

WYROK

z dnia 25 sierpnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Brzeska

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 sierpnia 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 sierpnia 2017 r. przez **wykonawcę: Budimex S. A. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego: Gminę Miasto Gdańsk: Dyрекcję Rozbudowy Miasta Gdańska z siedzibą w Gdańsku**

przy udziale **wykonawcy SKANSKA S. A. z siedzibą w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie**
- 2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Budimex S. A. z siedzibą w Warszawie i:**
 - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr.** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **wykonawcę Budimex S. A. z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania;

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. z 2015 r., poz. 2164 z późn. zm.) 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

Zamawiający – Gmina Miasto Gdańsk: Dyrekcja Rozbudowy Miasta Gdańska z siedzibą w Gdańsku prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. z 2015 r., poz. 2164 z późn. zm.) (zwanej dalej również „*ustawą Pzp*”), postępowanie o udzielenie zamówienia pn: *Budowa układów drogowych wraz z kanalizacją deszczową oraz zbiornikiem retencyjnym Osowa II w Gdańsku Osowej – Etap II.*

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało przekazane Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich w dniu 18 maja 2017 r. oraz opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 20 maja 2017 r. pod numerem 2017/S 097-190981.

Wykonawca - Budimex S. A. z siedzibą w Warszawie (zwany dalej „*Odwołującym*”) w dniu 7 sierpnia 2017 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożył odwołanie wobec zaniechania czynności odrzucenia oferty wykonawcy Skanska S. A. z siedzibą w Warszawie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz art. 87 ust. 2 ustawy Pzp, z uwagi na nieobjęcie swoją ofertą robót w zakresie maty bentonitowej i geowłókniny. W związku z powyższym, *Odwołujący* wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu: unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Skanska S. A. z siedzibą w Warszawie, przeprowadzenie ponownego badania i oceny ofert, odrzucenie oferty wykonawcy Skanska S. A. z siedzibą w Warszawie oraz w konsekwencji wybór oferty *Odwołującego*.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, ofertę wykonawcy Skanska S. A. z siedzibą w Warszawie jak również oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez *Odwołującego* wpisu, podlega rozpoznaniu.

Ponadto Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał Zamawiającemu kopię niniejszego odwołania.

Ponadto Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła również, że wezwanie do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym miało miejsce w dniu 8 sierpnia 2017 r.

Izba ustaliła, że do niniejszego postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w dniu 10 sierpnia 2017 r. zgłosił przystąpienie wykonawca Skanska S. A. z siedzibą w Warszawie.

Izba potwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawcy Skanska S. A. z siedzibą w Warszawie (zwanego dalej: „Przystępującym”).

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest: *„Budowa układów drogowych wraz z kanalizacją deszczową oraz zbiornikiem retencyjnym Osowa II w Gdańsku Osowej – Etap II.”*.
/dokumentacja postępowania: Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia, str. 2/.

Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia (zwana dalej również: „SIWZ”) zawierała m. in. następujące postanowienia:

Opis sposobu obliczenia ceny.

1. Podstawą do obliczenia ceny oferty jest:

- 1) Zakres czynności i obowiązków wynikających z warunków prowadzenia robót podanych w Opisie przedmiotu zamówienia i Wzorze umowy, stanowiących odpowiednio załączniki nr 10 i 11 do SIWZ.
- 2) Projekty wykonawcze oraz specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót budowlanych, stanowiące odpowiednio załączniki nr 13 i 15 do SIWZ.

2. Oferowana cena za wykonanie przedmiotu zamówienia stanowić będzie wynagrodzenie ryczałtowe. Nie dopuszcza się podawania w ofercie ceny z zastosowaniem upustu.

3. Cenę oferty należy podać z uwzględnieniem podatku VAT = 23%, w rozbiu na elementy określone w tabeli elementów scalonych, stanowiącej załącznik nr 1 do Wzoru oferty.

4. Tabela elementów skalonych ma charakter jedynie pomocniczy przy obliczeniu ceny. Jeżeli wykonawca nie wyceni którejkolwiek z pozycji tabeli, Zamawiający uzna, że została ona wyceniona w innej pozycji.

/dokumentacja postępowania: Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia, str. 15/.

Ponadto Zamawiający w toku niniejszego postępowania udzielał wykonawcom odpowiedzi m. in. na zadawane przez nich pytania, t.j.:

Pytanie nr 23

W związku z rozbieżnościami w zapisach w Projekcie budowlanym 51.1 „Zbiornik retencyjny ziemny z dnem przepuszczalnym” a zapisem Decyzji Pozwolenia Wodno-Prawnego str. 3 :zostaną skierowane do otwartego, szczelnego, ziemnego zbiornika retencyjnego Osowa II. Uszczelnienie zbiornika zostanie wykonane poprzez zastosowanie mat bentonitowych ułożonych w skarpach i pod dnem zbiornika ...” prosimy o wyjaśnienie tych rozbieżności wraz z uzupełnieniem dokumentacji o rysunki.

Odpowiedź Zamawiającego na pytanie nr 23 z dnia 23 czerwca 2017 r.

Zamawiający informuje, że zbiornik retencyjny ma być wykonany jako szczelny z zastosowaniem mat bentonitowych w części dennej oraz pod skarpami do wysokości stałego zwierciadła wody. Grubość obsypki piaskowej nad matą powinna wynosić 30 cm. Maty bentonitowe pod gabionami oraz powierzchniami utwierdzonymi przykryte geowłókniną separacyjną. W załączeniu przekazujemy uszczegółowiony przedmiar robót (załącznik nr 6) koszty ująć w Zamiennej Tabeli Elementów Skalonych z dnia 23 czerwca 2017 r. (załącznik nr 5) (...).

/dokumentacja postępowania: Odpowiedzi Zamawiającego na pytania wykonawców z dnia 23 czerwca 2017 r./.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że w niniejszym postępowaniu m. in. oferty złożyli następujący wykonawcy:

1. Skanska S. A. z siedzibą w Warszawie – 100 pkt;
2. Budimex S. A. z siedzibą w Warszawie – 98,80 pkt.

/dokumentacja postępowania: Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 26 lipca 2017 r. /.

Zamawiający pismem z dnia 17 lipca 2017 r. wezwał wykonawcę Skanska S. A. z siedzibą w Warszawie w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień w odniesieniu do treści złożonej oferty, t.j. czy w ofercie zawarto wycenę elementów zawartych w poz.

4.1.2 (Masa bentonitowa) i 4.1.3 (Geowłóknina) Zamiennej Elementów Scalonych z dnia 23 czerwca 2017 r., a jeśli tak to w ramach której pozycji tabeli elementów scalonych tę wycenę ujęto. Pismem z dnia 23 czerwca 2017 r. Zamawiający zmienił treść Tabeli Elementów Scalonych dodając w/w poz. W Państwa ofercie wykorzystano pierwotny formularz tabeli nieuwzględniający wspomnianych elementów.

/dokumentacja postępowania: Wezwanie Zamawiającego z dnia 17 lipca 2017 r./

Wykonawca Skanska S. A. z siedzibą w Warszawie w dniu 19 sierpnia 2017 r. złożył wyjaśnienia - w wymaganym przez Zamawiającego terminie. Wykonawca potwierdził, że zaoferował Zamawiającemu realizację całego przedmiotu, zgodnie z opisem dokonany przez Zamawiającego w treści SIWZ, uwzględniając w cenie ryczałtowej koszty wszystkich pozycji ujętych w Zamiennej Tabeli Elementów Scalonych z dnia 23 czerwca 2017 r. w tym również pozycję 4.1.2 (Mata bentonitowa) i 4.1.3 (Geowłóknina). Matę bentonitową i geowłókninę wyceniono w dziale 4.0. Zbiornik retencyjny Osowa II w pozycji: 4.1.1 Makroniwelacja terenu.

/dokumentacja postępowania: Wyjaśnienia wykonawcy Skanska S. A. z siedzibą w Warszawie z dnia 19 lipca 2017 r./

Zamawiający w dniu 26 lipca 2017 r. dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy Skanska S. A. z siedzibą w Warszawie.

/dokumentacja postępowania: Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 26 lipca 2017 r./

Od niniejszej czynności Zamawiającego wykonawca: Budimex S. A. z siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie w dniu 7 sierpnia 2017 r.

/dokumentacja postępowania: Odwołanie wykonawcy Budimex S. A. z siedzibą w Warszawie z dnia 7 sierpnia 2017 r. /

Izba ustaliła również że Zamawiający pismem z dnia 24 sierpnia 2017 r. złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie w całości.

/dokumentacja postępowania: Odpowiedź na odwołanie z dnia 24 sierpnia 2017 r./

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania przedstawione podczas rozprawy, Izba uznała, iż odwołanie jest niezasadne i nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba - oceniając zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp - uznała, że zarzut ten nie potwierdził się w zebranych przez Izbę materiale dowodowym. Izba wzięła pod uwagę następujące okoliczności faktyczne i prawne:

Krajowa Izba Odwoławcza zgodziła się z Zamawiającym, iż z pkt XI. 2 SIWZ „Opisu sposobu obliczania ceny” - wynikało, że oferowana cena za wykonanie przedmiotu zamówienia stanowić będzie wynagrodzenie ryczałtowe. W pkt XI.4 SIWZ Zamawiający wyraźnie wskazał, że Tabela Elementów Scalonych ma charakter jedynie pomocniczy przy obliczaniu ceny. Jeżeli wykonawca nie wyceni którejkolwiek z pozycji tabeli, Zamawiający uzna, że została ona wyceniona w innej pozycji.

Bezspornym jest – w ocenie Izby - że w tym postępowaniu Zamawiający przyjął wynagrodzenie ryczałtowe. Zgodnie z definicją wynagrodzenia ryczałtowego jeżeli strony umówiły się o wynagrodzenie ryczałtowe – jak to ma niewątpliwie w niniejszym stanie faktycznym – przyjmujący zamówienie nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia, choćby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac (art. 632 § 1 i 2 k.c.).

Izba zgodziła się z Zamawiającym, iż wprowadzona przez Zamawiającego Tabela Elementów Scalonych miała niewątpliwie charakter pomocniczy. Jak słusznie zauważył Zamawiający jest to dokument zawierający pewne elementy scalone, zawierające sumę zestawienia wartości nakładów rzeczowych oraz pozostałych składników kalkulacyjnych ceny.

Dodatkowo – co również należy zauważyć, Zamawiający co do aspektu rozliczeń wprowadził na etapie zawarcia umowy Tabelę Elementów Wynagrodzenia, zatem powyższe potwierdza pomocniczy charakter Tabeli Elementów Scalonych.

W ocenie Izby Zamawiający w żaden sposób nie dokonał modyfikacji postanowień SIWZ (pkt XI.4) – dotyczącego pomocniczego charakteru tego dokumentu. Na zadane pytanie 23 – z dnia 23 czerwca 2017 r. – Zamawiający udzielił odpowiedzi, ale w żaden sposób nie dokonał modyfikacji postanowień pkt XI.4 SIWZ, jak twierdził Odwołujący.

Słusznie zauważył Przystępujący - że owszem Zamawiający przekazał w załączniku uszczegółowiony przedmiar robót, dodając że koszty należy ująć w Zamiennej Tabeli Elementów Scalonych z dnia 23 czerwca 2017 r. - nie precyzując jednak w których dokładnie pozycjach te koszty mają być ujęte.

Izba zgodziła się z Zamawiającym i Przystępującym, że w niniejszym postępowaniu nie doszło do nieuprawnionych negocjacji pomiędzy Zamawiającym a wykonawcą Skanska S. A. z siedzibą w Warszawie. Przystępujący na zadane - przez Zamawiającego - pytanie udzielił odpowiedzi - potwierdzając że ceną oferty objęty jest cały przedmiot zamówienia.

Zgodzić należało się z Przystępującym, że nie doszło zatem do zmiany oświadczenia woli wykonawcy. Wykonawca udzielił odpowiedzi na pytanie - potwierdzając że w cenie ryczałtowej zostały ujęte koszty wszystkich pozycji zamieszczone w Zamiennej Tabeli Elementów Scalonych. Wykonawca wyjaśnił, że sporne pozycje – zostały wycenione w pozycji makroniwelacja terenu, zatem nie można zgodzić się, że wykonawca nie zaoferował pełnego zakresu przedmiotu zamówienia, gdyż owe pozycje zostały wycenione (ujęte w makroniwelacji terenu) - do czego wykonawca był uprawniony przy takim kształcie specyfikacji.

W ocenie Izby nie istnieją wątpliwości co do oferowanego zakresu robót. Zgodzić należało się z Zamawiającym, że gdyby dla Zamawiającego - owa Tabela Elementów Scalonych - miała taki szczególny charakter, jak domaga się tego Odwołujący, to Zamawiający przyjęłby inny sposób wynagrodzenia w tym postępowaniu.

Ponadto Izba również zgodziła się z Zamawiającym i Przystępującym, w aspekcie przyjętych zasad rozliczeń. Jak słusznie wskazał Zamawiający rozliczenie pomiędzy wykonawcą a Zamawiającym następować ma na podstawie procentowego zaawansowania robót w danym okresie rozliczeniowym (§ 5 wzoru umowy).

W konsekwencji należało uznać, że nie potwierdziły się zarzuty odwołania, zarówno co do niezgodności treści oferty wykonawcy Skanska S. A. z siedzibą w Warszawie oraz nieuprawnionych negocjacji wynikających z art. 87 ust. 1 zdanie drugie ustawy Pzp. Wobec tak zaistniałego stanu faktycznego Krajowa Izba Odwoławcza nie znalazła podstaw do uwzględnienia niniejszego odwołania. W konsekwencji mając na względzie okoliczności niniejszej sprawy, orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp. Zatem, odwołanie podlega oddaleniu.

Przewodniczący:

.....