

**Sygn. akt KIO 1964/16**

**WYROK**  
**z dnia 2 listopada 2016 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk**

**Protokolant: Aleksandra Zielonka**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 listopada 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 października 2016 r. przez Przedsiębiorstwo Usługowe „B&WJ” Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Wodzisławiu Śląskim w postępowaniu prowadzonym przez Skarb Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad działającego przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Opolu

**orzeka:**

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża Przedsiębiorstwo Usługowe „B&WJ” Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Wodzisławiu Śląskim i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Przedsiębiorstwo Usługowe „B&WJ” Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Wodzisławiu Śląskim tytułem wpisu od odwołania;
  - 2.2. zasądza od Przedsiębiorstwa Usługowe „B&WJ” Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Wodzisławiu Śląskim na rzecz Skarbu Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad działającego przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Opolu kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiące uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Opolu.

**Przewodniczący:** .....

**Sygn. akt KIO 1964/16**

### **Uzasadnienie**

Zamawiający – Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad działający przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Opolu – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest przebudowa dwóch przepustów i komory wylotowej na rowie RD w m. Chrzowice związana z odwodnieniem drogi krajowej nr 45. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych 29 sierpnia 2016 r. pod numerem 303463-2016. Wartość zamówienia jest mniejsza niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W związku z przesłaniem przez zamawiającego informacji o wyniku postępowania 17 października 2016 r. Przedsiębiorstwo Usługowe „B & WJ” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Wodzisławiu Śląskim wniosło odwołanie. Zachowany został obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu:

1. wewnętrzną sprzeczność w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, dalej jako „SIWZ”, polegającą na wykluczeniu złożenia oferty wariantowej (punkt 5.1 SIWZ) oraz dopuszczeniu „wykonania części przelotowej bez zabezpieczenia wykopu ścianką szczelną w przypadku stwierdzenia takiej możliwości na miejscu budowy i za zgodą projektanta (strona 7 pkt 4 opisu technicznego), co prowadzi do braku możliwości zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy i przez to narusza art. 93 ust. 1 Pzp;

2. błędne zastosowanie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 4 Pzp i odrzucenie oferty odwołującego pomimo braku rażąco niskiej ceny oraz kosztu oraz pomimo zgodności tej oferty z treścią SIWZ;
3. naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wyrażonych w art. 7 ust. 1 Pzp polegające na dokonaniu oceny i wyboru ofert przy uwzględnieniu kosztu wykonania prac obejmujących zabezpieczenie wykopu ścianką szczelną przy jednoczesnym dopuszczeniu, że po zawarciu umowy prace te nie będą wykonywane, a wynagrodzenie zostanie odpowiednio pomniejszone, co może spowodować, że wybrana oferta może okazać się ostatecznie mniej korzystna, przy uwzględnieniu zmniejszonej wysokości wynagrodzenia, od ofert pozostałych oferentów.

Odwołujący żądał uwzględnienia odwołania oraz nakazanie zamawiającemu unieważnienia odrzucenia oferty odwołującego, nakazanie unieważnienia czynności wyboru DDtherm Sp. z o.o. w Rozmierce i ponownej oceny ofert oraz o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego. Ewentualnie żądał nakazania unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia.

W uzasadnieniu odwołujący stwierdził, że po wizycie na miejscu budowy oraz po konsultacji z projektantem doszedł do przekonania, że przedmiot zamówienia może zostać zrealizowany bez wykonywania ścianek szczelnych, a taką możliwość zamawiający dopuścił w SIWZ. W tej sytuacji - wobec wyłączenia możliwości składania ofert wariantowych - odrzucenie oferty odwołującego, który zamierza zrealizować roboty budowlane bez ścianek szczelnych, świadczy o wadzie postępowania uniemożliwiającej zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Podniósł ponadto, że skoro zamawiający przewidział możliwość wykonania robót budowlanych bez zabezpieczenia ścianką szczelną, to oszacowanie wartości tych prac na 1 złotych nie stanowi rażąco niskiej ceny, ani nieuczciwej konkurencji. Koszt tych prac wynika z przyjętego założenia, dopuszczonego warunkami postępowania, że prace te, obejmujące użycie ścianek szczelnych do zabezpieczenia robót, nie będą potrzebne i za zgodą projektanta nie zostaną wykonane. Nie ma więc podstaw do uznania, że koszt ten powinien być wyższy, skoro odwołujący wskazał, że nie przewiduje jego poniesienia.

Nie zgłoszono przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i przeprowadziła rozprawę, podczas której odwołujący podtrzymał dotychczasowe stanowisko.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. Zdaniem zamawiającego możliwość wykonania przedmiotu zamówienia bez ścianek szczelnych może zostać stwierdzona dopiero

przy realizacji umowy, a postanowienia SIWZ nie dawały wykonawcy podstawy od prawidłowej wyceny każdego elementu opisanego w przedmiarze robót.

### **Izba ustaliła, co następuje:**

W 5.1 oraz 14.3. SIWZ zamawiający wykluczył składanie ofert wariantowych. W tomie III do SIWZ w opisie technicznym na stronie 7 zamawiający dopuścił wykonanie części przelotowej bez zabezpieczenia wykopu ścianką szczelną w przypadku stwierdzenia takiej możliwości na miejscu budowy i za zgodą projektanta. Wskazał jednak również, że długość ścianek szczelnych może być większa, niż opisana.

W pkt 14.5. SIWZ zamawiający ustalił, że na ofertę składają się m.in. wypełniony formularz „Oferta” (formularz 2.1.) oraz kosztorysy ofertowe (formularze 2.1.- 2.3). Każdy z kosztorysów ofertowych zawierał pozycję „Ścianki szczelne z grodziec stalowych”. Zamawiający nakazał w pkt 15.2. SIWZ, aby kosztorysy ofertowe były sporządzone metodą kalkulacji uproszczonej ściśle według kolejności pozycji.

Formularze te stanowią również zgodnie z pkt 15.1. SIWZ podstawę do obliczenia ceny oferty. Zamawiający ustalił w pkt 15.7. SIWZ, że ceny jednostkowe określone przez wykonawcę w ofercie nie będą zmieniane w toku realizacji zamówienia i nie będą podlegały waloryzacji.

Zgodnie z § 6 ust. 5 *in initio* Istotnych dla stron postanowień umowy wynagrodzenie wykonawcy stanowić będzie iloczyn ilości wykonanych robót i cen jednostkowych podanych w kosztorysach ofertowych.

Odwołujący złożył ofertę z najniższą ceną 398.264,85 zł. Druga pod względem ceny była oferta DDtherm sp. z o.o. w Rozmierce z ceną 433.575,00 zł, ceny pozostałych 5 ofert wynosiły od 586.058,36 zł do 1.353.828 zł.

Za wykonanie m ścianki szczelnej z grodziec stalowych odwołujący przewidział cenę jednostkową 1 zł.

Zamawiający wyjaśniał tę kwestię i po uzyskaniu informacji od odwołującego odrzucił jego ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 4 Pzp. W uzasadnieniu tej czynności z dnia 12 października 2016 r. wskazał, że pismem z 21 września 2016 r. podstawie art. 90 ust. 1 oraz 87 ust. 1 Pzp wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień, czy cena i jej elementy nie mają charakteru rażąco niskiego i czy oferta uwzględnia wszystkie wymagania zamawiającego określone w SIWZ. W szczególności wątpliwości zamawiającego dotyczyły wysokości ceny jednostkowej pozycji „Ścianki szczelne z grodziec stalowych”, występującej w każdym z 3 kosztorysów, która została wyceniona przez wykonawcę w wysokości 1 zł/m .

Zamawiający powołał, że w wyjaśnieniach z 26 września 2016 r. odwołujący oświadczył, że ze względu na możliwość niewykonania wszystkich ścianek szczelnych w pozycjach

dotyczących wykonania ścianek szczelnych wpisał 1 zł, natomiast ich koszty ujął w pozycjach dotyczących montażu przepustów. Zamawiający uznał, że taki sposób wyceny jest niezgodny z zapisami specyfikacji technicznej M-II.04.20 „Ścianki szczelne z grodzie stalowych”, w której w pkt 9.2 jednoznacznie wskazano, co powinna uwzględniać cena jednostkowa, a co także wskazuje, że niedopuszczalne jest przenoszenie kosztów do jakiegokolwiek innej pozycji.

W związku z zaprezentowanym stanowiskiem zamawiającego odwołujący wniósł odwołanie.

### **Izba zważyła, co następuje:**

Izba rozpoznała odwołanie na podstawie stanu prawnego obowiązującego po wejściu w życie ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r. poz. 1020). Stosownie bowiem do art. 16 ust. 1 tej ustawy nowelizującej do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego wszczętych i niezakończonych przed dniem wejścia w życie ustawy nowelizującej oraz do odwołań i skarg do sądu dotyczących tych postępowań stosuje się przepisy dotychczasowe.

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Jest wykonawcą, który złożył ofertę i ma interes w uzyskaniu danego zamówienia. Zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów powodują, że odwołujący, który złożył ofertę z najniższą ceną, może ponieść szkodę w postaci utraty możliwości uznania jego oferty za najkorzystniejszą. Wszyscy wykonawcy złożyli oferty tak samo ocenione w kryteriach innych niż cena, zatem o uzyskaniu zamówienia decyduje cena oferty, która różnicuje sytuację wykonawców.

Odwołanie okazało się bezzasadne.

W pierwszej kolejności należało odnieść się do zarzutu naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp. Przepis ten nakazuje zamawiającemu unieważnienie postępowania, jeśli jest ono obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wadą tą według odwołującego ma być wyłączenie możliwości złożenia oferty wariantowej w sytuacji, gdy opis techniczny dopuszcza możliwość nie wykonania ścianek szczelnych.

W doktrynie i orzecznictwie wyrażany jest pogląd, zgodnie z którym, w sytuacji, gdy SIWZ jest wewnętrznie sprzeczna, istnieją podstawy do unieważnienia postępowania, gdyż wykonawcy mogą pozostawać w błędnym przekonaniu, co do wymagań zamawiającego stawianych wykonawcom albo treści oczekiwanych ofert.

W badanej sprawie Izba nie podzieliła poglądu odwołującego, że postanowienia SIWZ wprowadzają w błąd wykonawców. Niedopuszczenie przez zamawiającego złożenia oferty wariantowej nie stoi w sprzeczności z możliwością realizacji zamówienia bez wykonania ścianek szczelnych. Dostrzec bowiem trzeba, że oferta wariantowa, stosownie do art. 2 pkt 7 Pzp, to oferta przewidująca, zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ, odmienny niż określony przez zamawiającego sposób wykonania zamówienia publicznego.

Izba oceniła, że zamawiający w tomie III do SIWZ w opisie technicznym na stronie 7, wskazał nie na możliwość zastosowania rozwiązania wariantowego, ale na ewentualne ograniczenie zakresu pracy wykonawcy. O tym, że zmniejszenie zakresu robót dotyczy etapu wykonania zobowiązania przez wykonawcę, świadczy też zastrzeżenie zamawiającego, że niezbędne jest do tego stwierdzenie takiej możliwości na miejscu budowy oraz uzyskanie zgody projektanta.

W konsekwencji możliwość wykonania części przelotowej bez zabezpieczenia wykopu ścianką szczelną nie jest zatem wariantem oferty podstawowej (obejmującej pełen zakres prac), lecz wskazaniem dotyczącym realizacji umowy. Świadczy o tym również założenie, że długość rzeczywiście wykonanej ścianki szczelnej może być większa niż opisana w przedmiarze.

Postanowienia SIWZ nie dają żadnych podstaw do pominięcia w treści oferty oraz tym samym do odstąpienia od prawidłowej wyceny ścianek szczelnych, zwłaszcza wobec kosztorysowego charakteru wynagrodzenia. W tej mierze nie ma racji odwołujący, gdy twierdzi, że kosztorysowy charakter wynagrodzenia może mieć znaczenie wyłącznie przy rozliczaniu umowy. Nie można bowiem pominąć, że zamawiający wyraźnie ustalił sposób obliczania ceny oferty polegający na sumowaniu poszczególnych pozycji kosztorysu. Tym samym ujęcie w kalkulacji wszystkich pozycji opisanych w przedmiarach robót i wskazanych w formularzach kosztorysowych ma znaczenie dla badania ceny całej oferty oraz oceny rzetelnej kalkulacji ceny poszczególnych elementów oferty.

Dostrzec bowiem trzeba, że obowiązujący art. 90 ust. 1 Pzp daje zamawiającemu możliwość badania nie tylko ceny oferty w całości, ale i jej istotnych poszczególnych elementów. Zdaniem Izby przepis ten nie tylko wskazuje na znaczenie zaniżenia ceny części oferty dla rzetelności oferty jako całości, ale też należy z niego wywieść dyrektywę, zgodnie z którą koszty danej części oferty powinny być uwzględniane wyłącznie w kalkulacji dotyczącej tej części. W przeciwnym razie badanie istotnej części oferty dopuszczone w art. 90 ust. 1 Pzp narażone będzie na brak przejrzystości będącej zasadą, której zamawiający powinien przestrzegać na każdym etapie postępowania.

Izba oceniła, że zamawiający prawidłowo odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp. Jak Izba wskazała wcześniej wykonawca był zobowiązany do uwzględnienia

kosztów wykonania ścianek szczelnych, a ich pominięcie ma istotne znaczenie dla ceny oferty. Gdyby przyjąć pogląd odwołującego, że koszty ścianek zostały ujęte w cenach innych pozycji kosztorysu, to oznaczałoby to, że niezależnie od tego, czy potrzeba wykonania ścianek szczelnych wystąpi w toku wykonywania umowy, to wykonawca i tak otrzymałby zapłatę za te ścianki, nawet w sytuacji, gdy ich faktycznie nie wykonana. Taki sposób wyceny nie tylko uniemożliwia zapłatę wykonawcy za prace rzeczywiście wykonane, ale jest również sprzeczny z zasadami uczciwej konkurencji.

Rozpoznanie odwołania w granicach podniesionych zarzutów doprowadziło Izbę do przekonania, że zamawiający zasadnie odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. O ile bowiem odwołujący w wyjaśnieniach złożonych zamawiającemu zdawał się twierdzić, że faktycznie wycenił wykonanie ścianek szczelnych, o tyle w odwołaniu wskazywał, że uznał brak potrzeby wykonania tych ścianek. Jak Izba już ustaliła, zamawiający nie dał wykonawcom takiej możliwości. Nie można też pominąć, że odwołujący nie przedstawił zgody projektanta na pominięcie ścianek szczelnych, chociaż twierdził w odwołaniu, że konsultował się z projektantem.

Odwołujący przygotował zatem swoją ofertę niezgodnie z merytorycznymi wymaganiami opisanymi w SIWZ. Zamawiający odrzucając taką ofertę nie naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Zamawiający nie naruszył również art. 7 ust. 1 Pzp. Izba zważyła, że naruszeniem tego przepisu byłoby spełnienie żądań odwołującego i dopuszczenie jego oferty do oceny. W tej sytuacji zamawiający na równych zasadach oceniałby oferty, których treść jest nieporównywalna – ofertę odwołującego, który założył brak wykonania ścianek szczelnych i pozostałych wykonawców, którzy nie przyjęli takiego założenia i koszt wykonania tych ścianek oszacowali zgodnie z wymaganiami zamawiającego.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w kwocie 3.600 zł, zgodnie z § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Izba nie zasądziła kosztów dojazdu pełnomocnika zamawiającego na posiedzenie. Obciążenie strony przegrywającej postępowanie odwoławcze polega na zwrocie kosztów

poniesionych przez stronę wygrywającą i uzależnione jest od złożenia rachunków do akt sprawy. Zamawiający złożył fakturę dokumentującą poniesienie kosztów zastępstwa procesowego. Wysokość kosztów dojazdu wynikała natomiast wyłącznie z dokumentu zatytułowanego „Rachunek (spis kosztów)”. Treść tego dokumentu wskazuje, że nie jest on rachunkiem, lecz wyłącznie spisem kosztów.

**Przewodniczący:** .....