

Sygn. akt: KIO 2702/15

KIO 2724/15

WYROK
z dnia 4 stycznia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 stycznia 2016 roku w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 grudnia 2015 roku przez:

A. TOMBUD Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Żorach

B. REMBUD Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Rybniku

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego, którym jest **Miasto Rybnik w Rybniku**

przy udziale wykonawcy **Przedsiębiorstwo Remontowo Budowlane „ERBUD” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Rybniku**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawach o sygn. akt: KIO 2702/15 oraz KIO 2724/15 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie wniesione przez **TOMBUD Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Żorach**
2. przez uwzględnia odwołanie wniesione **REMBUD Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Rybniku** i nakazuje zamawiającemu – **Miastu Rybnik w Rybniku** – unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienie czynności wykluczenia z postępowania oraz odrzucenia oferty wykonawcy **REMBUD Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Rybniku**, wezwanie wykonawcy **REMBUD Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Rybniku** do złożenia wykazu wykonanych robót, uzupełnionego o robotę budowlaną, wykonaną w okresie

1

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 zł brutto i dokonanie ponownej oceny ofert.

3. Kosztami postępowania obciąża **TOMBUD Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Żorach** oraz **Miasto Rybnik w Rybniku** i:
 - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **TOMBUD Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Żorach** (10 000 zł 00 gr) i **REMBUD Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Rybniku** (10 000 zł 00 gr), tytułem wpisów od odwołań,
 - 2) zasądza od **TOMBUD Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Żorach** na rzecz **Miasta Rybnik w Rybniku** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
 - 3) zasądza od **Miasta Rybnik w Rybniku** na rzecz **REMBUD Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Rybniku** kwotę **13 600 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa

Sygn. akt: KIO 2702/15

KIO 2724/15

Uzasadnienie

Zamawiający – Miasto Rybnik w Rybniku – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na budowę przedszkola przy ulicy Sztolniowej w dzielnicy Boguszowice Stare.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 roku, poz. 907 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

KIO 2702/15

W dniu 14 grudnia 2015 roku wykonawca TOMBUD Sp. z o.o. w Żorach wniósł odwołanie wobec czynności zamawiającego, zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. poprzez niezgodne z prawem użycie tejże konkretnej przepisu ustawy Pzp, jako podstawy prawnej do odrzucenia naszej oferty złożonej na okoliczność powołanego zamówienia.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1) dokonania czynności polegającej na ponownym i właściwym rozpoznaniu dokumentacji przetargowej odwołującego pod względem ustalenia zgodności tejże dokumentacji z obowiązującą specyfikacją istotnych warunków zamówienia (dalej: s.i.w.z.)

2) unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego w powołanym postępowaniu.

3) wezwania odwołującego do uzupełnienia pozostałej dokumentacji/złożenia wyjaśnień, które w treści rozstrzygnięcia w zakresie wyboru najkorzystniejszej oferty, zamawiający uznał za możliwe do uzupełnienia/poprawy.

4) zwrot kosztów uiszczonej opłaty za wpis dot. odwołania, po uwzględnieniu stanowiska odwołującego.

W uzasadnieniu odwołujący podniósł, że zamawiający w dniu 9 grudnia 2015 roku poinformował go o odrzuceniu jego oferty, informując go o tym, iż podstawą odrzucenia jest stwierdzenie braku zgodności treści samej oferty odwołującego z treścią obowiązującego na

okoliczność powołanego postępowania s.i.w.z. Zamawiający podniósł w treści rozstrzygnięcia zarzut, iż odwołujący nie dołączył do oferty, na etapie składania dokumentów przetargowych, kosztorysu ofertowego dla zakresu robót określonego w części "A" dotyczącego wynagrodzenia ryczałtowego, mimo że zamawiający wymagał jego dołączenia zgodnie z zapisami rozdziału IX, XI SIWZ. W związku z uznaniem oferty odwołującego za odrzuconą, zamawiający odstąpił od wezwania odwołującego do uzupełnienia pozostałych dokumentów i złożenia wyjaśnień, które zamawiający uznał jako nadające się do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p.

Odwołujący nie podzielił stanowiska zamawiającego i podniósł zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p., poprzez jego niezgodne z prawem użycie, jako podstawy prawnej do odrzucenia oferty złożonej na okoliczność powołanego zamówienia.

Odwołujący wskazał, iż istotą wynagrodzenia ryczałtowego jest takie ukształtowanie przez strony umowy sposobu rozliczenia i warunków zapłaty wynagrodzenia za prawidłowo zrealizowane zamówienie przez wykonawcy, które zakłada *ad hoc* złożenie istotnego z punktu widzenia prawnego zobowiązanie się oferenta do wykonania określonego zakresu świadczenia stanowiącego przedmiot umowy za z góry określoną kwotę, którą wykonawca oferuje w pełni będąc świadomym przejścia tym samym na siebie odpowiedzialności oraz ryzyka za ewentualne niewłaściwie skalkulowane przez niego koszty wykonania. Jak uznał w tym względzie Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 20 listopada 1998 r. (sygn. akt: IICRN 913/97): "(...) ryczałt polega na umówieniu z góry wysokości wynagrodzenia w kwocie absolutnej, przy wyraźnej lub dorozumianej zgodzie stron na to, że wykonawca nie będzie domagać się wynagrodzenia wyższego (...)". Wynagrodzenie ryczałtowe oznacza wynagrodzenie za całość dzieła w jednej sumie pieniężnej lub wartości globalnej. Rozliczenia stron w przypadku zastosowania ryczałtowego charakteru wynagrodzenia w żaden sposób nie opierają się na cenach jednostkowych oraz faktycznie wykonanych świadczeniach. Zatem jeżeli cena, jaka została zastosowana w postępowaniu jest ceną ryczałtową - to wykonawca, a nie zamawiający ponosi ryzyko co do poprawności kalkulacji ceny adekwatnej do rozmiaru przedmiotu zamówienia. Z charakteru wynagrodzenia ryczałtowego wynika bowiem, że uwzględnia ono wszystkie koszty związane z wykonaniem robót określonych dokumentacją przetargową oraz specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót. Jeżeli więc strony umówiły się o wynagrodzenie ryczałtowe, to uzgodniony ekwiwalent należy się za cały - zarówno znany, jak i nieznany dokładnie od początku - przedmiot zamówienia.

4

Odwołujący przywołał również wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 20 lutego 2006 (KIO/UZP/ZO/0-430/06), wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 marca 2010 roku (KIO/UZP 139/10) oraz stanowisko Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych wydane w dniu 14 lutego 2013 r. (UZP/DP/0-AGA/4078/1308/13) oraz 16 maja 2013 r. (UZP/DP/0-AGA/21456/3036/13).

Odwołujący podniósł ponadto, iż podstawą odrzucenia oferty wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. może być tylko niezgodność treści oferty z s.i.w.z., a sankcja ta wynika z art. 89 ust. 3 ustawy P.z.p., zgodnie z którym treść oferty musi odpowiadać specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Kosztorys ofertowy jest dokumentem, który służy ustaleniu ceny, czyli wynagrodzenia wykonawcy za zamawiane roboty budowlane, nie stanowi zaś dokumentu potwierdzającego spełnienie przez usługi robót budowlanych wymagań określonych przez zamawiającego w związku z art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania. Podniósł, iż w przedmiotowym postępowaniu przewidział rozliczenie kosztorysowo-ryczałtowe. Zamawiający odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. z uwagi na niezłączenie do oferty kosztorysów ofertowych dla części zamówienia rozliczanej ryczałtowo. Podstawą takiej decyzji była niezgodność treści oferty z wymaganiami zamawiającego zawartymi w rozdziale XI „Sposób obliczania ceny ofertowej” pkt 3A ppkt 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 s.i.w.z. Zamawiający wymaga dołączenia dla tej części zakresu robót kosztorysu 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”. Zamawiający wskazał także konieczność złożenia kosztorysu ofertowego w rozdziale IX Opis sposobu przygotowania ofert, oraz w ogłoszeniu o zamówieniu sekcja III. 6 Inne dokumenty.

Zamawiający stwierdził, że ma prawo indywidualnego formułowania wymagań dotyczących treści złożonych ofert, a żądanie przedstawienia kosztorysu ofertowego dla części ryczałtowej jako elementu treści oferty nie narusza żadnego przepisu prawa. Jeżeli

zamawiający zawarł w s.i.w.z wymaganie dołączenia kosztorysu ofertowego, to zobowiązany był do egzekwowania od wykonawców, by oferta go zawierała, a w przypadku braku, do odrzucenia oferty zgodnie z dyspozycją art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Żądanie kosztorysu

5

ofertowego dla części ryczałtowej nie było kwestionowane przez wykonawców na etapie przygotowywania ofert i zamawiający nie może modyfikować treści s.i.w.z. po terminie składania ofert.

Zamawiający stwierdził, iż pomimo tego, że na etapie badania oferty kosztorys ofertowy przy wynagrodzeniu ryczałtowym ma za zadanie potwierdzać prawidłowość dokonanej wyceny robót budowlanych oraz zgodność oferowanych robót z treścią s.i.w.z., co nadaje mu jedynie walor pomocniczy, to w przypadku wyraźnego żądania jego dołączenia do oferty zawartego w s.i.w.z., zamawiający nie miał możliwości zignorowania jego braku i odstąpienia od żądania jego złożenia w stosunku do niektórych wykonawców. Takie postępowanie narażałoby zamawiającego na zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający podniósł, że przy wynagrodzeniu ryczałtowym brak dołączenia do oferty wymaganego kosztorysu z reguły nie skutkuje odrzuceniem oferty. Wszystko zależy od zapisów s.i.w.z. i roli, jaka została w niej przewidziana dla kosztorysu. Zamawiający w niniejszym postępowaniu zawarł w projekcie umowy (§ 8 ust. 2) postanowienia, które przypisywały kosztorysowi załączonemu do oferty kluczowe znaczenie przy ustaleniu wysokości wynagrodzenia częściowego:

„Wysokość płatności częściowych dotyczących wynagrodzenia ryczałtowego za wykonane elementy/pozycje ustalana będzie na etapie przygotowywania protokołu częściowego odbioru robót, proporcjonalnie do wartości danego elementu/pozycji w kosztorysie inwestorskim, zgodnie z poniższą formułą:

$$Pcz-Wep \times (Wko/Wh)$$

gdzie;

PCz - płatność częściowa za wykonany element/pozycję

Wep - wartość elementu/pozycji w kosztorysie inwestorskim

Wko- wartość kosztorysu ofertowego

Wki - wartość kosztorysu inwestorskiego "

Tak sformułowane zapisy wskazują, że kosztorys ofertowy dla części rozliczanej ryczałtowo nie miał jedynie charakteru informacyjnego, jak jest to zwykle przyjmowane przy tego typu rozliczeniu, lecz miał konkretne znaczenie dla realizacji zamówienia.

6

Ponadto zamawiający poinformował, że wyjaśniał wątpliwości wykonawców na etapie przygotowania ofert, dotyczące znaczenia kosztorysu ofertowego w postępowaniu, wskazując jego znaczenie dla przyszłego zobowiązania w odpowiedziach na pytania wykonawców z dnia 28 października 2015 r. w odpowiedzi na pytanie 23 (w treści s.i.w.z. w rozdziale XI p.3 zapisano, że wynagrodzenie za część „A” wg arkusza „Zestawienie kosztów przedmiotu zamówienia” jest wynagrodzeniem ryczałtowym. Jednocześnie w dalszej treści tego samego punktu, dla tego samego zakresu robót zamieszczono wymóg dołączenia kosztorysu ofertowego z załączeniem „pomocniczego charakteru przedmiaru”. W sytuacji wynagrodzenia ryczałtowego, wykonawca zasadniczo zobowiązany jest do uwzględnienia całości zakresu robót uwidocznionego w dostarczonych materiałach przetargowych, a tym samym także do odpowiedniej korekty przedmiaru - tak w zakresie rodzaju zaliczonych robót jak też ich ilości. Jaki jest status kosztorysu ofertowego dołączonego do oferty? Czy tego rodzaju dokonane różnice, lub podobne, mają mieć jakiś wpływ na ocenę oferty?) Zamawiający odpowiedział, że podobnie jak przedmiar robót ma charakter pomocniczy dla wykonawcy przy wycenie przedmiotu zamówienia, tak kosztorys ofertowy będzie miał taki

charakter dla zamawiającego. Wartości poszczególnych pozycji będą pomocne np. przy ustalaniu wysokości płatności częściowych, czy określaniu (W przypadku uszkodzenia czy zniszczenia mienia w okresie późniejszej eksploatacji) wysokości szkody w negocjacjach z ubezpieczycielem. Niemniej jednak kosztorys ofertowy (dla części rozliczanej ryczałtowo) nie będzie stanowił elementu branego pod uwagę przy porównywaniu ofert, a tylko uzupełniony na jego podstawie arkusz „zestawienie kosztów przedmiotu zamówienia”.

Zamawiający stwierdził, że kosztorysy ofertowe nie są dokumentami, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt. 1 lub 2 ustawy i nie podlegają uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p. Z tych względów zamawiający prawidłowo zastosował art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy wobec oferty odwołującego, która zawierała dokumentu wymaganego przez zamawiającego.

Przystępujący, Przedsiębiorstwo Remontowo Budowlane „ERBUD” Sp. z o.o. w Rybniku, wniósł o oddalenie odwołania.

Przystępujący wskazał, że odwołujący nie wykazał w treści odwołania przesłanek warunkujących jego rozpoznanie, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p. Zauważył, iż zamawiający w s.i.w.z. w rozdziale XII określił kryteria oceny ofert tj. cenę (waga 96%) i okres gwarancji (waga 4%). Z opublikowanego przez zamawiającego zbiorczego zestawienia ofert wynika, iż przyjmując powyższe kryteria oferta spółki Rembud sp. z o.o. uzyskuje wyższą ilość punktów. Oferta spółki Rembud również została odrzucona, a spółka ta wniosła odwołanie. Odwołujący nie zgłosił w tym zakresie przystąpienia po stronie zamawiającego, a tym samym nie wykazał interesu w uzyskaniu danego zamówienia.

7

Przystępujący podniósł, że odwołujący w odwołaniu przyznał, iż do swojej oferty nie dołączył kosztorysu ofertowego dla robót określonych w części „A” arkusza „Zestawienie kosztów przedmiotu zamówienia”. Zamawiający w rozdziale XI s.i.w.z. pkt 3 ppkt 1 przyjął 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 s.i.w.z. Zamawiający wymagał dołączenia dla tej części zakresu robót kosztorysu ofertowego oraz wypełnienia części „A” arkusza „Zestawienie kosztów przedmiotu zamówienia”. Wynagrodzenie miało obejmować również całość kosztów robót pomocniczych opisanych w „zakresie robót” oraz koszt zużytej w czasie realizacji robót wody i energii elektrycznej. Zamawiający w rozdziale XI pkt 3 ppkt 1 s.i.w.z. wprost wskazał, w jaki sposób wykonawcy winni obliczyć cenę ryczałtową tej części robót oraz wskazał, iż do oferty należy dołączyć kosztorys ofertowy oraz wypełnić część „A” arkusza „Zestawienie kosztów przedmiotu zamówienia”, cyt.:

„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 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.”

Zatem zamawiający wyszczególnił elementy, które muszą wchodzić w skład kompletnej oferty. Z zapisów tych jednoznacznie wynika, że kosztorys ofertowy musi być elementem składowym złożonej oferty,

W piśmie z dnia 28 października 2015 r. stanowiącego odpowiedzi na pytania wykonawców dotyczące statusu kosztorysu ofertowego, zamawiający udzielając odpowiedzi na pytanie numer 23 wyraźnie zaznaczył, iż cyt.: „Podobnie jak przedmiar robót ma charakter pomocniczy dla Wykonawcy przy wycenie przedmiotu zamówienia, tak kosztorys ofertowy

będzie miał taki charakter dla Zamawiającego. Wartości poszczególnych pozycji będą pomocne np. przy ustalaniu wysokości płatności częściowych, czy określaniu (w przypadku

8

uszkodzenia czy zniszczenia mienia w okresie późniejszej eksploatacji) wysokości szkody w negocjacjach z ubezpieczycielem ".

Przystępujący podniósł, że istota omawianego kosztorysu ofertowego wynika także, że sposobu rozliczeń jaki został przyjęty przez zamawiającego we wzorze umowy. Jego brak uniemożliwia rozliczenie robót w przyjęty przez zamawiającego sposób. Zgodnie z §8 ust. 2 wzoru umowy (załącznik numer 6 do s.i.w.z.) „Wysokość płatności częściowych dotyczących wynagrodzenia ryczałtowego za wykonane elementy/pozycje ustalana będzie na etapie przygotowywania protokołu częściowego odbioru robót, proporcjonalnie do wartości danego elementu/pozycji w kosztorysie inwestorskim, zgodnie z poniższą formułą:

$$Pcz \sim Wepx(Wk0/Wk1)$$

gdzie:

Pcz - płatność częściowa za wykonany element/pozycję

Wep - wartość elementu/pozycji w kosztorysie inwestorskim

Wko - wartość kosztorysu ofertowego

Wki - wartość kosztorysu inwestorskiego ".

Przystępujący wskazał na treść art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p. i stwierdził, że kosztorys ofertowy nie należy do kategorii dokumentów wymienionych w art. 25 ust. 1 P.z.p. jako podlegających uzupełnieniu

Przystępujący stwierdził, iż odwołujący w terminach ustawowych nie wniósł odwołania do postanowień s.i.w.z. Kwestionowanie na obecnym etapie konieczności przedłożenia kosztorysu ofertowego uznać należy za spóźnione i niedopuszczalne.

Przystępujący wskazał, iż – niezależnie od powyższego – odwołujący w swojej ofercie popełnił kolejne błędy stanowiące o braku poprawności złożonej oferty. Odwołujący w zakresie wykazania warunku wiedzy i doświadczenia powołuje się na potencjał podmiotu udostępniającego tj. Tombud Tomasz Banaś. Odwołujący czyni to w zakresie kierownika budowy Pana Tomasza Poręba. W wykazie osób stanowiącym załącznik numer 5 do s.i.w.z., odwołujący podaje, iż Pan Tomasz Poręba będzie świadczył usługi kierownika budowy na podstawie umowy zlecenia, a ponadto w wykonaniu zamówienia udział będą brały dwie inne osoby na podstawie umowy zlecenia tj. Pan Paweł Pajak oraz Pan Paweł Pazera. Taka konstrukcja wskazuje, iż zarówno odwołujący, jak i udostępniający nie posiadają własnego

9

odpowiedniego potencjału wiedzy i doświadczenia w części zamówienia wykonywanego przez Pana Tomasza Porębę, Pana Pawła Pajaka oraz Pana Pawła Pazera, przy czym odwołujący nie wykazał tych osób jako udostępniających potencjał i doświadczenie, jak również nie wskazał ich jako podwykonawców.

Dodatkowo odwołujący powołuje się na potencjał podmiotu trzeciego tj. Tombud Tomasz Banaś przedstawiając jako dowód spełnienia warunków wykonawstwa 2 referencje od tegoż podmiotu trzeciego. Jednakże z zakresu referencji wystawionej przez Prezydenta Miasta Żory wynika, że firma Tombud Tomasz Banaś, jako członek konsorcjum wykonała tylko zakres robót ogólnobudowlanych (o wartości 5.534.997,54 zł). Zamawiający żądał wykazanie budowy obiektu kubaturowego, a definicja obiektu kubaturowego, budynku (KIO/UZP 522/09) zgodnie z definicjami prawa budowlanego (budynek = obiekt budowlany, a obiekt budowlany obejmuje instalacje i urządzenia) obejmuje również cały pozostały zakres robót np. roboty branżowe, więc firma Tombud Tomasz Banaś nie może wykazać, że wykonała samodzielnie pełny zakres robót obiektu kubaturowego, a więc również używać

potencjału w takim zakresie.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający w rozdziale XI s.i.w.z. pkt 3 ppkt 1 przyjął 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 s.i.w.z. Zamawiający wymagał dołączenia dla tej części zakresu robót kosztorysu ofertowego oraz wypełnienia części „A” arkusza „Zestawienie kosztów przedmiotu zamówienia”. Wynagrodzenie miało obejmować również całość kosztów robót pomocniczych opisanych w „zakresie robót” oraz koszt zużytej w czasie realizacji robót wody i energii elektrycznej. Zamawiający w rozdziale XI pkt 3 ppkt 1 s.i.w.z. wprost wskazał, w jaki sposób wykonawcy winni obliczyć cenę ryczałtową tej części robót oraz wskazał, iż do oferty należy dołączyć kosztorys ofertowy oraz wypełnić część „A” arkusza „Zestawienie kosztów przedmiotu zamówienia”:

W piśmie z dnia 28 października 2015 r. stanowiącego odpowiedzi na pytania wykonawców dotyczące statusu kosztorysu ofertowego, zamawiający udzielając odpowiedzi na pytanie numer 23 zaznaczył: „Podobnie jak przedmiar robót ma charakter pomocniczy dla Wykonawcy przy wycenie przedmiotu zamówienia, tak kosztorys ofertowy będzie miał taki charakter dla Zamawiającego. Wartości poszczególnych pozycji będą pomocne np. przy ustalaniu wysokości płatności częściowych, czy określaniu (w przypadku uszkodzenia czy

10

zniszczenia mienia w okresie późniejszej eksploatacji) wysokości szkody w negocjacjach z ubezpieczycielem ”.

Zgodnie z § 8 ust. 2 wzoru umowy (załącznik numer 6 do s.i.w.z.) „Wysokość płatności częściowych dotyczących wynagrodzenia ryczałtowego za wykonane elementy/pozycje ustalana będzie na etapie przygotowywania protokołu częściowego odbioru robót, proporcjonalnie do wartości danego elementu/pozycji w kosztorysie inwestorskim, zgodnie z poniższą formułą:

$$Pcz \sim Wepx(Wk0/WkI)$$

gdzie:

Pcz - płatność częściowa za wykonany element/pozycję

Wep - wartość elementu/pozycji w kosztorysie inwestorskim

Wko - wartość kosztorysu ofertowego

Wki - wartość kosztorysu inwestorskiego ”.

Odwołujący do oferty nie dołączył wymaganego kosztorysu ofertowego. Zamawiający w dniu 9 grudnia 2015 roku poinformował go o odrzuceniu jego oferty, informując go, iż podstawą odrzucenia jest stwierdzenie braku zgodności treści samej oferty odwołującego z treścią obowiązującego na okoliczność powołanego postępowania s.i.w.z. Zamawiający podniósł w treści rozstrzygnięcia zarzut, iż odwołujący nie dołączył do oferty, na etapie składania dokumentów przetargowych, kosztorysu ofertowego dla zakresu robót określonego w części „A” dotyczącego wynagrodzenia ryczałtowego, mimo że zamawiający wymagał jego dołączenia zgodnie z zapisami rozdziału IX, XI SIWZ. W związku z uznaniem oferty odwołującego za odrzuconą, zamawiający odstąpił od wezwania odwołującego do uzupełnienia pozostałych dokumentów i złożenia wyjaśnień, które zamawiający uznał jako nadające się do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest bezzasadne.

W pierwszej kolejności Izba uznała, że odwołujący jest uprawniony do wnoszenia

Podstawą odrzucenia oferty odwołującego jest art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p., zgodnie z którym zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zastosowanie dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. jako podstawy odrzucenia oferty wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego znajduje szerokie omówienie w doktrynie, jak też orzecznictwie sądów okręgowych i Izby. Reasumując opisywane tam interpretacje normy wynikającej z ww. przepisu wskazać należy, iż rzeczona niezgodność treści oferty z s.i.w.z. musi mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny, dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w s.i.w.z. oraz zobowiązania oferowanego w ofercie, tudzież polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami s.i.w.z. (z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania s.i.w.z. dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania/świadczenia ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy również tradycyjnie zamieszczane w s.i.w.z.); a także możliwe być winno wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega – co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi fragmentami czy normami s.i.w.z.

Ogólnie wskazać tu należy, dzielając w tym zakresie stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w uzasadnieniu wyroku z dnia 28 maja 2010 r., sygn. akt KIO 868/10, iż specyfikacja istotnych warunków zamówienia, od momentu jej udostępnienia, jest wiążąca dla zamawiającego – jest on obowiązany do przestrzegania warunków w niej umieszczonych. Jak wskazuje art. 70 i § 3 Kodeksu cywilnego jest to zobowiązanie, zgodnie z którym organizator od chwili udostępnienia warunków, a oferent od chwili złożenia oferty, zgodnie z ogłoszeniem aukcji albo przetargu są obowiązani postępować zgodnie z postanowieniami ogłoszenia, a także warunków aukcji albo przetargu. Z uwagi na to, że – obok ogłoszenia – zamawiający konkretyzuje warunki przetargu zarówno odnośnie do zamówienia (umowy), jak i prowadzenia postępowania w specyfikacji, to s.i.w.z. należy uznać za warunki przetargu w rozumieniu K.c. Udostępnienie s.i.w.z. jest zatem 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 s.i.w.z. Zaznaczyć przy tym należy, iż co do zasady, dla oparcia i wyprowadzenia konsekwencji prawnych z norm s.i.w.z., jej postanowienia winny być sformułowane w sposób precyzyjny i jasny. Precyzyjne i jasne formułowanie warunków przetargu, a następnie ich literalne i ścisłe egzekwowanie jest jedną z podstawowych gwarancji, czy wręcz warunkiem *sine qua non*, realizacji zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Przenosząc powyższe na grunt przedmiotowego postępowania, Izba uznała, że brak wymaganego przez zamawiającego kosztorysu, stanowi niezgodność polegającą na sporządzeniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami s.i.w.z., co uzasadnia odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p.

Izba wskazuje, że zamawiający uprawniony był do żądania od wykonawców złożenia kosztorysu niezależnie od tego, że umówione przez strony wynagrodzenie miało być wynagrodzeniem ryczałtowym. W opozycji do takiego żądania nie stoi bowiem żaden z powszechnie obowiązujących przepisów prawa, w szczególności przepis ustawy P.z.p. ani Kodeksu cywilnego. Podkreślić przy tym należy, że przytoczone wyżej postanowienia s.i.w.z. wskazują, że kosztorys ofertowy dla części rozliczanej ryczałtowo nie miał jedynie charakteru informacyjnego, jak jest to zwykle przyjmowane przy tego typu rozliczeniu, lecz miał konkretne znaczenie dla realizacji zamówienia.

A zatem uznać należy, iż odwołujący, decydując się na złożenie oferty w przedmiotowym postępowaniu, winien był respektować ustalone przez zamawiającego

zasady i złożyć wszystkie wymagane dokumenty, w tym również wymagany kosztorys. Z kolei zamawiający, który zobligowany jest egzekwować od wykonawców dostosowanie się do warunków przetargu, nie może odstąpić od tego obowiązku wobec niektórych z wykonawców, uznając, iż brak wymaganego dokumentu nie stanowi uchybienia postanowieniom s.i.w.z.

Izba przeanalizowała również przywoływany przez odwołującego wyrok KIO z dnia 16 marca 2010 roku, sygn. akt KIO/UZP 139/10, niemniej jednak stwierdza, iż nie może on stanowić poparcia stanowiska odwołującego w przedmiotowej sprawie, nawet *per analogiam*, został bowiem wydany w odmiennym stanie faktycznym. Zamawiający w postępowaniu, na kanwie którego zostały wydany wskazany wyrok, żądał złożenia kosztorysów i taki kosztorys został im przedłożony. W złożonym kosztorysie stwierdzono natomiast rozbieżności względem przedmiarów robót.

Błędy w kosztorysie stanowią o innego rodzaju uchybieniach niż brak kosztorysu. W niniejszym przypadku nie złożono bowiem w ogóle wymaganego dokumentu i to stanowi o niezgodności treści oferty z treścią s.i.w.z. Natomiast błędy w złożonym dokumencie każdorazowo stanowią przedmiot badania przez KIO i w zależności od danego stanu faktycznego mogą być różnie ocenione.

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono jak w sentencji.

13

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

KIO 2724/15

W dniu 14 grudnia 2015 roku wykonawca Rembud Sp. z o.o. w Rybniku wniósł odwołanie wobec czynności zamawiającego, polegających na:

a) odrzuceniu oferty w trybie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy P.z.p. w zw. z wykluczeniem wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy P.z.p.

b) odrzuceniu oferty w trybie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy P.z.p. w zw. z wykluczeniem wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy P.z.p.

c) odrzuceniu oferty w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p., jako nieodpowiadającej treści s.i.w.z.

Zaskarżonym czynnościom odwołujący zarzucił naruszenie:

1. art. 24 ust. 2 pkt 2 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy P.z.p., poprzez nieuzasadnione wykluczenie odwołującego z udziału w postępowaniu z uwagi na brak wniesienia wadium, co w konsekwencji skutkowało nieuzasadnionym odrzuceniem oferty, podczas gdy dnia 17.11.2015 r. odwołujący złożył w kasie zamawiającego ważne oświadczenie o udzieleniu poręczenia zapłaty wadium wraz z oświadczeniem o zmianie tego oświadczenia z uwagi na zmianę terminu otwarcia ofert, a więc wadium zostało złożone w wymaganej przez zamawiającego formie i terminie.

2. art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy P.z.p. poprzez nieuzasadnione wykluczenie odwołującego z udziału w postępowaniu z powodu braku spełnienia warunków udziału w postępowaniu, co skutkowało odrzuceniem oferty, podczas gdy odwołujący załączył do oferty ważne referencje odpowiadające warunkom wskazanym w s.i.w.z. przez zamawiającego.

3. art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p. poprzez jego niezastosowanie, w szczególności brak wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu i wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu, a następnie odrzucenie jego oferty na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 pzp i art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy P.z.p.

4. art. 7 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. poprzez stwierdzenie, iż oferta odwołującego podlega odrzuceniu jako niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, podczas gdy niezgodność ta nie występuje.

Jednocześnie odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
2. unieważnienie czynności polegającej na wykluczeniu odwołującego i odrzuceniu jego oferty;
3. powtórzenie czynności oceny ofert złożonych w postępowaniu oraz wyboru jako najkorzystniejszej oferty odwołującego.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania, jako że w przypadku braku odrzucenia oferty przez zamawiającego jego oferta uzyskałaby największą ilość punktów wg kryteriów oceny ofert i zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza.

Odwołujący wskazał, że pismem z dnia 8 grudnia 2015r. (otrzymanym przez odwołującego dnia 9 grudnia 2015r.) zamawiający poinformował o wyniku postępowania przetargowego, wskazując iż jako najkorzystniejsza wybrana została oferta Przedsiębiorstwa Remontowo Budowlanego „ERBUD” sp. z o.o. w Rybniku, zaś oferta odwołującego została odrzucona. W uzasadnieniu zamawiający wskazał, iż przyczynami odrzucenia oferty były:

- a) brak wniesienia wadium (co skutkowało wykluczeniem wykonawcy z postępowania i odrzuceniem oferty);
- b) brak przedstawienia odpowiednich referencji (co skutkowało wykluczeniem wykonawcy z postępowania i odrzuceniem oferty);
- c) niezgodność oferty z s.i.w.z. (co skutkowało odrzuceniem oferty).

W zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy P.z.p. poprzez nieuzasadnione wykluczenie odwołującego się wykonawcy z udziału w postępowaniu z uwagi na brak wniesienia wadium, co w konsekwencji skutkowało nieuzasadnionym odrzuceniem oferty odwołujący podniósł, że dnia 17 listopada 2015 r. złożył w kasie zamawiającego ważne oświadczenie o udzieleniu poręczenia zapłaty wadium wraz z oświadczeniem o zmianie tego oświadczenia z uwagi na zmianę przez

zamawiającego terminu otwarcia ofert, a więc wadium zostało złożone w wymaganej przez zamawiającego formie i terminie.

Odwołujący wskazał na niezgodność dokonanej przez zamawiającego wykluczenia odwołującego się wykonawcy a dalej odrzucenia jego oferty z powodu niewniesienia wadium, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy P.z.p.

Zamawiający stwierdził, że odwołujący złożył jako wadium zmianę oświadczenia poręczyciela (Śląskiego Regionalnego Funduszu Poręczeniowego sp. z o.o.) o udzieleniu poręczenia zapłaty wadium i zgodnie z § 3 ust. 1 tego dokumentu „pozostałe postanowienia Oświadczenia pozostają w mocy”. Zamawiający stwierdził, że nie może uznać wadium za prawidłowo wniesione, skoro nie posiada wiedzy na temat treści pierwotnego oświadczenia, a posiadając jedynie zmianę tego oświadczenia.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z pkt VII s.i.w.z. „Wymagania dotyczące wadium” zamawiający przewidział możliwość składania wadium w wysokości 200.000 zł w formie poręczeń. „Wadium wnoszone w innej formie niż pieniężna należy złożyć w Urzędzie Miasta Rybnika, I piętro, sala 151, stanowisko nr 4, a kserokopię dołączyć do oferty”, a więc w kasie

Urzędu. Zgodnie z wymaganiami s.i.w.z. odwołujący się wniósł wadium w formie poręczenia Śląskiego Regionalnego Funduszu Poręczeniowego sp. z o.o. przed terminem składania ofert dnia 17.11.2015r. składając w kasie Urzędu dwa dokumenty stanowiące całość, tj. oświadczenie o udzieleniu poręczenia zapłaty wadium z dnia 26.10.2015 r. wraz z załączonym do niego oświadczeniem o zmianie oświadczenia o udzieleniu poręczenia zapłaty wadium. Odwołujący się otrzymał w kasie potwierdzenie złożenia wadium w formie dowodu przyjęcia DP nr 233/2015 z dnia 17.11.2015r., z którego wynika wprost, że złożono „Gwarancję. Oświadczenie o udzieleniu poręczenia zapłaty wadium Szto (...)” w wysokości 200.000.00 zł.

Odwołujący wskazał, że konieczność złożenia dwóch dokumentów wynikała z tego, iż zamawiający zmieniał termin składania ofert, a tym samym termin związania ofertą ulegał zmianie. Z oświadczenia o udzieleniu poręczenia z dnia 26.10.2015r. wynika wyraźnie, iż poręczyciel udzielił poręczenia za zobowiązanie do zapłaty wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia „Budowa przedszkola przy ulicy Sztolniowej w dzielnicy Baranowice Stare” (nr sprawy ZP271.121.2015). Poręczyciel zobowiązał się do zapłaty 100% wadium w wysokości 200.000,00 zł. Poręczenie udzielone zostało na okres związania ofertą tj. od dnia 28.10.2015r. do dnia 26.11.2015r. powiększony o 1 miesiąc. Odwołujący zaznaczył, że pierwotny termin składania ofert wskazany w s.i.w.z. wyznaczony był na 28 października 2015r., następnie zamawiający zmienił ten termin na 17 listopada 2015 r., w związku z czym

16

odwołujący zmuszony był uzyskać zmianę oświadczenia w zakresie terminu obowiązywania poręczenia. Zmiana oświadczenia dołączona została do oświadczenia pierwotnego z dnia 26 października 2015 r. i złożona zgodnie z wymaganiami s.i.w.z. w kasie Urzędu. Wobec tego wadium wniesiono w należytej formie i terminie. Wszelkie informacje dotyczące warunków udzielenia poręczenia zostały wskazane a zamawiający miał możliwość oceny czy warunki wskazane w s.i.w.z. zostały zachowane. Tymczasem zamawiający twierdzi, iż nie otrzymał oświadczenia pierwotnego a dysponuje jedynie zmianą oświadczenia. Odwołujący wskazał, że dokumenty zostały złożone w kasie Urzędu w oryginale, więc zamawiający musi je posiadać, a twierdzenie o ich braku jest nieuzasadnione.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy P.z.p. poprzez nieuzasadnione wykluczenie odwołującego się wykonawcy z udziału w postępowaniu z powodu braku spełnienia warunków udziału w postępowaniu, co skutkowało odrzuceniem oferty, odwołujący podniósł, że załączył do oferty ważne referencje odpowiadające warunkom wskazanym w s.i.w.z.

Odwołujący wskazał, że zamawiający odrzucił jego ofertę jako wykonawcy wykluczonego z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy P.z.p. z powodu niewykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia. Zamawiający stwierdził, iż przedstawione przez odwołującego się referencje w zakresie wykonywania rozbudowy nie odpowiadają warunkom wskazanym w s.i.w.z., jako że zamawiający wymagał referencji na wykonanie budowy.

Odwołujący stwierdził, że stosownie do pkt IV ppkt 3. 1 s.i.w.z. „Warunki udziału w postępowaniu”, o udzielenie zamówienia ubiegać się mogą wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące posiadania wiedzy i doświadczenia tj. „wykonawca wykonał w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy to w tym okresie co najmniej dwie roboty budowlane każda polegająca na budowie obiektu kubaturowego o wartości co najmniej 4.000.000,00 PLN zł brutto każda”.

Odwołujący przedstawił referencje wydane przez „WIMAR” Przedsiębiorstwo - Produkcyjno - Usługowo - Handlowe W. W., z których wynika, że wykonawca wykonał roboty budowlane polegające na rozbudowie obiektu ze wskazaniem poszczególnych robót (tj. rozbudowa obiektu w technologii tradycyjnej; wykonanie instalacji wod - kan, co., elektrycznej; roboty dekarские, roboty wykończeniowe, termomodernizacja budynku) o wartości łącznej 4.551.000 zł. Zamawiający tymczasem uznał, iż referencje nie odpowiadają

warunkom wskazanym w s.i.w.z., jako że rozbudowa nie stanowi budowy. W ocenie odwołującego stanowisko zamawiającego w tym zakresie jest całkowicie błędne.

Odwołujący podniósł, że zamawiający wymagał przedstawienia referencji na wykonanie robót budowlanych polegających na budowie. Zgodnie z definicją robót budowlanych wskazaną w art. 2 pkt 8 ustawy P.z.p., należy przez to rozumieć wykonanie albo zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 2c lub obiektu budowlanego, a także realizację obiektu budowlanego, za pomocą dowolnych środków, zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego.

Odwołujący wskazał, że Prawo budowlane w art. 3 pkt 7 definiuje roboty budowlane jako budowę, a także prace polegające na przebudowie, montażu, remoncie lub rozbiórce obiektu budowlanego.

W ocenie odwołującego, wobec tego, skoro zamawiający wymagał wykazania robót budowlanych polegających na budowie, a pojęcie budowy rozumieć należy w sposób wskazany w prawie budowlanym, należy za budowę uznać również rozbudowę. Zwłaszcza, że rozbudowę stanowi również wzniesienie nowego budynku na już zabudowanej innym budynkiem działce (a tego dotyczyła złożona przez odwołującego referencje).

W zakresie zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p. poprzez jego niezastosowanie, w szczególności brak wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów referencji i wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu, odwołujący podkreślił, że zamawiający dokonując odrzucenia oferty odwołującego się wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy P.z.p., a więc z powodu niespełnienia warunków udziału w postępowaniu, tj. niewykazania wiedzy i doświadczenia, poprzez złożenie referencji obejmujących roboty budowlane polegające na rozbudowie, odstąpił od zastosowania art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p., twierdząc, że oferta i tak podlegała odrzuceniu a wykonawca wykluczeniu.

Odwołujący podniósł, że przepis art. 26 ust. 3 nie przewiduje możliwości rezygnacji z zastosowania procedury wezwania w przypadku, gdy zamawiający widzi braki w dokumentach potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Wezwanie musi być dokonane. Odwołujący powołał się m.in. na wyrok KIO z dnia 11 sierpnia 2014 r. sygn. akt KIO 1536/14, wyrok KIO z dnia 07 kwietnia 2015 r., sygn. akt KIO 575/15.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. poprzez stwierdzenie, iż oferta odwołującego się podlega odrzuceniu jako niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, podczas gdy niezgodność ta nie występuje,

odwołujący podniósł, że zamawiający dokonał odrzucenia oferty odwołującego wykonawcy jako nieodpowiadającej treści s.i.w.z. twierdząc, że wyliczenia dla poz. 3.1. i 3.2. dokonane zostały prawidłowo, zaś wyliczenia dla poz. 3.3., 3.4., 3.5. przedmiaru inwestorskiego ujęte wg wykonawcy w pkt 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. Podany sposób kalkulacji poz. 3.3., 3.4., 3.5. w pozycji 3.5. kosztorysu ofertowego z uwagi na kosztorysowy charakter wynagrodzenia skutkuje brakiem możliwości rozliczenia robót na podstawie cen jednostkowych zawartych w kosztorysie ofertowym wykonawcy. Wobec tego zamawiający uznał, że oferta nie obejmuje całego zakresu zamówienia.

Odwołujący wskazał, że w pkt XI ppkt 3. 2 s.i.w.z. wskazano sposób obliczenia ceny ofertowej w przypadku wynagrodzenia kosztorysowego. Wskazano tam 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 wymaga dołączenia do oferty zestawienia składników cenotwórczych. Kosztorys należy sporządzić w

sposób uproszczony ze wskazaniem m.in. wyceny wszystkich pozycji wyszczególnionych w przedmiarze robót rozliczanych kosztorysowo, a każda pozycja musi zawierać ilość jednostek przedmiarowych, cenę jednostkową pozycji wraz z narzutami oraz wartość całkowitą danej pozycji.

Odwolujący wskazał, że pismem z dnia 1 grudnia 2015 r. zamawiający wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy P.z.p., 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 grudnia 2015 r. odwołujący wskazał, że brakujące pozycje przedmiaru inwestorskiego ujęte zostały kosztorysie:

- Poz. 3.1. przedmiaru ujęta została w poz. 3.3. kosztorysu ofertowego dotyczącej „ANALOGIA - WYMIANA GRUNTU wraz z zagęszczeniem; podsypka filtracyjna w gotowym wykopie. Wykonanie podsypki z gotowego kruszywa - z piasku o uziarnieniu 0-4 mm; w tym koszt piasku i jego dostawy” - odwołujący wskazał dokładne wyliczenie w formie tabeli ze wskazaniem cen jednostkowych obejmujących wszelkie koszty w tym robociznę, koszt zakupu materiałów, transport, narzuty oraz zysk.

- poz. 3.2. przedmiaru ujęta została w poz. 3.4. kosztorysu ofertowego dotyczącej „ANALOGIA - WYMIANA GRUNTU wraz z zagęszczeniem; podsypka filtracyjna

19

w gotowym wykopie. Wykonanie podsypki z gotowego kruszywa - z pospółki o uziarnieniu 0-31,5 mm; w tym koszt pospółki i jej dostawy” - odwołujący wskazał dokładne wyliczenie w formie tabeli ze wskazaniem cen jednostkowych obejmujących wszelkie koszty w tym robociznę, koszt zakupu materiałów, transport, narzuty oraz zysk.

- poz. 3.3., 3.4., 3.5. przedmiaru ujęte zostały w poz. 3.5. kosztorysu ofertowego dotyczącej „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” - odwołujący wskazał dokładne wyliczenie w formie tabeli ze wskazaniem cen jednostkowych obejmujących wszelkie koszty w tym robociznę, koszt zakupu materiałów, transport, narzuty oraz zysk.

Odwolujący stwierdził, że wskazał wyliczenia w poszczególnych tabelach w ten sam sposób. Z wyliczeń wynikały wszystkie wymagane przez zamawiającego w s.i.w.z. 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 s.i.w.z.). 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 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 s.i.w.z.

Odwolujący wskazał, 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. Oferta obejmuje cały zakres zamówienia określony w s.i.w.z., a tym samym nie zachodzi niezgodność treści oferty z s.i.w.z. i odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający stwierdził, że jako wadium odwołujący wniósł w dniu 17 listopada br., w Urzędzie Miasta Rybnika, zmianę oświadczenia poręczyciela (Śląski Regionalny Fundusz Poręczeniowy Sp. z o.o.). Bezpośrednio po otwarciu ofert podczas analizy prawidłowości zabezpieczenia ofert wadium, w ofercie złożonej przez odwołującego stwierdzono brak kserokopii wadium, która miała być dołączona do oferty zgodnie z wymaganiami zawartymi w s.i.w.z.. Od pracownika przyjmującego gwarancje wadium komisja przetargowa otrzymała informację, iż odwołujący złożył jeden dokument, tj. zmianę oświadczenia poręczyciela o

„Pozostałe postanowienia Oświadczenia pozostają w mocy” co powodowało, że zamawiający nie posiadając oświadczenia poręczenia (a tylko jego zmianę) i nie mając wiedzy odnośnie zapisów zawartych w pierwotnym dokumencie, nie mógł uznać, iż wadium zostało skutecznie wniesione. Powyższe skutkowało odrzuceniem oferty oraz wykluczeniem odwołującego. Twierdzenie odwołującego, że wniósł dwa dokumenty stanowiące całość jest nieprawdziwe, ponieważ zamawiający nie jest i nigdy nie był w posiadaniu oświadczenia o udzieleniu poręczenia zapłaty wadium z dnia 26 października 2015 r. a posiadał tylko zmianę oświadczenia. Zgodnie z art. 46 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, zamawiający ma obowiązek zwrócić wadium wszystkim wykonawcom niezwłocznie po wyborze oferty najkorzystniejszej lub unieważnieniu postępowania i jeżeli nie nastąpi przesłanka do jego zatrzymania, nie ma prawa zatrzymać wadium złożonego przez wykonawcę. Po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający zwrócił odwołującemu wniesione w kasie Urzędu Miasta Rybnika wadium złożone w formie zmiany oświadczenia poręczyciela o udzieleniu poręczenia zapłaty wadium z dnia 12 listopada br.

Zamawiający oświadczył, że nie zmienia swojego stanowiska dotyczącego podstawy wykluczenia odwołującego, nie uznając roboty budowlanej w zakresie wykonania rozbudowy obiektu, kiedy zamawiający wymagał wykazania się robotami budowlanymi polegającymi na budowie obiektu kubaturowego. Próba zdefiniowania przez odwołującego pojęcia „budowy obiektu kubaturowego” jest bezzasadna, ponieważ w odpowiedziach na pytania wykonawców z dnia 26 października 2015 r. w odpowiedzi na pytanie 5 (Czy Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca w zakresie Wiedzy i Doświadczenia udowodni, że wykonał w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy to w tym okresie, co najmniej dwie roboty budowlane każda polegająca na budowie, rozbudowie, nadbudowie bądź przebudowie obiektu kubaturowego o wartości co najmniej 4.000.000 PLN zł (cztery miliony PLN) brutto każda). Zamawiający określił, że uzna za warunek spełniony tylko w przypadku wykazania wykonania robót polegających na budowie obiektu kubaturowego, natomiast nie uzna warunku za spełniony, gdy wykonawca wykaże wykonanie robót polegających na rozbudowie, nadbudowie lub przebudowie obiektu kubaturowego. Odpowiedzi na pytania udzielone przez zamawiającego są wiążące dla wszystkich wykonawców składających oferty i w tej sytuacji przedstawione zadanie nie potwierdzało spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia.

Zamawiający podniósł, że zgodnie z przepisem art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p., nie wzywa się wykonawcy do uzupełnienia, jeżeli mimo złożenia dokumentu lub oświadczenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne by było unieważnienie postępowania.

Ponieważ oferta odwołującego podlegała odrzuceniu zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy P.z.p., jako złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy P.z.p. z powodu niewniesienia wadium, do upływu terminu składania ofert (co zamawiający wiedział już bezpośrednio po otwarciu ofert), odstąpiono od wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia, nie uznając referencji w zakresie wykonania rozbudowy.

Zamawiający stwierdził, że po powtórnej analizie wyjaśnień złożonych przez odwołującego, uznał, że błędnie uznał wcześniej część wyjaśnień za prawidłowe, gdyż nie powinien uznać żadnych wyliczeń za prawidłowe. Odwołujący został wezwany do złożenia wyjaśnień czy wycenę pominiętych pozycji ujęto w innych pozycjach kosztorysowych. Ze złożonych przez wykonawcę wyjaśnień wynikało, iż:

a) pozycja 3.1 przedmiaru inwestorskiego „Wykonanie odwiertów do głębokości 5m na potrzeby badania grani” została wyceniona w pozycji 3.3 kosztorysu ofertowego „ANALOGIA. - WYMIANA GRUNTU wraz z zagęszczeniem, podsypka filtracyjna w gotowym

wykopie. Wykonanie podsypki z gotowego kruszywa -z piasku o uziarnieniu 0-4 mm, w tym koszt piasku i jego dostawy",

b) pozycja 3.2 przedmiaru inwestorskiego, „umocnienie ścian wykopów o szerokości do 1 m w graniach nawodnionych kat, 1-IV grodzicami wbijanymi pionowo wraz z wyciąganiem grodzie" została wyceniona 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",

c) pozycja 3.3 przedmiaru inwestorskiego „Iглоfiltry o średnicy do 50 mm wypłukiwane w grunt bezpośrednio bez obsypki do głębokości 4,0 m" została wyceniona w pozycji 3.5 kosztorysu ofertowego „ANALOGIA – WYMIANA GRUNTU wraz z zagęszczeniem: podsypka filtracyjna w gotowym wykopie. Wykonanie podsypki z gotowego kruszywa - kruszywa mineralnego łamanego o uziarnieniu 31,5-50 mm, w tym koszt kruszywa i jego dostawy",

d) pozycja 3.4 przedmiaru inwestorskiego „Pompowanie wody agregatem podłączonym do zestawu igłofiltrów" została wyceniona w pozycji 3.5 kosztorysu
- WYMIANA GRUNTU ofertowego „ANALOGIA wraz z zagęszczeniem: podsypka filtracyjna w gotowym wykopie. Wykonanie podsypki z gotowego kruszywa -

22

kruszywa mineralnego łamanego o uziarnieniu 31,5-50 mm, w tym koszt kruszywa i jego dostawy",

e) pozycja 3.5 przedmiaru inwestorskiego „Pompowanie wody z wykopach pompami elektrycznymi, przy braku stałego źródła energii" została wyceniona w pozycji 3.5 kosztorysu ofertowego „ANALOGIA - WYMIANA GRUNTU wraz z zagęszczeniem: podsypka filtracyjna w gotowym wykopie. Wykonanie podsypki z gotowego kruszywa - kruszywa mineralnego łamanego o uziarnieniu 31,5-50 mm, w tym koszt kruszywa i jego dostawy".

Zamawiający stwierdził, że podany przez odwołującego sposób kalkulacji pozycji 3.1 przedmiaru inwestorskiego w pozycji 3.3 kosztorysu ofertowego, pozycji 3.2 przedmiaru inwestorskiego w pozycji 3.4 kosztorysu ofertowego, pozycji 3.3, 3.4, 3.5 w pozycji 3.5 kosztorysu ofertowego sprowadzał się jedynie do dostosowania złożonego już kosztorysu ofertowego odwołującego do przedmiaru inwestorskiego. W każdej z przeliczanych pozycji, kosztem poprawności wyliczenia matematycznego, odwołujący manipulował normami roboczegodzin (w poz. 3.3: 0,36 r-g zamiast 2,9 r-g; w poz. 3.4: 0,2 r-g zamiast 2,9 r-g; w poz. 3.5: 0,58 r-g zamiast 2,9 r-g), normami zużycia materiałów (w poz. 3.4: 1m³/m³ zamiast 1,27 m³/m³; w poz. 3.5: 1,6 t/m³ zamiast 1,95 t/m³), stawką roboczo-godziny (10 i 13,7 zł) i stawką maszyno-godziny sprzętu (odpowiednio 5 zł, 15 zł i 25 zł w poz. 3.3, 3.4 i 3.5). Zmieniono również normę ilościową dla pospółki z 1,27 m³/m³ do 1,00/m³. 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 i odwołujący nie przedstawił logicznego uzasadnienia agregacji (scalania) pozycji. Scalenie pozycji byłoby dopuszczalne jedynie w sytuacji gdy wykonanie robót dotyczących pominiętych pozycji byłoby nierozdzielnie związane z wykonaniem robót z pozycji wycenionych w kosztorysie ofertowym, co w tej sytuacji nie miało miejsca. W wyjaśnieniach z dnia 4 grudnia 2015 r. odwołujący wskazał, że przedstawione wyliczenie kosztowe w innych niż wskazane przez zamawiającego pozycjach, jest podyktowane sugestią opcjonalności wykonania prac wycenionych tymi pozycjami w uzależnieniu od zaistniałych w trakcie wykonywania robót ziemnych warunków gruntowo - wodnych terenu. Tym samym odwołujący potwierdził, że scalone przez niego pozycje nie są ze sobą powiązane i wykonanie jednych prac jest uzależnione od zaistniałych w trakcie wykonywania robót ziemnych warunków gruntowo - wodnych terenu. Zamawiający stwierdził, że za niedopuszczalne należy uznać przenoszenie kosztów koniecznych do wykonania dla określonego rodzaju robót, do pozycji nie związanej z tym rodzajem robót. Celem złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy P.z.p. było uzyskanie od odwołującego

uszczegółowienia informacji zawartych w ofercie, a nie ingerencja w jej treść i dostosowanie złożonego już kosztorysu do przedmiaru zamawiającego.

Przystępujący, Przedsiębiorstwo Remontowo-Budowlane ERBUD Sp. z o.o. w Rybniku, wniósł o oddalenie odwołania.

Wskazał, że odwołujący dołączył do swojej oferty dokument datowany na dzień 12 listopada 2015 r. o nazwie „Zmiana oświadczenia poręczyciela o udzieleniu poręczenia zapłaty wadium” Dokument ten, jak sama nazwa wskazuje, stanowi zmianę pierwotnego oświadczenia o udzieleniu poręczenia. Z przyczyn nieznanych zamawiającemu, odwołujący nie dołączył do oferty pierwotnego oświadczenia o udzieleniu poręczenia, co stanowiło istotne uchybienie skutkujące koniecznością odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy P.z.p.

Przystępujący wskazał, że odwołujący powołuje się na otrzymanie „Dowodu przyjęcia DP nr 233/2015” jako dowodu mającego potwierdzać prawidłowe wniesienie wadium. Odwołujący zapomina, iż osoba wystawiająca ww. dokument nie wchodziła w skład komisji przetargowej i nie weryfikowała otrzymanych dokumentów pod kontem ich prawidłowości i zgodności ze s.i.w.z. Dopiero weryfikacja oferty odwołującego przez członków komisji przetargowej potwierdziła, iż odwołujący nie załączył do oferty dokumentów potwierdzających wniesienie wadium, zatem oferta odwołującego nie została odpowiednio zabezpieczona.

W ocenie przystępującego, skuteczność zabezpieczenia oferty wadium zależy, w przypadku dokumentu poręczenia, od faktu posiadania tego dokumentu przez zamawiającego, tj. pozostawania tego dokumentu w jego wyłącznej dyspozycji w taki sposób, aby mógł on nim skutecznie i swobodnie rozporządzać. Jeżeli treść poręczeń lub gwarancji o których mowa w art. 45 ust. 6 pkt 2 - 5 została zmieniona, dodatkowe dokumenty zawierające treść tych zmian dzielą los dokumentu podstawowego, a zatem sporządzone aneksy powinny zostać złożone zamawiającemu wraz z dokumentem głównym, o ile zostały sporządzone przed upływem terminu składania ofert.

W zakresie zarzutu niezgodności oferty z treścią s.i.w.z przystępujący stwierdził, że zamawiający w rozdziale XI s.i.w.z. opisał bardzo dokładnie sposób obliczania ceny ofertowej.

Zamawiający z uwagi na powstałe wątpliwości co do prawidłowości oferty odwołującego wezwał go na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy P.z.p. do wyjaśnień, bowiem oferta odwołującego nie zawierała wyceny robót polegających na zabezpieczeniu i

odwadnianiu wykopów ujętych w dziale 3 przedmiaru inwestorskiego. Wyjaśnienia odwołującego były błędne. Odwołujący nie wskazał poprawnego określenia cen jednostkowych pozycji brakujących przy zachowaniu niezmienności ceny jednostkowej, ilości obmiarowej i wartości pozycji gdzie je ujęto. 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.

Przystępujący zauważył, iż zamawiający nadał kosztorysowi szczególne znaczenie bowiem bez prawidłowo sporządzonego kosztorysu niemożliwym jest prawidłowe rozliczenie inwestycji.

Przystępujący zaznaczył, że kosztorys ofertowy nie należy do kategorii dokumentów wymienionych w art. 25 ust. 1 ustawy P.z.p. jako podlegających uzupełnieniu

W zakresie zarzutu dot. braku spełnienia warunku posiadania wiedzy i doświadczenia, przystępujący wskazał, że zamawiający w piśmie z dnia 26 października 2015 r., odpowiadając na pytanie wykonawców numer 5 o brzmieniu „Czy Zamawiający uzna

warunek za spełniony jeżeli Wykonawca w zakresie Wiedzy i Doświadczenia udowodni, że wykonał w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy to w tym okresie co najmniej dwie roboty budowlane każda polegająca na budowie, rozbudowie, nadbudowie bądź przebudowie obiektu kubaturowego o wartości co najmniej 4.000.000 PLN zł (cztery miliony PLN) brutto każda?" jednoznacznie określił, iż: „Zamawiający uzna za warunek spełniony tylko w przypadku wykazania wykonania robót polegających na budowie obiektu kubaturowego, natomiast nie uzna warunku za spełniony, gdy Wykonawca wykaże wykonanie robót polegających na rozbudowie, nadbudowie lub przebudowie obiektu kubaturowego ”.

W ocenie przystępującego, niewykazanie przez odwołującego powyższego warunku udziału w postępowaniu skutkuje jego wykluczeniem na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy P.z.p.

Przystępujący podkreślił, że odwołujący nie kwestionował ww. warunku na etapie postępowania przed wyborem najkorzystniejszej oferty. Odwołujący w terminach ustawowych nie wniósł odwołania do postanowień s.i.w.z. Kwestionowanie na obecnym etapie konieczności przedłożenia kosztorysu ofertowego uznać należy za spóźnione i niedopuszczalne.

25

Izba ustaliła, co następuje:

W postępowaniu złożono 15 ofert. Wykonawca REMBUD Sp. z o.o. w Rybniku zaoferował cenę w wys. 7.499.659,60 zł brutto (najniższa cena w postępowaniu) oraz termin gwarancji w wymiarze 60 miesięcy. Wykonawca TOMBUD Sp. z o.o. w Żorach zaoferował cenę w wysokości 7.596.004,65 zł brutto (druga w kolejności najniższa cena w postępowaniu) oraz termin gwarancji w wymiarze 60 miesięcy. Wykonawca Przedsiębiorstwo Remontowo Budowlane „ERBUD” Sp. z o.o w Rybniku zaoferował cenę w wysokości 8.241.000,00 zł (trzecia w kolejności najniższa cena w postępowaniu) i termin gwarancji w wymiarze 60 miesięcy.

Zamawiający w rozdziale VII s.i.w.z. określił wymagania co do wadium, dopuszczając możliwość wniesienia wadium w formie poręczenia udzielonego przez podmioty, o których mowa w art. 6b ust.5 pkt 2 ustawy z dnia 9.11.2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Przedsiębiorczości. W takiej sytuacji zamawiający wymagał, aby wadium zostało złożone w Urzędzie Miasta Rybnika, 1 piętro, sala 151, stanowisko nr 4, a jego kserokopia dołączona do oferty.

W dniu 17 listopada 2015 r. odwołującego złożył w kasie zamawiającego dokument na potwierdzenie wniesienia wadium, otrzymując potwierdzenie złożenia wadium w formie dowodu przyjęcia DP nr 233/2015 z dnia 17.11.2015r., z którego wynika, że złożono „Gwarancję. Oświadczenie o udzieleniu poręczenia zapłaty wadium Szto (...)” w wysokości 200.000.00 zł.

W dniu 9 grudnia 2015 r. zamawiający zwrócił odwołującemu dokument zapłaty wadium wskazując w piśmie przewodnim, iż zwraca wadium złożone w formie zmiany oświadczenia poręczyciela o udzieleniu poręczenia zapłaty wadium w kwocie 200 tys. zł.

Stosownie do pkt IV ppkt 3. 1 s.i.w.z. „Warunki udziału w postępowaniu”, o udzielenie zamówienia ubiegać się mogą wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące posiadania wiedzy i doświadczenia tj. „wykonawca wykonał w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy to w tym okresie co najmniej dwie roboty budowlane każda polegająca na budowie obiektu kubaturowego o wartości co najmniej 4.000.000,00 PLN zł brutto każda”.

W odpowiedziach na pytania wykonawców z dnia 26 października 2015 r. w odpowiedzi na pytanie 5 (Czy Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca w zakresie Wiedzy i Doświadczenia udowodni, że wykonał w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy to w

26

tym okresie, co najmniej dwie roboty budowlane każda polegająca na budowie, rozbudowie, nadbudowie bądź przebudowie obiektu kubaturowego o wartości co najmniej 4.000.000 PLN zł (cztery miliony PLN) brutto każda. Zamawiający określił, że uzna za warunek spełniony tylko w przypadku wykazania wykonania robót polegających na budowie obiektu kubaturowego, natomiast nie uzna warunku za spełniony, gdy wykonawca wykaże wykonanie robót polegających na rozbudowie, nadbudowie lub przebudowie obiektu kubaturowego.

Odwołujący przedstawił referencje wydane przez „WIMAR” Przedsiębiorstwo - Produkcyjno - Usługowo - Handlowe W. W., z których wynika, że wykonawca wykonał roboty budowlane polegające na rozbudowie obiektu ze wskazaniem poszczególnych robót (tj. rozbudowa obiektu w technologii tradycyjnej; wykonanie instalacji wod - kan, co., elektrycznej; roboty dekarские, roboty wykończeniowe, termomodernizacja budynku) o wartości łącznej 4.551.000 zł.

Odnosnie zakresu robót rozliczanych kosztorysowo zamawiający przyjął, zgodnie z pkt 3 ppkt 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 wymagał 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

27

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 s.i.w.z.),

d) kolejność pozycji w kosztorysie ofertowym musi być zgodna z „przedmiarem robót rozliczanych kosztorysowo” dołączonym do s.i.w.z.,

e) kosztorys musi zawierać wycenę wszystkich pozycji wyszczególnionych w „przedmiarze robót rozliczanych kosztorysowo”

f) niedopuszczalne jest niedokonanie wyceny jakiegokolwiek pozycji - cena nie może wynosić „0 zł”,

g) dodatkowe koszty nieuwzględnione w przedmiarze robót, należy ująć w kosztach ogólnych”.

Zamawiający w dokumencie nazwanym „Przedmiar robót rozliczany kosztorysowo” na roboty budowlane 1 inżynieryjne wymagał w punkcie 3 kosztorysu na zabezpieczenie i odwadnianie wykopów.

Pismem z dnia 1 grudnia 2015 roku zamawiający wezwał odwołującego, na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy P.z.p., o złożenie 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 złożenie wyjaśnień, 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

28

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 ustawy P.z.p.

Pismem z dnia 4 grudnia 2015 roku odwołujący wskazał, że brakujące pozycje przedmiaru inwestorskiego ujęte zostały kosztorysie:

- Poz. 3.1. przedmiaru ujęta została w poz. 3.3. kosztorysu ofertowego dotyczącej „ANALOGIA - WYMIANA GRUNTU wraz z zagęszczeniem; podsypka filtracyjna w gotowym wykopie. Wykonanie podsypki z gotowego kruszywa - z piasku o uziarnieniu 0-4 mm; w tym koszt piasku i jego dostawy” - odwołujący wskazał dokładne wyliczenie w formie tabeli ze wskazaniem cen jednostkowych obejmujących wszelkie koszty w tym robociznę, koszt zakupu materiałów, transport, narzuty oraz zysk.

- poz. 3.2. przedmiaru ujęta została w poz. 3.4. kosztorysu ofertowego dotyczącej „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” - odwołujący wskazał dokładne wyliczenie w formie tabeli ze wskazaniem cen jednostkowych obejmujących wszelkie koszty w tym robociznę, koszt zakupu materiałów, transport, narzuty oraz zysk.

- poz. 3.3., 3.4., 3.5. przedmiaru ujęte zostały w poz. 3.5. kosztorysu ofertowego dotyczącej „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” - odwołujący wskazał dokładne wyliczenie w formie tabeli ze wskazaniem cen jednostkowych obejmujących wszelkie koszty w tym robociznę, koszt zakupu materiałów, transport, narzuty oraz zysk.

Odwołujący stwierdził, że wskazał wyliczenia w poszczególnych tabelach w ten sam sposób. Z wyliczeń wynikały wszystkie wymagane przez zamawiającego w s.i.w.z. 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 s.i.w.z.).

29

Pismem z dnia 8 grudnia 2015 roku zamawiający poinformował o wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez przystępującego.

Jednocześnie zamawiający poinformował, że oferta odwołującego, zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy P.z.p., została odrzucona jako złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy P.z.p. z powodu niewniesienia wadium do upływu terminu składania ofert. Istotą wadium jest zabezpieczenie przebiegu postępowania, zwłaszcza pod kątem oferty, zawarcia umowy i wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Jako wadium wykonawca złożył zmianę oświadczenia poręczyciela (Śląski Regionalny Fundusz Poręczeniowy Sp. z o.o.) o udzieleniu poręczenia zapłaty wadium i zgodnie z § 3 ust. 1 złożonej zmiany oświadczenia „Pozostałe postanowienia Oświadczenia pozostają w mocy”. W tej sytuacji zamawiający, nie posiadając oświadczenia poręczenia (a tylko jego zmianę) i nie mając wiedzy odnośnie zapisów w nim zawartych, nie może uznać, iż wadium zostało skutecznie wniesione. Jednocześnie zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy P.z.p. oferta wykonawcy została odrzucona jako złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy P.z.p. z powodu niewykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu, dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia. Zgodnie z s.i.w.z., na potwierdzenie spełniania warunku wykonawca miał się wykazać wykonaniem w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy to w tym okresie, co najmniej dwóch robót budowlanych polegających na budowie obiektu kubaturowego o wartości co najmniej 4.000.000 PLN zł (cztery miliony PLN) brutto każda. Jedno z wykazanych w załączniku nr 4 zamówień dotyczyło rozbudowy budynku, a tym samym wykonawca nie spełnia warunku określonego w s.i.w.z. Zgodnie z art. 26 ust. 3, zamawiający odstąpił od wezwania do uzupełnienia dokumentu, ponieważ mimo jego złożenia oferta podlega odrzuceniu. Ponadto, zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p., oferta została odrzucona, ponieważ jej treść nie odpowiada treści s.i.w.z. Wykonawca został wezwany do złożenia wyjaśnień, czy wycena 3-go działu przedmiaru inwestorskiego „Zabezpieczenie i odwodnienie wykopów” (łącznie 5 pozycji) została ujęta w innych pozycjach kosztorysowych. Celem wezwania w trybie art. 87 ust. 1 ustawy P.z.p. było uzyskanie od wykonawcy doprecyzowanej informacji, nie budzącej żadnych wątpliwości co do sposobu wyceny wskazującej sposób obliczenia pominiętych pozycji. Ze złożonych przez wykonawcę wyjaśnień wynika, iż:

a) pozycja 3.2 przedmiaru inwestorskiego, „umocnienie ścian wykopów o szerokości do 1 m w gruntach nawodnionych kat. I-IV grodzicami wbijanymi pionowo wraz z wyciąganiem grodzie” została wyceniona w pozycji 3.4 kosztorysu ofertowego „ANALOGIA-

30

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”,

b) pozycja 3.3 przedmiaru inwestorskiego „Iглоfiltry o średnicy do 50 mm wypłukiwane w grunt bezpośrednio bez obsypki do głębokości 4,0 m” została wyceniona w pozycji 3.5 kosztorysu ofertowego „ANALOGIA - WYMIANA GRUNTU wraz z zagęszczeniem: podsypka filtracyjna w gotowym wykopie. Wykonanie podsypki z gotowego kruszywa -kruszywa mineralnego łamanego o uziarnieniu 31,5-50 mm, w tym koszt kruszywa i jego dostawy”,

c) pozycja 3.4 przedmiaru inwestorskiego „Pompowanie wody agregatem podłączonym do zestawu igłofiltrów” została wyceniona w pozycji 3.5 kosztorysu ofertowego „ANALOGIA - WYMIANA GRUNTU wraz z zagęszczeniem: podsypka filtracyjna w gotowym wykopie. Wykonanie podsypki z gotowego kruszywa - kruszywa mineralnego łamanego o uziarnieniu 31,5-50 mm, w tym koszt kruszywa i jego dostawy”,

d) pozycja 3.4 przedmiaru inwestorskiego „Pompowanie wody agregatem podłączonym do zestawu igłofiltrów” została wyceniona w pozycji 3.5 kosztorysu ofertowego „ANALOGIA - WYMIANA GRUNTU wraz z zagęszczeniem: podsypka filtracyjna w gotowym

wykopie. Wykonanie podsypki z gotowego kruszywa - kruszywa mineralnego łamanego o uziarnieniu 31,5-50 mm, w tym koszt kruszywa i jego dostawy",

e) pozycja 3.5 przedmiaru inwestorskiego „Pompowanie wody z wykopach pompami elektrycznymi, przy braku stałego źródła energii” została wyceniona w pozycji 3.5 kosztorysu ofertowego „ANALOGIA - WYMIANA GRUNTU wraz z zagęszczeniem: podsypka filtracyjna w gotowym wykopie. Wykonanie podsypki z gotowego kruszywa -kruszywa mineralnego łamanego o uziarnieniu 31,5-50 mm, w tym koszt kruszywa i jego dostawy ”.

Przedstawione w wyjaśnieniach wyliczenia w zakresie brakujących pozycji 3.1 i 3.2 przedmiaru inwestorskiego zamawiający uznał za poprawne matematycznie. 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. Podany przez wykonawcę sposób kalkulacji pozycji 3.3, 3.4, 3.5 w pozycji 3.5 kosztorysu ofertowego z uwagi na kosztorysowy charakter wynagrodzenia skutkuje brakiem możliwości rozliczenia robót na podstawie cen jednostkowych zawartych w kosztorysie ofertowym wykonawcy. Celem złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 jest uzyskanie od wykonawcy uszczegółowienia informacji zawartych w ofercie, a nie ingerencja

31

w jej treść i dostosowanie złożonego już kosztorysu do przedmiaru zamawiającego. W związku z powyższym zamawiający uznał, iż oferta nie obejmuje całego zakresu zamówienia.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest zasadne.

W pierwszej kolejności Izba uznała, że odwołujący jest uprawniony do wnoszenia środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p.

Zgodnie z art. 45 ust. 6 ustawy P.z.p., wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego może być wnoszone w jednej lub kilku następujących formach:

- 1) pieniądzu;
- 2) poręczeniach bankowych lub poręczeniach spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, z tym że poręczenie kasy jest zawsze poręczeniem pieniężnym;
- 3) gwarancjach bankowych;
- 4) gwarancjach ubezpieczeniowych;
- 5) poręczeniach udzielanych przez podmioty, o których mowa w art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości (Dz. U. z 2007 r. Nr 42, poz. 275, z późn. zm.)

Odwołujący przedstawił Izbie dwa dokumenty, które – jak twierdził – zostały doręczone zamawiającemu potwierdzenie wniesienia wadium. Pierwszym z nich (z dnia 26 października 2015 roku) było oświadczenie poręczyciela, Śląskiego Funduszu Poręczeniowego Sp. z o.o. w Katowicach, o udzieleniu poręczenia za zobowiązanie wobec Miasta Rybnik do zapłaty wadium w związku z przystąpieniem przez zobowiązanego do przetargu publicznego organizowanego przez zamawiającego. Z oświadczenia wynika m.in., iż odpowiedzialność poręczyciela z tytułu udzielonego poręczenia obejmuje spłatę 100,00% aktualnego i wymagalnego zobowiązania zobowiązanego wobec zamawiającego do zapłaty wadium na wypadek, gdyby zobowiązany nie wykonał tego zobowiązania w terminie. Odpowiedzialność poręczyciela jest ograniczona do kwoty maksymalnej w wysokości 200.000,00 zł.

Poręczenie niniejsze jest terminowe i udzielone na okres związania ofertą tj. od dnia 28.10.2015 r. do dnia 26.11.2015 r., powiększony o 1 miesiąc, z zastrzeżeniem, iż termin

32

jednego miesiąca oznacza termin techniczny wyłącznie do wezwania Poręczyciela przez zamawiającego do wykonania obowiązku realizacji poręczenia.

Drugi z przedłożonych dokumentów (datowany na dzień 12 listopada 2015 roku) obejmuje oświadczenie o zmianie oświadczenia poręczyciela z dnia 26 października 2015 roku poprzez zmianę okresu obowiązywania poręczenia, tj. zostało udzielone na okres związania ofertą tj. od dnia 17.11.2015 r. do dnia 16.12.2015 r., powiększony o 1 miesiąc, z zastrzeżeniem, iż termin jednego miesiąca oznacza termin techniczny wyłącznie do wezwania Poręczyciela przez Zamawiającego do wykonania obowiązku realizacji poręczenia. Zgodnie z § ust. 1 oświadczenia z dnia 12 listopada 2015 roku, pozostałe postanowienia oświadczenia z dnia 26 października 2015 roku pozostają bez zmian.

Jednocześnie odwołujący przedstawił Izbie potwierdzenie złożenia wadium w formie dowodu przyjęcia DP nr 233/2015 z dnia 17.11.2015r., z którego wynika, że złożono „Gwarancję. Oświadczenie o udzieleniu poręczenia zapłaty wadium Szto (...)” w wysokości 200.000.00 zł. Potwierdzenie zostało wystawione przez pracownika zamawiającego.

Zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy P.z.p., strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. W ocenie Izby odwołujący uczynił zadość ciężącemu na nim obowiązkowi i wykazał przed Izbą, iż złożył wymagane oświadczenie potwierdzające wniesienie wadium. W tej sytuacji ciężar dowodu, iż odwołujący złożył wyłącznie dokument obejmujący zmianę oświadczenia z dnia 26 października 2015 roku, spoczął na zamawiającym.

Zamawiający jako dowód w sprawie przedłożył pisemne oświadczenie pracownika wydziału podatków, Pani B. H. z dnia 17 grudnia 2015 r. na okoliczność wykazania, że w dniu 17 listopada 2015 r. przyjęła ona dokument „zmiana oświadczenia o udzieleniu poręczenia zapłaty wadium” z dnia 12 listopada 2015 r. wpisując w treści pokwitowania odruchowo „oświadczenie o udzieleniu poręczenia zapłaty wadium Sztolniewa” pomijając słowo „zmiana”.

W ocenie Izby złożone oświadczenie pracownika budzi wątpliwości w świetle treści pisma przewodniego z dnia 9 grudnia 2015 r., za którym zamawiający zwrócił odwołującemu dokument zapłaty wadium wskazując, iż zwraca wadium złożone w formie zmiany oświadczenia poręczyciela o udzieleniu poręczenia zapłaty wadium w kwocie 200 tys. zł.

Izba wskazuje, że oświadczenie o zmianie oświadczenia o udzieleniu poręczenia zapłaty wadium nie zawiera informacji o kwocie udzielonego poręczenia. Zawarta zaś w piśmie przewodnim z dnia 9 grudnia 2015 roku informacja, iż zamawiający zwraca dokument

33

dot. wadium w wys. 200 tys. zł budzi wątpliwości co do tego, jakim dokumentem w istocie zamawiający dysponował.

Tym samym Izba uznała, iż zamawiający nie uczynił zadość ciężącemu na nim obowiązkowi udowodnienia okoliczności, z których wywodzi on korzystne dla siebie skutki prawne i w rozpoznawanej kwestii przyznała rację odwołującemu.

Izba uznała za zasadny zarzut nieuprawnionego odrzucenia oferty odwołującego w trybie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy P.z.p. w zw. z wykluczeniem wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy P.z.p. oraz zarzut zaniechania przez zamawiającego wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu.

Podkreślenia wymaga, iż zamawiający, odpowiadając na pytania dot. s.i.w.z. wskazał, że nie uzna za spełniony warunku w zakresie wymaganej wiedzy i doświadczenia, jeżeli wykonawca wykaże wykonanie robót polegających na rozbudowie, nadbudowie lub przebudowie obiektu kubaturowego. Informacja ta nie została przez wykonawców zaskarżona ani też nie została przez zamawiającego w późniejszym okresie zmodyfikowana. Odwołujący wykazał robotę budowlaną polegającą na rozbudowie obiektu budowlanego,

zatem stwierdzić należy, iż nie wykazał on spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Niemniej jednak zamawiający nie był uprawniony do wykluczenia odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy P.z.p. i odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy P.z.p. bez uprzedniego wezwania go do złożenia wykazu wykonanych robót uzupełnionego o robotę budowlaną spełniającą warunki określone w pkt IV ppkt 3. 1 s.i.w.z., z uwzględnieniem odpowiedzi na pytanie 5 z dnia 26 października 2015 roku.

Zgodnie z art. 26 ust. 3 zd. pierwsze ustawy P.z.p., zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy P.z.p., lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia lub dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że – mimo ich złożenia – oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

Z treści cytowanego przepisu wynika, że zamawiający nie może uchylić się od obowiązku wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentu, jeżeli oferta tego wykonawcy nie podlega odrzuceniu z innych powodów niż brak wymaganego dokumentu podlegającego uzupełnieniu a postępowanie nie jest przez zamawiającego unieważnione.

34

W przedmiotowym postępowaniu nie zaszły okoliczności zwalniające zamawiającego z obowiązku wezwania wykonawcy do złożenia uzupełnionego wykazu wykonanych robót. Tym samym Izba uznała zarzuty za zasadne i nakazała zamawiającemu wezwanie odwołującego do złożenia wymaganego w tym zakresie dokumentu.

Izba uznała za zasadny zarzut bezpodstawnego odrzucenia oferty odwołującego z powodu niezgodności jej treści z treścią s.i.w.z.

Izba wskazuje, że zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p., niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający jednocześnie zawiadamia wykonawców, którzy złożyli oferty, o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Wymóg podania faktycznych i prawnych podstaw czynności zamawiającego służy m.in. temu, by wykonawca mógł ocenić zasadność czynności zamawiającego względem jego oferty, przede wszystkim z uwagi na ewentualność skorzystania ze środków ochrony prawnej. Uzasadnienie musi zawierać wszelkie informacje, które pozwolą wykonawcy podjąć decyzję o zasadności wnoszenia środka odwoławczego.

W przypadku skorzystania przez wykonawcę ze środka odwoławczego, czynność zamawiającego oceniana jest przez Krajową Izbę Odwoławczą. W przypadku odrzucenia oferty wykonawcy, Izba bada okoliczności czynności odrzucenia, zawarte w informacji o odrzuceniu oferty.

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, ograniczać 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 tym zakresie Izba przywołuje i uznaje za własną argumentację zawartą w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 lipca 2015 roku (sygn. akt KIO 1429/15), dotyczącą co prawda czynności wykluczenia wykonawcy z postępowania, lecz adekwatną co do sposobu postępowania zamawiającego wobec czynności odrzucenia oferty odwołującego w niniejszym postępowaniu:

Zgodnie bowiem z art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy P.z.p., Zamawiający ma bezwzględny obowiązek podania uzasadnienia faktycznego i prawnego wykluczenia wykonawcy z postępowania. Przywołany przepis, stanowiący realizację zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, takich jak jawność postępowania oraz równe traktowanie wykonawców i zachowanie uczciwej konkurencji, nakłada na Zamawiającego obowiązek podania wykonawcom pełnych podstaw faktycznych wykluczenia jednocześnie z przekazaniem informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej, a po stronie wykonawcy kształtuje prawo do uzyskania wyczerpującej i rzetelnej wiedzy na temat przyczyn wykluczenia. Uzasadnienie faktyczne wykluczenia wykonawcy musi przedstawiać wszystkie przyczyny, jakie legły u podstaw decyzji Zamawiającego, tak aby wykonawca miał możliwość ustosunkowania się do wskazanych przez Zamawiającego uchybień.

Stanowczego podkreślenia wymaga, że wykonawcy nie mogą domyślać się podstaw decyzji zamawiającego ani domniemywać zakresu stwierdzonych przez niego nieprawidłowości w złożonych dokumentach. W niniejszej sprawie, na podstawie uzasadnienia wykluczenia, Odwołujący nie powziął wiedzy, w jakim zakresie i z jakich przyczyn doświadczenie wskazane w uzupełnionych dokumentach okazało się niewystarczające. (...).

W związku z nieprzekazaniem przez Zamawiającego oceny wszystkich złożonych dokumentów, Odwołujący, podejmując decyzję o skorzystaniu ze środków ochrony prawnej, nie miał wiedzy co do podstaw wykluczenia go z postępowania. (...) Gdyby Odwołujący miał pełną wiedzę co do przyczyn wykluczenia go z postępowania, mógłby się do nich rzeczowo odnieść, nie wiadomo również, czy w ogóle zdecydowałby się na skorzystanie ze środków ochrony prawnej. Tymczasem Odwołujący dowiedział się o przyczynach wykluczenia go z postępowania dopiero podczas rozprawy przed Izbą, (...).

Z uwagi na powyższe, odwołanie podlega uwzględnieniu, niezależnie od tego, czy ocena uzupełnionych dokumentów przedstawiona przez Zamawiającego na rozprawie jest prawidłowa. Przedmiotem rozstrzygnięcia Izby nie mogła być bowiem prawidłowość wykluczenia wykonawcy z przyczyn, o których został on poinformowany dopiero w toku rozprawy i których nie mógł objąć wniesionym odwołaniem. Nie można też wymagać od wykonawcy, by dowiedział się dopiero podczas rozprawy o ocenie Zamawiającego, podjął bez przygotowania polemikę z tą oceną. Dlatego też, na mocy niniejszego wyroku, Zamawiający zobowiązany jest do dokonania oceny wszystkich przedstawionych przez Odwołującego dokumentów i zawiadomienia go o wynikach tej oceny wykonawcy, w tym - w przypadku uznania, że spełnianie warunku nie zostało wykazane - do przedstawienia pełnego uzasadnienia faktycznego. Tak dokonana i przedstawiona ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu, dająca wykonawcy pełną wiedzę na temat stanowiska Zamawiającego, będzie mogła być zakwestionowana przez wniesienie odwołania.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, w zw. z § 5 ust. 3 pkt 2 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).