

Sygn. akt: KIO 1804/10

WYROK
z dnia 6 września 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Paweł Trojan

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 września 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **MITRON Zakład Instalacyjno-Elektromechaniczny Leszek Ossowski, ul. Cegielna 3, 83-400 Kościerzyna** od czynności Zamawiającego **Rejonowy Zarząd Infrastruktury, ul. Jana z Kolna 8b, 81-912 Gdynia** w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „roboty budowlane w bud. 180 Port Wojenny w Gdyni, bud. 23 w Czarnym, bud. 9 i 42 w CSMW i JW. 4646 w Gdyni Grabówku, bud 2 – JW. 2035 w Gdyni”

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje w zakresie części I i III postępowania unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, nakazuje unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego, jak również nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty Odwołującego,

2. kosztami postępowania obciąża Rejonowy Zarząd Infrastruktury, ul. Jana z Kolna 8b, 81-912 Gdynia i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu

uiszczonego przez **MITRON Zakład Instalacyjno-Elektromechaniczny Leszek Ossowski, ul. Cegielna 3, 83-400 Kościerzyna,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **13 600 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) przez **Rejonowy Zarząd Infrastruktury, ul. Jana z Kolna 8b, 81-912 Gdynia** na rzecz **MITRON Zakład Instalacyjno-Elektromechaniczny Leszek Ossowski, ul. Cegielna 3, 83-400 Kościerzyna,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

3. Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) 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:

.....

U z a s a d n i e

do wyroku z dnia 6 września 2010 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1804/10

Zamawiający – Rejonowy Zarząd Infrastruktury, ul. Jana z Kolna 8b, 81-912 Gdynia prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „roboty budowlane w bud. 180 Port Wojenny w Gdyni, bud. 23 w Czarnym, bud. 9 i 42 w CSMW i JW. 4646 w Gdyni Grabówku, bud 2 – JW. 2035 w Gdyni ”.

Szacunkowa wartość zamówienia jest mniejsza od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, iż przedmiotowe postępowanie odwoławcze dotyczy I i III części zamówienia.

W dniu **18.08.2010 r.** Zamawiający poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty w m.in. zakresie I i III części zamówienia oraz poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej. W uzasadnieniu swojej decyzji Zamawiający wskazał, że odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp (treść oferty nie odpowiada treści SIWZ). W uzasadnieniu Zamawiający wskazał ponadto, że: „Zamawiający wymagał od wykonawców złożenia oświadczenia o dokonaniu wizji lokalnej na poszczególne części zamówienia (ofertę złożono na I, II, III i IV część zamówienia) potwierdzonej przez Kierowników WAK-ów. Komisja przetargowa stwierdziła, że w ofercie brak ww. oświadczeń. W związku z powyższym należało postąpić jak na wstępie”.

Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **23.08.2010 r.** odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy czynności Zamawiającego, polegających na:

1. odrzuceniu oferty Odwołującego na mocy art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz
2. wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy P.W. „MATI” z siedzibą w Gdyni, na I i III część przedmiotowego zamówienia, podjętych w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

1. nieuprawnione zastosowanie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp wobec oferty Odwołującego,
2. wadliwe dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty na I i III część przedmiotowego zamówienia,
3. zaniechanie dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej na I i III część przedmiotowego zamówienia,
4. złamanie zasad udzielania zamówień publicznych określonych przez ustawodawcę w art. 7 ustawy Pzp.

W związku z tym Odwołujący wniósł o:

1. unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy P.W. „MATI” z siedzibą w Gdyni, na I i III część przedmiotowego zamówienia,
2. unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
3. ponowną ocenę ofert i dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty Odwołującego na I i III część przedmiotowego zamówienia.

W ocenie Odwołującego nie sposób się zgodzić z rozstrzygnięciem Zamawiającego. Odwołujący wskazał, że Zamawiający w pkt IV SIWZ opisał sposób dokonania oceny spełnienia warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, a w pkt V SIWZ wyspecyfikował dokumenty, jakie należy złożyć w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz dokumenty w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia. W tym samym punkcie SIWZ Zamawiający dodatkowo wpisał, cyt.: „Wykonawcy dokonają wizji lokalnej i załączą do oferty oświadczenie o dokonaniu wizji lokalnej potwierdzone przez Kierownika WAK Hel lub osobę upoważnioną przez Kierownika (...)”.

W ocenie Odwołującego o charakterze pomocniczym wizji lokalnej wykonawcy mogli się dowiedzieć z pkt VIII SIWZ, gdzie Zamawiający wskazał w jaki sposób należy obliczyć cenę oferty.

Na potwierdzenie swojej argumentacji Odwołujący przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej, w którym skład orzekający podkreślił, że Zamawiający w SIWZ określa wymagania, zarówno merytoryczne, formalne, jak i organizacyjne, co do których chciałby, żeby zostały przez wykonawców spełnione, lecz to ustawa Pzp określa konsekwencje niespełnienia tych wymagań (wyrok z dnia 13 sierpnia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 787/08).

W dalszej części uzasadnienia odwołania Odwołujący wskazał, że katalog przesłanek dających podstawę do odrzucenia oferty wymieniony w art. 89 ust. 1 ustawy Pzp jest katalogiem zamkniętym i nie może mieć miejsca interpretacja rozszerzająca tego przepisu. W ocenie Odwołującego potraktowanie przez Zamawiającego wizji lokalnej jako legitymacji do skutecznego ubiegania się o udzielenie przedmiotowego zamówienia, a oświadczeń z przeprowadzonej wizji jako treści oferty jest nieuprawnione. W ocenie Odwołującego ustawodawca w ustawie Pzp nie definiuje pojęcia „treść oferty” jednakże spójne orzecznictwo w tym zakresie pozwala na ocenę co jest, a co nie tą treścią. Na potwierdzenie powyższego Odwołujący przywołał szereg wyroków Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO/UZP 397/10; KIO/UZP 228/10; KIO/UZP 318/10; KIO/UZP 1652/10 oraz KIO/UZP 1589/09).

W ocenie Odwołującego mając powyższe na uwadze należy stwierdzić, że Zamawiający w sposób nieuprawniony potraktował brak załączenia do oferty oświadczeń z wizji lokalnej jako niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, czym naruszył dyspozycję art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Wykazana przez Zamawiającego niezgodność sposobu przygotowania oferty z wymogami SIWZ jest, zdaniem Odwołującego, pozbawionym konsekwencji prawnych uchybieniem.

W dalszej części uzasadnienia Odwołujący wskazał, iż w podobnej sprawie dotyczącej wizji lokalnej Krajowa Izba Odwoławcza (wyrok z dnia 1 grudnia 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 1633/09) stwierdziła, że owszem przeprowadzenie wizji lokalnej może mieć dla sporządzenia oferty oraz jej prawidłowej wyceny istotne znaczenie, jednak złożenie oświadczenia o jej dokonaniu narusza art. 25 ust. 1 pzp. Ponadto podkreślono, że oświadczenie o dokonaniu wizji lokalnej nie mieści się w ustawowym pojęciu "treść oferty". Skład orzekający wskazał, że: „W ocenie Izby oświadczenie o przeprowadzeniu wizji nie odnosi się do właściwości podmiotowych wykonawcy, wskazanych w art. 22 ust. 1 pkt 1-3 pzp., nie potwierdza zatem spełnienia warunków udziału stawianych wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia - nie może być uznane zatem za oświadczenie o charakterze podmiotowym. Brak jest również podstaw do uznania, że potwierdza ono spełnianie przez oferowane dostawy i usługi wymagań zamawiającego - nie stanowi dokumentu o charakterze przedmiotowym (mimo że katalog zawarty w § 3 ust. 1 rozporządzenia ma charakter taksatowy). Z oświadczenia złożonego przez zamawiającego na rozprawie wynika, że omawianemu oświadczeniu zamawiający nadał przymiot treści oferty. Zamawiający stwierdził bowiem, że w razie braku jego złożenia (nawet gdyby oferowane świadczenie odpowiadało jego wymaganiom odrzuciłby ofertą na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p., bez wzywania wykonawcy do jego uzupełnienia). Pogląd taki jest chybiony. Odrzucenie oferty na podstawie przywoływanego przepisu następuje wyłącznie w razie braku spełnienia przez

oferowane świadczenie (treść oferty) opisanych w siwz wymagań merytorycznych zamawiającego (treści siwz). Oświadczenie o dokonaniu wizji nie mieści się w ustawowym pojęciu "treść oferty". Ponadto KIO podkreśliła, że niedopuszczalne jest eliminowanie wykonawców jedynie ze względu na możliwość dokonania wizji lokalnej. Ponadto w tej sprawie Izba wskazała, że cyt.: „ (...) zamawiający ustanawiając naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wymóg dokonania wizji, zaniechał prawidłowego opisu przedmiotu zamówienia. Zamawiający obciążył wykonawców wykonaniem swego ustawowego obowiązku wymagając, aby informacje niezbędne do przygotowania oferty uzyskali w czasie wizji. Art. 29 ust. 1 pzp zobowiązuje zamawiającego do dokonania opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. (...) Właściwym działaniem zamawiającego winno być pozostawienie możliwości dokonania wizji wyborowi wykonawców jako czynności pomocniczej przy przygotowaniu oferty a nie mającej wpływu na jej formalną ocenę...”.

W ocenie Odwołującego Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu w sposób bezpodstawny dokonał czynności odrzucenia oferty Odwołującego na I i III część zamówienia.

Tym samym zdaniem Odwołującego poprzez odrzucenie jego oferty Zamawiający naruszył regulację art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, a także zasady udzielania zamówień publicznych określone przez ustawodawcę w art. 7 ustawy Pzp, jak również nie kierował się celem udzielania zamówień publicznych tj. efektywnym wydatkowaniem środków publicznych, poprzez wybranie droższej oferty na I i III część zamówienia.

Izba ustaliła, że podstawą wniesienia odwołania była czynność Zamawiającego polegająca na odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, w tym po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami SIWZ, ofertą złożoną w postępowaniu przez Odwołującego, korespondencją prowadzoną w ramach przedmiotowego postępowania pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia publicznego, jak również po zapoznaniu się z odwołaniem, po wysłuchaniu oświadczeń,

jak też stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie, po dniu 29 stycznia 2010 r., tj. po dniu wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy ustawy Pzp w brzmieniu nadanym ww. ustawą nowelizującą.

W drugiej kolejności Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania. Jednocześnie Izba stwierdziła, że wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zdaniem Izby w przypadku uwzględnienia odwołania i nakazania Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz odrzucenia oferty Odwołującego, jak również nakazania powtórnego badania, oceny ofert, jak również dokonania powtórnego wyboru oferty najkorzystniejszej, z uwagi na złożenie przez Odwołującego w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oferty najkorzystniejszej ekonomicznie dla I i III części, ma on szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności z treści oferty złożonej w postępowaniu przez wykonawcę MITRON Zakład Instalacyjno-Elektromechaniczny Leszek Ossowski, treści SIWZ, korespondencji pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami prowadzonej w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również ze stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w trakcie rozprawy.

W odniesieniu do stanu faktycznego będącego przedmiotem niniejszego rozstrzygnięcia Izba jako zasadniczy dowód uznała dokumentację przedmiotowego postępowania w postaci treści oferty złożonej w postępowaniu przez wykonawcę MITRON Zakład Instalacyjno-Elektromechaniczny Leszek Ossowski, treści SIWZ, korespondencji pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami prowadzonej w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również ze stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w trakcie rozprawy.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

I. W odniesieniu do zarzutu dotyczącego naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp wskutek odrzucenia oferty Odwołującego ze względu na niezgodność treści jego oferty z treścią SIWZ Izba uznała, iż zasługuje on na uwzględnienie.

Skład orzekający Izby dokonał następujących ustaleń faktycznych w odniesieniu do ww. zarzutu.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, iż odwołanie i tym samym zarzuty dotyczą części I i III przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W drugiej kolejności Izba ustaliła, iż Zamawiający w treści SIWZ wskazał w dziale V (Dokumenty, jakie należy załączyć do składanej oferty) pkt 3 (Inne dokumenty, których żąda Zamawiający), że: „Wykonawcy dokonają wizji lokalnej i załączą do oferty oświadczenie o dokonaniu wizji lokalnej potwierdzone przez Kierownika WAK Hel lub osobę upoważnioną przez kierownika (...)”.

Po drugie Izba ustaliła, iż Zamawiający w SIWZ w dziale VIII (Sposób obliczenia ceny oferty) wskazał, iż: „Cenę oferty należy określić poprzez sporządzenie kosztorysów ofertowych metodą uproszczoną na podstawie przeprowadzonej wizji lokalnej, dostarczonej specyfikacji technicznej oraz przedmiaru, które mają wyłącznie charakter pomocniczy, stanowiący załączniki nr 4 i 13 SIWZ”.

Po trzecie Izba ustaliła, iż Odwołujący w złożonej przez siebie ofercie nie załączył oświadczeń dotyczących dokonania wizji lokalnej dla żadnej części zamówienia.

Izba ustaliła również, iż projekt umowy, stanowiący załącznik nr 14 do SIWZ, wskazywał w § 4 ust. 2, że wynagrodzenie określone w § 4 ust. 1 projektu umowy jest wynagrodzeniem ryczałtowym, zostało określone na podstawie złożonej oferty i zawiera wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu umowy.

Izba ustaliła ponadto, iż w dniu 18.08.2010 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty w zakresie m.in. I i III części zamówienia oraz o wyborze oferty najkorzystniejszej. W uzasadnieniu swojej decyzji Zamawiający wskazał, że odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp (treść oferty nie odpowiada treści SIWZ). W uzasadnieniu Zamawiający wskazał, że: „Zamawiający wymagał od wykonawców

złożenia oświadczenia o dokonaniu wizji lokalnej na poszczególne części zamówienia (ofertę złożono na I, II, III i IV część zamówienia) potwierdzonej przez Kierowników WAK-ów. Komisja przetargowa (...) stwierdziła, że w ofercie brak ww. oświadczeń. W związku z powyższym należało postąpić jak na wstępie”.

W odniesieniu do powyższych ustaleń Izba wskazuje na wstępie, iż zgodnie z dyspozycją art. 82 ust. 3 ustawy Pzp treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Tym samym aby doszło do konieczności odrzucenia oferty wykonawcy w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp niezgodność winna dotyczyć merytorycznej treści oferty.

Izba wskazuje, iż ocena naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jest rozpatrywana w zakresie dokonanej przez Zamawiającego czynności odrzucenia oferty Odwołującego ze względu na fakt, iż treść oferty złożonej przez Odwołującego jest niezgodna z treścią SIWZ przy jednoczesnym uwzględnieniu zawartych w uzasadnieniu odrzucenia oferty przesłanek faktycznych. Przesłanki faktyczne odrzucenia oferty Odwołującego decydowały o potwierdzeniu, bądź nie potwierdzeniu powyższego zarzutu. Tym samym Izba poddała ocenie fakt, czy stwierdzone przez Zamawiającego uchybienia w ofercie Odwołującego powodują, iż treść oferty Odwołującego jest niezgodna z treścią SIWZ.

Biorąc pod uwagę uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp Krajowa Izba Odwoławcza nie podziela stanowiska Zamawiającego w przedmiocie charakteru czy statutu prawnego oświadczenia o dokonaniu wizji lokalnej zakwalifikowanego przez Zamawiającego jako merytoryczna treść oferty. Tym bardziej, w ocenie Izby, nie sposób uznać za uzasadnioną czynność odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w konfrontacji ze stanowiskiem Zamawiającego złożonym w toku rozprawy. Zamawiający w toku rozprawy złożył oświadczenie, iż czynność odrzucenia oferty Odwołującego nie dotyczyła wprost braku przedłożenia oświadczenia o dokonaniu wizji lokalnej, lecz dotyczyła nie dokonania tej wizji, jako czynności faktycznej. W odniesieniu do powyższego Zamawiający wniósł o przeprowadzenie dowodu z dokumentu w postaci informacji z dnia 31.08.2010 r. oraz z dnia 01.09.2010 r. sporządzonych przez Kierowników Wojskowej Administracji Koszar, z których ma wynikać, iż Odwołujący nie dokonał wizji lokalnej w zakresie obiektów stanowiących przedmiot zamówienia.

Izba w pierwszej kolejności wskazuje, w odniesieniu do powyższych twierdzeń Zamawiającego, iż ustawa Pzp zawiera zamknięty katalog przesłanek skutkujących obowiązkiem odrzucenia oferty wykonawcy złożonej w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (art. 89 ust. 1 pkt 1 – 8 oraz art. 90 ust. 3 ustawy Pzp). W kontekście uregulowań art. 82 ust. 3 oraz art. 9 ust. 1 ustawy Pzp czynności faktycznej nie

sposób zakwalifikować jako treści oferty. Tym samym art. 89 ust. 1 i art. 90 ust. 3 ustawy Pzp nie zawierają przesłanek odrzucenia oferty ze względu na zaniechanie dokonania przez wykonawców w ramach postępowania żądanych przez Zamawiającego czynności faktycznych polegających na dokonaniu wizji lokalnej.

Izba wskazuje, iż nie ulega wątpliwości, iż każdorazowo zawarte w ofercie wykonawcy zobowiązanie dotyczące zakresu przedmiotowego oraz sposobu realizacji przedmiotu zamówienia jest elementem merytorycznej treści oferty. W szerszym ujęciu za treść oferty należy uznać każdorazowo zakres zobowiązania wykonawcy, tj. zaoferowany przez wykonawcę zakres świadczenia – sposobu realizacji przedmiotu umowy. Zakres ten winien być zgodny z opisany w treści SIWZ.

W ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem są roboty budowlane to dokumentacja projektowa stanowi treść SIWZ w odniesieniu do opisu przedmiotu zamówienia. Wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane winien złożyć ofertę zgodną pod względem treści w zakresie przedmiotu zamówienia z jego opisem zawartych w opracowanej dokumentacji projektowej oraz specyfikacjach technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych. Tym samym wizji lokalnej i żądanego na jej potwierdzenie przez Zamawiającego oświadczenia nie sposób uznać, za określający zakres świadczenia wykonawcy, lub chociażby dokument potwierdzający, że oferowane przez wykonawcę roboty budowlane odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego.

Należy także wskazać, iż zamawiający każdorazowo dokonując opisu przedmiotu zamówienia może ująć w nim dwa rodzaje postanowień. Jednym z nich są postanowienia obejmujące elementy przedmiotu zamówienia, które stanowią treść merytoryczną SIWZ i mają charakter bezwzględnie obowiązujący, tj. nie mogą ulec modyfikacji przez wykonawców. Do takich elementów można przykładowo zaliczyć: termin realizacji przedmiotu zamówienia, wiążący dla wykonawców zakres funkcjonalności, jak również parametry graniczne dla oferowanych urządzeń. W tym zakresie zamawiający nie pozostawia wykonawcom w zasadzie żadnej dowolności i możliwości odrębnego kształtowania tego rodzaju elementów, tj. przy braku możliwości złożenia oferty wariantowej lub braku przyznania punktów w ramach kryteriów oceny ofert każde odstępstwo powodujące, iż tego rodzaju elementy przedmiotu zamówienia nie zostaną w sposób jednoznaczny i bezwarunkowy potwierdzone będzie stanowiło o niezgodności treści merytorycznej oferty z treścią SIWZ. Do drugiego rodzaju elementów oferty dotyczących przedmiotu zamówienia należą oświadczenia i dokumenty składane wraz z ofertą w celu wykazania przez wykonawców, iż oferowane przez nich dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania zamawiającego. Dla tego rodzaju dokumentów zamawiający nie określa w sposób szczegółowy ich formy i treści, gdyż z treści powyższych

dokumentów i oświadczeń winno jedynie wynikać, iż oferowane przez wykonawcę dostawy, usługi lub roboty budowlane odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego. Niewątpliwie za merytoryczną treść oferty w postępowaniu na roboty budowlane należy uznać wszelkie oświadczenia dotyczące jakości, ilości, terminu realizacji, sposobu realizacji robót (zastosowanej organizacji prac) czyli wszelkich elementów mających bezpośredni wpływ na przedmiot i zakres świadczenia, o ile zostały ujęte i doprecyzowane w treści SIWZ. Pozostałe dokumenty i oświadczenia składane w odniesieniu do urządzeń i materiałów niezbędnych do wykonanie robót budowlanych należy uznać za dokumenty i oświadczenia przedkładane w celu wykazania, iż roboty budowlane oferowane przez wykonawcę spełniają wymagania określone przez zamawiającego, tj. dokumenty i oświadczenia, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Po pierwsze zasadniczy wpływ na możliwość uznania i przyjęcia, iż mamy do czynienia z elementem treści oferty, w tym wypadku, czy złożone oświadczenie stanowi treść oferty, decyduje rola jaką ten dokument pełni w ramach danego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. O powyższym decyduje każdorazowo rola jaka została nadana tego rodzaju dokumentom i oświadczeniom przez zamawiającego w treści ogłoszenia o zamówieniu bądź SIWZ. Rola nadana czynności faktycznej w postaci wizji lokalnej, jak również rola żądanego na jej potwierdzenia oświadczenia nie zostały precyzyjnie określone przez Zamawiającego w treści SIWZ. Doprecyzowana w toku rozprawy przez Zamawiającego funkcja tego oświadczenia, jak i samej czynności nie znajduje swojego odzwierciedlenia w treści SIWZ, a tym bardziej nie nadaje mu charakteru elementu treści oferty. W odniesieniu do powyższego stwierdzić należy, iż ze względu na przewidziany rodzaj wynagrodzenia (wynagrodzenia ryczałtowe) oraz ze względu na postanowienia projektu umowy nie sposób przyjąć, iż tego rodzaju oświadczenie pełni wobec Zamawiającego jakąkolwiek dodatkową funkcję ochronną, zaś jego brak wpływa na przeniesienie ryzyka gospodarczego na Zamawiającego w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia. Tym bardziej nie sposób uznać, iż oświadczenie to stanowi treść oferty. Na uwagę, w ocenie Izby, zasługuje również fakt, iż Zamawiający w toku rozprawy nie podjął się wykazania, iż oświadczenie o dokonaniu wizji lokalnej stanowi treść oferty w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Doprecyzował jedynie, iż czynność odrzucenia oferty Odwołującego była skutkiem braku dokonania wizji lokalnej.

Izba wskazuje, iż żądanie od wykonawców złożenia oświadczenia o dokonaniu wizji lokalnej jest działaniem pozbawionym podstaw prawnych. Wszakże art. 25 ust. 1 ustawy Pzp wskazuje, iż zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń i dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. W odniesieniu do całokształtu materiału dowodowego zgromadzonego w niniejszej sprawie, jak również w odniesieniu do oświadczenia Zamawiającego złożonego w toku rozprawy trudno za taki dokument uznać oświadczenie o dokonaniu wizji lokalnej.

Na marginesie, w odniesieniu do rodzaju przewidzianego w projekcie umowy wynagrodzenia, Izba wskazuje, iż zgodnie z art. 632 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny jeżeli strony umówiły się o wynagrodzenie ryczałtowe, przyjmując zamówienie nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można przewidzieć rozmiarów lub kosztów prac. Biorąc pod uwagę, iż umowa o roboty budowlane jest stypizowaną odmianą umowy o dzieło strony zawierające umowę, zgodnie z wyrażoną w art. 353¹ ustawy Kodeks cywilny zasadą swobody umów, mogą ułożyć stosunek według własnego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego, co też zostało uczynione w ramach niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wobec powyższego istotą wynagrodzenia jest jego niezmiennosc na etapie realizacji zobowiązania umownego, oraz przerzucenie ryzyka ekonomicznego realizowanego zobowiązania na wykonawcę, w tym wypadku wykonawcę robót budowlanych. Tym samym, w ocenie Izby, należy uznać, iż odpadła podnoszona przez Zamawiającego zabezpieczająca rola złożenia oświadczenia w zakresie dokonanej przez wykonawców wizji lokalnej.

Wobec powyższego aby doszło do niezgodności treści oferty z treścią SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp niezgodność ta winna dotyczyć zakresu oferowanego przez wykonawcę świadczenia w odniesieniu do zakreślonego w treści SIWZ, a w przypadku gdy przedmiotem postępowania są roboty budowlane zakreślonego w sposób szczegółowy w dokumentacji projektowej, przedmiarach robót oraz specyfikacjach technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych. Sposób spełnienia świadczenia reguluje również projektu umowy lub istotne postanowienia przyszłej umowy. Tylko w takim zakresie uprawnione jest badanie kwestii odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W ramach ustalonego stanu faktycznego oraz stanowiska Zamawiającego wyrażonego w toku rozprawy Izba uznała, iż żądane przez Zamawiającego w dziale V (Dokumenty, jakie należy załączyć do składanej oferty) pkt 3 (Inne dokumenty, których żąda Zamawiający) SIWZ oświadczenie o dokonaniu wizji lokalnej nie stanowi merytorycznej treści oferty w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Jest to innego rodzaju oświadczenie, którego rola i znaczenie nie została przez Zamawiającego określona w treści SIWZ. W ocenie Izby czynność faktyczna polegająca na przeprowadzeniu wizji lokalnej oraz żądane na jej potwierdzenie oświadczenie nie wskazują na sposób spełnienia świadczenia, tj. nie precyzują sposobu wykonania przedmiotu zamówienia, a co za tym idzie można wysunąć kolejne twierdzenie, iż w ogóle się do niego nie odnoszą.

W związku z powyższym Izba uznała, iż zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp potwierdził się.

II. W zakresie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp Izba wskazuje, iż również zasługuje on na uwzględnienie.

Izba w pkt I niniejszego wyroku stwierdziła naruszenie przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Wobec powyższego w każdym przypadku bezpodstawnego odrzucenia przez Zamawiającego oferty najkorzystniejszej ekonomicznie i wyboru oferty najkorzystniejszej z pominięciem takiej oferty dochodzi do naruszenia podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych.

Do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców doszło ponadto na skutek obciążenia wykonawców obowiązkiem samodzielnego doprecyzowania opisu przedmiotu zamówienia w ramach dokonania wizji lokalnej. Wszakże art. 29 ust. 1 ustawy Pzp nakłada na zamawiającego obowiązek dokonania opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Tym bardziej, przy uwzględnieniu treści art. 29 ust. 1 ustawy Pzp oraz konsekwencji ustalenia w niniejszym postępowaniu wynagrodzenia ryczałtowego, różnicowanie statusu wykonawców, którzy przeprowadzili wizję lokalną i tych wykonawców, którzy zaniechali tej czynności stanowi rażące naruszenie wyrażonej w art. 7 ustawy Pzp zasady. Izba w niniejszym składzie podziela w całej rozciągłości pogląd wyrażony w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 grudnia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 1633/09), w którego uzasadnieniu zostało wskazane, że: „(...) zamawiający ustanawiając naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wymóg dokonania wizji, zaniechał prawidłowego opisu przedmiotu zamówienia. Zamawiający obciążył wykonawców wykonaniem swego ustawowego obowiązku wymagając, aby informacje niezbędne do przygotowania oferty uzyskali w czasie wizji. (...) Właściwym działaniem zamawiającego winno być pozostawienie możliwości dokonania wizji wyborowi wykonawców jako czynności pomocniczej przy przygotowaniu oferty a nie mającej wpływu na jej formalną ocenę (...)”.

Tym samym Izba uznała, iż w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego doszło do naruszenia przez Zamawiającego podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych wyrażonych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Wobec powyższego stwierdzenie przez Izbę zasadności naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp ze względu na bezpodstawne odrzucenie oferty wykonawcy MITRON Zakład Instalacyjno-

Elektromechaniczny Leszek Ossowski ze względu na niezgodność treści oferty tego wykonawcy z treścią SIWZ powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania z uwzględnieniem postanowień rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) w tym w szczególności § 5 ust. 2 pkt 1.

Przewodniczący:

.....

