

Sygn. akt: KIO 2369/20

WYROK

z dnia 19 października 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Luiza Łamejko**

Protokolant: **Marta Słoma**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 października 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 września 2020 r. przez wykonawcę „**JAKOŚĆ BIS**” Sp. z o.o., ul. Piłsudskiego 42, 05-091 Ząbki w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Ząbki, ul. Wojska Polskiego 10, 05-091 Ząbki**

przy udziale wykonawcy **W. K. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą K. W. KROL Zakład Robót Drogowych i Inżynierjno Instalacyjnych, ul. Łukasiewicza 9g, 05-200 Wołomin** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie,

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę „JAKOŚĆ BIS” Sp. z o.o., ul. Piłsudskiego 42, 05-091 Ząbki zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę „**JAKOŚĆ BIS**” Sp. z o.o., ul. Piłsudskiego 42, 05-091 Ząbki tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie.

Przewodniczący :

Sygn. akt: KIO 2369/20

Uzasadnienie

Miasto Ząbki (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na budowę odcinka wylotowego kanalizacji deszczowej do Rowu Ząbkowskiego za Praską Giełdą Spożywczą w Ząbkach odprowadzającego ścieki opadowe i roztopowe z terenu Ząbek południowych. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 25 sierpnia 2020 r. pod pozycją 576003-N-2020.

W dniu 21 września 2020 r. wykonawca „JAKOŚĆ BIS” Sp. z o.o. z siedzibą w Ząbkach (dalej: „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego z postępowania, tj. błędne przyjęcie, iż oferta Odwołującego jest niezgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, albowiem nie spełnia wymagania określonego w poz.: 45, 47, 49, 51 kosztorysu uproszczonego (ofertowego) sporządzonego na podstawie przedmiarów robót stanowiących załącznik nr 6 do SIWZ, podczas gdy Odwołujący złożył ofertę zgodną z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a w szczególności złożył kosztorys uproszczony (ofertowy) zgodnie z: rozdziałem XI SIWZ opisującym sposób przygotowania oferty, rozdziałem XIII opisującym sposób obliczenia ceny oraz przedmiarami robót stanowiącymi załącznik nr 6 do SIWZ.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia dokonanej przez Zamawiającego czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
- 2) dokonania ponownego badania i oceny oferty Odwołującego;
- 3) obciążenie kosztami postępowania odwoławczego Zamawiającego, w tym zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Uzasadniając podniesiony zarzut Odwołujący stwierdził, że mając na uwadze postanowienia rozdziału XI pkt 4 ppkt 3 SIWZ oraz rozdziału XIII pkt 2 i 3 SIWZ, złożył wraz z ofertą wypełniony Kosztorys uproszczony (ofertowy) sporządzony na podstawie przedmiarów robót stanowiących załącznik nr 6 do SIWZ.

Odwołujący wskazał, że załączony do oferty Odwołującego Kosztorys zawierał dla poz.: 45, 47, 49, 51 w kolumnach: „Podstawa”, „Opis”, „Jedn. obm.”, „ilość”, identyczne postanowienia do tych zawartych w analogicznych pozycjach i kolumnach, co załącznik nr 6 do SIWZ. Odwołujący w kolumnach: „Cena jedn.”, „Wartość” wskazał wymagane i zgodne z ww. postanowieniami SIWZ ceny całkowite za wskazany przez Zamawiającego zakres prac określonych w kolumnach: „Podstawa”, „Opis”, „Jedn. obm.”, „ilość”.

Za wadliwe Odwołujący uznał twierdzenie Zamawiającego zamieszczone w piśmie z dnia 14 września 2020 r., że Odwołujący zmienił zakres rzeczowy robót względem wymagań Zamawiającego poprzez zastosowanie niewłaściwej wysokości studni kanalizacyjnej w zakresie poz. nr 45, 47, 49, 51 Przedmiaru robót. Jak wskazał Odwołujący, Zamawiający uzasadnił to tym, że Odwołujący nie podał cen ujemnych w tych pozycjach, a zatem zaoferował zdaniem Zamawiającego nie zmniejszenie o 0,5 m, a zwiększenie

o 0,5 m, co powoduje, że studnie są niezgodne z wymogami Zamawiającego.

Odwolujący stwierdził, że ww. stanowisko Zamawiającego jest pozbawione podstaw, bowiem Odwołujący w Kosztorysie uproszczonym (ofertowym) wskazał identyczny zakres robót (w tym identyczną wysokość studni kanalizacyjnej), jak ten wskazany przez Zamawiającego w Przedmiarze robót stanowiącym załącznik nr 6 do SIWZ. Odwołujący wskazał, że jedynie zgodnie z rozdziałem XI i XIII SIWZ wycenił zakres prac z pozycji nr 45, 47, 49, 51 Przedmiaru robót wskazując cenę jednostkową i wartość tych prac w wysokości 1 zł. Właśnie na taką kwotę Odwołujący wycenił zmniejszenie studni o 0,5 m w poz. 45, 47, 49, 51 Przedmiaru robót. Odwołujący zaznaczył, że w żadnym miejscu Zamawiający nie podał, że w tych pozycjach należy podać wartości ujemne. Odwołujący podkreślił, że działanie Odwołującego jest zgodne z postanowieniami SIWZ oraz przepisami ustawy Pzp, co oznacza, że nie może być mowy o naruszeniu przez Odwołującego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Odwolujący podniósł, że wskazanie w wycenie ceny minusowej byłoby niezgodne z przepisami ustawy Pzp. Odwołujący przywołał stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w orzeczeniu o sygn. akt KIO 93/16 i KIO 1153/13.

Jak podał Odwołujący, SIWZ nie zawiera postanowień, które nakazywałyby wskazanie ceny jednostkowej ujemnej dla poz. 45, 47, 49, 51 Kosztorysu uproszczonego (ofertowego) lub zakazywałyby wskazywania cen jednostkowych dodatnich dla ww. pozycji. Wobec powyższego wskazanie w „INFORMACJI ZAMAWIAJĄCEGO o Wykonawcach, których oferty zostały odrzucone”, iż Zamawiający w przedmiarze robót umieścił minusowe krotności zmniejszające wysokość studni, do których to oferent się nie zastosował i w konsekwencji tego, w pozycjach kosztorysu ofertowego nr 45, 47, 49, 52 występują wartości dodatnie zamiast ujemnych, stanowi, w ocenie Odwołującego, niezgodną z art. 65 KC nadinterpretację postanowień oferty, albowiem nie ma ona podstaw w brzmieniu postanowień SIWZ. Zdaniem Odwołującego, taka interpretacja postanowień SIWZ stanowi przejaw naruszenia obiektywnej reguły znaczeniowej, uwzględniającej możliwość percepcji innych uczestników obrotu, a w konsekwencji także ich zaufanie do ustalonego w ten sposób znaczenia oświadczenia, albowiem postanowienia SIWZ nie nakazywały zastosowania dla ww. pozycji stawek minusowych, a jedynie nakazywały ich wycenę, co Odwołujący uczynił.

Odwolujący zauważył ponadto, że Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego nie wskazał, które konkretnie postanowienie SIWZ jest niezgodne z ofertą odrzuconą.

Odwolujący stwierdził, że jeżeli Zamawiający subiektywnie (wbrew literalnemu brzmieniu) oceniał znaczenie postanowień załącznika nr 6 do SIWZ, to powinien ponieść ryzyko jego niejasnej dla wykonawcy redakcji. Jak wskazuje Sąd Apelacyjny w Szczecinie w wyroku z dnia 19 grudnia 2019 r. sygn. akt I AGa 109/19, strona, która korzysta z faktycznej swobody formułowania tekstu umowy, ponosi ryzyko jego niejasnej redakcji. Dlatego też wątpliwości interpretacyjne, niedające się usunąć w drodze ogólnych reguł wykładni oświadczeń woli, powinny być interceptowane na niekorzyść autora tekstu wywołującego te wątpliwości. Odwołujący wskazał na analogiczne stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w wyroku z dnia 11 sierpnia 2014 r. (sygn. akt KIO 1557/14), w którym Izba wskazała, że wykonawcy nie mogą ponosić negatywnych konsekwencji w związku z niezastosowaniem się do niejasnych wymagań SIWZ, a wszelkie wątpliwości interpretacyjne w tym zakresie winny być rozstrzygane na korzyść wykonawców.

Do postępowania odwoławczego przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca W. K. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą K. W. KROL Zakład Robót Drogowych i Inżynieryjno Instalacyjnych z siedzibą w Wołominie.

W dniu 14 października 2020 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Na rozprawie strony podtrzymały dotychczas prezentowane stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy wymieniony w treści uzasadnienia, jak również stanowiska stron i uczestnika postępowania zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazuje na pozbawienie Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając go tym samym na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody.

Rozpoznając odwołanie w granicach podniesionych zarzutów Izba uznała, że nie zaistniały podstawy do jego uwzględnienia.

Izba ustaliła, że podstawą odrzucenia oferty Odwołującego było stwierdzenie przez Zamawiającego, że załączony do oferty kosztorys jest niezgodny z treścią SIWZ, a przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie ma zastosowania. W piśmie z dnia 14 września 2020 r., w którym Zamawiający poinformował Odwołującego o odrzuceniu oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, Zamawiający zwrócił uwagę, że w przedmiotowym postępowaniu przewidziano kosztorysowy charakter wynagrodzenia. Zamawiający stwierdził, że w tym przypadku kosztorys stanowi dokument o znaczeniu finansowym i służy do czynności skalkulowania kosztów realizacji zadania przez wykonawcę oraz zaprezentowania ceny oczekiwanej za wykonanie całości przedmiotu zamówienia. Zamawiający uzasadnił swoją decyzję wskazując, że zakres zaistniałych niezgodności w kosztorysie nie podlega poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, bowiem w celu poprawienia omyłki niezbędny jest brak wątpliwości po stronie Zamawiającego co do prawidłowej treści oferty, niedopuszczalne jest przy tym prowadzenie negocjacji. Zamawiający stwierdził, że Odwołujący zmienił zakres rzeczowy robót względem wymagań Zamawiającego poprzez zastosowanie niewłaściwej wysokości studni kanalizacyjnej, która powinna wynosić:

- 2,5m – w pozycji 45: z pozycji bazowej nr 44 od wysokości studni należy odjąć 0,5m,

a Odwołujący zastosował wysokość 3,5m poprzez dodanie 0,5m, a nie odjęcie 0,5m;

- 2,0m - w pozycji 47: z pozycji bazowej nr 46 od wysokości studni należy odjąć $2 \times 0,5m = 1m$, a Odwołujący zastosował wysokość 4m poprzez dodanie $2 \times 0,5m = 1m$, a nie odjęcie $2 \times 0,5m = 1m$;

- 2,5m - w pozycji 49: z pozycji bazowej nr 48 od wysokości studni należy odjąć 0,5m, a Odwołujący zastosował wysokość 3,5m poprzez dodanie 0,5m, a nie odjęcie 0,5m;

- 2,5m - z pozycji bazowej 51 od wysokości studni należy odjąć 0,5m, a Odwołujący zastosował wysokość 3,5m poprzez dodanie 0,5m, a nie odjęcie 0,5m.

Dalej Zamawiający zwrócił uwagę, że w przedmiarze robót umieścił minusowe krotności zmniejszające wysokość studni, do których Odwołujący się nie zastosował i w konsekwencji tego, w pozycjach kosztorysu ofertowego nr 45, 47, 49, 52 występują wartości dodatnie zamiast ujemnych. Z uwagi na powyższe błędy Zamawiający uznał, że oferta Odwołującego jest niezgodna z wymaganą technologią Zamawiającego, ponieważ Odwołujący nie oferuje właściwych wysokości studni występujących w przedmiocie zamówienia. Zamawiający stwierdził, że podjęcie czynności poprawiania błędów w kosztorysie Odwołującego i ustalenie prawidłowej treści oświadczenia woli Odwołującego w tym stanie faktycznym jest niemożliwe z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji.

W przedmiotowej sprawie bezsporna jest okoliczność, że wymagane przez Zamawiającego kosztorysy uproszczone (ofertowe) miały zostać sporządzone na podstawie przedmiarów robót załączonych do SIWZ (rozdział XIII pkt 2 SIWZ). Pozycje 45, 47, 49, i 52 przedmiaru robót stanowiły pozycje korygujące dla pozycji je poprzedzających, będących pozycjami kosztorysowymi bazowymi z katalogu KNNR dla studni o wysokości 3m. Pozycje korygujące miały na celu odpowiednie skorygowanie (zmniejszenie) wysokości studni z pozycji bazowej i w tym celu Zamawiający opisał je jako potrącenie z pozycji bazowej. Na powyższe w sposób jednoznaczny wskazuje opis spornych pozycji, który wprost mówi o zmniejszeniu głębokości kręgów o 0,5m (poz. 45, 49, 52) lub o 1m (poz. 47), wskazuje współczynnik -1 (poz. 45, 49, 52) lub -2 (poz. 47) dla robocizny, materiałów i sprzętu, a także wskazuje na krotność -1 (poz. 45, 49, 52) lub -2 (poz. 47). W pozycjach tych wykonawca zobowiązany był zatem określić wartość, o jaką zmniejsza się wartość pozycji je poprzedzających w związku ze zmniejszeniem przez Zamawiającego wysokości studni w stosunku do wysokości z katalogu KNNR. Pozycje te powinny zostać wyrażone wartością ujemną. Taki opis sposobu obliczenia przedmiotowych pozycji nie budził wątpliwości innych wykonawców – obaj wykonawcy ubiegający się wraz z Odwołującym o przedmiotowe zamówienie w sposób prawidłowy, zgodny z wymaganiami Zamawiającego, wypełnili sporne pozycje.

Izba miała na względzie także okoliczność, że Odwołującemu przysługiwało uprawnienie zwrócenia się do Zamawiającego o udzielenie wyjaśnień co do sposobu obliczenia ceny (art. 38 ustawy Pzp), z którego to uprawnienia Odwołujący nie skorzystał.

Izba stwierdziła, że z uwagi na niezastosowanie przez Odwołującego określonego w przedmiarze robót sposobu obliczenia ceny, Zamawiający miał podstawy by przyjąć, że Odwołujący zaoferował inny zakres rzeczowy robót niż opisany w wymaganiach Zamawiającego. W ocenie Izby, przyjęcie i wybór jako najkorzystniejszej oferty sporządzonej niezgodnie z wymaganiami Zamawiającego byłoby sprzeczne z podstawowymi zasadami Prawa zamówień publicznych (art. 7 ustawy Pzp).

Z uwagi na powyższe Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp i uznała czynności wykonane przez Zamawiającego za prawidłowe.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 4 w zw. z § 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), zaliczając w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Przewodniczący :.....