

WYROK

z dnia 6 grudnia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Piotr Ceglowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 grudnia 2018 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 listopada 2018 r. przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Drogowe Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Dylmex – Inwestycje Spółka komandytowa w Staszowie**, w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Klimontów w Klimontowie**

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu – **Gminie Klimontów w Klimontowie** – unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienie czynności odrzucenia oferty **Przedsiębiorstwa Drogowego Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością Dylmex – Inwestycje Spółki komandytowej w Staszowie** i dokonanie ponownej oceny ofert.

2. kosztami postępowania obciąża **Gminę Klimontów w Klimontowie**, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Drogowe Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Dylmex – Inwestycje Spółka komandytowa w Staszowie** tytułem wpisu od odwołania.

2.2. zasądza od **Gminy Klimontów w Klimontowie** na rzecz wykonawcy **Przedsiębiorstwo Drogowe Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Dylmex – Inwestycje Spółka komandytowa w Staszowie** kwotę **13 600 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986), na niniejszy wyrok, w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do Sądu Okręgowego w **Kielcach**.

.....

Sygn. akt: KIO 2447/18

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Klimontów w Klimontowie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na przebudowę drogi gminnej Konary-Domoradzice nr ewid. dz. 288 od km 0+050 do km 1+040.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 roku, poz. 1986), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 27 listopada 2018 roku wykonawca Przedsiębiorstwo Drogowe Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Dylmex – Inwestycje Spółka komandytowa w Staszowie (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie wobec czynności zamawiającego i zaniechań przez zamawiającego czynności, do których był on zobowiązany z mocy ustawy, zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1) art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy P.z.p. poprzez odrzucenie przez zamawiającego oferty odwołującego z powodu jej niezgodności z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (s.i.w.z.), pomimo że zarówno wzór kosztorysu ofertowego, jak i wzór przedmiaru robót, które to wzory udostępnione zostały na stronie internetowej zamawiającego, nie stanowią załączników do s.i.w.z. w niniejszym postępowaniu;

2) art. 87 ust. 1 i 2 pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez przeprowadzenie badania oferty odwołującego w sposób, który uniemożliwił zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawcy, ze względu na zaniechanie przez zamawiającego przeprowadzenia czynności wyjaśniających w zakresie omyłek w złożonej przez odwołującego ofercie oraz zaniechania przez zamawiającego, wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień i następczego dokonania poprawki omyłki w ofercie odwołującego w sytuacji, gdy:

a) omyłka w ofercie odwołującego pozostaje omyłką nieistotną biorąc pod uwagę wartość pominiętej pozycji przedmiarowej w stosunku do ceny oferty;

b) omyłka w ofercie odwołującego jest omyłką nieistotną bowiem dotyczy kosztorysu ofertowego, który biorąc pod uwagę treść s.i.w.z. oraz projekt umowy na realizację przedmiotu zamówienia stanowi jedynie dokument pomocniczy;

3) art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy P.z.p., poprzez wybór oferty wykonawcy T. D. przedsiębiorcy prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: Przedsiębiorstwo Budowlane „POLIBUD” T. D., która w świetle regulacji ustawy P.z.p. oraz s.i.w.z. nie mogła zostać uznana za ofertę najkorzystniejszą, co w konsekwencji doprowadziło do naruszenia zasady uczciwej konkurencji bowiem zamówienie zostało udzielone wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy P.z.p.

Wskazując na powyższe odwołujący wniósł o:

1. unieważnienie wszystkich czynności zamawiającego od momentu otwarcia ofert, tj. czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;

2. dokonanie czynności obowiązkowych poprawek w ofercie odwołującego;

3. powtórzenie czynności oceny (punktacji ofert) — tj. przeprowadzenia tej czynności w odniesieniu do ważnej oferty odwołującego, która nie powinna zostać przez zamawiającego odrzucona;

4. powtórzenie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;

5. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów szczegółowo wskazanych w uzasadnieniu pisma na okoliczności wskazane w piśmie;

6. zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrotu kosztów postępowania, w tym zwrotu kosztów zastępstwa adwokata zgodnie z fakturą.

Odwołujący podniósł, że jest wykonawcą, który ma interes w uzyskaniu zamówienia w niniejszej sprawie oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego powołanych w odwołaniu przepisów ustawy P.z.p. Odwołujący jest zainteresowany udzieleniem zamówienia w niniejszej sprawie, jednak w skutek zaistnienia omyłki polegającej na niewykazaniu jednej pozycji kosztorysowej zamawiający odrzucił ofertę odwołującego bez przeprowadzenia korekty tej oferty w trybie przewidzianym w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p. i uznał jako najkorzystniejszą ofertę innego wykonawcy biorącego udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Odwołujący wskazał, iż poniósł szkodę w związku z czynnością zamawiającego polegającą na odrzuceniu oferty odwołującego, bowiem zamawiający odrzucając tą ofertę pozbawił odwołującego możliwości uzyskania zamówienia, czym doprowadził do sytuacji, w której odwołujący nie może uzyskać przedmiotowego zamówienia i osiągnąć zysku, który odwołujący planował osiągnąć w wyniku realizacji zamówienia publicznego. Takie stanowisko odwołującego pozostaje uzasadnione także z uwagi na fakt, że gdyby oferta odwołującego nie została odrzucona, byłaby ona najkorzystniejszą w przedmiotowym postępowaniu.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał, że w dniu 21 listopada 2018 roku zamawiający podjął decyzję o odrzuceniu oferty odwołującego oraz o wyborze najkorzystniejszej oferty, która została złożona przez T. D. przedsiębiorcę prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: Przedsiębiorstwo Budowlane „POLIBUD” T. D. Decyzja ta została odwołującemu dostarczona drogą elektroniczną w dniu 22 listopada 2018 roku. W uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego zamawiający wskazał, iż w toku oceny ofert stwierdzono, że odwołujący przygotował kosztorys ofertowy niezgodnie z przedmiarem robót. Owa niezgodność polegała na tym, że odwołujący w kosztorysie ofertowym nie uwzględnił pozycji nr 18d.5 „Ścieki z elementów betonowych gr 15 cm na podsypce cementowo-piaskowej 120m”. W tej sytuacji zamawiający uznał, iż oferta odwołującego powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. z powodu niezgodności jej treści z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W ocenie odwołującego, w niniejszej sprawie brak jest przesłanek do odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. z powodu niezgodności treści tej oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Odwołujący naprowadza, iż niezgodność treści oferty z treścią s.i.w.z. ma miejsce wtedy, kiedy treść oferty (jej zawartość merytoryczna) nie odpowiada wymaganiom zamawiającego określonym w s.i.w.z. w odniesieniu do przedmiotu zamówienia lub sposobu jego realizacji. Innymi słowy: niezgodność treści oferty z treścią s.i.w.z. polega na materialnej niezgodności zobowiązania wykonawcy wyrażonego w jego ofercie ze świadczeniem, zaoferowania którego oczekuje zamawiający i które opisał w s.i.w.z.. Tylko niezgodność treści oferty z treścią s.i.w.z.,

rozumiana jako materialna niezgodność zobowiązania wykonawcy z wymaganiami zamawiającego, skutkuje odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. Sporządzenie oferty w sposób niezgodny z wytycznymi zawartymi w s.i.w.z., dotyczącymi sposobu jej wyrażenia stanowi jedynie uchybienie o charakterze formalnym, niewiążące się z jakimikolwiek negatywnymi skutkami dla wykonawcy.

Odwolujący wskazał, iż zamawiający nie miał podstaw do stwierdzenia, iż oferta złożona przez wykonawcę jest niezgodna z treścią s.i.w.z.. Wyjaśnił, iż zarówno z treści s.i.w.z., jak i listy załączników do s.i.w.z. nie sposób wyprowadzić stwierdzenia, iż wzór kosztorysu ofertowego oraz przedmiaru robót stanowi część składową s.i.w.z. Podkreślił, iż samo udostępnienie wzorów wskazanych dokumentów na stronie internetowej zamawiającego nie stanowi o tym, że wzory te stanowią treść s.i.w.z. W ocenie odwołującego udostępnione na stronie internetowej zamawiającego wzory kosztorysu ofertowego oraz przedmiaru robót stanowią jedynie przykład, w jaki sposób wykonawca mógł sporządzić tego typu dokumenty. W tej sytuacji wykonawcy mogli albo skorzystać z tego wzoru albo przedstawić kosztorys ofertowy w zaproponowanej przez siebie formie.

Odwolujący zauważył, iż zgodnie z rozdziałem VI ust. 2 pkt 1 ppkt 1 do oferty, sporządzonej na formularzu oferty stanowiącym załącznik nr 1 s.i.w.z. wraz z kosztorysem ofertowym każdy wykonawca dołącza żądane przez zamawiającego oświadczenia. Ze wskazanego zapisu s.i.w.z. wynika zatem, że o ile wzór oferty stanowi załącznik do s.i.w.z. i na tym wzorze każdy wykonawca powinien opracować swoją ofertę to w przypadku kosztorysu ofertowego taki wymóg nie został przez zamawiającego przewidziany.

Odwolujący wskazał, że nawet jeżeli przyjąć założenie, że odwołujący miał obowiązek sporządzenia kosztorysu ofertowego według wzoru udostępnionego na stronie internetowej zamawiającego to omyłka polegająca na nieuwzględnieniu przez odwołującego w swojej ofercie pozycji nr 18d.5 „Ścieki z elementów betonowych gr 15 cm na podsypce cementowo-piaskowej 120m” ma charakter formalny, który nie powinien prowadzić do odrzucenia oferty odwołującego. Takie stanowisko odwołującego wynika z licznych orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej w tym zakresie, np. z wyroku z dnia 12 stycznia 2018 roku o sygn. akt KIO 2739/17 oraz z wyroku z dnia 05 kwietnia 2017 roku sygn. akt KIO 547/17.

W zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania przez zamawiającego przeprowadzenia czynności wyjaśniających co do treści oferty odwołującego w trybie art. 87 ust. 1 i 2 pkt 3 ustawy P.z.p., odwołujący wskazał, iż przyjmując, że złożona przez niego oferta nie odpowiada treści s.i.w.z., to zamawiający przed jej odrzuceniem winien był przeprowadzić czynności wyjaśniające co do treści oferty w trybie art. 87 ust. 1 i 2 pkt 3 ustawy P.z.p.

Odwolujący oświadczył, iż brak w złożonym przez niego kosztorysie ofertowym pozycji nr 18d.5 „Ścieki z elementów betonowych gr 15 cm na podsypce cementowo- piaskowej 120m” spowodowany był faktem, iż ta pozycja kosztorysowa została przez odwołującego ujęta w pozycji 5 kosztorysu ofertowego „Odwodnienie” oraz w pozycji 3 kosztorysu ofertowego „Nawierzchnia”. W swojej ofercie odwołujący przewiduje, aby ścieki betonowe, poprzez które miałyby następować odprowadzanie nadmiaru wody z powierzchni jezdni zostałyby wbudowane przy krawędzi jezdni między nawierzchnią asfaltową a krawężnikiem, dlatego koszt montażu został wliczony w pozycjach „Nawierzchnia” oraz „Odwodnienie”, jednocześnie odwołujący deklaruje, że kwota podana w kosztorysie ofertowym tj. 599.541,98 zł brutto (487.432,50 zł netto) uwzględnia koszt położenia ścieków betonowych, o których mowa w pozycji kosztorysu ofertowego nr 18d.5 „Ścieki z elementów betonowych gr 15 cm na podsypce cementowo-piaskowej 120m”. Odwołujący wycenił koszt położenia ścieków betonowych na $70,00 \text{ zł} \times 120\text{mb} = 8.400,00 \text{ zł}$ netto.

W tej sytuacji odwołujący stwierdził, iż omyłka powstała w ofercie odwołującego jest omyłką nieistotną biorąc pod uwagę wartość pominiętej pozycji przedmiarowej w stosunku do ceny oferty. Odwołujący przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 października 2009 roku sygn. akt. KIO/UZP 1326/09, wyrok Sądu Okręgowego w Zielonej Górze z dnia 29 grudnia 2009 roku i inne.

Odwolujący stwierdził, że w niniejszej sprawie wartość pominiętej pozycji przedmiarowej tj. 8.400,00 zł netto stanowi 0,017% wartości ceny całej oferty (tj. 487.432,50 zł netto). W ocenie odwołującego należy zatem przyjąć, że omyłka odwołującego uczyniona w jego ofercie jest omyłką nieistotną w stosunku do całej oferty i z tego powodu powinna ona być przez zamawiającego poprawiona na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p..

Dodatkowo, zdaniem odwołującego, omyłka, która pojawiła się w treści kosztorysu ofertowego ma charakter nieistotny również z tego względu, że kosztorys ofertowy w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ma jedynie charakter pomocniczy przy ustaleniu ceny. Odwołujący wyjaśnił, iż w niniejszym postępowaniu cena zamówienia, pomimo tego, że przez zamawiającego określona została w sposób kosztorysowy przejawia cechy ceny ryczałtowej. Zamawiający w § 7 ust 6 projektu umowy, stanowiącego załącznik do s.i.w.z. wskazał, iż w przypadku:

a) zmniejszenia ilości lub zakresu robót w stosunku do oferty, Zamawiający dokona zmniejszenia wysokości wynagrodzenia na podstawie sporządzonego kosztorysu powykonawczego;

b) zwiększenia ilości lub zakresu robót w stosunku do oferty, Wykonawca zobowiązany jest pisemnie poinformować Zamawiającego o wystąpieniu takiej sytuacji, następnie Zamawiający odrębnym zleceniem może zlecić wykonanie zamówienia dodatkowego.

W ocenie odwołującego, powyższe postanowienia umowy stanowią przejaw zastosowania przez zamawiającego w niniejszym postępowaniu ceny ryczałtowej bowiem cena kosztorysowa charakteryzuje się tym, że w przypadku gdy zwiększa się zakres robót to automatycznie, zwiększa się też cena, która została określona w kosztorysie ofertowym, bez potrzeby udzielenia dodatkowego zamówienia w odrębny postępowaniu.

Odwołujący zauważył, że w niniejszym postępowaniu kosztorys ofertowy powinien być traktowany jako dokument pomocniczy z tego względu, że nie zawiera wszystkich elementów, które składają się na cenę zamówienia zawieraną przez wykonawców w ofercie. Zgodnie z rozdziałem III ust. 3 s.i.w.z. w cenie zadania poza kosztami prac wymienionymi w przedmiarach robót należy uwzględnić koszty prac niezbędnych do wykonania zamówienia tj.:

- Koszty urządzenia, zabezpieczenia i uporządkowania po wykonaniu zamówienia placu budowy,
- Koszty robót demontażowych, odtworzeniowych, porządkowych,
- Koszty badań laboratoryjnych, prób, odbiorów.

W ocenie odwołującego nie można zatem uznać za uzasadnionej argumentacji zamawiającego przedstawionej w uzasadnieniu informacji o odrzuceniu oferty odwołującego, według której brak zawarcia w kosztorysie ofertowym jednej pozycji nie jest omyłką, lecz istotnym brakiem oświadczenia woli niemożliwym do skorygowania w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p. Takie stanowisko jawi się jako nielogiczne, skoro w rozdziale III pkt. 3 s.i.w.z. zamawiający wprost potwierdza, że kosztorys nie przewiduje pozycji (1) koszty urządzenia, zabezpieczenia i uporządkowania po wykonaniu zamówienia placu budowy, (2) koszty robót demontażowych, odtworzeniowych, porządkowych, czy (3) koszty badań laboratoryjnych, prób, odbiorów.

W ocenie odwołującego, w niniejszej sprawie zamawiający zaniechał przeprowadzenia czynności wyjaśniających w zakresie braków w złożonej przez odwołującego ofercie oraz zaniechał dokonania poprawki omyłki powstałej w ofercie odwołującego polegającej na niezgodności oferty z s.i.w.z.. W tym przypadku zachowanie zamawiającego ocenić jako naruszające art. 87 ust. 1 i 2 pkt 3 ustawy P.z.p., bowiem zamawiający nie mógł odrzucić oferty odwołującego bez przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego w zakresie obarczenia jego oferty omyłką.

W zakresie zarzutu dotyczącego wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy P.z.p.

Odwołujący wskazał, iż zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy P.z.p. zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w s.i.w.z.. W niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego kryteriami oceny ofert była cena oraz okres gwarancji. W zakresie gwarancji każdy z wykonawców zaoferował gwarancję na okres 60 miesięcy. W tej sytuacji wybór najkorzystniejszej oferty oparty został na najniższej z zaoferowanych cen. Odwołujący wskazał, iż zamawiający dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy T. D. przedsiębiorcy prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: Przedsiębiorstwo Budowlane „POLBUD” T. D., która obejmowała kwotę 606.615,09 zł brutto. Pokreślenia wymaga fakt, iż oferta odwołującego zawierała niższą cenę bowiem obejmowała kwotę 599.541,98 zł brutto.

W odpowiedzi na odwołanie z dnia 4 grudnia 2018 roku zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości jako bezzasadnego.

Zamawiający wskazał, że opisując przedmiot zamówienia w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i w ogłoszeniu o zamówieniu wskazywał, że oczekuje od wykonawców realizacji zamówienia, polegającego na wykonaniu określonych robót budowlanych zgodnie z przedmiarem robót, co mając na uwadze treść odwołania pozostaje kwestią bezsporną dla stron.

Zamawiający podniósł, że w dniu wszczęcia postępowania zamieścił na swojej stronie internetowej razem z s.i.w.z. przedmiar robót budowlanych oraz wzór kosztorysu ofertowego, który mógł być bezpośrednio wykorzystany przez wykonawców, oczywiście po uzupełnieniu go m.in. o ceny jednostkowe i wartości poszczególnych pozycji, jako wymagany, niezbędny załącznik oferty w przedmiotowym postępowaniu, w którym zamawiający ustalił jako obowiązujące "wynagrodzenie kosztorysowe (wskazując to w dziale XII. Opis sposobu obliczania ceny pkt 1 s.i.w.z. oraz

w załączniku nr 8 s.i.w.z. — projekcie umowy - w § 7 ust. 1).

Zamawiający zgodził się z odwołującym, że zamieszczony wzór kosztorysu ofertowego stanowił jedynie przykład, w jaki sposób wykonawca mógł sporządzić tego typu dokument, jednak wskazał, iż zgodnie z zapisami s.i.w.z., w tym w dziale III. Opis przedmiotu zamówienia pkt 1 oraz w dziale X. Opis sposobu przygotowania ofert pkt I ppkt a, b, c odwołujący w ofercie (w tym w kosztorysie ofertowym) musiał uwzględnić całość przedmiotu zamówienia określoną w przedmiarze robót, a zmiana treści, opisu kolumn, wierszy we wzorach dokumentów nie była dopuszczona.

W ocenie zamawiającego, niedopuszczalne jest określanie zamieszczonego na stronie internetowej zamawiającego dokumentu, jakim jest przedmiar robót, jako „wzór przedmiaru robót”.

Faktem jest, że zamawiający w s.i.w.z. w przedmiotowym postępowaniu nie nazwał literalnie udostępnionego wykonawcom przedmiaru robót budowlanych jako kolejny „załącznik nr s.i.w.z.”, jednak mając na uwadze rangę jaką nadał temu dokumentowi w niniejszym postępowaniu nie można zgodzić się z odwołującym, że nie stanowi on treści s.i.w.z. i jej części składowej. Zamawiający wskazał, że stanowi on podstawę opisu przedmiotu zamówienia i przedstawia szczegółowy zakres i sposób wykonania przedmiotu przyszłej umowy w sprawie zamówienia publicznego, stanowiąc zgodnie z 1 ust. 1 załącznika nr 8 s.i.w.z. — projekt umowy wraz ze złożoną ofertą wykonawcy i specyfikacją istotnych warunków zamówienia, integralne części umowy.

Zamawiający wskazał, że w przypadku wynagrodzenia kosztorysowego za treść oferty należy uznać formularz ofertowy oraz składany z tym formularzem kosztorys ofertowy - wyceniony przedmiar robót budowlanych - jako dokument dookreślający i precyzujący zobowiązanie wykonawcy dotyczące przedmiotu zamówienia oraz zakresu lub wielkości zamówienia. Wobec tego porównanie zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w s.i.w.z. przesądza o tym czy treść złożonej oferty odpowiada treści s.i.w.z..

W ocenie zamawiającego, brak uwzględnienia w ofercie ww. pozycji nie jest omyłką, którą można poprawić, lecz wadą oferty, powodującą niezgodność oferty z s.i.w.z. i w tym stanie faktycznym w ocenie zamawiającego wypełniona została przesłanka wynikająca z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p.

Odnosząc się do drugiego zarzutu dotyczącego naruszenia art. 87 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p., zamawiający zauważył, iż z treści art. 87 ust. 1 nie wynika obowiązek wzywania wykonawcy do złożenia wyjaśnień odnośnie treści oferty — jest to uprawnienie zamawiającego. Ponadto zamawiający zobowiązany byłby zwrócić się o wyjaśnienie, gdyby treść złożonej oferty odwołującego budziła jego wątpliwości, lecz w tym postępowaniu treść oferty odwołującego nie budzi żadnych wątpliwości zamawiającego, gdyż mając na uwadze literalną wykładnię treści oferty, odwołujący pominął wycenę prac polegających na wykonaniu ścieku z elementów betonowych gr 15 cm na podsypce cementowo-piaskowej w ilości 120 m. W tym stanie faktycznym nie istnieje zatem treść, którą zamawiający mógłby z odwołującym wyjaśniać, a uzupełnienie treści oferty po upływie terminu do jej złożenia na podstawie art.87 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p. - upoważniającego do największej ingerencji w treść oferty oznaczałoby prowadzenie niedozwolonych negocjacji z wykonawcą, gdyż pozycja która została pominięta w kosztorysie odwołującego w przedmiarze robót — w konsekwencji kosztorysie ofertowym występuje tylko raz. Nie ma możliwości ustalenia na podstawie oferty odwołującego ceny jednostkowej dla tego rodzaju robót. Próba poprawienia oferty poprzez złożenie wyjaśnień z których wynikałoby, że w dziale nr 3 „Nawierzchnia” i dziale nr 5 „Odwodnienie” kosztorysu ofertowego zostały ujęte prace, które miały być wycenione w osobnej pozycji stanowiłaby niedozwoloną zmianę treści oferty i naruszenie art. 7 ustawy P.z.p.

Zamawiający zwrócił uwagę, że z treść kosztorysu odwołującego w dziale nr 3 „Nawierzchnia” i dziale nr 5 „Odwodnienie” (poszczególnych pozycja tych działów) w żaden sposób nie można wywnioskować, że to właśnie tam odwołujący ujął prace związane ułożeniem ścieku z elementów betonowych. Wskazał, że według przedmiaru robót pominięta przez odwołującego pozycja nr 18d,5 ma inną podstawę kalkulacji ceny jednostkowej (SST D06,01 .OI) niż pozycje ujęte w dziale „Nawierzchnia” (SST D-05.03.05) i 3 pierwsze pozycje działu „Odwodnienie” nr 14d.5, 15d.5, 16d.5 (SST D-03-01-01, ssrr D-02-00-00).

Zamawiający stwierdził, że trudno jest dać wiarę oświadczeniu odwołującego, że wartość pominiętej pozycji została ujęta w części w dziale „Nawierzchnia”, gdzie cena jednostkowa pozycji dotyczącej wykonania warstwy wiążącej z mieszanek mineralno-bitumicznych gr 4 cm została określona na 23,00 zł, a wartość ceny jednostkowej dotyczącej wykonania nawierzchni ścieralnej gr 4 cm na 25,00 zł. Zamawiający wskazał, że dysponuje ofertą odwołującego dotyczącą przebudowy drogi gminnej nr 331006T Ossolin-Węgrce Szlacheckie na odcinku 950 m i szerokości jezdni 3,5m, złożoną w postępowaniu prowadzonym w br. (ogłoszenie o zamówieniu bzp nr 619774-N-2018 z dnia 20.09.2018r), gdzie przy wynagrodzeniu kosztorysowym odwołujący podał cenę jednostkową pozycji dotyczącej wykonania warstwy wiążącej z mieszanek mineralno-bitumicznych gr 4 cm wynoszącą 24,00 zł, a cenę jednostkową

pozycji dotyczącej wykonania nawierzchni ścieralnej gr 4 cm określił na 26,00 zł, co mając na uwadze obserwowany wzrost cen rynkowych robót budowlanych nie daje zamawiającemu podstaw do stwierdzenia wiarygodności oświadczenia.

Zamawiający stwierdził, że trudno jest również dać wiarę, że pominięcie w kosztorysie ofertowym pozycji nr 18d.5 jest zwykłą omyłką, a nie próbą celowego wprowadzenia w błąd zamawiającego, o czym może świadczyć zachowanie ciągu numeracji kolejnych pozycji kosztorysu ofertowego.

Zamawiający podniósł, że gdyby tak złożona oferta odwołującego została wybrana jako najkorzystniejsza, zamawiający nie ma pewności, że po podpisaniu umowy na realizację zadania wykonawca wykonałby ściek z elementów betonowych gr 15 cm długości 120m.

Zamawiający zauważył, że w przedmiotowym postępowaniu postanowienia s.i.w.z. nie wskazują na pomocniczy charakter kosztorysu ofertowego i według zamawiającego odwołujący pod pretekstem stwierdzonych naruszeń przepisów zmierza w postępowaniu odwoławczym do ich ukształtowania w sposób dla siebie bardziej korzystny próbuje negocjować kształt przyszłego zobowiązania.

Zamawiający nie zgodził się ze stwierdzeniem, że zwiększenie zakresu robót powoduje automatycznie zwiększenie ceny w przypadku wynagrodzenia kosztorysowego bez potrzeby udzielenia dodatkowego zamówienia. Zwiększenie zakresu robót – wykraczającego poza umówiony do wykonania zakres robót – niezależnie od określonego charakteru rozliczenia wynagrodzenia winno być zlecane jako osobne, dodatkowe zamówienie.

W ocenie zamawiającego, na pomocniczy charakter kosztorysu ofertowego nie może wskazywać brak ujęcia w kosztorysie ofertowym - jako odrębnych pozycji - kosztów prac wymienionych w dziale III pkt 3 s.i.w.z. Prace te nie są *stricte* robotami budowlanymi. Są to koszty prac, które powinny zostać uwzględnione w poszczególnych cenach jednostkowych. Wynika to ze szczegółowymi specyfikacjami technicznymi.

Zamawiający wskazał, że żaden z wykonawców nie skorzystał z przysługującego uprawnienia wynikającego z art. 38 ust. 1 ustawy P.z.p. do żądania wyjaśnienia treści s.i.w.z..

Zamawiający stwierdził, że w przedmiotowym postępowaniu dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy P.z.p.. Wybrana oferta spełnia warunki s.i.w.z. i przedstawia najkorzystniejszy bilans punktów z przyjętych kryteriów oceny ofert z pośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z rozdz. III s.i.w.z. Opis przedmiotu zamówienia, pkt 1 przedmiotem zamówienia jest przebudowa drogi gminnej Konary-Domoradzice na odcinku dł. 990 m, tj. wykonanie podbudowy, nawierzchni jezdni z mieszanek mineralno-bitumicznych asfaltowych szer. 3,5 m, uzupełnienie poboczy kruszywem łamanym, remont przepustu Ø 800 mm, renowacja rowu oraz innych prac zgodnie z przedmiarem robót.

W myśl rozdz. VI s.i.w.z. pkt 2.1 pkt 1 wykonawca zobowiązany jest złożyć ofertę sporządzoną na Formularzu oferty, stanowiącym załącznik nr 1 do s.i.w.z., wraz z kosztorysem ofertowym.

Zgodnie z rozdz. X s.i.w.z. Opis sposobu przygotowania ofert, pkt 1a oferta musi obejmować całość przedmiotu zamówienia i być sporządzona zgodnie z wymogami zawartymi w s.i.w.z.

Zgodnie z pkt 1b, do oferty winny być dołączone wszystkie oświadczenia i dokumenty zawarte w s.i.w.z.

Zgodnie z pkt 1c, zamawiający dopuszcza złożenie oferty i załączników do oferty na formularzach sporządzonych przez wykonawcę, pod warunkiem, że ich treść, a także opis kolumn i wierszy odpowiadać będzie formularzom określonym przez zamawiającego w załącznikach do s.i.w.z.

Załącznikami do s.i.w.z. są:

Formularz oferty – załącznik nr 1

Oświadczenie, o którym mowa w art. 25a ust. 1 ustawy P.z.p. w zakresie wskazanym przez zamawiającego (dot. spełniania warunków udziału w postępowaniu) – załącznik nr 2

Oświadczenie, o którym mowa w art. 25a ust. 1 ustawy P.z.p. w zakresie wskazanym przez zamawiającego (dot. braku podstaw wykluczenia) – załącznik nr 3

Oświadczenie, informacja dot. przynależności do grupy kapitałowej – załącznik nr 4

Wykaz robót budowlanych – załącznik nr 5

Wykaz osób – załącznik nr 6,

Oświadczenie na temat wykształcenia i kwalifikacji zawodowych wykonawcy lub kadry kierowniczej wykonawcy – załącznik nr 7,

Projekt umowy – załącznik nr 8.

Pismem z dnia 21.11.2018 roku zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty odwołującego i wyborze oferty złożonej przez T. D. .

Zamawiający poinformował, że oferta odwołującego została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. z powodu niezgodności jej treści z treścią s.i.w.z.

Zamawiający stwierdził, że w treści s.i.w.z. dla przedmiotowego zamówienia określił wprost wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu zamówienia jako kosztorysowe. Na kosztorysowy charakter zamówienia wskazują jednoznacznie postanowienia zawarte w s.i.w.z. w pkt XII „Opis sposobu obliczania ceny” pkt 1 oraz w załączniku nr 8 do s.i.w.z. – projekcie umowy w § 7 „Wynagrodzenie. Płatności”. Zamawiający wymagał złożenia oferty na Formularzu ofertowym według wzoru – załącznik nr 1 do s.i.w.z. wraz z kosztorysem ofertowym z cenami jednostkowymi i wartością robót. Wymagana była wycena pozycji kosztorysowych, zgodnie z zamieszczonym w specyfikacji przedmiarem robót.

W toku oceny ofert stwierdzono, że sposób przygotowania kosztorysu ofertowego wykonawcy Przedsiębiorstwo Drogowe Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Dylmex – Inwestycje Spółka komandytowa w Staszowie jest niezgodny z przedmiarem robót. Wykonawca nie uwzględnił w kosztorysie ofertowym pozycji nr 18d.5 „Ścieki z elementów betonowych gr 15 cm na podsypce cementowo-piaskowej 120m” przedmiaru robót. Złożenie kosztorysu z pominięciem pozycji uwzględnionych przez zamawiającego w przedmiarze robót bez zgłoszenia do zamawiającego i uzyskania wyjaśnień w trybie art. 38 ustawy powoduje, że treść oferty nie odpowiadała treści s.i.w.z. Brak zawarcia w kosztorysie ofertowym ww. pozycji nie jest omyłką, lecz istotnym brakiem oświadczenia woli niemożliwym do skorygowania w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest zasadne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p.

Izba uznała za zasadny zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy P.z.p. poprzez odrzucenie przez zamawiającego oferty odwołującego z powodu jej niezgodności z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (s.i.w.z.). Niezgodność oferty, zgodnie z informacją o odrzuceniu oferty, polegała – zdaniem zamawiającego – na nieuwzględnieniu w kosztorysie ofertowym pozycji 18d.5 przedmiaru robót: „Ścieki z elementów betonowych gr 15 cm na podsypce cementowo-piaskowej 120m”, która to pozycja zawarta była w sporządzonym przez zamawiającego przedmiarze robót.

Podkreślić należy, że zamawiający w żadnym miejscu specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie zawarł informacji, że pozycje kosztorysu ofertowego winny być tożsame z pozycjami zawartymi w przedmiarze robót. Przedmiar robót nie był również integralną częścią s.i.w.z. Nie wynika to bowiem ani z treści s.i.w.z., ani z listy załączników do s.i.w.z., znajdującej się pod treścią specyfikacji.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie stwierdził, że w s.i.w.z. w przedmiotowym postępowaniu nie nazwał literalnie udostępnionego wykonawcom przedmiaru robót budowlanych kolejnym „załącznikiem nr s.i.w.z.”, jednak mając na uwadze rangę, jaką nadał temu dokumentowi w niniejszym postępowaniu, nie można zgodzić się z odwołującym, że nie stanowi on treści s.i.w.z. i jej części składowej. Zamawiający wskazał, że stanowi on podstawę opisu przedmiotu zamówienia i przedstawia szczegółowy zakres i sposób wykonania przedmiotu przyszłej umowy w sprawie zamówienia publicznego, stanowiąc zgodnie z 1 ust. 1 załącznika nr 8 s.i.w.z. — projekt umowy wraz ze złożoną ofertą wykonawcy i specyfikacją istotnych warunków zamówienia, integralne części umowy.

Z argumentacją zamawiającego nie sposób się zgodzić. Nie ulega wątpliwości, że zamawiający za pomocą przedmiaru robót opisał przedmiot zamówienia, co wynika z rozdz. III s.i.w.z. Nie oznacza to jednak, że wykonawcy obowiązani byli przygotować kosztorys ofertowy w sposób tożsamy z przedmiarem robót, skoro zamawiający nie zawarł takiego wymogu w s.i.w.z.

Podkreślenia wymaga także, że zamawiający przygotował wzór kosztorysu ofertowego, którego pozycje odpowiadały pozycjom przedmiaru robót, niemniej jednak sam przyznał w odpowiedzi na odwołanie, że wzór kosztorysu ofertowego stanowił jedynie przykład, w jaki sposób wykonawca mógł sporządzić tego typu dokument. Zamawiający co prawda w dziale X. s.i.w.z. Opis sposobu przygotowania ofert pkt I ppkt c dopuścił złożenie oferty i załączników do oferty na formularzach sporządzonych przez wykonawcę, pod warunkiem, że ich treść, a także opis kolumn i wierszy odpowiadać będzie formularzom określonym przez zamawiającego w załącznikach do s.i.w.z., niemniej jednak przedmiar robót nie był załącznikiem do s.i.w.z. Lista załączników do s.i.w.z. znajduje się pod treścią s.i.w.z. i nie obejmuje przedmiaru robót.

Wskazać należy, że bez względu na to, jak istotną rolę pełnił przedmiar robót w przedmiotowym postępowaniu, nie jest to podstawa do domniemania, iż był on integralną częścią specyfikacji. O tym, co jest treścią specyfikacji, winny rozstrzygać zarówno jej postanowienia, jak i powszechnie obowiązujące przepisy prawa. Wykonawcy nie mogą domyślać się tego na podstawie istotności danego dokumentu, zwłaszcza w sytuacji, gdy brak zgodności oferty z treścią s.i.w.z. skutkuje tak daleko idącą konsekwencją, jak odrzucenie oferty i – *de facto* – pozbawienie wykonawcy możliwości uzyskania zamówienia.

Zastosowanie dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. jako podstawy odrzucenia oferty wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego znajduje szerokie omówienie w doktrynie, jak też orzecznictwie sądów okręgowych i Izby. Reasumując opisywane tam interpretacje normy wynikającej z ww. przepisu wskazać należy, iż rzeczona niezgodność treści oferty z s.i.w.z. musi mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny, dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w s.i.w.z. oraz zobowiązania oferowanego w ofercie, tudzież polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami s.i.w.z. (z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania s.i.w.z. dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania/świadczenia ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy również tradycyjnie zamieszczane w s.i.w.z.); a także możliwe być winno wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega – co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi fragmentami czy normami s.i.w.z.

Ogólnie wskazać tu należy, dzielając w tym zakresie stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w uzasadnieniu wyroku z dnia 28 maja 2010 r., sygn. akt KIO 868/10, iż specyfikacja istotnych warunków zamówienia, od momentu jej udostępnienia, jest wiążąca dla zamawiającego – jest on obowiązany do przestrzegania warunków w niej umieszczonych. Jak wskazuje art. 70¹ § 3 Kodeksu cywilnego jest to zobowiązanie, zgodnie z którym organizator od chwili udostępnienia warunków, a oferent od chwili złożenia oferty, zgodnie z ogłoszeniem aukcji albo przetargu są obowiązani postępować zgodnie z postanowieniami ogłoszenia, a także warunków aukcji albo przetargu. Z uwagi na to, że – obok ogłoszenia – zamawiający konkretyzuje warunki przetargu zarówno odnośnie do zamówienia (umowy), jak i prowadzenia postępowania w specyfikacji, to s.i.w.z. należy uznać za warunki przetargu w rozumieniu K.c. Udostępnienie s.i.w.z. jest zatem czynnością prawną powodującą powstanie zobowiązania po stronie zamawiającego, który jest związany swoim oświadczeniem woli co do warunków prowadzenia postępowania i kształtu zobowiązania wykonawcy wymienionych w s.i.w.z. Zaznaczyć przy tym należy, iż co do zasady, dla oparcia i wyprowadzenia konsekwencji prawnych z norm s.i.w.z., jej postanowienia winny być sformułowane w sposób precyzyjny i jasny. Precyzyjne i jasne formułowanie warunków przetargu, a następnie ich literalne i ścisłe egzekwowanie jest jedną z podstawowych gwarancji, czy wręcz warunkiem *sine qua non*, realizacji zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W przedmiotowym postępowaniu brak jest podstaw do odrzucenia oferty odwołującego ze względu na niewycenienie jednej z pozycji kosztorysu ofertowego zgodnie z przedmiarem robót. Zamawiający nie wykazał, że przedmiar robót był integralną częścią s.i.w.z., wobec czego odrzucenie oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p., tj. z uwagi na jej niezgodność z treścią s.i.w.z. nie znajduje podstaw.

Izba nie nakazała zamawiającemu wyjaśnienia treści oferty na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy P.z.p., uznając zarzut podniesiony w tym zakresie za przedwczesny. Wskazać należy, że zamawiający nie wyjaśniał treści oferty odwołującego uznając, że brak wyceny jednej pozycji kosztorysu jest istotnym brakiem oświadczenia woli niemożliwym do skorygowania w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p., co wynika z pisma z dnia 21.11.2018 roku, informującego o odrzuceniu oferty odwołującego.

Izba nakazała natomiast dokonanie ponownej oceny oferty odwołującego. Zamawiający winien dokonać tej oceny zgodnie z postanowieniami s.i.w.z. i ustawą P.z.p. O ile w trakcie badania i oceny ofert zamawiający uzna, iż konieczne jest zwrócenie się do odwołującego o złożenie wyjaśnień, będzie zobowiązany to uczynić stosownie do treści art. 87 ust. 1 ustawy P.z.p.

W ocenie Izby brak jest podstaw do uznania, iż brak wyceny jednej z pozycji kosztorysu ofertowego jest omyłką, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p. Zgodnie ze wskazanym przepisem, zamawiający poprawia w ofercie wykonawcy omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty.

Jak już wyżej wskazano, brak wyceny jednej pozycji kosztorysu nie stanowił niezgodności treści oferty odwołującego z treścią s.i.w.z., co wyklucza zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p. w rozpoznawanym przypadku.

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy P.z.p., czyli stosownie do wyniku postępowania.

.....