

WYROK
z dnia 17 grudnia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 grudnia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 grudnia 2019 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **NODO Sp. z o.o., ul. Gronowska 46, 64-100 Leszno oraz J. M., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Firma Usługowo-Handlowa J. M., ul. Gronowska 35, 64-100 Leszno** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Świąciechowa, ul. Ułańska 4, 64-115 Świąciechowa**

przy udziale wykonawcy **Przedsiębiorstwo Dróg i Ulic Sp. z o.o., ul. Gen. J. Bema 33, 64-100 Leszno**, zgłaszającego przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołania i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, ponowienie czynności badania i oceny ofert, a w jej ramach odrzucenie oferty wykonawcy **Przedsiębiorstwo Dróg i Ulic Sp. z o.o., ul. Gen. J. Bema 33, 64-100 Leszno**,
2. kosztami postępowania obciąża **Gminę Świąciechowa, ul. Ułańska 4, 64-115 Świąciechowa** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **NODO Sp. z o.o., ul. Gronowska 46, 64-100 Leszno oraz J. M., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Firma Usługowo-Handlowa J. M., ul. Gronowska 35, 64-100 Leszno** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od **Gminy Święciechowa, ul. Ułańska 4, 64-115 Święciechowa** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **NODO Sp. z o.o., ul. Gronowska 46, 64-100 Leszno oraz J. M., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Firma Usługowo-Handlowa J. M., ul. Gronowska 35, 64-100 Leszno** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W odniesieniu do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Budowa ulicy Produkcyjnej w Świąciechowie”, nr sprawy FS.271.21.2019. przez Gminę Świąciechowa, ul. Ułańska 4, 64-115 Świąciechowa (dalej „zamawiający”) wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: NODO Sp. z o.o., ul. Gronowska 46, 64-100 Leszno oraz J. M., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Firma Usługowo-Handlowa J. M., ul. Gronowska 35, 64-100 Leszno (dalej „odwołujący”) złożyli odwołanie wobec zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Dróg i Ulic Sp. z o.o. z siedzibą w Lesznie (dalej „Przedsiębiorstwo”), której treść nie odpowiada treści rozdziału 12 pkt 2, 3, 8 i 10 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”), a następnie dokonanie wyboru oferty złożonej przez tego wykonawcę jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 poz. 1986 ze zm.) [dalej „ustawa Pzp”]

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. dokonania czynności ponownego badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący podał, że 17 października 2019 r. na stronie internetowej zamawiającego opublikowane zostały wyjaśnienia nr 2 do SIWZ, stanowiące odpowiedź na wątpliwości zgłoszone jednego z wykonawców i dotyczące zapisów pozycji D.04.02.01 specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych (STWiORB) „Warstwy odsączające i odcinające”. Uzupełnił, że wykonawca zwrócił zamawiającemu uwagę na nieujęcie w projekcie jednego z materiałów przewidzianych w STWiORB do wykonania ulepszonego podłoża z piasku drobnego, a mianowicie geowłókniny nietkanej - igłowanej.

Podał także, że w odpowiedzi zamawiający wyjaśnił, iż do wykonania ulepszonego podłoża z piasku drobnego należy zastosować geowłókninę nietkaną-igłowaną i jednocześnie zamieścił ogłoszenie o dokonaniu zmiany SIWZ, polegającej na dodaniu do przedmiaru robót w branży drogowej poz. nr 4.2.2.A „Ułożenie geowłókniny separacyjnej > 200g/m²”. Dodał, że zamawiający wyznaczył jednocześnie nowy termin składania ofert.

Dowód: wyjaśnienia nr 2 do SIWZ

Wskazał, że pismem z dnia 2 grudnia 2019 r. zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo.

Dowód: informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej

W ocenie odwołującego wybrana jako najkorzystniejsza oferta Przedsiębiorstwa powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, ponieważ do swojej oferty wykonawca ten załączył kosztorys ofertowy w branży drogowej, który nie zawierał w ogóle pozycji nr 4.2.2.A wprowadzonej do przedmiaru robót przez zamawiającego w dniu 17 października 2019 r.

Dowód: kosztorys ofertowy Przedsiębiorstwa.

Odwołujący stanął na stanowisku, że w świetle jednoznacznych zapisów SIWZ dotyczących sposobu obliczenia ceny i przygotowania oferty, okoliczność tę należy rozpatrywać w kategoriach niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, ponieważ zamawiający określił w SIWZ m.in. następujące warunki i wymagania dotyczące treści oferty:

- Treść oferty musi odpowiadać treści SIWZ (rozdział 10 pkt 4).
- Na ofertę składa się m.in. kosztorys ofertowy sporządzony na bazie załączonych przedmiarów robót stanowiących załącznik nr 9 do SIWZ (rozdział 10 pkt 12 lit. g).
- Cenę brutto oferty ustala się na podstawie kosztorysu ofertowego (rozdział 12 pkt 2).
- W poszczególnych pozycjach kosztorysu ofertowego (sporządzanego na podstawie przedmiarów robót – Załącznik nr 9 do SIWZ) należy podać ceny jednostkowe, uwzględniające wszystkie składniki kalkulacyjne mające na nie wpływ oraz wartość całkowitą stanowiącą iloczyn proponowanej ceny jednostkowej i podanego przez Zamawiającego zakresu rzeczowego tej pozycji (rozdział 12 pkt 3).
- Wykonawca w kosztorysie ofertowym nie może pominąć żadnej pozycji z przedmiaru robót lub samodzielnie wprowadzać zmian do przedmiaru robót (rozdział 12 pkt 8).
- Kosztorys ofertowy, należy sporządzić ściśle według kolejności wyszczególnionych pozycji w przedmiarze (rozdział 12 pkt 10).

Uznał, że z zapisów SIWZ wynika, że cena obowiązująca w postępowaniu miała charakter kosztorysowy, a kosztorys ofertowy odgrywał istotną rolę i stanowił nie tylko podstawę do kalkulacji ceny oraz wypłaty wynagrodzenia wykonawcy, ale określał także oferowany przedmiot zamówienia, a nadto, że zamawiający wymagał od wykonawców zamieszczenia w kosztorysie ofertowym wyceny wszystkich pozycji przewidzianych przedmiarze robót.

Odwołujący wskazał, że w toku postępowania zamawiający pismem z dnia 19 listopada 2019 r. zwrócił się do Przedsiębiorstwa o złożenie na podstawie art. 87 ustawy Pzp wyjaśnień dotyczących nieuwzględnienia w kosztorysie ofertowym pozycji nr 4.2.2.A przedmiaru robót i otrzymał odpowiedź z 21 listopada 2019 r., w której wykonawca zarzucił zamawiającemu, że po wprowadzeniu zmian do SIWZ nie opublikował na swojej stronie nowego, jednoznacznie brzmiącego przedmiaru robót oraz że pozycja nr 4.2.2.A przedmiaru

robót nie ma odzwierciedlenia w projekcie budowlanym. Wykonawca wyjaśnił też, że koszt ułożenia geowłókniny uwzględniony został w pozycji nr 4.2.2. kosztorysu ofertowego (wykonanie warstwy ulepszonego podłoża z piasku drobnego), albowiem zgodnie z zapisami STWiORB obie pozycje stanowią jeden element konstrukcyjny.

Dowód: pismo zamawiającego z dnia 19 listopada 2019 r., pismo Przedsiębiorstwa z dnia 21 listopada 2019 r.

W ocenie odwołującego, już sama czynność zwrócenia się zamawiającego do wykonawcy o wskazanie przyczyn nieuwzględnienia określonej pozycji przedmiaru w kosztorysie ofertowym nie znajduje oparcia w przepisach ustawy Pzp, bowiem art. 87 ustawy upoważnia zamawiającego do żądania od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert, a zatem informacji podanych w ofercie, stanowiących jej treść, a nie tych, które w treści oferty nie zostały zawarte.

Zdaniem odwołującego wyjaśnienia złożone przez Przedsiębiorstwo, zgodnie z którymi koszt wykonania warstwy geowłókniny uwzględniony został w innej pozycji kosztorysu ofertowego (poz. 4.2.2 – wykonanie warstwy ulepszonego podłoża z piasku drobnego), stanowią próbę niedozwolonej modyfikacji treści oferty po jej złożeniu.

Uzupełnił, że również zapisy SIWZ nie pozwalały wykonawcom na tego rodzaju przedstawienie zakresu oferowanych robót w kosztorysie ofertowym. Powołał się na pkt 7 rozdziału 12 SIWZ, który stwarzał wykonawcom możliwość uwzględnienia kosztów robót w innej pozycji (pozycjach) kosztorysu, ale dotyczył wyłącznie przypadku nieuwzględnienia czynności lub robót pomocniczych w opisie pozycji przedmiaru robót, wobec czego nie mógł mieć zastosowania do sytuacji, gdy wykonawca całkowicie pomija w swoim kosztorysie prawidłowo opisaną pozycję przedmiaru robót.

Stwierdził, że w świetle zapisu pkt 8 rozdziału 12 SIWZ, warunkiem dokonania zerowej wyceny pozycji przedmiaru robót, przewidzianej w pkt 11 lit. e tego rozdziału, jest zamieszczenie tej pozycji w kosztorysie ofertowym.

Niezrozumiałym dla odwołującego jest zarzut Przedsiębiorstwa dotyczący nieopublikowania przez zamawiającego nowego, jednoznacznie brzmiącego przedmiaru robót, albowiem żaden z zapisów SIWZ, w szczególności dotyczących zmian w treści SIWZ (rozdział 7 pkt 9-11 SIWZ), nie przewidywał obowiązku publikowania jednolitej treści przedmiaru robót.

Podał, że ułożenie geowłókniny jako elementu warstwy ulepszonego podłoża z piasku drobnego zostało przewidziane i dokładnie opisane w pozycji D.04.02.01 STWiORB, że w pkt. 7 tej pozycji (Obmiar robót), w ppkt 7.2 (Jednostka obmiarowa) znajduje się zapis, zgodnie z którym: *Jednostką obmiarową jest m2 (metr kwadratowy) warstwy odsączającej oraz m2 (metr kwadratowy) wykonania warstwy separacyjno-filtracyjnej*

z *geowłókniny nietkanej-igłowej.*, a także w pkt. 9.2 STWiORB (Podstawa płatności – cena jednostki obmiarowej) wyraźnie rozdzielono cenę wykonania 1 m² z geowłókniny nietkanej-igłowej oraz cenę wykonania 1m² warstwy odsączającej z piasku wobec czego zamawiający słusznie wprowadził koszty ułożenia geowłókniny jako odrębną, dodatkową pozycję do przedmiaru robót.

W ocenie odwołującego ułożenie warstwy separacyjno-filtracyjnej z geowłókniny nie jest robotą niezbędną z punktu widzenia konstrukcji drogi i być może z tego powodu zamawiający nie wprowadził jednocześnie odpowiednich zmian w projekcie budowlanym.

Stwierdził, że brak wprowadzenia zmian w projekcie budowlanym nie stanowił przeszkody dla wyceny robót opisanych w pkt. 4.2.2.A przedmiaru robót, o czym może świadczyć fakt, że spośród 6 wykonawców, którzy złożyli oferty w przetargu, tylko Przedsiębiorstwo pominęło tę pozycję w swoim kosztorysie ofertowym.

Uzupełnił, że zapis rozdziału 12 pkt 9 SIWZ nakładał na wykonawców obowiązek zgłaszania zamawiającemu wszystkich błędów ujawnionych w dokumentacji projektowej oraz w przedmiarze robót przed terminem składania ofert – wykonawca Przedsiębiorstwo żadnych zastrzeżeń do dokumentacji projektowej i przedmiaru robót nie zgłosił.

Zauważył, że zapisy STWiORB przewidywały zastosowanie geowłókniny również przy wykonaniu warstwy filtracyjnej drenu (pozycja D.03.02.01 pkt 1.3. „Kanalizacja deszczowa) i w tym przypadku zamawiający przewidział w przedmiarze robót koszt ułożenia geowłókniny jako odrębną pozycję (3.1.7), która została wyceniona przez Przedsiębiorstwo.

Dowód: kosztorys ofertowy Przedsiębiorstwa.

Przypomniał, że zgodnie z treścią 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 ustawy Pzp.

Podniósł, że zamawiający miał podstawy do zastosowania przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nakazującego zamawiającemu poprawienie innych omyłek w treści oferty, polegających na niezgodności oferty z SIWZ i niepowodujących istotnych zmian w treści oferty, ponieważ skutek niewskazania ceny jednostkowej i wartości całkowitej robót zamawiający nie miał podstaw do samodzielnego uzupełnienia tej pozycji. Podkreślił, że wycena dokonana przez ww. wykonawcę w pozycji 3.1.7. kosztorysu ofertowego dotyczyła innego rodzaju geowłókniny i nie mogła stanowić podstawy do uzupełnienia pozycji 4.2.2.A.

Podniósł także, że tego rodzaju czynność mogłaby mieć istotny wpływ na wynik postępowania – biorąc pod uwagę wycenę pozycji poz. 4.2.2.A przez pozostałych wykonawców biorących w przetargu (poza Infrakom Kościan Sp. z o.o., który przyjął nierealną cenę 1 zł za m² ułożenia geowłókniny) wartość robót w tej pozycji wyceniona została na kwoty od ponad 44 tys. zł do ponad 74 tys. zł netto.

Dodał, że w poz. 3.1.7 kosztorysu ofertowego Przedsiębiorstwo wyceniło cenę jednostkowa ułożenia geowłókniny na poziomie 8 zł/m², przy czym materiałem przewidzianym do zastosowania w tej pozycji była geowłóknina o gęstości 150 g/m², podczas, gdy poz. 4.2.2.A przedmiaru robót dotyczyła geowłókniny o wyższej gęstości (200 g/m²) i tym samym droższej.

Ponieważ różnica w cenie pomiędzy ofertą Przedsiębiorstwa i ofertą odwołującego – wywoził odwołujący – wynosi tylko 50.979,30 zł brutto, istnieje duże prawdopodobieństwo, że przy dokonaniu rzetelnej wyceny poz. 4.2.2.A przedmiaru robót oferta Przedsiębiorstwa byłaby droższa.

Odwołujący podniósł także, że niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, polegająca na braku wyceny wszystkich pozycji przedmiaru robót przez Przedsiębiorstwo uniemożliwia porównanie oferty tego wykonawcy z treścią pozostałych ofert i w tej sytuacji zamawiający zobowiązany był do odrzucenia oferty Przedsiębiorstwa Dróg na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Podał, że z podobnej przyczyny (pominięcie pozycji w kosztorysie ofertowym) wykluczony został z postępowania inny wykonawca – HOT PLAST K. D., co prowadzi do wniosku, iż zamawiający w toku oceny złożonych ofert stosował inne zasady w stosunku do poszczególnych wykonawców, naruszając przez to art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przekazanej Izbie przez zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przy piśmie z dnia 12 grudnia 2019 r. – dokumentów wskazanych w dalszej części uzasadnienia, Odpowiedzi na odwołanie – pismo zamawiającego z dnia 13 grudnia 2019 r., a także oświadczeń i stanowisk stron oraz przystępującego zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, skierował odwołanie do rozpoznania na rozprawę.

Skład orzekający Izby ustalił nadto, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego wskazanych w odwołaniu przepisów, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Potwierdzenie się zarzutu zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą (przystępującego) oznaczałoby dla odwołującego szansę na uzyskanie zamówienia, ponieważ po odrzuceniu oferty przystępującego, to oferta odwołującego byłaby, w świetle ustanowionych przez zamawiającego kryteriów oceny ofert,

ofertą przedstawiającą najkorzystniejszy bilans ceny oraz pozacenowych kryteriów oceny ofert.

Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zarzut zaniechania odrzucenia oferty przystępującego, której treść nie odpowiada treści rozdziału 12 pkt 2, 3, 8, i 10 SIWZ oraz dokonanie wyboru oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest budowa ulicy Produkcyjnej w Świąciechowie (Rozdział 3 „Opis przedmiotu zamówienia”).

Szczegółowy zakres robót i sposób ich wykonania został opisany w przedmiarach robót, stanowiących załącznik nr 9 do SIWZ, w specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót (dalej „STWiORB”), stanowiącej załącznik nr 10 do SIWZ oraz w projekcie budowlanym, stanowiącym załącznik nr 11 do SIWZ (rozdział 3 pkt 2 SIWZ).

Zamawiający wskazał – rozdział 10 pkt 12 SIWZ – że na ofertę składa się m.in. kosztorys ofertowy sporządzony na bazie załączonych przedmiarów robót.

Pozycja 4.2.2 Przedmiaru robót obejmowała następujący opis: „Wykonanie warstwy ulepszonego podłoża z piasku drobnego o współczynniku filtracji $k \geq 8$ m/d o grubości 25 cm (jezdni główna, zatoki postojowe, jezdnia główna-wyłukowania” oraz ilość 9302,76 m².

W rozdziale 12 „Opis sposobu obliczenia ceny” zamawiający podał:

- w pkt. 3 – „W poszczególnych pozycjach kosztorysu ofertowego (sporządzonego na podstawie przedmiarów robót – Załącznik nr 9 do SIWZ) należy podać ceny jednostkowe uwzględniające wszystkie składniki kalkulacyjne mające na nie wpływ oraz wartość całkowitą stanowiącą iloczyn proponowanej ceny jednostkowej i podanego przez Zamawiającego zakresu rzeczowego tej pozycji.”
- w pkt. 8 – „Wykonawca w kosztorysie ofertowym nie może pominąć żadnej pozycji z przedmiaru robót lub samodzielnie wprowadzać zmian do przedmiaru robót.”

Pismem z dnia 17 października 2019 r. zamawiający, powołując się na przepis art. 38 ust. 2 ustawy Pzp poinformował wykonawców, że wpłynęło do niego pismo z prośbą o wyjaśnienia SIWZ – zapytanie o treści: „Zgodnie z zapisami specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych D.04.02.01 „warstwy odsączające i odcinające” do wykonania warstwy ulepszonego podłoża z piasku drobnego należy zastosować

geowłókninę nietkaną – igłowaną, która nie została ujęta w załączonym projekcie. Prosimy o wyjaśnienie rozbieżności.” oraz udzielił następującej odpowiedzi: „Zamawiający uprzejmie informuje, że do wykonania warstwy ulepszanego podłoża z piasku drobnego należy zastosować geowłókninę nietkaną – igłowaną.”

Dodatkowo zamawiający poinformował, że „w związku z udzielonymi wyjaśnieniami, istnieje potrzeba zmiany SIWZ, co skutkuje zmianą terminu składania ofert”.

Pismem z tego samego dnia zamawiający przekazał wykonawcom „Wyjaśnienie Nr 2 do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia z dnia 17 października 2019 r. oraz Ogłoszenie o zmianie SIWZ z dnia 17 października 2019 r.”, w których powielił treść zapytania i odpowiedzi oraz oświadczył, że „w związku z wyjaśnieniami z dnia 17 października 2019 r. (powyżej), na podstawie art. 38 ust. 4 ustawy (...), informuje, że zmienia treść Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (...). Zmianie ulega: 1) przedmiar robót (załącznik nr 9 do SIWZ) w następujący sposób – w branży drogowej dodaje się Pozycję 4.2.2.A o następującym brzmieniu: Lp. 4.2.2. A, Podstawa D 04.02.01, Opis Ułożenie geowłókniny separacyjnej $\geq 200\text{g/m}^2$, Jedn. Obm. M2, Ilość 9302,76”

Jednocześnie zamawiający zmienił termin składania ofert z 18 października 2019 r. (Rozdział 11 „Miejsce oraz termin składania i otwarcia ofert” SIWZ pkt 1) na dzień 23 października 2019 r.

Pismem z dnia 19 listopada 2019 r. zamawiający, na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień, czy jego oferta obejmuje ułożenie geowłókniny separacyjnej $\geq 200\text{g/m}^2$ w ilości 9302,76 m².

Przystępujący złożył wyjaśnienia – pismo z dnia 21 listopada 2019 r., w którym podniósł, że zamawiający „nie opublikował na swojej stronie nowego jednoznacznie brzmiącego przedmiaru robót”. Stwierdził także, że pozycja 4.2.2 „Wykonanie warstwy ulepszanego podłoża z piasku drobnego o współczynniku filtracji $k > 8\text{ m/d}$ o grubości 25 cm (jezdni główna, zatoki postojowe, jezdnia główna-wyłukowania)” ma swoje odzwierciedlenie w projekcie budowlanym, a poz. 4.2.2.A „ułożenie geowłókniny jej nie ma”. Oceniał, że zamawiający „dokonując zmiany w przedmiarze robót wprowadzając dodatkowy element konstrukcji jezdnii winien dokonać stosownych zmian w projekcie budowlanym”.

Oświadczył nadto, że pozycję 4.2.2. wycenił łącznie z pozycją 4.2.2 A, gdyż „stanowią one jeden element konstrukcyjny nawierzchni, co jest zgodne z zapisem STWiOR nr D.04.02.01 (...)”

Pismem z dnia 2 grudnia 2019 r. zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty, tj. oferty przystępującego.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Z rozdziału 3 pkt 2 SIWZ jednoznacznie wynika, że szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, tj. zakres i sposób wykonania robót zamawiający zawarł w:

- przedmiarach robót,
- STWiORB,
- projekcie budowlanym.

Uwzględniając powyższe postanowienie SIWZ, ponad wszelką wątpliwość stwierdzić należy, że opis pozycji z przedmiaru robót to opis przedmiotu zamówienia, z którym oferta wykonawcy tak co do zakresu rzeczowego, jak ilościowego winna być zgodna. Obowiązkiem wykonawcy było zatem zaoferowanie – ujęcie w kosztorysie ofertowym (branży drogowej) wszystkich pozycji z przedmiaru robót – załącznika nr 9 do SIWZ oraz pozycji 4.2.2 A z modyfikacji SIWZ z dnia 17 października 2019 r.

W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego kosztorys ofertowy to składowa oferta opisująca także oferowany przez wykonawcę przedmiot zamówienia (rozdział 3 pkt 2 oraz rozdział 12 pkt 2 SIWZ).

Jak wskazał w zapytaniu wykonawca w STWiORB D.04.02.01 do wykonanie warstwy ulepszonego podłoża z piasku drobnego przewidziano zastosowanie geowłókniny nietkanej – igłowanej (pkt 2.2. „Rodzaje materiałów”), czego nie przewidziano w projekcie budowlanym.

Przystępujący przyznał w wyjaśnieniach z 21 listopada 2019 r., że projekt budowlany nie odzwierciedlał elementu robót – ułożenia geowłókniny separacyjnej (nie odzwierciedlał pozycji 4.2.2.A) oraz wskazał, że zamawiający, dokonując zmiany w przedmiarze robót wprowadził dodatkowy element konstrukcji jezdni.

Modyfikację treści SIWZ, poprzez dodanie nowej pozycji przedmiarowej należy, tak w kontekście zapytania wykonawcy, które doprowadziło do zmiany, a także właśnie ze względu na pojawienie się tej pozycji obok pozycji 4.2.2 interpretować w ten sposób, że pozycja 4.2.2 A „nie mieści się” w pozycji 4.2.2 A, ale – jak wskazywał odwołujący w piśmie z dnia 21 listopada 2019 r. – stanowi dodatkowy element.

Przystępujący, składającej się na przedmiot zamówienia pozycji 4.2.2.A w swoim kosztorysie ofertowym nie ujął, co przesądza o uznaniu, że nie zaoferował przedmiotu

w pełni zgodnego z opisem z SIWZ.

Skoro zamawiający wprowadził dodatkowy element konstrukcji jezdni to w konsekwencji niezasadne jest twierdzenie przystępującego, że ułożenie geowłókniny przystępujący (mógł) ujął w pozycji 4.2.2.

Dodanie przez zamawiającego do przedmiaru robót pozycji 4.2.2 A (dodatkowego elementu konstrukcji jezdni jak określił to przystępujący) oznaczało rozszerzenie zakresu przedmiotu zamówienia o robotę – ułożenie geowłókniny separacyjnej $\geq 200\text{g/m}^2$ (w ilości $9302,76\text{ m}^2$), którego przystępujący nie ujął.

Skład orzekający Izby stanął na stanowisku, że fakt, iż zamawiający nie udostępnił wykonawcom ujednoliconej wersji przedmiaru robót (z pozycją 4.2.2 A) nie stanowi dla wykonawcy usprawiedliwienia dla zaoferowania przedmiotu zamówienia „bez pozycji 4.2.2 A”. Po pierwsze dlatego, że nie udostępniając ujednoliconej wersji przedmiaru robót zamawiający nie uchybił żadnemu przepisowi ustawy Pzp, po wtóre dlatego, że modyfikacja SIWZ, polegająca na wprowadzeniu dodatkowej pozycji była jasna i jednoznaczna i nie powinna stanowić dla profesjonalnego uczestnika postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jakiegokolwiek trudności w sporządzeniu kosztorysu ofertowego w zgodzie z SIWZ, w tym z jej modyfikacją.

Skład orzekający Izby zauważa nadto, że ocena przez zamawiającego treści oferty przystępującego za zgodną z treścią SIWZ pozostaje w opozycji do czynności zamawiającego podejmowanych w toku postępowania:

1. w piśmie z dnia 17 października 2019 r. informującego wykonawców o wpłynięciu zapytania zamawiający oświadczył, że „*istnieje potrzeba zmiany SIWZ*”, co skłania do wniosku, że dopiero wprowadzenie nowej pozycji w sposób prawidłowy opisywało oczekiwany przez zamawiającego zakres robót i materiałów i, co podnosił odwołujący na rozprawie, nie było to „jedynie przypomnienie”,
2. w Ogłoszeniu o zmianie SIWZ zamawiający przedłużył aż o 5 dni termin składania ofert, co skłania do wniosku, że zmiana wprowadzająca nową pozycję przedmiarową była istotna, nie miała jedynie technicznej, formalnej natury,
3. pismem z dnia 19 listopada 2019 r. zamawiający wezwał przystępującego do wyjaśnień w zakresie braku pozycji 4.2.2 A, co skłania do wniosku, że zamawiający nie oceniał, że pozycja 4.2.2 A zawiera się w pozycji 4.2.2.

Jednocześnie zauważyć należy, że zamawiający nie dysponował informacjami z innych „miejsc” oferty przystępującego, na podstawie których mógłby samodzielnie poprawić niezgodności treści oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp – dopisać pozycję

4.2.2 A i samodzielnie przypisać jej wycenę, ponieważ nie znał wyceny przystępującego co do ułożenie geowłókniny separacyjnej $\geq 200\text{g/m}^2$. Fakt, że odwołujący tak samo wycenił geowłókninę o niższej gęstości w innej pozycji kosztorysu ofertowego nie stanowi wystarczającej podstawy dla przyjęcia, że także przystępujący taką samą wartość jak dla geowłókniny o niższej gęstości przyjąłby dla geowłókniny o wyższej gęstości. Podanie wyceny geowłókniny z pozycji 4.2.2 A przez przystępującego stanowiłoby prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą zakazanych przepisem art. 87 ust. 1 ustawy Pzp (zdanie drugie) negocjacji.

Biorąc pod uwagę powyższe, skład orzekający Izby orzekł jak w sentencji, uwzględniając odwołanie i nakazując zamawiającemu podjęcie czynności, zmierzających do wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert, które nie podlegają odrzuceniu.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, § 3 pkt 1) lit. a) oraz pkt 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący: