

Sygn. akt: KIO 1002/18

WYROK
z dnia 5 czerwca 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Emilia Garbala

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 czerwca 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 maja 2018 r. przez wykonawcę **Drager Sp. z o.o., ul. Powstańców Śląskich 103/33, 01-466 Warszawa,**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Zarząd Terenów Publicznych, ul. Podwale 23, 00-261 Warszawa,**

przy udziale wykonawcy **Nobile Polska Sp. z o.o., ul. Rumiana 55/57 lok. 1, 02-954 Warszawa,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Drager Sp. z o.o., ul. Powstańców Śląskich 103/33, 01-466 Warszawa,** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Drager Sp. z o.o., ul. Powstańców Śląskich 103/33, 01-466 Warszawa,** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 poz. 1579 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 Warszawie.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający - Zarząd Terenów Publicznych, ul. Podwale 23, 00-261 Warszawa, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Wykonanie prac związanych z wykonaniem rewaloryzacji konstrukcyjno-konserwatorskiej dolnej części Barbakanu (wraz z ciągiem pieszo-jezdnym) zlokalizowanego w ciągu murów staromiejskich w Warszawie”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 23 kwietnia 2018 r., nr 547832-N-2018. Pismem z dnia 14 maja 2018 r. (wysłanym w dniu 15 maja 2018 r.) zamawiający zawiadomił o odrzuceniu, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, m.in. oferty wykonawcy Drager Sp. z o.o., ul. Powstańców Śląskich 103/33, 01-466 Warszawa, (dalej: „Drager” lub „odwołujący”). Powodem odrzucenia było niezłączenie do oferty kosztorysu ofertowego.

W dniu 21 maja 2018 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione przez wykonawcę Drager, w którym odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez bezzasadne odrzucenie oferty odwołującego, w sytuacji gdy specyfikacja istotnych warunków zamówienia (dalej: „siwz”) w zakresie wymaganych dokumentów nie przewidywała konieczności przedłożenia kosztorysu ofertowego,
- 2) „art. 82 pkt 3” w zw. z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty odwołującego, w sytuacji gdy zamawiający winien przeprowadzić postępowanie wyjaśniające w przypadku powzięcia jakichkolwiek wątpliwości w przedmiocie zaoferowanej ceny,
- 3) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców polegające na:
 - zaniechaniu wyjaśnienia treści oferty odwołującego lub poprawienia omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją i wyborze najkorzystniejszej oferty,
 - „powzięciu przez zamawiającego wiedzy w zakresie błędnie sformułowanej siwz (dot. Barbakan) i uzupełnienie innego siwz (dot. ul. Brzozowej), których dotyczył innego zamówienia,
 - zaniechaniu uzupełnienia siwz dot. Barbakanu”,

alternatywnie:

- 4) art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp polegające na odrzuceniu oferty, w sytuacji gdy - przy założeniu, że odwołujący nie złożył wymaganego w siwz kosztorysu ofertowego - jego treść nie kształtowała w żaden sposób treści zobowiązania, co więcej nawet w sposób pośredni na nią nie wpływała.

W szczególności odwołujący wskazał, że zamawiający „w piśmie z dnia 14 maja 2018 r. (doręczono 15 maja 2018) podniósł, iż nie zostały spełnione wymogi określone na stronie 12 SIWZ, w części IV pn.: »Opis sposobu obliczania ceny oferty« pkt 15. Wskazać należy, że przywołany fragment dotyczy jedynie sposobu obliczania kosztorysu, natomiast konieczność przedłożenia określonych dokumentów została określona na stronie 5 SIWZ, w części III pn.: »Warunki udziału w postępowaniu« pkt 10. (...) w równocześnie toczącym się przetargiem ogłoszonym przez zamawiającego na rewitalizację murów Barbakanu w Warszawie, gdzie treść SIWZ była zbieżny z tym dotyczącej wykonania konserwatorskich części murów obronnych Starego Miasta w strefie ul. Brzozowej w Warszawie, wprowadzono przed złożeniem ofert poprawkę, dodającą do SIWZ punktu 10.1. literę b [pisownia oryginalna]. Obecnie cały zapis punktu 10.1. brzmi: »Oferta powinna składać się z:

- a) wypełnionego Formularza oferty wykonawcy o treści zgodnej z określoną we wzorze stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ.
- b) kosztorysu ofertowego zgodnie z przedmiarem robót stanowiący załącznik do dokumentacji projektowej - załącznik nr 2 do SIWZ«.

(...) Nieprecyzyjne zapisy SIWZ spowodowały, że w kolejnym przetargu zamawiający uzupełnił przedmiotowy brak - a zatem prawidłowe było też rozumienie odwołującego. Jeśli zatem zamawiający chciał by dany wymóg, zapis był rozumiany przez wykonawców w określony sposób winien był sporządzić zapisy SIWZ tak, aby wskazać kierunek interpretacyjny wykonawcom. Zapisy SIWZ powinny być na tyle precyzyjne aby nie pozostawiać pola do interpretacji. SIWZ jest w końcu swego rodzaju instrukcją dla wykonawców, a zapisy instrukcji powinny być jednoznaczne i wskazywać wykonawcom konkretny sposób postępowania. (...) Z ostrożności odwołujący wskazuje, że w niniejszej sprawie wymóg złożenia kosztorysu ofertowego stanowił jedynie wymóg formalny. Treść złożonego dokumentu, w świetle zapisów SIWZ, nie wpłynęłaby na zobowiązanie zawarte w ofercie odwołującego. Przedłożona dokumentacja służyła odwołującemu, jako dane wyjściowe przy ustalaniu wysokości ceny ofertowej. Zdaniem odwołującego kosztorys ofertowy miał zostać złożony zamawiającemu jedynie w celu informacyjnym. Jego treść nie kształtowała w żaden sposób treści zobowiązania, co więcej nawet w sposób pośredni na nią nie wpływała”.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania,
- 2) unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
- 3) unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego,
- 4) powtórzenie czynności badania i oceny oferty z uwzględnieniem oferty odwołującego,
- 5) dokonanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej,
- 6) obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego.

Pismem z dnia 23 maja 2018 r. wykonawca Nobile Polska Sp. z o.o., ul. Rumiana 55/57 lok. 1, 02-954 Warszawa (dalej: „przystępujący”), zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Izba stwierdziła prawidłowość przystąpienia wykonawcy Nobile Polska Sp. z o.o. po stronie zamawiającego.

W trakcie rozprawy strony podtrzymały swoje stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest wykonanie prac związanych z wykonaniem rewaloryzacji konstrukcyjno-konserwatorskiej dolnej części Barbakanu (wraz z ciągiem pieszo-jezdnym) zlokalizowanego w ciągu murów staromiejskich w Warszawie.

W części III siwz pn. „Warunki udziału w postępowaniu” w punkcie 10 pn. „Oświadczenia i dokumenty wymagane w postępowaniu”, zamawiający wymienił wymagane dokumenty, w tym w podpunkcie 10.3. wskazał: „Inne dokumenty lub oświadczenia wymagane w postępowaniu”.

W części IV siwz pn. „Opis sposobu obliczania ceny oferty” w punkcie 15 zamawiający wskazał: „15. Wykonawca opracuje kosztorysy ofertowe wg następujących zasad:

- 15.1. należy określić ceny na wszystkie elementy zamówienia wymienione w przedmiarach robót,
- 15.2. wszystkie pozycje kosztorysu ofertowego muszą zawierać wpisaną cenę jednostkową netto bez podatku VAT,
- 15.3. cena jednostkowa każdej pozycji kosztorysowej musi obejmować koszty bezpośrednie robocizny, materiałów, zakupu, pracy sprzętu i transportu technologicznego oraz koszty pośrednie i zysk oraz inne wymagane przepisami”.

W części VII siwz pn. „Zasady przygotowania oferty” w punkcie 26.4. zamawiający wskazał: „Oferta powinna zawierać wszystkie dokumenty, oświadczenia i załączniki, o których mowa w niniejszej specyfikacji”.

W załączniku nr 1 do siwz i do umowy, tj. we wzorze formularza ofertowego, w punkcie 1 zamawiający wskazał: „Oferujemy realizację zamówienia zgodnie z dokumentacją przetargową oraz zgodnie z załączonym kosztorysem ofertowym”. Z kolei w pkt 11 zamawiający wskazał: „Do niniejszego formularza oferty są załączone i stanowią integralną część oferty, załączniki określone w Części III w punkcie 10 SIWZ oraz w pkt 26.2 SIWZ”.

W załączniku nr 9 do siwz, tj. we wzorze umowy, w § 1 ust. 2 pkt 1 zamawiający wskazał: „Przedmiot umowy szczegółowo określają niżej wymienione dokumenty: 1) formularz ofertowy wraz z kosztorysem ofertowym - zał. 1”.

Dodatkowo w § 6 wzoru umowy zamawiający wskazał:

1. Za prawidłowe wykonanie przedmiotu Umowy Wykonawca otrzyma wynagrodzenie kosztorysowe.
2. Wykonawca oświadcza, że w wynagrodzeniu kosztorysowym, określonym na podstawie formularza ofertowego wraz z kosztorysem ofertowym (załącznik nr 1 do niniejszej Umowy) ujął wszystkie koszty niezbędne do wykonania przedmiotu Umowy.
3. Strony ustalają, że za wykonanie przedmiotu umowy Zamawiający zapłaci wynagrodzenie na podstawie faktycznie wykonanego i odebranego zakresu robót przy wykorzystaniu cen jednostkowych, określonych i wskazanych w formularzu ofertowym wraz z kosztorysem ofertowym stanowiących załącznik nr 1 do niniejszej Umowy, przy czym wysokość wynagrodzenia nie będzie mogła przekroczyć kwoty określonej w ust. 1.

Załącznikiem do siwz był m.in. przedmiar robót.

Wykonawca Drager złożył ofertę, do której nie dołączył kosztorysu ofertowego. Pismem z dnia 14 maja 2018 r. zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W uzasadnieniu zamawiający wskazał, że „w treści SIWZ, na stronie 12, w Części IV pn.: »Opis sposobu obliczania ceny oferty« w pkt 15, wymagał sporządzenia przez Wykonawcę kosztorysu ofertowego na podstawie załączonego Przedmiaru zał. nr 10 do SIWZ, zeszyt VII, który należało załączyć do Formularza ofertowego Wykonawcy. Komisja przetargowa analizując ofertę firmy DRAGER Sp. z o. o. stwierdziła, iż nie załączyliście Państwo dokumentu wskazanym w powyższym zdaniu, w związku z tym, oferta jest w sposób bezsprzeczny niezgodna z warunkami określonymi w SIWZ”.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron i przystępującego złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że w stosunku do zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Ponadto Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 179 ust. 1 Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowaną czynność odrzucenia jego oferty. Dlatego też odwołanie w zakresie dotyczącym odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, podlega rozpoznaniu.

Odwołanie to nie podlega natomiast rozpoznaniu w zakresie zarzutów dotyczących naruszenia art. 82 ust. 3 w zw. z art. 87 ust. 1, art. 87 ust. 2 pkt 3 i art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, tj. zarzutów dotyczących wzywania odwołującego do wyjaśnień, poprawienia jego oferty i uzupełniania treści siwz. Zgodnie bowiem z art. 180 ust. 2 ustawy Pzp powyższe czynności zamawiającego nie mieszczą się w katalogu czynności, wobec których przysługuje odwołanie w postępowaniu o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Tym samym, w myśl art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp, odwołanie w zakresie, w jakim dotyczy czynności innych niż opisane w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp, podlega odrzuceniu.

W zakresie zarzutu dotyczącego odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp Izba stwierdziła, że odwołanie nie jest zasadne i podlega oddaleniu.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści siwz, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Niezgodność oferty z siwz musi mieć charakter merytoryczny, nie zaś wyłącznie formalny, o czym świadczy użycie przez Ustawodawcę słowa „treść”.

Odnosząc się do argumentacji odwołującego w szczególności nie można zgodzić się, że brak wskazania kosztorysu ofertowego w części III pkt 10 siwz, oznacza, że wykonawcy nie mieli obowiązku dołączenia go do oferty. Należy bowiem po pierwsze zauważyć, że w punkcie tym znajduje się podpunkt 10.3., który wyraźnie przewiduje obowiązek przedłożenia także dokumentów lub oświadczeń wymaganych w postępowaniu innych, niż

pozostałe wymienione w punkcie 10 (obowiązek ten został także wskazany w sekcji III pkt III.7. ogłoszenia o zamówieniu). Po drugie, w części IV w punkcie 15 siwz zamawiający jednoznacznie zobligował wykonawców do opracowania kosztorysu ofertowego. Oczywistym jest, że najwygodniej dla wykonawców byłoby, gdyby zamawiający wszystkie wymagane dokumenty wymieniali w jednym punkcie siwz, niemniej jednak ustawa Pzp ich do tego nie zobowiązuje, natomiast w interesie wykonawcy jest zapoznanie się z całą treścią siwz, a nie tylko jej wybranymi fragmentami. Tym samym odwołujący w przedmiotowej sprawie miał obowiązek dołączyć do oferty wszystkie dokumenty wymagane w siwz, niezależnie od tego, w którym punkcie zostały wymienione, nie zaś tylko dokumenty wskazane w punkcie 10 części III siwz konkretnie z nazwy.

Obowiązek dołączenia do oferty kosztorysu ofertowego wynika także z innych fragmentów siwz. W pkt 11 wzoru formularza ofertowego zamawiający przewidział, że załączone do niego zostaną i stanowić będą integralną część oferty m.in. dokumenty określone w części III pkt 10 siwz, a więc także wskazane w tym punkcie „inne dokumenty lub oświadczenia wymagane w postępowaniu”. Takim „innym” dokumentem jest właśnie kosztorys ofertowy, wymieniony w pkt 15 części IV siwz. Niezależnie od treści punktu 11, w pkt 1 formularza ofertowego zamawiający wprost przewidział oświadczenie wykonawcy o tym, że oferuje on przedmiot zamówienia zgodnie m.in. „z załączonym kosztorysem ofertowym”. Oznacza to, że obowiązek dołączenia kosztorysu ofertowego do formularza ofertowego (oferty) został przewidziany również w samej treści formularza.

Również w części VII siwz w punkcie 26.4. zamawiający wskazał: „Oferta powinna zawierać wszystkie dokumenty, oświadczenia i załączniki, o których mowa w niniejszej specyfikacji”. Tym samym zamawiający jednoznacznie odwołał się do całej siwz i wymagał dołączenia do oferty wszystkich dokumentów określonych w jej treści, a nie tylko w części III pkt 10 (abstrahując od faktu, że w ww. pkt 10 przewidziano „inne” dokumenty, a więc także wymieniony w pkt 15 części IV siwz kosztorys ofertowy).

Ponadto w § 1 i § 6 wzoru umowy zamawiający odwołał się do „formularza ofertowego wraz z kosztorysem ofertowym” stanowiących załącznik nr 1 do umowy. Zarówno słowo „wraz” (pojawiające się trzykrotnie), jak i słowo „stanowiących” użyte w liczbie mnogiej, świadczą o tym, że formularz ofertowy miał być złożony łącznie z kosztorysem ofertowym i oba razem mają stanowić załącznik do umowy. Zatem z powyższych zapisów wynika, że kosztorys ofertowy musiał być dołączony do formularza ofertowego (oferty), aby łącznie w formie załącznika stanowić integralną część umowy.

Wyżej wskazane postanowienia siwz i załączników do niej (nr 1 i nr 9) przesądzają o istnieniu wymogu dołączenia do oferty kosztorysu ofertowego. Postanowienia te są jasne i jednoznaczne. Tym samym nie ma podstaw do stwierdzenia, że treść siwz budzi jakiegokolwiek wątpliwości, które musiałyby być rozstrzygane na korzyść wykonawcy.

Nie można także zgodzić się ze stanowiskiem odwołującego, że przedłożenie kosztorysu ofertowego było jedynie wymogiem formalnym. Należy zauważyć, że w przedmiotowym postępowaniu przewidziane zostało wynagrodzenie kosztorysowe. Sam odwołujący w odwołaniu pisze, że: „Wynagrodzenie kosztorysowe ma umożliwić dostosowanie wysokości wynagrodzenia do rzeczywistego zakresu i kosztów wykonanych robót. Jest to wynagrodzenie opierające się na przewidywaniach dotyczących zakresu prac oraz kosztów ich wykonania, które nie są ostateczne i mogą ulec zmianie, stosownie do zmiany okoliczności wykonania umowy”. Należy zatem dodać, że przy wynagrodzeniu kosztorysowym do rozliczenia wykonanych robót kosztorys ofertowy jest niezbędny, aby możliwe było obliczenie na podstawie zakresu faktycznie wykonanych prac należnego wykonawcy wynagrodzenia. Tym samym kosztorys ofertowy, w przypadku wynagrodzenia kosztorysowego, jest jednym z dokumentów warunkujących możliwość rozliczenia wykonanych robót. Również w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego dokument ten jest wykorzystywany do zbadania oferty pod kątem tego, czy zakres lub sposób wykonania robót przewidziany w kosztorysie ofertowym jest zgodny z oczekiwaniami zamawiającego wyrażonymi w siwz oraz czy istotna składowa ceny oferty nie jest rażąco niska. Tym samym kosztorys ofertowy jest dokumentem, na podstawie którego zamawiający dokonuje niezbędnych czynności merytorycznych w zakresie oceny oferty i rozliczenia robót, a w konsekwencji wymóg jego złożenia nie może być uznany za wymóg wyłącznie formalny.

Nie zasługuje również na uznanie argument odwołującego odnoszący się do faktu, że zamawiający w innym równolegle prowadzonym postępowaniu dokonał zmiany siwz i dodał do punktu 10.1. części III siwz wymóg złożenia wymienionego konkretnie z nazwy kosztorysu ofertowego. Jak wskazano wyżej, zamawiający nie mają obowiązku wskazywać wszystkich wymaganych dokumentów w jednym punkcie siwz, choć byłoby to najwygodniejsze i najbardziej przejrzyste dla wykonawców. Fakt ujęcia wymaganych dokumentów w różnych punktach siwz nie zwalnia wykonawcy z obowiązku ich przedłożenia. W niniejszej sprawie, brak wskazania kosztorysu ofertowego jako dokumentu wymienionego konkretnie z nazwy w części III pkt 10 siwz, nie zmienia faktu, że dokument ten był wymagany w innych – wyżej już omawianych - postanowieniach siwz. Postanowienia te są jednocześnie wystarczająco jasne i jednoznaczne, aby możliwe było zauważenie i zrozumienie wymogu przedłożenia kosztorysu ofertowego wraz z ofertą, bez konieczności dokonywania w tym celu zmiany siwz. Tym samym brak modyfikacji siwz poprzez dopisanie wprost kosztorysu ofertowego do części III pkt 10 siwz, nie ma w niniejszym postępowaniu znaczenia dla istnienia wymogu dołączenia tego dokumentu do oferty.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła, że zamawiający nie naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp odrzucając ofertę odwołującego z powodu braku załączenia kosztorysu ofertowego. Wobec powyższego Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust. 7 i art. 191 ust. 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący