Sygn. akt KIO 1702/12

WYROK
z dnia 21 sierpnia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Radosław Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **21 sierpnia 2012 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 08 sierpnia 2012 r. przez wykonawcę **EKOSYSTEM S.A., ul. Kożuchowska 20 c, 65-364 Zielona Góra** w postępowaniu prowadzonym przez **Lubuski Zarząd Melioracji i Urządzeń Wodnych, ul. Ptasia 2B, 65-514 Zielona Góra**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności Zamawiającego wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odrzucenia oferty Odwołującego, a następnie powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego;

2. kosztami postępowania obciąża **Lubuski Zarząd Melioracji i Urządzeń Wodnych, ul. Ptasia 2B, 65-514 Zielona Góra** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **EKOSYSTEM S.A., ul. Kożuchowska 20 c, 65-364 Zielona Góra** tytułem wpisu od odwołania;

2.2. nakazuje dokonać wpłaty kwoty **11.100 zł 00 gr** (słownie: jedenaście tysiące sto złotych zero groszy) przez **Lubuski Zarząd Melioracji i Urządzeń Wodnych, ul. Ptasia 2B, 65-514 Zielona Góra** na rzecz wykonawcy **EKOSYSTEM S.A., ul. Kożuchowska 20 c, 65-364 Zielona Góra** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198 a i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759, ze zmianami), na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Zielonej Górze.**

Przewodniczący:

……

Sygn. akt KIO 1702/12

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na usługę pn. *„Opracowanie dokumentacji technicznej pt. Nietkowice - Będów - etap I - odbudowa i modernizacja wału p. pow. rz. Odry w km. 493+300-499+260”,* zostało wszczęte przez Lubuski Zarząd Melioracji i Urządzeń Wodnych, ul. Ptasia 2B, 65-514 Zielona Góra zwany dalej: *„Zamawiającym”,* ogłoszeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych Nr 141905 – 2012, data zamieszczenia 29.06.2012 r.

W dniu 06.08.2012 r. (wpływ bezpośredni) EKOSYSTEM S.A., ul. Kożuchowska 20 c, 65-364 Zielona Góra zwane dalej: *„EKOSYSTEM S.A.”* albo *„Odwołującym”* został poinformowany pismem z dnia 03.08.2012 r. o wyborze oferty najkorzystniejszej: GEOBUD Zakład Usług Ekologicznych s.c. ……., ul. Boh. Westerplatte 11, 65-034 Zielona Góra zwanego dalej: *„GEOBUD Zakład Usług Ekologicznych s.c.”* oraz odrzuceniu

swojej oferty na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) zwanej dalej: *„Pzp”* przez Zamawiającego.

W dniu 08.08.2012 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej) wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) wpłynęło na podstawie art. 180 ust. 1 oraz art. 180 ust. 2 pkt 4 Pzp odwołanie EKOSYSTEM S.A. na w/w czynności. Kopia odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 08.08.2012 r. (faxem).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez jego błędne zastosowanie, skutkujące odrzuceniem oferty Odwołującego, której treść, w błędnej i bezpodstawnej opinii Zamawiającego nie odpowiadała treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: *„SIWZ”,* jak i art. 7 ust. 1 Pzp, nie zapewniając w postępowaniu zachowania uczciwej konkurencji, poprzez bezprawne dokonanie czynności odrzucenia oferty Odwołującego złożonej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Wobec dokonanej rezygnacji Wybranego Wykonawcy z wykonania zamówienia, równoznacznej z uchyleniem się od zawarcia umowy ws. zamówienia publicznego, Zamawiający uniemożliwił w ten sposób uzyskanie zamówienia przez Odwołującego, który spełniał wymagania określone w SIWZ i zaoferował najniższą cenę spośród pozostałych wykonawców. Odwołujący wnosił o: 1) uwzględnienie odwołania, 2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego

---

z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, 3) wobec dokonanego uchylenia się Wybranego Wykonawcy od zawarcia umowy z Zamawiającym - nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty złożonej przez Odwołującego, jako najkorzystniejszej, 4) obciążenie Zamawiającego na rzecz Odwołującego poniesionymi przez Odwołującego kosztami postępowania według norm przepisanych, w tym kosztami zastępstwa procesowego, 5) przeprowadzenie dowodów z dokumentów przywołanych w uzasadnieniu odwołania na okoliczności tam wskazane.

Zmieniona w dniu 17.07.2012 r. przez Zamawiającego treść SIWZ przewidywała następujący opis przedmiotu zamówienia: Dokumentację techniczną dla odbudowy (modernizacji) istniejących prawostronnych obwałowań rzeki Odry na długości 5.96 km. należy wykonać z uwzględnieniem zasad i warunków przygotowania inwestycji zawartych w ustawie z dnia 8 lipca 2010 r. o szczególnych zasadach przygotowania do realizacji inwestycji w zakresie budowli przeciwpowodziowych (Dz. U. z 10.08.2010 Nr 143 poz. 963), z wykonaniem prac geodezyjnych, geotechnicznych, opracowaniem dokumentacji dla uzyskania decyzji środowiskowych, rozpoznania geotechnicznego dla zlokalizowania złoża na potrzeby powyższej inwestycji. Uszczelnienie podłoża i korpusu wału rozwiązać wariantowo, na etapie okazania dokumentacji (wersja w ołówku). Przyjęcie wariantu do dalszego opracowania nastąpi po zaopiniowaniu rozwiązania przez Inwestora. Biuro projektowe zgłosi taką gotowość Inwestorowi w formie pisemnej. W ramach powyższego opracowania, jako element składowy dokumentacji należy wykonać: - profil podłużny istniejącego wału w skali 1:100 i 1000 dla dalszego odcinka tj. od km 493+300 do drogi wojewódzkiej nr 278 (Sulechów - Będów); - sporządzić przekroje poprzeczne co 300 m dla w/w odcinka wału: - wykonać badania geotechniczne w wytypowanych przekrojach poprzecznych (trzy odwierty w przekroju - w korpusie i przy stopie wału po obu jego stronach). Sporządzić, jako odrębny załącznik do dokumentacji, rozpoznanie geotechniczne dla rezerw ziemnych, z przeznaczeniem wykonania planowanych obwałowań rzeki Odry.

Zakres opracowania dokumentacji dla odcinka wału w km 499+260 + 493+300 1. Prace geodezyjne: a) Wykonanie pomiarów geodezyjnych dla opracowania map do celów projektowych w skali 1:1000 ze zdjęciem pasa terenu o szerokości co 50 m od osi wału po obu stronach; b) Wykonanie wznowienia granic działek przyległych do istniejącego obwałowania; c) Wykonanie operatu podziału geodezyjnego nieruchomości, spełniający warunki obowiązujących w tej sprawie przepisów prawnych; d) Całość wraz z mapą do celów projektowych opracować w jednorodnym układzie współrzędnych w formie cyfrowej. 2. Sporządzenie dokumentacji badań geotechnicznych w odstępstwie co 200 m lub miejscach zdaniem geologa koniecznych. Badanie należy wykonać w osi obwałowania oraz po obu stronach skarp. 3. Przygotowanie materiałów i wniosków o wydanie decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach, warunkach prowadzenia robót, pozwolenia

wodnoprawnego, lokalizacji inwestycji celu publicznego i w imieniu Inwestora uzyskanie decyzji - pozwolenia na budowy; 4. Projekt budowlany - w 5 egz. 5. Projekt wykonawczy - w 5 egz. 6. Operat wodnoprawny - w 3 egz. 7. Raport oddziaływania inwestycji na środowisko - w 5 egz. 8. Operat dendrologiczny - w 5 egz. 9. Dokumentacja podziałowa dla przeprowadzenia procedur wywłaszczeniowych i wykupu - w 6 egz. 10. Specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót - w 5 egz. 11. Przedmiar robót - w 5 egz. 12. Kosztorys inwestorski - w 2 egz. (dowody: zmiana SIWZ z dnia 17.07.2012 r.)

Natomiast zgodnie z przedłożonym załącznikiem nr 1 do formularza oferty - *„Harmonogramem opracowań”,* Wykonawca wymienia następujące opracowania: 1. Identyfikacja drzew do wycinki 2. Podkłady geodezyjne (mapy do celów projektowych lub potwierdzenie złożenia w ODGiK wniosku o zatwierdzenie mapy), wypisy z ewidencji gruntów 3. Wznowienie granic działek 4. Badania geotechniczne 5. Rozpoznanie możliwości zlokalizowania rezerw gruntowych 6. Przygotowanie materiałów do wniosku o decyzję środowiskową wraz z raportem 7. Opracowanie wariantowej koncepcji programowo-przestrzennej 8. Uzyskanie decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach realizacji przedsięwzięcia (dowody: formularz ofertowy Odwołującego wraz z załącznikiem nr 1). Zdaniem Zamawiającego, (co należy podkreślić - wyrażonym lakonicznie, bez jakiegokolwiek uzasadnienia prawnego i faktycznego) powyższa treść załącznika nr 1 do formularza oferty świadczy o tym, że Odwołujący *„zaoferował zrealizowanie zamówienia w zakresie niezgodnym z opisem przedmiotu zamówienia, dokonanym przez Zamawiającego”.*

Odwołujący nie zgadza się z tym stwierdzeniem, co motywuje podanymi niżej faktami: W formularzu ofertowym, Odwołujący zawarł m.in. następującą treść: *O F E R T A Nawiązując do ogłoszonego przetargu nieograniczonego na opracowanie dokumentacji technicznej pt. „Nietkowice - Będów - etap I - odbudowa i modernizacja wału p. pow. rz. Odry w km 493+300 499+260” 1. Oferujemy wykonanie prac objętych zamówieniem (określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia) za cenę ryczałtową brutto: 446.103,78 zł (słownie: czterysta czterdzieści sześć tysięcy sto trzy i 78/100 zł) 2. Zamówienie zrealizujemy w terminie do 30.11.2013 r. 3. Oświadczamy, że zapoznaliśmy się ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia i nie wnosimy do niej zastrzeżeń oraz zdobyliśmy konieczne informacje do właściwego przygotowania oferty.”* Powyższa treść nie może być zakwalifikowana jako *„niezgodna z opisem przedmiotu zamówienia, dokonanym przez Zamawiającego”.* Przeciwnie, Odwołujący wyraźnie deklaruje wykonanie prac objętych zamówieniem (określonych w SIWZ) za cenę ryczałtową - a więc nie podlegającą zmianom, niezależnie od zakresu wykonywanych prac. Treść kwestionowanego przez Zamawiającego załącznika nr 1 do formularza ofertowego wprawdzie istotnie nie zawiera wszystkich wzmiankowanych pozycji, jednak ów załącznik, będący harmonogramem

rzeczowo - finansowym, lub wstępnym kosztorysem ofertowym (określonym w SIWZ jako *„harmonogram opracowań”)* nie stanowi *„oferty”* w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Przywołuje wyrok KIO z dnia 08.06.2011 r. sygn. akt: KIO 1095/11; KIO 1109/11, wyroku KIO z dnia 07.04.2010 r., sygn. akt: KIO/UZP. Ponadto zwrócił uwagę na treść orzeczeń odnoszących się do kosztorysów ofertowych. Wprawdzie przedmiotowy załącznik nr 1 do formularza ofertowego zatytułowano jako *„harmonogram opracowań”,* lecz oczywistym jest, iż pełni on funkcję wstępnego, pomocniczego kosztorysu (o charakterze wyłącznie wewnętrznym, ponieważ cena jest ryczałtowa). Wskazuje na wyrok KIO z dnia 06.03.2012 r. sygn. akt: KIO 374/12, wyrok KIO z dnia 29.03.2011 r. sygn. akt: KIO 560/11 oraz wyrok KIO z dnia 11.10.2010 r. sygn. akt: KIO/UZP 2090/10. Nawiązując do wyroku o sygn. akt: KIO 560/11, należy zauważyć, że: *„harmonogramowi opracowań”* Zamawiający nie nadał w przedmiotowym postępowaniu szczególnej rangi. O jego pomocniczym charakterze świadczy fakt, że został umieszczony w treści SIWZ jako pusta tabela, bez wskazania sposobu jej wypełnienia (wyszczególniono tylko tytuły kolumn) (dowody: załącznik nr 1 do SIWZ wraz z załącznikiem nr 1 do formularza ofertowego (pusta tabela).

Odwołujący, jak również wszyscy pozostali wykonawcy mieli zatem swobodę w określeniu treści *„harmonogramu”.* Nawet przyjmując hipotetyczne (choć nieprawdziwe) założenie, że załącznik nr 1 byłby częścią treści oferty, należałoby stwierdzić, że nie była

znana jego wiążąca treść. Dokumentu o tak niedookreślonym charakterze nie można w ogóle rozpatrywać w kategoriach zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp - przepisu, który wymaga znacznej precyzji w stosowaniu. Wskazał na wyrok KIO z dnia 14.10.2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 2148/10. Wyjaśniając błędny tok rozumowania Zamawiającego, należy również wskazać na inne okoliczności, potwierdzające nieistotny charakter braków, które zaistniały w tabeli, będącej zasadniczą częścią załącznika nr 1 do formularza ofertowego. Zwrócił uwagę na fakt dokonania zmiany SIWZ przez Zamawiającego w dniu 17.07.2012 r. Spowodowała ona konieczność modyfikacji całej, przygotowanej już oferty Odwołującego. Treść formularza ofertowego oraz wszystkich załączników została dostosowana do dokonanej zmiany SIWZ. Wyjątkiem jest jedynie treść fragmentów kwestionowanej tabeli. Powyższe braki noszą znamiona omyłek o oczywistym charakterze, nie wpływającym na treść oferty. Wskazał na uchwałę KIO z dnia 29.07.2011 r., sygn. akt: KIO/KD 56/11.

Nadto, wskazał, że w dniu 08.08.2012 r. ok. godz. 12.30 kierownik działu zamówień Odwołującego - mgr inż. M.…… W…….. przeprowadziła rozmowę telefoniczną z zastępcą dyrektora Zamawiającego - Panem Au…… F……., który potwierdził, że Wybrany Wykonawca zrezygnował z wykonania przedmiotowego zamówienia. Uzyskanie od Zamawiającego w tak krótkim terminie dokumentu, bądź jego odpisu, potwierdzającego powyższą okoliczność było niemożliwe, mimo usilnych starań Odwołującego. Taką informację Odwołujący uznaje jednak za wystarczająco uprawdopodobnioną, by uzasadnić

skierowanie niniejszego odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej (kryterium interesu, o którym mowa w art. 179 ust. 1 Pzp jest wówczas w odniesieniu do Odwołującego spełnione. Niezwłocznie po uzyskaniu pisemnego potwierdzenia Zamawiającego, że okoliczność taka miała miejsce, zostanie ono przedłożone do KIO w charakterze dowodu (dowody: notatka służbowa M. W……. z dnia 08.08.2012 r.).

Zamawiający w dniu 14.08.2012 r. wezwał (faxem) w trybie art. 185 ust.1 Pzp uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym. śadne przystąpienia nie miały miejsca w ustawowym terminie.

W dniu 17.08.2012 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Zamawiający wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedź na odwołanie, w której wnosiło o oddalenie w całości odwołania. Kopia została przekazana Odwołującemu. Nadto wnosił o: 1) Zasądzenie od Odwołującego na rzez Zamawiającego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych; 2) Przeprowadzenie dowodów z dokumentów przywołanych w uzasadnieniu odwołania na okoliczności w nich wskazane.

W ocenie zarzuty podniesione w odwołaniu są całkowicie Zmawiającego bezzasadne. Wbrew twierdzeniom Odwołującego, Zamawiający odrzucając jego ofertę nie dopuścił się naruszenia żadnego z przepisów ustawy Pzp, w szczególności art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Zaprzeczając zatem wszelkim twierdzeniom Odwołującego za wyjątkiem, tych które nie zostały wprost przyznane, Zamawiający podaje co następuje. Zamawiający wszczął procedurę udzielenia zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na usługę pn. Opracowanie dokumentacji technicznej pt. Nietkowice - Będów - etap I - odbudowa i modernizacja wału p. pow. rz. Obry w km 493 + 300 - 499 + 260. Następnie Zmawiający zmienił w dniu 17 lipca 2012 r. treść SIWZ, w którym w stosunku do pierwotnej treści SIWZ zostały wprowadzone m. in. następujące zmiany: *Zakres opracowania dokumentacji dla odcinka wału w km 499+260 - 493+300*

1. Prace geodezyjne

a) Wykonanie pomiarów geodezyjnych dla opracowania map do celów projektowych w skali 1:1000 ze zdjęciem pasa terenu o szerokości co 50 m od osi wału po obu stronach:

b) Wykonanie wznowienia granic działek przyległych do istniejącego obwałowania:

c) Wykonanie operatu podziału geodezyjnego nieruchomości spełniający warunki obowiązujących w tej sprawie przepisów prawnych;

d) Całość wraz z mapą do celów projektowych opracować w jednorodnym układzie współrzędnych w formie cyfrowej;

2. Sporządzenie dokumentacji badań geotechnicznych w odstępstwie co 200 m lub miejscach zdaniem geologa koniecznych. Badanie należy wykonać w osi obwałowania oraz

po obu stronach skarp.
3. Przygotowanie materiałów i wniosków o wydanie decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach, warunków prowadzenia robót, pozwolenia wodno prawnego, lokalizacji inwestycji celu publicznego i w imieniu Inwestora uzyskanie pozwolenia na budowy;
4. Projekt budowlany -w 5 egz.
5. Projekt wykonawczy -w 5 egz.
6. Operat wodno prawny -w 3 egz.
7. Raport oddziaływania inwestycji na środowisko -w 5 egz.
8. Operat dendrologiczny -w 5 egz.
9. Dokumentacja podziałowa dla przeprowadzenia procedur wywłaszczeniowych i wykupu - w 6 egz.
10. Specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót -w 5 egz.
11. Przedmiar robót -w 5 egz.
12. Kosztorys inwestorski -w 2 egz.
Dowody - Zmiana SIWZ z dnia 17.07.2012 r. (w aktach sprawy).

Odwołujący przedłożył Zamawiającemu ofertę wraz z załącznikiem w postaci harmonogramu opracowań, w którym wyszczególnione zostało jedynie osiem opracowań:
1. Identyfikacja drzew do wycinki.
2. Podkłady geodezyjne (mapy do celów projektowych lub potwierdzenie złożenia w ODGiK wniosku i zatwierdzenie mapy), wypisy z ewidencji gruntów.
3. Wznowienie granic działek.
4. Badania geotechniczne.
5. Rozpoznanie możliwości zlokalizowania rezerw gruntowych.
6. Przygotowanie materiałów do wniosku o decyzję środowiskową wraz z raportem.
7. Opracowanie wariantowej koncepcji programowo -przestrzennej.
8. Uzyskanie decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach realizacji przedsięwzięcia.

Dowody - Oferta Odwołującego (w aktach sprawy).

Powyżej przytoczona treść harmonogramu załączonego do oferty jednoznacznie wskazuje na to, że Odwołujący zaoferował zrealizowanie zamówienia w zakresie niezgodnym z opisem przedmiotu zamówienia, dokonanym przez Zmawiającego. W szczególności Odwołujący nie zaoferował uzyskania w imieniu Zamawiającego pozwolenia na budowę, co stanowiło dla Zamawiającego kwestię priorytetową. Co warto zaznaczyć, wszyscy pozostali uczestnicy przetargu tj.: Ekoprojekt Sp. z o.o., Hydroprojekt Sp. z o.o. w Poznaniu, Geobud Zakład Usług Ekologicznych s.c. ……., Hydroprojekt Sp. z o.o. w Warszawie, ujęli w swoich harmonogramach załączonych do ofert wszystkie opracowania, które zostały podane przez Zamawiającego w zaktualizowanym SIWZ, w tym oferenci zaoferowali uzyskanie pozwolenia na budowę. Jedynie oferent - EKOSYSTEM S.A. nie dostosował się do treści

SIWZ. Dowody - oferta Ekoprojekt Sp. z o. o., oferta Hydroprojekt Sp. z o.o. w Poznaniu, oferta Geobud, oferta Hydroprojekt Sp. z o.o. w Warszawie.

Odwołujący uzasadniając zarzut błędnego zastosowania przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp podaje, że treść formularza ofertowego, zwłaszcza trzy pierwsze punkty, świadczą o tym, że wyraźnie zadeklarował on wykonanie prac objętych zamówieniem (określonych w SIWZ) za cenę ryczałtową - a więc nie podlegającą zmianom, niezależnie od zakresu wykonywania prac. W świetle tego, brak wszystkich wzmiankowanych pozycji w harmonogramie jako, że nie jest on ofertą, nie stanowił podstawy do odrzucenia oferty.

Z powyższym rozumowaniem nie sposób się zgodzić. W prawdzie Odwołujący w pkt 1 formularza ofertowego podał, że *oferujemy wykonanie prac objętych zamówieniem (określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia) za cenę ryczałtową 446.103,78 zł,* to z harmonogramu opracowań załączonego do oferty, który stanowił doprecyzowanie woli oferenta nie wynikało, aby jego wolą było wykonanie wszystkich prac określonych w SIWZ. Zamawiający miał podstawy, aby oferta Odwołującego została odrzucona, gdyż nie można zaakceptować oferty, w której uczestnik przetargu zadeklarował wykonanie prac za podaną przez siebie kwotę, nie deklarując przy tym realizacji wszystkich opracowań ujętych w SIWZ. Ponadto podana przez Odwołującego cena w ofercie znacznie przewyższała sumę kosztów podaną w harmonogramie, jakie zamierzał on przeznaczyć za poszczególne opracowania. Przywołał wyroku KIO z 25.10.2010 r., sygn. akt: KIO 2220/10. Zdaniem

Zamawiającego taka sytuacja jak w orzeczeniu ma miejsce w rozpatrywanej sprawie. Przyjęcie bowiem oferty w kształcie przedstawionym przez Odwołującego doprowadziło by do sytuacji, w której Zamawiający był by zobowiązany zapłacić spółce EKOSYSTEM kwotę 446.103,78 zł i w zamian za to nie uzyskał by świadczenia, które było przedmiotem zamówienia.

Wbrew też twierdzeniom Odwołującego treść harmonogramu opracowań jest częścią oferty i powinna być brana przez Zamawiającego przy ocenie zgodności oferty z SIWZ. W doktrynie przyjmuje się, że oferta nieodpowiadająca treści SIWZ to taka, która jest sporządzona odmiennie, niż określają to postanowienia SIWZ. Odmienność ta powinna przejawiać się przede wszystkim w zakresie proponowanego przedmiotu zamówienia i sposobu jego realizacji. Na poparcie powyższej tezy Zamawiający przytacza poglądy wyrażone w orzecznictwie, tj. wyrok KIO z dnia 14.04.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 412/09, wyrok SO w Tarnowie z dnia 25.06.2009 r., sygn. akt: V GA 40/09, wyrok KIO z 28.04.2011 r., sygn. akt: KIO 788/11, wyrok KIO z dnia 29.06.2011 r., sygn. akt: KIO 1292/11, wyrok ZA z dnia 16.08.2006 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-2283/06, czy też wyrok ZA z dnia 17.08.2006 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-2275/06. Nadto, Wyrok SO w Rzeszowie z dnia 27.05.010 r., sygn. akt: I C 3/09.

Odwołujący wskazał też, że: „kosztorys *ofertowy, z uwagi na ryczałtowy charakter ceny oraz brak innych postanowień SIWZ nie może zostać uznany za element treści oferty".* Na odparcie takie stanowiska podaję tezę w wyroku KIO z 10.02.2011 r., sygn. akt: KIO 179/11. W odniesieniu do powyższego, wskazał, iż Odwołujący w harmonogramie będącym częścią oferty wbrew wymaganiom podanym przez Zamawiającego pominął całe części zamówienia (w szczególności brak pozwolenia na budowę), co musiało skutkować odrzuceniem jego oferty. Reasumując stwierdził, iż odrzucenie przez Zamawiającego oferty Odwołującego było uzasadnione. Jak to wykazano powyżej, harmonogram opracowań załączony do oferty jest jej istotnym elementem podlegającym ocenie pod względem zgodności ze SIWZ - zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2. W harmonogramie tym Odwołujący nie ujął wszystkich prac niezbędnych do wykonania przedmiotu zamówienia jednocześnie oferując cenę, która była niezgodna z kosztorysem za poszczególne opracowania tj. cena ta była zdecydowanie wyższa. Tym samym należy uznać, że Zamawiający postąpił prawidłowo odrzucając ofertę Odwołującego, ponieważ złożona przez niego oferta była rażąco niezgodna z SIWZ.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, zapoznaniu się z postanowieniami SIWZ, zmianą SIWZ z dnia 17.07.2012 r., w tym w szczególności Formularzem Ofertowym, załącznikiem nr 1 do formularza ofertowego, wzorem umowy, ofertą Odwołującego, harmonogramem opracowań, informacją o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz odrzuceniu oferty Odwołującego, odwołaniem, odpowiedzią na odwołanie, złożoną na rozprawie przez Odwołującego kopią pisma, które potwierdza, iż wykonawca wybrany uchylił się od podpisania umowy, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający do jego złożenia, przy założeniu potwierdzenia się zarzutów. Zdaniem Izby, Odwołujący, którego oferta została odrzucona i nie podlegała klasyfikacji w ramach kryterium oceny ofert, tj. ceny (100%), w przypadku potwierdzenia się podnoszonych zarzutów (wobec uchylenia się od podpisania umowy przez GEOBUD Zakład Usług Ekologicznych s.c. mającego korzystniejszą cenę od Odwołującego), ma szanse na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Skład orzekający Izby działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej

sprawie: dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem o sygn. akt:

KIO 1702/12, postanowień SIWZ, zmiany SIWZ z dnia 17.07.2012 r., w tym w szczególności Formularza Ofertowego, załącznika nr 1 do formularza ofertowego, wzoru umowy, oferty Odwołującego, harmonogramu opracowań, informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz odrzuceniu oferty Odwołującego, odwołania, odpowiedzi na odwołanie, złożonej na rozprawie przez Odwołującego kopii pisma, które potwierdza, iż wykonawca wybrany uchylił się od podpisania umowy.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także stanowiska i oświadczenia stron złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Odnośnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, a w konsekwencji także art. 7 ust.1 Pzp, Izba uznała, że ww. zarzuty zostały potwierdzony.

Izba dokonała następujących ustaleń:

Zamawiający określił w ramach zmiany z dnia 17.07.2012 r. w ramach opisu przedmiotu zamówienia (Rozdz. III SIWZ): *„Dokumentację techniczną dla odbudowy (modernizacji) istniejących prawostronnych obwałowań rzeki Odry na długości 5.96 km. należy wykonać z uwzględnieniem zasad i warunków przygotowania inwestycji zawartych w ustawie z dnia 8 lipca 2010 r. o szczególnych zasadach przygotowania do realizacji inwestycji w zakresie budowli przeciwpowodziowych (Dz. U. z 10.08.2010 Nr 143 poz. 963), z wykonaniem prac geodezyjnych, geotechnicznych, opracowaniem dokumentacji dla uzyskania decyzji środowiskowych, rozpoznania geotechnicznego dla zlokalizowania złoża na potrzeby powyższej inwestycji. Uszczelnienie podłoża i korpusu wału rozwiązać wariantowo, na etapie okazania dokumentacji (wersja w ołówku). Przyjęcie wariantu do dalszego opracowania nastąpi po zaopiniowaniu rozwiązania przez Inwestora. Biuro projektowe zgłosi taką gotowość Inwestorowi w formie pisemnej. W ramach powyższego opracowania, jako element składowy dokumentacji należy wykonać: - profil podłużny istniejącego wału w skali 1:100 i 1000 dla dalszego odcinka tj. od km 493+300 do drogi wojewódzkiej nr 278 (Sulechów - Będów); - sporządzić przekroje poprzeczne co 300 m dla w/w odcinka wału: - wykonać badania geotechniczne w wytypowanych przekrojach poprzecznych (trzy odwierty w przekroju - w korpusie i przy stopie wału po obu jego stronach). Sporządzić, jako odrębny załącznik do dokumentacji, rozpoznanie geotechniczne dla rezerw ziemnych, z przeznaczeniem wykonania planowanych obwałowań rzeki Odry. Zakres opracowania dokumentacji dla odcinka wału w km 499+260 + 493+300 1. Prace*

geodezyjne: a) Wykonanie pomiarów geodezyjnych dla opracowania map do celów projektowych w skali 1:1000 ze zdjęciem pasa terenu o szerokości co 50 m od osi wału po obu stronach; b) Wykonanie wznowienia granic działek przyległych do istniejącego obwałowania; c) Wykonanie operatu podziału geodezyjnego nieruchomości, spełniający warunki obowiązujących w tej sprawie przepisów prawnych; d) Całość wraz z mapą do celów projektowych opracować w jednorodnym układzie współrzędnych w formie cyfrowej. 2. Sporządzenie dokumentacji badań geotechnicznych w odstępstwie co 200 m lub miejscach zdaniem geologa koniecznych. Badanie należy wykonać w osi obwałowania oraz po obu stronach skarp. 3. Przygotowanie materiałów i wniosków o wydanie decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach, warunkach prowadzenia robót, pozwolenia wodnoprawnego, lokalizacji inwestycji celu publicznego i w imieniu Inwestora uzyskanie decyzji - pozwolenia na budowy; 4. Projekt budowlany - w 5 egz. 5. Projekt wykonawczy - w 5 egz. 6. Operat wodnoprawny - w 3 egz. 7. Raport oddziaływania inwestycji na środowisko - w 5 egz. 8. Operat dendrologiczny - w 5 egz. 9. Dokumentacja podziałowa dla przeprowadzenia procedur wywłaszczeniowych i wykupu - w 6 egz. 10. Specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót - w 5 egz. 11. Przedmiar robót - w 5 egz. 12. Kosztorys inwestorski - w 2 egz.”. Analogiczna zmiana w § 1 wzoru umowy.

Nadto, w ramach rozdz. IV – termin wykonania zamówienia określił - zmiana z 17.07.2012 r. określił, że: *„Zamówienie należy zrealizować w terminie do 30.11.2013 r., w tym do dnia 10.12.2012 r. wykonawca prac projektowych wykona:*

1. *Prace geodezyjne - p. a) i b) oraz dla odcinka wału od km 493+300 do drogi nr 278;*
2. *Dokumentację badań geotechnicznych w zakresie opisanym w p. 2 wyszczególnienia, oraz dla odcinka wału od km 493+300 do drogi nr 278*
3. *Operat dendrologiczny*

4. Przygotowanie materiałów i złożenie wniosku o wydanie decyzji środowiskowej
Do dnia 30.11.2013 należy wykonać:
5. Raport oddziaływania na środowisko
6. Operat wodnoprawny
7. Projekt budowlany
8. Projekt wykonawczy
9. Dokumentacje podziałową własności
10.Specyfikację techniczną wykonania i odbioru robót
11.Przedmiar robót
12.Kosztorys inwestorski
13.Opracowanie w wersji elektronicznej 14.Uzyskanie pozwolenia na budowę". Zmieniono także termin w § 2 wzoru umowy na 30.11.2013 r.

Zamawiający wskazał w Rozdz. X ust. 4 pkt 1 SIWZ, ze oferta powinna zawierać formularz ofertowy (wg. zał. nr 1 do SIWZ) wraz z propozycja harmonogramu. W Rozdz. XII ust. 1 SIWZ stwierdzono, że Wykonawca przedstawi cenę brutto za zrealizowanie zamówienia. Cena ofertowa ma charakter ryczałtu i winna obejmować kompletne wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z warunkami umowy oraz niniejszej SIWZ. Cena za całe zamówienie będzie sumą cen za poszczególne elementy. Zgodnie z Rozdz. XIV ust. 5 i 6 SIWZ: *„Wybrany Wykonawca dostarczy Zamawiającemu harmonogram realizacji prac stanowiący propozycje załącznika do umowy, uwzględniający uwarunkowania określone w rozdziale IV niniejszej SIWZ. Ostateczne terminy, zakresy i wartości zostaną ustalone przed podpisaniem umowy po obustronnym uzgodnieniu". „Niedopełnienie przez Wykonawcę formalności, o których mowa w ust. 3, 4 i 5 będzie przez Zamawiającego uznane za uchylanie się od podpisania umowy".*

Zgodnie z § 1 wzoru umowy: *„Zamawiający zleca, a Wykonawca przyjmuje do wykonania (…) wg. harmonogramu stanowiącego załącznik nr 1 do umowy".* Z kolei zgodnie z § 16 wzoru umowy: *„Integralna część niniejszej umowy stanowią: - oferta Wykonawcy – sporządzony przez Wykonawcę i zaakceptowany przez Zamawiającego harmonogram realizacji opracowań".*

W ramach harmonogramu opracowań Odwołującego wymieniono: *„1. Identyfikacja drzew do wycinki 2. Podkłady geodezyjne (mapy do celów projektowych lub potwierdzenie złożenia w ODGiK wniosku o zatwierdzenie mapy), wypisy z ewidencji gruntów 3. Wznowienie granic działek 4. Badania geotechniczne 5. Rozpoznanie możliwości zlokalizowania rezerw gruntowych 6. Przygotowanie materiałów do wniosku o decyzję środowiskową wraz z raportem 7. Opracowanie wariantowej koncepcji programowo-przestrzennej 8. Uzyskanie decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach realizacji przedsięwzięcia".* Nadto, w ramach formularza ofertowego Odwołujący oświadczył, że: *„Oferujemy wykonanie prac objętych zamówieniem (określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia) za cenę ryczałtowa (…)"* – pkt 1, *„Zamówienie zrealizujemy w terminie do 30.11.2013 r."* – pkt 2, *„Oświadczamy, że zapoznaliśmy się ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia i nie wnosimy do niej zastrzeżeń oraz zdobyliśmy konieczne informację do właściwego przygotowania oferty"* – pkt 3.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

W ocenie Izby przesadzająca kwestią w zakresie uznania zasadności zarzutów, a w konsekwencji całego odwołania była rola, jaką nadał Zamawiający harmonogramowi opracowań w ramach postanowień SIWZ – w Rozdz. X ust. 4 pkt 1 oraz XIV ust. 5 SIWZ. Wynika z nich bowiem, ze harmonogram opracowań stanowi swoistą propozycję harmonogramu, która przed podpisaniem umowy będzie zastąpiona harmonogramem

realizacji prac stanowiącym propozycje załącznika do umowy. Zgodnie ze zdaniem pierwszym Rozdz. XIV ust. 5 SIWZ dostarczony harmonogram realizacji prac będzie musiał uwzględniać uwarunkowania określone w Rozdz. IV SIWZ. W rezultacie powyższego, harmonogram opracowań ma charakter niewiążący, informacyjny, zaś wiążący charakter ma harmonogram realizacji prac, czy też harmonogram realizacji opracowań sporządzony przez Wykonawcę i zaakceptowany przez Zamawiającego stanowiący załącznik do przyszłej

umowy (§ 1 i 16 wzoru umowy). Biorąc pod uwagę odesłanie do Rozdz. IV należy uznać argumentacje Zamawiającego z rozprawy za bezprzedmiotową, gdyż niniejsze postanowienia SIWZ obligują do tego, aby harmonogram realizacji prac uwzględniał terminy i zakresy wynikające z Rozdz. IV SIWZ, oczywiście w brzmieniu nadanym zmianą z dnia 17.07.2012 r. (m.in. str. 3 i 4 zmiany z dnia 17.07.2012 r.). Nie przedłożenie takiego harmonogramu jest zagrożone sankcją z Rozdz. XIV ust. 6 SIWZ i będzie stanowić podstawę do uznania takiego działania Wykonawcy za uchylanie się od podpisania umowy.

W ocenie Izby, analiza postanowień SIWZ, pozwala uznać, że harmonogram opracowań nie stanowił wiążącej części oferty i nie mógł z tej przyczyny, z uwagi na Rozdz. XIV ust. 5 SIWZ, być podstawą do odrzucenia oferty, tym bardziej że ostateczne terminy, zakresy i wartości miały zostać ustalone przed podpisaniem umowy po obustronnym uzgodnieniu (zdanie drugie ust.5 Rozdz. XIV SIWZ). Wiążący był tylko formularz ofertowy na etapie składania ofert, który w przypadku Odwołującego był zgodny z postanowieniami SIWZ i uwzględniał w pkt 2 nowy termin określony zmiana SIWZ z dnia 17.07.2012 r. oraz cenę ofertową ryczałtową (pkt 1 formularza ofertowego), która ma charakter niezmienny.
W pozostałym zakresie Zamawiający dopuszczał daleko idące zmiany w ramach harmonogramy realizacji prac (terminów, zakresów i wartości). Po uzgodnieniu i akceptacji Zamawiającego stanowiącego załącznik do przyszłej umowy – jako harmonogram realizacji opracowań.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Zarzuty sformułowane na rozprawie przez Odwołującego odnośnie naruszenia przez Zamawiającego art. 87 ust.1 Pzp, czy też art. 92 ust.1 pkt 2 Pzp, w ocenie Izby nie były objęte zakresem odwołania i z tego tytułu nie podlegają rozpatrzeniu (art. 192 ust.7 Pzp).

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, a także w oparciu o § 5 ust. 2 pkt 1 i ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r. Nr 41, poz. 238). Izba uznała wniosek Odwołującego o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika uznając za uzasadnione koszty w kwocie 3.600,00 zł, tj. maksymalnej kwocie dopuszczonej przez w/w rozporządzenie (§ 3 pkt 2 lit. b w/w rozporządzenia).

Przewodniczący:

……