

WYROK

z dnia 13 grudnia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Danuta Dziubińska

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 grudnia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 listopada 2019 r. przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „RABA” L. R., R. G. spółka jawna**, ul. Kolejowa 10, 16-420 Raczki w postępowaniu prowadzonym przez **AMW SINEVIA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** ul. Paderewskiego 6, 05-100 Nowy Dwór Mazowiecki

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu:
 - 1.1. unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
 - 1.2. unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
 - 1.3. dokonanie poprawy oferty Odwołującego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez skreślenie pozycji 1.4.3.3 kosztorysu ofertowego,
 - 1.4. powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.
2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego, i:
 - 2.1. 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,

- 2.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kwoty uiszczanego wpisu i kosztów wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

AMW SINEVIA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (dalej: „ustawa Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. SVA/NDM/4620-16/2019: Wykonanie przebudowy zewnętrznej instalacji wodociągowej, kanalizacji sanitarnej oraz deszczowej w garnizonie Orzysz - zadanie 35103. Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień rok: 2019 Nr pozycji: 586588-N-2019

W dniu 25 listopada 2019 r. Zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty złożonej przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „RABA” L. R., R. G. B. spółka jawna (dalej: „Odwołujący”), który w dniu 29 listopada 2019 r. wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie na tę czynność, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. lit 3 w związku art. 87 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez niepoprawienie w ofercie Odwołującego innych niż pisemne i rachunkowe omyłki polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”), niepowodujących istotnych zmian w treści oferty tj.
 - a) niepoprawienie w kosztorysie ofertowym Odwołującego w poz. 1.1.6, 1.1.7, 1.1.8, 3.1.5, 3.1.6, 4.1.7 omyłki polegającej na wpisaniu w opisie czynności „pełne umocnienie pionowych ścian wykopów liniowych balami drewnianymi” miast jak to było opisane w przedmiarze robót „umocnienie ścian wykopów liniowych szalunki systemowe” poprzez przyjęcie zgodnie z wyjaśnieniami Odwołującego, że oferta dotyczy umocnienia szalunkami systemowymi;
 - b) niepoprawienie w kosztorysie ofertowym Odwołującego poz.1.4.3.3 omyłki polegającej na zbędnym, nie wymaganym przez Zamawiającego dodaniu ww. pozycji, będącej zdublowaniem pozycji, poprzez wykreślenie ww. pozycji.

co w konsekwencji doprowadziło Zamawiającego do naruszenia art. 89.ust. 1 pkt 1 oraz art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez nieuzasadnione odrzucenie oferty Odwołującego jako niezgodnej z ustawą i SIWZ.

Z ostrożności procesowej Odwołujący zarzucił:

- 2) naruszenie art. 7 ust 1 i 3 w związku art 87 ust.2 pkt 1 ustawy Pzp poprzez niepoprawienie w ofercie Odwołującego oczywistej omyłki pisarskiej tj. niepoprawienie w kosztorysie ofertowym Odwołującego poz.1.4.3.3 omyłki polegającej na zbędnym, dodaniu ww.

pozycji, będącej zdublowaniem pozycji 1.4.3.2 kosztorysu ofertowego - poprzez wykreślenie ww. pozycji.

co w konsekwencji doprowadziło Zamawiającego do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 oraz art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez nieuzasadnione odrzucenie oferty Odwołującego jako niezgodnej z ustawą i SIWZ.

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wniósł o:

- 1) unieważnienie czynności odrzucenia jego oferty,
- 2) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 3) dokonanie powtórnej oceny ofert, w szczególności przez poprawienie oferty Odwołującego w ww. punktach poz.1.1.6, 1.1.7,1.1.8, 3.1.5, 3.1.6, 4.1.7 i poz.1.4.3.3 kosztorysu
- 4) dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał m.in., że Zamawiający w sposób nieprawidłowy zastosował art. art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp odrzucając ofertę Odwołującego, uznając ją za niezgodną z SIWZ i naruszającą ustawę Pzp. Nieprawidłowe zastosowanie art. 89.ust.1 pkt 2 ustawy Pzp spowodowane było uprzednim naruszeniem art. 87 ust.2 pkt 3 tej ustawy, polegającym na zaniechaniu poprawienia omyłek zawartych w ofercie Odwołującego, które to poprawienie nie wpływało w sposób istotny na treść oferty, a także naruszeniem art. 87 ust.2 pkt 1 ww. ustawy, polegającym na zaniechaniu poprawienia oczywistej omyłki pisarskiej

Odwołujący wskazał, że w uzasadnieniu odrzucenia jego oferty Zamawiający podał, że nastąpiło to z powodu zaoferowania przez Odwołującego oszalowania nazwanego jako bale, a nie jako szalunki systemowe, a także zamieszczenie w ofercie pozycji nieprzewidzianej w przedmiarze -montaż rur i rurociągów 134,5 m.

Uzasadniając pierwszy z zarzutów Odwołujący na wstępie podniósł, że Zamawiający pierwotnie nie wymagał przedłożenia wraz z ofertą kosztorysu. Dopiero w dniu 02.10.2019 r. sporządził dokument „Odpowiedzi na zapytania wykonawców i zmiana specyfikacji istotnych warunków zamówienia”, w którym udzielił odpowiedzi na 59 pytań wykonawców i zasadniczo zmienił wymagania SIWZ. W wyniku zmiany został m.in. wprowadzony 16 stronicowy formularz przedmiaru zawierający ok. 200 pozycji. Nastąpiło to o godzinie 16.53, podczas gdy termin składania ofert był wyznaczony na dzień 08.10.2019 r. godz.12.30, a dni 5-6 października były dniami ustawowo wolnymi od pracy. Powyższe spowodowało, że wykonawcy zobligowani zostali do zapoznania się z blisko 60 wyjaśnieniami Zamawiającego, przygotowania i złożenia skomplikowanej merytorycznie i formalnie oferty, zawierającej ok. 200 szczegółowych pozycji, w ciągu 3 dni roboczych od zapoznania się z jej wymogami. W tych warunkach niezwykle łatwo było o drobne omyłki przy konstruowaniu ofert. Zważywszy

na charakter różnic zapisów pomiędzy przedmiarem, a ofertą, jak również na ww. okoliczności zamówienia i zastosowanej procedury, zaistniałe różnice, o ile uznać, że takie różnice występują, są wynikiem pomyłki Odwołującego, która miała charakter de facto techniczny.

Odwołujący zauważył, iż zarówno w przedmiarze jak i w ofercie, w każdej z ww. pozycji chodziło o umocnienie ścian wykopów liniowych, przy czym tożsama była liczba metrów kwadratowych. Różnica polegała na nazewnictwie zastosowanym w opisie, tj. zamiast pojęcia „szalunki systemowe” użyto sformułowania „belami drewnianymi”. Pojęcie wskazane przez Odwołującego w ofercie nie jest sprzeczne z pojęciem „szalunki systemowe”. Pojęcie szalunki systemowe nie zostało zdefiniowane ani przez Zamawiającego, ani w żadnym akcie prawa powszechnie obowiązującego, jest pojęciem potocznym. Zamawiający nie sprecyzował charakteru technicznego szalunków systemowych. Stąd oferenci rozumieli to pojęcie szeroko nazywając je bądź szalunkiem z bali (szalunek systemowy – balowy), bądź szalunkiem w wyprasek (szalunek systemowy - z wyprasek). Niezgodność, o ile można uznać to za niezgodność, dotyczyła jedynie zastosowanej nomenklatury. W pojęciu umocnienia szalunkami systemowymi mieści się pojęcie umocnienia szalunkami belowymi, gdyż ten rodzaj umocnienia jest też umocnieniem szalunkami systemowymi .

Zakres omyłki tj. zaoferowanie tożsamego z wymogami Zamawiającego umocnienia ścian wykopów liniowych o podanej w przedmiarze ilości metrów kwadratowych, przy jednoczesnym zastosowaniu innego nazewnictwa dla ww. umocnienia nakazywał potraktowanie ww. różnicy, jako omyłki przewidzianej w art. 87 ust.2.pkt 3 ustawy Pzp. Zamawiający mógł ewentualnie powziąć wątpliwości, co do treści oferty w tym zakresie i dlatego w myśl art. 87 ust.1 ustawy poprosił o wyjaśnienia dotyczące treści oferty. W odpowiedzi na prośbę o wyjaśnienia z 08.11.2019 Odwołujący wyjaśnił w dniu 13.11.2019 r. że ww. pozycje należy traktować jako zobowiązanie do zastosowania przez Odwołującego umocnienia ścian szalunkami systemowymi. Tak Odwołujący rozumiał swoją ofertę i nie zmieniał jej zarówno co do treści technicznej, jak i co do wartości kwotowej. Dodatkowo podkreślił, że zaproponowana cena jest prawidłowa. W ocenie Odwołującego absolutnie niedozwolone i bezpodstawne jest twierdzenie Zamawiającego jakoby poprzez złożenie ww. wyjaśnień doszło do zmiany oferty. Już same intencje Zamawiającego (proszącego o wyjaśnienia) jak i Odwołującego (udzielającego wyjaśnień) determinuje twierdzenie, że udzielając odpowiedzi na prośbę o wyjaśnienia Odwołujący udzielił tychże wyjaśnień, a nie zmieniał ofertę, nie użył żadnego sformułowania pozwalającego Zamawiającemu potraktowanie jego pisma jako zmiany oferty. Czym innym są wyjaśnienia rozbieżności w nazewnictwie przy niezmienności oferty, a czym innym, zarzucana przez Zamawiającego, zmiana oferty. Odwołujący stwierdził, że wyjaśnił treść oferty, a nie ją zmienił, nie miał prawa zmienić oferty i nie miał takiego zamiaru. W żadnym miejscu swoich wyjaśnień nie sformułował chęci zmiany oferty, a jedynie wyjaśnił treść swej

oferty w ten sposób, że prosił o traktowanie jej, mimo zastosowania odmiennego nazewnictwa, jako wykonania umocnienia ścian szalunkami systemowymi. To Zamawiający i tylko Zamawiający był uprawniony do poprawienia ww. omyłki (jeśli uznał ze do niej doszło) w trybie art. 87 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp. Jeśli w świetle ww. wyjaśnień, a przede wszystkim w świetle wszystkich okoliczności sprawy uznałby, że w niniejszej sprawie poprawienie zaistniałej omyłki nie spowoduje istotnej zmiany oferty Odwołującego, to powinien takiej korekty dokonać. W ocenie Odwołującego Zamawiający był zobowiązany do dokonania takiej poprawki, gdyż rzeczywiście analiza zakresu i charakteru pomyłki jednoznacznie wskazuje, że jej poprawienie nie spowoduje istotnej zmiany oferty. Wskazuje na to:

- 1) Przedmiotem zamówienia jest wykonanie przebudowy instalacji wodociągowej i kanalizacji sanitarnej oraz deszczowej. Efektem realizacji zamówienia ma być uzyskanie przez Zamawiającego instalacji wodociągowo kanalizacyjnej. Dla osiągnięcia ww. efektu należy poczynić szereg prac, w tym prac przygotowawczych umożliwiających położenie ww. instalacji. Prace te, w tym w szczególności prace zabezpieczające wykopy, mają charakter pomocniczy. Nie stanowią efektu pożądanego przez Zamawiającego. Tym efektem jest instalacja i kanalizacja. Wykonanie wykopów, ich zabezpieczenie itp. służą jedynie realizacji tego celu, a nie samym celem. Zabezpieczenie wykopów ma charakter przemijający. W sensie technicznym oznacza to w uproszczeniu, iż wykonawcy dokonają wykopów, zabezpieczą je, położą instalacje, po czym po uprzedniej deinstalacji zabezpieczeń, zakopią te wykopy. Tym samym trudno uznać czynność zabezpieczającą wykopy jako czynność istotną, decydującą o charakterze kształcie, rozmiarze i jakości zamówienia będącego przedmiotem postępowania. Jest to czynność niezbędna do wykonania zamówienia, ale niedeterminująca jego efektu, w tym też walorów użytkowych, gwarancyjnych itp. Tym samym ewentualne korekty omyłek w tym zakresie, co prawda powodują zmianę oferty, lecz w zakresie absolutnie niedotykającym jej istoty;
- 2) Poprawienie oferty Odwołującego w omawianym zakresie nie zmieniało rodzaju i charakteru czynności. Nadal zarówno przed zmianą jak i po jej dokonaniu występuje umocnienie ścian wykopów liniowych o podanych parametrach przeliczanych na metry kwadratowe, ilość jest zgodna z przedmiarem i nie zmienia się charakter czynności, nie zmienia się też zakres (liczba metrów kwadratowych podanych przez Zamawiającego) czynności, a jedynie następuje sprecyzowanie nazewnictwa, tak by nie było wątpliwości że sformułowania z przedmiaru jak i z oferty Odwołującego są tożsame i oznaczają wykonanie tych samych prac tj. wykonanie zabezpieczenia ścian wykopów;
- 3) Poprawienie oferty Odwołującego w omawianym zakresie nie powodowało zmiany ceny co wprost wynikało z wyjaśnień Odwołującego;

- 4) Czynności, których poprawki dotyczyły stanowiły stosunkowo niewielki w ujęciu wartościowym procent zamówienia Łączna wartość prac ujętych w punktach poz. 1.1.6,1.1.7,1.1.8,3.1.5,3.1.6,4.1.7 oferty/kosztorysu Odwołującego wynosiła 682.289,72 zł. Przy zestawieniu ww. kwoty z wartością oferty przekraczającą 16.000 000 zł wartość tych prac stanowiła jedynie ok 4% ogólnej wartości. W zestawieniu z kwotą przewidywaną przez Zamawiającego na zamówienie - 24,6 mln zł oznacza to, że omawiane prace stanowiły ok 2,5 % całości Ustawa Pzp nie definiuje pojęcia istotności zmian treści oferty. Warto w tym miejscu jednak zaznaczyć, że zgodnie z art. 144 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp za nieistotną zmianę umowy uważana jest zmiana których łączna wartość nie jest większa niż 15 % wartości zamówienia.
- 5) Czynności, których poprawki dotyczyły niezależnie od sposobu ich opisywania, tzn. czy opisano je w sposób zaprezentowany przez Odwołującego, czy też w sposób opisany np. przez oferenta wygrywającego (oferta nr 5) były wyceniane podobnie, na tym samym poziomie. W ofercie uznanej za wygrywającą łączna wartość prac z poz. 1.1.6,1.1.7,1.1.8,3.1.5,3.1.6,4.1.7 wyniosła 981.867,37zł. Tym samym różnica wynosi 299.577,65 zł. Przy różnicy w wartości obu ofert wynoszącej ponad 315tys powoduje to że oferta Odwołującego jeśli by była oceniana nadal pozostaje najlepszą, niezależnie od tego jak kalkulacja zostanie przyjęta. Odwołujący precyzując i wyjaśniając swoją ofertę nie dokonał jakiegokolwiek zmiany cenowej. Poprawienie omyłki przez Zamawiającego, do czego zdaniem Odwołującego ten był zobligowany nie powodowało zmiany ceny oferty.

W podsumowaniu Odwołujący stwierdził, iż nawet jeśli przyjąć że zaistniałe rozbieżności semantyczne w opisie są rzeczywiście niezgodnościami oferty z SIWZ, to przy konstruowaniu oferty doszło ewentualnie po stronie Odwołującego do omyłek powodujących, że jego oferta była w pewnym zakresie niezgodna z SIWZ. Niezgodność ta jednak winna być w świetle przytoczonych wyżej okoliczności poprawiona przez Zamawiającego w trybie art. 87.ust.2 pkt 3 ustawy Pzp, a następnie oceniona nie zaś, jak to zastosował Zamawiający, odrzucona. Odwołujący na poparcie swojego stanowiska przywołał wyroki KIO z dnia 28 stycznia 2009 r. sygn. akt 59/09, z dnia 23.01.2009 KIO/UZP 21/09 KIO z dnia 3 lutego 2009 r. sygn. akt KIO 86/09, KIO 87/09.

W uzasadnieniu drugiego zarzutu odwołania Odwołujący wskazał, iż kolejnym zarzutem Zamawiającego wobec jego oferty było zamieszczenie w pozycji i.4.3.3 oferty czynności nazwanej „sieci wodociągowe - montaż rurociągów z rur polietylenowych obmiar 134,5 m”

W przedmiarze robót Zamawiający:

- w pozycji 1.4.3.2 zawarł prace dotyczące montażu rurociągów z rur polietylenowych o średnicy 225 mm i długości 134,5 m
- w pozycji 1.4.3.3. zawarł prace montaż rurociągów z rur polietylenowych o średnicy 315 mm i długości 7,3 m

Odwołujący w swej ofercie :

- w pozycji 1.4.3.2 zawarł prace dotyczące montażu rurociągów z rur polietylenowych o średnicy 225 mm i długości 134,5 m - identycznie jak Zamawiający w przedmiarze
- w pozycji 1,4.3.3. zawarł prace dotyczące montażu rurociągów z rur polietylenowych o średnicy 225 mm i długości 134,5 m - identycznie jak w pozycji 1.4.3.2 oferty
- w pozycji 1.4.3.4. zawarł prace montaż rurociągów z rur polietylenowych o średnicy 315 mm i długości 7,3 m - identycznie jak Zamawiający w przedmiarze pod pozycją 1.4.3.3.

Wskazując na powyższe, Odwołujący podniósł, że nawet pobieżna analiza wskazuje, że kwestionowana przez Zamawiającego pozycja 1.4.3.3 w ofercie Odwołującego jest niezamierzoną oczywistą omyłką polegającą na zdublowaniu prac ujętych już w ofercie Odwołującego pod pozycją 1.4.3.2. Nie doszło przy tym do omińnięcia jakichkolwiek prac przyjętych w przedmiarze gdyż wszystkie kolejne prace objęte przedmiarem, następujące po poz.1.4.3.2 zostały ujęte w ofercie Odwołującego, z tym zastrzeżeniem, że numeracja uległa przesunięciu o jeden punkt. Doszło do dość prozaicznej omyłki polegającej na zdublowaniu w ofercie jednej z pozycji ujętej w przedmiarze. Wprost przyznał to Odwołujący w swej odpowiedzi na prośbę Zamawiającego o wyjaśnienia oferty. Niewątpliwie, jak zauważa Zamawiający, doszło do zamieszczenia w ofercie pozycji dodatkowej niewystępującej w ofercie. Równie niewątpliwie jednak jest to, że była to omyłka. Co więcej była to omyłka niepowodująca istotnych zmian w treści oferty. Omyłka ta polegała na

- 1) zaproponowaniu świadczenia większego niż wymagane przez Zamawiającego - nawet teoretyczna realizacja tych omyłkowo ujętych prac nie wpływała na fakt, że całość zamawianych prac (z nadwyżką) zostałyby wykonana, a efekt planowany przez Zamawiającego byłby osiągnięty w całości
- 2) zaproponowano wykonanie prac w wymiarze większym, przy czyni wartość tych niezamawianych prac w wynosiła 17.697,51 zł, co stanowiło ok. jednego promila wartości oferty.

Na wypadek gdyby nie podzielono argumentacji dotyczącej konieczności zastosowania w tym wypadku przepisów art. 87.ust.2 pkt 3 ustawy Pzp, Odwołujący wskazał, że zdublowanie pozycji było oczywistą omyłką pisarską. To zaś determinowało podjęcie przez Zamawiającego działań przewidzianych w art. 87.ust 2 pkt 1 tej ustawy, tj. poprawienie ww. jako oczywistej

omyłki pisarskiej. Odwołujący przywołał na poparcie swojego stanowiska wyrok Izby z 30.05.2017 r. sygn. akt KIO 983 /17.

Odwołujący podniósł, iż możliwość i obowiązek zastosowania ww. poprawek, oznacza, że Zamawiający nie mógł odrzucić oferty zgodnie z art. 89.ust.1 pkt 2 ustawy Pzp. W tej sytuacji odrzucenie oferty Odwołującego na tej podstawie było działaniem naruszającym ten przepis. Podobnie nieprawidłowe było odrzucenie jego oferty z uwagi na rzekomą niezgodność z ustawą. Odwołujący zauważył, że Zamawiający nie wskazał, na czym polegała i w czym przejawiała się niezgodność, a jedynie można domniemywać, że Zamawiający doszukiwał się owej niezgodności w rzekomej zmianie oferty, co jednak nie miało miejsca, a tym samym nie miał zastosowania ww. przepis art. 89.ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Pismem z dnia 11 grudnia 2019 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wskazując, że zarzuty podniesione w odwołaniu należy uznać za niezasadne. W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający wskazał m.in., iż postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego zostało przeprowadzone z zachowaniem ustawowych terminów, jednakowych dla wszystkich wykonawców. Dlatego też uzasadnianie przez Odwołującego swoich błędów w treści oferty i jej niezgodności z SIWZ, krótkim terminem na złożenie oferty czy też zmianami treści SIWZ, nie ma znaczenia dla sprawy.

Odnosząc się do pierwszego z zarzutów dotyczącego poz. 1.1.6, 1.1.7, 1.1.8, 3.1.5, 3.1.6, 4.1.7 kosztorysu ofertowego złożonego przez Odwołującego, Zamawiający stwierdził, że omyłka w tych pozycjach nie miała charakteru de facto technicznego i nie polegała jedynie na różnicy w zastosowanym nazewnictwie, którą to omyłkę można byłoby sprostować w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Jakkolwiek pojęcie szalunków systemowych nie zostało zdefiniowane, to w procesie budowlanym, oraz w świetle praktyki i zasad sztuki budowlanej, za szalunki systemowe uznaje się zestaw gotowych elementów stalowych lub aluminiowych do złożenia, które mogą być łączone w większe konstrukcje. Istotną cechą takich szalunków jest to, że mogą one być wielokrotnie wykorzystywane w procesie budowlanym, stąd też powszechna jest praktyka najmu szalunków systemowych. Takie konstrukcje są wykonywane znacznie szybciej niż szalunki z użyciem drewna, a także gwarantują stabilność i większe bezpieczeństwo prowadzonych prac. W przypadku konstrukcji szalunków wykonywanych z bali drewnianych, cała konstrukcja jest tworzona (docinana, dopasowywana, zbijana) na miejscu pod konkretny wykop. Takie też działanie miałyby miejsce z zastosowaniem wycenionych przez Odwołującego w kosztorysie ofertowym bali iglastych, drewna na stemple, klamer ciesielskich i gwoździ. Istotną cechą takiej konstrukcji jest również to, że umocnienia z bali drewnianych są wykonywane ręcznie poprzez wbicie ich w grunt przez robotników. Następnie po zakończeniu konstrukcja podlega rozbiórce i co do zasady nie ma możliwości zastosowania tej konstrukcji w kolejnym miejscu wykopu (musi ona bowiem zostać

ponownie dostosowana pod typ wykopu tj. musi zostać przycięta i zbita ponownie, co częstokroć będzie niemożliwe przy zastosowaniu tych samych - uprzednio wykorzystywanych bali drewnianych). Ponadto, taki proces jest bardzo czasochłonny i uzależniony od warunków panujących na wykopie. Z powyższego, zdaniem Zamawiającego wynika, że zaproponowane przez Odwołującego rozwiązanie (pełne umocnienie pionowych ścian wykopów liniowych (...) balami drewnianymi na gruntach suchych kat. I-II z rozbiórką) wraz z opisem szczegółowym wykorzystywanych elementów (m.in. bale iglaste nasycone, drewno na stemple iglaste nasycone, gwoździe) i podanym numerem KNR dla tej pozycji KNR 2-01 0321-01, nie stanowi rodzaju szalunku systemowego.

Zamawiający wskazał, że skierował do Odwołującego pismo z dn. 08.11.2019 r. o wyjaśnienie treści złożonej oferty w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, prosząc o „potwierdzenie, że wykonawca zastosuje pełne umocnienie ścian wykopów balami drewnianymi” (co zostało wpisane wprost w treści oferty). W odpowiedzi na powyższe, Odwołujący pismem z dn. 13.11.2019 r. wyjaśnił, że wykonawca zastosuje umocnienie ścian szalunkami systemowymi zgodnie z wymogami Zamawiającego, oraz że kalkulacja cenowa jest prawidłowa. Taka odpowiedź - w kontekście ww. rozważań, stanowi w ocenie Zamawiającego o zmianie treści oferty Odwołującego. Z wyjaśnień Odwołującego nie wynikało, aby traktował on konstrukcję z bali drewnianych za szalunki systemowe, co więcej aby potwierdził, że wykona umocnienie balami drewnianymi (jak wskazano w kosztorysie ofertowym). Wywody w tym zakresie pojawiają się dopiero na etapie odwołania, gdzie Odwołujący - wbrew powszechnej wiedzy i praktyce budowlanej - próbuje postawić znak równości pomiędzy zaproponowaną konstrukcją z bali drewnianych a szalunkami systemowymi. Jednocześnie Zamawiający wskazał, że w świetle jego wymagań zawartych w części III pkt 1 SIWZ, zgodnie z którymi wykonawcy byli zobowiązani do opracowania kosztorysów ofertowych zgodnie z przedmiarem robót, a wprowadzanie jakichkolwiek zmian bez zgody Zamawiającego nie jest możliwe, należy stwierdzić, iż treść oferty Odwołującego nie jest zgodna z treścią SIWZ.

Następnie Zamawiający stwierdził, iż dokonanie poprawy treści oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp tj. jako innej omyłki nie skutkującej istotną zmianą treści SIWZ, co miałyby konwalidować wadę oferty poprzez wprowadzenie do jej treści wykonania umocnień z zastosowaniem szalunków systemowych, byłoby niedopuszczalne, albowiem umocnienie ścian wykopów liniowych szalunkami systemowymi nie jest tożsame z umocnieniem ścian wykopów liniowych balami drewnianymi. Ponadto, zmiana opisu oferty Odwołującego w poz. 1.1.6, 1.1.7, 1.1.8, 3.1.5, 3.1.6, 4.1.7 wiązałaby się de facto z koniecznością zmiany poszczególnych pozycji kosztorysu ofertowego, co skutkowałoby następnie zmianą poszczególnych składników cenotwórczych a ostatecznie - wartością oferty.

Zamawiający, na poparcie swojego stanowiska przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dn. 25.04.2019 r. sygn. akt: KIO 652/19.

Odnosząc się do kolejnego zarzutu dotyczącego dodania do kosztorysu ofertowego poz. nr 1.4.3.3 „Sieci wodociągowe - montaż rurociągów z rur polietylenowych (PE, PEHD) o śr. zewnętrznej 225 mm - wykopu umocnione”, która nie występuje w przedmiarze robót, Zamawiający wskazał, że dodany zapis nie stanowi jednak, wbrew twierdzeniom Odwołującego, prozaicznej omyłki polegającej na zdublowaniu w ofercie jednej z pozycji ujętej w przedmiarze. Już pobieżna analiza tych pozycji tj. poz. nr 1.4.3.3. i 1.4.3.2, wskazuje, że pomiędzy tymi pozycjami zachodzą rozbieżności. Pierwsza rozbieżność dotyczy podstawy wynikającej z KNR - opis poz. 1.4.3.2 dotyczy KN W-2-18 0109-1- z.sz.3.9.9907 i wskazuje na rurociągi polietylenowe PE 100 SDR 11, a poz. 1.4.3.3 dotyczy rurociągów polietylenowych (PE, PEHD). Ponadto, w opisie tych pozycji Odwołujący wskazuje inne wyceny robocizny i sprzętu, przez co ceny jednostkowe tych pozycji są różne (w poz. 1.4.3.2. cena jednostkowa wynosi 125,33 zł, zaś w poz. 1.4.3.3. cena jednostkowa wynosi 131,58 zł). Wobec rozbieżności tych dwóch pozycji, brak był podstaw do uznania, że zostały one omyłkowo zdublowane. Dodatkowo, ewentualne usunięcie przez Odwołującego rzekomo zdublowanej pozycji, wymagałoby uprzedniego ustalenia, która pozycja jest właściwa - czy poz. 1.4.3.2 czy 1.4.3.3, a to stanowiłoby de facto negocjacje dotyczące złożonej oferty, które w świetle art. 87 ust. 1 zd. drugie ustawy Pzp, jest niedopuszczalne.

Pismem z dnia 10 grudnia 2019 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: M. S., S. Sł., działający pod nazwą: Zakład Ogólnobudowlany s.c. M. S., S. S. zgłaszający swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego (dalej: Przystępujący”), wnieśli o oddalenie odwołania w całości jako bezzasadnego wskazując m.in., iż Odwołujący zaoferował rozwiązania odmienne od przyjętych w Dokumentacji projektowej dla przedmiotowego zamówienia, przez co treść jego oferty nie jest zgodna z treścią SIWZ. Wykonanie umocnienia ścian wykopów liniowych balami drewnianymi w gruntach suchych polega na wykonaniu miejscowego wykopu, a następnie sukcesywnie wykonywane są umocnienia bezpośrednio przez robotników, którzy w miarę postępu robót przesuwają się o kolejne odcinki. Wykonanie zaś umocnień szalunkami systemowymi polega na wykonaniu wstępnego wykopu, wstawieniu obudowy i dalszym prowadzeniu wykopu. Wykonawcy byli zobowiązani do opracowania kosztorysów ofertowych zgodnie z przedmiarem robót, a wprowadzanie jakichkolwiek zmian bez zgody Zamawiającego nie jest możliwe. Odwołujący w ramach udzielonej odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego oświadczył, że zastosuje umocnienie ścian szalunkami systemowymi zgodnie z wymaganiami Zamawiającego (zastosuje pełne umocnienie wykopów za pomocą szalunków systemowych).

W związku z powyższym, w ocenie Przystępującego, czynności Odwołującego

polegające, w pierwszej kolejności na przedłożeniu wraz z Ofertą Kosztorysu Ofertowego, w którym Wykonawca wycenił umocnienie ścian pionowych wykopów balami drewnianymi, a następnie w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego wyjaśnił, że zastosuje umocnienie ścian szalunkami systemowymi - stanowi ewidentny przykład zmiany treści oferty.

Przystępujący podniósł, że szalunki dla wykopów stanowią element pomocniczy dla wykonania robót budowlanych, nie mniej jednak mają istotne znaczenie w trakcie realizacji prac. Ich głównym zadaniem jest zabezpieczenie miejsca wykopu liniowego, tak by chronić robotników i zapewniać bezpieczeństwo na terenie budowy. Mają zatem charakter pomocniczy jednak niezbędny do należytego wykonania robót. Szalunki systemowe stanowią gotowe konstrukcje wykonane z ram (stalowych lub aluminiowych), które mogą być łączone w większe konstrukcje. Stąd sformułowanie wskazujące na system. Nie można tego odnieść do umocnień wykonywanych z bali drewnianych, gdzie cała konstrukcja jest tworzona na miejscu pod konkretny wykop. Takie też działanie miałyby miejsce z zastosowaniem wycenionych przez Wykonawcę w Kosztorysie ofertowym bali iglastych, drewna na stemple, klamer ciesielskich i gwoździ. Umocnienia z bali drewnianych są wykonywane ręcznie poprzez wbicie ich w grunt przez robotników. Następnie po zakończeniu konstrukcja podlega rozbiórce. Taki proces jest o wiele bardziej czasochłonny i skutkuje zużyciem materiałów, które może przekraczać wycenę kosztorysową (np. okaże się, że warunki panujące na wykopie wymuszają zużycie większej ilości bali drewnianych). Konstrukcja szalunków stalowych wykorzystywana jest natomiast przy realizacji robot w etapach, gdzie po zalaniu betonem danego odcinka formę przestawia się obok już uzyskanego elementu betonowego i tak dalej. Takie konstrukcje są wykonywane znacznie szybciej niż szalunki z użyciem drewna, a także gwarantują stabilność i większe bezpieczeństwo prowadzonych prac. Skoro wymogiem Zamawiającego było by Wykonawcy wycenili umocnienie wykopów szalunkami systemowymi, to należało to uwzględnić w składanych ofertach. Jak widać Odwołujący na etapie składanych wyjaśnień do treści oferty zauważył swój błąd i na pytanie Zamawiającego o potwierdzenie czy oferuje wykonanie umocnienia ścian wykopów balami drewnianymi (tak jak podał w ofercie), odpowiedział, iż zastosuje umocnienie ścian szalunkami systemowymi zgodnie z wymogami Zamawiającego. Idąc tym tokiem rozumowania należałoby przyjąć, że Wykonawca wykona umocnienie ścian szalunkami systemowymi z bali drewnianych, co jest jednak byłoby sprzeczne powszechną praktyką i sztuką budowlaną.

Zdaniem Przystępującego nie jest możliwe dokonanie poprawy w tym zakresie oferty Odwołującego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, tj. jako innej omyłki nie skutkującej istotną zmianą treści SIWZ, ponieważ zmiana poszczególnych pozycji kosztorysu ofertowego zgodnie z sugestią Odwołującego musiałaby wiązać się z wprowadzeniem do tych pozycji wyceny szalunków systemowych, co musiałoby także skutkować zmianą poszczególnych

składników cenotwórczych. Takie działanie Zamawiającego byłoby nieuprawnione. W przedmiotowym postępowaniu wynagrodzenie ma charakter kosztorysowy, a zatem składane przez wykonawców kosztorysy ofertowe stanowią istotną treść ich ofert. Ujęcie w kosztorysach ofertowych we właściwych pozycjach wymaganego zakresu prac oraz ich prawidłowa wycena pozwala Zamawiającemu na etapie badania i oceny ofert na porównanie ofert z zachowaniem zasad z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Odnosząc się do drugiego zarzutu odwołania Przystępujący stwierdził, iż wprowadzenie przez Odwołującego dodatkowej pozycji do Kosztorysu ofertowego stanowi ewidentną modyfikację Przedmiaru robót, co jest sprzeczne z wymaganiami Zamawiającego określonymi w SIWZ, gdzie jest zakaz wprowadzania jakiegokolwiek zmiany w kosztorysach ofertowych względem przedmiaru robót (postanowienia Części III pkt 1 SIWZ). Zatem samowolne dodanie przez Wykonawcę do kosztorysu nowej pozycji stanowi ewidentne złamanie powyższego zakazu. Nadto dodana pozycja w żadnym razie nie może być uznana za zdublowaną z inną lub wpisaną omyłkowo. Choć, jak wskazuje Odwołujący, zarówno poz. 1.4.3.2, jak i poz. 1.4.3.3 - dotyczą montażu rurociągów z rur polietylenowych śr. 225, to jednak są między tymi pozycjami znaczące różnice. I tak, opis poz. 1.4.3.2 dotyczy KN W-2-18 0109-1- z.sz.3.9.9907 i wskazuje na rurociągi polietylenowe PE 100 SDR 11, a poz. 1.4.3.3 dotyczy rurociągów polietylenowych (PE, PEHD). Pozycje te mają przyjęte zupełnie inne wyceny robocizny i sprzętu, przez co ceny jednostkowe tych pozycji są różne. W takiej sytuacji Zamawiający nie ma prawa dokonywać poprawy oferty Wykonawcy. W przeciwnym razie musiałby przedsięwziąć kroki zmierzające najpierw do ustalenia, co Wykonawca faktycznie oferuje, tj. czy właściwa jest poz. 1.4.3.2 czy 1.4.3.3, i dopiero potem wykreślić jedną z tych pozycji. Nie wiadomo jaki był cel Wykonawcy i co faktycznie miał zamiar Zamawiającemu oferować w ramach powyższych elementów. Zatem jedynym możliwym rozwiązaniem by ustalić ostateczną treść oferty Wykonawcy byłoby wcześniejsze uzyskanie od niego informacji, co jednak stanowiłoby naruszenie art. 87 ust. 1 zd. drugie ustawy Pzp, tj. poprzez prowadzenie negocjacji dotyczących złożonej oferty.

Przystępujący na poparcie swojego stanowiska przywołał m.in. wyroki Izby z 25.10.2019 r., sygn. akt: KIO 2021/19 oraz z dnia 14 grudnia 2016 r. sygn. akt: KIO 2245/16. wyrok KIO z dnia 12 sierpnia 2013 r., sygn. akt KIO 1811/13; 1813/13; 1814/13 (tak KIO w wyroku z dnia 15 kwietnia 2014 r., sygn. akt: KIO 687/14, z 07.08.2013 r., sygn. akt: KIO 1792/13.

Po zapoznaniu się m.in. z treścią dokumentacji postępowania, po przeprowadzeniu posiedzenia i rozprawy oraz wysłuchaniu stanowisk Stron i Przystępującego Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Wykazując swoje uprawnienie do skorzystania ze środków ochrony prawnej Odwołujący wskazał m.in., iż Odwołujący ma interes w złożeniu odwołania, ponieważ zaniechania oraz czynności Zamawiającego prowadzące do odrzucenia jego oferty uniemożliwiają mu uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Gdyby nie zaniechania Zamawiającego uzyskałby przedmiotowe zamówienie, ponieważ warunki zawarte w jego ofercie są korzystniejsze niż zawarte w ofercie uznanej przez Zamawiającego za najkorzystniejszą.

Izba stwierdziła, że zaistniały przesłanki dla wniesienia odwołania, określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy. W przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania, Odwołujący miałby szansę uzyskania zamówienia i korzyści płynących z realizacji umowy, zawartej w jego wyniku.

Izba stwierdziła, iż M. S., S. S., działający pod nazwą: Zakład Ogólnobudowlany s.c. M. S., S. S.i, zgłaszający swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, wypełnili wymogi określone w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp i stali się uczestnikami postępowania odwoławczego.

Następnie Izba ustaliła, co następuje:

Jak wynika z ogłoszenia o zamówieniu przedmiotem zamówienia jest wykonanie przebudowy zewnętrznej instalacji wodociągowej, kanalizacji sanitarnej oraz deszczowej w Garnizonie Orzysz - zadanie 35103 w następującym zakresie: 1) KANALIZACJA DESZCZOWA a. Roboty ziemne b. Odwodnienie wykopów c. Roboty demontażowe d. Roboty montażowe (kanały PP, kanały z rur PVC, kanały tłoczne, Próby szczelności, Inspekcja TV kanałów, Przepompownia PD1, PD2, Separatory substancji ropopochodnych, Regulatory przepływu, Studnie, Odwodnienie liniowe, Podejścia do rur spustowych, Przełączenia wpustów z kanalizacji sanitarnej do deszczowej, Wymiana istn separatora tłuszczu, Przełączenie istniejących separatorów do projektowanych układów tras kanalizacji deszczowej, Przewierty sterowane, Rury ochronne i zabezpieczenia rurami arota) 2) RENOWACJA KANALIZACJI SANITARNEJ a. Renowacja kanałów b. Renowacja studni c. Inspekcja TV kanałów 3) KANALIZACJA SANITARNA - Roboty ziemne a. Odwodnienie wykopów b. Roboty montażowe (Kanały, Inspekcja TV kanałów, Studnie, Przepompownia Dn200, Rury ochronne i zabezpieczenia rurami arota) 4) SIEĆ WODOCIĄGOWA a. Roboty ziemne b. Roboty montażowe 5) OBSŁUGA GEODEZYJNA Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawarty jest w dokumentacji projektowej i specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót (załącznik nr 10 do SIWZ).

Zgodnie z SIWZ Część III ust. 1 akapit drugi SIWZ, w brzmieniu z dnia 2 października 2019 r.: *Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawarty jest w dokumentacji projektowej i*

specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót (załącznik nr 10). Do SIWZ został załączony przedmiar robót (załącznik nr 11 do SIWZ), na podstawie którego należy sporządzić kosztorys ofertowy w wersji szczegółowej i złożyć wraz z ofertą. W cenie oferty Wykonawca zobowiązany jest uwzględnić wszelkie koszty związane z wykonaniem przedmiotu zamówienia, w tym koszty utrzymania i likwidacji zaplecza budowy (wraz z częścią socjalną) w zakresie niezbędnym do wykonania przedmiotowych robót. Obsługę geodezyjną inwestycji zapewnia Wykonawca wraz z wniesieniem do państwowego zasobu geodezyjnego i dostarczeniem map. Kosztorysy ofertowe muszą być sporządzone zgodnie z przedmiarem robót. Wykonawca nie może bez zgody Zamawiającego wprowadzać żadnych zmian do przedmiaru robót. Wykonawca nie może dopisywać i wykreślać pozycji z przedmiaru robót oraz zmieniać ilości robót wynikających wprost z przedmiaru. Jeżeli Wykonawca roboty z danej pozycji przedmiarowej wyceni w innej pozycji, przy pozycji niewycenionej należy wskazać pozycję, w której roboty zostały umieszczone (wycenione).

Stosownie do części XIII ust. 1 SIWZ w brzmieniu z dnia 2 października 2019 r.: Cena ofertowa kosztorysowa za wykonanie przedmiotu zamówienia podana w powinna wynikać z kosztorysu ofertowego. Należy skalkulować (obliczyć) cenę poprzez wykonanie kosztorysu ofertowego w wersji szczegółowej. Kosztorys ofertowy należy załączyć do oferty. Należy podać ceny jednostkowe tzn. wartość robocizny bezpośredniej, pracy sprzętu oraz wartość materiałów powiększone o koszty ogólne, zysk oraz koszty zakupu materiałów bez podatku od towarów i usług VAT we wszystkich pozycjach kosztorysu i obliczyć wartości oraz obliczyć i podać cenę oferty. Cena ofertowa za wykonanie zamówienia winna uwzględniać wszystkie koszty związane z wykonaniem zamówienia określonego w przedmiarze robót (w tym cła, podatki i inne opłaty, koszty przygotowawcze, rozbiórek, porządkowe, opracowania i uzgodnienia dokumentacji powykonawczej, koszty związane z odbiorami wykonanych robót oraz przeprowadzeniem prób i badań technicznych, utylizacji i inne). Wykonawcy zobowiązani są do bardzo starannego zapoznania się z przedmiotem zamówienia, warunkami wykonania i wszystkimi czynnikami mogącymi mieć wpływ na cenę ofertową za wykonanie zamówienia. Zamawiający zaleca wizję lokalną na budowie.

Jak podał w swoim piśmie Przystępujący, zgodnie z wymaganiami dokumentacji projektowej, w tym Przedmiaru robót:

- 1) w poz. 1.1.6 należy wycenić „umocnienie ścian wykopów liniowych o głębokości do 3m w kat. III-IV (szer. Do 1m)-szalunki systemowe”;
- 2) w poz. 1.1.7 należy wycenić „umocnienie ścian wykopów liniowych o głębokości do 3m w kat. III-IV (szer. Do 2,5m)- szalunki systemowe”;

- 3) w poz. 1.1.8 należy wycenić „umocnienie ścian wykopów liniowych o głębokości do 6m w kat. III-IV (szer. Do 2,5m) - szalunki systemowe”;
- 4) w poz. 3.1.5 należy wycenić: „Pełne umocnienie pionowych ścian wykopów liniowych o gł. 6m szalunkami systemowymi w gr. Kat. III-IV wraz z rozbiórką (szer. 2,5m)
- 5) w poz. 3.1.6 należy wycenić: „Pełne umocnienie pionowych ścian wykopów liniowych o gł. do 3m szalunkami systemowymi w gr. III-IV wraz z rozbiórką
- 6) w poz. 4.1.7 należy wycenić: „Umocnienie pionowych ścian wykopów liniowych o głębokości do 3m szalunkami systemowymi”.

W piśmie z dnia 25 listopada 2019 r. informującym o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz m.in. o ofertach odrzuconych Zamawiający uzasadniając odrzucenie oferty Odwołującego wskazał: „Uzasadnienie prawne i faktyczne

Na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy

Zamawiający pismem nr SVA/NDM/4620-16-12/2019 M.J. z dnia 08.11.2019r. działając na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy wezwał Wykonawcę do złożenia wyjaśnień treści złożonej oferty dotyczącej złożonego kosztorysu ofertowego. W odpowiedzi na wezwanie Wykonawca zmienił treść oferty i tak:

W kosztorysie ofertowym w poz. 1.1.6; 1.1.7; 1.1.8; 3.1.5; 3.1.6; 4.1.7 – Wykonawca wycenił w swojej ofercie pełne umocnienie ścian wykopów balami drewnianymi. W piśmie wyjaśniającym z dnia 13.11.2019r. stwierdził, że zastosuje umocnienie ścian szalunkami systemowymi zgodnie z wymogami Zamawiającego. W związku z powyższym Wykonawca zmienił treść swojej oferty w ww. pozycjach w wyniku udzielenia wyjaśnień, co jest niedopuszczalne w myśl art. 87 ust. 1 ustawy.

Wykonawca w swojej ofercie ujął pozycję dodatkową nr 1.4.3.3. KNR-W 2-18 0109-10 z.sz.3.9.9907 „Sieci wodociągowe – montaż rurociągów z rur polietylenowych (PE, PEHD) o śr. Zewnętrznej 225 mmm – wykopu umocnione” obmiar 134,5 m. nie występującą w przedmiarze Zamawiającego. Zgodnie z załączonymi odpowiedziami (odpowiedź na zapytanie Wykonawców pismo nr SVA/NDM/4620-16-6/2019 M.J. z dnia 02.10.2019 r.) Zamawiający jasno określił, że Wykonawca nie może bez zgody Zamawiającego wprowadzać żadnych zmian do przedmiaru robót. Wykonawca nie może dopisywać i wykreślać pozycji z przedmiaru robót oraz zmieniać ilości robót wynikających wprost z przedmiaru.”

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie. Potwierdziły się bowiem zarzuty odwołania w szczególności dotyczące odrzucenia oferty Odwołującego.

Stosownie do art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest niezgodna z ustawą. Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3, który stanowi, iż zamawiający poprawia w ofercie inne (niż oczywiste omyłki pisarskie lub rachunkowe) 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. W myśl z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

W pierwszej kolejności zauważenia wymaga, iż wystąpienie przesłanki odrzucenia oferty wymaga jej wskazania przez Zamawiającego w informacji o odrzuceniu oferty wykonawcy oraz podania w tej informacji uzasadnienia faktycznego i prawnego tej czynności. Oznacza to obowiązek wskazania zarówno podstawy prawnej tej czynności, jak również podania związanych z nią okoliczności faktycznych, które w ocenie zamawiającego przesądziły o zaistnieniu podstaw do odrzucenia oferty. Wynika to z art. 92 ust. 1 ustawy Pzp. Czynność ta może bowiem stanowić podstawę do skorzystania ze środków ochrony prawnej i dlatego wykonawca winien być poinformowany przez zamawiającego, co zdecydowało o jej podjęciu.

Z wyżej przedstawionej informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego wynika, że o odrzuceniu oferty odwołującego zdecydowało to, iż Zamawiający uznał, iż Odwołujący, w odpowiedzi na wystąpienie o wyjaśnienie oferty w zakresie szalowania, zmienił treść swojej oferty, oraz, wbrew zakazowi zawartemu w SIWZ, w złożonym kosztorysie ofertowym dodał pozycję 1.4.3.3.

Ze stanowiska prezentowanego przez Zamawiającego wynika, że w jego ocenie, Odwołujący zastosował szalowanie, które nie jest szalowaniem systemowym. Zamawiający przyznał, że nie ma definicji szalunków systemowych, jednak uznaje, że poprzez użycie w SIWZ tego określenia jednoznacznie opisał wymogi w zakresie zabezpieczenia wykopów na czas wykonywania robót związanych z wykonaniem przedmiotu zamówienia.

Nie ma sporu pomiędzy stronami, co do tego, że pojęcie szalunków systemowych nie zostało zdefiniowane w ogólnie obowiązujących przepisach prawa, ani w SIWZ. Sporne jest natomiast to czy jest tak, jak twierdzi Zamawiający, że w świetle praktyki i zasad sztuki budowlanej jest to wyłącznie zestaw gotowych stalowych lub aluminiowych elementów do

złożenia, które mogą być łączone w większe konstrukcje, czy jednak przez szalunki systemowe można rozumieć także inne szalunki np. drewniane, jak twierdzi Odwołujący, czemu nie zaprzecza Przystępujący, który stwierdził na rozprawie, że jest ok. 10 systemów szalowania i możliwe, że są też drewniane.

Jak wynika ze stanowiska Przystępującego, przedstawionego na rozprawie, KNR AT 11 odnosi się do szalunku systemowego. Zauważenia w związku z tym wymaga, że Zamawiający w SIWZ nie odwołał się do ww. KNR w odniesieniu do szalowania, lecz wymagał kalkulacji własnej. Zgodzić się, zatem należy z Odwołującym, że Zamawiający, odnosząc się w SIWZ do systemu szalunkowego miał na myśli szeroki zakres szalunków. Skoro Zamawiający nie podał, jako podstawy do kosztorysowania, ww. KNR, to oznacza, że nie ograniczył w SIWZ wymogu jedynie do szalunków wskazanych w ww. podstawie KNR.

W ocenie Izby, w przypadku braku definicji zawartych w powszechnie obowiązujących przepisach prawa, w sytuacji, gdy Zamawiający chciał zawęzić rozumienie szalunków do ściśle określonych, podanych w odpowiedzi na odwołanie jako: *„zestaw gotowych elementów stalowych lub aluminiowych do złożenia, które mogą być łączone w większe konstrukcje”*, to powinien taką definicję zawrzeć w SIWZ i jasno poinformować wykonawców o swoich oczekiwaniach w tym zakresie, zaznaczając jakiego rodzaju zabezpieczenia wykopów w czasie wykonywania zamówienia, są przez niego wymagane. Skoro Zamawiający tego nie uczynił, to na etapie oceny ofert nie może takiego opisu uzupełniać i obciążać wykonawcy negatywnymi skutkami, takiego nieistniejącego w SIWZ opisu.

Zamawiający nie przedstawił żadnego dowodu wskazującego na jedyny możliwy sposób rozumienia terminu: „szalunki systemowe”. Argumentacja podnoszona na rozprawie dotycząca m.in. ewentualnego projektu, braku certyfikatów czy dłuższego czasu wykonania szalowania drewnianego, jako nowa, niepodniesiona w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego, ani niewynikająca z SIWZ, wykraczająca poza jej postanowienia, pozostaje bez znaczenia dla oceny zasadności zarzutów. Tym bardziej, że jak zostało podniesione na rozprawie przez Odwołującego i potwierdzone przez Przystępującego, także szalunki przewidziane przez Przystępującego występują w kilku rodzajach, a Zamawiający nie przewidział w SIWZ wymogów co do wyboru określonych z nich i mechanizmu dla ich weryfikacji, np. co do podnoszonych na rozprawie obliczeń.

Nie można zaakceptować argumentacji Zamawiającego, przedstawionej na rozprawie, iż za jego sposobem rozumienia szalunków systemowych, przemawiają oferty sprzedaży, jakie się pojawiają po wprowadzeniu tego określenia w wyszukiwarce Google. Zauważenia wymaga, iż ewentualne oferty sprzedaży pojawiające się w sieci nie są wyznacznikiem sposobu rozumienia użytego w SIWZ określenia. Ponadto wyniki nie wskazują na jedyny

możliwy sposób rozumienia spornego terminu. Zamawiający nie wykazał, że nie występują szalunki systemowe z innego materiału, np. drewniane, a jedynie stalowe lub aluminiowe, a tymczasem wskazany przez niego sposób poszukiwania definicji, prowadzi m.in. do wyniku, że szalunki aluminiowe albo stalowe określane są, jako przestawne, a nie systemowe, nadto występują m.in. deskowania systemowe. Powyższe potwierdza, że nie obowiązuje powszechnie jedno rozumienie szalunków systemowych, także w branży rusztowań, deskowań czy akcesoriów budowlanych.

W tych okolicznościach w sytuacji braku legalnej definicji, gdy SIWZ nie zawiera opisu co Zamawiający rozumie pod pojęciem szalunków systemowych i jakie ma oczekiwania co do sposobu zabezpieczenia wykopów, będących elementem prac pomocniczych dla wykonania przedmiotu zamówienia, którym jest wykonanie przebudowy zewnętrznej instalacji wodociągowej sanitarnej i deszczowej, to nie można przyjąć, że poprzez przewidzenie w kosztorysie ofertowym szalunku drewnianego Odwołujący złożył ofertę sprzeczną z SIWZ, a odpowiadając na wystąpienie Zamawiającego, że zastosuje umocnienie ścian szalunkami systemowymi zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, dokonał zmiany treści swojej oferty. Tym bardziej, że odpowiadając na pytania Zamawiającego Odwołujący dodał, że kalkulacja cenowa pozycji jest prawidłowa. Jak wynika natomiast z odnośnych pozycji kosztorysu ofertowego kalkulacja cenowa w tym zakresie odnosi się do bali drewnianych. Zamawiający uzyskał zatem potwierdzenie co treści oferty wykonawcy tj. że wykonawca wykona umocnienie balami drewnianymi, przy jednoczesnym stwierdzeniu, że zastosuje umocnienie ścian szalunkami systemowymi, co oznacza, że nie zmienił treści oferty, lecz, że przez umocnienie szalunkami systemowymi rozumie umocnienie w sposób przez siebie zaoferowany, który w jego ocenie jest zgodny z wymogami Zamawiającego. Zamawiający nie przedstawił żadnego dowodu na okoliczność, iż nie występują szalunki systemowe wykonane z materiału wskazanego w ofercie Odwołującego.

Stosownie do 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 jakichkolwiek zmian w jej treści.* Z przepisu tego wynika, że wyjaśnienia oferty powinny zawierać się w granicach jej merytorycznych treści, w tym zawartych w niej oświadczeń. Nie jest sporne, że z oferty Odwołującego wynika, jakie materiały zostaną przez niego zastosowane do zabezpieczenia wykopów. W swoich wyjaśnieniach, złożonych na wystąpienie Zamawiającego o potwierdzenie w tym zakresie, Odwołujący nie zmienił tych materiałów, nie zmienił zastosowanych w ofercie podstaw wyceny, w tym nie podał KNR, wskazywanego przez Przystępującego, jako właściwego w jego rozumieniu dla szalunków systemowych (niewskazanego w SIWZ przez Zamawiającego), jak

też nie zmienił pozostałych danych, w tym cen. Potwierdził natomiast zastosowanie szalunku systemowego. Nie wystąpił zatem przypadek negocjacji oferty. Skoro nie zostało wykazane przez Zamawiającego, że istnieje jedyny możliwy sposób rozumienia szalunku systemowego, tj. ten przedstawiony przez niego w odpowiedzi na odwołanie, to wobec braku definicji w SIWZ, za dopuszczony należy uznać sposób jego rozumienia przez Odwołującego, który w wyjaśnieniach potwierdził, że zastosował szalowanie systemowe. W wyniku wyjaśnień nie doszło zatem do dokonania w niej merytorycznych zmian, czy też uzupełnień.

Tym samym należy uznać, że Zamawiający odrzucając ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, nie wskazując przy tym dlaczego uznaje ofertę za niezgodną z ustawą, oraz na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, w związku z uznaniem, że doszło do niedopuszczalnej zmiany oferty w myśl art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, uczynił to z naruszeniem ww. przepisów.

W art. 89 ust. 1 pkt 2 chodzi bowiem o zawartość merytoryczną oferty, związaną z przedmiotem zamówienia, a nie jej aspekty formalne. Wymogi w zakresie przedmiotu zamówienia, określone w SIWZ nie mogą być zmieniane ani uzupełniane po terminie składania ofert. Skutki ewentualnych braków w opisie tych wymogów w odniesieniu do intencji Zamawiającego, która nie została uzewnętrzniona na równych zasadach wszystkim wykonawcom, nie mogą negatywnie skutkować dla wykonawcy i powodować odrzucenia jego oferty.

W okolicznościach sprawy, wobec treści SIWZ, w tym dopuszczonych - na skutek braku sprecyzowania w SIWZ ściśle określonych oczekiwań, co do sposobu rozumienia terminu szalunki systemowe - różnych szalunków systemowych, w tym drewnianych, trudno przyjąć, że oferta Odwołującego w warstwie merytorycznej nie odpowiada treści SIWZ. Brak użycia w ofercie określenia szalunków systemowych, przy jednoczesnym przewidzeniu w niej i wycenieniu robót w postaci zabezpieczenia wykopów na czas wykonywania w nich prac, które to elementy oferty, nie wymagają poprawy, a jedynie ewentualnej poprawie podlega sam element opisu zastosowanego szalowania, ze wskazaniem na szalowanie systemowe, przy pozostawieniu wszystkich wartości składających się na ceny jednostkowe, w tym materiałów, robocizny, w ocenie Izby nie powoduje niezgodności oferty z treścią SIWZ.

Z tych względów nie istnieje potrzeba dokonania poprawy kosztorysu ofertowego w ww. pozycjach na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Ewentualne uzupełnienie opisu miałoby bowiem wymiar formalny, a nie merytoryczny.

Jeżeli natomiast chodzi o dodatkowo wprowadzoną pozycję 1.4.3.3. to w ocenie Izby, jest to sytuacją, która wymaga zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Nie jest sporne, że jest to dodatkowa pozycja. Zamawiający już w wystąpieniu o wyjaśnienia prosił o podanie

dla czego wykonawca w swojej ofercie ujął pozycję dodatkową niewystępującą w jego przedmiarze. W odpowiedzi otrzymał stanowisko Odwoływającego „*Pozycja została dodana omyłkowo do kosztorysu.*”

Zgodzić się należy z Zamawiającym, że jej dodanie powoduje niezgodność oferty z SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jednakże zgodnie z brzmieniem tego przepisu, gdzie występuje odesłanie do art. 87 ust. 2 pkt 3, przed odrzuceniem oferty, Zamawiający winien przeanalizować, czy istnieje podstawa do jej poprawy na podstawie tego przepisu. Dopiero po ustaleniu, iż nie zachodzą okoliczności zobowiązujące go do dokonania poprawy oferty, jest możliwe odrzucenie oferty, jeżeli nie odpowiada ona treści SIWZ. Zamawiający nie wykazał, że przeprowadził ww. analizę. Z treści informacji o odrzuceniu oferty Odwoływającego wynika, że decyzja ta została podjęta z uwagi na to, że Wykonawca wbrew zakazowi określönemu w SIWZ, dodał jedną, ww. pozycję w kosztorysie ofertowym.

Tymczasem, w ocenie Izby wynik takiej analizy, jeżeli byłaby przeprowadzona, powinien doprowadzić Zamawiającego do wniosku, że istnieje obowiązek poprawy oferty Odwoływającego w związku z wprowadzeniem przedmiotowej dodatkowej pozycji w kosztorysie ofertowym, bowiem występują wszystkie elementy, które za tym przemawiają. Po pierwsze, należy uznać, że jest to omyłka. Trudno bowiem przyjąć, że było świadomym działaniem Wykonawcy wykonanie dodatkowej sieci, która nie była wymagana w SIWZ, co rzutuje na cenę oferty, przez co staje się ona mniej konkurencyjna. W związku z tym twierdzenie Odwoływającego zawarte w wyjaśnieniach złożonych na wystąpienie Zamawiającego, że jest to omyłka, należy uznać za wiarygodne. Po drugie, jest to sprzeczność z treścią SIWZ, tj. z merytorycznym opisem przedmiotu zamówienia, skutkująca zwiększeniem tego zakresu w stosunku do wymaganego przez Zamawiającego. Po trzecie, jej poprawa nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty, bowiem jak wyżej zaznaczono jest to pozycja dodatkowa, niewymagana w SIWZ, dotycząca dodatkowego, niewymaganego w SIWZ wykonania odcinka sieci. Ponadto, jak wynika z odwołania, jej wartość wynosząca 17 687,51 zł w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia stanowi wielkość ok. 1 promila wartości oferty, co nie jest kwestionowane przez Zamawiającego i Przystępującego. Zakres omyłki w tej pozycji kosztorysu ofertowego w stosunku do całego zakresu robót objętych przedmiotem zamówienia ma zatem znaczenie marginalne.

W związku z powyższym, w ocenie Izby, Zamawiający winien dokonać poprawy tej omyłki poprzez wykreślenie pozycji 1.4.3.3, tym bardziej, że już w wystąpieniu do Odwoływającego o wyjaśnienia dał wyraz, iż traktuje tę pozycję jako dodatkową.

Powyższe wskazuje, że Zamawiający niezasadnie odrzucił ofertę Odwoływającego, uzasadniając tę czynność tym, że w SIWZ wprowadził zakaz dopisywania pozycji w

kosztorysie ofertowym. W okolicznościach analizowanej sprawy niezastosowanie się Odwołującego do tego zakazu, również wskazuje na niezgodność oferty z SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, przy czym jest to niezgodność, która winna być poprawiona na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, ze wszelkimi konsekwencjami tej czynności.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględni odwołanie w przypadku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. W analizowanej sprawie zostało wykazane, że doszło do naruszenia przepisów ustawy Pzp, które miało istotny wpływ na wynik postępowania.

Z tych względów na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, Izba orzekła jak w sentencji wyroku.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tj. Dz. U. z 2018 r. poz. 972) zasądając od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę uiszczanego wpisu oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika na podstawie złożonej faktury.

Przewodniczący: