

**WYROK**

**z dnia 25 kwietnia 2016 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Emil Kuriata**

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 kwietnia 2016 roku, w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 kwietnia 2016 roku przez wykonawcę - **SKANSKA S.A., ul. Gen. J. Zajączka 9; 01-518 Warszawa**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **Gmina Miejska Bartoszyce, Urząd Miasta Bartoszyce ul. Boh. Monte Cassino 1; 11-200 Bartoszyce**,

**orzeka:**

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego, dokonanie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego – Gminę Miejską Bartoszyce, Urząd Miasta Bartoszyce, ul. Boh. Monte Cassino 1; 11-200 Bartoszyce i:**
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez SKANSKA S.A., ul. Gen. J. Zajączka 9; 01-518 Warszawa, tytułem wpisu od odwołania,**
  - 2.2. zasądza od zamawiającego – Gminy Miejskiej Bartoszyce, Urząd Miasta Bartoszyce, ul. Boh. Monte Cassino 1; 11-200 Bartoszyce na rzecz SKANSKA S.A., ul. Gen. J. Zajączka 9; 01-518 Warszawa, kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.**

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

**Przewodniczący:** .....

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Miejska Bartoszyce, Urząd Miasta Bartoszyce ul. Boh. Monte Cassino 1; 11-200 Bartoszyce, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Przebudowa ul. Moniuszki nr 201083 w Bartoszycach”.

Dnia 5 kwietnia 2016 roku, zamawiający poinformował wykonawców o wyniku prowadzonego postępowania.

Dnia 11 kwietnia 2016 roku wykonawca SKANSKA S.A., ul. Gen. J. Zajączka 9; 01-518 Warszawa (dalej „Odwołujący”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 ustawy pzp, poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w związku z brakiem wyboru jako najkorzystniejszej oferty odwołującego, pomimo iż przedstawia ona najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów w postępowaniu;
- 2) art. 87 ust. 1 w z w. z art. 7 ustawy pzp, poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, celem usunięcia ewentualnych wątpliwości, co do treści jego oferty;
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp, poprzez niewłaściwe zastosowanie skutkujące ustaleniem, że oferta odwołującego nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co doprowadziło do odrzucenia oferty Skanska S.A., pomimo iż oferta odwołującego odpowiada treści s.i.w.z.;
- 4) art. 91 ust. 1 ustawy pzp, poprzez wybór oferty Przedsiębiorstwa Robót Drogowych sp. z o.o., pomimo iż oferta tego wykonawcy nie przedstawia najkorzystniejszego bilansu ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego i zaniechanie wyboru jak najkorzystniejszej oferty odwołującego;
- 5) art. 92 ust. 1 w zw. z art. 7 oraz 8 ustawy pzp, poprzez nie podanie przez zamawiającego szczegółowego uzasadnienia faktycznego w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty odwołującego.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania, a w konsekwencji o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności badania i oceny ofert, w tym unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz czynności wyboru oferty Przedsiębiorstwa Robót Drogowych sp. z o.o.,
- 2) powtórzenie czynności oceny i badania ofert z uwzględnieniem okoliczności wskazanych w odwołaniu;
- 3) dokonanie wyboru oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej.

Zdaniem odwołującego przekazana przez zamawiającego informacja o odrzuceniu oferty odwołującego jest ogólnikowa, zdawkowa i niejasna. Co więcej zamawiający nie udowodnił - pomimo takiego obowiązku wynikającego z art. 6 k.c. w zw. z art. 14 ustawy pzp, że zaistniały przyczyny uzasadniające odrzucenie oferty odwołującego. Tym samym zawiadomienie o odrzuceniu oferty odwołującego nie czyni zadość wymogom z art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp. Odwołujący wskazał, iż zamawiający nie określił w s.i.w.z. wytycznych, według których powinien być sporządzony kosztorys szczegółowy. Zamawiający w rozdziale VI. pkt A. ppkt a7) s.i.w.z. wskazał jedynie, że ma zostać przedłożony „*Kosztorys wykonawcy sporządzony metodą kalkulacji szczegółowej*”. Zamawiający przekazał wykonawcom wzór „Kosztorysu ofertowego” (przedmiar), którego treścią był wyłącznie: opis elementów rozliczeniowych, korespondujący z nim numer Specyfikacji Technicznej, jednostka miary, ilość oraz kolumny do wskazania ceny jednostkowej i wartości w danej pozycji. Odwołujący podniósł, że zamawiający nie przekazał wykonawcom wzoru kosztorysu szczegółowego. Zamawiający nie wskazał podstaw wyceny, które obligowałyby wykonawców do wyceny według określonych katalogów typu (KNR czy też KNNR). Wykonawcy mogli więc dokonywać wyceny według kalkulacji własnej z uwzględnieniem oczywiście zakresu prac przewidzianego dokumentacją projektową, a w szczególności Specyfikacjami Technicznymi. Odwołujący podniósł, iż zamawiający odpowiadając na pytanie nr 1 nie dokonał zmiany treści s.i.w.z., w tym ani w zakresie Specyfikacji Technicznych, ani w „Kosztorysie ofertowym”, ani w dokumentacji projektowej. Odwołujący wskazał, że biorąc pod uwagę brak wytycznych i wymagań zamawiającego, co do tego w jaki sposób kosztorys powinien zostać przygotowany przez wykonawcę, w szczególności nie zmodyfikowanie przez zamawiającego s.i.w.z. w związku z udzieloną odpowiedzią na zapytanie nr 1, w tym SST oraz „Kosztorysu ofertowego” (przedmiaru), odwołujący mógł przyjąć według swojego uznania koszt wymiany na nowe płyty oraz pierścieni odciążających. Mając powyższe na uwadze w zakresie istniejących studni odwołujący uwzględnił koszt wymiany na nowe włączów w kosztach bezpośrednich, w pozycji kosztorysowej nr 18 Kosztorysu ofertowego na przebudowę sieci kanalizacji deszczowej oraz w pozycji 38 Kosztorysu ofertowego na przebudowę sieci wodociągowej (kanalizacji sanitarnej), zarówno w zakresie kanalizacji deszczowej, jak i kanalizacji sanitarnej. Z kolei koszt wymiany na nowe płyty pokrywowych oraz pierścieni

odciążających odwołujący uwzględnił w całkowitej kwocie kosztów pośrednich. Powyższe wynikało z tego, że odwołujący posiada pierścienie odciążające (w ilości 26 sztuk) i płyty pokrywowe (w ilości 26 sztuk) na studnie 1200 mm z poprzednich inwestycji. Wyżej wskazany materiał spełnia wymogi s.i.w.z. na niniejszy przetarg, w tym SST oraz projektu budowlanego, jest fabrycznie nowy i nie zawiera wad. Jednocześnie odwołujący wyjaśnił, że nadmiary powyższych materiałów w ramach innych inwestycji wynikają m.in. ze zmian projektowych wywołanych licznymi kolizjami z istniejącym, niezinventaryzowanym uzbrojeniem (tj. w sytuacji wystąpienia konieczności zmian projektowych polegających na lokalizacji projektowanych studni w terenach zielonych i chodnikach zamiast pierwotnie w jezdni). W związku z tym odwołujący - w ww. zakresie - nie ponosi kosztu zakupu płyt oraz pierścieni odciążających na przedmiotowy projekt. Odwołujący uwzględnił w kosztach pośrednich koszt transportu ww. materiałów z miejsca magazynowania na teren budowy, koszt ich magazynowania na poziomie 1.778,00 zł. Powyższa kwota została uwzględniona w całkowitej kwocie kosztów pośrednich.

#### Interes odwołującego.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania, albowiem na skutek niezgodnych z prawem czynności zamawiającego, odwołujący może ponieść szkodę ze względu na brak możliwości wyboru jego oferty w przedmiotowym postępowaniu przetargowym. Naruszenie przez zamawiającego ww. przepisów pozbawia odwołującego możliwości realizacji przedmiotowego zamówienia w sytuacji, gdy odwołujący złożył ofertę sporządzoną w sposób prawidłowy i która stanowi dla zamawiającego „najkorzystniejszą ofertę” - w znaczeniu określonym przez ustawę Prawo zamówień publicznych oraz zamawiającego.

Zamawiający nie złożył pisemnej odpowiedzi na odwołanie.

#### Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W uzasadnieniu informacji o odrzuceniu oferty odwołującego, zamawiający podał: „*Podstawa prawna: Ustawa - Prawo zamówień publicznych art. 89 ust. 1 pkt 2 (tj. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164). Wykonawca sporządzając kosztorys nie uwzględnił zmian wynikających z odpowiedzi na zapytania dotyczące treści siwz. (Zapytania: Proszę o potwierdzenie, że przy renowacji istniejących studni kanalizacji sanitarnej i deszczowej należy na nowe wymienić wyłącznie włazy, nie trzeba zaś wymieniać pierścieni odciążających i płyt pokrywowych. Odpowiedzi: Ad 1. Podczas renowacji istniejących studni należy wymienić włazy płyty oraz pierścienie odciążające.*”

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są zasadne.

Hipoteza zawarta w treści przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, nakazuje zamawiającemu odrzucenie oferty, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3. Ze względu na bardzo restrykcyjno-sankcyjny charakter wskazanego przepisu, aby zamawiający miał podstawę do stwierdzenia niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający ma obowiązek wykazać (udowodnić), która część, jaki element badanej oferty stanowi o jej niezgodności z s.i.w.z. W przedmiotowym postępowaniu, w ocenie Izby, zamawiający nie miał żadnej podstawy do zastosowania przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, w odniesieniu do oferty odwołującego. Wskazać bowiem należy, że zamawiający odpowiadając na pytania wykonawców, w szczególności odpowiedź na pytanie nr 1 z dnia 8 marca 2016 roku, nie wskazał w sposób bezpośredni, w jaki sposób wykonawcy mają obowiązek uwzględnić zmiany, co do przedmiotu zamówienia, w zakresie doprecyzowania wynikającego ze wskazanej odpowiedzi. Na tyle ogólnikowa, a nawet lakoniczna odpowiedź zamawiającego, nieprecyzująca miejsca w kosztorysie szczegółowym uwzględnienia zmian przez wykonawców, nie może następnie stanowić podstawy do stwierdzenia o niezgodności oferty odwołującego z s.i.w.z. Odpowiedź zamawiającego pozwalała bowiem wykonawcom, w sposób dowolny, w każdym wręcz miejscu kosztorysu szczegółowego, uwzględnić zmiany, co do przedmiotu zamówienia. W ocenie Izby, odwołujący udowodnił w sposób bezpośredni, iż uwzględnił w kosztorysie zmiany, których wymagał zamawiający. Okoliczność, iż uwzględnienie dodatkowego przedmiotu, wynikającego z omawianej odpowiedzi zamawiającego, zostało zakwalifikowane w ten sposób, że zostało przyporządkowane do określonych pozycji kosztorysu odwołującego, tj. w pozycji 18 i 38,

bez wykazania odrębnej pozycji, nie może wywoływać negatywnych konsekwencji dla odwołującego wykonawcy. Skoro bowiem zamawiający w treści udzielonej odpowiedzi nie wskazał konkretnego miejsca w kosztorysie, w którym rzezona zmiana miałaby znaleźć swoje odzwierciedlenie, jak też fakt braku dokonania przez zamawiającego modyfikacji treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w tym kosztorysu, nie może następnie prowadzić do wniosków, jakie w przedmiotowym postępowaniu wyciągnął zamawiający względem oferty odwołującego.

Izba, oceniając czynność zamawiającego, biorąc pod uwagę argumentację prezentowaną przez odwołującego, stwierdziła, że zamawiający nie ma obowiązku (po wyroku) wzywania odwołującego w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, do wyjaśniania treści oferty, gdyż powyższa okoliczność została w sposób dostateczny dowiedziona przez odwołującego zarówno w treści odwołania, jak i na rozprawie. Tym samym, biorąc pod uwagę treść sentencji orzeczenia, zamawiający zobowiązany został do unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego i jednocześnie do powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem prawidłowo złożonej oferty odwołującego.

Zdaniem Izby, w toku prowadzonych przez zamawiającego czynności badania ofert, w tym oferty odwołującego, zamawiający błędnie bowiem nie zastosował przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, który w sposób bezpośredni pozwoliłby mu na wyjaśnienie okoliczności dotyczących zakresu złożonej przez odwołującego oferty. Wskazać należy, iż wyjaśnienie nie prowadziło do zmiany treści oferty odwołującego, nie prowadziło również do niedozwolonej negocjacji dotyczącej treści złożonej oferty, albowiem, jak to wskazał odwołujący, przedmiot zamówienia wynikający z odpowiedzi na pytanie nr 1 z dnia 8 marca 2016 roku, został uwzględniony przez odwołującego w kosztorysie szczegółowym złożonym wraz z ofertą. Kwestią wyjaśnień, co najwyżej byłoby ustalenie, w której części wskazanego kosztorysu powyższy przedmiot został uwzględniony. Skoro zatem odwołujący wskazał, że przedmiot został wyceniony w pozycjach 18 i 38 kosztorysu szczegółowego, to zamawiający na etapie realizacji umowy, będzie miał prawo do żądania spełnienia określonego świadczenia.

Reasumując stwierdzić należało, że zamawiający błędnie dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, co skutkowało naruszeniem art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

**Przewodniczący:** .....