca nie spełnił wymogu wykonania jednego zadania odpowiadającego swoim rodzajem robotom budowlanym w zakresie budowy wodociągów i kanalizacji o wartości 1.000.000 zł brutto, zrealizowanego w ciągu jednego roku i który w związku z tym winien zostać wykluczony z postępowania naruszał art. 24 ust. 1 pkt 10 Prawa zamówień publicznych. W celu udowodnienia powyższego zarzutu wniesiono o przeprowadzenie dowodu z załączonego do niniejszego protestu faksu PORR (POLSKA) SA dotyczącego zakresu robót wykonanych przez KB-INSTALACJE Krzysztof Bobrowski wskazanych w referencji wystawionej przez tą firmę w dniu 19 sierpnia 2009 r.

W oparciu o powyższe zarzuty wniósł Protestujący o dokonanie ponownego badania i oceny ofert oraz o unieważnienie odrzucenia oferty złożonej przez protestującego a także o unieważnienie wyboru oferty KB-INSTALACJE Krzysztof Bobrowski.

Zamawiający w dniu 10 marca 2010r. oddalił protest Odwołującego (pismo w tym przedmiocie Odwołujący otrzymał w dniu 11 marca 2010r.), w uzasadnieniu wskazując, że zgodnie z SIWZ pkt 10.4., podstawą opracowania kosztorysu ofertowego jest dokumentacja projektowa, przedmiar robót, Specyfikacja Techniczna Wykonania i Odbioru Robót, wytyczne i zalecenia określone w niniejszej Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz wnioski wynikłe po dokonanej wizji lokalnej w miejscu wykonywania robót budowlanych.

Wskazał Zamawiający, że zgodnie z SIWZ pkt 10.3. cena podana w ofercie powinna obejmować wszystkie koszty i składniki związane z wykonaniem zamówienia. Stwierdził Zamawiający, że treść oferty Odwołującego nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wskazana niezgodność wynika z tego, że w kosztorysie ofertowym załączonym do oferty i stanowiącym jej integralną część, przyjęto do wyceny inny typ osadnika gnilnego - z dwoma nadstawkami i pokrywami anizeli określony w SIWZ oraz

zaniechano uwzględnienia w kosztorysie 56 pozycji wyszczególnionych w przedmiarze robót, tj.:

- nadbudowy z pokrywami i nadstawkami w ilości 54 szt. kompletów na kwotę 18 887,00 zł, zestawienie pominiętych pozycji;
- w dziale 4.5 brak pozycji Drabiny zewnętrzne z kablakami ze stali OH18N9 - ok. 140,25 kg, ilość 5,30 m;
- w dziale 6.1 brak pozycji *Zarobienie na suchu końca kabla 5-żyłowego o przekroju żył do 50 mm<sup>2</sup> na napięcie do 1 kV o izolacji i powłoce z tworzyw sztucznych*, ilość 4 szt.

Podkreślił Zamawiający, iż pomimo pisemnego zapytania PHU HYDROMEL w brzmieniu: „czy osadniki gnilne trzy i czterokomorowe wyposażyć odpowiednio w trzy lub cztery nadbudowy z pokrywami?” i udzielonej odpowiedzi przez Zamawiającego w brzmieniu: „Zgodnie z STWiOR pkt 11.B.7 cyt.: „Osadnik gnilny należy wyposażyć w nadbudowy włazów technicznych i dostosować pokrywy do rzędnej otaczającego terenu. Zamawiający wymaga aby każda komora osadnika gnilnego posiadała własną nadbudowę z pokrywą ułatwiającą dostęp do komory osadnika. Osadniki gnilne trzy i czterokomorowe należy wyposażyć odpowiednio w trzy lub cztery nadbudowy z pokrywami i nadstawkami”. Konsorcjum nie dokonało właściwej wyceny kosztów zgodnie z pkt 10.4. SIWZ, mianowicie według przekazanej dokumentacji projektowej, przedmiaru robót, Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót.

Uznał Zamawiający, w załączonym kosztorysie ofertowym dotyczącym rozbudowy sieci wodociągowej, mimo dysponowania przedmiarem, Protestujący zmodyfikował otrzymany przedmiar robót zmieniając tym samym SIWZ i przyjął do wyceny inne ilości niż żądał zamawiający tj:

- poz. 120 Sieci wodociągowe - montaż rurociągów z rur polietylenowych (PE, PEHD) o śr. zewnętrznej 40 mm -jest ilość -156 m, natomiast powinna być ilość: 554,25 m,
- poz. 189 Rury z PE o śr. zewn. 110 mm -jest ilość 40 łącz., natomiast powinna być ilość 44,40 łącz.,
- poz. 246 Kształtki z PVC ciśnieniowe łączone na klej o śr. zewn. rury 110 mm - jest ilość 1 szt, natomiast powinna być ilość: 7 szt.

W przedmiotowym postępowaniu, w dniu 15 marca 2010r. Odwołujący – „ROTO-POL” Tomasz Cichecki, Wola Grzymkowa i Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „HYDROMEL” Sp. z o.o. w Sieradzu, wniosło odwołanie. Odwołujący się przekazał jednocześnie kopię treści odwołania Zamawiającemu.

Odwołujący zarzucił rozstrzygnięciu Zamawiającego, że:

- 1) odrzucenie oferty złożonej przez Odwołującego dokonane zostało z rażącym naruszeniem:
  - a) art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 Prawa zamówień publicznych - poprzez odrzucenie oferty z uwagi na przedłożenie kosztorysu ofertowego nie zawierającego wpisów w niektórych jego pozycjach, które w rzeczywistości dwukrotnie dotyczyły tych samych elementów kalkulacyjnych, pomimo iż za wykonanie zamówienia publicznego, którego zakres został określony przez zamawiającego dokumentacją projektową należeć się miało wynagrodzenie ryczałtowe,
  - b) art. 26 ust. 3 in fine oraz art. 25 Prawa zamówień publicznych - poprzez nieuwzględnienie złożonych poprawek do aprobaty technicznej wystawionej przez Instytut Ochrony Środowiska w dniu 17 lutego 2010 r., to jest na dzień przed upływem terminu do składania ofert i to w sytuacji, gdy w ogóle nie żądano w SIWZ ani w ogłoszeniu o zamówieniu złożenia wraz z ofertą aprobat technicznych;
  - c) art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 1 Prawa zamówień publicznych - poprzez bezpodstawne odrzucenie złożonej oferty, zawierającej zdaniem Zamawiającego rażąco niską cenę przy jednoczesnym niezastosowaniu przez zamawiającego trybu postępowania określonego w art. 90 ust. 1 Prawa zamówień publicznych,
  - d) art. 89 ust. 1 pkt 6 Prawa zamówień publicznych - poprzez bezpodstawne odrzucenie złożonej oferty, zawierającej zdaniem Zamawiającego błędy w obliczeniu oceny, których to błędów Zamawiający nawet nie wskazał.
- 2) wybór przez Zamawiającego oferty KB-INSTALACJE Krzysztof Bobrowski, to jest wykonawcy nie spełniającego warunków udziału w tym postępowaniu o zamówienie publiczne, to jest pkt 6 ppkt 3) ogłoszenia o zamówieniu, który to wykonawca nie spełnił wymogu wykonania jednego zadania odpowiadającego swoim rodzajem robotom budowlanym w zakresie budowy wodociągów i kanalizacji o wartości 1.000.000 zł brutto, zrealizowanego w ciągu jednego roku i który w związku z tym winien zostać wykluczony z postępowania naruszał art. 24 ust. 1 pkt 10 Prawa zamówień publicznych.

W oparciu o powyższe zarzuty wniósł odwołujący o nakazanie Zamawiającemu Gminie Pątnów dokonania ponownego badania i oceny ofert oraz o unieważnienie odrzucenia oferty złożonej przez niniejszym odwołujących się a także o unieważnienie wyboru oferty KB-INSTALACJE Krzysztof Bobrowski.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący powtórzył zarzuty i argumentację zawarte w

proteście, w tym podniósł, iż Pkt 10.3 SIWZ wskazuje, iż cena podana w ofercie powinna obejmować wszystkie koszty i składniki związane z wykonaniem zamówienia. Natomiast § 7 załącznika do SIWZ - Projekt umowy w sposób jednoznaczny wskazuje, iż „Wynagrodzenie Wykonawcy za wykonanie przedmiotu umowy ustala się ryczałtowo, zgodnie z ceną brutto określoną w ofercie”. Argumentuje Odwołujący, że istotą wynagrodzenia ryczałtowego jest określenie tego wynagrodzenia z góry, bez przeprowadzania szczegółowej analizy kosztów wytwarzania dzieła. Wynagrodzenie to jest niezależne od rzeczywistego rozmiaru lub kosztu prac. Powołano się w tym zakresie na wyrok Sądu Najwyższego z dnia 20 listopada 1998 r. (sygn. akt: II CRN 913/97), a także utrwalone orzecznictwo zarówno Zespołu Arbitrów jak i Krajowej Izby Odwoławczej.

Ponadto ustosunkowując się do argumentacji podanej w rozstrzygnięciu protestu zarzucono, iż Zamawiający udzielając odpowiedzi na pytanie dotyczące ilości nadbudów z pokrywami nie dokonał odpowiedniej modyfikacji SIWZ i załączników do tej Specyfikacji, a w szczególności przedmiaru robót i dokumentacji projektowej jak i STWiORB, co czyni bezzasadnym zarzut Zamawiającego wobec oferty to jest braku właściwej wyceny kosztów jako sprzecznej z pkt 10.4 SIWZ, „*mianowicie według przekazanej dokumentacji projektowej, przedmiaru robót i Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót*”. Jedynie dla wykazania bezzasadności zarzutów sformułowanych wskazano, iż Zamawiający w rozstrzygnięciu protestu wskazał, iż powinno być między innymi 44,40 połączenia rur z PE o średnicy zewnętrznej 110 mm, co oznaczałoby, że zamawiający wymagał, aby jedno z połączeń tych rur nie zostało wykonane w sposób całkowity, zgodny z elementarnymi zasadami sztuki budowlanej.

Wskazał Odwołujący, że złożone poprawki do aprobaty technicznej wystawione przez Instytut Ochrony Środowiska w dniu 17 lutego 2010 r., to jest na dzień przed upływem terminu do składania ofert spełniają powyższy wymóg, gdyż potwierdzają spełnianie przez oferowane osadniki gnilne wymagania określone przez zamawiającego nie później niż w dniu w którym upłynął termin składania ofert, do których stosownie do ogłoszenia o zamówieniu. Ponadto zamawiający ani w ogłoszeniu o zamówieniu ani też w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia nie wymagał - stosownie do art. 25 Prawa zamówień publicznych od oferentów załączenia do oferty aprobat technicznych tych osadników.

Argumentuje Odwołujący, iż wobec tego, że złożono pisemne oświadczenie z dnia 20 lutego 2010, iż w złożonej ofercie zostały wycenione wszystkie wymienione w projekcie technicznym roboty jak również określona w ofercie kwota obejmuje wszystkie wymienione i

nie wymienione rodzaje prac i badań niezbędne do wykonania zawartego w § 1 umowy zakresu robót" zarzut ten jest bezpodstawny a Zamawiający nie wykazał, iż cena zaoferowana jest rażąco niska.

Wskazał dalej Odwołujący, że z treści tej referencji wystawionej dla wykonawcy K-B Instalacje Krzysztof Bobrowski nie wynika, iż roboty te zostały wykonane w okresie jednego roku, co byłoby oczywiste jedynie, gdyby okres ich wykonywania zawierał się pomiędzy lipcem 2008 a czerwcem 2009 r. Ponadto z załączonego faktu PORR (POLSKA) SA, wynika w sposób jednoznaczny, iż referencją objęte zostały także prace nie będące robotami w zakresie budowy wodociągów i kanalizacji takie prace jak: instalacja podposadzkowa, drenaż, kanał kurzowy, odwodnienie, obsługa wodno-kanalizacyjne a także nie sprecyzowane bliżej roboty budowlane i rozbiórkowe. K-B Instalacje Krzysztof Bobrowski nie wykazał więc zdaniem Odwołującego, w wymagany przez Zamawiającego sposób, iż spełnił powołany wyżej warunek udziału w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby stwierdził, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.**

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem prawnym w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

#### **Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na roboty budowlane - „Rozbudowę gminnego systemu wodociągowego gminy Pątnów - etap I oraz budowę przydomowych oczyszczalni ścieków na terenie gminy Pątnów”, w trybie przetargu ograniczonego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień



publicznych – wartość zamówienia ustalona została na kwotę 4.339.440,08 zł, co stanowi równowartość 1.130.356,88 EURO.

Poddając szczegółowej analizie zarzuty skierowane przeciwko kwestionowanej czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz wyboru w tym postępowaniu oferty złożonej przez KB-INSTALACJE Krzysztof Bobrowski, skład orzekający dokonał następujących ustaleń:

1. Zamawiający konstruując sporne w niniejszej sprawie zamówienie wymagał zaoferowania wykonania zamówienia zgodnie ze wskazanymi przez siebie założeniami (te zawarł w SIWZ, dokumentacji projektowej, przedmiarze robót oraz Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót), za cenę wskazaną przez wykonawców w sposób ryczałtowy.

Zgodnie bowiem z zapisem pkt 10.2-10.4 SIWZ, 10.2 „Cena określona przez wykonawcę jest ustalona na okres ważności umowy i nie ulegną zmianie. 10.3 *Cena podana w ofercie powinna obejmować wszystkie koszty i składniki związane z wykonaniem zamówienia.* 10.4 *Podstawą opracowania kosztorysu ofertowego jest dokumentacja projektowa, przedmiar robót, Specyfikacja Techniczna Wykonania i Odbioru Robót, wytyczne i zalecenia określone w niniejszej Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz wnioski wynikłe po dokonanej wizji lokalnej w miejscu wykonywania robót budowlanych.*” Natomiast z załączonego do SIWZ projektu umowy (§ 7) wynika, iż „Wynagrodzenie wykonawcy za wykonanie przedmiotu umowy ustala się ryczałtowo, zgodnie z ceną brutto określoną w ofercie w kwocie: ..... zł (słownie ....) w tym podatek VAT w wysokości ..... % co stanowi ..... Zł (słownie .....), cena netto wynosi ..... zł (słownie .....). Kosztorys ofertowy jest integralną częścią umowy stanowiący załącznik nr 1.”

Nie ulega zatem wątpliwości, że przedmiot zamówienia obejmuje roboty budowlane, za wykonanie których zamawiający przewidział wynagrodzenie ryczałtowe.

W kontekście powyższego, uznać należy że wymagany przez Zamawiającego kosztorys ofertowy ma znaczenie jedynie pomocnicze, nie wpływa on zaś na sposób obliczenia ceny lub jego weryfikację przez Zamawiającego. Izba zważyła w tym zakresie, iż w świetle postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, Zamawiający nie wymagał dokonania obliczenia ceny oferty w oparciu o kosztorys ofertowy. Wyszczególnienie poszczególnych pozycji w kosztorysie ofertowym bądź ich brak może zatem mieć jedynie walor pomocniczy, nie powinno zaś stanowić podstawy do wnioskowania o niezgodności treści oferty ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia.

Brak jest bowiem na gruncie analizowanej sprawy podstaw do uznania, by kosztorys ten miał stanowić o oświadczeniu wykonawcy co do zakresu oferowanych robót czy pozycji asortymentowych użytych do tych robót elementów. Oświadczenie to bowiem wynika z innego wymaganego przez Zamawiającego dokumentu dotyczącego istotnego dla Zamawiającego elementu zamówienia, to jest osadników gnilnych, który to dokument Odwołujący złożył w niniejszym postępowaniu.

Dostrzec trzeba w tym miejscu, że Zamawiający skonstruował prowadzone przez siebie zamówienie w ten sposób, że wymagał (pkt 8.1.2 SIWZ) by wykonawca zapoznał się z SIWZ i wypełnił formularz oferty według wskazanego wzoru oraz załączył do niego kosztorys ofertowy. Dodatkowo wymagał Zamawiający wypełnienia i złożenia oświadczenia o zdolności do dostarczenia 180 szt. osadników gnilnych o parametrach zgodnych z dokumentacją projektową i specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót budowlanych, parafowania załączonego wzoru umowy.

Dostrzec trzeba także, że Odwołujący przedłożył jako załącznik do oferty *Oświadczenie z dnia 18 lutego 2010r., że „producent oferowanych przez niego przydomowych oczyszczalni ścieków jest w stanie dostarczyć wymaganą przez Zamawiającego ilość 180 sztuk osadników gnilnych o parametrach zgodnych z dokumentacją projektową i specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót budowlanych w terminie, który pozwoli Wykonawcy: Kosorcum Firm: P.H.U. „Hydromel” Sieradz i „ROTO – POL” w Woli Grzymkowskiej (...) do dnia 31 grudnia 2010r.”*

Zamawiający natomiast w zakresie osadników gnilnych (zasadnicza część zamawianych oczyszczalni ścieków) wymaga by każda z zamawianych 180 oczyszczalni była pokryta warstwą ziemi do wysokości 1,5 m co wynika z projektu technicznego (z poszczególnych projektów dla każdej ze 180 oczyszczalni, tj. części IV – *charakterystyka ścieków*, w części *Osadnik gnilny* w ostatnim akapicie). Dodatkowo w specyfikacji w pkt 3.2 zawarto wymóg, aby oczyszczalnie posiadały wytrzymałość do 1,5 m bez konieczności zabezpieczania ścian osadnika. Taki wymóg postawił projektant do oczyszczalni, aby były one przykryte warstwą naziemu do 1,5m.

Zamawiający dodatkowo wymaga, aby osadniki były podzielone na mniejsze komory, przy czym osobna komora powinna być wyodrębniona co 1.000-1.100 l i ma mieć osobną nadstawkę i pokrywę. Warunek podziału oczyszczalni na osobne komory o jednakowej pojemności co 1.100 l. wynika z projektu technicznego i Specyfikacji Technicznej

Wykonania i Odbioru Robót (vide: STWiOR - str. 16, pkt 11.b.2 – opis rozwiązania a także dokumentacja techniczna w części „Charakterystyka ścieków” – osadnik gnilny).

Powyższe wymagania Zamawiającego w odniesieniu do oczyszczalni ścieków zostały dodatkowo podkreślone w odpowiedzi na zadawane w postępowaniu pytania w brzmieniu: „czy osadniki gnilne trzy i czterokomorowe wyposażyć odpowiednio w trzy lub cztery nadbudowy z pokrywami?” na które Zamawiający udzielił następującej odpowiedzi: „Zgodnie z STWiOR pkt 11.B.7 cyt.: „Osadnik gnilny należy wyposażyć w nadbudowy włazów technicznych i dostosować pokrywy do rzędnej otaczającego terenu. Zamawiający wymaga aby każda komora osadnika gnilnego posiadała własną nadbudowę z pokrywą ułatwiającą dostęp do komory osadnika. Osadniki gnilne trzy i czterokomorowe należy wyposażyć odpowiednio w trzy lub cztery nadbudowy z pokrywami i nadstawkami”.

Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że Odwołujący wykazał w niniejszym postępowaniu zamiar zaoferowania takich właśnie oczyszczalni – jakich wymaga Zamawiający. Wynika to z treści załączonego do oferty oświadczenia jak i zakresu informacyjnego dokumentów dotyczących aprobaty technicznej. Z aprobaty technicznej z dnia 17 listopada 2008r. nr AT/208-08-0214 oraz dołączonego doń pisma Instytutu Ochrony Środowiska z dnia 17 lutego 2010r. nr ZN/AT-4/8/2010 w przedmiocie naniesienia zmian w treści rzeczowej aprobaty wynika, że aprobata ta dotyczy osadników gnilnych wyposażonych zarówno w dwie -, trzy -, cztery - jak i pięć komór (cyt. „Osadniki wykonywane są w wersji jedno, dwu, trzy, cztero i pięciokomorowej”), a także że dopuszcza ona pokrycie tych oczyszczalni warstwą ziemi o grubości ponad wymagane przez Zamawiającego 1.50 m (wskazano w jej treści dopuszczalny udźwиг do 3,5 m ziemi – „Osadniki gnilne wykonane w technologii formowania rotacyjnego mogą być przykryte warstwą gruntu o grubości do 1,5, osadniki gnilne wykonane w technologii formowania z kształtownika mogą być przykryte warstwą gruntu o grubości do 3,5 m”).

Z powyższych względów, odnosząc się do zarzutów podniesionych w odwołaniu Izba stwierdziła, że w świetle postanowień zawartych w SIWZ oraz załączonego do niej wzoru umowy brak jest podstaw do uznania, że oferta Odwołującego nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wskazane przez Zamawiającego ww. „braki” w kosztorysie ofertowym nie mają wpływu na treść oferty w aspekcie jej zgodności z treścią SIWZ tak w zakresie opisanych oczyszczalni i wyposażenia ich w odpowiednio dwie- trzy – lub cztery komory jak i innych nieścisłości (braku w dziale 4.5 pozycji *Drabiny zewnętrzne z kablakami ze stali OH18N9 - ok. 140,25 kg, ilość 5,30 m* oraz w dziale 6.1 pozycji *Zarobienie na*

sucho końca kabla 5-żyłowego o przekroju żył do 50 mm<sup>2</sup> na napięcie do 1 kV o izolacji i powłoce z tworzyw sztucznych, ilość 4 szt.). W tym zakresie uwzględniono bowiem podnoszone przez Odwołującego twierdzenia, że pozycje te zawierały się w innych pracach – w tym co do drabiny zewnętrznej w robotach konstrukcyjno - budowlanych (dotyczących konstrukcji żelbetowych), a co do kabli w robotach elektrycznych, dostrzegając przy tym, że przy ryczałtowym charakterze wynagrodzenia ma to znaczenie drugorzędne.

Z tego względu, Izba podzieliła pogląd Odwołującego w tej mierze, w szczególności w zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych poprzez odrzucenie oferty Odwołującego.

Izba uznała za uzasadniony także zarzut Odwołującego co do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 Prawa zamówień publicznych - poprzez bezpodstawne odrzucenie przez Zamawiającego złożonej oferty, zawierającej zdaniem Zamawiającego błędy w obliczeniu oceny. Jak wskazano wyżej, skoro Zamawiający przyjął jako zasadę ustalenie ceny w sposób ryczałtowy i Odwołujący tę cenę podał, to nieścisłości w kosztorysie ofertowym nie stanowią błędów w obliczeniu ceny.

W konsekwencji Izba stwierdziła także, iż zachodzą podstawy do stwierdzenia naruszenia w postępowaniu przepisu art. 7 ust. 1 Pzp. Stwierdzone naruszenie przepisów ustawy Pzp miało wpływ na wynik postępowania, a zatem stosownie do brzmienia art. 191 ust. 1a Pzp odwołanie podlegało uwzględnieniu.

2. Przechodząc do zasygnalizowanego przez Zamawiającego braku aprobaty technicznej dotyczącej osadników oczyszczalni, Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że w świetle brzmienia Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz załączników do niej, brak jest podstaw do wnioskowania, by taki dokument w ogóle był w niniejszym postępowaniu wymagany na etapie składania ofert. Podkreślenia wymaga tu brzmienie SIWZ, w pkt 3.2: „*Osadnik powinien posiadać aprobatę techniczną wydaną przez IOŚ. Osadniki oczyszczalni muszą posiadać możliwość przykrycia gruntem rodzimym o wytrzymałości do 1,5 m bez konieczności zabezpieczania ścian osadnika, co musi mieć potwierdzenie w załączonej aprobacie technicznej IOŚ*”.

Dodatkowo, analogicznie brzmiący zapis zawarł Zamawiający już w ogłoszeniu o zamówieniu z dnia 7 stycznia 2010r. nr 4603-2010. I tak, w ogłoszeniu o zamówieniu - w pkt II.1.3) 2.2 w części dotyczącej osadnika zamieszczono zapis że „*osadnik powinien posiadać aprobatę techniczną wydaną przez IOŚ*”.

Z tak zacytowanego brzmienia SIWZ nie wynika jednak wyraźny obowiązek załączenia do oferty spornej aprobaty technicznej. Ani w tej części SIWZ ani w dalszej nie

zawarto bowiem wymogu przedłożenia aprobaty technicznej. Dostrzec wszak należy, że to Zamawiający jest gospodarzem prowadzonego przez siebie postępowania, on to wyznacza zakres i charakter zamawianego przedmiotu i prac, on opisuje wymagania pod adresem tego przedmiotu, on wskazuje wreszcie jakie dokumenty na powyższą okoliczność powinni złożyć wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia. Rzeczą Zamawiającego jest zatem opisanie przedmiotu zamówienia oraz innych oczekiwań wobec wykonawców w taki sposób, by wykonawcy byli w stanie złożyć ofertę, oraz skompletować wymagany zestaw dokumentów. Ze starannej i wnikliwej analizy SIWZ wynika natomiast, że Zamawiający wymagał, by zaoferowane oczyszczalnie posiadały stosowne aprobaty, nie wskazał jednakże że taka aprobata musi być załączona do oferty. By Zamawiający mógł wymagać dołączenia tego lub innego dokumentu czego rygiorem miałoby być odrzucenie oferty, musi w sposób jednoznaczny, wyraźny, nie budzący wątpliwości zawrzeć taki wymóg w treści SIWZ. Wykonawcy nie mogą bowiem domniemywać wymogu dołączenia konkretnego dokumentu – wymóg ten musi być wprost wyrażony w treści SIWZ.

Na gruncie analizowanej sprawy nie sposób uznać za taki warunek zapisów zawartych w SIWZ. Z zapisu ujętego w SIWZ wynika jedynie ogólne oczekiwanie Zamawiającego posiadania przez oferowane osadniki oczyszczalni aprobaty technicznej wystawionej przez IOŚ oraz załączenia jej na bliżej niesprecyzowanym etapie postępowania, na przykład na etapie realizacji zadania.

Z tego względu Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że w świetle brzmienia SIWZ nie było w ogóle wymogu dołączenia do ofert przez wykonawców rzeczonych aprobat.

Na marginesie stwierdzić należało, że załączona przez Odwołującego aprobata techniczna wraz z jej uzupełnieniem (pismo z dnia 17 lutego 2010r.) stanowi dokument urzędowy, wystawiony przez powołany do tego organ w zakresie jego działania, w związku z czym korzysta z domniemania prawdziwości (autentyczności dokumentu) oraz zgodności z prawdą tego co zostało w nim urzędowo stwierdzone, który nie został przez Zamawiającego zakwestionowany. Z tego też względu, biorąc pod uwagę, że zmiany do aprobaty dokonał uprawniony organ, że zakres tej modyfikacji obejmuje wprost zmiany w oznaczonym zakresie, w tym: w odniesieniu do liczby komór w osadnikach gnilnych czy też dopuszczalnej masy pokrycia ziemią oczyszczalni, a także okoliczność że Zamawiający nie kwestionuje ważności pisma z dnia 17 lutego 2010r. , uznać należało, że opisywana zmiana ma pełny walor. Faktu tego nie umniejsza pogląd wyrażony przez eksperta powołanego przez Zamawiającego, zgodnie z którym „jako materiały dodatkowe wykorzystano

„Obliczenia statyczno-wytrzymałościowe zbiornika z PEHD, Biuro Usług Inżynierskich, Wrocław 2005r. gdzie według norm związanych PN-EN wiadomym jest, że jedynym miarodajnym badaniem w przedmiotowej kwestii są badania dynamiczno - wytrzymałościowe.” Wnioski takie jak te wyrażone w opinii bądź też inne, dotyczące aprobaty oraz jej uzupełnienia mogą w pełni miarodajnie być wyrażane tylko przez organ uprawniony do wystawiania takich aprobat, w tym wypadku – Instytut Ochrony Środowiska.

Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej, skoro w SIWZ w ogóle nie było wymagania załączenia aprobaty technicznej, bezpodstawny jest zarzut dotyczący naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 in fine oraz art. 25 Prawa zamówień publicznych, poprzez nieuwzględnienie złożonych poprawek do aprobaty technicznej wystawionej przez Instytut Ochrony Środowiska w dniu 17 lutego 2010 r.

3. Brak jest także podstaw do uznania, że cena zaoferowana przez Odwołującego jest rażąco niska. By taki wniosek wywieść, cena ta musiałaby bez uzasadnionej przyczyny, znacznie czy „rażąco” odbiegać od cen innych wykonawców czy też kwoty, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a przede wszystkim być niezgodna w sposób obiektywny z realiami rynkowymi. Tymczasem na gruncie analizowanej sprawy, cena zaoferowana przez Odwołującego wynosi 4.561.329,11 zł; oferta wykonawcy K-B Instalacje Krzysztof Bobrowski przewiduje cenę za wykonanie zamówienia 4.985.698,08 zł, zaś kwota jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia to 5.017.437,88 zł. W tych okolicznościach, zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej, brak jest podstaw do uznania, że cena zaoferowana przez Odwołującego jest rażąco niska.

W razie uznania, przez Zamawiającego, że w sprawie ma do czynienia z rażąco niską ceną winien on być zastosować regulację zawartą w art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych, w tym uprzednio zwrócić się w formie pisemnej do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, a następnie ocenić wyjaśnienia uwzględniając obiektywne czynniki takie jak przykładowo oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej. Odwołujący na wezwanie Zamawiającego wskazał, wyraźnie, że nieuwjęcie w kosztorysie ofertowym niektórych pozycji określonych w przedmiarze robót wynika z tego, że te pozycje są ujęte dwukrotnie (Odwołujący wskazał dział i pozycje jakie zajmowały one w kosztorysie ofertowym), podkreślając przy tym charakter ryczałtowej ceny. Natomiast w świetle okoliczności sprawy,

różnice w cenach ofert złożonych przez wykonawców a także kwocie, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia nie mają charakteru na tyle istotnych, że uzasadniałyby wniosek co do rażącej ceny w ofercie Odwołującego, skutkujący odrzuceniem oferty na podstawie art. 90 ust. 3 Prawa zamówień publicznych.

4. Poddając analizie zarzut bezpodstawnego wyboru oferty firmy KB Instalacje Krzysztof Bobrowski i nie odrzucenia oferty tego wykonawcy, Krajowa Izba Odwoławcza dostrzega, że analizowane postępowanie dotyczy zamówienia, którego wartość nie przekracza kwot wynikających z przepisów wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy.

Obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania przepisy Rozdziału 3 ustawy, w tym art. 184 ust. 1 i 1 a przewidują, iż odwołanie, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego o wartości mniejszej aniżeli kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy przysługuje wyłącznie od rozstrzygnięcia protestu dotyczącego enumeratywnie wyszczególnionych w tym przepisie czynności: wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki i zapytania o cenę; opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu; wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia; odrzucenia oferty.

Na gruncie analizowanej sprawy nie ulega wątpliwości, że wartość przedmiotu zamówienia, którego przedmiotem są roboty budowlane wynosząca kwotę 4.339.440,08 zł, co daje 1.130.356,88 EURO nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, w tym wynikających z obowiązującego w dacie wszczęcia postępowania Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 grudnia 2007 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich (Dz. U. Dz.U.07.241.1762), to jest – dla robót budowlanych kwoty 5.150.000 EURO.

Z tego względu w spornym postępowaniu, odwołanie przysługuje tylko na czynności Zamawiającego wymienione w treści art. 184 ust. 1 a Prawa zamówień publicznych, przy czym nie może ono dotyczyć wyboru oferty innego wykonawcy, a tym bardziej spełniania bądź nie przez tego wykonawcę warunku udziału w postępowaniu.

Z wyżej opisanych względów orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Sieradzu**.

**Przewodniczący:**

*Monika Lorianowska*  
.....

**Członkowie:**

*Anna Stamejko*  
*J. Kowalska*  
.....