

WYROK

z dnia 10 sierpnia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Irmína Pawlik

Protokolant: Piotr Ceglowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 sierpnia 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 lipca 2018 r. przez wykonawcę UNIBEP Spółka Akcyjna z siedzibą w Bielsku Podlaskim w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Powiatowy Zarząd Dróg w Białymstoku

przy udziale wykonawcy STRABAG Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża odwołującego UNIBEP Spółka Akcyjna z siedzibą w Bielsku Podlaskim i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 1477/18

Uzasadnienie

Zamawiający Powiatowy Zarząd Dróg w Białymstoku prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Przebudowa z rozbudową drogi powiatowej nr 1503B na

odcinku Hołówki Duże - Hołówki Małe (Gm. Juchnowiec Kościelny),” nr ref. 47/D/2018.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z

dnia 6 lipca 2018 r. pod numerem 585047-N-2018. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm., dalej „Ustawa Pzp”). Wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Ustawy Pzp.

W dniu 27 lipca 2018 r. wykonawca UNIBEP Spółka Akcyjna z siedzibą w Bielsku

Podlaskim (dalej jako „Odwołujący”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności odrzucenia jego oferty, które nastąpiło wskutek zaniechania wezwania Odwołującego do wyjaśnienia oferty i jej ewentualnego uzupełnienia, niewypełnienia obowiązku przeprowadzenia badania i oceny ofert w sposób staranny i należyty oraz zaniechania czynności poprawienia w ofercie Odwołującego omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia („SIWZ”), niepowodujących istotnych zmian w treści oferty. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 87 ust. 1 Ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do wyjaśnienia oferty (w zakresie treści załącznika nr 4.1 do kosztorysu ofertowego), a w konsekwencji niewypełnienie obowiązku przeprowadzenia badania i oceny ofert w sposób staranny i należyty;
2. art. 87 ust. 2 pkt 3 Ustawy Pzp poprzez zaniechanie poprawienia w ofercie Odwołującego innych omyłek polegających na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty;
3. art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego z naruszeniem przepisów Ustawy Pzp.

W związku z podniesionymi zarzutami Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności badania i oceny oferty Odwołującego,
2. podjęcia czynności powtórnego badania i oceny oferty Odwołującego,
3. podjęcia przez Zamawiającego czynności poprawienia w ofercie Odwołującego innych omyłek polegających na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodujących istotnych zmian

w treści oferty,

4. dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty na zasadach określonych w SIWZ oraz Ustawie Pzp, z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Ponadto Odwołujący wniósł o rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego zgodnie z przepisem art. 186 ust. 6 Ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, iż skutkiem postępowania Zamawiającego naruszającego przepisy Ustawy Pzp, został naruszony jego interes prawny poprzez uniemożliwienie mu uzyskania przedmiotowego zamówienia.

Uzasadniając podniesione zarzuty Odwołujący wskazał, iż w dniu 24 lipca 2018 r. otrzymał od Zamawiającego pismo z informacją o odrzuceniu jego oferty złożonej w dniu 23 lipca 2018 r., w którym jako podstawę prawną wskazano art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy Pzp. W uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający podniósł, że oferent w złożonej ofercie w zał. 4.1 „Wykaz stawek i narzutów” nie wykazał, między innymi, ceny mieszanki mineralno-bitumicznej warstwa ścierna, jak również uznał, że ponieważ zał. 4.1 „Wykaz stawek i narzutów” jest częścią oferty nie podlega uzupełnieniu lub poprawieniu na podstawie art. 26 ust. 3 Ustawy Pzp.

W ocenie Odwołującego Zamawiający dokonał odrzucenia jego oferty w sposób sprzeczny z Ustawą Pzp. Wskazał, iż Zamawiający w rozdziale IV SIWZ zobowiązał oferentów do złożenia wraz z ofertą między innymi następujących dokumentów:

- kosztorys ofertowy (wg wzoru określonego w Rozdziale IV SIWZ);

- wykaz stawek i narzutów (wg wzoru określonego w zał. 4.1 do Kosztorysu ofertowego) dla wszystkich materiałów i sprzętu przewidywanych do użycia przy wykonywaniu robót, w którym należało określić nazwy i ceny wszystkich materiałów przyjętych przy kalkulacji

cen jednostkowych w kosztorysie ofertowym.

Jednocześnie w pkt 12 SIWZ zostały sformułowane następujące wymagania:

- wykonawca zobowiązany jest podać na formularzu oferty (Rozdział II SIWZ) łączną cenę za wykonanie całego przedmiotu zamówienia (pkt 12.1);
- wykonawca zobowiązany jest podać na formularzu oferty Rozdział II łączną cenę za wszystkie pozycje (prace) przewidziane w kosztorysie ofertowym sporządzonym przez Wykonawcę (pkt 12.3);
- wykonawca jest zobowiązany do oferty dołączyć kosztorys ofertowy Rozdział IV sporządzony metodą kalkulacji uproszczonej w oparciu o załączony przedmiar oraz Dokumentację Projektową (pkt 12.4);
- cena musi uwzględniać wszystkie wymagania SIWZ i dokumentacji projektowej oraz obejmować wszelkie koszty, jakie poniesie wykonawca z tytułu należytej oraz zgodnej z obowiązującymi przepisami realizacji przedmiotu zamówienia, w tym również wszelkie koszty towarzyszące wykonaniu przedmiotu zamówienia (pkt 12.5);
- cena oferty powinna wynikać z przedłożonego kosztorysu ofertowego (pkt 12.6);
 - do oferty należy załączyć kosztorys ofertowy Rozdział IV, który jest integralną częścią oferty, sporządzony metodą kalkulacji uproszczonej na podstawie przekazanego przez Zamawiającego przedmiaru robót oraz dokumentacji projektowej. W cenę oferty należy uwzględnić cały zakres przedmiotu zamówienia (pkt 12.11);
 - cenę jednostkową stosowaną w kalkulacji wykonawca może ustalić na podstawie kalkulacji własnej, zachowując w kosztorysie podane w przedmiarze jednostki przedmiarowe (pkt 12.12).

Odwołujący wskazał, iż spełnił wszystkie ww. wymagania. Zastosował się do zapisów

SIWZ i wyliczył cenę oferty w oparciu o kosztorys ofertowy sporządzony na formularzu, którego wzór załączono do SIWZ. Oferta została złożona przez Odwołującego po wnikliwej ocenie złożonych kosztorysów ofertowych oraz całej dokumentacji przetargowej zamieszczonej przez Zamawiającego na stronie internetowej. Odwołujący w sposób niezamierzony, popełnił w załączniku nr 4.1 do kosztorysów ofertowych omyłkę, polegającą na niepełnym określeniu jednego z kilkudziesięciu materiałów/sprzętów - w pkt 2.12 wpisano „mieszanka mineralno-bitumiczna w-wa wiążąca”, natomiast powinno być „mieszanka mineralno-bitumiczna w-wa wiążąca i ścierna”. Ten błąd uznany został przez Zamawiającego za niezgodność z treścią SIWZ niepodlegającą uzupełnieniu lub poprawieniu w trybie art. 26 ust. 3 Ustawy Pzp. Odwołujący podkreślił, iż omyłka, na którą powołuje się Zamawiający, nie dotyczy samego kosztorysu ofertowego ani tym bardziej treści formularza oferty (czyli dokumentów, do których wzory przygotował Zamawiający). Omyłka miała miejsce w formularzu, który uzupełniał Odwołujący także w zakresie nazw materiałów.

Odwołujący podniósł ponadto, iż zmiana opisu w pkt 2.12 formularza „Wykaz stawek i narzutów” (z „mieszanka mineralno-bitumiczna w-wa wiążąca” na „mieszanka mineralno-bitumiczna w-wa wiążąca i ścierna”) nie wpływa w żaden sposób na treść (opis i wyliczenia) kosztorysu ofertowego i ostatecznej ceny zawartej w ofercie. Wynika to z tego,

że stawka określona w pkt 2.12 „Wykazu stawek i narzutów” tj. 200,00 zł/tonę jest identyczna zarówno w przypadku materiału „mieszanka mineralno-bitumiczna dla warstwy wiążącej” jak i dla materiału „mieszanka mineralno-bitumiczna dla warstwy ścierniczej.” Tym samym wyliczone w kosztorysie ofertowym wartości netto za wykonanie poszczególnych elementów robót po zsumowaniu dają łączną cenę netto wskazaną w pkt 1 formularza oferty (3.751.257,88 zł netto). Zarówno ta kwota, jak też dane z poz. 29-31 kosztorysu ofertowego (tj. wartości/ilości jednostek/ceny jednostkowe) nie zmienia się w przypadku poprawienia nazwy materiału w pkt 2.12 formularza „Wykaz stawek i narzutów”.

Odwołujący podkreślił również, że Zamawiający przewidział kosztorysowe rozliczenie robót. Zgodnie z § 5 ust.4 projektu umowy „Wynagrodzenie Wykonawcy, o którym mowa w ust 1 i ust 3 stanowić będzie wynik iloczynu ilości wykonanych robót i cen jednostkowych podanych w kosztorysie ofertowym stanowiącym załącznik do Oferty Wykonawcy lub cen jednostkowych wyliczonych zgodnie z postanowieniami § 8 niniejszej umowy.” Z tego względu w ocenie Odwołującego „Wykaz stawek i narzutów” ma jedynie charakter

pomocniczy dla wyliczenia ceny oferty, natomiast istotnym dla ustalenia ceny oferenta i wynagrodzenia wykonawcy (czyli aspektu kluczowego przy wyborze najkorzystniejszej oferty) ma treść kosztorysu ofertowego, gdyż podstawę określenia wynagrodzenia wykonawcy stanowią ceny jednostkowe, a nie stawki i narzuty. W ocenie Odwołującego przedłożył on ten dokument bez błędów - wynika z niego ostateczna cena oferty, zaś Zamawiający mając ten dokument może rozliczyć wykonanie przedmiotu zamówienia przez oferenta. Odwołujący podniósł, iż na ostateczną wartość wykonanych i odebranych robót oraz rozliczenie wynagrodzenia wykonawcy z tego tytułu wpływ będą miały ceny jednostkowe określone w kosztorysie ofertowym, które nie podlegają żadnym zmianom i ilość jednostek obmiarowych faktycznie wykonanych robót, określonych na podstawie obmiaru robót po ich wykonaniu, a nie wartości za poszczególne materiały stosownie do treści „Wykazu stawek i narzutów”. Wartość kosztorysu ofertowego w przypadku rozliczenia kosztorysowego służyć powinna przede wszystkim wyłonieniu oferty z najkorzystniejszym bilansem ceny i innych kryteriów, zaś ostateczna wartość zamówienia określona zostanie po wykonaniu i odbiorze robót.

Odwołujący zwrócił także uwagę na § 8 ust. 2 projektu umowy, gdzie Zamawiający przewidział sytuację, w której złożony wraz z ofertą „Wykaz stawek i narzutów” nie zawiera cen wszystkich materiałów/sprzętów („Jeżeli roboty wynikające z poleceń wprowadzonych postanowieniami § 7 ust. 1 niniejszej umowy, nie odpowiadają opisowi pozycji w kosztorysie ofertowym, wykonawca powinien przedłożyć do akceptacji Zamawiającego kalkulację ceny jednostkowej tych robót z uwzględnieniem cen czynników produkcji nie wyższych od określonych w wykazie stawek i narzutów będącym załącznikiem do kosztorysu ofertowego, a dla materiałów, sprzętu i transportu dla których ceny nie zostały określone w tym załączniku - cen nie wyższych od średnich cen materiałów, sprzętu i transportu obowiązujących w dniu ich rozliczenia ujętych w wydawnictwie „Sekocenbud” dla województwa, w którym są wykonywane oraz nakładów rzeczowych określonych w Katalogach Nakładów Rzeczowych, a w przypadku robót, dla których nie określono nakładów rzeczowych, wg innych ogólnie stosowanych katalogów lub nakładów własnych, zaakceptowanych przez Zamawiającego.”).

Biorąc powyższe pod uwagę, zdaniem Odwołującego należy uznać, iż w przypadku powzięcia wątpliwości co do ceny materiału „mieszanka mineralno-bitumiczna dla warstwy ścieralnej”, a dokładniej czy cena tego materiału jest tożsama z ceną materiału opisanego w pkt 2.12 „Wykazu stawek i narzutów” tj. 200,00 zł/tonę za materiał „mieszanka mineralno-bitumiczna dla warstwy wiążąca” Zamawiający powinien był wezwać Odwołującego do wyjaśnień w tym zakresie i ewentualnego uzupełnienia załącznika nr 4.1 do kosztorysu ofertowego (w zakresie pkt 2.12). W konsekwencji tego zaniechania Zamawiający nie wypełnił obowiązku przeprowadzenia badania i oceny ofert w sposób staranny i należyty, a przez to doszło do naruszenia art. 87 ust. 1 Ustawy Pzp i art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy Pzp (wobec odrzucenia oferty Odwołującego).

Odwołujący podkreślił, iż omyłka w formularzu „Wykaz stawek i narzutów” w pkt 2.12 w nazwie materiału w jego ocenie nie powoduje istotnych zmian w treści oferty, nie skutkuje koniecznością zmiany żadnej z pozycji z kosztorysu ofertowego, nie zmienia przedmiotu zamówienia (zakres materiałów i elementów budowlanych oraz zakres prac pozostają bez zmian) i ceny oferty. Zamawiający nie rozważył nawet, czy przedmiotowa niezgodność ma/nie ma charakteru omyłki możliwej do poprawienia w trybie art. 87 ust.2 Ustawy Pzp. Tymczasem zdaniami Odwołującego zaistniała niezgodność możliwa była do poprawienia przez samodzielną czynność Zamawiającego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Ustawy Pzp, po ewentualnym wcześniejszym uzyskaniu wyjaśnień. Nieścisłość spowodowana była niezamierzonym działaniem Odwołującego i mimo jej wystąpienia Zamawiający znał dokładnie właściwą stawkę i jednostkę obmiarową dla materiału „mieszanka mineralno-bitumiczna”, a przede wszystkim również wartość robót z poz. 29-31 kosztorysu ofertowego (przy których wykonaniu materiał ten będzie użyty). Nie było więc przeszkód aby poprawić zapis pkt 2.12 załącznika 4.1 do kosztorysu ofertowego Odwołującego.

Podsumowując, w ocenie Odwołującego, analizowaną omyłkę należy uznać za spełniającą przesłanki z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, którą Zamawiający zgodnie z

postanowieniami SIWZ zobowiązany był poprawić. W konsekwencji tego rodzaju zaniechanie narusza cytowany przepis Ustawy Pzp. Odwołujący podkreślił, iż wystąpienie stanu niezgodności oferty z treścią SIWZ nie zawsze może być podstawą do odrzucenia oferty, gdyż art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy Pzp wprost odsyła do art. 87 ust. 2 pkt 3 Ustawy Pzp. Odrzuceniu podlega zatem wyłącznie oferta, której treść jest niezgodna z treścią SIWZ w sposób zasadniczy i nieusuwalny, gdyż obowiązkiem Zamawiającego jest poprawienie w złożonej ofercie niezgodności z SIWZ niemających istotnego charakteru. Zaniechanie takiej czynności należy uznać za działanie sprzeczne z prawem, ale i nieracjonalne, gdyż może prowadzić do niesłusznego odrzucenia najkorzystniejszej oferty, co nie zapewnia rozstrzygnięcia postępowania zgodnie z zasadami uczciwej konkurencji i równego

traktowania. Odwołujący wskazał, iż zgodnie ze stanowiskiem wielokrotnie wyrażanym w orzecznictwie Izby celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie jest dokonanie wyboru oferty najbardziej poprawnej formalnie, lecz dokonanie wyboru oferty z

najniższą ceną lub oferty przedstawiającej najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia. W tym zakresie Odwołujący powołał się na orzecznictwo KIO w sprawach o sygn. akt KIO 522/11, KIO 354/13, KIO 1462/15, KIO 749/15; KIO 751/15; KIO 757/15, KIO 1975/14.

Zamawiający w dniu 9 sierpnia 2018 r., na posiedzeniu przed Krajową Izbą Odwoławczą, wniósł odpowiedź na odwołanie, w której podtrzymał swoje stanowisko w zakresie odrzucenia oferty Odwołującego. Wskazał m.in., iż za ofertę zgodną z SIWZ należy uznać ofertę zawierającą Kosztorys ofertowy wraz z kompletnym „Wykazem stawek i narzutów.” W ocenie Zamawiającego niepodanie w ww. dokumencie ceny za przewidzianą do zamówienia mieszankę mineralno-bitumiczną nie stanowi innej omyłki w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 Ustawy Pzp, którą Zamawiający mógł poprawić poprzez dopisanie w poz. 2.12 słów „i ścieralna”, stanowiłoby to bowiem dodanie do Wykazu ceny materiału, który nie jest w nim ujęty. Zamawiający powołał się na orzecznictwo KIO i sądów powszechnych z zakresu art. 87 ust. 2 pkt 3 Ustawy Pzp, przywołując m.in. wyrok Sądu Okręgowego w Łodzi z 30 grudnia 2015 r. sygn. akt II C 1583/15, wyrok KIO z 31 stycznia 2018 r. sygn. akt KIO '22/18, czy wyrok KIO z 29 stycznia 2018 r. o sygn. akt KIO 2746/17. Zamawiający podkreślił, że analiza treści oferty nie pozwalała Zamawiającemu na samodzielne przyjęcie, że dla brakującej wyceny mieszanki mineralno-bitumicznej dla warstwy ścieralnej należy przyjąć cenę podaną dla warstwy wiążącej, a Odwołujący nie wykazał, aby była to cena właściwa dla przyjętej w ofercie wyceny warstwy ścieralnej. Zamawiający zaznaczył, że wymagania dla mieszanki mineralno - bitumicznej w warstwie ścieralnej i wiążącej są różne, a zatem są to dwa różne produkty, co poparł szczegółową argumentacją przedstawioną w odpowiedzi na odwołanie. Zamawiający zwrócił także uwagę, iż w 2011 r. przed Krajową Izbą Odwoławczą rozstrzygana była sprawa o analogicznym stanie faktycznym, gdzie z uwagi na braki w „Wykazie stawek i narzutów” doszło do odrzucenia oferty Odwołującego. Izba wówczas uznała, że niepodanie w „Wykazie stawek i narzutów” wszystkich wymaganych cen materiałów i sprzętu nie może być konwalidowane w trybie art. 87 ust. 2 Ustawy Pzp (wyrok z 13 kwietnia 2011 r., sygn. akt KIO 717/11). Ponadto Zamawiający przedstawił jako dowód zestawienie cen z „Wykazów stawek i materiałów” zaoferowanych przez Odwołującego dla mieszanek mineralno - bitumicznych w latach 2012-2018 oraz kopie kosztorysów ofertowych i ww. wykazów złożonych w ramach poszczególnych postępowań o udzielenie zamówienia. Z dokonanego przez Zamawiającego porównania wynikało, że w żadnym z przetargów w latach 2012-2018 Odwołujący nie zaproponował tej samej ceny za mieszanki dla warstwy wiążącej i ścieralnej. Zamawiający zakwestionował także twierdzenia Odwołującego o tym, że braki w „Wykazie stawek i narzutów” niczym nie skutkują, gdyż można je zastąpić cenami z Sekocenbudu. Zamawiający powołał się na brzmienie Istotnych Postanowień Umowy i wskazał m.in., iż § 8 ust. 2 Umowy nie dotyczy sytuacji Odwołującego, tj. niewskazania ceny dla pozycji występującej w kosztorysie ofertowym. Przyjmując sposób rozumowania Odwołującego „Wykaz stawek i narzutów” mógłby w ogóle nie być uzupełniony, a oferta mimo to byłaby zgodna z SIWZ, gdyż posiłkować można byłoby się cenami Sekocenbud.

Na posiedzeniu przed Krajową Izbą Odwoławczą w dniu 9 sierpnia 2018 r. pismo procesowe złożył również wykonawca zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, przedstawiając szczegółową argumentację w zakresie porównania przewidzianych w specyfikacji technicznej wymagań dla warstwy ścieralnej i warstwy wiążącej na okoliczność wykazania, że nie są to produkty tożsame.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń i stanowisk Stron i Uczestnika postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 Ustawy Pzp.

Przystępując do rozpoznania odwołania Izba w pierwszej kolejności dokonała oceny czy spełnione zostały przesłanki wskazane w art. 179 ust. 1 Ustawy Pzp, tj. czy Odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów Ustawy Pzp. Mając na względzie, iż czynności Zamawiającego, których zgodność z przepisami Ustawy Pzp Odwołujący kwestionował, doprowadziły w efekcie do odrzucenia oferty Odwołującego, Izba uznała, iż materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 179 ust. 1 Ustawy Pzp zostały przez Odwołującego wypełnione.

Na posiedzeniu w dniu 9 sierpnia 2018 r. Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonego przez wykonawcę Strabag Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego (dalej jako „Przystępujący”), wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 185 ust. 2 i 3 Ustawy Pzp. Zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 sierpnia 2018 r., przy czym Zamawiający informację o wpłynięciu odwołania w tej sprawie przekazał wykonawcom w dniu 30 lipca 2018 r., a zatem 3-dniowy termin na zgłoszenie przystąpienia został zachowany. Przystępujący wskazał również stronę, do której przystępuje (Zamawiającego) oraz interes w rozstrzygnięciu postępowania na korzyść tej strony. Kopia zgłoszenia przystąpienia została przekazana Odwołującemu i Zamawiającemu.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania przekazaną przez Zamawiającego i potwierdzoną za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności ogłoszenie o zamówieniu, Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia, ofertę Odwołującego oraz pismo Zamawiającego z dnia 24 lipca 2018 r. informujące o odrzuceniu oferty Odwołującego. Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego przedstawione w złożonych pismach, tj. w odwołaniu, w odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie oraz w piśmie procesowym Przystępującego, a także przedstawione ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy z dnia 9 sierpnia roku. Izba dopuściła ponadto dowody z dokumentów złożonych przez Strony i Uczestnika postępowania wraz z pismami procesowymi.

Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem postępowania o udzielenie zamówienia są roboty budowlane pod nazwą:

„Przebudowa z rozbudową drogi powiatowej Nr 1503 B na odcinku Hołówki Małe - Hołówki Duże (Gm. Juchnowiec Kościelny)”, których szczegółowy opis został przedstawiony

w Rozdziale III SIWZ.

W punkcie 11 SIWZ Zamawiający przedstawił opis sposobu przygotowania ofert. W myśl punktu 11.8 SIWZ wykonawcy przedstawiają ofertę zgodnie ze wszystkimi wymaganiami określonymi w SIWZ. Oferta niespełniająca wymagań określonych w SIWZ zostanie odrzucona, z zastrzeżeniem wyjątków określonych w art. 87 ust. 2. Zgodnie z punktem 11.9 lit. a i b SIWZ na ofertę składały się m.in. wypełniony formularz ofertowy sporządzony według wzoru stanowiącego Rozdział III SIWZ oraz kosztorysy ofertowe sporządzone metodą uproszczoną zgodnie z wymaganiami określonymi w punkcie 12 wraz z Załącznikiem nr 4.1. do kosztorysu ofertowego, tj. wykazem stawek i narzutów.

W zakresie opisu sposobu obliczenia ceny (pkt 12 SIWZ), Zamawiający wskazał m.in., iż Wykonawca zobowiązany jest podać na formularzu oferty (Rozdział II SIWZ) łączną cenę za wykonanie całego przedmiotu zamówienia (pkt 12.1 SIWZ), podać na formularzu oferty Rozdział II łączną cenę za wszystkie pozycje (prace) przewidziane w kosztorysie ofertowym sporządzonym przez Wykonawcę (pkt 12.3 SIWZ), dołączyć kosztorys ofertowy Rozdział IV sporządzony metodą kalkulacji uproszczonej w oparciu o załączony przedmiar oraz Dokumentację Projektową (pkt 12.4. SIWZ). Ponadto z SIWZ wynikało, iż cena musi uwzględniać wszystkie wymagania SIWZ i dokumentacji projektowej oraz obejmować wszelkie koszty, jakie poniesie wykonawca z tytułu należytej oraz zgodnej z obowiązującymi przepisami realizacji przedmiotu zamówienia, w tym również wszelkie koszty towarzyszące wykonaniu przedmiotu zamówienia - umowy (pkt 12.5 SIWZ), a cena oferty powinna wynikać z przedłożonego kosztorysu ofertowego (pkt 12.6 SIWZ). Zgodnie z pkt 12.11 SIWZ Do

oferty należało załączyć kosztorys ofertowy Rozdział IV, który jest integralną częścią oferty, sporządzony metodą kalkulacji uproszczonej na podstawie przekazanego przez Zamawiającego przedmiaru robót oraz dokumentacji projektowej. W cenie oferty należało uwzględnić cały zakres przedmiotu zamówienia. Cenę jednostkową stosowaną w kalkulacji Wykonawca mógł ustalić na podstawie kalkulacji własnej, zachowując w kosztorysie podane w przedmiarze jednostki przedmiarowe (pkt 12.12 SIWZ). Ponadto Zamawiający wskazał, iż zgodnie z art. 87 ust. 2 Ustawy Pzp poprawi w tekście oferty oczywiste omyłki pisarskie, omyłki rachunkowe w obliczeniu ceny, oraz inne omyłki polegające na niezgodności oferty z SIWZ. Poprawiając omyłki rachunkowe, Zamawiający będzie uwzględniał konsekwencje rachunkowe dokonanych poprawek (pkt 12.14. SIWZ).

Rozdział II SIWZ zawierał wzór Formularza oferty, zaś Rozdział IV SIWZ wzór Kosztorysu ofertowego. W pozycjach 29-31 Kosztorysu ujęto elementy rozliczeniowe związane

z wykonaniem nawierzchni z betonu asfaltowego, odpowiednio AC 11W 50/70, KR1, w-wa

wiążąca gr. 5 cm (poz. 29) AC 16W 50/70 KR2, w-wa wiążąca gr. 8 cm (poz. 30), AC 11S 50/70, KR 1-2; w-wa ścieralna gr 4 cm (poz. 31). W załączniku nr 4.1. do Kosztorysu ofertowego przedstawiono wzór „Wykazu stawek i narzutów”, w którym wyszczególnione zostały grupy czynników produkcji, tj. robocizna, materiały, sprzęt, koszty zakupu materiału, koszty pośrednie i zysk kalkulacyjny. Obowiązkiem wykonawców było uzupełnienie wykazu o odpowiednie jednostki i stawki w zł, jak również wyszczególnienie konkretnych materiałów i sprzętu. W treści wzoru „Wykazu stawek i narzutów” znajdowało się oświadczenie, że w kosztorysie ofertowym zostały zastosowane wskazane w tym dokumencie stawki i narzuty. Ponadto we wzorze „Wykazu” znajdowała się adnotacja „Uwaga: należy wykazać ceny wszystkich materiałów i sprzętu użytych do realizacji zamówienia.”

Rozdział V SIWZ zawierał istotne dla stron postanowienia umowy (dalej jako „IPU”). W § 6 ust. 4 IPU postanowiono, iż wynagrodzenie wykonawcy, o którym mowa w ust. 1 i ust. 3 stanowić będzie wynik iloczynu ilości wykonanych robót i cen jednostkowych podanych w kosztorysie ofertowym stanowiącym załącznik do oferty wykonawcy lub cen jednostkowych wyliczonych zgodnie z postanowieniami § 8 umowy. W § 8 ust. 1 IPU wskazano, iż jeżeli roboty wynikające z poleceń wprowadzonych zgodnie z postanowieniami § 7 ust. 1 umowy, odpowiadają opisowi pozycji w kosztorysie ofertowym, cena jednostkowa określona w kosztorysie ofertowym, używana jest do wyliczenia wysokości wynagrodzenia, o którym mowa w § 6 ust. 4 umowy. Z kolei zgodnie z § 8 ust. 2 IPU jeżeli roboty wynikające z poleceń wprowadzonych postanowieniami § 7 ust. 1 umowy, nie odpowiadają opisowi pozycji w kosztorysie ofertowym, wykonawca powinien przedłożyć do akceptacji Zamawiającego kalkulację ceny jednostkowej tych robót z uwzględnieniem cen czynników produkcji nie wyższych od określonych w wykazie stawek i narzutów będącym załącznikiem do kosztorysu ofertowego, a dla materiałów, sprzętu i transportu dla których ceny nie zostały określone w tym załączniku - cen nie wyższych od średnich cen materiałów, sprzętu i transportu obowiązujących w dniu ich rozliczenia ujętych w wydawnictwie „Sekocenbud” dla województwa, w którym są wykonywane, oraz nakładów rzeczowych określonych w Katalogach Nakładów Rzeczowych, a w przypadku robót, dla których nie określono nakładów rzeczowych, wg innych ogólnie stosowanych katalogów lub nakładów własnych, zaakceptowanych przez Zamawiającego. W § 7 ust. 1 IPU uregulowano, iż Zamawiający ma prawo, jeżeli jest to niezbędne dla wykonania przedmiotu niniejszej umowy, polecać Wykonawcy na piśmie:

- a) wykonanie robót wynikających z dokumentacji projektowej lub zasad wiedzy technicznej, a nie wyszczególnionych w przedmiarach robót,
- b) wykonanie rozwiązań zamiennych w stosunku do projektowanych w Dokumentacji projektowej,
- c) pominięcia robót, które podczas wykonywania umowy stały się zbędne,
- d) wykonania nieprzewidzianych robót niezbędnych do wykonania umowy.

Zmiany, o których mowa w pkt. b), c) i d) mogą wynikać z:

- konieczności zrealizowania jakiegokolwiek części robót, objętej przedmiotem umowy, przy zastosowaniu odmiennych rozwiązań technicznych lub technologicznych, niż wskazane w dokumentacji projektowej, a wynikających ze stwierdzonych Wad tej dokumentacji lub zmiany stanu prawnego w oparciu, o który je przygotowano, gdyby zastosowanie przewidzianych rozwiązań groziło niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem przedmiotu umowy,
- konieczności realizacji robót wynikających z wprowadzenia w dokumentacji projektowej zmian uznanych za nieistotne odstępstwo od projektu budowlanego, wynikających z art. 36a ust. 1 PrBud,
- wystąpienia warunków geologicznych, geotechnicznych lub hydrologicznych odbiegających w sposób istotny od przyjętych w dokumentacji projektowej, rozpoznania terenu w zakresie znalezisk archeologicznych, występowania niewybuchów lub niewypałów, które mogą skutkować w świetle dotychczasowych założeń niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem przedmiotu umowy,
- wystąpienia warunków terenu budowy odbiegających w sposób istotny od przyjętych w dokumentacji projektowej, w szczególności napotkania niezainwentaryzowanych lub błędnie zainwentaryzowanych sieci, instalacji lub innych obiektów budowlanych,
- konieczności zrealizowania przedmiotu umowy przy zastosowaniu innych rozwiązań technicznych lub materiałowych ze względu na zmiany obowiązującego prawa,

- wystąpienia niebezpieczeństwa kolizji z planowanymi lub równolegle prowadzonymi przez inne podmioty inwestycjami w zakresie niezbędnym do uniknięcia lub usunięcia tych kolizji,
- dokonania zmiany określonej w uaktualnionym harmonogramie rzeczowo - finansowym kolejności wykonania robót, a Wykonawca zobowiązany jest wykonać każde z powyższych poleceń.

W dniu 23 lipca 2018 r. Odwołujący złożył ofertę, do której załączył m.in. Kosztorys ofertowy oraz Wykaz stawek i narzutów, zgodnie z wzorami przedstawionymi przez Zamawiającego. W pozycjach 29-31 Kosztorysu ofertowego Odwołujący wskazał m.in. ceny jednostkowe za wykonanie m2 nawierzchni z betonu asfaltowego AC 11W 50/70, KR1, w-wa wiążąca gr. 5 cm (51,32 zł) AC 16W 50/70 KR2, w-wa wiążąca gr. 8 cm (54,69 zł), AC 11S 50/70, KR 1-2; w-wa ścieralna gr 4 cm (32,47 zł). W „Wykazie stawek i narzutów” Odwołujący w wierszu 2 „materiały” w poz. 2.12 wskazał „Mieszanka mineralno - bitumiczna w-wa wiążąca określając jednostkę jako tonę, a stawkę na 200 zł.

Pismem z dnia 24 lipca 2018 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy Pzp. Uzasadniając powyższe Zamawiający powołał się, iż wymagał, aby w Rozdziale IV Zał. nr 4.1. „Wykaz stawek i narzutów” wskazać ceny wszystkich materiałów i sprzętu użytych do realizacji zamówienia, a oferent w złożonej ofercie w zał. 4.1. nie wskazał, m.in., ceny mieszanki mineralno - bitumicznej warstwa ścieralna. Zamawiający podniósł, iż ponieważ zał. nr 4.1. „Wykaz stawek i narzutów” jest częścią oferty, nie podlega uzupełnieniu lub poprawieniu na podstawie art. 26 ust. 3 Ustawy Pzp. Wobec powyższego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy Pzp odrzucił ofertę Odwołującego jako nie odpowiadającą treści SIWZ.

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba uznała, iż odwołanie podlega oddaleniu.

Przede wszystkim należy podkreślić, że niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, która stanowi obligatoryjną przesłankę odrzucenia oferty z postępowania o udzielenie zamówienia (z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 Ustawy Pzp) zachodzi, gdy zawartość merytoryczna złożonej w danym postępowaniu oferty nie odpowiada ukształtowanym przez Zamawiającego i zawartym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymaganiom. Izba wskazuje, że zarówno treść SIWZ, jak i treść oferty stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli odpowiednio zamawiającego, który przez opis parametrów przedmiotu zamówienia precyzuje jakiego świadczenia oczekuje oraz wykonawcy, który zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez niego oferty jako najkorzystniejszej. Wobec tego - co do zasady - porównanie zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia z opisem przedmiotu zamówienia i sposobem jego realizacji wymaganymi przez zamawiającego, przesądza o tym, czy treść złożonej oferty odpowiada treści SIWZ (por. m.in. wyrok KIO z dnia 24 marca 2016 r., sygn. akt 373/16).

Nie budziło wątpliwości Izby, że brak wskazania przez Odwołującego w „Wykazie stawek i narzutów” ceny jednostkowej mieszanki mineralno-bitumicznej dla warstwy ścieralnej stanowi niezgodność treści oferty z treścią SIWZ. Powyższe nie było też co do zasady sporne pomiędzy Stronami, jako że Odwołujący nie kwestionował niezgodności oferty z treścią SIWZ, lecz wskazywał, iż była ona wynikiem omyłki, która w przypadku poprawienia nie powodowałaby istotnych zmian treści oferty. Zgodnie z treścią SIWZ (pkt 11.9 lit. b) „Wykaz stawek i narzutów” był obligatoryjnym załącznikiem do kosztorysu ofertowego i wraz z kosztorysem stanowił integralną część oferty. Z treści SIWZ w sposób jednoznaczny wynikało także, że wykaz ten miał zawierać ceny wszystkich materiałów i sprzętu użytych do realizacji zamówienia (wskazywała na to bezpośrednia adnotacja na wzorze „Wykazu stawek i narzutów”), a składając ten dokument wykonawca jednocześnie potwierdzał, że określone w nim stawki i narzuty zostały zastosowane w kosztorysie ofertowym, zgodnie z oświadczeniem umieszczonym w jego treści. W tym stanie rzeczy brak wskazania w „Wykazie stawek i narzutów” jednego z czynników produkcji i określenia dla niego stawki jednostkowej powodował, iż oferta była niekompletna i nie wypełniała żądania Zamawiającego w zakresie wskazania cen wszystkich materiałów użytych do realizacji zamówienia - nie zawierała jednego z elementów, który wpływać mógł bezpośrednio na wysokość wynagrodzenia za realizację robót.

W tym kontekście należy wskazać, iż jak wynika z Istotnych postanowień umowy, co

potwierdził także Zamawiający na rozprawie, ceny wskazane w „Wykazie stawek i narzutów” stanowiły podstawę do kalkulacji ceny robót wynikających z poleceń w przypadkach określonych w § 7 umowy, jeżeli zlecane roboty nie będą odpowiadać opisowi pozycji w kosztorysie ofertowym. Oświadczenia woli wykonawców w zakresie ceny poszczególnych materiałów, które zostaną użyte do realizacji zamówienia, miały zatem takie znaczenie, że dawały Zamawiającemu gwarancję niezmienności ceny maksymalnej w sytuacji, kiedy w ramach realizacji zamówienia ziszczałaby się potrzeba zlecenia robót wskazanych w § 7 istotnych postanowień umowy, nie ujętych w pozycjach kosztorysu ofertowego. Zgodnie bowiem z § 8 ust. 2 IPU te właśnie ceny były wartością maksymalną w przypadku, gdyby roboty wynikające z poleceń nie znajdowały odzwierciedlenia w kosztorysie ofertowym. W konsekwencji informacje w zakresie cen jednostkowych konkretnych czynników produkcji miały istotne znaczenie, gdyż przesądzać mogły o wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy z tytułu realizacji robót objętych zamówieniem.

Bez znaczenia w tym przypadku pozostaje fakt, iż cena oferty była możliwa do ustalenia na podstawie formularza i przedstawionych kosztorysów. Mając na względzie, iż wynagrodzenie przewidziane umową było wynagrodzeniem kosztorysowym, a załączone do oferty kosztorysy stanowiły kosztorysy uproszczone, dopiero zestawienie tych dokumentów z „Wykazem stawek i narzutów” dawało Zamawiającemu pełny obraz co do ilości i wielkości składników cenotwórczych, które będą stanowić podstawę do obliczenia wynagrodzenia na etapie realizacji umowy. Przy czym Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego, iż żądanie złożenia takiego wykazu odbiegało od przyjętej praktyki rynkowej, gdyż zestawienia zawierające wyszczególnienie czynników produkcji niejednokrotnie stanowią przedmiot zainteresowania zamawiających, zwłaszcza w charakterze dokumentów dopełniających informacje wynikające z kosztorysów uproszczonych.

Izba stwierdziła, iż w okolicznościach faktycznych sprawy brak było podstaw do skorzystania przez Zamawiającego z procedury wyjaśnień, o której mowa w art. 87 ust. 1 Ustawy Pzp („W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.”). Rozważając zastosowanie art. 87 ust. 1 Ustawy Pzp należy przede wszystkim mieć na uwadze ustawowy zakaz prowadzenia negocjacji dotyczących treści oferty, rozumianych jako ustalanie właściwości oferowanego świadczenia w sposób odmienny od zobowiązania wykonawcy wyrażonego w pisemnej ofercie, co niewątpliwie naruszałoby zasadę równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji z art. 7 ust. 1 Ustawy Pzp. Wszczytanie procedury wyjaśnień należy wykluczyć również w sytuacji, w której treść oferty pozbawiona jest wewnętrznych sprzeczności, a wskazuje po prostu na niespełnianie wymagań zamawiającego. Zamawiający zatem powinien wystosować do wykonawcy żądanie wyjaśnień wtedy, kiedy zrodzą się u niego wątpliwości do treści oferty, w innym przypadku takie wezwanie byłoby bowiem bezpodstawne i bezcelowe (por. m.in. wyrok KIO z dnia 24 stycznia 2017 r., sygn. akt KIO 51/17).

W przedmiotowym przypadku, w ocenie Izby brak jest podstaw do uznania, że na podstawie treści dokumentów składających się na ofertę Odwołującego u Zamawiającego powinny powstać wątpliwości, które uzasadniałyby celowość wszczęcia procedury wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 Ustawy Pzp. Z treści złożonego „Wykazu stawek i narzutów” wynikał brak ujęcia w kolumnie zawierającej zestawienie materiałów mieszanki mineralno-bitumicznej dla warstwy ścieralnej oraz określenia dla nie odpowiedniej stawki jednostkowej w zł. Odwołujący zobowiązany był zaś podać w tym dokumencie ceny wszystkich materiałów użytych do realizacji zamówienia, a okoliczność, że tego rodzaju mieszanka będzie niezbędna do realizacji zamówienia wynikała z opisu przedmiotu zamówienia i chociażby poz. 31 kosztorysu ofertowego. Zamawiający nie miał zatem wątpliwości, że złożony „Wykaz stawek i narzutów” był niekompletny, jak również, że na podstawie cen wskazanych w kosztorysie ofertowym nie dało się obliczyć ceny jednostkowej takiej mieszanki. Zresztą Odwołujący ani w odwołaniu, ani w toku rozprawy przed Izbą nie wskazywał, że cena mieszanki mineralno-bitumicznej warstwa ścieralna była możliwa do samodzielnego wyliczenia przez Zamawiającego na podstawie danych wynikających z treści oferty i dokumentacji postępowania.

Odwołujący swoją argumentację w tym zakresie opierał wyłącznie na wskazaniu, że cena dla mieszanki mineralno-bitumicznej warstwa ścieralna jest taka sama jak dla mieszanki mineralno-bitumicznej warstwa wiążąca i brak wyceny tego elementu wynikał z omyłki polegającej na zaniechaniu dopisania w poz. 2.12 „Mieszanka mineralno-bitumiczna w-wa wiążąca” wyrazów „i ścieralna.” Niemniej wiarygodność twierdzeń Odwołującego w tym zakresie została poddana w wątpliwość przez Zamawiającego i Przystępującego w toku postępowania odwoławczego, gdzie wykazano, iż Odwołujący na przestrzeni lat 2012-2018 każdorazowo w dokumentach zawierających wyszczególnienie czynników produkcji rozbił

na dwie odrębne pozycje mieszanki mineralno - bitumiczne dla warstw wiążącej i ścieralnej, a do tego wyceniał je w sposób odmienny (cena za mieszankę dla warstwy ścieralnej była co do zasady wyższa niż dla warstwy wiążącej). Jest to spójne z twierdzeniami Zamawiającego i Przystępującego, iż mieszanki mineralno - bitumiczne dla warstwy wiążącej i ścieralnej cechuje różna jakość, co wpływa na różnicę w cenie. Odwołujący w toku rozprawy nie przedstawił kontrargumentacji, która dawałaby podstawy do uznania, że Zamawiający powinien był przypuszczać, że cena dla mieszanki mineralno - bitumicznej warstwa ścieralna została przez Odwołującego ujęta w cenie tej mieszanki dla warstwy wiążącej i samodzielnie poprawić tę omyłkę czy też wezwać Odwołującego do wyjaśnień w tym zakresie. W ocenie Izby z żadnych złożonych wraz z ofertą dokumentów nie można było wywnioskować woli Odwołującego co do zaoferowania ceny jednostkowej mieszanki mineralno - bitumicznej warstwa ścieralna za cenę jednostkową za tonę w wysokości identycznej jak cena takiej mieszanki dla warstwy wiążącej, tj. 200 zł za tonę, tym bardziej, iż - jak wykazał Zamawiający i Przystępujący - są to mieszanki różnej jakości i nie jest możliwe zastąpienie mieszanki dla warstwy ścieralnej mieszanką stosowaną dla warstwy wiążącej.

Izba wskazuje, iż nie każda niezgodność treści oferty z postanowieniami SIWZ podlega wyjaśnieniu czy poprawieniu w odpowiednim trybie i instrumenty te nie mogą zwalniać wykonawcy, będącego profesjonalnym uczestnikiem obrotu gospodarczego, z obowiązku sporządzenia oferty w sposób kompletny, pozbawiony sprzeczności i zrozumiały. To na wykonawcy, jako podmiocie profesjonalnym, spoczywa obowiązek szczegółowego zapoznania się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia i rzetelnego skonstruowania oferty w sposób zgodny z wymaganiami SIWZ. Jakkolwiek można zgodzić się z prezentowanym w orzecznictwie poglądem, że stosowanie instrumentów, o których mowa w przepisie art. 87 ust. 1 Ustawy Pzp nie może być rozpatrywane wyłącznie w charakterze uprawnienia, ale również obowiązku Zamawiającego w przypadku pojawienia się wątpliwości co do treści oferty, tym niemniej absolutyzowanie konieczności wdrażania opisanych w nim procedur stoi w sprzeczności ze statusem profesjonalisty postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (por. także wyrok KIO z dnia 29 września 2015 r., sygn. akt KIO 2013/15, KIO 2018/15). W ocenie Izby w przedmiotowym przypadku żądanie złożenia wyjaśnień w spornym zakresie prowadziło do niedopuszczalnych na gruncie Ustawy negocjacji treści oferty i naruszenia zasady równego traktowania wykonawców. Przy przyjęciu przeciwnego stanowiska Odwołujący mógłby uzupełnić swoją ofertę po upływie terminu składania ofert o stawki jednostkowe materiałów mogące mieć przełożenie na kształtowanie ostatecznego wynagrodzenia umownego, a wskutek tego z nieuzasadnionych powodów znalazłby się w sytuacji korzystniejszej od innych wykonawców.

W ocenie Izby niemożliwe było również poprawienie treści oferty Odwołującego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Ustawy Pzp, zgodnie z którym Zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty - niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona. Zasadą jest, iż wykonawca, odpowiadając na ogłoszenie o zamówieniu, działa z zachowaniem należytej staranności wymaganej w profesjonalnym obrocie i składa ofertę zawierającą świadome oświadczenie woli zgodne zamiarem obejmującym wykonanie zamówienia w określony w tej ofercie sposób. Uznanie niezgodności treści oferty z SIWZ za omyłkę stanowi zatem wyjątek od ogólnej zasady. Izba stoi na stanowisku, iż aby przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 Ustawy Pzp mógł znaleźć zastosowanie poprawienie omyłki musi mieścić się w ramach korekty możliwej dla Zamawiającego. Poprawienie oferty nie może prowadzić do dowolnego wypełnienia oświadczenia woli wykonawcy dodatkową treścią, co do której Zamawiający nie posiada żadnych danych i informacji, Zamawiający nie może zastępować wykonawcy w tworzeniu treści oferty, dlatego poprawienie omyłki jest uzasadnione wyłącznie w sytuacji, gdy możliwe jest wywiedzenie wyraźnej woli wykonawcy z treści oferty i nie może prowadzić do wytworzenia oświadczenia woli o nowej treści. Jak wskazano już powyżej z żadnych ze złożonych wraz z ofertą dokumentów nie można było wywnioskować woli odwołującego odnośnie ceny jednostkowej za tonę mieszanki mineralno - bitumicznej warstwa ścieralna ani wywieść wniosku, że miała to być cena w wysokości identycznej jak cena takiej mieszanki mineralno - bitumicznej warstwa wiążąca, tj. 200 zł za tonę. Nie sposób zgodzić się zatem z twierdzeniami Odwołującego, iż Zamawiający powinien był uznać, że wolą Odwołującego było zaoferowanie tożsamej ceny dla wszystkich mieszanek mineralno - bitumicznych, niezależnie od rodzaju warstwy nawierzchni, do której mają zostać użyte i poprawić omyłkę. Oznacza to, że ewentualne poprawienie omyłki musiałoby prowadzić do wytworzenia nowego oświadczenia woli w zakresie ceny jednostkowej jednego z czynników produkcji, a zatem stanowiłoby ingerencję w merytoryczną warstwę oferty, co jest niedopuszczalne.

Niezależnie od powyższego poprawieniu podlegają wyłącznie omyłki niepowodujące istotnych zmian w treści oferty, tymczasem w przedmiotowym przypadku nie sposób przesądzić o nieistotności ewentualnie dokonanej zmiany treści oferty. Jak wskazano już we wcześniejszej części uzasadnienia ceny materiałów wskazane w „Wykazie stawek i

narzutów" stanowiły element zobowiązania wykonawcy wpływającego bezpośrednio na kształtowanie wynagrodzenia za realizację umowy. Wynika to m.in. z § 6 ust 4 IPU, gdzie wprost określono, że wynagrodzenie wykonawcy stanowić będzie wynik iloczynu ilości wykonanych robót i cen jednostkowych podanych w kosztorysie ofertowym stanowiącym załącznik do oferty wykonawcy lub cen jednostkowych wyliczonych zgodnie z postanowieniami § 8 niniejszej umowy. Zgodnie z § 8 ust. 2 IPU ceny jednostkowe robót nie odpowiadających opisowi pozycji w kosztorysie ofertowym miały być kalkulowane z uwzględnieniem cen czynników produkcji nie wyższych niż w wykazie stawek i narzutów. Ceny wskazane w tym wykazie znajdowały zatem zastosowanie w sytuacji, kiedy podczas realizacji umowy doszłoby do konieczności realizacji prac, których nie przewidziano wprost w treści kosztorysu ofertowego, a stosunkowo szeroki katalog takich sytuacji został przewidziany w § 7 ust. 1 IPU.

Z tych względów Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego, iż „Wykaz stawek i narzutów” miał charakter jedynie pomocniczy w stosunku do Kosztorysu ofertowego. Z powyższym nie sposób się zgodzić, ponieważ dokument ten wskazywał nie tylko jakie ceny jednostkowe konkretnych materiałów, sprzętu czy robocizny stanowiły podstawę do wyceny poszczególnych pozycji kosztorysu, ale również bezpośrednio określał maksymalną cenę określonego czynnika produkcji, jaka zostanie ujęta w kalkulacji robót nie objętych kosztorysem ofertowym. Z tego też względu nie można zgodzić się z twierdzeniem Odwołującego, iż Zamawiający mając kosztorys ofertowy może rozliczyć wykonanie przedmiotu zamówienia przez oferenta, ponieważ będzie to możliwe jedynie w przypadkach kiedy nie dojdzie do zlecenia w trybie określonym w § 7 ust. 1 IPU prac nie objętych kosztorysem. Izba nie przyznała racji także Odwołującemu w zakresie, w jakim wywodził on brak istotnych zmian w treści oferty z okoliczności, że w przypadku nie ujęcia ceny któregoś z czynników produkcji w „Wykazie stawek i narzutów” istnieje możliwość oparcia się na cenach ujętych w wydawnictwie „Sekocenbud.” Owszem, zgodnie z treścią § 8 ust. 2 IPU oparcie się na cenach materiałów, sprzętu i transportu obowiązujących w dniu ich rozliczenia ujętych w wydawnictwie „Sekocenbud” dla województwa, w którym są wykonywane możliwe było dla tych materiałów, sprzętu i transportu, dla których ceny nie zostały określone w „Wykazie stawek i narzutów”, ale mieć na uwadze należy, iż obowiązkiem wykonawców było ujęcie w tym dokumencie cen wszystkich czynników produkcji zastosowanych w kosztorysie ofertowym. Ergo, ceny wynikające z danych „Sekocenbud” mogą mieć zastosowanie w tych przypadkach, gdy zajdzie konieczność użycia materiałów (sprzętu, etc.), których nie brano pod uwagę przy opracowywaniu kosztorysu ofertowego i „Wykazu stawek i narzutów.” W przeciwnym razie Zamawiający każdorazowo w sytuacji nie wskazania przez wykonawców cen wymaganych czynników produkcji w „Wykazie stawek i narzutów” byłby zmuszony opierać rozliczenia wyłącznie na cenach określonych w „Sekocenbud.” Byłoby to sprzeczne z celem, jakiemu miało służyć złożenie przez wykonawców „Wykazów stawek i narzutów,” którym było zagwarantowanie Zamawiającemu, że w przypadku konieczności realizacji robót nieobjętych kosztorysem ceny poszczególnych czynników produkcji nie będą wyższe niż zaoferowane na etapie postępowania o udzielenie zamówienia.

W konsekwencji Izba stanęła na stanowisku, iż brak wskazania przez Odwołującego ceny mieszanek mineralno-bitumicznej w-wa ścieralna nie mógł podlegać uzupełnieniu czy poprawieniu. Sam fakt wystąpienia pewnej sprzeczności czy braku w ofercie nie świadczy jeszcze o konieczności jej wyjaśnienia, jeżeli w następstwie tej czynności miałyby dojść do uzupełnienia lub zmiany treści oświadczenia woli wykonawcy, co niewątpliwie miałyby miejsce w omawianym przypadku. Przy czym nie sposób uznać, że zmiana treści oferty miałaby charakter nieistotny, gdyż dotyczyłaby bezpośrednio elementu zobowiązania wykonawcy wpływającego na ukształtowanie wysokości wynagrodzenia za realizację umowy.

Z tych względów Izba oddaliła zarzuty naruszenia art. 87 ust. 1 i art. 87 ust. 2 pkt 3 Ustawy Pzp. W efekcie Izba uznała, iż Zamawiający nie naruszył przepisów ustawy odrzucając ofertę Odwołującego, a zatem oddaleniu podlegał również zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy Pzp.

Mając na uwadze wszystko powyższe, Izba uznała, że odwołanie nie zasługuje na

uwzględnienie i na podstawie art. 192 ust. 1 Ustawy orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Ustawy oraz na podstawie § 3 pkt 1) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972) zaliczając w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Przewodniczący: