Sygn. akt: KIO 3538/20

WYROK
z dnia 08 lutego 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Aneta Mlącka
Protokolant:Szymon Grzybowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 04 lutego 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 grudnia 2020 r. przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: FADBET S.A., STEKOP S.A. (ul. 42 Pułku Piechoty 46, 15-181 Białystok)** postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **12 Terenowy Oddział Lotniskowy w Warszawie (Al. Jerozolimskie 97, 00-909 Warszawa)**

przy udziale:

- wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: CEKOM Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Instalacyjno-Budowlane „UNI-SAN" A. M. (ul. Zaborowska 1A/2, 01-462 Warszawa)** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego;
- wykonawcy **STRABAG Sp. z o.o. (ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków)**zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1.oddala odwołanie

2.kosztami postępowania obciąża Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: FADBET S.A., STEKOP S.A. (ul. 42 Pułku Piechoty 46, 15-181 Białystok)** i

2.1zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: FADBET S.A., STEKOP S.A. (ul. 42 Pułku Piechoty 46, 15-181 Białystok)** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz.1843) oraz art. 580 ust.1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) w związku z art. 92 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę Prawo zamówień publicznych (Dz.U z 2019 r. poz. 2020 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 Warszawie.**

Przewodniczący:……..

Sygn. akt: KIO 3538/20

UZASADNIENIE

Zamawiający 12 Terenowy Odział Lotniskowy w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego na wykonanie robót budowlanych w ramach zadania „Budowa budynku archiwalno - biurowego" na terenie kompleksu wojskowego nr 8602 w Legionowie.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 15.06.2020 r. pod numerem 2020/S 114-277767.

Odwołujący – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm: „FADBET" S.A. oraz STEKOP S.A. wnieśli odwołanie, w którym zarzucili Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez błędne przyjęcie, iż treść oferty Odwołującego nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, co skutkowało odrzuceniem złożonej przez Odwołującego oferty, pomimo iż treść oferty Odwołującego odpowiada treści SIWZ; art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp poprzez unieważnienie postępowania pomimo braku zaistnienia bezwzględnych przesłanek do jego unieważnienia; art. 7 ust. 1 i ust. 3 w związku z art. 91 ust. 1 Pzp poprzez naruszenie zasady zapewnienia zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo iż była to oferta najkorzystniejsza spośród ofert nie podlegających odrzuceniu i ofert wykonawców nie podlegających wykluczeniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania, unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, przeprowadzenie ponownego badania i oceny ofert; obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania i orzeczenie o ich zwrocie na rzecz Odwołującego.

22.12.2020 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. pkt 2) Pzp z uwagi na to, że treść oferty nie odpowiada treści SIWZ. W uzasadnieniu Zamawiający wskazał:„Wykonawca złożył ofertę na kwotę 27.437.329,77 zł netto (33.747.915,62 zł brutto). Wartość pozycji Nr 2 „Budowa budynku" w Tabeli elementów scalonych wynosi 12.347.312,91 zł, co stanowi 45,001875% wartości oferty. Zamawiający wymagał, aby wartość pozycji Nr 2 „Budowa budynku" nie przekroczyła 45% wartości oferty. W związku z powyższym wartość poz. Nr 2 nie powinna przekroczyć kwoty 12.346.798,40 zł. W złożonej ofercie wartość pozycji Nr 2 przekracza wymagany poziom o 514,51 zł, co stanowi 0,001875% wartości oferty. Tym samym wartość poz. Nr 2 przekracza 45% wartości oferty. W związku z powyższym powołując się na pkt 14.4 SIWZ Zamawiający odrzuci ofertę Wykonawcy, który sporządzi Tabelę Elementów Scalonych niezgodnie ze wzorem przekazanym wraz z Zaproszeniem do składania ofert."

23.12.2020r. Zamawiający poinformował o unieważnieniu przedmiotowego postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4) Pzp, wskazując, że oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający odrzucając ofertę Odwołującego w sposób rażący naruszył przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych, bowiem treść oferty odpowiada treści SIWZ. Zdaniem Odwołującego nie można podzielić oceny Zamawiającego, że Tabela Elementów Scalonych, stanowiąca załącznik nr 1 do oferty Odwołującego, została sporządzona niezgodnie ze wzorem przekazanym przez Zamawiającego wraz z Zaproszeniem do składania ofert.

Odwołujący wskazał, że nie jest prawdziwe stwierdzenie, iż Zamawiający wymagał, aby wartość pozycji Nr 2 „Budowa budynku" nie przekroczyła 45% wartości oferty, jak czytamy w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego. Jedyne wymaganie co do sposobu wypełnienia Tabeli Elementów Scalonych, które Zamawiający przekazał Wykonawcom, znajdowało się wyłącznie w treści samego wzoru tejże Tabeli. W każdej z pozycji ww. Tabeli Wykonawcy musieli uzupełnić dwa pola: w kolumnie I pole opisane jako *„udział procentowy"* oraz w kolumnie II pole opisane jako *„wartość oferty netto".* Istotnym przy tym jest, że wymóg o treści: *„nie więcej niż 45% wartości oferty*", który rzekomo naruszył Odwołujący, dotyczył udziału procentowego wyrażonego w który znajdował się w kolumnie, a nie, jak

przedstawił to Zamawiający w uzasadnieniu, wartości oferty wyrażonej w złotych, która znajdowała się w kolumnie II. Jak wskazał Odwołujący, to, że Zamawiający utożsamia pojęcie: „wartość pozycji Nr 2" z danymi wpisanymi w kolumnie II, wynika wprost z treści uzasadnienia decyzji o odrzuceniu oferty z 22.12.2020 r., gdzie czytamy: „*Wartość pozycji Nr 2 „Budowa budynku" w Tabeli elementów scalonych wynosi 12.347.312,91 zł, co stanowi 45,001875% wartości oferty. Zamawiający wymagał, aby wartość pozycji Nr 2 „Budowa budynku" nie przekroczyła 45% wartości oferty*."
Odwołujący wskazał także, że w SIWZ nie było żadnych zapisów dotyczących sposobu wypełnienia w Tabeli Elementów Scalonych pozycji 2 „Budowa budynku" kolumna II. W związku z powyższym, zastosowanie przez Zamawiającego sankcji w postaci odrzucenia oferty z powołaniem się na pkt 14.4 SIWZ, stanowiący, że Zamawiający odrzuci ofertę Wykonawcy, który sporządzi Tabelę Elementów Scalonych niezgodnie ze wzorem przekazanym wraz z Zaproszeniem do składania ofert, było nieuprawnione.
Odwołujący wskazał także, że wartość procentowa opiewająca na 45%, wskazana przez Odwołującego w pozycji 2 „Budowa budynku" kolumna I, jest wynikiem wyliczeń przeprowadzonych przez narzędzie informatyczne w postaci arkusza kalkulacyjnego Excel. Istotne przy tym jest, że korzystanie z tego instrumentu przy wypełnianiu Tabeli Elementów Scalonych przewidział również Zamawiający, gdyż w dniu 22.10.2020 r. na swojej stronie internetowej zamieścił arkusz kalkulacyjny Excel w wersji edytowalnej. Nie można zatem czynić Odwołującemu zarzutu z tego, że korzystając z instrumentu wskazanego przez Zamawiającego wypełnił Tabelę Elementów Scalonych rzekomo w sposób nieprawidłowy, skoro formuły obliczeniowe wynikające z zastosowaniu tego instrumentu dały wynik w pozycji 2 kolumna I zgodny z wynikiem wymaganym przez Zamawiającego, tj. udziałem procentowym wynoszącym 45%.
Ponadto Odwołujący zwrócił uwagę, że z żadnego zapisu czy to SIWZ, czy to dodatkowych wyjaśnień i odpowiedzi Zamawiającego, nie wynikało, że formuła przyjęta do ustalenia udziału procentowego w pozycji 2 kolumna I Tabeli Elementów Scalonych ma prowadzić do uzyskania wyniku z dokładnością do trzech miejsc po przecinku, a więc tysięcznych części procenta. Zatem, skoro w pozycji 2 „Budowa budynku" kolumna I Tabeli Elementów Scalonych, załączonej do oferty, Odwołujący wpisał: *„45%",* to niewątpliwie nie może to zostać poczytane za wypełnienie jej niezgodnie z przekazanym wzorem Tabeli Elementów Scalonych.
Zgodnie z SIWZ umowa podpisana z Wykonawcą wybranym w toku przedmiotowego postępowania zakłada rozliczenie kosztorysowe wykonanych robót. Ze względu na rozliczenie kosztorysowe określone na podstawie przyjętych i zatwierdzonych przez Zamawiającego kosztorysów powykonawczych sporządzonych przez Wykonawcę (§ 3 ust. 1 Istotnych postanowień Umowy) należy założyć, że i tak dojdzie do zmiany ilości obmiarowych, a więc zakres robót i tak ulegnie zmianie, co w konsekwencji spowoduje zmianę wartości udziału procentowego poszczególnych pozycji, w tym poz. 2 Tabeli Elementów Scalonych „Budowa budynku", jak też innych elementów robót zarówno *in plus,* jak i *in minus.*
Nigdzie w SIWZ, wzorze umowy i udzielonych Wykonawcom wyjaśnieniach Zamawiającego nie znalazło się postanowienie o konieczności zastosowania założonego udziału procentowego nie większego niż 45% wartości oferty dla poz. 2 Tabeli Elementów Scalonych „Budowa budynku".
Faktyczny udział procentowy wartości pozycji 2 „Budowa budynku" i pozostałych elementów wyniknie z rozliczenia kosztorysowego po zrealizowaniu wszystkich robót i na pewno będzie odbiegał od wstępnych, orientacyjnych wartości uwzględnionych w Tabeli Elementów Scalonych, w tym 45% dotyczących pozycji 2 „Budowa budynku".
Zdaniem Odwołującego Zamawiający unieważnił postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp, pomimo braku zaistnienia bezwzględnych przesłanek do jego unieważnienia.
Zdaniem Odwołującego, w sytuacji gdy czynność Zamawiającego polegająca na odrzuceniu oferty Odwołującego zostanie unieważniona, to Zamawiający będzie miał możliwość zwiększenia kwoty, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Świadczy o tym fakt, że Zamawiający w toku przedmiotowego postępowania dokonał uprzednio wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej, pomimo iż cena jego oferty przekraczała kwotę 33.553.684,74 zł brutto, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Cena ofertowa brutto Odwołującego wynosi 33.747.915,62 zł, a zatem przekracza kwotę jaka dysponuje Zamawiający jedynie nieznacznie. Różnica w wysokości 194.230,88 zł stanowi jedynie 0,57% kwoty, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Zamawiający zdecydował się na unieważnienie postępowania dopiero wówczas, gdy odrzucił ofertę Odwołującego, gdyż kolejna oferta w rankingu ofert złożona przez Konsorcjum firm: STRABAG sp. z o.o. i KONSMETAL ALIANS sp. z o.o. była wyższa aż o 1.587.717,24 zł od kwoty, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.
Odwołujący wskazał także, że postanowienia SIWZ powinny być sformułowane w taki sposób, aby nie stwarzało to możliwości ich odczytywania w sposób dowolny i jednocześnie różny w zależności od osoby zapoznającej się z tymi postanowieniami. Należy stąd wyprowadzić nakaz, aby warunki zastrzeżone przez Zamawiającego w SIWZ były odczytywane w sposób literalny, co jest podyktowane ochroną Wykonawców uczestniczących w postępowaniu w sprawie zamówienia publicznego przed dowolną interpretacją zapisów SIWZ mogącą prowadzić do naruszenia zasady zapewnienia zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania Wykonawców zapisanej w art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp.
Nie można uznać za dopuszczalną wykładni rozszerzającej przedstawionej przez Zamawiającego w piśmie informującym o odrzuceniu oferty z dnia 22.12.2020 r., odnoszącej się do wymogu określonego w treści Tabeli Elementów Scalonych. Za taką wykładnię należy uznać oceny formułowane przez Zamawiającego w stosunku do sposobu wypełnienia przez Odwołującego pozycji 2 kolumna II Tabeli Elementów Scalonych, w sytuacji gdy wzór Tabeli przekazany przez Zamawiającego wraz z Zaproszeniem do składania ofert nie zawierał żadnych wymagań w stosunku do danych z kolumny II (dotyczących wartości kwotowych w złotych), a zawierał taki warunek tylko odnośnie danych z kolumny I (dotyczących udziału procentowego).
Odwołujący wskazał także, że Zamawiający w żadnym miejscu SIWZ nie wyjaśnił czemu miało służyć zapisanie warunku w pozycji 2 kolumna I Tabeli Elementów Scalonych. W takiej sytuacji tym bardziej należy oceniać fakt spełnienia tego warunku w sposób ścisły, odnoszący się jedynie do wykładni literalnej zapisów zawartych w Tabeli przekazanej Wykonawcom.
Z ostrożności Odwołujący dodatkowo podniósł, że zarzut Zamawiającego o przekroczeniu założonej wartości w pozycji 2 „Budowa budynku" Tabeli Elementów Scalonych o 0,001875% wartości oferty (co odpowiada kwocie 514,51 zł), stanowi nadmierny formalizm i rodzi pytanie o racjonalność postępowania Zamawiającego w wydatkowaniu pieniędzy publicznych, gdyż pozostałe oferty z rankingu ofert były znacznie droższe od oferty Odwołującego.
Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie. Wniósł o oddalenie odwołania.
Zamawiający wyjaśnił, że niezgodność treści oferty Odwołującego z treścią SIWZ polegała na przekroczeniu przez Odwołującego określonej przez Zamawiającego dopuszczalnej proporcji ceny netto zaoferowanej przez poszczególnych Wykonawców tytułem wynagrodzenia należnego za realizację robót budowlanych w ramach zadania: Budowa budynku,

w odniesieniu do całkowitej ceny netto składanej przez danego Wykonawcę, oferty — która to proporcja — zgodnie z jednoznacznym sformułowaniem określonym przez Zamawiającego we wzorze przekazanym wraz z zaproszeniem Wykonawców do składania ofert w Postępowaniu — miała wynosić „nie więcej niż 45% wartości oferty". Odwołujący zaoferował wykonanie robót budowlanych w ramach zadania: Budowa budynku, za kwotę netto 12.347.312,91 zł zaś wykonanie wszystkich robót składających się na przedmiot postępowania za cenę netto 27.437.329,77 zł.
Przyrównanie do siebie w/w wartości implikuje uznanie, iż Odwołujący uchybił określonemu przez Zamawiającego, wymaganiu w zakresie dopuszczalnej proporcji ceny netto zaoferowanej tytułem wynagrodzenia należnego za realizację robót budowlanych w ramach zadania: Budowa budynku (tj. 12.347.312,91 zł), w odniesieniu do całkowitej ceny netto oferty (27.437.329,77 zł), która wynosiła 45,001875 %.
Postanowienia określonego przez Zamawiającego wzoru Tabeli Elementów Scalonych miały w tym zakresie charakter oczywisty i jednoznaczny prowadząc do wniosku, iż każde nawet najmniejsze przekroczenie równowartości 45% wynikającej z określenia proporcji ceny netto zaoferowanej przez danego Wykonawcę za realizację robót budowlanych w ramach zadania: Budowa budynku, w odniesieniu do całkowitej ceny netto oferty składanej przez danego Wykonawcę, skutkować będzie uznaniem, iż doszło do sporządzenia Tabeli Elementów Scalonych w sposób niezgodny ze wzorem przekazanym przez Zamawiającego
Zamawiający wskazał, że jego obowiązkiem było dokonanie odrzucenia oferty Odwołującego, gdyż wymaganie takie wynikało z ppkt. 14.4 SIWZ, zgodnie z którym „Zamawiający odrzuci ofertę Wykonawcy, który sporządzi Tabelę Elementów Scalonych niezgodnie ze wzorem przekazanym wraz z Zaproszeniem do składania ofert".
W odniesieniu do zarzutu dotyczącego naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 4 P.z.p. Zamawiający wskazał, że nakłada on na zamawiającego obowiązek unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia, gdy cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Wykładnia językowa powyższego przepisu wskazuje, iż każdorazowo w przypadku zaistnienia sytuacji objętej hipotezą, w której cena najkorzystniejszej oferty lub oferty z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, zamawiający jest zobligowany unieważnić prowadzone postępowanie - chyba, że istnieje możliwość zwiększenia tej kwoty do ceny najkorzystniejszej oferty. Decyzja o zwiększeniu kwoty, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, stanowi suwerenną i niezawisłą decyzję podmiotu prowadzącego postępowania. Każda z ofert złożonych w toku postępowania przewyższa kwotę, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia stanowiącego jego przedmiot, a zatem nie sposób czynić zarzutu, iż Zamawiający nie skorzystał z przewidzianego w treści art. 93 ust. 1 pkt 4 P.z.p. uprawnienia.
W odniesieniu do zarzutu dotyczącego naruszenia art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający wskazał, że wymóg spełnienia odpowiedniej proporcji pomiędzy ceną netto zaoferowaną tytułem wynagrodzenia należnego za realizację robót budowlanych w ramach zadania: Budowa budynku, a całkowitą ceną netto złożonej oferty, został określony przez Zamawiającego w sposób jednoznaczny, niebudzący jakichkolwiek wątpliwości interpretacyjnych, uniemożliwiający jakąkolwiek swobodę interpretacyjną a tym bardziej - rozszerzającą wykładnię.
Kategoryczność postanowień SIWZ dotyczących odrzucenia oferty Wykonawcy, który sporządzi Tabelę Elementów Scalonych niezgodnie ze wzorem przekazanym wraz z zaproszeniem do składania ofert czynność odrzucenia oferty Odwołującego nie może zostać uznana jako przejaw nadmiernego formalizmu ze strony Zamawiającego.
Zdaniem Zamawiającego nie doszło do nierównego traktowania biorących w nim udział Wykonawców tym bardziej, iż na identycznej podstawie Zamawiający odrzucił ofertę Konsorcjum firm: CEKOM Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i A. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Instalacyjno-Budowlane „UNI-SAN" A. M. .

Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Z ppkt. 14.4 SIWZ wynikało, że „Zamawiający odrzuci ofertę Wykonawcy, który sporządzi Tabelę Elementów Scalonych niezgodnie ze wzorem przekazanym wraz z Zaproszeniem do składania ofert".
Zgodnie z treścią Tabeli Elementów Scalonych, w pozycji: „Budowa budynku" w kolumnie pod nazwą udział procentowy Zamawiający wskazał: „nie więcej niż 45% wartości oferty". W kolumnie kolejnej, Wykonawcy byli zobowiązani wpisać wartość oferty netto w poszczególnych pozycjach tabeli.
Odwołujący złożył ofertę na kwotę 27.437.329,77 zł netto (33.747.915,62 zł brutto).
Wartość pozycji Nr 2 „Budowa budynku" w Tabeli Elementów Scalonych została określona na 12.347.312,91 zł, co stanowi 45,001875% wartości oferty (okoliczność bezsporna).
Wartość poz. Nr 2 przekracza zatem 45% wartości oferty.
Zamawiający wymagał natomiast, aby wartość pozycji Nr 2 „Budowa budynku" nie przekroczyła 45% wartości oferty. Skoro wartość pozycji nr 2 „Budowa budynku" przekroczyła 45% wartości oferty, oznacza to, że oferta Odwołującego nie odpowiada wymaganiom SIWZ. Nie można zatem uznać, aby Zamawiający naruszył artykuł 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych dokonując odrzucenia oferty Odwołującego. Skoro oferta nie odpowiadała treści SIWZ, podlegała odrzuceniu.
Wbrew twierdzeniu Odwołującego, wymaganie Zamawiającego, wskazanie w kolumnie „udział procentowy" odnosiło się do wartości cenowej pozycji „budowa budynku". Tabela Elementów Scalonych została opracowana w ten sposób, że w kolumnie udział procentowy wykonawcy wpisywali wartości określone w procentach, zaś kolejna kolumna stanowiła wynik zastosowania pierwszej kolumny. W kolumnie drugiej zatytułowanej wartość oferty netto wykonawcy wpisywali wynik udziału procentowego w stosunku do wartości netto oferty. Zatem skoro Zamawiający określił wymaganie, aby pozycja „budowa budynku" nie przekraczała 45% wartości netto oferty, to wykonawca powinien zastosować się do tego wymagania i przedstawić w kolumnie: wartość oferty netto dla pozycji „budowa budynku" wartość wyrażoną w kwocie zł, nie przekraczającą 45% wartości oferty.
Odwołujący podniósł argument, że w SIWZ nie było żadnych zapisów dotyczących sposobu wypełnienia w Tabeli Elementów w Scalonych pozycji 2 „Budowa budynku" kolumna II. Należy jednak zauważyć, że wymaganie to zostało ujęte w jednym z dokumentów będących częścią dokumentacji przetargowej. Tabela Elementów Scalonych została przekazana wykonawcom do wypełnienia, stosownie do punktu 14 SIWZ. Zatem wszelkie wymagania ujęte w dokumencie Tabela Elementów Scalonych były wiążące dla wykonawców.
Bez znaczenia pozostają argumenty Odwołującego, iż Zamawiający umożliwił wykonawcom korzystanie z arkusza kalkulacyjnego Excel przy wypełnianiu Tabeli Elementów Scalonych, gdyż w dniu 22.10.2020 r. na swojej stronie internetowej zamieścił taki arkusz kalkulacyjny w wersji edytowalnej. Okoliczność ta nie zmienia podstawowego faktu, że Zamawiający określił jednoznaczne wymaganie w treści Tabeli Elementów Scalonych dotyczące limitu wartości pozycji budowa budynku.
Nie ma także znaczenia fakt, że Zamawiający nigdzie nie wyjaśnił, dlaczego określił limit 45% dla pozycji Budowa budynku w Tabeli Elementów Scalonych. Zamawiający nie ma obowiązku wyjaśniać postanowień zawartych w

dokumentacji. Istotne znaczenie ma okoliczność, że wymaganie to było określone dla wszystkich wykonawców.
Nie ma także znaczenia podnoszony argument, że Odwołujący w sposób nieznaczny przekroczył wymaganie Zamawiającego oraz okoliczność, że „formuła przyjęta do ustalenia udziału procentowego w pozycji 2 kolumna I Tabeli Elementów Scalonych ma prowadzić do uzyskania wyniku z dokładnością do trzech miejsc po przecinku, a więc tysięcznych części procenta".
Postanowienia wzoru Tabeli Elementów Scalonych miały charakter jednoznaczny, wiążący wszystkich wykonawców, a zatem każde nawet najmniejsze przekroczenie równowartości 45% wynikającej z określenia proporcji ceny netto zaoferowanej przez danego Wykonawcę za realizację robót budowlanych w ramach zadania: Budowa budynku, w odniesieniu do całkowitej ceny netto oferty składanej przez danego Wykonawcę, powinno skutkować uznaniem, że Tabela Elementów Scalonych została sporządzona w sposób niezgodny ze wzorem przekazanym przez Zamawiającego.
Zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, zamawiający unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia, gdy cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.
Skoro oferta z najniższą ceną przekraczała kwotę, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, Zamawiający, stosownie do ww. artykułu, miał możliwość unieważnić postępowanie.
Zamawiający ma możliwość zwiększenia kwoty, którą zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia do ceny najkorzystniejszej oferty, jednakże decyzja o zwiększeniu kwoty stanowi suwerenną i niezawisłą decyzję Zamawiającego. Nie jest to jego obowiązkiem.
Bez znaczenia dla rozstrzygnięcia pozostaje kwestia, że pierwotnie Zamawiający dokonał wyboru oferty Odwołującego i był gotowy zwiększyć kwotę na realizację zamówienia do kwoty zaoferowanej przez Odwołującego. Skoro oferta Odwołującego podlegała odrzuceniu, zaś po odrzuceniu oferty Odwołującego, w postępowaniu pozostały oferty zawierające wyższe ceny za realizację zamówienia, to należało stwierdzić, że Zamawiający miał prawo unieważnić postępowanie, na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.
W konsekwencji należy również uznać, że Zamawiający nie naruszył także art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z tym artykułem Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.
Zamawiający dokonał odrzucenia oferty Odwołującego, gdyż oferta nie odpowiadała wymaganiom określonym przez Zamawiającego. Wymaganie obowiązywało wszystkich wykonawców. Zatem w sytuacji, gdy Odwołujący nie zastosował się do wymagania Zamawiającego, jego oferta podlegała odrzuceniu. Nie jest istotne, o jaką wartość Odwołujący przekroczył wymaganie Zamawiającego. Istotna jest okoliczność, że Odwołujący przekroczył określony przez Zamawiającego limit wysokości ceny dla pozycji Nr 2 „Budowa budynku".
Zamawiający określił wymóg spełnienia odpowiedniej proporcji w sposób jednoznaczny i nie jest uprawnione twierdzenie Odwołującego o zastosowaniu przez Zamawiającego wykładni rozszerzającej.
Należy także zauważyć, że oceny, czy Zamawiający w sposób równy traktował wykonawców w postępowaniu, należy dokonywać w danym konkretnym postępowaniu. Bez znaczenia pozostają wywody Odwołującego zgłoszone podczas rozprawy, dotyczące innego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego równolegle przez tego samego Zamawiającego. Sposób postępowania Zamawiającego w innym postępowaniu nie może być przedmiotem oceny w niniejszym postępowaniu odwoławczym. Złożone zatem dowody dotyczące dokumentacji innego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie stanowią dowodu w niniejszej sprawie i nie potwierdzają tezy Odwołującego o nierównym traktowaniu wykonawców przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu. Na marginesie należy jedynie wskazać, że w prowadzonym równolegle postępowaniu Zamawiający również odnosił maksymalnie określone wartości pozycji do ceny całej oferty. Zatem sposób formułowania oferty, wypełniania formularzy, powinien być dla Odwołującego znany.
Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.
O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień 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).

Przewodniczący:……..……..