

WYROK

z dnia 31 lipca 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Małecka

Protokolant: Joanna Wielgucka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 31 lipca 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 lipca 2019 r. przez Odwołującego: Trans-Masz Przedsiębiorstwo Transportu i Maszyn Drogowych Spółka Akcyjna z siedzibą w Stargardzie w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Skarb Państwa - Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Kalisz Pomorski

przy udziale wykonawcy: M. L. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Robót Inżynierskich M. L., zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego, i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
  - 2.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu 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, 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 Koszalinie.

Przewodniczący: .....

Zamawiający - Skarb Państwa — Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Kalisz Pomorski („Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Przebudowa drogi

przeciwpożarowej nr 15 w leśnictwie Mąkowary — Dębsko - Etap I” („Postępowanie”). Wartość ww. zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986, ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 30 maja 2019 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem: 554216-N-2019.

I. W dniu 18 lipca 2019 r. wykonawca Trans-Masz Przedsiębiorstwo Transportu i Maszyn Drogowych Spółka Akcyjna z siedzibą w Stargardzie („Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie na czynność podjętą w Postępowaniu przez Zamawiającego, polegającą na odrzuceniu oferty Odwołującego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego,
- art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, poprzez niepoprawienie oferty Odwołującego,
- art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień treści oferty,
- art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty sklasyfikowanej na drugim miejscu pod względem ceny, przy kryterium oceny ofert — najniższej cenie.

W związku z podniesionymi zarzutami Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, tj. oferty wykonawcy: M. L. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Robót Inżynierskich M. L.,
- unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
- dokonania poprawienia oferty Odwołującego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp lub ewentualnie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień treści oferty,
- dokonania ponownej oceny ofert, dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

Uzasadniając podniesione zarzuty Odwołujący stwierdził w szczególności, co następuje:

Odwołujący wskazał, iż Zamawiający jako podstawę prawną odrzucenia jego oferty podał art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, stwierdzając, że załączone do oferty Odwołującego kosztorysy zawierają zmiany w pozycjach od 4 do 6 i 15 Przedmiaru robót, stanowiącego załącznik nr 9 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia („SIWZ”). Odwołujący zwrócił uwagę, iż załączony do oferty kosztorys miał zostać opracowany metodą uproszczoną. Stwierdził, iż Zamawiający z góry wykluczył, iż sposób sporządzenia kosztorysu przez Odwołującego mógł stanowić jedynie omyłkę, tym bardziej jeśli się uwzględni fakt, iż w poz. 3 kosztorysu sporządzonego przez Odwołującego ujęte jest mechaniczne karczowanie pni wraz z zasypywaniem dołów po wykarczowaniu. W ocenie Odwołującego nazwa opisu i pozycji, jeśli się weźmie pod uwagę kosztorys jako całość, jednoznacznie wskazuje na zamiar wykonania robót określonych w przedmiarze i w sposób wymagany przez Zamawiającego. Zdaniem Odwołującego te nieistotne różnice w opisach pozycji można wyjaśnić lub poprawić na zasadach określonych w art. 87 ustawy Pzp. Nawet gdyby przyjąć, że w kosztorysie występują niezgodności w stosunku do przedmiarów wskazanych przez Zamawiającego, to ich ewentualne poprawienie nie skutkowałooby istotną zmianą w treści oferty. Artykuł 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp wprost odnosi się do omyłek polegających właśnie na niezgodności treści oferty z SIWZ, zezwalając na ich poprawienie, pod warunkiem, że niezgodność jest wynikiem omyłki i nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty. W ocenie Odwołującego poprawienie w kosztorysie ofertowym powyższej niedokładności nie spowoduje istotnych zmian w treści samej oferty, albowiem pominięcie w kosztorysie kilku pojedynczych wyrazów lub fraz, które określają w pewien sposób zakres pozycji umożliwi ich uzupełnienie w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, co z kolei doprowadzi do pełnej zgodności treści kosztorysu z treścią SIWZ. Przedmiotowa korekta dokonana przez Zamawiającego powinna mieć charakter formalny,

albowiem nawet bez jej dokonania Wykonawca musiałby zrealizować roboty zgodnie z dokumentacją techniczną i wymaganiami Zamawiającego, a zatem sama zmiana nie będzie miała charakteru istotnego. Ponadto dokonanie zmiany nie wpłynie na pozycję Wykonawcy w rankingu ofert, gdyż oferta złożona przez Odwołującego pozostanie ofertą o najniższej cenie. Odwołujący stwierdził, iż Zamawiający miał możliwość wezwać Wykonawcę, na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień treści oferty oraz mógł ustalić, czy wycena została dokonana zgodnie ze wskazówkami Zamawiającego, a także czy zawiera wszystkie wymagane przez niego elementy, czego jednak Zamawiający zaniechał, czym w ocenie Odwołującego naruszył przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych.

Dodatkowo Odwołujący wyjaśnił, iż do oferty został załączony kosztorys uproszczony — zgodnie z żądaniem Zamawiającego. W kosztorysie tym zostały zawarte uproszczone, skrócone opisy robót. Odwołujący wskazał, iż do odwołania załączył kosztorys pełny, który zawiera bardziej rozbudowany opis danej pozycji. I tak w pozycjach 3-6 wskazane zostało, iż mechaniczne karczowanie pni obejmuje następujące czynności: 1) odrąbanie grubych korzeni, 2) wydobywanie pnia spycharką, 3) odsunięcie pnia i korzeni na odległość do 10 m, 4) ułożenie w stosy, 5) zasypianie dołu.

W odniesieniu do zarzutu Zamawiającego w zakresie pozycji 15, tj. budowa nawierzchni z płyt żelbetowych typu Jomb, Odwołujący wskazał, iż na stronie 39 Załącznika Nr 7 do SIWZ (tj. Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót) ujęto, iż nawierzchnia ma zostać wykonana z prefabrykowanych żelbetowych płyt wielootworowych (typu JOMB) o wymiarach 12,5 x 75 x 100 cm (tj. o powierzchni do 0,75 m<sup>2</sup>). A zatem zapis w kosztorysie Odwołującego o budowie nawierzchni z płyt wielootworowych ażurowych o powierzchni do 1,0 m<sup>2</sup> jest tożsamy z zapisem zawartym przez Zamawiającego w dokumentacji stanowiącej załączniki do SIWZ. Są to te same czynności opisane jedynie na dwa różne sposoby.

II. Pismem z dnia 30 lipca 2019 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie wnosząc o jego oddalenie. Uzasadniając zajęte w sprawie stanowisko Zamawiający stwierdził w szczególności, co następuje:

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp Zamawiający wskazał, iż Odwołujący zaproponował w ofercie odmienny zakres przedmiotu zamówienia oraz odmienny sposób jego realizacji, co uzasadniało odrzucenie jego oferty na podstawie ww. przepisu. Po pierwsze, Odwołujący nie uwzględnił w swoim kosztorysie konieczności zasypiania dołów gruntem zasypowym po karczowaniu, której w przedmiarze wymagał Zamawiający, czyli przewidział odmienny zakres realizacji przedmiotu zamówienia. Po drugie, Odwołujący zaoferował budowę nawierzchni z płyt wielootworowych ażurowych o powierzchni do 1,0 m<sup>2</sup>, natomiast Zamawiający żądał budowy nawierzchni z płyt żelbetowych typu Jomb. Wbrew twierdzeniu Odwołującego, w swoim kosztorysie zaoferował on odmienny technologicznie sposób realizacji zamówienia niż żądany przez Zamawiającego. Zamawiający w SIWZ w pkt. 3.2.1 wskazał dokładnie, że nawierzchnia drogi ma zostać wykonana z płyt żelbetowych wielootworowych typu Jomb gr. 12,5 cm (wymiar 100 x 75 cm), płyty muszą być zbrojone siatką prętów góra i dół o średnicy prętów min. 6 mm, wykonane z betonu min. C25/30 (parametr określający klasę wytrzymałości betonu na ściskanie). Wymagają również posiadania aprobaty technicznej Instytutu Badawczego Dróg i Mostów. Tymczasem płyty wielootworowe ażurowe nie będące płytami typu Jomb mają zupełnie inne parametry techniczne: mają inne wymiary, nie posiadają zbrojenia i charakteryzują się inną klasą wytrzymałości betonu na ściskanie. To, co takie płyty łączy to fakt, że są wielootworowe. Natomiast brak podwójnego zbrojenia, jak i odmienności w innych parametrach powodują, że płyty wielootworowe nie będące płytami typu Jomb są po prostu mniej wytrzymałe, a co za tym idzie - również tańsze. Płyty zaproponowane przez Odwołującego nie są typem płyt przewidzianych przez Zamawiającego, co w konsekwencji skutkuje złożeniem oferty przewidującej odmienny sposób realizacji przedmiotu zamówienia. Nie ma więc żadnej wątpliwości, że Odwołujący sporządził ofertę w sposób, który nie odpowiada treści SIWZ. Zamawiający wprost wskazał w pkt 13.6.5. SIWZ, że kosztorys ofertowy, będący załącznikiem do oferty, należy sporządzić dokładnie na podstawie przedstawionego przez Zamawiającego przedmiaru robót. Zamawiający również zaznaczył, że bez jego zgody w przedstawionych przedmiarach nie wolno wprowadzać żadnych zmian.

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp Zamawiający wskazał, iż w przedmiotowym Postępowaniu jasno i precyzyjnie sformułował swoje wymagania i oczekiwania względem realizacji przedmiotu zamówienia, czego nie kwestionuje Odwołujący. Skoro więc Odwołujący wiedział, że należy wycenić w kosztorysie zarówno zasypywanie dołów po karczowaniu, jak i zastosowanie płyt wielootworowych żelbetowych typu Jomb, to pominięcie w wycenie czynności zasypywania dołów po karczowaniu, jak i wskazanie odmiennych (w zakresie technologii, właściwości oraz ceny rynkowej) płyt wielootworowych ażurowych, nie może zostać uznane za omyłkę. Dodatkowo Odwołujący był świadomy tego, że zgodnie z SIWZ kosztorys ofertowy, będący załącznikiem do oferty, należy sporządzić dokładnie na podstawie przedstawionego przez Zamawiającego przedmiaru robót, a bez zgody Zamawiającego w przedstawionych przedmiarach nie wolno wprowadzać żadnych zmian. W konsekwencji działania Odwołującego należy uznać nie za omyłki, lecz za działania celowe — w znaczeniu celowego wprowadzenia do oferty ustalenia odmiennego od

postanowienia SIWZ, pomimo świadomości, że dany wymóg SIWZ był inny (tak: uchwała KIO z dnia 19 marca 2019 r., KIO/KU 16/19). W ocenie Zamawiającego w przedmiotowej sprawie należy również uznać, że zmiany w zakresie sposobu wykonania przedmiotu zamówienia, w tym zmiany dotyczące technologii spowodowałyby istotne zmiany treści oferty - mamy do czynienia z innym sposobem realizacji przedmiotu zamówienia — technologicznie nie do zaakceptowania przez Zamawiającego i niezgodnym z jego oczekiwaniami wyrażonymi w SIWZ. Zamawiający stwierdził, iż nie miał możliwości dokonania poprawy oferty Odwołującego wobec braku spełnienia ustawowych przesłanek pozwalających na takie działanie. Jedynym możliwym rozwiązaniem w przedmiotowej sytuacji było odrzucenie oferty Odwołującego, jako nie odpowiadającej treści SIWZ.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający powołał się na stanowisko przedstawione w wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 29 marca 2012 r. w sprawie C-599/10 Slovensko oraz w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 grudnia 2016 r. (sygn. KIO 2255/16) i stwierdził, że dopuszczenie w drodze wyjaśnienia oferty do zmiany zakresu realizacji przedmiotu zamówienia, jak również sposobu jego realizacji prowadziłoby de facto i de iure do złożenia nowej oferty. Dopuszczenie do takiej sytuacji byłoby działaniem niezgodnym z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, w związku z czym Zamawiający nie mógł postąpić tak, jak tego oczekuje Odwołujący.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający wskazał, iż właściwie odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp i w konsekwencji odrzucenia oferty Odwołującego wybrał zgodnie z przepisami prawa ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ.

Na rozprawie Zamawiający dodatkowo złożył formularz ofertowy Odwołującego z jednego z poprzednich postępowań prowadzonych na ten sam przedmiot zamówienia - na potwierdzenie tego, iż uprzednio Odwołujący zastosował się do wymagań Zamawiającego (pozycje przedmiaru nie zostały w żaden sposób zmienione).

III. Pismem wniesionym do Prezesa Izby w dniu 22 lipca 2019 r. wykonawca M. L. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych M. L. („Przystępujący”) zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Stanowisko w sprawie Przystępujący przedstawił w ww. piśmie z dnia 22 maja 2019 r. stwierdzając w szczególności, co następuje:

Przystępujący podkreślił, iż Zamawiający w treści SIWZ w sposób wyraźny i jednoznaczny wskazał, że załącznikiem do oferty winien być kosztorys ofertowy „sporządzony dokładnie na podstawie przedstawionego przez Zamawiającego przedmiaru robót” przy czym „bez zgody Zamawiającego w przedstawionych przedmiarach nie wolno wprowadzać żadnych zmian” (pkt 13.6.5. SIWZ). Z powyższego wynika, że Zamawiający wykluczył możliwość dokonywania zmian opisów poszczególnych pozycji przedmiaru. Odwołujący, znając treść SIWZ, winien zastosować się do tak zakreślonego wymogu. W odniesieniu do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp Przystępujący wskazał, iż przepis ten zobowiązuje Zamawiającego do poprawienia „omyłek”, co oznacza, iż korekta ta nie może obejmować takich niezgodności oferty z SIWZ, które zostały do oferty celowo wprowadzone. Zdaniem Przystępującego dokonane przez Odwołującego zmiany pozycji z natury rzeczy musiały mieć charakter intencjonalny, bowiem w sporządzonym kosztorysie ofertowym Odwołujący winien jedynie uzupełnić ceny proponowane wobec każdej z wyszczególnionych w przedmiarze robót pozycji. Ingerowanie w opisy pozycji nie było na potrzeby przygotowania oferty konieczne, a więc Odwołujący nie mógł dokonać zmiany pozycji przez pomyłkę, omyłkowo, przez przypadek itp. Ponadto zdaniem Przystępującego niezgodności oferty z SIWZ są na tyle poważne, że powodują istotne zmiany w treści oferty, co również wykluczało zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Próba sanowania przez Odwołującego niezgodności wynikającej z kosztorysu ofertowego (mającego wiążący charakter), następczym przedłożeniem kosztorysu sporządzonego metodą szczegółową i załączonego dopiero do odwołania, musi być uznana za bezskuteczną. W ocenie Przystępującego równie nietrafiona jest argumentacja, zgodnie z którą Zamawiający niezależnie od niezgodności oferty z SIWZ i tak musiałby wykonać zamówienie publiczne zgodnie z jego zakresem. Przyjęcie takiego stanowiska skutkowałoby koniecznością zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p. do każdej niezgodności kosztorysu ofertowego z przedmiarem, nie mówiąc już nawet o innych niezgodnościach oferty z SIWZ. Przystępujący stwierdził również, iż wbrew stanowisku wyrażonemu w odwołaniu ujawniona przez Zamawiającego rozbieżność pomiędzy treścią SIWZ i złożoną przez Odwołującego ofertą jest nie tylko oczywista, ale również istotna. Zakres robót, których dotyczyły zmodyfikowane pozycje, jest w istocie dużo szerszy, aniżeli usiłuje to przedstawić Odwołujący. Mając na uwadze znaczną liczbę przewidzianych do wykarczowania drzew oraz związaną z tym konieczność zasypywania dołów gruntem zasypowym po karczowaniu, nie można mieć wątpliwości, że w kosztorysie ofertowym nieuwzględniona została istotna część zamówienia. Istotność dokonanej zmiany jest jeszcze bardziej oczywista w przypadku pozycji 15. Przystępujący wskazał, iż słusznie zauważa Odwołujący, że płyty typu Jomb to betonowe, prefabrykowane, żelbetowe i wielootworowe płyty o wymiarach 12,5 x 75

x 100 cm. W opisie tym brakuje jedynie tej cechy płyt typu Jomb, iż są one podwójnie zbrojone. Tak więc już na pierwszy rzut oka powyższy opis nie przystaje do treści pozycji zmienionej przez Odwołującego. Pisząc, „budowa nawierzchni z płyt wielootworowych ażurowych o powierzchni do 1.0 m<sup>2</sup>” Odwołujący zaoferował wykonanie zamówienia publicznego za pomocą innego materiału, niż przewidziany w przedmiarze. W odniesieniu do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 87 ust. 1 ustawy Pzp Przystępujący stwierdził, iż Odwołującego oferta posiada całkowicie jednoznaczną treść, trudno więc argumentować, że Zamawiający winien wezwać Odwołującego do wyjaśnienia tej treści.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron i uczestnika postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba ustaliła, co następuje:

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący jest legitymowany, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, do wniesienia odwołania, co nie było też sporne.

Istotne dla niniejszej sprawy okoliczności faktyczne, dotyczące przebiegu Postępowania, nie były pomiędzy stronami sporne. W szczególności, jak wynika z dokumentacji Postępowania, w Przedmiarze Robót stanowiącym załącznik nr 9 do SIWZ pozycje oznaczone nr 4-6 oraz nr 15 zostały przez Zamawiającego określone w następujący sposób:

4. Mechaniczne karczowanie pni o średnicy 46-55 cm z zasypaniem dołów po karczowaniu gruntem zasypowym.
5. Mechaniczne karczowanie pni o średnicy 56-65 cm z zasypaniem dołów po karczowaniu gruntem zasypowym.
6. Mechaniczne karczowanie pni o średnicy 66-75 cm z zasypaniem dołów po karczowaniu gruntem zasypowym.
15. Nawierzchnia z płyt żelbetowych typu Jomb.

Natomiast w kosztorysie sporządzonym przez Odwołującego ww. pozycje zostały sformułowane w następujący sposób:

4. Mechaniczne karczowanie pni o średnicy 46-55 cm.
5. Mechaniczne karczowanie pni o średnicy 56-65 cm.
6. Mechaniczne karczowanie pni o średnicy 66-75.
15. Budowa nawierzchni z płyt wielootworowych ażurowych o powierzchni do 1,0 m<sup>2</sup>.

Powyższe zapisy pozostają w zgodności z treścią Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót stanowiącej załącznik nr 7 do SIWZ (str. 9 oraz 39).

Zgodnie z punktem 13.5.6 SIWZ Zamawiający wymagał złożenia wraz z ofertą kosztorysu ofertowego opracowanego metodą uproszczoną zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Rozwoju Regionalnego i Budownictwa z dnia 13 lipca 2001 r. w sprawie metod kosztorysowania obiektów i robót budowlanych (Dz. U. Nr 80, poz. 867). W ww. postanowieniu SIWZ Zamawiający jednocześnie wskazał, iż: „Kosztorys ofertowy ma być sporządzony dokładnie na podstawie przedstawionego przez Zamawiającego przedmiaru robót i uwzględniać wszystkie koszty niezbędne do realizacji zamówienia. Wykonawca określa ceny na wszystkie elementy zamówienia wymienione w przedmiarach robót, które po wypełnieniu przez Wykonawcę stanowiąc będą kosztorys ofertowy jako załącznik do oferty. Kosztorys ofertowy należy sporządzić zgodnie z dostarczonymi przedmiarami robót wg zasad: bez zgody Zamawiającego w przedstawionych przedmiarach nie wolno wprowadzać żadnych zmian. W kosztach opisanych w przedmiarach przez Wykonawcę należy uwzględnić wszystkie koszty niezbędne do realizacji przedmiotu Zamówienia.”

Pismem z dnia 8 lipca 2019 r. (przesłanym do wykonawców pocztą) Zamawiający powiadomił o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp wskazując na niezgodności kosztorysu ofertowego Odwołującego z Przedmiotem robót w zakresie pozycji oznaczonych numerami 4-6 oraz 15.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Podstawa odrzucenia oferty wykonawcy, o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, występuje w szczególności w sytuacji, w której treść oferowanego przez wykonawcę świadczenia nie odpowiada wymaganiom Zamawiającego postawionym co do tego świadczenia w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W ocenie składu orzekającego wystąpienie tego rodzaju niezgodności w odniesieniu do oferty Odwołującego jest oczywiste - w złożonym kosztorysie ofertowym w pozycjach oznaczonych nr 4 - 6 Odwołujący nie uwzględnił prac polegających na zasypaniu dołów po karczowaniu, natomiast w pozycji 15 zaoferował materiał (plyty) odmienny od oczekiwanego przez Zamawiającego.

Powyższe stanowi zatem podstawę odrzucenia oferty zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, o ile stwierdzone niezgodności nie podlegają poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu między innymi naruszenie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez niepoprawienie ww. niezgodności jako innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty. Aby ww. instytucja (poprawienia omyłek) znalazła zastosowanie w postępowaniu o udzielenie zamówienia winny zostać spełnione łącznie dwie przesłanki, tj. stwierdzone niezgodności mają charakter omyłek oraz poprawienie oferty nie będzie skutkowało istotną zmianą treści oferty. W odniesieniu do pierwszej przesłanki skład orzekający uznał, iż o wystąpieniu omyłek wykonawcy można mówić co najwyżej w odniesieniu do niezgodności z pozycjami nr4-6 Przedmiaru robót. Za prawdopodobną można uznać sytuację, w której wykonawca przepisując ww. pozycje do kosztorysu omyłkowo pominął pewną ich część, w szczególności, iż jak słusznie zauważył Odwołujący treść ta nie została pominięta w pozycji oznaczonej nr 3 o bardzo podobnej treści (mechaniczne karczowanie pri o innej średnicy). Dokonanie takiej kwalifikacji byłoby jednak nieuprawnione w odniesieniu do niezgodności z pozycją nr 15 Przedmiaru robót, gdzie Odwołujący wprost wpisał inny rodzaj materiału niż wymagany przez Zamawiającego. Należy przy tym zauważyć, iż opis tej pozycji zawiera szereg cech oferowanych płyt i niełatwo znaleźć wy tłumaczenie dla ich omyłkowego wpisania w kosztorysie. Przeciwnie, wskazuje to na świadome wprowadzenie takiej treści w odniesieniu do pozycji nr 15. Odwołujący nie przedstawił w tym zakresie żadnego przekonującego wyjaśnienia pozwalającego na uznanie ww. modyfikacji wymagania Zamawiającego jedynie za omyłkę z jego strony. Zaistnienia drugiej z ww. przesłanek polegającej na tym, iż poprawienie omyłek nie będzie skutkowało istotną zmianą w treści oferty Odwołujący w żaden sposób nie wykazał i nie udowodnił (a przeczy takiemu twierdzeniu stanowisko przedstawione przez Zamawiającego). W treści odwołania Odwołujący stwierdził jedynie, iż nie dojdzie do istotnej zmiany treści oferty, skoro po jej poprawieniu będzie ona zgodna z wymaganiami Zamawiającego. Tego rodzaju rozumowanie należy uznać za oczywiście błędne. Wymaga wyjaśnienia, iż w celu ustalenia spełnienia ww. przesłanki należy dokonać porównania treści oferty wykonawcy przed dokonaniem poprawienia jej treści i po jej ewentualnym poprawieniu i na tej podstawie wyciągnąć wniosek czy dokonanie poprawienia omyłek będzie prowadziło do istotnej zmiany treści oferty. W odniesieniu do niezgodności z pozycją nr 15 Przedmiaru Robót Odwołujący dodatkowo stwierdził, iż pozycje zawarte w tym zakresie w jego kosztorysie oraz Przedmiarze Robót są tożsame, jednak zostały opisane w odmienny sposób. Powyższe twierdzenie nie zostało jednak przez Odwołującego w żaden sposób udowodnione. Należy w tym miejscu podkreślić, iż w postępowaniu odwoławczym przed Krajową Izbą Odwoławczą to na odwołującym (z pewnymi jedynie wyjątkami) w pierwszej kolejności spoczywa ciężar wykazania i udowodnienia zasadności przedstawianych twierżeń. Dodatkowo należy wskazać, iż za niemającą istotnego znaczenia Izba uznała treść kosztorysu pełnego załączonego do odwołania, albowiem w świetle postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia obowiązującej w Postępowaniu zgodności oceny treści oferty z tą specyfikacją należało dokonywać w odniesieniu do kosztorysu sporządzonego metodą uproszczoną - jako dokumentu wchodzącego w skład oferty wykonawcy w Postępowaniu. Należy również podkreślić szczególnie istotny charakter kosztorysu ofertowego, jaki został nadany przez Zamawiającego w postanowieniu zawartym w pkt 13.5.6 SIWZ. W świetle powyższej okoliczności tym bardziej za niezasadne należało uznać twierdzenia Odwołującego, iż i tak obowiązany byłby zrealizować przedmiot zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego.

Odnosząc się natomiast do zarzutu naruszenia przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień, Izba stwierdziła, iż treść kosztorysu ofertowego w zakresie pozycji 4 - 6 oraz 15 nie była niejasna i nie wymagała wdrożenia przez Zamawiającego postępowania wyjaśniającego. Zamawiający nie był zatem

obowiązany do wzywania Odwołującego do przedstawienia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty w ww. zakresie. Zasadności ww. zarzutu z pewnością nie można opierać na samej okoliczności wystąpienia niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, co miało miejsce w ramach odwołania.

Mając na uwadze powyższe, Izba uznała, iż Odwołujący nie wykazał zasadności postawionych zarzutów naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 87 ust. 2 pkt 3 oraz art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, a w konsekwencji również zarzut naruszenia oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp należało uznać za niezasadny.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1 i 2 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972), stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący: .....