

WYROK
z dnia 10 października 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Emilia Garbala
Magdalena Grabarczyk
Emil Kawa

Protokolant: Piotr Ceglowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 października 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 września 2017 r. przez wykonawcę **W. Sp. z o.o., (...)**, w postępowaniu pn. „Przebudowa stacji uzdatniania wody wraz z budową sieci wodociągowej z przyłączami w miejscowości K., gmina N.”,

prowadzonym przez **Gminę Niedzwica Duża, (...)**,

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: W.-B. Sp. z o.o., (...)** oraz **P. B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą F. I. D. P. B., (...)**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,

kosztami postępowania obciąża wykonawcę **W. Sp. z o.o., (...)** i: 2.

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej przez wykonawcę **W.**

KIO 2005/17 1

Sp. z o.o., (...), tytułem należnego wpisu od odwołania,

- 2.2. nakazuje zwrot na rzecz **W. Sp. z o.o., (...)** z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych kwoty **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), tytułem nadpłaconego, w świetle § 1 ust. 2 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. Nr 41 poz. 238 ze zm.), wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:

.....

.....

KIO 2005/17 2

UZASADNIENIE

Zamawiający - Gmina Niedzwica Duża, (...), prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Przebudowa stacji uzdatniania wody wraz z budową sieci wodociągowej z przyłączami w miejscowości K., gmina N.”. Ogłoszenie o zamówieniu

zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 1 sierpnia 2017 r., nr 561277-N-2017. Zamawiający dopuścił możliwość składania ofert częściowych w ramach dwóch części. W części 1, której dotyczy niniejsze postępowanie odwoławcze, oferty złożyli m.in. W. Sp. z o.o., (...) (dalej: „W.” lub „odwołujący”) oraz konsorcjum: W.-B. Sp. z o.o., (...) oraz P. B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą F. I. D. P. B., (...) (dalej: „konsorcjum W.-B.” lub „przystępujący”). W dniu 18 września 2017 r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej oferty konsorcjum W.-B..

W dniu 25 września 2017 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione przez wykonawcę W., w którym odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579), zwanej dalej „ustawą Pzp”, poprzez niewłaściwą ocenę i wadliwy wybór oraz zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum W.-B., której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „siwz”) z uwagi na niezgodne z przedmiotem robót określenie pozycji, ilości metrów i wartości w pozycjach 1.1.7. KNNR 1 021401 i 1.1.8. KNNR 2-010320-0401 w kosztorysie ofertowym,
- 2) art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie niedozwolonych negocjacji treści oferty w zakresie pozycji ręcznego zasypywania wykopów poprzez dodanie do niej kosztu pozycji ręczne plantowanie powierzchni gruntu rodzimego, co doprowadziło do zmiany treści oferty, w tym cen jednostkowych oraz ilości robót do wykonania w metrach sześciennych,
- 3) art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy konsorcjum W.-B., który w wyniku lekkomyślności i niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające zamawiającego w błąd, co miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w toku wyboru najkorzystniejszej oferty,
- 4) art. 24 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie uznania oferty konsorcjum W.-B. za odrzuconą, mimo złożenia jej przez wykonawcę wykluczonego oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum W.-B. mimo, że wykonawca ten podlega wykluczeniu,
- 5) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia

KIO/2005/17 3

w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w związku z wyborem jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy, którego oferta podlega odrzuceniu.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł w szczególności, że kosztorys ofertowy konsorcjum W.-B. zawiera w czterech pozycjach dotyczących plantowania powierzchni gruntu, cenę 0 zł. Jednocześnie odwołujący wskazał, że wyjaśnienia konsorcjum W.-B., zgodnie z którymi wartość plantowania powierzchni gruntu została ujęta w pozycjach dotyczących ręcznego zasypywania wykopów, nie mogą być uznane za zasadne, ponieważ:

- ☐ plantowanie jest obliczane w metrach kwadratowych, natomiast zasypywanie wykopów – w metrach sześciennych,
- ☐ w wyjaśnieniach konsorcjum W.-B. do obliczenia wartości plantowania powierzchni gruntu przyjęto grubość warstwy plantowanej – 8 cm, podczas gdy z przedmiaru robót wynika, że grubość ta wynosi 10 cm,
- ☐ w siwz przewidziano wynagrodzenie kosztorysowe, co przy dodaniu wartości plantowania do wartości zasypywania wykopów skutkować będzie tym, że przy zwiększeniu po zrealizowaniu zamówienia ceny za zasypywanie wykopów z powodu zwiększenia ilości metrów sześciennych zasypywanych wykopów, jednocześnie zwiększy się cena za rozplantowanie powierzchni gruntu, mimo że ta ostatnia powinna pozostać niezmienna,
- ☐ w wyjaśnieniach konsorcjum W.-B. niezasadnie podano cenę jednostkową plantowania powierzchni gruntu w wysokości 23,66 zł, podczas gdy w pozycji 1.1.10 KNNR 1 0504-01 kosztorysu ofertowego tego wykonawcy, cena za ręczne rozplantowanie ziemi wydobytej z wykopów wynosi 5,12 zł/m³.

Ponadto odwołujący stwierdził, że wyjaśnianie przez zamawiającego ww. kwestii z konsorcjum W.-B. stanowiło niedozwolone negocjacje i doprowadziło do zmiany treści oferty.

W związku z tym odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie

zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
- 3) wykluczenia wykonawcy konsorcjum W.-B.,
- 4) odrzucenia oferty konsorcjum W.-B.,
- 5) dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Pismem z dnia 28 września 2017 r. konsorcjum W.-B. przystąpiło do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania. Następnie pismem z dnia 6 października 2017 r. przystępujący przedstawił swoje stanowisko w sprawie, w którym przyznał, że w kosztorysie ofertowym zostały zamienione pozycje 1.1.7.

KIO 2005/17 4

(było: zasypywanie wykopów spycharkami, powinno być: ręczne zasypywanie wykopów) oraz 1.1.8. (było: ręczne zasypywanie wykopów, powinno być: zasypywanie wykopów spycharkami), niemniej jednak stwierdził, że jest to omyłka niepowodująca istotnych zmian w treści oferty, którą zamawiający będzie zobowiązany poprawić. W konsekwencji, powyższa niezgodność oferty z siwz, zdaniem przystępującego, nie ma wpływu na wynik postępowania. Odnosząc się do zaoferowanej ceny 0 zł za plantowanie powierzchni gruntu stwierdził, że postanowienia siwz nie zakazywały takiej wyceny pozycji, ponadto zauważył, że udzielając wyjaśnień na wezwanie zamawiającego podtrzymał zamiar wykonania ww. prac za 0 zł, co w jego ocenie oznacza, że nie zmienił treści oferty.

Pismem z dnia 6 października 2017 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie. Zamawiający zgodził się z odwołującym, że w kosztorysie ofertowym przystępującego zamienione zostały opisy pozycji dotyczących zasypywania ręcznego wykopów i zasypywania ich spycharkami, wskutek czego dla każdej pozycji zostały wskazane także niewłaściwe ilości metrów sześciennych gruntu do wykopania. Wskazał, że w przedmiarach robót opracowanych dla trzech etapów robót (etap I, IIIA i IIIB), w pozycji 1.1.7. przewidywał ręczne zasypywanie wykopów, a w pozycji 1.1.8. – zasypywanie wykopów spycharkami, podczas gdy w etapie II robót opisał te pozycje w odwrotnej kolejności, czego prawdopodobnie nie zauważył przystępujący, jak też nie zauważył sam zamawiający sprawdzając ofertę przystępującego. Wystąpienie ww. niezgodności nie powoduje jednak, zdaniem zamawiającego, konieczności odrzucenia oferty, a jedynie obowiązek jej poprawienia, w wyniku czego cena oferty zmniejszy się o ponad 10.000 zł i tym bardziej pozostanie ofertą najkorzystniejszą. Odnosząc się z kolei do kwestii ceny za plantowanie powierzchni gruntu zamawiający wskazał, że nie zawężył w siwz możliwości określenia cen jednostkowych wyłącznie do wartości dodatnich i nie zastrzegł skutku w postaci odrzucenia oferty z powodu podania wartości 0 zł. Dodał też, że hipotetyczne założenie warstwy gruntu, przyjęte przez wykonawcę jedynie do wyceny pozycji, nie ma dla niego znaczenia, ponieważ za podaną w kosztorysie cenę wykonawca będzie musiał rozplantować całość ziemi pozostałej z wykopu, bez względu na założenia, które poczynił dla wyceny pozycji.

W trakcie rozprawy strony i przystępujący po stronie zamawiającego podtrzymali swoje stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron i przystępującego złożone na piśmie i podane do

KIO 2005/17 5

protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Ponadto Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 179 ust. 1 Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane zaniechanie zamawiającego. Jednocześnie Izba

stwierdziła prawidłowość przystąpienia konsorcjum W.-B. po stronie zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Zgodnie z pkt III.4. siwz, zawierającym opis przedmiotu zamówienia m.in. dla części 1, do oferty należało dołączyć kosztorys ofertowy uproszczony, którego wartość będzie zgodna z ceną podaną w ofercie i odpowiednim zakresem robót podanych w przedmiarze robót. Przez pojęcie kosztorys uproszczony należało rozumieć kosztorys zawierający podstawę wyceny (KNR, kalkulacja indywidualna, analogia, itp.), jednostki miary, ilość, ceny jednostkowe, wartość. Pozycje przedmiaru robót stanowiącego załącznik do siwz i kosztorysu ofertowego nie mogły się różnić. Pozycje kosztorysu ofertowego, t.j. kod, opis jednostki miary i ilość robót, nie mogły brzmieć inaczej niż w przedmiarze robót będącym załącznikiem do siwz. W kosztorysie ofertowym należało wskazać zestawienie cen robocizny, materiałów i sprzętu. Zamawiający przewidział w siwz wynagrodzenie kosztorysowe.

Konsorcjum W.-B. w kosztorysie ofertowym dotyczącym etapu II – przyłącza wodociągowe, wpisało:

- ☐ w pozycji 1.1.7. KNNR 1 021401: zasypywanie wykopów fundamentowych podłużnych, punktowych, obiektowych, rowów spycharkami 55kW. Zagęszczenie spycharkami warstwy luźnej grub. 30 cm. Grunt kat. I-II – 19,808 m³, cena jednostkowa 3,78 zł, wartość 74,87 zł;
- ☐ w pozycji 1.1.8. KNNR 2-010320-0401: ręczne zasypywanie wykopów liniowych o ścianach pionowych, głębokość wykopu do 3,0 m i szerokość 0,8 – 1,5 m. Grunt kategorii I – 559,092 m³, cena jednostkowa 23,66 zł, wartość 13 228,12 zł.

Ponadto w każdym z kosztorysów dotyczących etapów robót: I, II, IIIA i IIIB, w pozycjach 1.1.9. KNNR 1 050101 opisanych jako ręczne plantowanie powierzchni gruntu rodzimego kategorii I-III, przystępujący wpisał jako cenę jednostkową i w konsekwencji wartość pozycji – 0 zł.

KIO 2005/17 6

Pismem z dnia 28 sierpnia 2017 r. odwołujący zwrócił zamawiającemu uwagę na wycenę w ofercie konsorcjum W.-B. czterech pozycji dotyczących ręcznego plantowania powierzchni gruntu na wartość 0 zł. W dniu 29 sierpnia 2017 r. zamawiający wezwał konsorcjum W.-B., na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień: czy roboty w zakresie plantowania powierzchni gruntu zostały przez wykonawcę wycenione i ujęte w cenie oferty, w której ewentualnie pozycje zostały ujęte i w jakiej wysokości oraz czy złożona oferta obejmuje wykonanie całości przedmiotu zamówienia w zakresie ww. pozycji? Pismem z dnia 30 sierpnia 2017 r. konsorcjum W.-B. udzieliło odpowiedzi, w której potwierdziło ujęcie wartości robót w zakresie plantowania powierzchni gruntu w cenie oferty w pozycji zasypywania wykopów, oszacowało ich wartość na ok. 708,67 zł we wszystkich kosztorysach oraz zapewniło, że oferta obejmuje wykonanie całości przedmiotu w pozycjach wycenionych na 0 zł.

Pismem z dnia 5 września 2017 r. zamawiający wezwał konsorcjum W.-B. do doprecyzowania ww. wyjaśnień poprzez wskazanie, w której z pozycji wykonawca uwzględnił roboty polegające na ręcznym plantowaniu powierzchni gruntu, w tym wskazanie wkładu robocizny tych prac w pozycji, w której zostały one ujęte w metrach kwadratowych oraz wskazanie ceny jednostkowej dla każdego z kosztorysów (dla etapu I, II, IIIA i IIIB). W dniu 7 września 2017 r. konsorcjum W.-B. udzieliło odpowiedzi, zgodnie z którą plantowanie powierzchni gruntu zostało ujęte w pozycjach dotyczących ręcznego zasypywania wykopów, ponadto przystępujący przedstawił sposób ich wyceny oraz wartość sumaryczną wynoszącą 770,89 zł netto, co stanowi 0,0607% ceny oferty.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

W przedmiotowej sprawie mamy do czynienia z dwoma zarzutami odnoszącymi się do zgodności wybranej oferty z treścią siwz. Pierwszy z nich dotyczy zamiany w kosztorysie ofertowym konsorcjum W.-B. pozycji dotyczących ręcznego zasypywania wykopów oraz zasypywania wykopów spycharkami, drugi natomiast dotyczy wyceny w ww. kosztorysie wartości czterech pozycji na 0 zł.

Odnosząc się do pierwszej z ww. kwestii i porównując treść przedmiaru robót oraz kosztorysu ofertowego konsorcjum W.-B., należy zauważyć, że w kosztorysie ofertowym, w części dotyczącej etapu II robót - przyłącza wodociągowe, przystępujący rzeczywiście zamienił opisy pozycji dotyczących ręcznego zasypywania wykopów oraz zasypywania wykopów spycharkami. Jednocześnie ilość metrów sześciennych do wykopania nie została zamieniona, wskutek czego opisy ww. pozycji, poza zamianą kolejności, są też nieadekwatne do przewidywanych przez zamawiającego ilości robót, czyli metrów

KIO 2005/17 7

sześciennych wykopów. Taka treść oferty jest niewątpliwie niezgodna z treścią siwz, a konkretnie z przedmiarem robót, będącym częścią załączonej do siwz dokumentacji technicznej.

Należy jednak zauważyć, że 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. Tym samym z przepisu wynika, że w okolicznościach w nim opisanych, zamawiający odrzuca ofertę, chyba że zachodzi wyjątek opisany w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Zgodnie zaś z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty.

W przedmiotowej sprawie opisana niezgodność oferty z siwz stanowi omyłkę niepowodującą istotnych zmian w treści oferty. Przesądza o tym po pierwsze fakt, że pozycje, które co do zasady są zgodne w swej treści z przedmiarem robót, zostały jedynie zamienione kolejnością, co nie dawało przystępującemu żadnych korzyści co do zakresu wykonywanych robót lub wysokości wynagrodzenia, a zatem nie ma podstaw, by uznać, że mogło być celowe. Dodatkowo na omyłkowy charakter takiej zamiany wskazuje niekonsekwencja zamawiającego w opisywaniu tych pozycji w innych częściach przedmiaru robót, co mogło być też źródłem omyłki przystępującego. Po drugie, należy zauważyć, że wartość obu pozycji (przed poprawieniem) wynosi łącznie 13.302,99 zł, co stanowi ok. 1% ceny oferty netto. Nie jest to zatem wartość, która jest dla tej ceny istotna. Po trzecie, po przywróceniu właściwej kolejności opisów pozycji i właściwych dla nich ilości metrów sześciennych wykopów, przy pozostawieniu dotychczasowych cen jednostkowych, wartość obu pozycji łącznie zmniejszy się o ponad 10.000,00 zł, co oznacza, że ww. niezgodność oferty z siwz, nie ma wpływu na wybór najkorzystniejszej oferty. Tym samym, w świetle wyżej opisanych okoliczności, zamiana pozycji 1.1.7. KNNR 1 021401 oraz 1.1.8. KNNR 2-010320-0401 kosztorysu ofertowego konsorcjum W.-B., stanowi omyłkę niepowodującą istotnych zmian w treści oferty.

Wobec powyższego Izba ustaliła, że potwierdził się, zawarty w odwołaniu, zarzut niezgodności oferty przystępującego z siwz w zakresie zamiany ww. pozycji. Niemniej jednak, jak wykazano powyżej, niezgodność ta podlega poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, czego konsekwencją jest fakt, że na obecnym etapie postępowania o udzielenie zamówienia, niezgodność ta nie skutkuje możliwością odrzucenia oferty przystępującego, a w konsekwencji – nie ma wpływu na wynik tegoż postępowania. Zgodnie zaś z art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. W opisanej zatem sytuacji, gdy stwierdzona niezgodność oferty z siwz, nie ma wpływu na wynik postępowania, odwołanie w zakresie omawianego zarzutu,

KIO 2005/17 8

podlega oddaleniu.

Odnosząc się do drugiej z ww. kwestii, tj. wyceny czterech pozycji na 0 zł, w celu ustalenia, czy wycena ta jest niezgodna z treścią siwz, należy w pierwszej kolejności dokonać analizy postanowień siwz. W tym miejscu należy zauważyć, że w pkt III.4. siwz zamawiający wymagał zgodności kosztorysu ofertowego z przedmiarem robót co do zakresu podanych w przedmiarze robót, w szczególności:

- ☐ pozycje przedmiaru robót stanowiącego załącznik do siwz i kosztorysu ofertowego nie mogły się różnić,
- ☐ pozycje kosztorysu ofertowego, t.j. kod, opis jednostki miary i ilość robót, nie mogły

brzmieć inaczej niż w przedmiarze robót.

Zamawiający sprecyzował zatem, w jakim zakresie wymagana jest zgodność kosztorysu ofertowego z przedmiarem robót wskazując na takie jego elementy jak: opis pozycji, kod, jednostka miary i ilość robót.

Zamawiający nie zawarł natomiast w siwz postanowień określających zasady dokonywania wyceny poszczególnych pozycji. W szczególności nie jest takim postanowieniem wymóg zgodności wartości kosztorysu ofertowego z ceną podaną w ofercie, gdyż dotyczy wartości łącznej wszystkich kosztorysów, nie zaś poszczególnych pozycji, ponadto odnosi się do zgodności z ceną wpisaną do oferty (w domyśle: do formularza ofertowego), nie zaś do zgodności z przedmiarem, który ceny zawierać nie może. Wobec braku w siwz postanowień odnoszących się do wyceniania poszczególnych pozycji na 0 zł, niemożliwe jest więc stwierdzenie niezgodności oferty zawierającej taką wycenę z treścią siwz.

Należy także zauważyć, że wartość robót polegających na ręcznym plantowaniu powierzchni gruntu, niezależnie od argumentów odwołującego, kwestionujących wyliczoną przez przystępującego kwotę niespełna 800,00 zł, niewątpliwie jest niska i nie wpływa w sposób istotny na cenę oferty. Tym samym, dla oceny zasadności zarzutu zawartego w odwołaniu, wystarczające jest dokonanie analizy postanowień siwz, która, jak wskazano wyżej, wykazała, że zamawiający nie określił zasad wyceniania poszczególnych pozycji, zatem nie ma podstaw, aby stwierdzić, że z powodu wyceny czterech pozycji na 0 zł, konsorcjum W.-B. złożyło ofertę niezgodną z siwz.

Niezależnie od wyżej wskazanych ustaleń dotyczących podstaw odrzucenia oferty przystępującego, należy także odnieść się do zarzutu dotyczącego prowadzenia przez zamawiającego negocjacji z konsorcjum W.-B. i zmiany jego oferty. W pierwszej kolejności należy zauważyć, że zgodnie z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert,

KIO 2005/17 9

jednak niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. W świetle ww. przepisu zamawiający zawsze może wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień w zakresie treści oferty, zakazane są natomiast negocjacje treści oferty oraz jej zmiana, z wyjątkiem sytuacji określonych w ust. 1a i 2.

W przedmiotowej sprawie skierowanie przez zamawiającego wezwania do wyjaśnień, nawet jeśli jego treść mogła sugerować przystępującemu kierunek odpowiedzi, nie może być uznane za negocjacje. Jak wykazano wyżej, wycena poszczególnych pozycji na 0 zł, od początku nie była w treści siwz zakazana, zatem strony nie miały interesu, żeby po złożeniu oferty prowadzić w tym zakresie negocjacje i starać się osiągnąć określone porozumienie. Pytania zamawiającego należy ocenić jako zmierzające przede wszystkim do ustalenia, czy konsorcjum W.-B. w ogóle uwzględniło konieczność wykonania robót polegających na plantowaniu powierzchni gruntu oraz czy uwzględniło koszt wykonania tych robót, a w konsekwencji – czy jego oferta nie podlega odrzuceniu z powodu ewentualnego węższego zakresu robót niż opisany w przedmiarze. Należy także zauważyć, że odpowiedzi przystępującego wskazujące na uwzględnienie plantowania w cenie robót polegających na ręcznym zasypywaniu wykopów i precyzujące sposób obliczenia wartości tych robót, nie zmieniały treści oferty. W szczególności nie zmieniła się podana przez przystępującego cena za plantowanie powierzchni gruntu w wysokości 0 zł. Przystępujący w udzielonych odpowiedziach jedynie wyjaśnił, w jaki sposób kalkulował cenę za wykonanie ww. robót, natomiast ceny tej nie zmienił.

Przy czym należy ponownie podkreślić, że wskazanie ceny 0 zł w poszczególnych pozycjach kosztorysu ofertowego, od początku nie było w siwz zakazane. Dlatego też na dopuszczalność takiej wyceny, w sytuacji gdy dotyczy ona kwot nieistotnych dla ceny oferty, nie mają wpływu okoliczności powoływane przez odwołującego, dotyczące jednostki miary plantowania i zasypywania wykopów, grubości warstwy plantowanej, rozliczeń na etapie realizacji robót, czy ceny jednostkowej plantowania powierzchni gruntu przyjętej przez przystępującego do obliczeń wskazanych w wyjaśnieniach. Bez względu na te okoliczności, przystępujący w udzielanych wyjaśnieniach nie zmienił bowiem ceny za plantowanie powierzchni gruntu, a co za tym idzie – nie zmienił ceny oferty, zaś cena ta w pozycjach

dotyczących plantowania (0 zł) w niniejszym stanie faktycznym, nie może zostać uznana za niezgodną z siwz.

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania i ustalenia, Izba stwierdziła, że nie potwierdziły się zarzuty dotyczące naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, a w konsekwencji naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17, art. 24 ust. 4, art. 89 ust. 1 pkt 5 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Dlatego też Izba postanowiła jak w sentencji wyroku,

KIO 2005/17 10

orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust. 7 i art. 191 ust. 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 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 (Dz. U. Nr 41 poz. 238 ze zm.).

Przewodniczący

.....

.....

KIO 2005/17 11