

WYROK
z dnia 23 marca 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **23 marca 2016 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **13 marca 2016 r.** przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie **Konsorcjum firm: 1) J.L. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usług Inżynieryjno - Budowlanych ELJOT J.L. (Lider), 2) ELBUD s.c. J.S., E.T. (Partner), ul. Hangarowa 2, 70-767 Szczecin; z adresem na rzecz siedziby lidera: ul. Marii Skłodowskiej-Curie 9 lok.1, 71-332 Szczecin** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Drawsko Pomorskie, ul. Gen. Wł. Sikorskiego 41, 78-500 Drawsko Pomorskie**

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego i w konsekwencji czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 9 marca 2016 r. oraz nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny oferty z uwzględnieniem oferty Odwołującego w ramach której nakazuje Zamawiającemu poprawienie oferty Odwołującego w trybie art. 87 ust.2 pkt 3 Pzp w zakresie wynikającym z uzasadnienia.**

2. kosztami postępowania obciąża **Gminę Drawsko Pomorskie, ul. Gen. Wł. Sikorskiego 41, 78-500 Drawsko Pomorskie** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **Konsorcjum firm: 1) J.L. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usług Inżynieryjno - Budowlanych ELJOT J.L. (Lider), 2) ELBUD s.c. J.S., E.T. (Partner), ul. Hangarowa 2, 70-767 Szczecin; z adresem na rzecz siedziby lidera: ul. Marii Skłodowskiej-Curie 9 lok.1, 71-332 Szczecin** tytułem wpisu od odwołania;
- 2.2. zasądza od **Gminy Drawsko Pomorskie, ul. Gen. Wł. Sikorskiego 41, 78-500 Drawsko Pomorskie** na rzecz **Konsorcjum firm: 1) J.L. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usług Inżynieryjno - Budowlanych ELJOT J.L. (Lider), 2) ELBUD s.c. J.S., E.T. (Partner), ul. Hangarowa 2, 70-767 Szczecin; z adresem na rzecz siedziby lidera: ul. Marii Skłodowskiej-Curie 9 lok.1, 71-332 Szczecin** kwotę w wysokości **13 998 zł 88 gr** (słownie: trzynaście tysięcy dziewięćset dziewięćdziesiąt osiem złotych osiemdziesiąt osiem groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 9 sierpnia 2013 r. poz. 907 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Koszalinie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na: „Budowę nawierzchni dróg na osiedlu domów jednorodzinnych w obrębie ulic Gdyńska-Zakopiańska-etap II”, zostało wszczęte ogłoszeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych Nr 29776 - 2016, data zamieszczenia 10.02.2016 r., przez Gminę Drawsko Pomorskie, ul. Gen. Wł. Sikorskiego 41, 78-500 Drawsko Pomorskie zwaną dalej: „Zamawiającym”.

W dniu 09.03.2016 r. (faxem) Zamawiający poinformował o ponownym wyborze oferty najkorzystniejszej POL-DROG S.A. Drawsko Pomorskie. Oferta złożona przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Konsorcjum firm: 1) J.L. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usług Inżynieryjno - Budowlanych ELJOT J.L. (Lider), 2) ELBUD s.c. J.S., E.T. (Partner), ul. Hangarowa 2, 70-767 Szczecin; z adresem na rzecz siedziby lidera: ul. Marii Skłodowskiej-Curie 9 lok.1, 71-332 Szczecin zwane dalej: „Konsorcjum ELJOT -ELBUD” albo „Odwołującym” została odrzucona na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 9 sierpnia 2013 r. poz. 907 z późn. zm.) zwanej dalej: „Pzp”. W myśl art. 82 ust. 3 Pzp, treść oferty musi odpowiadać treści SIWZ. Zgodność treści oferty z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SIWZ”, jest zapewniona wówczas, gdy na podstawie analizy i porównania treści obu tych dokumentów można uznać, iż postanowienia zawarte w ofercie nie są inne, tj. nie różnią się w swej treści od postanowień zawartych w SIWZ. Przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp wskazuje, że Zamawiający odrzuca oferta jeżeli jej treść nie odpowiada treści SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Sformułowanie przepisu sprawia, że w sytuacji wystąpienia powyższej przesłanki Zamawiający ma obowiązek, a nie uprawnienie do odrzucenia oferty. Norma art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp odnosi się zaś do merytorycznego aspektu zaoferowanego przez Wykonawcę świadczenia oraz merytorycznych wymagań Zamawiającego, w szczególności co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia. Zapisami SIWZ Zamawiający jednoznacznie i szczegółowo opisał metodę i podstawy sporządzenia przez Wykonawcę kosztorysu ofertowego, oraz sposób i formę jego przedstawienia. Powyższe miało na celu unormować formę i treść dokumentu kalkulacyjnego ceny ofertowej - kosztorysu, z uwagi na fakt, iż brak jest przepisów prawa powszechnie

narzucających jednolitą formę i treść tego dokumentu. Zgodnie z rozdziałem III pkt 6 SIWZ zamawiający wymagał dołączenia do oferty *uproszczonego kosztorysu ofertowego z tabelę wartości elementów scalonych zawierającego zestawienie materiałów i sprzętu oraz zastosowane wszystkie czynniki cenotwórcze: stawka roboczogodziny, narzuty*. Z powyższego wynika, że zestawienie materiałów i sprzętu, o którym mowa w powyższym punkcie SIWZ, stanowi część kosztorysu. Wykonawca zamiast zestawienia materiałów i sprzętu przedstawił zestawienie cen jednostkowych materiału i sprzętu. Jednocześnie Zamawiający stwierdza, że brak właściwego zestawienia wszystkich materiałów i sprzętu występujących w kosztorysie ofertowym uniemożliwi wprowadzenie ewentualnych koniecznych zmian do umowy oraz kalkulacji ewentualnego wynagrodzenia za roboty dodatkowe, którego sposób kalkulacji został ściśle określony w projekcie umowy. Zmniejszenie lub zwiększenie rozmiaru prac niesie za sobą zmianę zakładanej kwoty wynagrodzenia, w oparciu o rzeczywiście wykonane zakresy robót. Podanie w ofercie zestawienia robocizny, materiałów i prac sprzętu oraz narzutów, miało mieć praktyczne zastosowanie w toku rozliczania robót. Brak wskazania w wybranej ofercie tych informacji stanowił niezgodność z treścią SIWZ i nie była to niezgodność o charakterze wyłącznie formalnym, gdyż informacje były niezbędne do rozliczenia Zamawiającego z Wykonawcą, w szczególności w sytuacji zmniejszenia lub zwiększenia faktycznie wykonanych prac. Brak takiego dokumentu w ofercie nie może też być poprawiony lub wyjaśniony z Wykonawcą, gdyż w każdym przypadku wymagałoby to uzupełnienia oferty o zestawienie robocizny, materiałów, prac sprzętu oraz narzutów, co nie jest dopuszczalne na gruncie przepisów ustawy. O niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji zachodzi m.in. wtedy, gdy w kosztorysie ofertowym występują braki m.in. takie, jak nieuwzględnienie koniecznych dostaw itp., mimo że określona w ofercie wysokość wynagrodzenia ryczałtowego ze swej istoty jest ostateczna, niezależna od rozmiaru robót budowlanych i kosztów ponoszonych przez wykonawcę podczas ich realizacji.

Kosztorys ofertowy nie zawierał też materiałów, które zostały opisane w dokumentacji technicznej (tłuczeń, geowłóknina). Wprawdzie Wykonawca pismem z dnia 04.03.2016 r. oświadczył, że w pozycji dotyczącej zbiornika retencyjnego ujął wszelkie niezbędne materiały, jednak nie znalazły one odzwierciedlenia w zestawieniu materiałów, którego Zamawiający wymagał, a więc w wypadku, gdyby powstała konieczność wykonania większego zakresu robót w tym elemencie, Zamawiający nie miałby podstaw do skalkulowania kosztów ewentualnego zamówienia dodatkowego czy uzupełniającego, które zostało przewidziane w SIWZ.

Dodatkowo w kosztorysie ofertowym Wykonawca nie uwzględnił zmian SIWZ zamieszczonych na stronie internetowej Zamawiającego, na której została udostępniona specyfikacja istotnych warunków zamówienia. Modyfikacja została zamieszczona w dniu

15.02.2016 r. i dotyczyła poprawy błędnego obmiaru robót w stosunku do nadrzędnej dokumentacji projektowej (m.in. ilości studni)

Pomimo iż Zamawiający istotnie określił, że cena za przedmiot zamówienia ma być ceną ryczałtową, to jednak w specyfikacji wyraźnie domagał się dołączenia do oferty kosztorysu ofertowego zawierającego konkretne elementy i przygotowanego na podstawie dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót oraz na podstawie przedmiaru robót. Dlatego złożenie oferty z kosztorysem ofertowym niespełniającego wymogów SIWZ i bez zgłoszenia do Zamawiającego i uzyskania jego wyjaśnień w trybie art. 38 Pzp powoduje, że treść oferty nie odpowiadała treści specyfikacji. Wymagania sprecyzowane w SIWZ są wiążące nie tylko dla Wykonawców, ale także dla Zamawiającego, dlatego też przy ocenie treści ofert, Zamawiający porównuje je do jasnej i klarownej SIWZ. Niedozwolone jest odstępowania od wymogów określonych w SIWZ przy dokonaniu oceny ofert. Brak wskazania wszystkich materiałów i sprzętu występujących w kosztorysie wymaganych przez Zamawiającego treścią SIWZ nie jest omyłką, lecz istotnym brakiem oświadczenia woli, niemieszczącym się w pojęciu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Ponadto podkreślił, że kosztorys ofertowy (w tym zestawienia materiałów i sprzętu) nie stanowi dokument, który może podlegać uzupełnieniu w trybie art. 26 ust 3 Pzp, ponieważ nie jest to dokument potwierdzający spełnianie wymagań określonych przez Zamawiającego w rozumieniu art. 25 ust. 1 Pzp.

W dniu 13.03.2016 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej) Konsorcjum ELJOT-ELBUD wniosło odwołanie na w/w czynność z 09.03.2016 r. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 11.03.2016 r. (faxem). Stwierdzając naruszenie dyspozycji: art. 89 ust. 1 pkt 2) oraz art. 91 ust. 1 Pzp. Z ostrożności procesowej stwierdzam, że mogło także dojść do naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3) Pzp. Odwołujący wnosil o wydanie wyroku nakazującego Zamawiającemu:

- dokonania unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
- dokonania unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
- z ostrożności procesowej wnoszę także nakazanie Zamawiającemu dokonania poprawki tzw. innej omyłki w ofercie Odwołującego i zawiadomienie Odwołującego o dokonanej poprawie;
- dokonania ponownego badania ofert z udziałem oferty Odwołującego.

W zawiadomieniu z 09.03.2016 r. Zamawiający jako podstawę odrzucenia oferty Odwołującego wskazał art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Zamawiający szeroko uzasadnił, że treść oferty

Odwołującego jest niezgodna z treścią SIWZ, w zakresie kosztorysu, w szczególności w zakresie zestawienia materiałów.

Zarzut pierwszy dotyczy niezawarcia w zestawieniu materiałów informacji oczekiwanych przez Zamawiającego. Zdaniem Zamawiającego, Odwołujący, zamiast zestawienia materiałów i sprzętu, przedstawił zestawienie cen jednostkowych materiałów i sprzętu. Z takim stanowiskiem Zamawiającego trudno zgodzić się.

Na uwagę zasługuje fakt, że Zamawiający nie załączył do SIWZ wzoru zestawienia materiałów, z którego Odwołujący przygotowując ofertę mógłby skorzystać. Odwołujący sam sporządził takie zestawienie i zawarł w nim, jego zdaniem, niezbędne informacje, a mianowicie: nazwy materiałów, jednostki i ceny jednostkowe. Odwołujący uznał za mniej istotne zamieszczenie, wynikających z dokumentacji przetargowej, w szczególności z projektu budowlanego, ilości materiałów, w sytuacji, gdy te ilości nie mają wpływu na rozliczenie ewentualnego zmniejszenia lub zwiększenia zakresu robót, czy też ustalenia wysokości wynagrodzenia za roboty dodatkowe, o czym z niewiadomego powodu pisze w zawiadomieniu z 09.03.2016 r. Zamawiający. Do takich rozliczeń niezbędna jest wyłącznie informacja o cenie jednostkowej za materiał. I taką informację Zamawiający uzyskał.

Dodatkowo zauważyć należy, że w Rozdz. XIII w pkt 11 ppkt 2) SIWZ zawarte jest wskazanie, że cena jednostkowa pozycji kosztorysowej winna obejmować wszystkie koszty bezpośrednie robocizny, materiałów, zakupu, pracy sprzętu i transportu technologicznego oraz koszty pośrednie i zysk oraz inne niezbędne do prawidłowego wykonania zamówienia. Z powyższego wynika, że zmniejszając lub zwiększając zakres robót, Zamawiający do rozliczeń będzie stosował ceny jednostkowe i jednostki dotyczące zmniejszanych lub zwiększanych robót, ale na pewno nie będzie rozliczał oddzielnie ilości materiałów w sytuacji, gdy ceny jednostkowe obejmują koszt materiałów.

Ilości materiałów nie mają także powiązania z ustaleniem wynagrodzenia za zamówienia dodatkowe. Zgodnie z § 4 ust. 8 wzoru umowy: *Kosztorysy na zamówienia dodatkowe będą opracowywane w oparciu o następujące założenia:*

1) stawki robocizny, koszty ogólne, zysk tak jak określone zostały w ofercie i uproszczonym kosztorysie ofertowym, zmniejszonym proporcjonalnie w razie zastosowania ewentualnych marż, upustów, itp.

2) ceny materiałów i ceny sprzętu zostaną przyjęte z "Informatorów SEKOCENBUD" (wartości średnie). Dla materiałów będą przyjmowane ceny z miesiąca, w którym były zakupione, dla sprzętu będą przyjmowane ceny z miesiąca, w którym sprzęt był używany.

3) podstawą do ustalania kosztorysowych nakładów rzeczowych będą odpowiednie KNR-y.

Widać jasno, że z kosztorysu ofertowego brane będą wyłącznie stawki robocizny, koszty ogólne i zysk. Te dane Zamawiający wyczyta z kosztorysu ofertowego Odwołującego.

Zamawiający w Rozdz. XIII w pkt 12 ostatnie zdanie SIWZ zawarł informację: *Uproszczony kosztorys ofertowy będzie podstawą do negocjacji warunków wykonania ewentualnych robót zamiennych i uzupełniających oraz do celów rozliczeniowych, a także czy cena zamówienia nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia.* Brak informacji, że kosztorys stanowić będzie podstawę do ustalenia warunków wykonania ewentualnych robót zamiennych i uzupełniających. Kosztorys ofertowy stanowić będzie podstawę do negocjacji tych warunków, a to jest zasadnicza różnica. Stanowić będzie punkt wyjścia do negocjacji. Natomiast nie wiadomo, na jakich ustaleniach skończą się negocjacje?

Zamawiający w zawiadomieniu z 09.03.2016 r. napisał, że: *Kosztorys ofertowy nie zawierał też materiałów, które zostały opisane w dokumentacji technicznej (tłuczeń, geowłóknina). Wprawdzie Wykonawca pismem z dnia 04.03.2016 r. oświadczył, że w pozycji dotyczącej zbiornika retencyjnego ujął wszelkie niezbędne materiały, jednak nie znalazły one odzwierciedlenia w zestawieniu materiałów, którego Zamawiający wymagał, a więc w wypadku, gdyby powstała konieczność wykonania większego zakresu robót w tym elemencie, Zamawiający nie miałby podstaw do skalkulowania kosztów ewentualnego zamówienia dodatkowego czy uzupełniającego, które zostało przewidziane w SIWZ.*

Powyższe stwierdzenie nie licuje z treścią SIWZ. Zamawiający nie podał, w jakiej szczegółowości materiały mają być zamieszczone w zestawieniu. Czy podawać w zestawieniu oddzielnie tłuczeń i geowłókninę, czy też można pokazać je zbiorczo razem ze zbiornikiem retencyjnym? Odwołujący przyjął to drugie rozwiązanie i to Zamawiającemu wyjaśnił w piśmie z 04.03.2016 r.

Zamawiający, jak okazało się, nie uwzględnił wyjaśnień, mimo że w Rozdz. XIII w pkt 13 SIWZ postanowił: *„W razie wątpliwości dotyczącej złożonej oferty, zgodnie z art. 87 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2015r. poz. 2164) Zamawiający zażąda wyjaśnień do złożonej oferty. Jeżeli w wyniku złożonych wyjaśnień okaże się, iż Wykonawca w kosztach pominął elementy opisane w przedmiarze robót, projekcie budowlanym i Specyfikacji Technicznej Wykonania Odbioru Robót, wówczas taka oferta może zostać odrzucona szczególnie, gdy omyłek nie będzie można poprawić zgodnie z zapisami art. 87 ustawy Prawo zamówień publicznych.”* Z wyjaśnień Odwołującego z 04.03.2016 r. nie wynika, że Odwołujący w kosztach pominął elementy opisane w przedmiarze robót, projekcie budowlanym i Specyfikacji Technicznej Wykonania Odbioru Robót. Odwołujący potwierdził, że wykonanie robót ziemnych, wykonanie podkładów i zasypanie tłuczniem oraz wykonanie otuliny całości obiektu z geowłókniny ujęto w kosztorysie ofertowym w pozycji dotyczącej wykonania zbiornika retencyjnego.

Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień do złożonej oferty, otrzymał stosowne wyjaśnienia, z których nie wynika, żeby Odwołujący pominął w kosztach jakiegokolwiek elementy opisane w przedmiarze robót, projekcie budowlanym i Specyfikacji

Technicznej Wykonania Odbioru Robót. Zamawiający mimo potwierdzenia przez Odwołującego, że w kosztorysach objął cały przedmiot zamówienia opisany w załączniku nr 8, odrzucił ofertę Odwołującego. Jest to działanie niezgodne z postanowieniami SIWZ.

Zamawiający w zawiadomieniu z 09.03.2016 r. napisał: *Dodatkowo w kosztorysie ofertowym Wykonawca nie uwzględnił zmian SIWZ zamieszczonych na stronie internetowej zamawiającego, na której została udostępniona specyfikacja istotnych warunków zamówienia. Modyfikacja została zamieszczona w dniu 15.02.2016 r. i dotyczyła poprawy błędnego obmiaru robót w stosunku do nadrzędnej dokumentacji projektowej (m.in. ilości studni).* Rzecz dotyczy zawyżonej w kosztorysie ofertowym Odwołującego ilości studni kanalizacyjnych rewizyjnych o dwie, w stosunku zmienionej przez Zamawiającego w dniu 15 lutego 2016 r. ilości. Winna być ilość 5, a Odwołujący w kosztorysie ujął 7 studni (poz. 27 kosztorysu zawierającego koszty niekwalifikowane). Każda studnia jest w cenie jednostkowej 2.900,00 zł netto. Zatem cena oferty netto została zawyżona o 5.800,00 zł, co stanowi zawyżenie o 0,4% przy cenie oferty netto Odwołującego wynoszącej 1.451.774,47 zł.

Omyłka powyższa jest omyłką nieistotną i jej poprawienie nie wpłynie istotnie na treść oferty. Zamawiający posiadał wszelkie dane do poprawienia omyłki oferty. Znał, że właściwa ilość studni to 5 sztuk.

Zamawiający nie dokonał poprawki, tylko odrzucił ofertę. Co prawda, wydaje się, że należy przyjąć, iż przy ryczałtowej cenie oferty i przy obowiązującym w postanowieniu Rozdz. XIII w pkt 12 zdanie czwarte SIWZ o treści: *Uproszczony Kosztorys z tabelą wartości elementów scalonych będzie sprawdzany tylko pod kątem skontrolowania, czy nie doszło do błędu w obliczeniu ceny*, nie występuje potrzeba dokonywania poprawki, bowiem kosztorys nie służy do oceny zgodności oferty z treścią SIWZ, tylko winien być sprawdzany pod kątem skontrolowania, czy nie doszło do błędu w obliczeniu ceny. Jak okazało się, Zamawiający sprawdzał kosztorys ofertowy znacznie szerzej od ustalonego trybu i wyciągnął w stosunku do Odwołującego pozaprawne konsekwencje.

Te same uwagi o niewłaściwym zastosowaniu, lub niezastosowaniu, przez Zamawiającego postanowienia Rozdz. XIII w pkt 12 zdanie czwarte SIWZ, należy odnieść także do zarzutów opisanych powyżej.

Biorąc powyższe pod uwagę stwierdzić należy, że Zamawiający bezpodstawnie odrzucając poprawną ofertę Odwołującego, naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2) Pzp.

Zamawiający dokonując wyboru oferty, która nie powinna być wybrana na podstawie ustalonych kryteriów oceny ofert, naruszył także art. 91 ust. 1 Pzp.

Odwołujący składa niniejsze odwołanie, bowiem czuje się poszkodowany działaniami Zamawiającego bezpodstawnie pozbawiającymi go możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia. Odwołujący pozostaje w przekonaniu, że dzięki wyrokowi Krajowej Izby Odwoławczej nakazującemu Zamawiającemu unieważnienie niezgodnych z Pzp czynności

i dokonania czynności, do których jest on zobowiązany, ochroniona zostanie najkorzystniejsza oferta, jaką jest oferta Odwołującego. Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i wydanie wyroku zgodnego z jego oczekiwaniami.

Zamawiający w dniu 12.03.2016 r. (e-mailem) wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 15.03.2016 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej) POL-DROG S.A. Drawsko Pomorskie, ul. Podmiejska 2, 78-500 Drawsko Pomorskie zwane dalej: „POL-DROG S.A. Drawsko Pomorskie” zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu. Izba uznała zgłoszone przystąpienie za nieskuteczne – uzasadnienie w dalszej części orzeczenia.

Do otwarcia posiedzenia Zamawiający wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO nie wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedzi na odwołanie.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający do jego złożenia. Odwołujący, którego oferta została odrzucona i nie była przedmiotem badania i oceny ofert, w przypadku potwierdzenia się podnoszonych zarzutów, ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Izba nie uznała skuteczności zgłoszonego przystąpienia – POL-DROG S.A. Drawsko Pomorskie, z uwagi na brak wykazania w terminie na zgłoszenie przystąpienia umocowania do reprezentacji dla w/w osoby. Izba ustaliła, że w terminie wymaganym na zgłoszenie przystąpienia nie zostało wykazane umocowanie dla osób podpisujących zgłoszenie, w związku z tym Izba uznała zgłoszone przystąpienie za nieskuteczne. Należy zauważyć, że w odróżnieniu od odwołania, przystąpienie nie podlega uzupełnieniu. Podobnie w wyroku KIO z dnia 08.07.2014 r., sygn. akt: KIO 1286/14, wyroku KIO z dnia 15.04.2014 r., sygn. akt:

KIO 518/14, wyroku KIO z dnia 10.12.2013 r., sygn. akt: KIO 2716/13, postanowienie z dnia 05.12.2013 r., sygn. akt: KIO 2703/13, czy też wyroku KIO z dnia 08.11.2013 r., sygn. akt: KIO 2525/13. (za wyrokiem KIO z 15.10.2014 r., sygn. akt: 2013/14), jak i w wyroku KIO 27.04.2015 r., sygn. akt: 721/15, sygn. akt: KIO 741/15.

Skład orzekający Izby, działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie: dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne przekazanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności postanowienia SIWZ, szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia, projekt budowlany, STWIORC, przedmiary robót, modyfikacji SIWZ z 15.02.2016 r. wraz z załącznikiem nr 8 dokumentacja techniczna – przedmiary robót, jak załącznikiem 11 (10) wzorem harmonogramu rzeczowo-finansowego, oferta Odwołującego - „Kosztorys ofertowy. Koszty niekwalifikowane” str. 61-63, „Tabela elementów scalonych” – str. 64, „Zestawienie robocizny” – str. 65, „Zestawienie materiałów” – str. 66, „Zestawienie sprzętu” – str. 67, wezwania do wyjaśnień z 02.03.2016 r., wyjaśnień Odwołującego z 04.03.2016 r., informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także odwołanie, odpowiedź na odwołanie, nieskutecznie zgłoszone przystąpienie – w tym ostatnim wypadku, z uwagi na przyjęcie treści tego dokumentu jako argumentacji własnej przez Zamawiającego, stanowiska i oświadczenia stron złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie przedmiotowego odwołania:

W tym zakresie, Izba przywołuje wynikające z odwołania, odpowiedzi na odwołanie, nieskutecznie zgłoszonego przystąpienie /uznanego jako argumentacji własnej przez Zamawiającego/, postanowienia SIWZ, także modyfikacji z 15.02.2016 r.. Nadto treść wezwania do wyjaśnień z 02.03.2016 r., wyjaśnień Odwołującego z 04.03.2016 r. Wskazując, że okazało się, iż de facto powyższe postanowienia oraz treść wyjaśnień nie były przedmiotem sporu, a przedmiotem sporu była ocena zaistniałego stanu faktycznego związanego z czynnością odrzucenia oferty Odwołującego w świetle obowiązującego prawa i postanowień SIWZ. Odnosząc się do poszczególnych zagadnień w ramach rozpatrywania poszczególnych zarzutów.

Biorąc pod uwagę ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2) Pzp, Izba uwzględniła zarzut – uzasadnienie poniżej.

W pierwszej kolejności, wbrew stanowisku Zamawiającego, w ocenie Izby, jeśli do SIWZ nie załączono wzoru zestawienia materiałów i sprzętu, Zamawiający winien precyzyjnie określić jakie minimalne elementy winny być w takim zestawieniu ujęte. W tym zakresie, Izba podnosi, że Zamawiający uznał argumentację zawartą w nieskutecznie zgłoszonym przystąpieniu oraz przywołane tam orzecznictwo. W ramach orzeczenia o sygn. akt: KIO 1455/15 wyraźnie zwraca się uwagę na sytuację, gdy Zamawiający oczekuje, że określony dokument przedstawiać będzie określoną, minimalną treść. W rezultacie nawet można uznać, że stanowisko Zamawiającego w tym zakresie jest niespójne.

W tym kontekście należy także zauważyć, że orzeczenie SN z 2014 r. uznające istnienie obowiązku zadawanie pytań Zamawiającego przez profesjonalnego Wykonawcę, Izba zmuszona jest pogodzić z ugruntowaną zasadą wynikającą z orzecznictwa, że nieprecyzyjne, niejednoznaczne postanowienia SIWZ nie mogą być interpretowane na niekorzyść Wykonawcy.

Za zbyt idealistyczne bowiem należy uznać stanowisko Zamawiającego z rozprawy, że kwestia budowy zestawienia materiałów i sprzętu jest powszechnie znana w branży budowlanej i nie wymaga doprecyzowania, skoro sam pośrednio przyznał w toku rozprawy i wskazywał na różny możliwy do przyjęcia stopień szczegółowości sporządzonego zestawienia materiałów i sprzętu.

Izba także zwraca uwagę na marginesie, że w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego, brak jest konkretnej informacji, że przyczyną negocjacji zestawień jest brak ilości. Czyni to samą informację niepełną. Wykonawca musiał się tej podstawy faktycznej swojego odrzucenia domyślać, co jest niedopuszczalne, a w sytuacji skrajnych prowadzić nawet do uwzględnienia odwołania. W tym stanie faktycznym, nie miało to naruszenia wpływu na wynik, ale Zamawiający winien mieć świadomość, także w kontekście zbliżającej się nowelizacji i pełnej zaskarżalności w tzw. „małych postępowaniach”, że „oczywiste oczywistości” nie sprzyjają poprawności prowadzonego postępowania.

Odnosnie zaś samej pierwszej podstawy faktycznej odrzucenia, Izba uznała za wiarygodne, stanowisko Odwołującego z odwołania i rozprawy. Niewątpliwie bowiem postanowienia SIWZ określały czemu ma służyć kosztorys ofertowy, którego częścią jest zestawienie materiałów i sprzętu (Rozdz. III pkt 6 SIWZ), w kontekście przyjętego przez Zamawiającego wynagrodzenia ryczałtowego. Zgodnie bowiem z Rozdz. XIII pkt. 12 zdanie ostatnie SIWZ: „*Uproszczony kosztorys ofertowy będzie podstawą do negocjacji warunków*

wykonania ewentualnych robót zamiennych i uzupełniających oraz do celów rozliczeniowych, a także czy cena zamówienia nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia.”.

Podobnie wskazuje się w § 4 ust. 8 wzoru umowy: „Kosztorysy na zamówienia dodatkowe będą opracowywane w oparciu o następujące założenia:

1) stawki robocizny, koszty ogólne, zysk tak jak określone zostały w ofercie i uproszczonym kosztorysie ofertowym, zmniejszonym proporcjonalnie w razie zastosowania ewentualnych marż, upustów, itp.

2) ceny materiałów i ceny sprzętu zostaną przyjęte z "Informatorów SEKOCENBUD" (wartości średnie). Dla materiałów będą przyjmowane ceny z miesiąca, w którym były zakupione, dla sprzętu będą przyjmowane ceny z miesiąca, w którym sprzęt był używany.

3) podstawą do ustalania kosztorysowych nakładów rzeczowych będą odpowiednie KNR-y.”.

W rezultacie stwierdzenie, że zestawienie będzie służyło jedynie rozliczeniu robót dodatkowych, Izba uznała za potwierdzone tym bardziej, że sam Zamawiający, w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego, takie zastosowanie podał w ramach pierwszej podstawy faktycznej odrzucenia. W tym kontekście wyraźnie odsyłał do wzoru umowy - § 4 ust. .8.

W zakresie drugiej przesłanki faktycznej odrzucenia, Izba wskazuje, że z SIWZ wyraźnie wynika ryczałtowy, a nie mieszany charakter wynagrodzenia (m.in. z Rozdz. XIII pkt 1 i 6 SIWZ), zaś sposób oceny kosztorysu ofertowego został wskazany w Rozdz. XIII pkt 12 zdanie piąte SIWZ: „Uproszczony Kosztorys z tabela wartości elementów scalonych będzie wyraźnie sprawdzany tylko pod kątem skontrolowania, czy nie doszło do błędu w obliczeniu ceny.”. Zaś w zdaniu szóstym - stwierdzono: „Niezgodność uproszczonego kosztorysu ofertowego z przedstawionym w celach poglądowych przez Zamawiającego przedmiotem robót, nie musi być oceniona jako błąd w obliczeniu ceny z uwagi na ryczałtowy charakter ceny oferty”. W konsekwencji udzielone przez Odwołującego 04.03.2016 r. wyjaśnienia zostały zbyt pochopnie ocenione przez Zamawiającego, po pierwsze dlatego, że podstawą odrzucenia nie były kwestie poruszone w tym zakresie w odpowiedzi na odwołanie, po drugie Zamawiający abstrahuje od przyjętego ryczałtowego wynagrodzenia i zapomina o wyraźnej deklaracji ofertowej Odwołującego. Nadto, zupełnie ignoruje, postanowienia z Rozdz. XIII pkt 12 zdanie piąte SIWZ i dokonuje oceny kosztorysu ofertowego w kontekście oceny treści merytorycznej samej oferty, mimo że, miał oceniać kosztorys ofertowy jedynie w kontekście ceny rażąco niskiej, czy też błędu w obliczeniu ceny. Brak, zaś było w tym zakresie jakichkolwiek zarzutów w ramach informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego z 09.03.2016 r. Stosownie do wyroku Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 6 marca 2001 r. [sygn. akt: I ACa 1147/00, źródło Pr. Gosp. 2002, nr 6, s. 56]: "Jeżeli za wykonane dzieło strony ustaliły wynagrodzenie ryczałtowe, dołączenie przez wykonawcę do umowy kosztorysu nie ma znaczenia, a dokument ów uznać należy jedynie za uzasadniający merytorycznie oferowaną przez przyjmującego zamówienie [wykonawcę] kwotę wynagrodzenia ryczałtowego".

W kontekście, zaś podważania deklaracji ofertowej Odwołującego, Zamawiający zupełnie i w sposób nieuprawniony neguje własne postanowienia SIWZ z Rozdz. XIII pkt 13 zdanie pierwsze SIWZ, gdzie wyraźnie zastrzegł, że: *„Wykonawca nie będzie mógł żądać dodatkowej zapłaty, jeśli na etapie realizacji okaże się, iż nie uwzględnił on elementów opisanych w SIWZ”*. Zaś, ocena wyjaśnień z 04.03.2016 r. niekorzystna dla Odwołującego, nie może sprowadzać się do przyjęcia jedynej słusznej w ocenie Zamawiającego interpretacji, skoro brak jest podstaw do uznania pominięcia określonej pozycji w kosztach, z uwagi na wyraźne oświadczenia, deklaracje w ofercie, potwierdzone ponownie w udzielonych wyjaśnieniach, także w kontekście przyjętego wynagrodzenia ryczałtowego. Zamawiający winien jedynie wyegzekwować powyższą treść oferty bazującą na dokumentacji przetargowej w ramach zaoferowanej ceny.

W zakresie trzeciej przesłanki faktycznej odrzucenia, Izba stoi na stanowisku, że nie ma przeszkód, aby w zakresie ilości studni (poz. 27 kosztorysu ofertowego zawierającego koszty niekwalifikowane), dokonać poprawy w trybie art. 87 ust.2 pkt 3 Pzp. W konsekwencji uwzględniając zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Orzecznictwo dopuszcza taką możliwość także przy wynagrodzeniu ryczałtowym, tym bardziej, że korekta będzie miała miejsce „w dół”. Za wyrokiem KIO z 14.05.2012 r. o sygn. akt: KIO 883/12: *„poprawienie omyłek w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp dotyczy zarówno postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, w których zamawiający przewidział wynagrodzenie ryczałtowe, jak i tych, w których zamawiający przewidział wynagrodzenie kosztorysowe.”*.

Dodatkowo, Izba stwierdza, że Zamawiający podczas rozprawy zmienił stanowisko w kwestii zasadniczej, tj. charakteru oczekiwanego wynagrodzenia ryczałtowego, mimo wyraźnego wskazania w tym zakresie w SIWZ, jak było to już podnoszone m.in. w Rozdz. XIII pkt 1 i 6, jak i jednoznacznych stwierdzeń wyrażonych w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego, co Izba uznaje za przyjętą strategię procesową o charakterze polemicznym, nie mającą jakiegokolwiek oparcia w postanowieniach SIWZ.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W konsekwencji wobec naruszenia art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp oraz art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp doszło także do naruszeniu - art. 91 ust. 1 Pzp przez Zamawiającego.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 Pzp w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i pkt 2 lit. a i b oraz § 5 ust. 3 pkt 1 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. Nr 41, poz. 238). Izba uznała wniosek Odwołującego o zasądzenie kosztów w wysokości 3. 998 zł 88 gr - stanowiących koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika (rachunek - 3.600,00) oraz dojazdu na rozprawę (rachunek - 398,88) /§ 3 pkt 2 lit. a i b w/w rozporządzenia/.

Przewodniczący:

.....