Sygn. akt: KIO 232/20

WYROK

z dnia 19 lutego 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 lutego 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 lutego 2020 r. przez wykonawcę

Przedsiębiorstwo Robót Budowlanych Beskid nr VI sp. z o.o. w Bielsku-Białej

w postępowaniu prowadzonym przez Miasto Bielsko-Biała z siedzibą w Bielsku-Białej

przy udziale wykonawcy Przedsiębiorstwa Budowlanego HB-Unibud S.A. w Czechowicach-Dziedzicach, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz wezwanie odwołującego w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych do złożenia wyjaśnień jakiego rodzaju pustaki stropowe Teriva 4,0/1 zaoferował w złożonej ofercie,

2. kosztami postępowania obciąża Miasto Bielsko-Biała z siedzibą w Bielsku-Białej i:
2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10.000 zł 00 gr

(słownie: dziesięciu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę

Przedsiębiorstwo Robót Budowlanych Beskid nr VI sp. z o.o. w Bielsku-Białej tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Miasta Bielsko-Biała z siedzibą w Bielsku-Białej na rzecz wykonawcy Przedsiębiorstwa Robót Budowlanych Beskid nr VI sp. z o.o. w Bielsku-Białej kwotę 10.000 zł 00 gr (słownie: dziesięciu tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 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 Bielsku-Białej.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt: KIO 232/20

U z a s a d n i e n i e

Miasto Bielsko-Biała z siedzibą w Bielsku-Białej, zwane dalej „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29

stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp", którego przedmiotem jest „rozbudowa i przebudowa budynku przedszkola miejskiego nr 39 przy ul. Mazańcowickiej 37 w Bielsku - Białej".

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych 17 października 2019 r. nr 610768-N- 2019.

30 stycznia 2020 r. zamawiający przesłał wykonawcy Przedsiębiorstwu Robót Budowlanych Beskid nr VI sp. z o.o. w Bielsku-Białej, zwanemu dalej „odwołującym", zawiadomienie o odrzuceniu oferty złożonej przez odwołującego.

Wobec czynności odrzucenia swej oferty odwołujący wniósł 4 lutego 2020 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez jego nieprawidłowe zastosowanie w sytuacji, gdy

treść oferty złożonej przez odwołującego odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia,

2) art. 87 ust. 1 ustawy Pzp przez jego niezastosowanie i niewyjaśnienie treści oferty złożonej przez odwołującego.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności odrzucenia swej oferty,

2) wezwania odwołującego w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnienia i

sprecyzowania jakiego rodzaju pustaki betonowe zostały przez niego przyjęte w wycenie,

3) dokonania ponownego badania i oceny ofert.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał, że zamawiający odrzucił ofertę odwołującego uzasadniając, że odwołujący w „zestawieniu materiałów", w poz. 136 kosztorysu wpisał, że zastosuje „TERIVA 4,0/1 - pustaki stropowe betonowe wys. 21 cm", a zgodnie z dokumentacją projektową zamawiający wymagał, aby do wykonania stropów został zastosowany pustak keramzytowy. Dodatkowo zamawiający poinformował, że nie miał podstaw do poprawienia ww. pozycji na podstawie art. 87 ust. 2 ustawy Pzp ponieważ na kosztorysach ofertowych nie było pozycji analogicznej, do której mógłby się odnieść i poprawić ww. pozycję jako inną omyłkę. Natomiast wystąpienie o wyjaśnienia do wykonawcy na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp prowadziłoby do niedopuszczalnych negocjacji pomiędzy zamawiającym, a wykonawcą dotyczących złożonej oferty.

Odwołujący podniósł, że zaproponowanie przez niego zastosowania pustaków „TERIVA 4.0/1 - pustaki stropowe betonowe wys. 21 cm" odpowiadało wymogom zawartym przez zamawiającego w SIWZ. Argumentował, że pustaki Teriva dzielą się na dwa rodzaje: pustaki żużlobetonowe oraz pustaki keramzytobetonowe. Obydwa rodzaje pustaków są pustakami betonowymi, różnią się one jedynie rodzajem kruszywa - może być keramzytowe lub z żużla wielkopiecowego. Odwołujący wskazał, że w ofercie wymienił, iż zastosowane zostaną pustaki Teriva stropowe betonowe, nie wskazując czy są one z domieszką żużlu czy keramzytu. Argumentował, że w tej sytuacji wnioski zamawiającego, że odwołujący nie uwzględnił pustaków keramzytowych są zbyt daleko idące. Wskazał, że sam zamawiający w Zestawieniu materiałów stanowiącym załącznik do SIWZ wymienił, że zastosowane jako materiał powinny zostać „pustaki stropowe betonowe SZ-ITB, typu Teriva" nie precyzując konkretnie czy chodzi o pustaki żużlobetonowe czy o pustaki keramzytobetonowe.

Odwołujący wywiódł, że wobec wystąpienia wątpliwości po stronie zamawiającego powinien on na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp żądać od odwołującego wyjaśnień i sprecyzowania jakiego rodzaju pustaki betonowe zostały przyjęte przez niego w wycenie. Odwołujący wskazał, że z uwagi na fakt, iż zamawiający nie żądał od odwołującego wyjaśniania jakiego rodzaju pustaki betonowe zostały przez niego przyjęte w wycenie, a wątpliwości te powstały na skutek nieprecyzyjnego sformułowania przez zamawiającego w zestawieniu materiałów stanowiących załącznik do SIWZ jakiego rodzaju pustaki betonowe mają zostać użyte.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. W odpowiedzi, jak również w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne

swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego w charakterze uczestnika postępowania po stronie zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca Przedsiębiorstwo Budowlane HB-Unibud S.A. w Czechowicach-Dziedzicach. Wniósł o oddalenie odwołania. W trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), odpowiedzi zamawiającego na wnioski wykonawców o wyjaśnienie treści SIWZ, ofertę odwołującego, zawiadomienie o odrzuceniu oferty odwołującego z 30 stycznia 2020 r., załącznik do odwołania, załączniki do odpowiedzi na odwołanie, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dokumenty

złożone przez strony i uczestnika postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę Przedsiębiorstwo Budowlane HB-Unibud S.A. w Czechowicach-Dziedzicach uznając, że zostały spełnione przesłanki formalne wynikające z art. 185 ustawy Pzp i wykonawca wykazał interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia postępowania na korzyść zamawiającego.

W dalszej kolejności stwierdzono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła, że odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp. Oferta odwołującego została odrzucona, zaś może być wybrana przez zamawiającego jako najkorzystniejsza. Odwołujący domagał się nakazania zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia swej oferty. Ustalenie, że zamawiający z naruszeniem przepisów ustawy Pzp odrzucił ofertę odwołującego skutkować będzie koniecznością nakazania unieważnienia tej czynności, czego efektem może być uzyskanie zamówienia przez odwołującego. Powyższe wyczerpuje dyspozycję art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Ustalono, że przedmiotem zamówienia jest rozbudowa i przebudowa budynku przedszkola miejskiego nr 39 przy ul. Mazańcowickiej 37 w Bielsku-Białej.

Zamawiający wskazał także w części III pkt 4 SIWZ, że przedmiot zamówienia określony jest szczegółowo w następujących załącznikach do nin. SIWZ, które stanowią jej integralną część:

1) Przedmiary robót, stanowiące Załącznik nr 11 do nin. SIWZ;

2) Dokumentacja projektowa (m.in. projekty budowlane i wykonawcze oraz projekt

budowlany zamienny z elementami projektu wykonawczego - obejmujący architekturę, konstrukcję, instalacje sanitarne oraz instalacje elektryczne - (...) specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót), stanowiąca załącznik nr 12 do nin. SIWZ.

Ustalono także, że w części VI SIWZ zamawiający wskazał, że wykonawcy zobowiązani są złożyć dokumenty składające się na ofertę, wśród których wymienił m.in. Kosztorys ofertowy (w oryginale) sporządzony w oparciu o przedmiary robót i dokumentację projektową, stanowiące Załączniki nr 11 i 12 do nin. SIWZ, obejmujący wycenę poszczególnych elementów zamówienia z cenami jednostkowymi i wyszczególnieniem składników ceny (w szczególności rg, kp, zysk, itp.) i cenę oferty. Zaleca się, aby zawierał również tabelę elementów scalonych i zestawienie materiałów. Wskazanym jest złożenie kosztorysu w formie uproszczonej, ale dopuszcza się również kosztorys w formie szczegółowej. Kosztorys uproszczony winien zawierać ilości robót i cenę jednostkową dla

każdej pozycji kosztorysowej oraz wyszczególnione składniki ceny - rg, kp, zysk i cenę

oferty. Zaleca się, aby zawierał również tabelę elementów scalonych i zestawienie materiałów.

W dalszej kolejności ustalono, że w dokumentacji projektowej, stanowiącej załącznik nr 12 do SIWZ, w części „architektura" w pkt 4.6.7. „Stropy i nadproża" s. 21 wskazano:

W części nowoprojektowanej przewiduje się zastosowanie stropów ceramicznych gęstożebrowych typu np Teriva gr.24 cm, lub równoważnych spełniających parametry: grubość stropu 24cm, rozstaw belek stropowych co 60 cm, wysokość pustaka 21cm, grubość warstwy nadbetonu klasy B20 3cm, materiał pustaka - keramzyt.

Ustalono także, że w przedmiarze robót w poz. 1.5.1 znalazła się pozycja kosztorysowa „KNNR 2/111/1, Stropy gęstożebrowe, na belkach prefabrykowanych Teriva, beton C 20/25, 340,70 m^2". Ustalono także, że w pkt 135 zestawienia materiałów, załączonego do przedmiaru robót, zamawiający wskazał: „pustaki stropowe betonowe SZ-ITB, typu Teriva, 2436,005 szt.".

W dalszej kolejności ustalono, że 28 listopada 2019 r., na pytanie jednego z wykonawców o treści „czy zamawiający wyraża zgodę na zamianę w stropie pustaków keramzytowych na żużlowo-betonowe ?" zamawiający wyjaśnił, że „nie wyraża zgody na zamianę w stropie pustaków keramzytowych na żużlowo-betonowe".

W dalszej kolejności ustalono, że do upływu terminu składania ofert swą ofertę złożył m.in. odwołujący z ceną 4.239.954,17 zł brutto. Odwołujący załączył do oferty kosztorys ofertowy. W kosztorysie tym, w poz. 1.5.1. odwołujący wycenił: „KNNR 2/111/1, Stropy gęstożebrowe, na belkach prefabrykowanych Teriva, beton C 20/25, 340,70 m^2, cena jedn. netto 134,99, wartość netto: 45.991,09 zł". Do kosztorysu ofertowego odwołujący załączył

zestawienie materiałów, w którym w poz. 136 wymienił jako stosowany materiał: „TERIVA 4,0/1 - pustaki stropowe betonowe wys. 21 cm, 2545 szt., cena jedn. 2,44 zł, wartość 6.209,80 zł.".

W dalszej kolejności ustalono, że zamawiający 30 stycznia 2020 r. zawiadomił odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W

uzasadnieniu faktycznym czynności odrzucenia zamawiający wskazał, co następuje:

Zgodnie z Częścią VI pkt 1 ppkt 2 SIWZ, wykonawca był zobowiązany wraz z ofertą złożyć kosztorys ofertowy (w oryginale), sporządzony w oparciu o przedmiary robót i dokumentację projektową, obejmujący wycenę poszczególnych elementów zamówienia z cenami jednostkowymi i wyszczególnieniem składników ceny (w szczególności rg, kp, zysk itp.) i cenę oferty. Zamawiający zalecał, aby zawierał on również tabelę elementów scalonych i zestawienie materiałów. Wykonawca, zgodnie z powyższym, złożył ofertę wraz z kosztorysami ofertowymi i dołączył nieobowiązkowe zestawienie materiałów.

W kosztorysie ofertowym „1 Roboty budowlane Etap I — wg przedmiaru robót i odpowiedzi Inwestora", w poz. 1.5.1 (str. 4 kosztorysu) wykonawca wycenił „Stropy gęstożebrowe żelbetowe, na belkach prefabrykowanych Teriva, beton C 20/25 " - zgodnie z opisem z ostatecznego przedmiaru robót (str. 5 przedmiaru robót). Natomiast w „Zestawieniu materiałów", w poz. 136 (str. 14 kosztorysu), wykonawca wpisał, że zastosuje „TERIVA 4,011 — pustaki stropowe betonowe wys.21 cm".

Zgodnie z projektową zamawiający wymagał, aby do wykonania stopów zastosowany pustak keramzytowy (str. 21 Architektura): „W części nowoprojektowanej przewiduje się zastosowanie stropów ceramicznych gęstożebrowych typu np. Teriva gr. 24 cm, lub równoważnych spełniających parametry: grubość stropu 24 cm, rozstaw belek stropowych co 60 cm, wysokość pustaka 21 cm, grubość warstwy nadbetonu klasy B20 3 cm, materiał pustaka — keramzyt.".

Zostało to również potwierdzone przez zamawiającego w dniu 28.11.2019 r., w opublikowanych na swojej stronie internetowej „Odpowiedziach na zapytania wykonawców z dnia 28.11.2019 r." Zamawiający na pytanie 1 dotyczące pakietu „Zapytania piątego wykonawcy z dnia 5.11.2019 r." (str. 15 ww. dokumentu), udzielił następującej odpowiedzi: „Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę w stropie pustaków keramzytowych na żużlowo-betonowe." Powyższe wyjaśnienia stanowią integralną część Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia i należało je uwzględnić podczas sporządzania oferty. Ponadto z ich treści jednoznacznie wynika, jak również z dokumentacji projektowej, że zamawiający wymagał zastosowania pustaków keramzytowych.

Wykonawca, zgodnie z powyższym, był zobowiązany uwzględnić podczas wyceny pustaki, a wycenił betonowe.

Zamawiający nie miał podstaw do poprawienia ww. pozycji na podstawie art. 87 ust. 2 ustawy Pzp, ponieważ w kosztorysach ofertowych nie było pozycji analogicznej, do której mógłby się odnieść i poprawić ww. pozycję jako inną omyłkę. Natomiast wystąpienie o wyjaśnienia do wykonawcy na podstawie art. 87 ust 1 ustawy Pzp, prowadziłoby do niedopuszczalnych negocjacji pomiędzy zamawiającym a wykonawcą dotyczących złożonej oferty.

Zgodnie z art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust 2 pkt 3 ustawy Pzp, tj. ofertę wykonawcy, który nie uwzględnił podczas wyceny materiałów wymaganych przez zamawiającego, czyli pustaka keramzytowego.

Zamawiający nie żądał od wykonawcy wyjaśnień, na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, dotyczących treści złożonej oferty, ani nie poprawiał w ofercie oczywistych omyłek pisarskich, oczywistych omyłek rachunkowych, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek i innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty, na podstawie art. 87 ust. 2 ustawy Pzp, ponieważ mimo złożenia wyjaśnień i poprawienia ww. omyłek podlegałaby odrzuceniu, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W myśl art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3.

Stosownie do art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści.

Zarzuty naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 87 ust. 1 ustawy Pzp okazały się zasadne. Zdaniem Izby zamawiający przedwcześnie odrzucił ofertę odwołującego. W okolicznościach danej sprawy zamawiający nie miał bowiem dostatecznych podstaw do przyjęcia, że odwołujący zaoferował na pewno wykonanie stropów gęstożebrowych żelbetowych z wykorzystaniem pustaków betonowych Teriva 4,0/1 a nie pustaków keramzytobetonowych Teriva 4,0/1.

Zamawiający w załączniku nr 12 do SIWZ, w dokumentacji projektowej Architektura str. 21 wskazał, że W części nowoprojektowanej przewiduje się zastosowanie stropów ceramicznych gęstożebrowych typu np. Teriva gr. 24 cm, lub równoważnych spełniających parametry: grubość stropu 24 cm, rozstaw belek stropowych co 60 cm, wysokość pustaka 21 cm, grubość warstwy nadbetonu klasy B20 3 cm, materiał pustaka — keramzyt. Co istotne jednak, zamawiający w zestawieniu materiałów znajdującym się w załączniku nr 11 do SIWZ wskazał w pozycji 135 na konieczność wykorzystania pustaków stropowych betonowych SZ-ITB, typu Teriva.

Nie było sporne, że zamawiający w dokumentacji projektowej użył sformułowania „keramzyt", a w zestawieniu materiałów, również załączonym do SIWZ, użył słowa „beton". Zamawiający dodatkowo, w odpowiedzi z 28.11.2019 r. na jedno z pytań, czy dopuści zamianę pustaka keramzytowego na żużlobetonowy udzielił odpowiedzi negatywnej. Nie ulegało zatem wątpliwości, że nie można było zaoferować pustaka żużlobetonowego, a wyłącznie keramzytobetonowy. Co istotne jednak, zamawiający w ślad za udzieloną odpowiedzią nie zmienił wzoru zestawienia materiałów. W dalszym ciągu zatem w pozycji 135 tego zestawienia figurowały „pustaki stropowe betonowe". Powyższe można było interpretować w ten sposób, że pozostawienie tam „pustaków betonowych" nie stoi w sprzeczności z wymienionym w dokumentacji projektowej „pustakami keramzytobetonowymi". Dostrzeżenia wymagało także, że nikt z wykonawców nie zwrócił się do zamawiającego o usunięcie rozbieżności między projektem a wzorem materiałów, co można było tłumaczyć także w ten sposób, że nikt nie traktował tego jako sprzeczności.

Powyższy stan wynikający z SIWZ należało odnieść do treści oferty odwołującego. Zamawiający wniosek o zaoferowaniu przez odwołującego materiału niezgodnego z SIWZ wywiódł po analizie poz. 136 zestawienia materiałów odwołującego. W pozycji tej wykonawca wpisał: „Teriva 4,0/1 - pustaki stropowe betonowe wys. 21 cm.".

Dokonując wykładni oświadczenia woli, jakim jest oferta, należało sobie zadać pytanie, czy rzeczywiście słowo „beton", którego użył odwołujący oznaczało z całą pewnością, że wykonawca oferuje zamawiającemu pustaki betonowe, a nie wymagane pustaki keramzytobetonowe, których elementem jest również beton. Przypomnienia bowiem wymagało, że sam zamawiający w swym projekcie pisał o keramzycie, a w zestawieniu materiałów - o „betonie".

W świetle zebranego w sprawie materiału dowodowego stwierdzono, że na rynku są oferowane pustaki Teriva 4,0/1 w trzech wersjach: żużlobetonowe, keramzytobetonowe i betonowe. Ponadto stwierdzono, że pustaki określane mianem „keramzytu" w projekcie, w prasie branżowej powszechnie są także określane mianem „keramzytobetonowych" (por.

wydruk ze strony internetowej budmater.pl, wydruk ze strony muratordom.pl, złożony na posiedzeniu przez zamawiającego). Nie ulegało także wątpliwości, że elementem każdej z ww. wersji pustaka jest beton, tyle, że w przypadku dwóch pierwszych rodzajów występuje tam domieszka materiałów odpowiednio keramzytu lub żużla. Jak wynikało choćby z deklaracji zgodności nr 05/2015 z 23.02.2015 r. dla pustaka Teriva 4.01 dwukomorowego, keramzytowego (dowód złożony przez przystępującego) wyrób ten spełnia wymagania określone w specyfikacji technicznej PN-B 19504:2004 „Prefabrykaty z betony. Stropy gęstożebrowe zespolone. Pustaki" oraz normy PN-EN 13369:2005 „Wspólne wymagania dla prefabrykatów z betonu". Powyższe wynikało także z dowodu załączonego do odwołania (wydruk ze cenników Betard), gdzie wskazano, że pustaki keramzytobetonowe Teriva „wykonane są z mieszanki betonowej, której główny składnik stanowi keramzyt, czyli materiał uzyskiwany w procesowe wypalania gliny". Materiał dowodowy zgromadzony w sprawie pozwalał zatem na ustalenie, że beton jako składnik występuje we wszystkich trzech rodzajach pustaków Teriva 4,0/1, w tym również w pustaku keramzytobetonowym (keramzytowym).

W tej sytuacji, co najmniej nie można było wykluczyć, że słowo „beton", użyte przez odwołującego w zestawieniu materiałów, niekoniecznie wskazywało na konkretny rodzaj oferowanego pustaka, lecz na jeden z jego elementów, który pozostaje wspólny dla wszystkich trzech wersji, czyli „beton". Na to, że tak można było rozumieć użyte pojęcie wskazywało choćby zestawienie materiałów sporządzone przez samego zamawiającego i załączone do SIWZ.

Za nierozstrzygające w tym zakresie uznano wywody zamawiającego, który w odpowiedzi na odwołanie argumentował, że o zaoferowaniu tańszego pustaka betonowego miało świadczyć porównanie cen jednostkowych pustaków w ofercie odwołującego z cenami innych wykonawców. Analiza przedstawionych przez zamawiającego dowodów prowadziła jednak do wniosku, że rozbieżności cen nie są znaczne, a ponadto dotyczą pozycji ofertowej nieistotnej pod względem wartości w stosunku do całej ceny ofertowej. Przykładowo zamawiający powołał się na ofertę wykonawcy W. P. „IŻ-BUD", który wycenił pustak keramzytobetonowy na 4,09 zł netto / sztuka, a cenę jednostkową w pozycji kosztorysowej 1.5.1. „stropy gęstożebrowe żelbetowe na belkach prefabrykowanych Teriva, beton C 20/25)" na 181,42 zł netto. Powyższe zestawiał z ceną jednostkową pustaka zaoferowanego przez odwołującego na poziomie 2,44 zł netto za sztukę. Jednak, jak wynikało choćby z dowodu złożonego przez przystępującego pustaki keramzytobetonowe można było nabyć w niższej cenie, niż podnosił zamawiający. W przedstawionej przez przystępującego ofercie zakładu produkcyjnego Terbud Z. K., cena pustaka keramzytobetonowego została skalkulowana na poziomie 3,43 zł netto za sztukę. Ponadto, jeśli chodzi o cenę jednostkową całej rozpatrywanej pozycji kosztorysowej 1.5.1., to cena oferty odwołującego (134,99 zł netto) okazała się zbliżona do ceny wykonawcy Faktoria sp. z o.o. (144,02 zł netto). Wykonawca ten nie ujawnił wprawdzie rodzaju oferowanego pustaka, lecz w braku dowodu przeciwnego zamawiający nie może utrzymywać, że zaoferowano mu inny pustak niż keramzytobetonowy. Przypuszczenia zamawiającego, że oferent ten z pewnością zaoferował pustak żużlobetonowy są niczym niepopartymi supozycjami. Również cena jednostkowa ze spornej pozycji w ofercie wykonawcy CZ Caputa i Zając (171,40 zł netto) nie dobiega znacząco od ceny pozycji z oferty odwołującego. Oferent ten także nie ujawnił rodzaju oferowanego pustaka, ale w braku dowodu przeciwnego należało przyjąć, że wycenił materiał zgodny z SIWZ. Ostatecznie nie można było wykluczyć, że odwołujący pozyskał korzystną cenę za materiał od swego dostawcy.

Na uwagę zasługiwał również fakt, że w razie wątpliwości co do należytego skalkulowania ceny lub jej istotnego elementu stosuje się procedurę wynikającą z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp i w tym trybie rozwiewa wątpliwości do wartości danego elementu. Przepis ten stanowi, że Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi

przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o

udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu (...).

Powyższe wymagałoby stwierdzenia, że cena za pustaki jest „istotną częścią składową ceny" w rozumieniu ww. przepisu. Dostrzec należało, że sporne pustaki posiadają znikomą wartość w stosunku do całości ceny ofertowej. Jak wynikało z zestawienia materiałów odwołującego, wartość spornych materiałów wynosiła 2,44 zł netto x 2.545 sztuk, czyli 6.209,80 zł netto. Tymczasem cena całej oferty odwołującego kształtowała się na poziomie aż 4.239.954,17 zł brutto.

Przy ocenie stanu faktycznego nie bez znaczenia była również okoliczność, że odwołujący w formularzu ofertowym, na str. 5 oferty, złożył oświadczenie, że przy realizacji zamówienia nie zamierza stosować materiałów równoważnych. Na stronie 6 oferty przedstawił zaś wykaz materiałów równoważnych, w którym nie wpisał ani jednego materiału.

W tej sytuacji zamawiający, celem ustalenia szczegółów treści oferty odwołującego w zakresie wycenionych pustaków, powinien skierować do wykonawcy wezwanie do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Wbrew stanowisku zamawiającego, w okolicznościach danej sprawy, uzyskane wyjaśnienia nie doprowadzą do zmiany treści oferty. Przypomnienia wymaga w tym miejscu, że Trybunał Sprawiedliwości UE wskazał, że art. 2 dyrektywy 2004/18 nie stoi na przeszkodzie poprawieniu lub uzupełnieniu szczegółów oferty, zwłaszcza jeżeli w sposób oczywisty wymaga ona niewielkiego wyjaśnienia lub poprawienia oczywistych błędów materialnych. W tym celu instytucja zamawiająca musi zapewnić w szczególności, że żądanie wyjaśnienia oferty nie może prowadzić do rezultatu porównywalnego w istocie z przedstawieniem przez oferenta nowej oferty. (...).

Trzeba jednakże dodać, że inaczej jest w sytuacji, gdy materiały dotyczące zamówienia wymagają przedstawienia brakującego dokumentu lub informacji pod rygorem wykluczenia. Instytucja zamawiająca powinna bowiem ściśle przestrzegać ustanowionych przez siebie kryteriów (zob. podobnie wyrok z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie C-496/99 P Komisja przeciwko CAS Succhi di Frutta, Rec. s. I-3801, pkt 115). (wyrok z dnia 10 października 2013 r. Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, pkt 32, 36 i 40 i przytoczone tam orzecznictwo).

Aby dojść do wniosku, że wyjaśnienia wykonawcy z pewnością doprowadzą do zmiany oferty, należało w oparciu o ofertę odwołującego ustalić bez najmniejszej wątpliwości, że zaoferował on materiał niezgodny z SIWZ. Z przyczyn wskazanych wcześniej, w okolicznościach danej sprawy, zamawiający nie mógł posiadać takiej pewności. Wykonawca wyjaśni jedynie, których z trzech rodzajów pustaków betonowych Teriva zaoferował: betonowy, keramzytobetonowy czy żużlobetonowy.

Przy wyrokowaniu wzięto również pod uwagę fakt, że zamawiający w SIWZ nie wymagał od wykonawców ujawnienia w ofercie szczegółów dotyczących rodzaju pustaka Teriva. Zestawienie materiałów nie stanowiło elementu obligatoryjnego oferty, ale jedynie zalecany do złożenia, co wynikało wprost z postanowienia części VI pkt 2) s. 27 SIWZ. Podanie szczegółów zaoferowanych pustaków nie doprowadzi zatem do uzupełnienia oferty o informacje, które wymagano w SIWZ.

Kierując się powyższymi rozważaniami Izba stwierdziła, że zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp i art. 87 ust. 1 ustawy Pzp okazał się zasadny.

Stosownie do art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie. Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 1 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do uwzględnienia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 2 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięć o charakterze merytorycznym (pkt 1 sentencji) i formalnym (pkt 2 sentencji), całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Z ww. przepisu wynika, że powodem uwzględnienia odwołania może być stwierdzenie jedynie kwalifikowanego naruszenia ustawy Pzp, a mianowicie takiego, które wywiera lub może wywrzeć istotny wpływ na wynik postępowania. W analizowanej sprawie naruszenie przepisu

art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 87 ust. 1 ustawy Pzp może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Zamawiający przedwcześnie odrzucił ofertę odwołującego, która może być jeszcze wybrana jako najkorzystniejsza.

W świetle art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, uwzględniając odwołanie, Izba może - jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego nie została zawarta - nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego lub nakazać unieważnienie czynności zamawiającego. W konsekwencji Izba nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz wezwanie odwołującego w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień jakiego rodzaju pustaki stropowe Teriva 4,0/1 zaoferował w złożonej ofercie.

Wobec powyższego, na podstawie art. 192 ust. 1 oraz art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Zgodnie z art. 192 ust. 9 ustawy Pzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 ustawy Pzp, strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6. Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że „obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą" sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)" Jarosław Jerzykowski, Komentarz do art.192 ustawy - Prawo zamówień publicznych, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI.

W niniejszej sprawie Izba - co wynika z sentencji orzeczenia - odpowiedzialność za wynik postępowania odwoławczego ponosił w całości zamawiający. Zatem to tę stronę obciążono całością kosztów postępowania odwoławczego. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez odwołującego w wysokości 10.000 zł.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 1, § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t. jedn. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący: .....