

WYROK
z dnia 11 lutego 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 lutego 2016 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 stycznia 2016 roku przez wykonawcę: **REMBUD Sp. z o.o. ul. Sosnowa 7, 44-203 Rybnik** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Miasto Rybnik, ul. Bolesława Chrobrego 2, 44-200 Rybnik**,

przy udziale wykonawcy **Przedsiębiorstwo Remontowo Budowlane „ERBUD” Sp. z o.o., ul. Podmiejska 71, 44-207 Rybnik** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 111/16 po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: **REMBUD Sp. z o.o. ul. Sosnowa 7, 44-203 Rybnik**, i:
 - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **REMBUD Sp. z o.o. ul. Sosnowa 7, 44-203 Rybnik** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2) zasądza kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) od wykonawcy: **REMBUD Sp. z o.o. ul. Sosnowa 7, 44-203 Rybnik** na rzecz zamawiającego: **Miasto Rybnik, ul. Bolesława Chrobrego 2, 44-200 Rybnik** stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

1

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gliwicach**.

.....

2

Uzasadnienie

Zamawiający – Miasto Rybnik w Rybniku – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na: „budowę przedszkola przy ulicy Sztolniowej w dzielnicy Boguszowice Stare”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 1 za 2015 r. pod poz. 299710 w dniu 6 listopada 2015 r. Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 roku, poz. 2164), zwanej dalej „Pzp”.

Pismem z dnia 22.01.2016r. (otrzymanym przez Odwołującego się dnia 25.01.2016r.) Zamawiający poinformował o wyniku postępowania, wskazując, iż jako najkorzystniejsza, wybrana została oferta Przedsiębiorstwa Remontowo Budowlanego „ERBUD” sp. z o.o. z/s w Rybniku, zaś oferta wykonawcy REMBUD sp. z o.o. z/s w Rybniku została odrzucona. W uzasadnieniu Zamawiający wskazał, iż przyczyną odrzucenia ww. oferty jest niezgodność oferty z ustawą, z uwagi na nieważność spowodowaną upływem terminu związania ofertą

oraz niezgodność treści oferty z treścią SIWZ.

Wykonawca REMBUD sp. z o.o. wniósł odwołanie wobec ww. czynności, zarzucając naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 1 i art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez nieuzasadnione uznanie oferty Odwołującego za nieważną w związku z upływem terminu związania ofertą, a tym samym niezgodną z przepisami ustawy,
2. art. 7 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez stwierdzenie, iż oferta Odwołującego jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
2. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
3. powtórzenia czynności oceny ofert oraz wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wyjaśnił, że posiada interes we wniesieniu odwołania, gdyż w przypadku braku odrzucenia jego oferty, oferta ta zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza.

I. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 i art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez nieuzasadnione uznanie oferty odwołującego się za nieważną w związku z upływem terminu związania ofertą a tym samym niezgodną z przepisami ustawy, co w konsekwencji skutkowało nieuzasadnionym odrzuceniem oferty.

3

Odwołujący wyjaśnił, że wyrokiem KIO z dnia 4.01.2016 r. sygn. akt KIO 2724/15, odwołanie wykonawcy REMBUD sp. z o.o. zostało uwzględnione w całości. W wyroku nakazano Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego oraz odrzucenia jego oferty, wezwanie REMBUD sp. z o.o. do złożenia wykazu robót i dokonanie ponownej oceny ofert.

W decyzji o odrzuceniu oferty Zamawiający stwierdził, że oferta Odwołującego jest nieważna, ponieważ wykonawca nie przedłużył terminu związania ofertą, który upłynął dnia 9.01.2016r. Zamawiający nie wzywał wykonawcy do wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, z uwagi na to, iż ww. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej wraz z uzasadnieniem otrzymał dnia 14.01.2016r. a więc po upływie terminu związania ofertą.

Odwołujący podniósł, że oferta, której termin związania upłynął nadal posiada wszystkie cechy oferty, o których mowa w art. 66 k.c. Oferta nieważna to taka, która nie zawiera wszystkich elementów oferty, o którym mowa w art. 66 § 1 k.c. Termin związania ofertą nie stanowi postanowienia istotnego umowy, nie jest więc elementem, od którego uzależniona jest ważność umowy. Upływ terminu związania ofertą ma jedynie ten skutek, że wykonawca nie poniesie negatywnych skutków niezawarcia umowy, w przypadku gdy jego oferta zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza.

Odwołujący przywołał orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej (uchwała z dnia 11.08.2015r. KIO/KD 43/15, wyrok z dnia 02.04.2013r., KIO 655/13, wyrok z dnia 21.05.2013r., KIO 1007/13). Upływ terminu związania ofertą nie powoduje więc ani jej nieważności, ani jej niezgodności z ustawą, zatem odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp jest nieuzasadnione.

Tym bardziej nieuzasadnione jest działanie Zamawiającego, polegające na uznaniu oferty Odwołującego za nieważną z powodu upływu terminu związania ofertą w sytuacji, gdy Zamawiający w innym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „Muzeum dz. Śródmieście; instalacja windy wewnętrznej, budowa zewnętrznego podjazdu dla osób niepełnosprawnych oraz roboty remontowe ogólnobudowlane i elektryczne” dokonał wyboru oferty Odwołującego mimo upływu terminu związania ofertą i zawarł z nim umowę w dniu 21.01.2016 r. Odwołujący przedłożył protokół z posiedzenia komisji przetargowej z dnia 12.01.2016r., pismo z dnia 12.01.2016r. o wyborze najkorzystniejszej oferty, umowę z dnia 21.01.2016, pismo Zamawiającego z dnia 22.01.2015r., pismo wykonawcy z dnia 23.12.2015r.

Odwołujący wskazał, że przepis art. 85 ust. 2 Pzp, przewiduje dwie alternatywne możliwości przedłużenia terminu związania ofertą: wykonawca może tego dokonać z własnej inicjatywy (tj. złożyć pismo o przedłużeniu) albo może tego dokonać zamawiający wnosząc do wykonawcy o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą (dopiero

z art. 85 ust. 3 pzp, uchwała KIO z dnia 11.08.2015r. KIO/KD 43/15). Przepis nie przewiduje żadnych negatywnych konsekwencji w razie braku dokonania przez wykonawcę z własnej inicjatywy przedłużenia terminu związania ofertą. Tymczasem Zamawiający wyciąga wobec Odwołującego negatywne konsekwencje twierdząc, że wykonawca sam nie dopełnił ciążącego na nim obowiązku. W tym miejscu wypada zaznaczyć, że wykonawca nie ma obowiązku przedłużania terminu związania ofertą, jako że nie powoduje to nieważności oferty.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający niezwłocznie po ogłoszeniu wyroku przez Krajową Izbę Odwoławczą dnia 4.01.2015r. powinien był wezwać wykonawcę do przedłużenia terminu związania ofertą. Postępowanie odwoławcze powoduje bowiem zawieszenie biegu terminu związania ofertą (art. 182 ust. 6 pzp), zaś po ogłoszeniu wyroku termin ten będzie dalej. Data otrzymania wyroku z uzasadnieniem nie ma żadnego znaczenia.

Ponadto, pismem z dnia 18.01.2016r. (po upływie terminu związania ofertą) Zamawiający wezwał Odwołującego do przedstawienia referencji potwierdzających warunki udziału w postępowaniu. Odwołujący przedstawił takie referencje, uważając że jego oferta wiąże i chce uczestniczyć w postępowaniu. W sytuacji, gdy Zamawiający uważał, że oferta jest nieważna i niezgodna z ustawą a wykonawca nie jest zainteresowany udziałem w postępowaniu, to niezasadne byłoby wzywanie go do uzupełnienia referencji. Odwołujący podkreślił, że Zamawiający miał praktykę wzywać wykonawców do przedłużania terminu związania ofertą. Tak też uczynił w kilku innych postępowaniach, w których Odwołujący brał udział. Odwołujący przedłożył pisma Zamawiającego z dnia 22.12.2015r., z dnia 09.11.2015r., z dnia 31.12.2013r., z dnia 16.04.2014r. W związku z powyższą praktyką Odwołujący mógł oczekiwać takiego działania również w tym przypadku.

Mając powyższe na uwadze należy stwierdzić także, że Zamawiający naruszył zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, bowiem w różny sposób potraktował wykonawcę w dwóch różnych postępowaniach w podobnej sytuacji, a nadto nie respektował wyroku KIO z dnia 4.01.2016r.

Odwołujący wskazał, że w niniejszym postępowaniu Zamawiający wyłącznie do wykonawcy, którego oferta została wybrana skierował pismo z dnia 15.01.2016r., w odpowiedzi na które wyraził on zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą, co wprost uzasadnia zarzut nierównego traktowania wykonawców w postępowaniu.

II. Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez stwierdzenie, iż oferta Odwołującego jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego jako nieodpowiadającą treści SIWZ z powodu braku dołączenia do oferty arkusza „Zestawienie kosztów przedmiotu

zamówienia”. Ponadto, Zamawiający stwierdził, że oferta nie obejmuje całego zakresu zamówienia, jako że wyrok KIO z dnia 4.01.2016r. KIO 2724/15 nie odnosił się merytorycznie do zarzutu sposobu wyceny robót i nie potwierdził, że działanie wykonawcy było prawidłowe. Wobec tego Zamawiający stwierdził, iż wyliczenia wykonawcy zawarte w wyjaśnieniach z dnia 4.12.2015r. nie zostały uznane za prawidłowe, gdyż wykonawca manipulował normami roboczo-godzin, normami zużycia materiałów, stawką roboczo-godziny i stawką maszyno-godziny. Zmieniono też normę ilościową dla podspółki. Roboty dotyczące pominiętych pozycji (3.1., 3.2., 3.3., 3.4., 3.5 przedmiaru inwestorskiego) nie były w jakikolwiek sposób powiązane z wycenionymi robotami (pozycje 3.3, 3.4, 3.5 kosztorysu ofertowego). Pozycje te w przedmiarze występowały samodzielnie, a wykonawca nie przedstawił logicznego uzasadnienia agregacji (scalania) ww. pozycji. Zamawiający uznał za niedopuszczalne przenoszenie kosztów określonego rodzaju robót do pozycji nie związanej z tym rodzajem robót. Celem złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 Pzp było uzyskanie od wykonawcy uszczegółowienia informacji zawartych w ofercie, a nie ingerencja w jej treść i dostosowanie złożonego kosztorysu do przedmiaru robót.

Odwołujący podniósł, iż powyższe zarzuty były już przedmiotem rozpoznania przed Krajową Izbą Odwoławczą. Zamawiający, pierwotnie rozstrzygając przetarg, odrzucił ofertę

Odwołującego twierdząc, iż nie odpowiada ona treści SIWZ. Zamawiający podnosił te same argumenty zarówno w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty, jak i w odpowiedzi na odwołanie w sprawie KIO 2724/15. Wyrokiem z dnia 4.01.2016r. KIO uznała za zasadny zarzut bezpodstawnego odrzucenia oferty odwołującego z powodu niezgodności jej treści z treścią SIWZ i w związku z powyższym rozstrzygnęła ww. zarzut, a tym samym nie powinien on po raz drugi być rozpoznawany.

Odnosząc się, do twierdzenia, jakoby Odwołujący nie dołączył do oferty arkusza „Zestawienie kosztów przedmiotu zamówienia” Odwołujący wskazał, że jest ono nieprawdziwe, gdyż Zamawiający nie wskazał czego dokładnie brakuje, a ponadto, podczas pierwszego badania ofert Zamawiający nie stwierdził braku ww. dokumentu. Odwołujący podkreślił, że Zamawiający sam zaprzecza swojemu twierdzeniu, jako że powołuje się na zestawienie załączone do oferty.

Twierdzenie Zamawiającego, jakoby wykonawca manipulował normami roboczo-godzin, normami zużycia materiałów, stawką roboczo-godziny i stawką maszyno-godziny, zmienił normę ilościową dla podspółki, a także jakoby roboty dotyczące pominiętych pozycji (3.1., 3.2., 3.3., 3.4., 3.5 przedmiaru inwestorskiego) nie były w jakikolwiek sposób powiązane z wycenionymi robotami (pozycje 3.3, 3.4, 3.5 kosztorysu ofertowego), pozycje te w przedmiarze występowały samodzielnie, a wykonawca nie przedstawił logicznego uzasadnienia agregacji (scalania) pozycji, jest całkowicie nieuzasadnione.

6

Odwołujący podkreślił, że w pierwotnym rozstrzygnięciu przetargu (pismo z dnia 9.12.2015r.), Zamawiający stwierdził, że wyliczenia dla poz. 3.1. i 3.2. przedmiaru inwestorskiego dokonane zostały przez Odwołującego prawidłowo. Tymczasem po ponownej ocenie ofert uznał, że te pozycje również są nieprawidłowe. Skoro Zamawiający pierwotnie rozstrzygając przetarg nie zauważył nieprawidłowości w tych pozycjach, to nie zachodzą takie nieprawidłowości również obecnie, zwłaszcza, że treść oferty nie uległa zmianie.

Nieprawidłowe jest również stanowisko Zamawiającego, jakoby oferta nie obejmowała całego zakresu zamówienia, a wykonawca manipulował normami roboczo-godzin, normami zużycia materiałów, stawką roboczo-godziny i stawką maszyno-godziny, zmienił normę ilościową dla podspółki, a także jakoby roboty dotyczące pominiętych pozycji (3.1., 3.2., 3.3., 3.4., 3.5 przedmiaru inwestorskiego) nie były w jakikolwiek sposób powiązane z wycenionymi robotami (pozycje 3.3, 3.4, 3.5 kosztorysu ofertowego), pozycje te w przedmiarze występowały samodzielnie, a wykonawca nie przedstawił logicznego uzasadnienia agregacji (scalania) pozycji.

W pkt XI ppkt 3. 2) SIWZ wskazano sposób obliczenia ceny oferty w przypadku wynagrodzenia kosztorysowego. Wskazano m.in., że wykonawca zobowiązany jest do ustalenia ceny jednostkowej każdej pozycji kosztorysu ofertowego na podstawie składników cenotwórczych obejmujących robociznę, ceny materiałów i sprzętu oraz narzuty kosztów pośrednich, koszt zakupu materiałów i zysk. Zamawiający nie wymagał dołączenia do oferty zestawienia składników cenotwórczych. Kosztorys należało sporządzić w sposób uproszczony ze m.in. wskazaniem wyceny wszystkich pozycji wyszczególnionych w przedmiarze robót rozliczanych kosztorysowo, a każda pozycja musiała zawierać ilość jednostek przedmiarowych, cenę jednostkową pozycji wraz z narzutami oraz wartość całkowitą danej pozycji.

Pismem z dnia 1.12.2015r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 Pzp, czy brakujące pozycje przedmiaru inwestorskiego zostały ujęte w innych pozycjach kosztorysu wraz ze sposobem wyliczenia tych pozycji, ze wskazaniem cen jednostkowych.

W odpowiedzi, pismem z dnia 4.12.2015r., Odwołujący wskazał, że brakujące pozycje przedmiaru inwestorskiego ujęte zostały kosztorysie w pozycjach 3.3., 3.4., 3.5. Odwołujący podkreślił, że wskazał wyliczenia w poszczególnych tabelach w ten sam sposób. Z wyliczeń wynikały wszystkie wymagane w SIWZ elementy, tj. „ceny jednostkowe każdej pozycji kosztorysu ofertowego na podstawie składników cenotwórczych obejmujących robociznę, ceny materiałów i sprzętu oraz narzuty kosztów pośrednich, koszt zakupu materiałów i zysk” (pkt XI ppkt 3.2) SIWZ). Jednakże Zamawiający uznał za prawidłowe jedynie wyliczenia dotyczące poz. 3.1 i 3.2. natomiast pozycji 3.3., 3.4. i 3.5 nie uznał, twierdząc, że nie

7

wynikają z nich ceny jednostkowe, a tym samym niemożliwe jest ustalenie ceny, zaś oferta nie obejmuje całego zakresu zamówienia i tym samym jest niezgodna z SIWZ.

Zdaniem Odwołującego, ceny jednostkowe zostały wskazane w wyjaśnieniach, co wynika wprost z tabeli obrazującej wyliczenia. Wobec tego nie zachodzą braki, które zarzuca Zamawiający. Oferta obejmuje cały zakres zamówienia określony w SIWZ, a tym samym nie zachodzi niezgodność treści oferty z SIWZ. Wskazane przez Odwołującego wyliczenia nie powodują niemożności określenia ceny jednostkowej ani ceny za wykonanie zakresu robót objętego zamówieniem. Ponadto, nie można uznać części wyliczeń za prawidłowe, a inne części wyliczonej w ten sam sposób, wskazującej dokładnie te same elementy, za nieprawidłowe, bez wskazania konkretnego powodu.

W niniejszym przypadku Zamawiający nie podał, w jaki sposób ustalił, iż oferta nie odpowiada treści SIWZ. Samo zarzucenie rzekomych manipulacji czy scalania pozycji nie może być uznane za wystarczające do uznania oferty za niezgodną z treścią SIWZ, zwłaszcza w sytuacji, gdy zawiera ona wszystkie elementy wskazane w SIWZ w zakresie ceny kosztorysowej. Zamawiający nie wskazał również jakiego fragmentu zakresu zamówienia nie opisano w ofercie. Za brak opisanego zakresu nie można bowiem uznać poz. 3.3., 3.4. i 3.5. przedmiaru inwestorskiego, skoro w wyjaśnieniach z dnia 4.12.2015r. odwołujący wskazał, że pozycje te w kosztorysie ofertowym zostały opisane oraz przedstawił sposób ich wyliczenia z uwzględnieniem cen jednostkowych opisanych w SIWZ. Odwołujący złożył wyjaśnienia co do treści oferty i wskazał, w których pozycjach kosztorysu ofertowego opisano poz. 3.3., 3.4. i 3.5. przedmiaru. Zamawiający tymczasem nie wskazał ani na jakiej podstawie uznał że ceny jednostkowe tych pozycji nie zostały ujęte w kosztorysie, ani jakiego zakresu zamówienia nie opisano w treści oferty. Zamawiający nie określił również do jakich niedozwolonych zmian norm ilościowych i stawek doszło, a w szczególności tego, że określenie norm i stawek w sposób wskazany w kosztorysie ofertowym jest niedozwolone. Nie wykazał też, aby scalenie pozycji kosztorysu było niedozwolone.

Zdaniem Odwołującego, zarzuty dotyczące treści oferty nie mają znaczenia z punktu widzenia ceny oferty, która wiąże wykonawcę. Bezzasadne są więc twierdzenia Zamawiającego, jakoby poprzez konkretne wskazanie stawki wykonawca zobowiązywał się jedynie do wykonania części otworu. Bezzasadne jest również twierdzenie, że Odwołujący dokonał niedozwolonego scalenia pozycji. Zamawiający po to przyjął w przedmiarze inwestorskim pozycje oznaczone „analogia”, aby zachodziła możliwość powiązania pewnych pozycji w zakresie konkretnych prac, np. podczas wykonywania prac ziemnych danego rodzaju, wykonawca przewiduje wykonanie wymiany gruntu co będzie związane z wykonaniem otworu, co wykonawca szacuje na konkretną wartość przyjmując odpowiednią stawkę.

Odwołujący wskazał również, że poszczególne elementy przedmiotu umowy mogą mieć różną wartość. Wykonawca może ustalić, że pewien zakres prac wykona taniej a inny drożej. W ten sposób tworzy ofertę konkurencyjną. Ponadto, nie można odrzucić oferty z przyczyn błahych nie mających wpływu na treść oferty, jak również przyczyn, których braku zamawiający nie wskazał (wyrok KIO z dnia 23.06.2014r. KIO 1097/14, wyrok z dnia 28.07.2014r. KIO 1421/14). W związku z powyższym wybiórcza ocena oferty przez Zamawiającego stanowi nie tylko naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, ale w sposób rażący narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 Pzp).

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie – pismem z dnia 8 stycznia 2016 r. Wniósł o oddalenie odwołania. Zamawiający podtrzymał stanowisko wyrażone w decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego z dnia 22 stycznia 2016 r. Stwierdził, że oferta, której termin związania nie został przedłużony przez wykonawcę, podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp, jako niezgodna z ustawą. Powołując się na art. 66 i art. 70 z k.c. wskazał, że związanie ofertą jest nieodzowne dla jej ważności. Termin związania ofertą upłynął w dniu 9 stycznia 2016 r. zatem Zamawiający, dokonując oceny ofert w dniu 22 stycznia 2016 r. nie mógł brać pod uwagę oferty Odwołującego, gdyż jej ważność wygasła. Zdaniem Zamawiającego, przepis art. 85 ust. 2 Pzp nie nakłada na zamawiającego obowiązku wzywania wykonawców do przedłużenia terminu związania ofertą, a jedynie możliwość dokonania takiego wezwania. To wykonawca, działając z należytą starannością,

powinien zadbać o utrzymanie terminu związania ofertą, jeśli jest zainteresowany uzyskaniem zamówienia. Odwołujący samodzielnie nie przedłużył terminu związania ofertą po wyroku Izby z dnia 4 stycznia 2016 r. Nie wykazując własnej inicjatywy, wykonawca świadomie ryzykował utratę ważności oferty. Wybrany wykonawca ERBUD Sp. z o.o. dokonał natomiast samodzielnie przedłużenia zarówno wadium, jak i terminu związania ofertą. Zamawiający zaprzeczył jakoby kierował wezwaniem do przedłużenia terminu związania ofertą do tego wykonawcy. Zamawiający wyjaśnił, że pismem z dnia 18 stycznia 2016 r. wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentów dotyczących wiedzy i doświadczenia, co wynikało z wyroku KIO z dnia 4 stycznia 2016 r. Uzupełnienie dokumentów nie może zastępować oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą. Wybór oferty Odwołującego w przypadku braku związania ofertą naruszałby zasadę uczciwej konkurencji i art. 7 ust. 1 Pzp.

Oferta Odwołującego podlega także odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp z uwagi na niezłączenie do oferty arkusza „Zestawienie kosztów przedmiotu zamówienia”, zgodnie z rozdz. XI pkt 3 ppkt 1 i 2 SIWZ. Zamawiający wyjaśnił, że każdorazowo do wyjaśnień treści SIWZ załączał zmodyfikowany ww. arkusz.

9

Ponadto, oferta Odwołującego nie obejmuje całego zakresu przedmiotu zamówienia. Pismem z dnia 1 grudnia 2015 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień, gdyż w złożonym w ofercie kosztorysie pominięto, w części objętej wynagrodzeniem kosztorysowym, wycenę 3-go działu przedmiaru inwestorskiego „Zabezpieczenie i odwodnienie wykopów” – łącznie 5 pozycji. Odwołujący złożył wyjaśnienia pismem z dnia 4 grudnia 2016 r., dostosowując złożony już kosztorys do przedmiaru inwestorskiego. Zamawiający nie uznał tych wyjaśnień za prawidłowe. Zamawiający podkreślił, że zarzut ten, wbrew twierdzeniom Odwołującego, nie podlegał rozpoznaniu merytorycznemu w wyroku KIO z dnia 4 stycznia 2016 r. sygn. akt KIO 2724/15. Zamawiający podkreślił, że dla robót pominiętych w wycenie w ramach kosztorysu ofertowego Odwołującego przewidziano w SIWZ wynagrodzenie kosztorysowe, a zatem rozliczenie tych robót musi nastąpić na podstawie cen jednostkowych i obmiaru poszczególnych robót. W takim przypadku kosztorys stanowi istotną treść oferty, podlegającą badaniu co do zgodności z treścią SIWZ. Podany przez Odwołującego w wyjaśnieniach sposób kalkulacji pominiętych pozycji w kosztorysie ofertowym skutkuje brakiem możliwości prawidłowego rozliczenia robót na podstawie cen jednostkowych zawartych w kosztorysie załączonym do oferty. Nie można także uznać, że Odwołujący faktycznie wycenił pominięte pozycje w kosztorysie, a tym samym, że uwzględnił wykonanie tych prac w ramach przedmiotu zamówienia. Zamawiający wyjaśnił, że celem wezwania do wyjaśnienia w trybie art. 87 ust. 1 Pzp było uzyskanie od Odwołującego uszczegółowienia informacji zawartych w ofercie, a nie ingerencja w jej treść i dostosowanie w ten sposób kosztorysu do przedmiaru inwestorskiego.

Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, Przedsiębiorstwo Remontowo Budowlane „ERBUD” Sp. z o.o., wniósł o oddalenie odwołania. Przystępujący przedstawił swoje stanowisko w piśmie procesowym z dnia 8 lutego 2016 r., które zawiera argumentację zbieżną ze stanowiskiem przedstawionym przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z rozdz. XI SIWZ „Sposób obliczania ceny ofertowej” pkt 3 „Przyjmuje się wynagrodzenie:

1) **wynagrodzenie ryczałtowe** określone w części „A” arkusza „Zestawienie kosztów przedmiotu zamówienia” ustalone na podstawie wyceny dokonanej przez Wykonawcę w oparciu o dokumentację projektową, specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót, specyfikacje techniczne pomieszczeń, „pomocniczy przedmiar robót” oraz wymagania zawarte w SIWZ. Zamawiający wymaga dołączenia dla tej części zakresu robót kosztorysu

10

ofertowego oraz wypełnienia części „A” arkusza „Zestawienie kosztów przedmiotu

zamówienia". Wynagrodzenie musi obejmować również całość kosztów robót pomocniczych opisanych w „zakresie robót” oraz koszt zużytej w czasie realizacji robót wody i energii elektrycznej.

2) **wynagrodzenie kosztorysowe** określone w części „B” arkusza „Zestawienie kosztów przedmiotu zamówienia” ustalone na podstawie składników cenotwórczych wyszczególnionych w dołączonym do oferty kosztorysie, opracowanym przez Wykonawcę na podstawie „*przedmiaru robót rozliczanych kosztorysowo*”. Dla tej części zakresu zamówienia Zamawiający wymaga dołączenia kosztorysu ofertowego oraz wypełnienia części „B” arkusza „Zestawienie kosztów przedmiotu zamówienia”. Wykonawcy przysługiwać będzie wynagrodzenie ustalone na podstawie składników cenotwórczych wyszczególnionych w kosztorysie ofertowym (przygotowanym na podstawie „*przedmiaru robót rozliczanych kosztorysowo*”) Wykonawcy oraz ilości rzeczywiście wykonanych i odebranych robót, w oparciu o kosztorys powykonawczy opracowany przez Wykonawcę a następnie zaakceptowany przez Zamawiającego. W przypadku zmniejszenia ilości jednostek obmiarowych w stosunku do kosztorysu ofertowego Zamawiający będzie wymagał uwzględnienia tego faktu w kosztorysie powykonawczym. Ceny jednostkowe kosztorysu powykonawczego muszą być takie same jak w kosztorysie ofertowym. Zwiększenie ilości jednostek obmiarowych w kosztorysie powykonawczym w stosunku do kosztorysu ofertowego musi zostać zaakceptowane przez Zamawiającego przed przystąpieniem do wykonania robót przez Wykonawcę. Wykonawca zobowiązany jest do ustalenia ceny jednostkowej każdej pozycji kosztorysu ofertowego na podstawie składników cenotwórczych obejmujących robociznę, ceny materiałów i sprzętu oraz narzuty kosztów pośrednich, koszt zakupu materiałów i zysk. Zamawiający nie wymaga dołączania do oferty zestawienia składników cenotwórczych. Kosztorys należy sporządzić w formie uproszczonej (tzn. bez rozbijania ceny jednostkowej na wartość robocizny, materiałów, sprzętu, kosztów pośrednich i zysku) przy zachowaniu następujących zasad:

- a) musi zawierać wycenę wszystkich pozycji wyszczególnionych w „*przedmiarze robót rozliczanych kosztorysowo*” z zachowaniem ilości jednostek przedmiarowych,
- b) każda pozycja musi zawierać ilość jednostek przedmiarowych, cenę jednostkową pozycji wraz z narzutami oraz wartość całkowitą danej pozycji z zaokrągleniem do dwóch miejsc po przecinku,
- c) wartość pozycji jednostkowych bez podatku VAT (podatek VAT należy uwzględnić w części „B” arkusza „Zestawienie kosztów przedmiotu zamówienia” i w formularzu ofertowym /załączniku nr 1 do SIWZ),
- d) kolejność pozycji w kosztorysie ofertowym musi być zgodna z „*przedmiarem robót rozliczanych kosztorysowo*” dołączonym do SIWZ,

11

- e) kosztorys musi zawierać wycenę wszystkich pozycji wyszczególnionych w „*przedmiarze robót rozliczanych kosztorysowo*”
- f) niedopuszczalne jest nie dokonanie wyceny jakiejkolwiek pozycji – cena nie może wynosić „0 zł”,
- g) dodatkowe koszty nieuwzględnione w przedmiarze robót, należy ująć w kosztach ogólnych.”

Wśród załączników do SIWZ Zamawiający wymienił formularz „Zestawienie kosztów przedmiotu zamówienia”.

Powyższy formularz został też wymieniony w pkt 1 i 2 formularza ofertowego, jako dokument, z którego należało przenieść kwotę wynagrodzenia ryczałtowego określoną w części A i wynagrodzenia kosztorysowego określoną w części B arkusza „Zestawienie kosztów przedmiotu zamówienia”.

Odpowiedzi na pytania wykonawców do treści SIWZ (wskazywane przez Odwołującego - odpowiedź na pytanie 9 i 10 z dnia 26.10.2015 r., 5, 23, 28, 46, 47 z dnia 28.10.2015 r., 35 z dnia 30.10.2015 r.) dotyczące pomocniczego jedynie charakteru i znaczenia kosztorysu ofertowego dla treści oferty, odnoszą się wyłącznie do części A arkusza „Zestawienie kosztów przedmiotu zamówienia”, tj. do części przedmiotu zamówienia objętej wynagrodzeniem ryczałtowym.

Zgodnie z § 7 ust. 2 wzoru umowy (załącznik numer 6 do SIWZ) „2. Wynagrodzenie, o którym mowa w ust. 1, stanowi sumę wynagrodzeń, na którą składają się:

- 1) wynagrodzenie ryczałtowe określone w części „A” arkusza „Zestawienie kosztów przedmiotu zamówienia” ustalone na podstawie wyceny dokonanej przez Wykonawcę

w oparciu o dokumentację projektową, specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót, specyfikacje techniczne pomieszczeń, „pomocniczy przedmiar robót” oraz wymagania zawarte w SIWZ oraz obejmujące całość kosztów robót pomocniczych opisanych w „zakresie robót” oraz koszt zużytej w czasie realizacji robót wody i energii elektrycznej - w wysokości brutto zł (słownie.....),

2) wynagrodzenie kosztorysowe ustalone na podstawie składników cenotwórczych wyszczególnionych w dołączonym do oferty kosztorysie, opracowanym przez Wykonawcę na robót rozliczanych kosztorysowo” - w wysokości brutto zł podstawie „przedmiaru (słownie.....).

3)Wynagrodzenie opisane w ust. 2 pkt 2 stanowić będzie sumę iloczynów ostatecznie wykonanych i zaakceptowanych przez Zamawiającego ilości robót budowlanych i ceny jednostkowej za poszczególne roboty określone w wycenionym przez Wykonawcę kosztorysie ofertowym.”

12

Powyższe postanowienia wskazują jednoznacznie na rozliczenie kosztorysowe części robót, dokonywane na podstawie cen jednostkowych wskazanych w kosztorysie ofertowym i obmiaru faktycznie wykonanych ilości robót.

Zamawiający w dokumencie nazwanym „Przedmiar robót rozliczany kosztorysowo” na roboty budowlane i inżynierskie wymagał w punkcie 3 przedstawienia kosztorysu na – „Zabezpieczenie i odwadnianie wykopów”.

W przedmiotowym postępowaniu zostało złożonych 15 ofert. Odwołujący złożył ofertę, do której nie dołączył wymaganego arkusza „Zestawienie kosztów przedmiotu zamówienia”.

Odwołujący złożył ponadto w ofercie kosztorys ofertowy dla części B, w którym pominięty został dział trzeci przedmiaru inwestorskiego „zabezpieczenie i odwadnianie wykopów”.

Pismem z dnia 1 grudnia 2015 r. Zamawiający wezwał Odwołującego, na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na zgodność oferty z przedmiotem zamówienia. Wskazał, że w dołączonym kosztorysie (dotyczącym wynagrodzenia kosztorysowego rozliczanego powykonawczo) pominięto wycenę 3-go działu przedmiaru inwestorskiego - „Zabezpieczenie i odwodnienie wykopów” - łącznie 5 pozycji. Zamawiający poprosił o wyjaśnienie, czy ww. pozycje zostały ujęte w innych pozycjach kosztorysu, a tym samym, czy zostały uwzględnione przy wycenie oferty. W sytuacji, gdy brakujące pozycje zostały ujęte w innych pozycjach kosztorysowych, poprosił o ich wskazanie wraz ze sposobem obliczenia tych pozycji wskazującym cenę jednostkową, co jest niezbędne przy rozliczeniu kosztorysowym. Jednocześnie poinformował, że brak wyjaśnień w tym zakresie lub wyjaśnienia, z których treści nie będzie jednoznacznie wynikać, iż ww. pozycje zostały uwzględnione przy wycenie zakresu przedmiotu zamówienia, będzie podstawą do uznania, iż oferta nie obejmuje całego zakresu zamówienia i odrzucenia oferty zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Zamawiającego, Odwołujący, pismem z dnia 4 grudnia 2015 r. wyjaśnił, że w złożonym kosztorysie nie pominął żadnej pozycji, a pozycje związane z zabezpieczeniem i odwodnieniem wykopów zostały uwzględnione w innych pozycjach kosztorysu. Odwołujący wskazał, że pozycja 3.1 przedmiaru inwestorskiego „Wykonanie odwiertów do głębokości 5 m na potrzeby badania gruntu 1 szt.” została uwzględniona w pozycji 3.3 kosztorysu ofertowego „Analogia-wymiana gruntu wraz z zagęszczeniem; podsypka filtracyjna w wykonanym wykopie. Wykonanie podsypki z gotowego kruszywa – z piasku o uziarnieniu 0-4 mm; w tym koszt piasku i jego dostawy; obmiar = 50 m³, poprzez wskazanie kosztu wykonania w kolumnie „m” (materiały)

13

kosztorysu. Pozycja 3.2 przedmiaru inwestorskiego „umacnianie ścian wykopów o szerokości do 1 m w gruntach nawodnionych kat. I-IV grodzicami wbijanymi pionowo wraz z wyciąganiem grodzic. Wykopy o głębokości do 6.0 m 500m²” został uwzględniony w pozycji 3.4 kosztorysu ofertowego „Analogia – Wymiana gruntu wraz z zagęszczeniem; podsypka

filtracyjna w gotowym wykopie. Wykonanie podsypki z gotowego kruszywa – z pospółki o uziarnieniu 0-31,5 mm; w tym koszt pospółki i jej dostawy” poprzez wskazanie w kolumnie „m” (materiały) kosztu 1885,00 zł. Dalsze pozycje przedmiaru tj. 3.3 „Iглоfiltry o średnicy do 50 mm wpłukiwane w grunt bezpośrednio bez opsyki do głębokości 4m 5 szt.”, 3.4 „pompowanie wody agregatem podłączonym do zestawu igłofiltrów 168r-g” i 3.5 „pompowanie wody z wykopach pompami elektrycznymi, przy braku stałego źródła energii. Średnice przewodów 50 mm 336r-g” zostały uwzględnione w pozycji 3.5 kosztorysu ofertowego „Analogia- wymiany gruntu wraz z zagęszczeniem; podsypka filtracyjna w gotowym wykopie. Wykonanie podsypki z gotowego kruszywa – z kruszywa mineralnego łamanego o uziarnieniu 31,5-50 mm; w tym koszt kruszywa i jego dostawy, obmiar = 50,0 m³, poprzez wskazanie odpowiednio kosztów w kolumnie „m” (materiały). W powyższych pozycjach koszt został obliczony przy uwzględnieniu ceny jednostkowej dla wskazanego w kosztorysie obmiaru robót, polegających na wymianie gruntu wraz z zagęszczeniem – 50 m³, który to obmiar nie ma jakiegokolwiek powiązania z ilością/obmiarem pozycji pominiętych w kosztorysie.

W przedmiotowym postępowaniu termin związania ofertą upłynął w dniu 9 stycznia 2016 r. Zamawiający nie wzywał wykonawców, w tym Odwołującego, do przedłużenia terminu związania ofertą. Odwołujący nie składał samodzielnie oświadczenia do Zamawiającego o przedłużeniu terminu związania ofertą.

Powyższe okoliczności nie były kwestionowane przez Odwołującego w toku postępowania odwoławczego. Odwołujący cofnął na rozprawie twierdzenie zawarte w odwołaniu, dotyczące wezwania Przystępującego do przedłużenia terminu związania ofertą.

W wyroku z dnia 4 stycznia 2016 r. sygn. akt KIO 2724/16 Izba uwzględniła odwołanie wniesione przez REMBUD Sp. z o.o. i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienie czynności wykluczenia z postępowania oraz odrzucenia oferty Odwołującego, wezwanie Odwołującego do złożenia wykazu wykonanych robót, uzupełnionego o robotę budowlaną, wykonaną w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, to w tym okresie, polegającą na budowie obiektu kubaturowego w wartości co najmniej 4.000.000,00 PLN brutto i dokonanie ponownej oceny ofert.

Jednym z zarzutów podniesionych w odwołaniu w ww. postępowaniu odwoławczym był zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego jako

14

niezgodnej z treścią SIWZ w zakresie braku wyceny pozycji działu 3 przedmiaru inwestorskiego. Izba uwzględniła powyższy zarzut, jednak bez merytorycznego rozpoznania tego zarzutu, ze względu na brak podania przez Zamawiającego w uzasadnieniu odrzucenia oferty - szczegółowego uzasadnienia faktycznego, pozwalającego wykonawcy (Odwołującemu) na prawidłowe zaskarżenie oceny oferty, dokonanej przez Zamawiającego (str. 35 i 36 uzasadnienia wyroku). Izba uznała, że wyjaśnienie uzasadnienia faktycznego czynności odrzucenia oferty w toku postępowania odwoławczego nie spełnia wymogów art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp. Izba stwierdziła w szczególności, że: „W rozpoznawanym przypadku uzasadnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego nie zostało sporządzone w sposób, który pozwalałby na ocenę i stwierdzenie zasadności tej czynności bądź jej braku zamawiający stwierdził jedynie, iż wyliczenia dla brakujących poz. 3.3, 3.4 i 3.5 przedmiaru inwestorskiego, ujętych wg wykonawcy w poz. 3.4 kosztorysu ofertowego, nie wskazały poprawnego określenia cen jednostkowych pozycji brakujących przy zachowaniu niezmienności ceny jednostkowej, ilości obmiarowej i wartości pozycji, w której je ujęto, co skutkuje brakiem możliwości rozliczenia robót na podstawie cen jednostkowych zawartych w kosztorysie ofertowym wykonawcy. Zamawiający nie wskazał, z jakiego powodu uznał wyjaśnienia wykonawcy za błędne, ograniczając się do lakonicznego stwierdzenia o braku poprawności dokonanych wyliczeń.

Nieco więcej informacji zamawiający zawarł w odpowiedzi na odwołanie z dnia 29 grudnia 2015 roku, doręczonej Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 grudnia 2015 roku. Zamawiający wskazał, iż odwołujący manipulował normami roboczogodzin, normami zużycia materiałów, stawką roboczogodziny i stawką maszynogodziny sprzętu. Zmieniono również normę ilościową dla pospółki, roboty dotyczące pominiętych pozycji nie były w jakikolwiek sposób połączone z wycenionymi robotami, pozycje te w przedmiarze występowały samodzielnie i wykonawca nie przedstawił logicznego uzasadnienia agregacji

(scalania) pozycji.”

W danym stanie faktycznym Izba zważyła, jak poniżej:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba uznała, że Odwołujący jest uprawniony do wnoszenia środków ochrony prawnej, w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp.

Izba stwierdziła, ponadto, skuteczność przystąpienia wykonawcy: Przedsiębiorstwo Remontowo Budowlane „ERBUD” Sp. z o.o. - do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, zgodnie z art. 185 ust. 2 i 3 Pzp.

15

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez przyjęcie, że oferta Odwołującego jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Zastosowanie dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, jako podstawy odrzucenia oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego znajduje zastosowanie w przypadku gdy niezgodność treści oferty z treścią SIWZ ma charakter zasadniczy i nieusuwalny, dotyczy sfery niezgodności przedmiotu zamówienia opisanego w SIWZ z przedmiotem zamówienia oferowanym przez wykonawcę. Może też polegać na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami SIWZ, uniemożliwiający rzetelne porównanie ofert złożonych w postępowaniu.

Wskazać też należy, że specyfikacja istotnych warunków zamówienia, od momentu jej udostępnienia, jest wiążąca dla zamawiającego – jest on obowiązany do przestrzegania warunków w niej umieszczonych. Udostępnienie SIWZ wykonawcom jest czynnością prawną powodującą powstanie zobowiązania po stronie zamawiającego, który jest związany swoim oświadczeniem woli co do warunków prowadzenia postępowania i kształtu zobowiązania wykonawcy wymienionych w SIWZ. Aby postanowienia SIWZ były w pełni wiążące dla wykonawców muszą one być sformułowane w sposób precyzyjny i jasny. Precyzyjne i jasne sformułowanie warunków przetargu, a następnie ich ścisłe egzekwowanie stanowi jedną z podstawowych gwarancji realizacji w postępowaniu zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, o której mowa w art. 7 ust. 1 Pzp.

Odnosząc powyższe do przedmiotowego postępowania, Izba stwierdziła, że brak złożenia w ofercie wymaganego przez Zamawiającego arkusza „Zestawienie kosztów przedmiotu zamówienia” stanowi niezgodność polegającą na sporządzeniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami SIWZ, co uzasadnia odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, skutkująca koniecznością odrzucenia oferty Odwołującego stanowi też brak wyceny w kosztorysie ofertowym działu trzeciego przedmiaru inwestorskiego, obejmującego pięć pozycji kosztorysowych w kosztorysie objętym częścią B arkusza „Zestawienie kosztów przedmiotu zamówienia” – wynagrodzeniem kosztorysowym.

Zamawiający, zgodnie z SIWZ, był uprawniony do żądania od wykonawców złożenia kosztorysu ofertowego i wypełnionego formularza „Zestawienie kosztów przedmiotu zamówienia”. Informacje zawarte w tych dokumentach stanowią treść oferty. Podkreślić należy, że przytoczone wyżej postanowienia SIWZ wskazują jednoznacznie, że kosztorys

16

ofertowy dla części rozliczanej kosztorysowo miał istotne znaczenie dla prawidłowego rozliczenia wykonanych robót, a zatem istotne znaczenie dla prawidłowej realizacji zamówienia.

Odwołujący był zobowiązany do złożenia w ofercie prawidłowo wypełnionych ww.

dokumentów, zgodnie z zasadami ustalonymi przez Zamawiającego w SIWZ. Z drugiej strony - Zamawiający, zobowiązany do egzekwowania wobec wykonawców realizacji wymagań SIWZ, musiał wypełnić ten obowiązek wobec wszystkich wykonawców w równym stopniu, a wobec braku złożenia wymaganych dokumentów lub braku złożenia prawidłowych dokumentów dokonać odrzucenia oferty jako niezgodnej z SIWZ na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Kosztorys ofertowy lub arkusz „Zestawienie kosztów przedmiotu zamówienia” nie należy do kategorii dokumentów wymienionych w art. 25 ust. 1 Pzp, jako podlegających uzupełnieniu. Stanowi merytoryczną treść oferty. Błędy w kosztorysie stanowią natomiast uchybienia, które każdorazowo powinny podlegać badaniu w świetle art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego jako nieodpowiadającą treści SIWZ, ze względu na brak dołączenia do oferty arkusza „Zestawienie kosztów przedmiotu zamówienia”. Zamawiający stwierdził także, że ww. oferta nie obejmuje całego zakresu zamówienia wobec braku wyceny w kosztorysie ofertowym pięciu pozycji przedmiaru inwestorskiego. Zdaniem Zamawiającego, wyliczenia wykonawcy zawarte w wyjaśnieniach z dnia 4.12.2015r. nie są prawidłowe. Wykonawca manipulował normami roboczo-godzin, normami zużycia materiałów, stawką roboczo-godziny i stawką maszyno-godziny, zmienił normę ilościową dla podspółki, roboty dotyczące pominiętych pozycji (3.1., 3.2., 3.3., 3.4., 3.5 przedmiaru inwestorskiego) nie są w jakikolwiek sposób powiązane z robotami w pozycjach 3.3, 3.4, 3.5 kosztorysu ofertowego, które w przedmiarze występują samodzielnie, a wykonawca nie przedstawił logicznego uzasadnienia agregacji (scalania) tych pozycji z pozycjami pominiętymi w wycenie. Zamawiający stwierdził, że niedopuszczalne jest przenoszenie kosztów koniecznych do wykonania dla określonego rodzaju robót do pozycji nie związanej z tym rodzajem robót. Zamawiający wskazał, że wyrok KIO z dnia 4.01.2016r. KIO 2724/15 nie odniósł się merytorycznie do sposobu wyceny robót i nie potwierdził, że działanie Odwołującego jest prawidłowe lecz stwierdził, że czynność odrzucenia oferty nie została sporządzona w sposób, który pozwalałby na ocenę i stwierdzenie zasadności tej czynności.

Odwołujący wskazywał, że z wyliczeń przedstawionych w wyjaśnieniach wynikały wszystkie wymagane w SIWZ elementy, tj. „ceny jednostkowe każdej pozycji kosztorysu ofertowego na podstawie składników cenotwórczych obejmujących robociznę, ceny

17

materiałów i sprzętu oraz narzuty kosztów pośrednich, koszt zakupu materiałów i zysk” (pkt XI ppkt 3.2) SIWZ). Należy zauważyć jednak, że są to informacje dodatkowe, nowe, których nie zawierała złożona przez Odwołującego oferta. Wyjaśnienia te prowadzą zatem do zmiany treści oferty poprzez uzupełnienie jednoznacznie brakujących treści w ofercie - wymaganych w SIWZ, co przyznał sam Odwołujący, twierdząc, że „ceny jednostkowe, wbrew twierdzeniom zamawiającego, zostały wskazane w wyjaśnieniach, co wynika wprost z tabeli obrazującej wyliczenia. Wobec tego nie zachodzą braki oferty, jakie zarzuca zamawiający”.

Tak istotna zmiana treści oferty, następująca poprzez jej uzupełnienie w wyniku podania nowych informacji koniecznych do rozliczenia kosztorysowego robót, nie jest dozwolona w trybie art. 87 ust. 1 Pzp, tj. w ramach wyjaśnień, gdyż de facto prowadzi do niedozwolonych negocjacji co do treści złożonej oferty. Tak istotna zmiana treści oferty nie pozwala na zastosowanie trybu, o którym mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, poprzez dokonanie poprawienia treści oferty w zakresie brakującej części kosztorysu. Nie można bowiem uznać, że ta niezgodność może ulec poprawieniu przez Zamawiającego na podstawie wyjaśnień Odwołującego z dnia 4 grudnia 2016 r. jako nieistotna omyłka, w rozumieniu tego przepisu. Jak już wskazano powyżej, prowadziłoby to istotnej zmiany treści złożonej oferty – Zamawiający musiałby uzupełnić kosztorys ofertowy Odwołującego o informacje zawarte w tabelach przedstawionych w wyjaśnieniach, wraz z cenami jednostkowymi pominiętych w kosztorysie robót. Ponadto, jak słusznie wskazywał Zamawiający, nawet przyjęcie wyjaśnień skutkowałoby trudnościami w rozliczeniu wykonanych robót w związku z możliwością zmiany ilości obmiaru robót w trakcie realizacji, do których ujęto brakujące pozycje, których obmiar był całkowicie niezwiązany z realizacją tych robót. Podany przez Odwołującego sposób kalkulacji brakujących pozycji przedmiaru

inwestorskiego w innych pozycjach kosztorysu ofertowego sprowadzał się faktycznie do usilnego dostosowania złożonego już kosztorysu ofertowego Odwołującego do przedmiaru inwestorskiego.

Podkreślić należy przy tym, że w rozdziale XI SIWZ Zamawiający bardzo dokładnie opisał sposób obliczania ceny ofertowej. Zamawiający nadał kosztorysowi ofertowemu szczególne znaczenie bowiem bez prawidłowo sporządzonego kosztorysu niemożliwym jest prawidłowe rozliczenie inwestycji. Przyjęty przez Odwołującego sposób kalkulacji pozycji 3.3, 3.4 i 3.5 skutkuje brakiem możliwości rozliczenia robót na podstawie cen jednostkowych zawartych w kosztorysie ofertowym odwołującego. Uchybienia te prowadzą do wniosku, iż oferta Odwołującego nie obejmuje całego zakresu zamówienia.

18

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego, że oferta Odwołującego nie obejmuje tym samym całego zakresu zamówienia określonego w SIWZ, a zatem zachodzi niezgodność treści oferty z SIWZ, jako podstawa do odrzucenia oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Wbrew twierdzeniu Odwołującego, niezgodności powyższe mają znaczenie z punktu widzenia ceny ofertowej, która powinna uwzględniać prawidłową wycenę pominiętych pięciu pozycji przedmiaru. Skoro rozliczenie wykonania tych robót ma charakter kosztorysowy, to cena ofertowa w tym zakresie ma także istotne znaczenie dla porównania ofert złożonych w postępowaniu. Nieuwzględnienie w wycenie prawidłowej kalkulacji tych robót przesądza o braku porównywalności oferty Odwołującego z ofertami pozostałych wykonawców.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 i art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez nieuzasadnione uznanie oferty odwołującego się za nieważną w związku z upływem terminu związania ofertą a tym samym niezgodną z przepisami ustawy, co w konsekwencji skutkowało nieuzasadnionym odrzuceniem oferty.

W ocenie Izby, powyższy zarzut potwierdził się. Zgodnie jednak z art. 192 ust. 2 Pzp, wobec zaistnienia przesłanek do odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, (jak wskazano powyżej) stwierdzenie naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 i art. 7 ust. 1 Pzp nie może mieć jakiegokolwiek wpływu na zmianę sytuacji Odwołującego w tym postępowaniu, a tym samym na wynik postępowania. W konsekwencji, potwierdzenie się zarzutu nie mogło stanowić podstawy do uwzględnienia odwołania.

Oferta jest nieważna, gdy nie zawiera wszystkich elementów oferty, o którym mowa w art. 66 § 1 k.c. Zgodnie z tym przepisem oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy stanowi ofertę, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy tj.: podmioty między którymi umowa ma być zawarta, przedmiot umowy (zakres świadczenia), termin wykonania oraz cena (wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu umowy). Termin związania ofertą nie stanowi postanowienia istotnego umowy, nie jest więc elementem, od którego uzależniona jest ważność umowy. Upływ terminu związania ofertą ma jedynie ten skutek, iż wykonawca nie ponosi negatywnych skutków odmowy zawarcia umowy, w przypadku gdy jego oferta zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza (patrz: uchwała KIO z dnia 11.08.2015 r. KIO/KD 43/15, wyrok KIO z dnia 02.04.2013r., KIO 655/13).

Upływ terminu związania ofertą nie przesądza o nieskuteczności oferty, ale o braku istnienia po stronie wykonawcy obowiązku zawarcia umowy. W związku z powyższym, brak jest podstaw do przyjęcia, że oferta, co do której upłynął termin związania ofertą, straciła cechy oferty i w związku z tym powinna być uznana za nieważną lub podlegającą odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp. Przepis ten wskazuje, że odrzuceniu podlega oferta niezgodna z ustawą. Wobec powyższego, korzystając z tej podstawy odrzucenia oferty

19

konieczne jest wskazanie konkretnego przepisu ustawy Pzp, z którym dana oferta jest niezgodna. W przedmiotowej sprawie Zamawiający, odrzucając ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp, nie wskazał takiego przepisu. W szczególności nie można uznać, że nieprzedłużenie samodzielnie przez wykonawcę terminu związania ofertą jest sprzeczne z art. 85 ust. 2 Pzp. Podkreślić należy, że przepis ten nie nakłada na wykonawcę takiego obowiązku.

Zauważyć także trzeba, że ograniczenie związania ofertą terminem określonym w myśl art. 85 ust. 1 Pzp służy ochronie interesów wykonawcy i ma na celu zapewnienia mu możliwości uchylecia się od podpisania umowy w sytuacji, gdy na skutek upływu czasu może on już nie być zainteresowany podpisaniem umowy na warunkach zaproponowanych w ofercie. A zatem, zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego po upływie terminu związania ofertą, jest na gruncie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych dopuszczalne.

Żaden przepis ustawy Pzp nie stanowi, że wybranie oferty, co do której wykonawca nie posiada aktualnego oświadczenia o związaniu jej treścią jest nieważne, a umowa zawarta z takim wykonawcą jest nieważna lub podlega unieważnieniu. Na gruncie przepisów ustawy, upływ terminu związania ofertą nie decyduje o ważności i skuteczności oferty, lecz jedynie o braku po stronie wykonawcy obowiązku zawarcia umowy. Upływ terminu związania ofertą nie powoduje więc ani jej nieważności, ani jej niezgodności z ustawą, zatem odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp jest nieuzasadnione.

Tym bardziej za nieuzasadnione należy przyjąć działanie Zamawiającego polegające na uznaniu oferty Odwołującego za nieważną z powodu upływu terminu związania ofertą w sytuacji, gdy Zamawiający w ogóle nie wzywał wykonawcy do przedłużenia terminu związania ofertą na podstawie art. 85 ust. 2 Pzp (patrz: postanowienie Sądu Okręgowego w Rzeszowie z dnia 16 lutego 2011 r. VI Ga 192/10). Jednocześnie za nieistotną w tej sprawie należy uznać okoliczność, w jaki sposób działał Zamawiający w innym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w odniesieniu do kwestii upływu terminu związania ofertą nie ma przy tym bezpośredniego znaczenia i wpływu na rozpoznanie zarzutów niniejszego odwołania, gdyż Izba każdorazowo rozpoznaje odwołanie w oparciu o ustalony, konkretny stan faktyczny w danym postępowaniu.

Zamawiający niezwłocznie po ogłoszeniu wyroku przez Krajową Izbę Odwoławczą dnia 4.01.2015r. powinien był wezwać wykonawcę do przedłużenia terminu związania ofertą. Ogłoszenie wyroku przez Izbę przerywa zawieszenie biegu terminu związania ofertą (art. 182 ust. 6 Pzp). Niezrozumiałe jest zaniechanie tej czynności przez Zamawiającego, w szczególności wobec podjęcia w dniu 18.01.2016r. (a więc po upływie terminu związania ofertą) czynności wezwania Odwołującego do przedstawienia referencji potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu.

20

Izba podziela stanowisko wyrażone w wyroku Sądu Okręgowego w Lublinie IX Wydział Gospodarczy z dnia 17 stycznia 2014 r. w sprawie sygn. akt IX Ga 392/13, w którym Sąd uznał, że nie ma podstaw by, na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy, przyjąć, że nieprzedłużenie związania ofertą w sytuacji braku wezwania przez zamawiającego, było równoznaczne z brakiem wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą na wezwanie zamawiającego. W ocenie Sądu, przeciwnie, art. 24 ustawy ustanawia zamknięty katalog przesłanek wykluczenia wykonawcy z postępowania, a zatem przepis ten nie może być interpretowany rozszerzająco. Sąd uznał za prawidłowe stanowisko, że zamawiający może wykluczyć z postępowania na tej podstawie wykonawcę, który nie wyraził zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, co oznacza, że zamawiający musi wykazać, że występował do wykonawców o przedłużenie tego terminu. Dopiero brak zgody wykonawcy bądź nieprzedłużenie tego terminu przez wykonawcę na wyraźne wezwanie zamawiającego powoduje, że powstają przesłanki do jego wykluczenia z postępowania. Brak zgody w myśl powołanego przepisu musi być wyraźny, tak by możliwe było jednoznaczne zinterpretowanie zachowania wykonawcy, czy to w postaci złożenia oświadczenia woli czy też określonego działania bądź zaniechania. W ocenie Sądu, wykładnia językowa i systemowa omawianego przepisu nie pozostawia wątpliwości i jest ugruntowana w orzecnictwie sądów powszechnych, co potwierdza orzeczenie Sądu Okręgowego w Rzeszowie z dnia 16 lutego 2011 r. wydane w sprawie o sygnaturze akt VI Ga 192/10. Sąd uznał, że upływ terminu związania ofertą w żadnym przypadku, sam przez się, nie może stanowić podstawy do wykluczenia z postępowania wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy, bowiem nie stanowi przeszkody do badania oferty, jej wyboru i podpisania umowy. W ocenie Sądu, nie może budzić żadnych wątpliwości, że odwołując się wykonawca potwierdził wolę ubiegania się o udzielenie zamówienia, a zatem wyraził wolę związania złożoną ofertą. Równocześnie Sąd podkreślił również znaczenie wydanego uprzednio w toku postępowania wyroku Krajowej Izby Odwoławczej, nakazującego unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego z postępowania, wskazując, że wykonawca ten dysponując

rozstrzygnięciem Krajowej Izby Odwoławczej oczekiwał na wykonanie tego rozstrzygnięcia przez zamawiającego i miał prawo pozostawać w zaufaniu do zamawiającego, będącego jednostką organizacyjną Gminy, jako podstawowej jednostki samorządu terytorialnego (art. 164 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, uchwała nr 496/ (...) Rady Miasta z dnia 27 listopada 2008 r. w sprawie utworzenia jednostki budżetowej). Zdaniem Sądu, zaufanie takie w państwie prawa winno być rzeczą naturalną i w żadnym razie oczekiwanie wykonawcy na dalsze czynności zamawiającego, wbrew zarzutom zamawiającego, nie może świadczyć o braku profesjonalizmu odwołującego się wykonawcy. Sąd podkreślił, że zamawiający podnosząc zarzut, że wykonawca – jako profesjonalista – winien dbać o własne interesy, zdawał się zapominać, że to na zamawiającym ciąży obowiązek przygotowania

21

i przeprowadzenia postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, bezstronność i obiektywizm, wykonawca nie musiał zatem, wobec bezczynności zamawiającego, podejmować żadnych działań zmierzających do przedłużenia terminu związania ofertą.

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, w zw. z § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku 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).

.....

22