

WYROK
z dnia 14 września 2016 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 września 2016 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 września 2016 roku przez **Odwołującego** - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, konsorcjum w składzie: **(1) J.G. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą G&SYN BOISKA J.G. z siedzibą w Toruniu (Lider) oraz (2) P.G. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą G&SYN BOISKA P.G. z siedzibą w Otłoczynie (Partner)**, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego** - Gminę Jarocin w Jarocinie

orzeka:

1. Oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża **Odwołującego** - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, konsorcjum w składzie: **(1) J.G. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą G&SYN BOISKA J.G. z siedzibą w Toruniu (Lider) oraz (2) P.G. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą G&SYN BOISKA P.G. z siedzibą w Otłoczynie (Partner)**:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, konsorcjum w składzie: **(1) J.G. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą G&SYN BOISKA J.G. z siedzibą w Toruniu (Lider) oraz (2) P.G. prowadzący działalność gospodarczą pod**

firmą G&SYN BOISKA P.G. z siedzibą w Otłoczynie (Partner) tytułem wpisu od odwołania,

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 Kaliszu**.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Dnia 2 września 2016 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 182 ust. 1 pkt 1 w związku z art. 179 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo Zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.), zwaną dalej „ustawą Pzp”, odwołanie złożył wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, konsorcjum w składzie: **J.G. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą G&SYN BOISKA J.G. z siedzibą w Toruniu (Lider) oraz P.G. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą G&SYN BOISKA P.G. z siedzibą w Otłoczynie (Partner)**, zwani dalej „Odwołującym”.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Modernizację boiska sportowego w Witaszycach” prowadzi Zamawiający: **Gmina Jarocin w Jarocinie**. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Informacji Publicznej w dniu 22.07.2016 r. pod numerem 151775 - 2016. Odwołujący powziął wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę do wniesienia odwołania po zapoznaniu się z treścią ogłoszenia o wynikach postępowania, opublikowanego w dniu 29.08.2016r. na stronie BIP Zamawiającego. Uwzględniając powyższe, termin na wniesienie odwołania, o którym mowa w art. 182 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp został zachowany. Odwołujący przekazał kopię odwołania Zamawiającemu oraz uiścił wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP.

Zamawiającemu zarzucono naruszenie:

1. art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie, w toku badania i oceny ofert, wezwania do złożenia wyjaśnień dotyczących oferty złożonej przez Odwołującego, w sytuacji, gdy zaniechanie złożenia takich wyjaśnień doprowadziło do niewłaściwej oceny oferty a w konsekwencji jej odrzucenia;
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez niezgodnie z prawem odrzucenie oferty Odwołującego, jako niezgodnej z SIWZ pomimo, iż Zamawiający nie dopełnił swoich obowiązków i nie wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień;
3. art. 91 ust. 1 Pzp, poprzez dokonanie wyboru oferty niebędącej najkorzystniejszą spośród złożonych w przedmiotowym postępowaniu ofert niepodlegających odrzuceniu;
4. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, tj. zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wnosil o nakazanie Zamawiającemu:

1. uwzględnienie odwołania;
2. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego;

3. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
4. dokonania czynności ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego i wybrania oferty najkorzystniejszej;
5. wezwania Odwołującego do wyjaśnienia treści złożonej oferty;
6. poprawienia oferty Odwołującego na podstawie art. 87 ust. 2 Pzp;

Odwołujący zaznaczył, że posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, co uprawnia go do wniesienia odwołania. Zapisy zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu i w treści SIWZ naruszają przepisy ustawy i uniemożliwiają Odwołującemu ubieganie się o udzielenie przedmiotowego zamówienia. Gdyby Zamawiający nie naruszył wyżej wskazanych przepisów ustawy PZP, Odwołujący mógłby ubiegać się o udzielenie zamówienia publicznego, a w konsekwencji mógłby złożyć wyjaśnienia do oferty, która mogłaby zostać wybrana jako najkorzystniejsza. Naruszenie interesu Odwołującego polega na oczywistej i bezpośredniej możliwości poniesienia szkody w związku z brakiem możliwości złożenia wyjaśnień do oferty. Naruszenie to miało istotny wpływ na wynik postępowania, a zatem biorąc pod uwagę art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza powinna uwzględnić odwołanie.

W uzasadnieniu odwołania podniesiono, że Odwołujący nie zgadza się z wynikami oceny złożonych ofert.

Zamawiający w dniu 04.08.2016 r. umieścił na swojej stronie internetowej www.jarocin.pl w zakładce BIP dla postępowania pn. „Modernizacja boiska sportowego w Witaszycach” korektę zał. nr 9 do SIWZ - kosztorys ofertowy, poprzez dodanie do kosztorysu poz. 86' - Ułożenie warstwy geowłókniny.

Złożony przez Odwołującego wraz z ofertą kosztorys ofertowy nie uwzględniał wprost w/w zmiany. W związku z powyższym, na podstawie art. 89 ust 2 ustawy Pzp, Zamawiający automatycznie odrzucił ofertę Odwołującego, jako nieodpowiadającą treści SIWZ. Zamawiający nie zażądał od Odwołującego wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty. Wobec powyższego Zamawiający w opisanym zakresie, zaniechał dopełnienia obowiązków proceduralnych mających na celu rzetelność postępowania. Zamawiający stwierdzając, że złożona przez Odwołującego oferta zawiera postanowienia niejasne powinien dochować należytej staranności i zwrócić się o wyjaśnienie treści złożonej przez Odwołującego oferty.

Istotne jest, że roboty związane z ułożeniem warstwy geowłókniny ujęte i wycenione zostały przez Odwołującego w ofercie w poz. 12 przedmiaru robót dotyczącej rozścielenia materiałów ulepszających, nie zauważając wyżej opisanej zmiany dokonanej przez Zamawiającego, tj. dodania do kosztorysu poz. 86, która nie została w żaden sposób wyróżniona jako zmiana przez Zamawiającego. Wspomniana poz. 12 kosztorysu oraz wynikająca z niej cena obejmuje ułożenie warstwy geowłókniny, a samo zredagowanie

kosztu wykonania danego elementu prac w ramach innej pozycji kosztorysowej nie powinno stanowić o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ będącej przesłanką odrzucenia oferty.

Składając ofertę Odwołujący zobowiązał się do wykonania robót na podstawie dokumentacji projektowej opisującej cały przedmiot zamówienia (w tym ułożenie warstwy geowłókniny), nie zaś sporządzonego kosztorysu, który co najwyżej opisuje wynagrodzenie za jego wykonanie i nie powinien zastępować dokumentacji projektowej i być traktowany na równi z nią, o czym chociażby świadczą zapisy Zamawiającego w klauzuli o uzgodnieniu kosztorysu. Zgodnie z przepisem art. 31 ust. 1 ustawy Pzp przedmiot zamówienia na roboty budowlane opisuje się za pomocą dokumentacji projektowej i STWiOBR, a nie przedmiaru robót, ani w konsekwencji także kosztorysu sporządzonego na jego podstawie.

Pominięcie w złożonym kosztorysie ofertowym, nawet wbrew wyraźnemu oczekiwaniu Zamawiającego, określonej pozycji kosztorysowej nie powinno stanowić podstawy do kwestionowania możliwości zawarcia ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego, zgodnie bowiem z art. 649 kodeksu cywilnego, w razie wątpliwości poczytuje się, że wykonawca podjął się wszelkich robót objętych projektem stanowiącym część składową umowy.

Zgodnie z jednolitą linią orzecniczą, jeśli Zamawiający miał wątpliwości w przypadku oferty Odwołującego, przed jej odrzuceniem był zobowiązany do wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień. Podkreślenia wymaga fakt, że w postępowaniu przetargowym oferta Odwołującego znalazła się na pierwszym miejscu w kategorii kryterium ocen przyjętych w specyfikacji. Wobec powyższego Zamawiający tym bardziej powinien dążyć do wyjaśnienia wszystkich wątpliwości dotyczących złożonej oferty.

Zgodnie z orzecnictwem KIO (tak wyrok z 24 sierpnia 2011 r., sygn. akt KIO 1716/11), art. 87 ust. 1 ustawy Pzp nakłada na Zamawiającego obowiązek żądania od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert wówczas, gdy zamawiający zamierza odrzucić ofertę wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP czyli wówczas, gdy jej treść nie odpowiada treści SIWZ. Istotą bowiem całego prawa zamówień publicznych jest zapewnienie uczciwej konkurencji, jasnych i przejrzystych reguł udzielania tychże zamówień. Skoro załączony do oferty kosztorys ofertowy Odwołującego zawierał parametry, które dopiero później znalazły się w kosztorysie Zamawiającego, ale które spełniały wymagania podstawowe (minimalne), to Zamawiający nie miał podstaw do odrzucenia oferty z uwagi na jej niezgodność z treścią SIWZ i w razie powzięcia w tym zakresie jakichkolwiek wątpliwości, powinien wyjaśnić te rozbieżności. Tożsamy pogląd został wyrażony w wyroku KIO z 5 listopada 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 1443/09). Zaniechanie przez zamawiającego tego trybu wyjaśniania wątpliwości odnoszących się do treści złożonej oferty winno być uznane za naruszenie przepisów postępowania (tak wyrok KIO z 1 czerwca 2012 r., sygn. akt KIO 1027/12).

Zamawiający może dokonać odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jedynie w sytuacji ustalenia w sposób nie budzący wątpliwości, że oferta wykonawcy nie zapewni realizacji zamierzonego i opisanego w SIWZ celu, a oferowane świadczenie nie odpowiada wyrażonym w treści SIWZ wymaganiom. W prowadzonym postępowaniu przetargowym taka sytuacja nie miała miejsca.

Jak zaznaczył Odwołujący, należy również pamiętać, że zastosowanie procedury, o której mowa w art. 87 ust. 1 ustawy Pzp jest istotne również z perspektywy Zamawiającego, jak słusznie zauważyła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 30 listopada 2011 r. (sygn. akt KIO 2505/11). Art. 87 ust. 1 ustawy PZP nie nakazuje wprost Zamawiającemu obowiązku występowania do wykonawcy z żądaniem wyjaśnienia treści oferty, jednak taka potrzeba po stronie Zamawiającego występuje szczególnie dlatego, iż to na Zamawiającym, który ze swoich twierdzeń wywodzi skutek prawny w postaci konieczności odrzucenia oferty, spoczywa ciężar udowodnienia podstawy do zastosowania tej sankcji wobec oferty. W orzecznictwie KIO podkreśla się, że zaniechanie przez Zamawiającego trybu wyjaśniania wątpliwości odnoszących się do treści złożonej oferty winno być uznane za naruszenie przepisów postępowania, a co za tym idzie, Zamawiający, u którego zrodziły się jakiegokolwiek wątpliwości co do treści oferty jest wprost zobowiązany, a nie tylko uprawniony, do żądania wyjaśnień. Profesjonalizm, którym winien się cechować Zamawiający to nie tylko znajomość przepisów prawa, ale również staranność na każdym etapie postępowania. Z profesjonalizmu oraz reguły staranności winna również wynikać umiejętność bezstronnej oceny każdej złożonej oferty. Ten obowiązek ma zastosowanie w szczególności kiedy Zamawiający zamierza odrzucić ofertę wykonawcy, która znajduje się na pierwszym miejscu w przyjętym kryterium oceny specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający nie może z góry zakładać, że wyjaśnienia udzielone przez wezwanego wykonawcę nie zmienią jego stanowiska co do konieczności odrzucenia oferty. Zamawiający winien najpierw wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień, następnie w sposób bezstronny dokonać ich oceny i dopiero wtedy podjąć decyzję co do potrzeby ewentualnego odrzucenia oferty.

Wobec powyższego w ocenie Odwołującego, Zamawiający w sposób nieuprawniony zaniechał wezwania do złożenia wyjaśnień do treści oferty, co w konsekwencji doprowadziło do nieuzasadnionego odrzucenia oferty na zasadzie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Mając na uwadze powyższe, Odwołujący wnosil jak w treści odwołania oraz we wstępie.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ, w tym Wzoru Umowy, ofert złożonych w postępowaniu, materiałów złożonych na rozprawie i włączonych w poczet materiału dowodowego, stanowisk i oświadczeń Stron postępowania

zaprezentowanych pisemnie i w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, Izba skierowała odwołanie na rozprawę.

Ustalono dalej, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Nieprawidłowe dokonanie czynności badania i oceny, w tym odrzucenie oferty wykonawcy wnoszącego odwołanie oznacza, że potencjalne stwierdzenie naruszenia w tym zakresie przepisów ustawy Pzp pozbawia Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wykonywania zamówienia. Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Ustalono, iż w dniu 12 września 2016 roku do postępowania odwoławczego zgłoszenie przystąpienia po stronie Zamawiającego złożył wykonawca **Przedsiębiorstwo Budowlano-Handlowe „Marzyński” Sp. z o.o. z siedzibą w Jarocinie**, wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Przystąpienie uznano za nieskuteczne z uwagi na przekroczenie ustawowego trzydniowego terminu na jego zgłoszenie. Zgłaszający przystąpienie informację o wniesieniu odwołania otrzymał za pomocą poczty elektronicznej ze strony Zamawiającego w dniu 5 września 2016 roku. Tym samym termin na zgłoszenie przystąpienia upływał w dniu 8 września 2016 roku. Złożenie więc zgłoszenia w formie pisemnej dopiero w dniu 12 września 2016 roku należało uznać spóźnione i nie spełniające wymogów formalnych określonych w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, że:

Zgodnie z rozdziałem Opis sposobu obliczenia ceny cena miała zawierać wszystkie koszty związane z wykonaniem zamówienia, uwzględnione w kosztorysie ofertowym/przedmiarze stanowiącym integralną część SIWZ.

Cena oferty miała być wyliczona w oparciu o kosztorys ofertowy/przedmiar. Kosztorys należało sporządzić metodą kalkulacji uproszczonej ściśle według kolejności pozycji wyszczególnionych w kosztorysie. Wszelkie błędy ujawnione w dokumentacji przetargowej, w tym dokumentacji projektowej należało zgłosić zamawiającemu przed terminem składania ofert. Wykonawca obliczając cenę miał uwzględnić w kosztorysie wszystkie pozycje

przedmiarowe opisane w przedmiarze. Wykonawca nie mógł samodzielnie wprowadzać zmian do kosztorysu. W formularzu ofertowym miały być wycenione wszystkie pozycje, dopisywanie dodatkowych pozycji cenowych na formularzu oferty było zabronione.

Zgodnie z § 3 wzoru umowy Zamawiający ustalił wynagrodzenie kosztorysowe określone na podstawie cen jednostkowych podanych w ofercie wykonawcy i planowanych ilości wykonywanych robót. Ostateczna wysokość wynagrodzenia będzie określona po wykonaniu robót na podstawie obmiaru kosztorysów powykonawczych zatwierdzonych przez inspektora nadzoru.

Zamawiający określił, że wynagrodzenie za roboty budowlane, które nie zostały wyszczególnione w przedmiarze robót a są konieczne do realizacji przedmiotu zamówienia, a także roboty, które nie zostały wycenione w ofercie, a których wycena jest niezbędna z uwagi na zmiany w dokumentacji projektowej wprowadzone w toku wykonywania robót przez Zamawiającego będzie ustalane według następujących zasad:

- a) jeżeli roboty odpowiadają opisowi pozycji q kosztorysie ofertowym ale jest możliwe ustalenie nowej ceny na podstawie ceny jednostkowej z kosztorysu ofertowego, wykonawca jest zobowiązany do wyliczenia ceny taką metodą i przedłożenia wyliczenia Zamawiającemu
- b) jeżeli nie można wycenić takich robót, wykonawca przedkłada do akceptacji Zamawiającego kalkulację ceny jednostkowej tych robót z uwzględnieniem cen czynników produkcji nie wyższych od średnich cen publikowanych w wydawnictwach branżowych (np. SEKOCENBUD) dla województwa, w którym roboty są prowadzone, aktualnych w miesiącu poprzedzającym miesiąc, w którym kalkulacja jest sporządzana.

4 sierpnia 2016 roku Zamawiający w wyniku odpowiedzi na pytania wykonawców zmodyfikował załącznik nr 9 do SIWZ – kosztorys ofertowy/przedmiar robót, ponieważ zaistniała w nim pomyłka. W przedmiarze dodano pozycję: Ułożenie geowłókniny na warstwie drenażu, jako jednostki miary wskazano m² w ilości 6 336.

W dniu 29 sierpnia 2016 roku Zamawiający zawiadomił o wyborze firmy Przedsiębiorstwo Budowlano-Handlowe „Marzyński” Sp. z o.o. z siedzibą w Jarocinie oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego. Zamawiający odwołał się do zamieszczenia na stronie internetowej związanej z postępowaniem korekty załącznika nr 9 do SIWZ. Wskazano, że złożony przez Odwołującego kosztorys ofertowy nie uwzględniał wszystkich wprowadzonych zmian, brak jest pozycji „ułożenie warstwy geowłókniny”. W związku z powyższym na podstawie art. 89 ust. 2 ustawy Pzp Zamawiający odrzucił ofertę, ponieważ jej treść nie odpowiada treści SIWZ.

Z oferty Odwołującego wynika, że w pozycji nr 12 kosztorysu ofertowego uwzględnił on koszty wykonania następujących robót: rozścielenie materiałów ulepszających dodatek lub potrącenie za każdy 1 cm grubości warstwy. Pogrubienie do 10 cm, krotność =5, w ilości 6 336 m², z wartością za pozycję 12 672 zł.

Na podstawie poczynionych ustaleń, skład orzekający Izby uznał, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Zgodnie z 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. W ocenie Izby Zamawiający prowadząc postępowanie wykazał, że oferta Odwołującego była sporządzona w sposób niezgodny z postanowieniami SIWZ, zobowiązującymi wykonawców do ustalenia ceny oferty na podstawie kosztorysu, który należało sporządzić metodą kalkulacji uproszczonej ściśle według kolejności pozycji wyszczególnionych w kosztorysie.

Skład orzekający Izby podziela utrwalony w doktrynie i orzecznictwie pogląd, że zarówno treść SWZ, jak i treść oferty stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli odpowiednio: zamawiającego, który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia oświadcza jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, oraz wykonawcy, który jednostronnie zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez siebie oferty jako najkorzystniejszej. Wobec tego, co do zasady, to porównanie zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w SIWZ przesądza o tym, czy treść złożonej oferty odpowiada treści SIWZ. Nie budzi również wątpliwości, że z uwagi na odpłatny charakter zamówień publicznych, nieodzownym elementem treści oferty jest określenie ceny za jaką wykonawca zobowiązuje się wykonać zamawiane świadczenie. Jednakże zakres wymaganej treści oferty ustala Zamawiający przez wskazanie w SIWZ elementów, z których ma się składać oświadczenie woli wykonawcy. Z tego względu w doktrynie i orzecznictwie ugruntowany jest również pogląd, że w zakresie zastosowania przesłanki z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp mieści się również sporządzenie oferty w inny sposób, niż żądał tego zamawiający, o ile niezgodność taka dotyczy elementów treści oferty w aspekcie formalnym i materialnym, choć nie może tu chodzić wyłącznie o niezgodność sposobu spełnienia tych aspektów (por. J. Pieróg w: Prawo zamówień Publicznych. Komentarz, wyd. C.H. Beck, Warszawa 2009).

Izba zważyła, że w niniejszej sprawie na mocy przywołanych powyżej postanowień SIWZ Zamawiający podniósł podanie informacji na poziomie szczegółowości kosztorysów do rangi obligatoryjnych elementów treści oferty. Zamawiający żądał wypełnionego kosztorysu

zawierającego wycenienie wszystkich pozycji przedmiarowych. Samodzielne dopisywanie pozycji było zabronione. Istotne było także przyjęcie w prowadzonym postępowaniu zasady wynagrodzenia o charakterze kosztorysowym, wówczas bowiem kosztorys staje się integralną treścią oferty, a tym samym w swojej treści musi odpowiadać treści znajdującej się w SIWZ. Natura wynagrodzenia kosztorysowego opiera się na tym, że tylko prawidłowa wycena wszystkich pozycji, a tym samym wszystkich prac i całego zakresu pozwala na porównanie ofert, a przede wszystkim na rozliczenie zadania.

Jak słusznie zauważył w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający, dodana do kosztorysu ofertowego pozycja 86' obejmująca ułożenie geowłókniny została wystarczająco przez Zamawiającego wyróżniona w trakcie prowadzonego postępowania. Na uwagę zasługuje fakt, że Odwołujący dokonywał zmian w złożonej już ofercie, także dotyczących pozycji sąsiadujących z pozycją dodaną przez Zamawiającego. Dokładając należytej staranności przy zapoznawaniu się z treścią SIWZ i odpowiedziami na pytania zamieszczonymi na stronie internetowej Zamawiającego, można było bez trudu ustalić ostateczną treść wzorów kosztorysów ofertowych. Z uwagi na powyższe, dla składu orzekającego Izby oczywiste było, że nie można było poprzestać na wskazaniu, że prace w postaci ułożenia warstwy geowłókniny ujęte zostały i wycenione w innej pozycji. Dostrzeżenia przede wszystkim wymaga, że wskazywana przez Odwołującego pozycja nr 12 kosztorysu ofertowego w żaden sposób nie referuje do treści dodanej pozycji nr 86'. Z treści tej pozycji w żaden sposób nie można wywnioskować, że to właśnie tu wykonawca ujął prace związane z ułożeniem warstwy geowłókniny. Inna jest podstawa wyceny dla tej pozycji. Z informacji nie wynika również jaki jest koszt dla tej części robót. Być może gdyby kosztorys z oferty przyjął postać kosztorysu szczegółowego, z uwzględnieniem materiałów, narzutów, kosztów robocizny i innych składników cenotwórczych, wówczas do obrony byłaby teza, że właśnie w tej pozycji zostały uwzględnione prace wynikające z pozycji 86'. Okoliczności braku wyceny dla pozycji 86' nie zmienia fakt, iż wykonawca zdawał sobie sprawę, że warstwa geowłókniny powinna być ujęta przy wykonywaniu prac, ponieważ tak stanowiła specyfikacja techniczna i rysunki załączone do SIWZ. Posiadanej wiedzy Odwołujący nie odzwierciedlił treścią złożonej oferty, także w zakresie wymienionej pozycji nr 12.

Przechodząc do rozważań, czy Zamawiający przed odrzuceniem oferty Odwołującego zobowiązany był do zastosowania w postępowaniu trybu wynikającego z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, co skutkowałoby wezwaniem wykonawcy do złożenia wyjaśnień odnośnie treści oferty, to w pierwszej kolejności zauważyć należy, że użycie trybu określonego w tym przepisie jest uprawnieniem, nie obowiązkiem Zamawiającego. Co ważniejsze jednak, Zamawiający zobowiązany jest wystąpić o wyjaśnienia, gdy treść oferty budzić może uzasadnione wątpliwości. Tymczasem w przedmiotowym postępowaniu treść oferty nie mogła budzić żadnych wątpliwości po stronie Zamawiającego, ponieważ, biorąc

pod uwagę literalną wykładnię treści oferty, wycena prac polegających na ułożeniu warstwy geowłókniny została przez Odwołującego w ofercie pominięta. Nie istniała zatem treść, którą Zamawiający mógłby z wykonawcą wyjaśniać. Granicą dopuszczalności uzyskania wyjaśnień jest prowadzenie negocjacji między Zamawiającym a wykonawcą prowadzących do niedozwolonej zmiany treści oferty. W wyniku zwrócenia się o wyjaśnienia, w ocenie Izby ta granica została przekroczona. Odwołujący bowiem znalazłby się w uprzywilejowanej pozycji wobec pozostałych wykonawców i przez złożenie wyjaśnień mógłby naprawić błędy w treści swojej oferty już po upływie terminu na składanie ofert. Procedura wyjaśniania treści oferty nie może co do zasady skutkować wprowadzaniem zmian do treści oferty. Wyjaśnienia nie mogą rozszerzać lub ograniczać treści oferty, mają one stanowić swoistą wykładnię elementów oferty przedmiotowo istotnych, ale te elementy muszą z oferty w jakimś sposób wynikać, muszą być w niej ujęte. Próba poprawienia oferty przez złożenie wyjaśnień, z których wynikałoby w jakiej pozycji kosztorysu ujęte zostały prace, które miały być wycenione w odrębnej pozycji, stanowiłaby niedozwoloną zmianę treści oferty.

W ocenie składu orzekającego Izby, nawet po uzyskaniu wyjaśnień, Zamawiający nie byłby uprawniony do poprawienia treści oferty w trybie art. 87 ust. 2 ustawy Pzp. Zaistniała w ofercie Odwołującego omyłka nie miała charakteru oczywistej omyłki pisarskiej, czy arytmetycznej. Nie byłoby także możliwe zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp pozwalającego na najdalej idącą ingerencję w treść oferty. Zmiana oferty w przedmiotowym postępowaniu oznaczałaby bowiem konieczność złożenia przez wykonawcę nowego oświadczenia woli o elementach przedmiotowo istotnych, które zmieniałoby pierwotne oświadczenie w treści oferty. Odwołujący w odwołaniu i na rozprawie próbował stworzyć wrażenie, że podstawą odrzucenia jego oferty była wyłącznie niezgodność formy kosztorysu ofertowego z formą wzoru załączonego do SIWZ, unikając bliższego sprecyzowania co przez to rozumie. Nie ma jednak żadnych wątpliwości, że w tym przypadku nie chodziło o formę co do układu graficznego lecz o brak odzwierciedlenia w kosztorysach ofertowych elementów treści wynikających z zapisów SIWZ. Fakt nie uwzględnienia rozbicia poszczególnych pozycji kosztorysowych zgodnie z wymaganiami SIWZ oznacza w tym zakresie niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, co uzasadniało decyzję Zamawiającego o odrzuceniu oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Za niezgodność skutkującą koniecznością odrzucenia oferty musi być uznana taka zmiana formy prezentacji informacji, która zmienia jej zakres. Brak wyceny pozycji w kosztorysie ofertowym nie ma charakteru omyłki, którą można poprawić na podstawie dyspozycji art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Reasumując zauważyć należy, że ze względu na przyjęty charakter wynagrodzenia istotne znaczenie miało ustalenie na podstawie treści SIWZ jakiego zakresu

uszczegółowienia treści oferty wymagał od wykonawców Zamawiający. W przedmiotowym postępowaniu wymagano kosztorysu z ujęciem wszystkich pozycji wymienionych w przedmiarze. Odwołujący, zdaniem składu orzekającego Izby, do tych wymagań się nie zastosował i nie wycenił w kosztorysie ofertowym wszystkich prac niezbędnych do wykonania. Powyższe oznacza, że decyzja Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp była prawidłowa.

W ocenie Izby, zarzuty Odwołującego w stosunku do czynności lub zaniechań Zamawiającego nie potwierdziły się. Skład orzekający stanął na stanowisku, że Odwołujący nie udowodnił tezy zaprezentowanej w odwołaniu. W postępowaniu nie doszło do naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. W prowadzonym postępowaniu uczyniono zadość przestrzeganiu zasad równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie oraz orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 1) oraz ust. 4 w zw. z § 3 pkt 2) 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).

Przewodniczący: