

WYROK
z dnia 17 listopada 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Danuta Dziubińska
Emilia Garbala

Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Mateusz Zientak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu: 15 listopada 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 3 listopada 2017 r. przez **wykonawcę P. -F. Sp. z o.o. M., ul. (...)** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę P. ul. (...)**

przy udziale **wykonawcy A Ś. O., ul. (...)** zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego **P. -F. Sp. z o.o.** i dokonanie ponownej czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego;
2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego **Gminę P.** i:
 - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę **P. -F. Sp. z o.o.** tytułem wpisu od odwołania,

1

-
- 2) zasądza od Zamawiającego - **Gminy P.** kwotę **14 397,35 gr** (słownie: czternaście tysięcy trzysta dziewięćdziesiąt siedem złotych 35 groszy) na rzecz Odwołującego **P. -F. Sp. z o.o.** stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, kosztów dojazdu i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. z 2017r. 1579) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego Świdnicy.

Przewodniczący:

.....
.....

Sygn. akt KIO 2320/17

Uzasadnienie

2

Gmina P. (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2017 r. poz. 1579), zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp” postępowanie o zamówienie publiczne pn. „Budowa budynku żłobka oraz budowa demonstracyjnego budynku przedszkola z częścią żłobkową w m. P..”.

Wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Ogłoszenie zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 591210-N-2017 z dnia 20.09.2017r.

W dniu 3 listopada 2017 r. wykonawca **P. -F. Sp. z o.o.** wniósł odwołanie na czynność

odrzućenia złożonej przez niego jego oferty z powodu niezgodności treści oferty z treścią SIWZ oraz błędu w obliczeniu ceny lub kosztu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 36b ust. 1 Pzp, poprzez nieprawidłowe zastosowanie i skutkiem tego odrzucenie oferty Odwołującego z powodu rzekomej niezgodności treści oferty z treścią SIWZ;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, poprzez nieprawidłowe zastosowanie i skutkiem tego odrzucenie oferty Odwołującego z powodu rzekomego błędu w obliczeniu ceny;
- 3) art. 87 ust. 1 Pzp w zakresie zaniechania wyjaśnienia, czy Odwołujący zna na obecnym etapie ewentualnych podwykonawców i w jaki sposób będzie z nich korzystał;
- 4) art. 7 ust. 1 Pzp będące konsekwencją wskazanych przez Odwołującego naruszeń.

Wskazując na powyższe Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności badania i oceny ofert, unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, a następnie powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Odwołujący wskazał, iż ma interes w uzyskaniu zamówienia będącego przedmiotem przetargu, ponieważ złożył ofertę najkorzystniejszą według przyjętych w SIWZ kryteriów. W związku z tym, w ocenie Odwołującego, gdyby nie decyzja Zamawiającego będąca wynikiem naruszenia wskazanych w odwołaniu przepisów, miałby szanse na uzyskanie zamówienia.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, iż SIWZ w § 5.1-4 zawiera informacje, że wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia (usługi projektowe i/lub roboty

3

budowlane) podwykonawcom. Zamawiający żąda wskazania przez wykonawcę części zamówienia (usługi projektowe i/lub roboty budowlane), których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom i podania przez Wykonawcę nazw podwykonawców, adresów, NIP, Regon, tel., e-mail oraz, jeżeli zmiana albo rezygnacja z podwykonawcy dotyczy podmiotu, na którego zdolności lub sytuację Wykonawca powoływał się, na zasadach określonych w art. 22a ust. 1 ustawy, w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, Wykonawca jest obowiązany wykazać Zamawiającemu, iż proponowany inny podwykonawca lub Wykonawca samodzielnie spełnia je w stopniu nie mniejszym niż podwykonawca, na którego zdolności lub sytuację powoływał się w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia. Ponadto SIWZ zawiera zapis wskazujący, iż jeżeli Zamawiający stwierdzi w trakcie procedury udzielania zamówienia, że wobec danego podwykonawcy, na którego zdolności lub sytuację Wykonawca powoływał się, na zasadach określonych w art. 22a ust. 1 ustawy, zachodzą podstawy wykluczenia, Wykonawca obowiązany jest zastąpić tego podwykonawcę lub zrezygnować z powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

W § 5.6 SIWZ zawarta była informacja, że Zamawiający żąda, aby przed przystąpieniem do wykonania zamówienia wykonawca, o ile są już znane, podał imiona i nazwiska oraz dane kontaktowe podwykonawców i osób do kontaktu z nimi, zaangażowanych w takie roboty budowlane lub usługi. Jeżeli powierzenie podwykonawcy wykonania części zamówienia na roboty budowlane lub usługi następuje w trakcie jego realizacji, wykonawca na żądanie zamawiającego przedstawia oświadczenie, o którym mowa w art. 25a ust. 1 ustawy oraz oświadczenia lub dokumenty potwierdzające brak podstaw wykluczenia wobec tego podwykonawcy i odpowiednio do dalszych podwykonawców (§ 5.7 i 9 SIWZ). Kolejne zapisy SIWZ (§ 5.10) zawierały uregulowania dotyczące zawierania przez Wykonawcę umów

z podwykonawcami i dalszymi podwykonawcami na roboty budowlane i usługi.

Odwołujący wskazał, iż SIWZ nie zawierała zapisów, według których określone części zamówienia były zastrzeżone do osobistego wykonania przez Wykonawcę. Ofertę należało sporządzić na formularzu stanowiącym Załącznik nr 1 Rozdział IV SIWZ w brzmieniu po zmianie SIWZ. W pkt 8 formularza oferty zawarte było oświadczenie wykonawcy odnoszące się do realizacji zamówienia przy udziale podwykonawców, wymienionych w tabeli. Należało podać nazwę podwykonawcy, zakres rzeczowy robót lub usług mu podzlecanych wg tabeli elementów scalonych i ich wartość. Odwołujący wypełnił tabelę w ten sposób, że wskazał wartości podzlecanych usług i robót budowlanych z zaznaczeniem: „Nie znamy na tym etapie nazw firm Podwykonawców”. W pkt. 9 formularza oferty zawarty był zapis: „Dla

nr 4 do SIWZ) wypełnione w sposób wskazany w treści rzeczzonego oświadczenia."

Odwołujący

z przyczyn oczywistych oświadczeń takich nie przedstawił, a ponieważ nie polegał na potencjale podmiotów trzecich, wykreślił cały punkt 10 formularza oferty.

Odwołujący stwierdził, iż złożył ofertę według wytycznych zawartych w SIWZ, natomiast Zamawiający uznał, że jest ona niezgodna z treścią SIWZ. Zamawiający uzasadniając swoje stanowisko wskazał, iż Wykonawca w pkt 8 formularza ofertowego podał zakres rzeczowy podzlecanych usług i robót budowlanych nie podając nazw firm podwykonawców. W związku z tym, zdaniem Zamawiającego, oferta Odwołującego jest niezgodna z treścią SIWZ. Zamawiający, jako uzasadnienie swojego stanowiska przytoczył wyroki KIO, które zdaniem Odwołującego obejmują stany faktyczne niemające żadnego związku z niniejszym postępowaniem, a zatem są nieprzydatne dla poparcia oceny dokonanej przez Zamawiającego.

Odwołujący przedstawił argumentację, iż przepisy ustawy Pzp dopuszczają możliwość realizacji zadań w systemie podwykonawstwa, na co wskazuje art. 36a ustawy i dają Zamawiającemu możliwość powzięcia informacji o podwykonawcach oraz weryfikacji podwykonawców, na co wskazują przytoczone przez Odwołującego przepisy art. 36 b ust. 1 oraz 36 ba ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący, nie znając nazw podwykonawców nie mógł ich podać, a w konsekwencji nie mógł przedstawić oświadczeń, o których mowa w art. 25a ust. 1 ustawy, w stosunku do nich. W związku z tym, w ocenie Odwołującego, Zamawiający nie mógł odrzucić jego oferty z uwagi na brak oświadczeń dotyczących tych podwykonawców z tego powodu, iż oświadczenie z art. 36 b ust. 1 ustawy Pzp ma odzwierciedlenie w art. 71 ust. 2 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE, gdzie wskazano: „W dokumentach zamówienia instytucja zamawiająca może żądać albo zostać zobowiązana przez państwo członkowskie do żądania od oferenta, aby wskazał on w swojej ofercie ewentualną część zamówienia, której wykonanie zamierza zlecić osobom trzecim w ramach podwykonawstwa, a także, aby podał ewentualnych proponowanych podwykonawców”, co oznacza, że oświadczenie to nie stanowi treści oferty w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, tj. merytorycznej treści zobowiązania wykonawcy oferowanego w odpowiedzi na opisany przez zamawiającego w SIWZ przedmiot zamówienia. Nie jest to więc oświadczenie woli,

o jakim stanowi przepis art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego w związku z art. 14 ustawy Pzp.

W szczególności o charakterze żądania zamawiającego, o którym stanowi art. 36b ust. 1 ustawy Pzp, na które odpowiedź wykonawcy nie stanowi treści oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, świadczy również treść przepisów art. 36b ust. 1a, ust.

5

1b, czy ust. 2 ustawy Pzp, w myśl których czas żądania złożenia oświadczenia o powierzeniu części zamówienia podwykonawcom ze wskazaniem ich firm i części powierzanych do wykonania, jak również możliwość zmiany tych danych w trakcie realizacji zamówienia (art. 36ba ust. 1-3 ustawy Pzp), może być różny. Z tych względów brak podania w formularzu ofertowym żądanych informacji nie powoduje niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, o jakiej stanowi art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, skutkującej odrzuceniem oferty. Odwołujący na poparcie swojego stanowiska wskazał wyroki KIO z dnia 13 lutego 2017 r. sygn. akt KIO 192/17, z 24 stycznia 2017 sygn. akt 50/17, z dnia 22 lutego 2017 sygn. akt KIO 234/17.

Odwołujący podał również, iż Zamawiający uznał także, że jego oferta zawiera błąd w obliczeniu ceny lub kosztu.

Zdaniem Odwołującego zawarte w informacji o odrzuceniu oferty uzasadnienie tej decyzji stoi w opozycji do zapisów SIWZ i jest przejawem dowolnej ich interpretacji dyktowanej względami montażu finansowego zadania. Na poparcie swojego stanowiska, Odwołujący wskazał, iż w art. 9 SIWZ podany był sposób obliczenia ceny oferty. Cenę tę należało wyliczyć w tabeli elementów scalonych według załącznika nr 5 do SIWZ, a następnie podać w formularzu ofertowym. Zapis ten określa kolejność działań.

Odwołujący wyjaśnił, iż Zamawiający uwzględniając, że przedsięwzięcie budowlane współfinansowane jest z dwóch różnych programów unijnych poinformował, że Wykonawca

zobowiązany jest podać w Formularzu ofertowym cenę ofertową za cały przedmiot zamówienia oraz dokonać podziału wyliczonej kwoty na koszt wybudowania żłobka (zadanie 1) oraz koszt wybudowania przedszkola z częścią żłobkową (zadanie 2), uwzględniając przyjęte założenia, w tym że: „(...) Koszt prac projektowych wyliczony odrębnie dla żłobka oraz przedszkola z częścią żłobkową wynosi odpowiednio: dla żłobka 6,90% a dla przedszkola z częścią żłobkową 6,25% wyliczonych odrębnie dla każdej części kosztów robót budowlanych wraz z wyposażeniem”; (art.9 § 1 pkt 3 SIWZ). Ponieważ z cytowanym zapisem SIWZ nie współgrała treść formularza oferty i tabeli elementów scalonych, w pytaniu nr 17 zwrócono na to uwagę, a Zamawiający udzielając na to pytanie odpowiedzi zmodyfikował formularz oferty oraz załącznik nr 5 tj. tabelę elementów scalonych. Zmieniony formularz oferty w pkt 3 zawierał zapis: „ 3. Uwzględniając, iż niniejsze przedsięwzięcie budowlane współfinansowane jest z dwóch różnych programów unijnych, Wykonawca dokonuje podziału, całkowitego kosztu wybudowania obiektu budowlanego metodą Zaprojektuj i Wybuduj na podstawie TABELI ELEMENTÓW SCALONYCH (podanego w pkt 1 Formularza ofertowego) na koszt wybudowania budynku żłobka (jako zadanie 1) oraz koszt wybudowania demonstracyjnego budynku przedszkola z częścią żłobkową jako zadanie 2) przy uwzględnieniu następujących założeń:

6

- W części przedszkolnej projektuje się sale przedszkolne, salę wielofunkcyjną, pomieszczenia dla pracowników, toalety ogólnodostępne oraz pomieszczenia magazynowe i pomocnicze,
- W części żłobkowej projektuje się sale żłobkowe, pomieszczenia dla pracowników, pomieszczenia pomocnicze, kuchnię pomieszczenia techniczne, oraz kotłownię,
- Wszystkie koszty dotyczące części wspólnych w obiekcie (tj. pomieszczenia techniczne, magazynowe oraz kuchnia) oblicza się procentem wynikającym ze stosunku powierzchni netto odpowiednio: żłobka, wynoszącej 551 m2 do powierzchni netto całości wynoszącej 2119m2 i analogicznie przedszkola,
- Koszt zagospodarowania otoczenia (zieleni, parkingi, drogi wewnętrzne, oświetlenie zewnętrzne, mała architektura), przyłącza (gazowe, wodno-kanalizacyjne, elektryczne, telefoniczne) oblicza się proporcjonalnie w stosunku żłobek/przedszkole,
- Koszt wszystkich wspólnych robót budowlanych, instalacji, taras na dachu, balustrady, wycieraczki oblicza się proporcjonalnie w stosunku żłobek/przedszkole,
- Koszt ogrodzenia, nawierzchni bezpiecznej ok. 500 m2, ścieżki dydaktyczne, urządzenia zabawowe Placu zabaw ujęto w projekcie przedszkola
- Koszt prac projektowych i nadzoru autorskiego wyliczony odrębnie:
 - dla projektu żłobka przyjmując jako 6,9% łącznej wartości robót budowlanych wraz z opisany w niniejszym punkcie wyposażeniem;
 - dla projektu przedszkola z częścią żłobkową przyjmując jako 6.25% łącznej wartości robót budowlanych wraz z opisany w niniejszym punkcie wyposażeniem
- Koszt wyposażenia kuchni ujęto w projekcie żłobka.
- Koszt dźwigu osobowego ujęto w projekcie przedszkola
- Koszt wyposażenia toalet i szatni ujęto odrębnie odpowiednio w projekcie przedszkola z częścią żłobkową oraz projekcie żłobka.

Zmieniony formularz oferty w pkt 3 zawierał rubryki do wpisania kosztów budowy budynku żłobka i kosztów budowy demonstracyjnego budynku przedszkola z częścią żłobkową w formie tabelki. Zawarta w SIWZ tabela elementów scalonych dzieliła zadanie na koszty budowy dotyczące obiektu budowlanego wspólne dla żłobka i przedszkola oraz koszty zagospodarowanie terenu i sieci zewnętrzne. Na str. 9 tabeli elementów scalonych znajdowała się tabela zawierająca pozycje: „2) Razem koszt zagospodarowania terenu i sieci zewnętrznych, „RAZEM WARTOŚĆ ROBÓT BUDOWLANYCH 1)+2):” , „3)RAZEM WARTOŚĆ PRAC PROJEKTOWYCH Z NADZOREM AUTORSKIM oraz uzyskaniem decyzji

7

o pozwoleniu na budowę”, „4)Uzyskanie bezwarunkowej decyzji o pozwoleniu na użytkowanie”, „RAZEM WARTOŚĆ ZAMÓWIENIA: 1)+2)+3)+4)” oraz: „... WARTOŚĆ ZAMÓWIENIA WYNOŚI ZŁOTYCH (BRUTTO):” Tabela nie zawierała rubryk pozwalających

na ustalenie odrębnie kosztów wartości robót budowlanych dla żłobka i odrębnie dla przedszkola, natomiast obiekt będący przedmiotem przetargu, ma być jednym budynkiem podzielonym tylko funkcjonalnie. Układ tabeli pozwalał na ustalenie łącznej wartości robót budowlanych dla obiektu budowlanego (1) i zagospodarowania terenu i sieci zewnętrznych (2). Tabela elementów scalonych nie dzieliła wartości robót dla żłobka i dla przedszkola z częścią żłobkową. Tabela elementów scalonych zawierała natomiast rubrykę pn. „RAZEM WARTOŚĆ ROBÓT BUDOWLANYCH 1)+2):”. Odwołujący uznał zatem, zgodnie z zapisem art. 9 §1 SIWZ, że dane liczbowe zawarte w tej pozycji winny być brane pod uwagę do wyliczenia ułamków określających wartość prac projektowych i nadzoru autorskiego dla żłobka i przedszkola z częścią żłobkową, zgodnie z instrukcją podaną przez Zamawiającego w SIWZ.

Zdaniem Odwołującego treść informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego nie znajduje żadnego odzwierciedlenia w zapisach SIWZ. Okazuje się, bowiem, że intencją Zamawiającego było dokonanie podziału wyliczonego kosztu budowy na dwa zadania, a następnie wyliczenie odpowiednio kosztów prac projektowych z nadzorem autorskim odrębnie dla obu zadań, przyjmując wskazane wskaźniki procentowe. Zdaniem Odwołującego miało to być czynione Odwołującego, z pominięciem kolejności określonej w art. 9 §1 SIWZ, przy czym ocena Zamawiającego nie wpisuje się w wymogi SIWZ, nie tylko co do metodologii wyliczeń (kolejność działań), ale także posługuje się innym nazewnictwem, aniżeli to wskazane w SIWZ. Tabela elementów scalonych zawiera rubrykę pn. "Razem koszt budowy obiektu budowlanego", a pkt. 3 formularza oferty nakazuje do wyliczenia wartości prac projektowych i nadzoru autorskiego brać pod uwagę łączną wartość robót budowlanych; taka rubryka również znajduje się w tabeli elementów scalonych. Oczekiwanie Zamawiającego, że do wyliczenia wartości prac projektowych i nadzoru autorskiego wzięto by pod uwagę wyłącznie koszt budowy obiektu budowlanego z pominięciem kosztu zagospodarowania terenu i sieci zewnętrznych są sprzeczne z zasadami logiki; sieci i zagospodarowanie terenu również muszą zostać zaprojektowane. Nie ma żadnego uzasadnienia w tym, aby były one zaprojektowane za zero zł lub, aby wartość prac projektowych i nadzoru autorskiego dla tego elementu była „ukryta” w robotach budowlanych.

Odwołujący zauważył, iż Zamawiający jako podstawę prawną czynności wskazał błąd w obliczeniu ceny lub kosztu, ale w żaden sposób nie uzasadnił, który z tych elementów

8

wziął pod uwagę. Odwołujący, pismem z dnia 16.10.2017r., w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, jednoznacznie wyjaśnił sposób wyliczenia ceny za prace projektowe, który jest zgodny z instrukcją Zamawiającego podaną w odpowiedzi na pytanie 17, tj. podając.: „Zgodnie z Tabelą Elementów Scalonych złożoną przez nas w ofercie łączna wartość robót budowlanych wraz z zagospodarowaniem terenu bez prac projektowych i nadzoru autorskiego wynosi 6.925.101,95 zł netto. Według zapisów w SIWZ koszt prac projektowych i nadzoru autorskiego miał być wyliczony odrębnie:

- dla projektu żłobka - jako 6,9% łącznej wartości robót budowlanych tj.: $0,069 \times 6.925.101,95 \text{ zł} = 477.832,04 \text{ zł netto}$.
- dla projektu przedszkola - jako 6,25% łącznej wartości robót budowlanych tj.: $0,0625 \times 6.925.101,95 \text{ zł} = 432.818,87 \text{ zł netto}$.

Zatem łączna wartość prac projektowych z nadzorem autorskim wynosi: $477.832,04 + 432.818,87 = 910.650,91 \text{ zł netto}$. To jest wartość wyliczona zgodnie ze wytycznymi zapisanymi w SIWZ.”

Odwołujący wskazał, iż definiując w art. 2 pkt 1 ustawy Pzp pojęcie ceny, ustawodawca odwołał się do ceny w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach (Dz.U. Nr 97, poz. 1050 ze zm.), który stanowi, że ceną jest wartość wyrażona w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest obowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę.

W cenie uwzględnia się podatek od towarów i usług oraz podatek akcyzowy, jeżeli na podstawie odrębnych przepisów sprzedaż towaru (usługi) podlega obciążeniu podatkiem od towarów i usług oraz podatkiem akcyzowym. Podatek ten (VAT) jest więc niewątpliwie składnikiem ceny, elementem, który tworzy cenę brutto i ostatecznie decyduje o jej wysokości. Nowelizacja ustawy PZP wprowadziła art. 91 ust. 3b-3d, zgodnie z którymi kryterium kosztu można określić na podstawie kosztu w cyklu życia produktu, którego

definicję zawiera Dyrektywa klasyczna 2014/24/UE w art. 2 pkt 20, zgodnie z którym cykl życia to wszystkie kolejne lub powiązane ze sobą etapy, w tym działania badawczo-rozwojowe, które należy wykonać, produkcja, obrót i jego warunki, transport, użytkowanie i utrzymanie w całym okresie istnienia produktu lub obiektu budowlanego lub świadczenia usługi lub nabycia surowca lub wytworzenia zasobów po wywóz, usunięcie i zakończenie obsługi lub użytkowania.

W przedmiotowym postępowaniu kryterium oceny ofert była cena z wagą 60 %. W ocenie Odwołującego nie wystąpił błąd w obliczeniu ceny jego oferty, gdyż cena zawiera wszystkie elementy składające się na przedmiot zamówienia i została wyliczona zgodnie ze wskazaniami Zamawiającego (art.9 §1), jak też przy uwzględnieniu przedmiotu zamówienia.

9

Nie do zaakceptowania jest, zdaniem Odwołującego, stan, w którym Zamawiający oczekuje na etapie oceny ofert innego jej wyliczenia aniżeli ten, który wskazał w SIWZ i który odpowiada zakresowi przedmiotu zamówienia. Nie może być tak, że w cenie nie będzie uwzględniona wartość prac projektowych i nadzoru autorskiego dla zagospodarowania terenu oraz sieci

w sytuacji, gdy tabela elementów scalonych te wartości zawiera. Skoro to Zamawiający jest autorem SIWZ, to Odwołujący nie może ponosić skutków tego, że dokument ten nie zawiera jednoznacznych określeń lub jego zapisy mogą być różnie interpretowane. Zasadą jest, że wątpliwości winny być tłumaczone na korzyść wykonawcy.

Zamawiający pismem z dnia 14 listopada 2017 r. złożył odpowiedź na odwołanie, w którym wniósł o oddalenie odwołania w całości. Zamawiający wskazał, iż uwzględniając przyjęte założenia w treści SIWZ precyzyjnie określił założenia, jakimi Wykonawca powinien kierować się przy dokonywaniu podziału uprzednio wyliczonych kosztów. Zamawiający podał, iż Odwołujący łączny koszt budowy obiektu budowlanego wraz z kosztem zagospodarowania terenu i sieci zewnętrznych w Tabeli elementów scalonych określił na kwotę 6 925 101, 95 zł (netto) + VAT, co stanowi kwotę brutto: 8 517 875,40 zł. Zgodnie z przyjętymi przez Zamawiającego w SIWZ założeniami kwota ta zawiera łączny koszt budowy żłobka (zadanie nr 1) oraz koszt budowy demonstracyjnego budynku przedszkola z częścią żłobkową (zadanie nr 2).

Zgodnie z opisanymi w SIWZ oraz w Formularzu ofertowym założeniami, Wykonawca zobowiązany był dokonać podziału wyliczonego kosztu budowy obiektu na dwa zadania, a następnie wyliczyć odpowiednio koszty prac projektowych z nadzorem autorskim odrębnie dla obu zadań przyjmując wskazane wskaźniki procentowe. W ocenie Zamawiającego Odwołujący popełnił błąd w sposobie obliczenia kosztów prac projektowych z nadzorem autorskim odrębnie dla obu zadań, co, zdaniem Zamawiającego, potwierdził

gdyż dla składając wyjaśnienia

odnośnie treści oferty na podstawie art.87 ust 1 Pzp,

każdego z odrębnych zadań przyjął jako podstawę do wyliczenia wartości prac projektowych z nadzorem autorskim łączny koszt budowy obiektu budowlanego wraz z kosztem zagospodarowania terenu i sieci zewnętrznych, co, w ocenie Zamawiającego, nie może być traktowane jako omyłka i nie może być poprawione.

Zamawiający podał również, iż na podstawie art. 36b ust.1 Pzp żądał od Wykonawców w pkt 8 oferty złożenia oświadczenia dotyczącego realizacji zamówienia przy udziale podwykonawców. Ponadto w art. 5 [WYKAZ OŚWIADCZEŃ LUB DOKUMENTÓW POTWIERDZAJĄCYCH SPEŁNIANIE WARUNKÓW UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU ORAZ

10

BRAK PODSTAW WYKLUCZENIA] Zamawiający żądał od wykonawcy, który będzie realizował zamówienie przy udziale podwykonawców, przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w ust. 1.4 art.5 SIWZ. Odwołujący w złożonej ofercie wskazał, że na etapie składania oferty nie zna nazw podwykonawców. W związku z tym, w ocenie Zamawiającego w tym zakresie treść złożonej przez Wykonawcę oferty jest niezgodna z treścią SIWZ, a to zgodnie z ustawą Pzp oraz utrwalonym orzecznictwem KIO stanowi podstawę do odrzucenia oferty Wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2) Pzp.

W ocenie Zamawiającego w toku postępowania nie doszło do naruszenia przepisów

ustawy Prawo zamówień publicznych, a zarzuty Odwołującego dotyczące wadliwości czynności Zamawiającego są niezasadne. Zamawiający dodał, że na etapie poprzedzającym składanie ofert, każdy z potencjalnych wykonawców mógł zapoznać się z treścią SIWZ oraz, w przypadku istniejących wątpliwości, skierować zapytanie do Zamawiającego. Zamawiający udzielił odpowiedzi na wszystkie zadane pytania, natomiast nikt nie zaskarżył treści SIWZ, a więc, zdaniem Zamawiającego, w toku postępowania nie powinno być wątpliwości co do rozumienia oczekiwań Zamawiającego, a na późniejszym etapie odwołania od czynności Zamawiającego opartego na zarzutach skierowanych przeciwko treści SIWZ czy też prób zmiany zapisów SIWZ lub dokonania własnej interpretacji jej zapisów.

Zamawiający stwierdził, iż Odwołujący uzasadniając zarzuty podnoszone w treści odwołania pominął okoliczność, iż literalne brzmienie przywoływanego przepisu art.36b ust. 1 stanowi, iż Zamawiający żąda wskazania przez wykonawcę części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom, i podania przez wykonawcę firm podwykonawców. Zatem zgodnie z brzmieniem tego przepisu Zamawiający ma obowiązek uzyskania od Wykonawców danych podwykonawców i w tym zakresie przepisy prawa nie przewidują żadnych odstępstw. Dopiero treść kolejnych jednostek redakcyjnych, a to ust. 1a oraz 1b przywołanego art.36b ustawy Pzp, wskazują na złagodzenie w określonych przypadkach tego reżimu, poprzez dodanie zwrotu „o ile są już znane” oraz „może żądać informacji”. Analiza przywołanych przepisów w drodze wykładni językowej nie budzi zatem, w ocenie Zamawiającego, żadnych wątpliwości, iż wykonawca składając ofertę ma obowiązek podania danych podwykonawców. W sytuacji, w której na etapie składania ofert Wykonawca nie jest w stanie ustalić, jaką część przedmiotu zamówienia będzie realizował przy pomocy podwykonawcy i jakim podwykonawcą będzie się posługiwał, nie powinien w ofercie wskazywać na zamiar korzystania z podwykonawcy. W odmiennym wypadku składane przez Wykonawcę na etapie formułowania ofert oświadczenie nie miałoby pokrycia w rzeczywistości i z góry niemożliwe byłoby do weryfikacji pod kątem prawdziwości. Wykonawca, który w dobrej wierze składa ofertę nie może bowiem oświadczyć, iż w przyszłości planuje skorzystać

11

z podwykonawcy, choć na etapie formułowania oferty nie ma nawet podstaw do przyjęcia, iż jest w stanie nawiązać współpracę z podwykonawcą zdolnym do realizacji przedmiotu zamówienia lub jego części. Zdaniem Zamawiającego wskazywanie konkretnych podwykonawców w ofercie, ma bardzo istotne znaczenie dla oceny, czy podmioty te są zdolne do realizacji zadania jako podwykonawcy i czy ewentualnie w stosunku do tych podmiotów nie zachodzą przesłanki wykluczenia z realizacji zadania. Tym samym sporządzenie oferty

w sposób, w jaki uczynił to Odwołujący, a więc wskazanie na korzystanie z pomocy podwykonawców, którzy nie są znani, de facto pozbawia Zamawiającego narzędzi kontroli możliwości realizacji przez Wykonawcę zadania i braku podstaw wykluczenia z postępowania, co jest wypaczeniem zapisów SIWZ oraz przywołanych przepisów ustawy.

Zamawiający na poparcie swojego stanowiska przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 marca 2017 roku sygn. akt KIO 236/17.

Odnosząc się do argumentacji Odwołującego, dotyczącej wadliwego wyliczenia przez niego ceny zamówienia, Zamawiający wskazał m.in. iż Odwołujący nie występował do Zamawiającego z zapytaniami dotyczącymi treści SIWZ w tym zakresie, które mogłyby dać podstawy do przyjęcia prezentowanego przez Odwołującego poglądu w zakresie wyliczenia ceny. Na etapie składania ofert nie było wątpliwości, w jaki sposób cena ta ma zostać wyliczona i czym podyktowane są wymogi stawiane przez Zamawiającego. Zapisy SIWZ są jednakowe dla wszystkich Wykonawców i nie mogą być dowolnie interpretowane. Zamawiający już po otwarciu ofert zwrócił się do Odwołującego z prośbą o wyjaśnienie sposobu kalkulacji ceny. Odwołujący nie wykazał, iż kalkulując cenę uwzględnił oczekiwania Zamawiającego wyrażone w SIWZ, a na etapie wnoszenia odwołania od czynności badania ofert i odrzucenia oferty Odwołujący próbuje dokonać własnej interpretacji sposobu wyliczenia ceny. W ocenie Zamawiającego zarzut w tym zakresie oraz jego uzasadnienie stanowi tylko polemikę z Zamawiającym co do interpretacji zapisów SIWZ, co na tym etapie i w ramach tego środka zaskarżenia jest niedopuszczalne. Zamawiający podkreślił, iż drugi z oferentów, prawidłowo rozumiał zapisy SIWZ, w zakresie wyliczenia ceny.

Pismem złożonym do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dnia 3 listopada 2017 r.

wykonawca A. Ś., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą A. Ś. O. (dalej: „Przystępujący”), zgłosił swoje przystąpienie do postępowania po stronie Zamawiającego. m.in., ma interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść Przystępujący wskazał iż Zamawiającego, ponieważ jego oferta została wybrana przez Zamawiającego jako najkorzystniejsza. W przypadku uznania zasadności zarzutów Odwołującego wskazanych

12

w odwołaniu, dojdzie do ponownego badania ofert i ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej - co, mając na względzie treść tych ofert w zakresie zaproponowanej ceny oraz proponowanego przedłużenia okresu gwarancyjnego, skutkować będzie wyborem oferty Odwołującego.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, ofertą złożoną przez Odwołującego, po przeprowadzeniu rozprawy i wysłuchaniu stanowisk i oświadczeń Stron, na podstawie zebranego materiału dowodowego, Krajowa Izba Odwoławcza, ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności Izba stwierdza, iż wpis został wniesiony w ustawowym terminie. Nie wypełniły się przesłanki do odrzucenia odwołania, wymienione w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Tym samym odwołanie podlegało rozpoznaniu.

W dalszej kolejności Izba stwierdza, iż Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do skorzystania w przedmiotowym postępowaniu ze środków ochrony prawnej. Została wypełniona materialnoprawna przesłanka, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, w postaci interesu w uzyskaniu zamówienia. Odwołujący złożył ofertę, która w świetle kryteriów oceny ofert przyjętych w SIWZ jest ofertą najkorzystniejszą. Odrzucenie złożonej przez Odwołującego oferty pozbawia go bowiem możliwości uzyskania zamówienia i korzyści z tego płynących.

Izba stwierdziła, iż wykonawca A. Ś., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą A. Ś. O., zgłaszający swoje przystąpienie do postępowania po stronie Zamawiającego, stosownie do art. 185 ust. 3 ustawy Pzp, stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego. Zostały bowiem spełnione wymogi określone w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp.

Następnie Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest budowa żłobka i przedszkola w P., jako jednego obiektu budowlanego. Wynagrodzenie w przedmiotowym postępowaniu ma charakter ryczałtowy.

Zamówienie jest współfinansowane ze środków Unii Europejskiej odpowiednio: - Budowa żłobka dofinansowywana jest ze środków Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa

Investycje Dolnośląskiego (RPO WD)

2014-2020 dla Działania 6.1

z infrastrukturą społeczną, Poddziałanie 6.1.1 Investycje z infrastrukturą społeczną-

13

konkursy horyzontalne- nabór na OSI- 6.1.c Budowa, remont, przebudowa, rozbudowa, wyposażenie, modernizacja oraz adaptacja infrastruktury prowadzonej przez podmioty opieki nad dziećmi do 3 roku życia. Budowa demonstracyjnego przedszkola z częścią żłobkową dofinansowywana jest ze środków Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego w ramach RPO WD 2014-2020 dla Działania 3.3 Efektywność energetyczna w budynkach użyteczności publicznej i sektorze mieszkaniowym, OSI- 3.3,1 Efektywność energetyczna w budynkach użyteczności publicznej i sektorze mieszkaniowym.

W związku z tym Zamawiający dokonał podziału kosztu wybudowania obiektu budowlanego na koszt wybudowania budynku żłobka (jako zadanie 1) oraz koszt wybudowania demonstracyjnego budynku przedszkola z częścią żłobkową (jako zadanie 2).

W postępowaniu wpłynęły dwie oferty, tj. oferta Odwołującego i Przystępującego.

Odwołujący nie powołuje się w przedmiotowym postępowaniu na zasoby podmiotów trzecich w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie:

1) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, z uwagi na stwierdzoną przez Zamawiającego

niezgodność oferty Odwołującego z treścią SIWZ z uwagi na to, iż oświadczeniu Odwołującego zawartemu w ofercie, dotyczącemu zamiaru powierzenia podwykonawcom określonego zakresu przedmiotu zamówienia nie towarzyszyło podanie firm tych podwykonawców.

W ocenie Zamawiającego, w sytuacji, gdy Wykonawca w pkt. 8 oferty podał zakres rzeczowy podzlecanych usług i robót budowlanych, powinien również podać nazwy firm podwykonawców. Zdaniem Zamawiającego wynika to z art. 36b ust. 1 Pzp. Zdaniem Zamawiającego brak spełnienia tych wymagań przedmiotowych zobowiązuje Zamawiającego do odrzucenia oferty wykonawcy w oparciu o przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp;

- 2) art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp z uwagi na to, iż oferta Odwołującego zawiera błąd w obliczeniu ceny, bowiem Odwołujący dla każdego z odrębnych zadań przyjął jako podstawę do wycenienia wartości prac projektowych z autorskim, nadzorem w poszczególnych zadaniach, łączny koszt budowy obiektu budowlanego wraz z kosztem zagospodarowania terenu i sieci zewnętrznych, zamiast koszt danego zadania.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

14

W ocenie Izby potwierdziły się zarzuty odwołania dotyczące braku postaw do odrzucenia oferty Odwołującego.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w związku z art. 36b ust. 1 Pzp, poprzez nieprawidłowe zastosowanie i skutkiem tego odrzucenie oferty Odwołującego z powodu niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, należy zauważyć, iż przepis art. 36b ust. 1 ustawy Pzp, który stanowi: „1. *Zamawiający żąda wskazania przez wykonawcę części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom, i podania przez wykonawcę firm podwykonawców.*” wskazuje, iż wykonawca, stosując się do niego, deklaruje jedynie zamiar powierzenia określonych części zamówienia podwykonawcom. Natomiast art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp stanowi, iż *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3.*

Ustawa Pzp nie przewiduje odrębnej sankcji za brak podania przez wykonawcę w ofercie firm podwykonawców.

W związku z tym w przedmiotowej sprawie rozstrzygnięcia wymaga, jaki charakter ma obowiązek podania przez wykonawcę, na żądanie zamawiającego, firm podwykonawców tj. czy informacja ta stanowi wiążącą treść oferty, czy jest to jedynie obowiązek o charakterze informacyjnym. Dla rozpoznania tego zarzutu kluczowym jest zatem ustalenie, jaki charakter ma oświadczenie o podwykonawcach oraz jakie skutki za sobą pociągają złożenie niepełnego oświadczenia.

Art. 36b ust. 1 ustawy Pzp skierowany jest do Zamawiającego i zawiera dwa elementy żądania tj. wskazania przez wykonawcę części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom, i podania przez wykonawcę firm podwykonawców oraz wskazuje na zamiar powierzenia części zamówienia. W ocenie Izby zamiar powierzenia określonych części zamówienia podwykonawcom, nie oznacza konieczności wskazania firm podwykonawców na etapie składania ofert, w sytuacji gdy wykonawca nie polega na zasobach tych podmiotów. Wskazuje na to także ust. 1a tego przepisu, z którego wynika, iż w przypadku zamówień na roboty budowlane lub usługi, które mają być wykonane w miejscu podlegającym bezpośredniemu nadzorowi zamawiającego, zamawiający żąda, aby przed przystąpieniem do wykonania zamówienia wykonawca, o ile są już znane, podał nazwy albo imiona i nazwiska oraz dane kontaktowe podwykonawców i osób do kontaktu z nimi, zaangażowanych w takie roboty budowlane lub usługi, a także ust. 1b, ust. 2 ustawy Pzp, stosownie do których czas żądania złożenia oświadczenia o powierzeniu części zamówienia podwykonawcom ze wskazaniem ich firm i części powierzanych do wykonania, jak również możliwość zmiany tych danych w trakcie realizacji zamówienia, może być różny. Powyższe

15

uregulowania znalazły swoje odzwierciedlenie w art. 2 § 2 SIWZ, który zawiera również

postanowienia regulujące zawieranie umów z podwykonawcami.

Ponadto na taką interpretację wskazują przepisy pozwalające na powierzenie wykonania części zamówienia w trakcie realizacji zamówienia (art. 36 ba ustawy Pzp i art. 2 § 2 pkt 5.7 SIWZ). Powyższe potwierdza także stanowisko Zamawiającego zaprezentowane na rozprawie, z którego wynika, iż w art. 5 § 1 punkt 7 SIWZ Zamawiający wskazał, że „Jeżeli w Oświadczeniu (Załącznik nr 4 do SIWZ) Wykonawca wskaże Podwykonawców wówczas w celu wykazania braku istnienia wobec nich podstaw wykluczenia, każdy z podwykonawców składa także oddzielne Oświadczenie (Załącznik nr 4 do SIWZ). Skoro zatem Odwołujący w ofercie nie wskazał podwykonawców, to nie jest obowiązany do złożenia oświadczenia.

W ocenie Izby, nie ma uzasadnienia dla bardziej rygorystycznego traktowania wykonawców, którzy na etapie składania ofert jeszcze nie znają podwykonawców, ale już planują część zamówienia powierzyć innym podmiotom, niż tych, którzy dopiero na etapie realizacji zamówienia zdecydują się na powierzenie części zamówienia innemu podmiotowi.

W związku z tym, sytuacja, gdy wykonawca, który samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu, a na etapie oferty składa oświadczenie jedynie co do zamiaru powierzenia wykonania określonych części zamówienia podwykonawcom, a nie podaje ich firm, jakkolwiek jest jedynie częściowym wykonaniem żądania Zamawiającego, to jednak, nie oznacza niezgodności oferty z treścią SIWZ.

W ocenie Izby obowiązek określony w art. 36b ust. 1 Pzp, z uwagi na to, iż przepis wskazuje jedynie na zamiar, a nie stanowcze oświadczenie o powierzeniu konkretnym podwykonawcom konkretnego zakresu zamówienia, jest bowiem obowiązkiem o niewiążącym charakterze informacyjnym. W związku z tym brak informacji w ofercie dotyczącej firm podwykonawców nie stanowi o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, a w konsekwencji nie występuje przesłanka do odrzucenia oferty z określona w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Inne podejście oznaczałoby, w ocenie Izby, zbędny formalizm. Izba podziela w tym zakresie utrwalone orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, które wskazuje, że nie można mówić w takim przypadku o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, a w konsekwencji brak jest podstawy do odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy (por. m.in. wyrok Pzp z 13 lutego 2017 r. (KIO 192/17, Legalis), wyrok z 22 lutego 2017 r. (KIO 234/17, Legalis).

Powyższe w ocenie Izby potwierdza także licznie wskazane przez Zamawiającego orzecznictwo KIO, dotyczące przesłanki odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, w tym wyrok z dnia 5 stycznia 2015 r., sygn. akt KIO 2670/14, z którego

16

wynika, iż niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, stanowiąca przesłankę odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zachodzi wówczas, gdy zawartość merytoryczna oferty nie odpowiada między innymi pod względem przedmiotu zamówienia lub sposobu jego wykonania wymaganiom zawartym w SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 ustawy Pzp. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ ma miejsce w sytuacji, gdy zaofferowany przedmiot zamówienia nie odpowiada opisanemu w SIWZ co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych do wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu zaspokajającym oczekiwania i interesy zamawiającego.

Brak wskazania firm planowanych podwykonawców nie oznacza zatem braku w zawartości merytorycznej oferty w relacji do wymogów określonych w SIWZ. Decyzja w zakresie czy wykonawca wykona cały przedmiot zamówienia samodzielnie, czy jednak powierzy wykonanie części zamówienia podwykonawcom, zależy od tego wykonawcy, oczywiście z wyłączeniem sytuacji gdy zamawiający zastrzeże obowiązek osobistego wykonania stosownie do art. 36a ust. 2 Pzp, przy czym wykonawca może ją podjąć także w trakcie realizacji zamówienia. Z tych względów w sytuacji braku wskazania w ofercie firm potencjalnych podwykonawców, nie można mówić o braku spełnienia wymagań zamawiającego w zakresie przedmiotu zamówienia lub sposobu jego wykonania.

Powyższe wskazuje, że zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w związku z art. 36b ust. 1 Pzp potwierdził się.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, poprzez nieprawidłowe zastosowanie i skutkiem tego odrzucenie oferty Odwołującego z powodu błędu w obliczeniu ceny, należy wskazać, iż pismem z dnia 29 września 2017 r. w odpowiedzi na pytanie nr 17 wykonawców, Zamawiający dokonał zmiany m.in. formularza

cenowego, do którego wprowadził m.in. wymóg dotyczący dokonania podziału całkowitego kosztu wybudowania obiektu budowlanego metodą Zaprojektuj i Wybuduj na podstawie Tabeli elementów scalonych, podanego w pkt 1 Formularza cenowego, na koszt wybudowania budynku żłobka (jako zadanie 1) oraz koszt wybudowania demonstracyjnego budynku przedszkola z częścią żłobkową (jako zadanie 2) przy uwzględnieniu podanych przez Zamawiającego założeń, w tym założenia ujętego w brzmieniu:

„ Koszt prac projektowych i nadzoru autorskiego wyliczony odrębnie :

- dla projektu żłobka przyjmuje się jako 6,9 % łącznej wartości robót budowlanych wraz z opisanym w niniejszym punkcie wyposażeniem;

- dla projektu przedszkola z częścią żłobkową przyjmując jako 6,25% łącznej wartości robót budowlanych wraz z opisanym w niniejszym punkcie wyposażeniem.”

17

Treść informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego, wskazuje, iż Zamawiający uznał, że Odwołujący popełnił błąd w sposobie obliczenia kosztów prac projektowych z nadzorem autorskim odrębnie dla obu zadań, ponieważ przyjął jako podstawę do wyliczenia wartości prac projektowych z nadzorem autorskim łączny koszt budowy obiektu budowlanego wraz z kosztem zagospodarowania terenu i sieci zewnętrznych, podczas gdy powinien dokonać podziału wyliczonego kosztu budowy obiektu na dwa zadania, a następnie wyliczyć odpowiednio koszty prac projektowych z nadzorem autorskim odrębnie dla obu zadań, przyjmując podane wskaźniki procentowe. Na rozprawie Zamawiający wskazał, iż sposób, w jaki Odwołujący dokonał obliczenia kosztów prac projektowych z nadzorem autorskim, oznacza, że zawyżył on ich koszty, bowiem przy każdym z zadań podany wskaźnik odnosił do całości robót, a nie do wartości danego zadania. Nie jest przy tym sporne, że nie wpływa to na cenę oferty, lecz na wewnętrzny podział kosztów.

W ocenie Izby treść założenia opisanego w Formularzu oferty nie jest jednoznaczna. Wprawdzie na wstępie jest wskazanie, że ma to być wyliczenie odrębnie dla każdego zadania, jednak przy opisie poszczególnych zadań (tiret jeden i dwa), podany procent odpowiednio 6,9% dla zadania nr 1 i 6,25% dla zadania nr 2, został odniesiony do łącznej wartości robót budowlanych wraz z opisanym wyposażeniem, bez wskazania, że chodzi o wartość robót dotyczącą danego zadania. Tym samym ww. wymóg mógł być też rozumiany w ten sposób, że wprawdzie koszty projektowania mają być obliczone odrębnie dla żłobka i przedszkola, ale za każdym razem procent ma być wyliczony z łącznej wartości robót, a nie tylko z wartości robót żłobka osobno i z wartości robót przedszkola osobno. W związku z tym wymóg ten mógł być rozumiany także w sposób, w jaki przyjął to Odwołujący.

Brak precyzji w wymaganiach SIWZ i związane z tym możliwości różnej ich interpretacji, w ocenie Izby, nie mogą być interpretowane na niekorzyść wykonawcy.

Ubocznie należy zauważyć, iż treść oferty Odwołującego wskazuje, iż Zamawiający dysponuje wszystkimi danymi, pozwalającymi na dokonanie obliczeń według kolejności działań matematycznych takich, jak to określił w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego oraz na rozprawie, chociaż jej jednoznacznie nie zapisał w SIWZ. W związku z tym, wbrew stanowisku Zamawiającego, jest możliwe dokonanie poprawy omyłki w tym zakresie, tym bardziej, że nie wpływałoby to na zmianę ceny oferty Odwołującego.

Poprawienie omyłki polegałoby w niniejszej sprawie na obliczeniu przez Zamawiającego procentu przewidzianego dla prac projektowych odrębnie od wartości robót w zakresie żłobka i odrębnie od wartości robót w zakresie przedszkola. Odrębnymi wartościami tych robót zamawiający dysponuje, gdyż są one zawarte w wyjaśnieniach Odwołującego z dnia 16 października 2017 r., które nie zostały przez Zamawiającego zakwestionowane w

18

zakresie wskazanych tam wartości ww. robót. Działanie Zamawiającego sprowadza się zatem do wykonania zadania matematycznego polegającego na obliczeniu właściwych procentów od właściwych kosztów robót podanych w ofercie z uwzględnieniem ww. wyjaśnień.

Powyższe wskazuje, że zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp potwierdził się.

Stwierdzenie naruszenia ww. przepisów ustawy miało wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. W związku z tym odwołanie należało uwzględnić.

Odwołujący nie wykazał zasadności pozostałych zarzutów odwołania. Pozostaje to jednak bez wpływu na jego rozstrzygnięcie.

Zauważyć należy, iż skoro w tabeli w pkt 8 oferty, w obydwu pozycjach, znajduje się informacja: „Nie znamy na tym etapie nazw Firm Podwykonawców” to wyjaśnienia w tym przedmiocie byłyby zbędne. Z treści oferty, bowiem jasno wynika, iż Odwołujący nie zna na obecnym etapie ewentualnych podwykonawców. Między innymi z tego powodu nie znajduje zatem potwierdzenia zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 Pzp, który stanowi iż *w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert, przy czym nie jest dopuszczalne prowadzenie negocjacji dotyczących złożonej oferty, oraz, z zastrzeżeniem m.in. poprawy omyłek, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.*

Odwołujący wskazując na naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp, w odwołaniu ograniczył się do stwierdzenia, iż stanowi on konsekwencję wcześniej wymienionych naruszeń. Na rozprawie również nie podjął się wykazania zasadności tego zarzutu. W szczególności Odwołujący nie wykazał np. iż nastąpiło nierówne potraktowanie wykonawców będących w tej samej sytuacji. Ubocznie należy wskazać, iż ze stanowiska zaprezentowanego przez Zamawiającego wynika, m.in. iż Przystępujący zastosował się do wprowadzonych przez niego założeń w zakresie obliczenia kosztu prac projektowych i nadzoru autorskiego.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp orzekła jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem uzasadnionych kosztów zastępstwa prawnego

19

Odwołującego, na podstawie rachunku, złożonego przed zamknięciem rozprawy w wysokości określonej w § 3 pkt 2 lit. a i b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....
.....

20

21