

Sygn. akt: KIO 2386/13

WYROK

z dnia 22 października 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Stręciwilk

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 października 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 października 2013 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, tj. Konsorcjum firm w składzie: Przedsiębiorstwo Budownictwa Hydrotechnicznego HYDRO-EKO Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum) oraz Przedsiębiorstwo Remontowo – Budowlane HYDRO-KOR Sp. z o.o. z siedzibą dla Lidera Konsorcjum: ul. Fordońska 21, 85-085 Bydgoszcz w postępowaniu prowadzonym przez Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Gdańsku, ul. Franciszka Rogaczewskiego 9/19, 80-804 Gdańsk**

przy udziale wykonawcy **Skanska S.A., ul. Gen. J. Zajączka 9, 01-518 Warszawa**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu, tj. Regionalnemu Zarządowi Gospodarki Wodnej w Gdańsku, unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i czynności odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, tj. Konsorcjum firm w składzie: Przedsiębiorstwo Budownictwa Hydrotechnicznego HYDRO-EKO Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum) oraz Przedsiębiorstwo Remontowo – Budowlane HYDRO-KOR Sp. z o.o. z siedzibą dla Lidera Konsorcjum w Bydgoszczy (Odwołujący) i nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu z uwzględnieniem oferty Odwołującego;**

2. kosztami postępowania obciąża **Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Gdańsku, ul. Franciszka Rogaczewskiego 9/19, 80-804 Gdańsk** i:
- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, tj. Konsorcjum firm w składzie: Przedsiębiorstwo Budownictwa Hydrotechnicznego HYDRO-EKO Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum) oraz Przedsiębiorstwo Remontowo – Budowlane HYDRO-KOR Sp. z o.o. z siedzibą dla Lidera Konsorcjum: ul. Fordońska 21, 85-085 Bydgoszcz** tytułem wpisu od odwołania.
- 2.2. zasądza od wykonawcy **Regionalnego Zarządu Gospodarki Wodnej w Gdańsku, ul. Franciszka Rogaczewskiego 9/19, 80-804 Gdańsk** na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, tj. Konsorcjum firm w składzie: Przedsiębiorstwo Budownictwa Hydrotechnicznego HYDRO-EKO Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum) oraz Przedsiębiorstwo Remontowo – Budowlane HYDRO-KOR Sp. z o.o. z siedzibą dla Lidera Konsorcjum: ul. Fordońska 21, 85-085 Bydgoszcz** kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 poz. 907) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Gdańsku**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Gdańsku (dalej: „Zamawiający”) prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Zabezpieczenie śluzy Brdyujście w Bydgoszczy wyłączonej z eksploatacji przed katastrofą budowlaną”. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2013 r. poz. 907), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 19 sierpnia 2013 r. pod nr 332294.

W postępowaniu tym wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego, tj. Konsorcjum firm w składzie: Przedsiębiorstwo Budownictwa Hydrotechnicznego HYDRO-EKO Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum) oraz Przedsiębiorstwo Remontowo – Budowlane HYDRO-KOR Sp. z o.o. z siedzibą dla Lidera Konsorcjum w Bydgoszczy (dalej: „Odwołujący”) w dniu 8 października 2013 r. złożyli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w dniu 7 października 2013 r. Złożone odwołanie dotyczy czynności odrzucenia oferty Odwołującego. Informacja o dokonaniu tych czynności została przekazana przez Zamawiającego Odwołującemu faksem w dniu 3 października 2013 r.

Zamawiający kopię odwołania przekazał wykonawcom w postępowaniu w dniu 8 października 2013 r., zaś w dniu 9 października 2013 r. do Prezesa Izby do toczącego się postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego swoje zgłoszenie przystąpienia wniósł wykonawca Skanska S.A. z siedzibą w Warszawie.

Izba po przeprowadzeniu czynności formalnoprawnych związanych z wniesionym odwołaniem skierowała je do rozpoznania na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania, a następnie na rozprawie. Posiedzenie oraz rozprawa w przedmiotowej sprawie odbyły się w dniu 22 października 2013 r.

Uwzględniając pisma złożone w sprawie oraz oświadczenia złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła następujące stanowiska stron i uczestników postępowania odwoławczego.

Odwołujący złożył odwołanie wobec czynności Zamawiającego, polegającej na wykluczeniu Odwołującego z postępowania oraz uznaniu jego oferty za odrzuconą oraz od zaniechania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej. W związku z powyższym Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

1. naruszenie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4) i art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, poprzez nieuzasadnione wykluczenie go z postępowania i uznanie jego oferty za odrzuconą, a także
2. naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez prowadzenie postępowania w sposób nie zachowujący równego traktowania wykonawców, uniemożliwiający uczciwą konkurencję.

Odwołujący wniósł o:

- 1) unieważnienie wyboru jako najkorzystniejszej w postępowaniu, tj. oferty Przystępującego,
- 2) unieważnienie wykluczenia Odwołującego z postępowania,
- 3) unieważnienie czynności badania i oceny ofert,
- 4) powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego,
- 5) nakazania wyboru najkorzystniejszej oferty, z uwzględnieniem oferty Odwołującego
- 6) obciążenie kosztami postępowania odwoławczego Zamawiającego.

W uzasadnieniu odwołania podniósł, że z treści zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty wynikało, że Zamawiający dokonał wyboru oferty Przystępującego jako oferty najkorzystniejszej, jednocześnie wykluczając z postępowania Odwołującego oraz odrzucając jego ofertę. Podstawą tych czynności Zamawiającego było dołączenie do oferty Odwołującego „Tabeli elementów scalonych”, a nie, oczekiwanego przez Zamawiającego, kosztorysu ofertowego. Odwołujący nie zgodził się ze stanowiskiem Zamawiającego, wskazując, że dołączony do jego oferty dokument, sporządzony został zgodnie z załącznikiem nr 9 do IDW i jest „Tabelą elementów scalonych”, wyczerpującą oczekiwania Zamawiającego w zakresie prawidłowego sporządzenia oferty. Podkreślił, że z zapisu w/w punktu IDW nie wynika nic innego, a na pewno nie wynika potrzeba sporządzenia normalnego kosztorysu ofertowego. Odwołujący dodatkowo wskazał z ostrożności, że w przedmiotowych IDW nie ma innego załącznika nr 9 i ewentualna pomyłka Odwołującego w tym zakresie nie mogła mieć miejsca. Odwołujący przyznał także, że w części III SIWZ stanowiącej „Opis przedmiotu zamówienia” wymieniony jest inny załącznik będący kosztorysem ofertowym. Z jego usytuowania w tej części materiałów ogłoszonych przez

Zamawiającego Odwołujący wywodzi, że: po pierwsze nie wchodzi one w skład IDW, które obowiązują wykonawców przy składaniu oferty, po drugie są przygotowane do dalszej części procedowania w sprawie z udziałem wygrywającego przetarg i to dla przygotowania i podpisania umowy wykonawczej.

Odwołujący – opierając się na doświadczeniu uczestników w podobnych zamówieniach - zwrócił też uwagę na to, że wielokrotnie zamawiający nie chcą na etapie składania ofert kosztorysów szczegółowych i zadawają się właśnie wyceną elementów scalonych, jako wystarczających dla oceny oferty pod kątem jej ceny.

Na marginesie Odwołujący dodatkowo zwrócił uwagę na to, że w chwili składania oferty w przedmiotowym postępowaniu miał kosztorys ofertowy sporządzony i nie było żadnych przeszkód przedłożyć go przy ofercie, gdyby Zamawiający taki warunek w swoich IDW ustanowił. Na potwierdzenie powyższego przedłożył jako dowód w sprawie korespondencję e-mailową w sprawie kosztorysu z 02.09.2013 r. i 17.09.2013 r. prowadzoną z kosztorysantem.

W toku rozprawy Odwołujący podtrzymał swoje stanowisko, wnosząc o uwzględnienie odwołania.

Zamawiający w piśmie z dnia 21 października 2013 r., złożonym do akt sprawy, przedłożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania i zasądzenie zwrotu uzasadnionych kosztów postępowania.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 i art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, Zamawiający podniósł, że jest on bezzasadny bowiem nie wykluczył Odwołującego z postępowania, natomiast odrzucił jego ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp. Wyjaśnił, że odrzucił ofertę Odwołującego, gdyż treść oferty nie odpowiadała wymogom Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”), ponieważ Odwołujący nie dołączył do oferty kosztorysu ofertowego, a jedynie „Tabelę elementów scalonych”, (sporządzoną wg wzoru podanego przez Zamawiającego), która nie stanowi kosztorysu ofertowego, gdyż nie zawiera cen jednostkowych poszczególnych rodzajów robót. Podkreślił, że kosztorys ofertowy jest dokumentem, który nie podlega uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, a jego brak w ofercie stanowi o niezgodności oferty z treścią SIWZ, w związku z czym oferta Odwołującego podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp.

Wyjaśnił, że jako sposób rozliczenia niniejszego zamówienia, Zamawiający przyjął wynagrodzenie kosztorysowe, co wynika z istotnych postanowień umowy, której wzór stanowi Część II SIWZ (§ 12 ust 4 wzoru umowy), a kosztorys ofertowy będzie stanowić załącznik do umowy. Według niego, jeżeli w istotnych postanowieniach umowy przyjęto zasadę wynagrodzenia kosztorysowego, kosztorys ofertowy stanowi nie tylko element

oferty, ale również treść oferty. Podkreślił, że kosztorys ofertowy jest w toku badania ofert podstawą weryfikacji złożonej oferty pod kątem wyceny robót będących przedmiotem zamówienia i podstawą oceny zgodności treści oferty z treścią SIWZ w zakresie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp). Wskazał na wymagania SIWZ - Część I SIWZ - Instrukcji dla Wykonawców, Rozdz. XV ust. 3 pkt 1) lit. b), z których wynika wymóg dołączenia do oferty kosztorysu ofertowego, sporządzonego wg wzoru, stanowiącego załącznik nr 9 do IDW. Wyjaśnił, że omyłkowo załączył do IDW jako załącznik nr 9 tylko „Tabelę elementów scalonych”, która w swej treści zawierała zsumowanie poszczególnych części kosztorysu ofertowego (części hydrotechnicznej, części elektrycznej, części architektonicznej), zaś tabela elementów scalonych przy wynagrodzeniu kosztorysowym nie jest podstawą do dokonywania rozliczeń i nie ma charakteru wiodącego, a jedynie służy ułatwieniu pracy Zamawiającego. Podkreślił, że Zamawiający załączył wzór kosztorysu ofertowego jako załącznik nr 7 do Części III SIWZ - Opisu przedmiotu zamówienia i rozpatrując przedmiot zamówienia, należy wziąć pod uwagę całość zapisów dokumentacji przetargowej. Według niego załączony do Części III SIWZ wzór kosztorysu ofertowego zawierał druki z polami do wypełnienia - ceny jednostkowe netto na poszczególne rodzaje robót. Ponadto wskazał, że oprócz zamieszczenia na swojej stronie internetowej wzoru kosztorysu ofertowego w formacie pdf (tak jak w przypadku pozostałej dokumentacji przetargowej) zamieścił również kosztorys ofertowy w wersji edytowalnej, w celu ułatwienia wykonawcy jego wypełnienia.

Zamawiający podniósł, że w przypadku powstania wątpliwości co do treści SIWZ, wykonawca miał możliwość, na podstawie art. 38 ust. 1 ustawy Pzp, zadania pytania odnośnie treści SIWZ. Według niego sytuacja, jaką opisuje Odwołujący, tj. że Zamawiający nie żąda na etapie składania ofert kosztorysu szczegółowego, a jedynie tabeli elementów scalonych, może mieć miejsce przy założeniu sposobu rozliczenia robót budowlanych wynagrodzeniem ryczałtowym. Przy wynagrodzeniu kosztorysowym zaś szczegółowy opis sposobu obliczenia ceny jest natomiast niezbędny i powinien być określony wyczerpująco w SIWZ, ponieważ decyduje o porównywalności ofert. O konieczności dołączenia do oferty kosztorysu ofertowego zawierającego pozycje jednostkowe – zdaniem Zamawiającego - świadczą również zapisy zawarte w Rozdz. XIX ust. 8 Części I SIWZ - IDW, odnoszące się do sposobu obliczenia ceny: „Ceny i stawki podane w kosztorysie ofertowym muszą stanowić całkowitą wartość robót opisanych pod danymi pozycjami. Wykonawca wliczy w pozycje jednostkowe wszelkie koszty i wydatki, które mogą być wymagane w związku z wykonywaniem opisanych robót [...]”

Zamawiający w toku rozprawy podtrzymał swoje stanowisko, wnosząc o oddalenie odwołania.

Przystępujący poparł stanowisko Zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania. Złożył do akt sprawy pisemne stanowisko w sprawie.

Przystępujący wskazał na przepis z art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym Izba uwzględnia odwołanie, jeśli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, zaś zgodnie z ust. 7 wskazanego artykułu, Izba nie może orzekać do co zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. W związku z powyższym należy uznać, iż zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4) i art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, polegającego na nieuzasadnionym wykluczeniu Odwołującego z postępowania i uznaniu jego oferty za odrzuconą oraz zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, polegającego na prowadzeniu postępowania w sposób nie zachowujący równego traktowania wykonawców i uniemożliwiający uczciwą konkurencję, nie zasługują na uwzględnienie. Podkreślił, że w treści zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 03.10.2013 r. Zamawiający podał całkowicie odmienną podstawę prawną oraz faktyczną decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego, zawierając w uzasadnieniu argumentację prawną oraz analizę okoliczności faktycznych stanowiących podstawę odrzucenia oferty Odwołującego. Podkreślił, że Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na mocy art. 89 ust. 1 pkt. 2) ustawy Pzp z powodu tego, że oferta ta była niezgodna z treścią SIWZ, albowiem Odwołujący nie załączył do oferty kosztorysu ofertowego, a jedynie „Tabelę elementów scalonych”, która nie jest kosztorysem ofertowym, albowiem nie zawiera cen jednostkowych poszczególnych pozycji kosztorysowych robót. W związku z przyjęciem wynagrodzenia kosztorysowego, brak kosztorysu ofertowego – według Przystępującego - uniemożliwia rozliczenie inwestycji. W związku z tym, że kosztorys ofertowy nie podlega uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, Zamawiający zmuszony był odrzucić nie podlegającą konwalidacji ofertę Odwołującego. Tym samym – według niego - wbrew przekonaniu Odwołującego, podstawą odrzucenia jego oferty nie było niewykazanie przezeń spełniania warunków udziału w postępowaniu, formułowany w odwołaniu zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt. 4) i art. 24 ust. 4 ustawy Pzp jest chybiony.

Zwrócił uwagę na to, że Odwołujący nie zawarł w treści odwołania jakiegokolwiek uzasadnienia merytorycznego dla twierdzenia, iż Zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez prowadzenie postępowania w sposób nie zachowujący równego traktowania wykonawców i uniemożliwiający uczciwą konkurencję, w konsekwencji czego także ten zarzut – jego zdaniem - nie zasługuje na uwzględnienie. Wymóg załączenia do oferty kosztorysu ofertowego zawarty w SIWZ - według Przystępującego - nie miał na celu wykazania spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu, wymóg ten wynikał bowiem z przyjęcia kosztorysowego charakteru wynagrodzenia i miał służyć

prawidłowemu obliczeniu ceny oferty w drodze wyceny wszystkich elementów robót składających się na przedmiot zamówienia, a wskazanych w kosztorysie załączonym do SIWZ. Podkreślił, że zarówno treść SIWZ, jak i treść oferty, stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli odpowiednio zamawiającego i wykonawcy, przy czym zakres przedmiotowy obu tych oświadczeń woli winien być tożsamy. Wobec powyższego, co do zasady, porównanie zakresu zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w SIWZ przesądza o tym, czy treść złożonej oferty jest zgodna z SIWZ i nie podlega odrzuceniu. W tym kontekście, przyjęcie przez Zamawiającego kosztorysowego charakteru wynagrodzenia – według Przystępującego - skutkuje koniecznością złożenia przez wykonawcę wraz z ofertą kosztorysu ofertowego stanowiącego wycenę każdej pozycji rozliczeniowej wskazanej w przedmiarze, gdyż w przeciwnym wypadku nie będzie można nie tylko ocenić rozmiaru świadczenia zaoferowanego przez wykonawcę (tj. ustalić, czy wykonawca objął zakresem oferty wszystkie elementy przedmiotu zamówienia), ale co więcej - nie będzie można dokonać rozliczenia faktycznie wykonanych robót. Na potwierdzenie powyższego przywołał wyrok KIO z dnia 5.06.2013 r., sygn. akt KIO 1204/13 oraz wyroku KIO z dnia 19.03.2013 r., sygn. akt KIO 493/13.

Przywołał wymagania SIWZ:

- pkt 3 Rozdziału XV Części I SIWZ – IDW, gdzie Zamawiający wskazał, iż kompletna oferta musi zawierać kosztorys ofertowy,
- pkt 4 Rozdziału XIX IDW, gdzie Zamawiający wymagał od wykonawców, aby cenę całkowitą za wykonanie przedmiotu zamówienia obliczyć zgodnie ze wzorem kosztorysu ofertowego opracowanym przez Zamawiającego,
- pkt 8 Rozdziału XIX IDW, gdzie określił, iż ceny i stawki podane w kosztorysie ofertowym winny stanowić całkowitą wartość robót opisanych pod danymi pozycjami,
- § 12 ust. 4 Części II SIWZ - Wzoru Umowy, zgodnie z którym wynagrodzenie za roboty stanowiące przedmiot zamówienia ma charakter kosztorysowy i będzie stanowić wynik iloczynu ilości wykonanych robót i cen jednostkowych podanych w kosztorysie ofertowym,
- § 12 ust. 2 wzoru umowy, załącznikiem nr 2 do umowy ma być kosztorys ofertowy zawierający ceny jednostkowe stanowiące podstawę rozliczenia robót.

Według niego skoro w treści Rozdziału XXI IDW brak jakichkolwiek postanowień dotyczących obowiązku przedłożenia Zamawiającemu dodatkowych kosztorysów niezbędnych do zawarcia umowy, zdaniem Przystępującego oczywistym jest, iż załącznikiem nr 2 do umowy ma być kosztorys ofertowy zawarty w ofercie wykonawcy, który ma stanowić podstawę ustalania wartości ewentualnych robót dodatkowych lub zamiennych, o których mowa w § 12 ust. 9 i 10 wzoru umowy. Wskazał też na formularze stanowiące

załączniki do SIWZ „Kosztorys ofertowy - część architektoniczna”, „Kosztorys ofertowy - część elektryczna” oraz „Kosztorys ofertowy - część hydrotechniczna”, a wszystkie ww. dokumenty składające się na treść opisu przedmiotu zamówienia zostały zamieszczone na stronie internetowej Zamawiającego w formie załączników do SIWZ, zatem były znane wszystkim potencjalnym wykonawcom chcącym ubiegać się o udzielenie zamówienia od chwili opublikowania SIWZ. Według niego Tabeli elementów scalonych nie sposób traktować jako kosztorysu ofertowego, albowiem nie zawiera ono cen jednostkowych (nie odwołuje się bowiem do jakichkolwiek jednostek obmiaru robót), zatem nie może stanowić podstawy rozliczenia należnego wykonawcy wynagrodzenia kosztorysowego.

Podkreślił, że rolą wykonawców było wszelkie niejasności i obiekcje dotyczące treści zapisów w SIWZ wyjaśnić z Zamawiającym przed terminem składania ofert w trybie art. 38 ustawy Pzp zaś negatywne konsekwencje zaniechania dokonania tej czynności przez wykonawcę nie mogą obciążać Zamawiającego.

W związku z tym, że wszystkie postanowienia SIWZ wskazują na kosztorysowy charakter wynagrodzenia, a rozliczenia stron będą następowały w oparciu o obmiar powykonawczy – zdaniem Przystępującego - nie tylko cena całkowita oferty, przyjmowana do porównania i wyboru oferty najkorzystniejszej w oparciu o ustalone w SIWZ kryterium wyboru ma charakter przedmiotowo istotny, ale również taki charakter mają podane w kosztorysie ofertowym ceny jednostkowe, a kosztorysy ofertowe potwierdzają wreszcie przewidziany do wykonania zakres prac. W świetle powyższego, skoro poszczególne pozycje zakresu prac stanowiących przedmiot zamówienia, opisane w treści kosztorysów ofertowych załączonych do SIWZ, nie zostały wycenione w treści oferty Odwołującego, brak jest tym samym w jego ofercie cen jednostkowych przedmiotowych pozycji, skutkuje niemożliwością ustalenia wynagrodzenia kosztorysowego wykonawcy, stanowiąc w konsekwencji o niezgodności treści oferty Odwołującego z treścią SIWZ. Ceny jednostkowe zawarte w kosztorysie ofertowym stanowią przedmiotowo istotne postanowienia umowy o zamówienie publiczne, w rozumieniu art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego. Powołał się na wyrok KIO z dnia 19.03.2012 r. sygn. akt KIO 461/12, wyrok KIO z dnia 19.03.2013 r., sygn. akt KIO 493/13 i wyroku z dnia 19.03.2012 r. sygn. akt KIO 461/12.

Zwrócił też uwagę na to, iż biorąc pod uwagę profesjonalny charakter działalności wykonawców robót budowlanych, nie sposób uznać, iż Odwołujący nie powinien co najmniej przewidzieć, że brak staranności w przygotowywaniu oferty, wyrażający się brakiem wyjaśnienia z Zamawiającym niejasnej dla Odwołującego kwestii, może skutkować sprzecznością treści jego oferty z treścią SIWZ.

Wskazał, że wykonawcy nie składali żadnych zapytań i wyjaśnień dotyczących jakichkolwiek wątpliwości, iż pod pojęciem kosztorysu ofertowego należało rozumieć wycenione kosztorysy (przedmiary) załączone do Części III SIWZ.

W toku rozprawy Przystępujący podtrzymał swoje dotychczasowe stanowisko.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również stanowiska stron i uczestnika postępowania, zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, a skutkujących odrzuceniem odwołania.

W drugiej kolejności Izba ustaliła, że Odwołujący ma interes w złożeniu odwołania. Odwołujący, podnosząc zarzuty dotyczące czynności Zamawiającego pozbawiających go wprost możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego, wykazał wypełnienie przesłanki materialnoprawnej, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba, rozpoznając odwołanie w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu, uznała, że podlega ono uwzględnieniu.

Izba ustaliła, że do upływu terminu składania ofert w przedmiotowym postępowaniu wpłynęły dwie oferty: oferta Przystępującego – uznana za najkorzystniejsza oraz oferta Przystępującego.

Zamawiający w wymogach SIWZ – w pkt XV ppkt 3.1) lit. b) IDW wskazał, że oferta musi zawierać kosztorys ofertowy sporządzony według wzoru stanowiącego załącznik nr 9 do IDW. Załącznik do przedmiotowego IDW to Tabela Elementów scalonych zawierająca do wyceny trzy pozycje robót: część hydrotechniczną, elektryczną i architektoniczną. Zamawiający w Części II SIWZ określił wzór umowy w sprawie niniejszego zamówienia publicznego, w którym w § 12 określił wynagrodzenie umowne i zasady jego rozliczania wskazując m.in., że wynagrodzenie będzie stanowić iloczyn ilości wykonanych robót i cen

jednostkowych podanych w kosztorysie ofertowym. W części III SIWZ Zamawiający zawarł opis przedmiotu zamówienia, do którego załącznik nr 7 stanowił kosztorys ofertowy w formie tabelarycznego zestawienia z wolnym miejscem na wycenę jednostkową poszczególnych robót. Do oferty Odwołującego – str. 3 dołączono Tabelę elementów scalonych wypełnioną i podpisaną przez wykonawcę, przygotowaną ściśle według załącznika nr 9 do IDW.

Zamawiający pismem z dnia 3 października 2013 r. poinformował wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego oraz o odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oferty Odwołującego, wskazując jako podstawę faktyczną odrzucenia oferty brak załączenia do oferty Odwołującego kosztorysu ofertowego z wyjaśnieniem, że Tabela elementów scalonych nie jest kosztorysem ofertowym. Podkreślił też, że dokument kosztorysu ofertowego nie podlega uzupełnianiu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba stwierdziła, że decyzja Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp była nieuzasadniona. Podstawą odrzucenia oferty wykonawcy w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jest stwierdzenie przez Zamawiającego, że oferta wykonawcy zawiera określoną, merytoryczną sprzeczność z danym wymogiem SIWZ. Dla wypełnienia się tej przesłanki istotne jest zatem wskazanie konkretnego zapisu SIWZ, który uzasadniałby ową sprzeczność merytoryczną treści oferty, której nie da się poprawić w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Zamawiający, uzasadniając odrzucenie oferty Odwołującego, wskazał na zapisy Części I SIWZ – IDW rozdz. XV ust. 3 pkt 1 lit. b) oraz Część II SIWZ, z których - jego zdaniem - wynikał obowiązek złożenia wraz z ofertą kosztorysu ofertowego. Jego brak – zdaniem Zamawiającego – uniemożliwia zawarcie ważnej umowy z powodu braku możliwości rozliczenia inwestycji.

Okolicznością niesporną pomiędzy stronami oraz uczestnikiem postępowania odwoławczego było, że Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu przewidział wynagrodzenie kosztorysowe. Izba również potwierdziła tę okoliczność. Sam fakt przesądzenia przez Zamawiającego w dokumentacji dla danego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jako wiążącego wynagrodzenia kosztorysowego nie może automatycznie przesądzać o obowiązku załączenia do ofert składanych w tym postępowaniu kosztorysów ofertowych przez wykonawców. Taki obowiązek nie wynika też z przepisów ustawy Pzp. W związku z powyższym Zamawiający powinien w takiej sytuacji określić w SIWZ, że wymaga od wykonawców przedłożenia takiego kosztorysu, który niewątpliwie przy takim charakterze wynagrodzenia umownego ma istotne znaczenie dla treści oferty

w odróżnieniu od wynagrodzenia ryczałtowego. Zamawiający w takiej sytuacji powinien określić, że po pierwsze oczekuje dołączenia takiego kosztorysu do oferty po drugie zakresu badania tego kosztorysu. W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający jednak nie określił w sposób niewątpliwy i jednoznaczny, że oczekuje dołączenia do oferty kosztorysów ofertowym w określonej formie – uproszczonej, czy szczegółowej (pełnej).

Zgodnie z przywołanym przez Zamawiającego wymogiem SIWZ opisanym w pkt XV ust. 3 pkt 1 lit. b) IDW, wykonawcy mieli obowiązek dołączyć do oferty kosztorysy ofertowe sporządzone na podstawie wzoru stanowiącego załącznik nr 9 do IDW. Załącznik ten to Tabela elementów scalonych, w której Zamawiający oczekiwał wyceny trzech głównych rodzajów robót budowlanych objętych przedmiotem zamówienia. Odwołujący tej wyceny w we wskazanej Tabeli dokonał i załączył ją do swojej oferty. Odwołujący zatem wykonał wymogi SIWZ określone wprost w jej postanowieniach. Choć Tabela elementów scalonych z pewnością kosztorysem ofertowym nie jest, to – zdaniem Izby – Zamawiający nie miał uprawnień do odrzucenia oferty Odwołującego, bowiem nie określił w SIWZ jednoznacznego wymogu dołączenia kosztorysu ofertowego do ofert wykonawców. Oczekiwał on zaś dołączenia do oferty Tabeli elementów scalonych, co zostało wypełnione przez wskazanego wykonawcę. Nawet jeśli uznać, że załączenie do oferty wykonawcy w niniejszym postępowaniu kosztorysu ofertowego, przede wszystkim z racji przyjęcia kosztorysowego charakteru wynagrodzenia umownego, byłoby jak najbardziej słuszne, wobec niejednoznacznych postanowień SIWZ w tym zakresie, nieuprawnionym byłoby wywodzenie z tego tytułu niekorzystnych skutków dla wykonawcy, zwłaszcza tych najdalej idących w postaci odrzucenia oferty wykonawcy.

Co do postanowień zawartych w części III SIWZ dotyczącej opisu przedmiotu zamówienia, w której to części Zamawiający jako załącznik nr 7 określił Kosztorys ofertowy, zamieszczając również na stronie internetowej jego wersję edytowalną, stwierdzić należało, że określenie samego załącznika do SIWZ bez określenia wymogu jego załączenia i wypełniania przez wykonawcę czy też nadania mu określonej rangi w postępowaniu, w sytuacji gdy wymóg taki również nie wynika z obowiązujących przepisów prawa – nie może stanowić bezwzględnego wymogu SIWZ dla wykonawców, istotnego na etapie składania ofert. Wypełnienie, czy też sporządzenie kosztorysu ofertowego może być również dokonane na etapie realizacji przedmiotu umowy. Zamieszczenie kosztorysu ofertowego przez Zamawiającego jako załącznika w części dotyczącej opisu przedmiotu zamówienia wskazuje na istotną z punktu widzenia wykonania przedmiotu zamówienia realizację poszczególnych prac objętych tym kosztorysem i sposobu rozliczania tych prac na etapie realizacji umowy. Jeśli Zamawiający oczekiwał dołączenia takiego kosztorysu w określonej

przez Zamawiającego formie i wypełnionego przez wykonawcę na etapie składania oferty powinien być powyższe wyraźnie określić w SIWZ jako wymóg dla wykonawców.

Tym samym zatem w świetle powyższego skoro nie znalazła wypełnienia przesłanka do odrzucenia oferty Odwołującego Izba uznała za zasadne przywrócenie tej oferty do postępowania jako zgodnej z treścią SIWZ.

Odnosząc się do argumentu Przystępującego, iż Odwołujący w sposób nieuzasadniony podniósł w odwołaniu zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp i art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, choć Zamawiający nie dokonał czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania, lecz odrzucenia jego oferty, Izba stwierdziła, że podstawą ustalenia zakresu zarzutu jest wskazanie określonych okoliczności faktycznych związanych z określoną czynnością lub zaniechaniem zamawiającego, które naruszają przepisy ustawy Pzp. Odwołujący faktycznie w sposób nieprecyzyjny określił zarzut odwołania wskazując jako podstawę naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp oraz art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, podczas gdy faktyczną podstawą prawną odrzucenia jego oferty był przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Punktem wyjścia oceny zarzutu odwołania przez Izbę – przede wszystkim w kontekście dyspozycji art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, który wskazuje na kognicję Izby rozpoznania odwołania w granicach jego zaskarżenia – jest ustalenie owych okoliczności faktycznych. Zdaniem Izby z treści odwołania można w sposób niewątpliwy wywieść, że Odwołujący nie zgadza się z przywołaną w treści odwołania czynnością Zamawiającego, polegającą na braku możliwości pozyskania przez wskazanego wykonawcę danego zamówienia publicznego z uwagi na uznanie, że wykonawca ten nie spełnia określonych wymogów opisanych w SIWZ co do dołączenia do oferty kosztorysu ofertowego. Wskazanie błędnej podstawy prawnej zarzutu nie może dyskwalifikować zarzutu jako takiego, jeśli okoliczności stanowiące podstawę zarzutu zostały w odwołaniu przez wykonawcę wskazane.

Z tych też względów Izba stwierdziła, iż potwierdziło się naruszenie przez Zamawiającego wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp, jedynie co do naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp

Mając powyższe na uwadze i działając na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania Izba oparła się na art. 192 ust. 9 oraz 10 ustawy Pzp. W oparciu o wskazane przepisy obciążyła nimi Odwołującego, stosownie do wyniku postępowania. Wśród kosztów postępowania odwoławczego Izba uwzględniła - stosownie do regulacji zawartej w § 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 w sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) – koszty wpisu uiszczonego przez Odwołującego w kwocie 10 000 zł.

Przewodniczący: