

WYROK

z dnia 16 lipca 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ernest Klauziński

Protokolant:

Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 lipca 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 czerwca 2019 r. przez wykonawcę: Oleckie Przedsiębiorstwo Drogowo-Mostowe Sp. z o. o. z siedzibą w Olecku w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Gmina Płaska z siedzibą w Płaskiej

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu:

1.1 unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,

1.2 odrzucenie oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Robót Ziemnych POLDREN Sp. z o. o. z siedzibą w Augustowie i Zakład Usług Rolniczych i Transportowych Żwirownia Lipsk II K. Z. z siedzibą w Augustowie,

1.3 powtórzenie czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu.

2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego: Gminę Płaska z siedzibą w Płaskiej i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego Oleckie Przedsiębiorstwo Drogowo-Mostowe Sp. z o. o. z siedzibą w Olecku tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych 00/100) stanowiącą uzasadnione koszty strony 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Suwałkach.

Gmina Płaska z siedzibą w Płaskiej (dalej Zamawiający) prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm., dalej: Pzp) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą: „Budowa i przebudowa drogi gminnej nr 102697B na odcinku Rudawka - przejście graniczne w Kurzyńcu”, nr sprawy ZPP.271.2.9.2019, zwane dalej Postępowaniem. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 3 kwietnia 2019 r. pod numerem 533285-N-2019. Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W dniu 28 czerwca 2019 r. wykonawca Oleckie Przedsiębiorstwo Drogowo-Mostowe Sp. z o.o. z siedzibą w Olecku (dalej Odwołujący), wniósł odwołanie, w którym zaskarżył niegodne z przepisami czynności i zaniechania Zamawiającego, zarzucając mu naruszenie:

1. art. 91 Pzp przez jego niewłaściwe zastosowanie, polegające na wyborze oferty, która w ogóle nie podlegała ocenie w świetle przesłanek określonych w treści tego przepisu, ponieważ oferta wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Robót Ziemnych POLDREN Sp. z o. o. z siedzibą w Augustowie i Zakład Usług Rolniczych i Transportowych Żwirownia Lipsk II K. Ż. z siedzibą w Augustowie (dalej Wykonawca Poldren) podlegała odrzuceniu.
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp przez zaniechanie ich zastosowania w sytuacji, gdy oferta Wykonawcy Poldren nie zawierała wymaganego kosztorysu branży telekomunikacyjnej, przez co treść oferty nie odpowiadała treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej SIWZ), a kalkulacja ceny tej oferty była błędna ponieważ nie obejmowała całego przedmiotu zamówienia;
3. art. 87 ust. 1 Pzp przez naruszenie zakazu prowadzenia negocjacji dotyczących złożonej oferty, polegające na wezwaniu Wykonawcy Poldren do wyjaśnienia, czy kosztorys będący częścią złożonej oferty obejmuje całość prac telekomunikacyjnych zamówienia, a następnie przyjęciu udzielonych wyjaśnień, mimo że pozostają one w sprzeczności z treścią złożonej pierwotnie oferty oraz przez naruszenie zakazu dokonywania zmian w treści złożonej oferty, polegające na wezwaniu Wykonawcy Poldren do uzupełnienia kosztorysu ofertowego branży telekomunikacyjnej, a następnie przyjęciu takiego kosztorysu złożonego po upływie terminu składania ofert oraz uwzględnieniu go w toku badania i oceny ofert;
4. art. 7 ust. 1 Pzp przez prowadzenie postępowania z naruszeniem wyrażonych w treści tego przepisu zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. odrzucenia oferty Wykonawcy Poldren,
3. dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Ponadto Odwołujący wniósł o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwoty wpisu oraz uzasadnionych kosztów postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą, w tym kosztów zastępstwa procesowego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał m.in.:

Zgodnie z postanowieniami SIWZ, za wykonanie zamówienia przewidziano wynagrodzenie kosztorysowe obliczane w sposób określony w § 5 Wzoru umowy:

1. ceny jednostkowe netto danej pozycji kosztorysowej zawarte w kosztorysie ofertowym są stałe i obowiązywać będą przez cały okres trwania umowy,
2. rozliczenie wykonanych robót odbywać się będzie na podstawie obmiarów robót i cen jednostkowych ustalonych w ofercie Wykonawcy.

Kosztorysowy charakter ceny oferty potwierdzono także w treści formularza ofertowego. Zamawiający zamieścił w SIWZ trzy przedmiary, na następujące zakresy robót:

1. Przebudowa drogi gminnej nr 102697B w msc. Rudawka gmina Płaska,
2. Budowa oświetlenia w miejscowości Rudawka gm. Płaska,
3. Przebudowa sieci telekomunikacyjnej.

W punkcie 111.7) ogłoszenia o zamówieniu oraz w Rozdziale 15 SIWZ Opis sposobu przygotowania oferty, ust. 3 Zawartość oferty, Zamawiający wymagał m.in., że kompletna oferta musi zawierać wyceniony Przedmiar Robót (kosztorys ofertowy).

W Rozdziale 24 SIWZ Opis sposobu obliczenia ceny w ust. 6 pkt 1 Zamawiający zastrzegł, że, „brak jakiegokolwiek pozycji w złożonych przez Wykonawcę kosztorysach ofertowych i formularzu ofertowym nie będzie poprawiony i skutkować będzie odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy”.

Wykonawca Poldren złożył wraz z ofertą kosztorys ofertowy, który zawierał wycenę przedmiaru w zakresie robót „Przebudowa drogi gminnej nr 102697B w msc. Rudawka gmina Płaska” (poz. 1-50) oraz „Budowa oświetlenia w miejscowości Rudawka gm. Płaska” (poz. 51-78). Oferta Wykonawcy Poldren nie zawierała natomiast kosztorysu ofertowego (wyceny przedmiaru) w zakresie robót „Przebudowa sieci telekomunikacyjnej”. Z uwagi na powyższe, oferta Wykonawcy Poldren była niezgodna z treścią SIWZ, a cena ofertowa obliczona na podstawie kosztorysu ofertowego załączonego do oferty nie obejmowała całego przedmiotu zamówienia. Na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp oraz postanowień SIWZ wskazanych powyżej, oferta Wykonawcy Poldren powinna zatem zostać odrzucona. Po 7 tygodniach od upływu terminu składania ofert, w dniu 14 czerwca 2019 r. Zamawiający, powołując się na art. 26 ust. 3 Pzp, zwrócił się do Wykonawcy Poldren z wezwaniem do złożenia dokumentów w zakresie szczegółowego kosztorysu ofertowego branży telekomunikacyjnej oraz do złożenia wyjaśnień czy kosztorys ofertowy 18/2019 z dnia 20 kwietnia 2019 r. będący częścią oferty Wykonawcy Poldren w poz. 2.2 „Przebudowa kablowych linii telekomunikacyjnych”, obejmował całość prac telekomunikacyjnych zamówienia określonego w projekcie wykonawczym i przedmiarze robót - Przebudowa sieci telekomunikacyjnej. Jako dowód Odwołujący wskazał pismo Zamawiającego z dnia 14 czerwca 2019 r. „Wezwanie do uzupełnienia dokumentów”. W protokole postępowania o udzielenie zamówienia powyższe wezwanie Zamawiającego nie zostało w żaden sposób odnotowane. Zamawiający stwierdził w protokole, że nie stosował ani art. 26 ust. 3-4 ani też art. 89 ust. 1 Pzp.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, w dniu 18 czerwca 2019 r. Wykonawca Poldren poinformował, że kosztorys ofertowy 18/2019 z dnia 20 kwietnia 2019 r. obejmował całość prac telekomunikacyjnych. W załączeniu Wykonawca Poldren przekazał szczegółowy kosztorys ofertowy branży telekomunikacyjnej. Jako dowód Odwołujący wskazał pismo Wykonawcy Poldren z dnia 18 czerwca 2019 r. z załącznikiem.

W dniu 25 czerwca 2019 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty Wykonawcy Poldren jako najkorzystniejszej. W ocenie Odwołującego opisane wyżej wezwanie do wyjaśnień oraz przyjęcie wyjaśnień Wykonawcy Poldren dowodzi, że Zamawiający prowadził negocjacje dotyczące złożonej oferty. Przyjmując po terminie składania ofert kosztorys ofertowy branży telekomunikacyjnej, który był wymagany w postępowaniu wraz z ofertą, oraz uwzględniając ten kosztorys w trakcie badania i oceny ofert, Zamawiający dokonał zmiany treści oferty złożonej przez Wykonawcę Poldren. Zamawiający naruszył w ten sposób zakaz wyrażony w art. 87 ust. 1 zdanie drugie Pzp oraz art. 7 ust. 1 Pzp.

Zdaniem Odwołującego wezwanie z 14 czerwca 2019 r. i odpowiedź Wykonawcy Poldren na to wezwanie były ukierunkowane na wywołanie wrażenia, że kosztorys ofertowy branży telekomunikacyjnej zawierał się w kosztorysie branży drogowej — w tym sensie, że wszystkie pozycje uzupełnianego kosztorysu „Przebudowa sieci telekomunikacyjnej” stanowiły jedynie uszczegółowienie i rozwinięcie poz. 2.2 (nr 4 i 5) kosztorysu ofertowego (odpowiadającej pozycjom 4 i 5 przedmiaru „Przebudowa sieci telekomunikacyjnej”).

Sugerowała to treść przedmiotowego pisma z 14 czerwca 2019 r., w którym Zamawiający wzywał do uzupełnienia „szczegółowego” kosztorysu i oczekiwał potwierdzenia, że kosztorys złożony wraz z ofertą „w poz. 2.2 ( ... ) obejmuje całość prac telekomunikacyjnych”. Wykonawca Poldren odpowiedział na to wezwanie twierdząco oraz przygotował uzupełniany kosztorys branży telekomunikacyjnej w taki sposób, że jego wartość łączna odpowiadała wartości pozycji 2.2 kosztorysu złożonego wraz z ofertą. W ten sposób doszło do negocjowania, a w konsekwencji do zmiany treści złożonej oferty.

Gdyby nawet przedmiar (a w konsekwencji także uzupełniany kosztorys) branży telekomunikacyjnej pokrywał się co do zakresu z pozycjami 4 i 5 przedmiaru robót drogowych (punktem 2.2 kosztorysu ofertowego Wykonawcy Poldren), to uzupełniony kosztorys Wykonawcy Poldren zawierał ceny jednostkowe, których nie zawierała oferta

złożona pierwotnie, co potwierdza, że doszło do uzupełnienia oferty, a tym samym do zmiany jej treści. Odwołujący wskazał, że nie można przyjąć, że siedem pozycji przedmiaru branży telekomunikacyjnej odpowiadało dwóm pozycjom przedmiaru robót drogowych, skoro różniły się one zarówno podstawą (odpowiednio: „kalkulacja własna” oraz katalogi „TPSA/KNR”) jak również jednostką miary nakładów (odpowiednio: „mb” oraz „złącze”/„m”/„odcinek”). Nawet w przypadku pozycji przedmiarowych wyrażonych w metrach („mb” oraz „m”), ilości nakładów pomiędzy oboma przedmiarami nie były zgodne, ani wprost, ani po ich zsumowaniu w jakimkolwiek układzie.

Zamawiający wymagał wyceny wszystkich przedmiarów robót (wszystkich pozycji przedmiarowych przez podanie cen jednostkowych). Tylko oferta Wykonawcy Poldren nie zawierała wymaganego kosztorysu ofertowego branży telekomunikacyjnej i tym samym nie zawierała wyceny całego zakresu zamówienia oraz cen jednostkowych niezbędnych do obmiarowego rozliczenia wynagrodzenia po wykonaniu zamówienia. Odwołujący podniósł ponadto, że w przedmiotowej sprawie niedopuszczalne byłoby zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp do poprawienia oferty Wykonawcy Poldren: zachodził tu brak w treści oferty, a nie omyłka, brak miał charakter istotny oraz nie mógł być poprawiony samodzielnie przez Zamawiającego na podstawie jego własnej wiedzy.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, wniósł o jego oddalenie i o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego, wskazując ponadto:

W dniu 14 czerwca 2019 r. Zamawiający wystąpił do autora dokumentacji projektowej z prośbą o udzielenie odpowiedzi na następujące pytania dotyczące zakresu przedmiotu zamówienia, określonego w dokumentacji projektowej tj. przedmiarze robót „Przebudowa drogi gminnej nr 102697B w msc. Rudawka gmina Płaska” oraz przedmiarze robót Przebudowa sieci telekomunikacyjnej:

1. Czy kosztorys inwestorski ogólnobudowlany „Przebudowa drogi gminnej nr 102697B w msc. Rudawka gmina Płaska” zawiera w sobie wszystkie elementy kosztorysu inwestorskiego - Przebudowa sieci telekomunikacyjnej? Jeśli nie, to jakie prace nie są ujęte w kosztorysie ogólnym?
2. Czy Wykonawca Poldren, jeśli zrealizuje prace według złożonego kosztorysu ofertowego, to zrealizuje zamówienie w całości?
3. Czy pozostaną jakieś niezrealizowane prace ujęte w przedmiarze robót — Przebudowa sieci telekomunikacyjnej?

Do powyższego pisma Zamawiający załączył kopię oferty Wykonawcy Poldren.

W odpowiedzi autor dokumentacji projektowej wskazał: „(...) nie mogę udzielić odpowiedzi za oferenta, czy w swojej wycenie uwzględnił wszystkie prace wynikające z załączonej do przetargu dokumentacji, treść pytania powinna być skierowana do oferenta. W przesłanym do mnie dokumencie brak załączonej szczegółowej wyceny prac telekomunikacyjnych, na podstawie których oferent ustalił cenę kalkulacji indywidualnej. Dokumentacja techniczna branży telekomunikacyjnej wraz z przedmiarem umożliwiającym sporządzenie kalkulacji indywidualnej była załączona i na jej podstawie oferent mógł wycenić poz. kosztorysową 4 i 5 (kalkulacja indywidualna), uwzględniając wszelkie inne koszty wynikające z warunków technicznych i opinii na etapie ZUD wydanych przez ORANGE (gestora sieci) np. nadzór właścicielski, przeprowadzenie odbiorów itp. Warunki i opinia były udostępnione w części opisowej dokumentacji branżowej. Ponadto na etapie prowadzenia postępowania, były zapytania do pozycji kosztorysowych, ale żadne nie dotyczyło kwestii telekomunikacji, należy zatem uznać, że oferenci nie mieli wątpliwości co do sposobu wyceny, a dokumentacja teletechniczna wraz z przedmiarem była wystarczająca do zbudowania kalkulacji. Mogę jedynie potwierdzić, że dokumentacja techniczna branży telekomunikacyjnej zawiera wszystkie elementy wymagające przebudowy w ramach usunięcia kolizji na planowanej inwestycji i sporządzona została w oparciu o posiadaną w tym zakresie wiedzę o istniejącej sieci telefonicznej pozyskaną na podstawie wydanych warunków technicznych i informacji udzielonych przez gestora sieci”.

Zamawiający w dniu 14 czerwca 2019 r., działając na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp wezwał Wykonawcę Poldren do uzupełnienia dokumentów tj. szczegółowego kosztorysu ofertowego branży telekomunikacyjnej. Jednocześnie Zamawiający zwrócił się do Wykonawcy Poldren o udzielenie wyjaśnienia: czy kosztorys ofertowy 18/2019 z dnia 20 kwietnia 2019 r. będący częścią złożonej, przez tego wykonawcę oferty w poz. 2.2 Przebudowa kablowych linii telekomunikacyjnych, obejmuje całość prac telekomunikacyjnych zamówienia określonego w projekcie wykonawczym i przedmiarze robót — Przebudowa sieci telekomunikacyjnej. W odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów, Wykonawca Poldren wyjaśnił, że kosztorys ofertowy 18/2019 obejmuje całość prac telekomunikacyjnych zamówienia oraz

przekazał szczegółowy kosztorys ofertowy branży telekomunikacyjnej. W złożonym kosztorysie ofertowym branży telekomunikacyjnej wartość prac była zgodna z wyceną kalkulacji indywidualnej „Przebudowy kablowych linii telekomunikacyjnych”, podaną w kosztorysie ofertowym.

Następnie Zamawiający przesłał do autora dokumentacji projektowej ww. wyjaśnienie - Wykonawcy Poldren wraz z otrzymanym szczegółowym kosztorysem ofertowym branży telekomunikacyjnej, z prośbą o ustosunkowanie się, czy na podstawie dostarczonych dokumentów, wykonawca wycenił wszystkie prace z branży telekomunikacyjnej wg. przedmiaru robót. W odpowiedzi, autor dokumentacji projektowej potwierdził, że oferta Wykonawcy Poldren obejmuje wszystkie prace z branży telekomunikacyjnej wg. przedmiaru robót i dokumentacji przetargowej.

Podstawą do dokonania wyceny robót był przedmiar robót, zgodnie z SIWZ. W przedmiarze robót na str. 3 w poz. 4 i 5 wskazano „Kalkulację indywidualną”. Pojęcie „kalkulacji indywidualnej” nie zostało nigdzie zdefiniowane, nie posiada też definicji ustawowej. Nie budzi wątpliwości, że w takiej sytuacji przedmiar robót „Przebudowa sieci telekomunikacyjnej” miał charakter pomocniczy, celem dokonania wyceny prac, które zostaną ujęte w punktach 4 i 5 przedmiaru robót. Zamawiający nie wymagał złożenia przez oferentów kalkulacji indywidualnych.

Wobec powyższego Zamawiający nie miał podstaw do odrzucenia oferty Wykonawcy Poldren.

Zamawiający wniósł o dopuszczenie dowodu z następujących dokumentów:

1. Pismo z 14 czerwca 2019 r. - pytania do autora dokumentacji projektowej,
2. E-mail z dnia 17 czerwca 2019 r. od autora dokumentacji projektowej zawierający potwierdzenie o wycenie wszystkich prac z branży telekomunikacyjnej,
3. E-mail z dnia 18 czerwca 2019 r. na okoliczność, że wybrana oferta jest kompletna i zawiera wszystkie dokumenty wymagane postanowieniami SIWZ.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść ogłoszenia o zamówieniu, treść SIWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone podczas rozprawy, Izba zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że Odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 Pzp, stanowiącego, że „Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy,

uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy”, przysługiwało uprawnienie do wniesienia odwołania.

Mając na uwadze powyższe Izba merytorycznie rozpoznała złożone odwołanie, uznając, że zasługuje ono na uwzględnienie.

Izba uwzględniła wszystkie wnioski dowodowe Stron i przeprowadziła dowód z wskazanych przez nie dokumentów znajdujących się w aktach postępowania.

Zarzuty odwołania, tj. zarzut naruszenia:

1. art. 91 Pzp przez jego niewłaściwe zastosowanie, polegające na wyborze oferty, która nie podlegała ocenie w świetle przesłanek określonych w treści tego przepisu, ponieważ oferta Wykonawcy Poldren podlegała odrzuceniu.
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp przez zaniechanie ich zastosowania w sytuacji, gdy oferta Wykonawcy Poldren nie zawierała wymaganego kosztorysu branży telekomunikacyjnej, przez co treść oferty nie odpowiadała treści SIWZ, a kalkulacja ceny tej oferty była błędna ponieważ nie obejmowała całego przedmiotu zamówienia;

3. art. 87 ust. 1 Pzp przez naruszenie zakazu prowadzenia negocjacji dotyczących złożonej oferty, polegające na wezwaniu Wykonawcy Poldren do wyjaśnienia, czy kosztorys będący częścią złożonej oferty obejmował całość prac telekomunikacyjnych zamówienia, a następnie przyjęciu udzielonych wyjaśnień, mimo że pozostawały one w sprzeczności z treścią złożonej pierwotnie oferty oraz przez naruszenie zakazu dokonywania zmian w treści złożonej oferty, polegające na wezwaniu Wykonawcy Poldren do uzupełnienia kosztorysu ofertowego branży telekomunikacyjnej, a następnie przyjęciu takiego kosztorysu złożonego po upływie terminu składania ofert oraz uwzględnieniu go w toku badania i oceny ofert;

4. art. 7 ust. 1 Pzp przez prowadzenie postępowania z naruszeniem wyrażonych w treści tego przepisu zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

potwierdziły się.

Izba ustaliła, że zgodnie z § 5 Wzoru umowy Zamawiający przyjął kosztorysowy typ rozliczenia z tytułu realizacji przedmiotowego zamówienia. Okoliczność ta nie budziła

wątpliwości między stronami i nie była kwestionowana. Zgodnie zaś z punktem 24 ust. 2  
9

SIWZ „Wyceniony przedmiar robót powinien zostać sporządzony w oparciu o wszystkie pozycje zawarte w przedmiarze robót i dołączony do oferty”. Powyższe świadczy o tym, że obowiązkiem wykonawców było wycenienie wszystkich pozycji przedmiarów - dyspozycja Zamawiającego zawarta w SIWZ była jednoznaczna. Zamawiający w toku rozprawy wskazał, że w dokumentacji postępowania opublikowanej na jego stronie internetowej wystąpiły niejasności, co do ilości przedmiarów robót i ich wzajemnego stosunku, tj. czy przedmiary poszczególnych branż stanowiły samodzielne dokumenty czy też zakres robót ujęty w przedmiarze branży telekomunikacyjnej zawierał się w przedmiarze branży drogowej. Powyższe miało być powodem, dla którego Zamawiający zdecydował się traktować jako poprawne, oferty, do których załączony został odrębny przedmiar branży telekomunikacyjnego oraz oferty, którego takiego przedmiaru w ogóle nie zawierały, pod warunkiem, że w przedmiarze branży drogowej zostały wycenione pozycje 4 i 5. Zamawiający poparł swoje stanowisko argumentem, że zgodnie z punktem 15 ust. 3 pkt 1 a SIWZ „Kompletna oferta musi zawierać (...) wyceniony Przedmiar Robót (kosztorys ofertowy)”, a zatem jeden przedmiar. W ocenie Izby stanowisko Zamawiającego nie było prawidłowe. Z przytoczonych przez Odwołującego fragmentów SIWZ wynika, że obowiązkiem wykonawców była wycena całości przedmiotu zamówienia w oparciu o udostępnione przez Zamawiającego przedmiary. Cena całkowita oferty miała zostać wyliczona w oparciu o kosztorys ofertowy sporządzony na podstawie tych przedmiarów. W tej sytuacji nie było podstaw do uznania, że SIWZ był niejednoznaczny, co do ilości kosztorysów ofertowych jakie wykonawcy mieli załączyć do ofert. Istotą kosztorysowego rozliczenia realizacji przedmiotu zamówienia jest wyliczenie ceny końcowej w oparciu o ilość faktycznie zrealizowanych prac oraz ceny jednostkowe poszczególnych rodzajów nakładów i prac. Mając wiedzę o takim rodzaju rozliczenia zadania wykonawcy musieli być świadomi, że ich obowiązkiem jest załączenie do oferty wszystkich cen jednostkowych dla nakładów i prac składających się na całość przedmiotu zamówienia. Tym samym pominięcie w kosztorysie ofertowym kosztorysu dotyczącego branży telekomunikacyjnej sporządzonego na podstawie odpowiedniego przedmiaru było równoznaczne z nieokreśleniem w ofercie cen jednostkowych dla tej branży. SIWZ nigdzie nie zawierał informacji wskazującej, że przedmiar branży telekomunikacyjnej zawierał się w zakresie robót ujętych w przedmiarze branży drogowej, zatem należało go traktować jako samodzielny przedmiar. Wobec powyższego konsekwencją niezłożenia przez Wykonawcę Poldren kosztorysu branży telekomunikacyjnej wraz z ofertą jest równoznaczne z zaniechaniem wycenienia przez tego wykonawcę całości przedmiotu zamówienia w sposób zgodny z SIWZ. Konsekwencją tego powinno być uznanie oferty Wykonawcy Poldren za niezgodną z SIWZ i jej odrzucenie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Zamawiający nie miał zatem podstaw do wyjaśniania treści oferty Wykonawcy Poldren, ponieważ ta była jednoznaczna - zaniechanie odrzucenia oferty tego wykonawcy jako nieodpowiadającej treści SIWZ było naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. W ocenie Izby potwierdził się również zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp („Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu”). Zamawiający nie miał podstaw do uznania, że Wykonawca Poldren zakres zadania określony w przedmiarze branży telekomunikacyjnej ujął i wycenił w kosztorysie ofertowym branży drogowej. Na cenę oferty składać się miała kwota wyliczona na podstawie wszystkich przedmiarów upublicznionych przez Zamawiającego, a Wykonawca Poldren załączył do oferty dwa zamiast trzech kosztorysów ofertowych, a całkowita cena oferty była zgodna z ceną wynikającą z obu tych kosztorysów. Logicznym w tej sytuacji wnioskiem byłoby

uznanie, że w ofercie Wykonawcy Poldren nie zostały ujęte koszty branży telekomunikacyjnej. Cena oferty została wobec tego wyliczona w sposób błędny, ponieważ niezgodny z SIWZ.

Nie potwierdził się zarzut prowadzenia negocjacji treści oferty. Działania Zamawiającego zmierzały do wyjaśnienia i uzupełnienia oferty. Nie można w oparciu o ustalony stan faktyczny przypisać Zamawiającemu woli negocjacji, a zatem dążenia do zmiany treści oferty. Mimo to zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 Pzp potwierdził się. Przepis ten stanowi: „W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści”. Jak zostało ustalone, skutkiem przeprowadzonej przez Zamawiającego procedury wyjaśnienia treści oferty Wykonawcy Poldren było jej uzupełnienie o dokument, który powinien zostać złożony wraz z ofertą. Fakt przesłania w dniu 18 czerwca 2019 r. przez Wykonawcę Poldren dodatkowego kosztorysu powinien być dla Zamawiającego ostatecznym dowodem, że wykonawca ten nie ujął w ofercie branży telekomunikacyjnej. Dlatego zaakceptowanie wyjaśnień tego wykonawcy i uznanie ich za prawidłowe stanowiło de facto akceptację przez Zamawiającego dokonanej przez Wykonawcę Poldren zmiany treści oferty. Z tego względu Izba uznała, że Zamawiający naruszył również art. 87 ust. 1 Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, że - wynikowo, wobec uwzględnienia zarzutów naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 i pkt 6 Pzp oraz art. 87 ust. 1 Pzp, zasługiwały na uwzględnienie także zarzuty naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp („Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia”) oraz art. 7 ust. 1 Pzp („Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości”).

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów 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 (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 972).