

WYROK
z dnia 24 kwietnia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 kwietnia 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 kwietnia 2018 r. przez **Wykonawcę Zakład Usług Wodno-Melioracyjnych i Rekultywacji Spółka Jawna M.S., A.G.** z siedzibą w Sandomierzu przy ul. Portowej 14 (27-600 Sandomierz) w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego – Gminę Końskie**, ul. Partyzantów 1 (26-200 Końskie)

orzeka:

- 1 Oddala odwołanie.**
- 2** Kosztami postępowania obciąża Wykonawcę – Zakład Usług Wodno-Melioracyjnych i Rekultywacji Sp. J. M.S., A.G. i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10.000 zł 00 gr.** (słownie: dziesięć tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Wykonawcę tytułem wpisu od odwołania;

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579, ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Kielcach.**

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Zamawiającego – Gminę Końskie na wykonanie robót budowlanych objętych zadaniem: *Rekultywacja i remediacja zdegradowanych zbiorników wodnych na terenie miasta Końskie (Stary Młyn i Browary)* (nr sprawy: ZP-271.1.13.2018.DS), ogłoszonym w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 28 lutego 2018 r., pod numerem 524659-N-2018, wobec czynności odrzucenia oferty Wykonawca Zakład Usług Wodno-Melioracyjnych i Rekultywacji Sp. J. M.S., A.G. z siedzibą w Sandomierzu wniósł w dniu 10 kwietnia 2018 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 687/18).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez uznanie, że oferta Odwołującego nie spełnia wymogów siwz, a w konsekwencji jej odrzucenie;
2. art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp poprzez jego niezastosowanie.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania, nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia jego oferty, dokonania poprawienia w ofercie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego, dokonania wyboru oferty Odwołującego.

Zamawiający przekazał Odwołującemu informację o odrzuceniu jego oferty drogą mailową w dniu 5 kwietnia 2018 r.

W uzasadnieniu faktycznym i prawnym

Odwołujący odniósł się do podstawy, na której Zamawiający oparł decyzję o odrzuceniu jego oferty, tj. art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy, która wynika z uznania, iż jest ona niezgodna z siwz w zakresie dotyczącym obliczenia ceny za wykonanie dokumentacji projektowej.

Zgodnie z pkt 17 siwz wynagrodzenie ma charakter ryczałtowy, a cenę oferty przedstawia formularz ofertowy w kwocie netto i brutto za całość przedmiotu zamówienia. We wzorze formularza oferty Zamawiający zawarł wpis: „Maksymalna wartość dokumentacji projektowej nie może wynosić więcej niż 3% wartości robót budowlanych”. Odwołujący stosując się do tych postanowień wyliczył wartość dokumentacji projektowej w wysokości nie większej niż 3% kwoty 8.364.000,00 zł. wskazanej za realizację przedmiotu zamówienia (wykonanie robót budowlanych).

Przyjmując, iż podana wartość za wykonanie dokumentacji przekracza 3% wartości przedmiotu zamówienia, Zamawiający zobowiązany był potraktować tą niezgodność, jako omyłkę podlegającą poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Ustawy, co było możliwe do dokonania samodzielnie w drodze prostego obliczenia matematycznego. Potwierdza to

sam Zamawiający w decyzji o odrzuceniu oferty, gdzie dokonał bez udziału wykonawcy wyliczenia kwoty stanowiącej wartość robót budowlanych. Zmiana wartości w pozycji *dokumentacja projektowa* do wartości mniejszej niż 3% wartości robót budowlanych nie wpływałaby na zmianę wartości za wykonanie całości przedmiotu zamówienia – nie doszłoby do zmiany ceny ofertowej, a jedynie przesunięcia w ramach kwot podanych w ofercie.

Do postępowania odwoławczego zgłoszenie po stronie Zamawiającego wnieśli wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie: Stawecki Holding Sp. z o.o. Sp.k., ESC Przedsiębiorstwo Handlowo-Uslugowe E.S., Biuro Studiów i Projektów Gospodarki Wodnej Rolnictwa BIPROMEL Sp. z o.o. Na posiedzeniu niejawnym prowadzonym z udziałem stron Izba ustaliła, iż konsorcjum uchybiło terminowi na wniesienie przystąpienia, wynoszącemu 3 dni od dnia otrzymania zawiadomienia o wniesionym odwołaniu. Zamawiający zawiadomienie to przekazał w dniu 10 kwietnia 2018 r., a przystąpienie wniesione zostało do Izby w dniu 16 kwietnia 2018 r. (data wpływu pisma do kancelarii Izby). Izba nie dopuściła konsorcjum do udziału w postępowaniu w charakterze uczestnika.

Stanowisko Izby

Do rozpoznania odwołania zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (tekst jednolity Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.), w brzmieniu po nowelizacji dokonanej ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U.2016.1020), zwanej dalej „Ustawą”.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba w pierwszej kolejności zobowiązana była do oceny wypełnienia przesłanek z art. 179 ust. 1 Ustawy, tj. istnienia po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez Odwołującego szkody w wyniku kwestionowanej czynności w postępowaniu. Czynności Zamawiającego doprowadziły do odrzucenia oferty Odwołującego i uznania za najwyższej ocenioną oferty droższej. Okoliczności sprawy wskazywały zatem, iż Odwołujący wykazał spełnienie przesłanek z art. 179 Ustawy uprawniających do stwierdzenia, że czynności i zaniechania jakich dopuścić się miał Zamawiający przy ocenie oferty Odwołującego mogły naruszać jego interes w uzyskaniu zamówienia oraz prowadziły (mogłyby prowadzić) do poniesienia przez niego szkody.

Na podstawie dokumentacji postępowania, w tym ogłoszenia o zamówieniu, treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz), złożonych w postępowaniu dokumentów

i oświadczeń oraz stanowisk stron prezentowanych na rozprawie, Izba dokonała ustaleń faktycznych stanowiących podstawę do wydania rozstrzygnięcia w przedmiocie podniesionych zarzutów.

Zamawiający prowadzi postępowanie z zastosowaniem procedury wynikającej z art. 24aa Ustawy (tzw. procedury odwróconej), co oznacza iż najpierw dokonać miał oceny ofert, a następnie zbadać, w odniesieniu do oferty najwyższej ocenionej, czy wykonawca, który ją złożył nie podlega wykluczeniu i spełnia warunki udziału w postępowaniu (pkt 10.4 siwz).

Przedmiotem zamówienia jest realizacja w systemie „zaprojektuj i wybuduj” zadania: „Rekultywacja i remediacja zdegradowanych zbiorników wodnych na terenie miasta Końskie (Stary Młyn i Browary)”. Prace związane z wykonaniem projektu oraz robotami budowlanymi będą prowadzone na zbiornikach wodnych Stary Młyn i Browary w 2018 i 2019 r. Roboty budowlane w obszarze zbiorników oraz w obszarach dopływu i odpływu wód. W tym celu Wykonawca zobowiązany będzie do zaprojektowania i wykonania robót budowlanych niezbędnych do realizacji w/w zadania. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia został zawarty w Programie Funkcjonalno-Użytkowym stanowiącym część III siwz.

Zgodnie z pkt 15.1 siwz ofertę stanowi wypełniony formularz ofertowy z załączonymi wymaganymi dokumentami, zaświadczeniami i oświadczeniami oraz drukami określonymi w specyfikacji – sporządzone ściśle według postanowień specyfikacji.

W pkt 17 siwz Zamawiający określił sposób obliczenia ceny, ustalając wynagrodzenie ryczałtowe dla wykonawcy. Cena oferty prezentowana była w formularzu ofertowym stanowiącym załącznik nr 1 do IDW, jako cena netto w PLN za wykonanie całości przedmiotu zamówienia, wartość podatku VAT oraz cena brutto w PLN. Cena oferty miała zawierać wszystkie koszty niezbędne do zrealizowania zamówienia wynikające z opisu przedmiotu zamówienia, Programu Funkcjonalno-Użytkowego jak również koszty za prace, które nie zostały ujęte w opisie przedmiotu zamówienia i PFU, a bez których nie można należycie wykonać zamówienia. Są to między innymi koszty wszelkich robót przygotowawczych, zagospodarowania placu budowy, utrzymania placu budowy (woda, energia, dozór), prace geodezyjne, likwidacji i uporządkowania placu budowy po zakończeniu robót, przygotowania dokumentacji powykonawczej, rozruchu oraz prób eksploatacyjnych, odbiorów zewnętrznych i innych czynności niezbędnych do wykonania przedmiotu zamówienia. Niedoszacowanie, pominięcie oraz brak rozpoznania zakresu zamówienia nie może być podstawą do żądania zmiany wynagrodzenia ryczałtowego (pkt 17.3 siwz).

W załączniku nr 1 – formularz ofertowy – w pkt 1 zawarte zostało oświadczenie podlegające uzupełnieniu o treści: *Oferujemy wykonanie zamówienia, zgodnie z wymogami Specyfikacji*

Istotnych Warunków Zamówienia na następujących zasadach: Maksymalna wartość dokumentacji projektowej nie może wynosić więcej niż 3% wartości robót budowlanych. Następnie pozostawione zostało miejsce do wskazania ceny netto, stawki podatku VAT i jego wysokości oraz ceny brutto, uwzględniające wartość dokumentacji projektowej o wysokości wymagające wskazania w formularzu.

Zgodnie z § 7 projektu umowy, wynagrodzenie wykonawcy za przedmiot zamówienia ujęte zostało łączną kwotą ryczałtową, ustalaną na podstawie oferty, uwzględniającą wartość dokumentacji projektowej oraz wartość robót budowlanych. Zgodnie z § 8 Warunki płatności, rozliczenie umowy następować będzie zgodnie z harmonogramem rzeczowo-finansowym na podstawie faktur, odrębnej dla dokumentacji projektowej oraz robót budowlanych.

Odwołujący w formularzu oferty wskazał cenę netto: 6.800.000,00 zł oraz cenę brutto: 8.364.000,00 zł, w tym wartość dokumentacji projektowej: 246.000,00 zł. Wykonanie dokumentacji projektowej Wykonawca zamierzał zlecić podwykonawcy, zgodnie z oświadczeniem złożonym w pkt 9 formularza oferty.

Zamawiający w piśmie z dnia 04.04.2018 r. poinformował Wykonawców o odrzuceniu ofert złożonych przez J.K. (Obsługa i Realizacji Inwestycji „Celis”) oraz Zakład Usług Wodno-Melioracyjnych i Rekultywacji Sp. J. M.S., A.G.. W odniesieniu do oferty Odwołującego Zamawiający w uzasadnieniu wskazał, iż jest ona niezgodna z treścią siwz dotyczącą maksymalnej wartości dokumentacji projektowej, która nie mogła przekroczyć 3% wartości robót budowlanych. Z obliczeń Zamawiającego wynika, iż jest ona wyższa od wartości robót budowlanych wynoszącej 8.118.000,00 zł., od której powinna być obliczona poniżej wartości 3% (poniżej 243.540,00 zł), a nie od wartości ogólnej (całego zamówienia), obejmującej wartość robót budowlanych i wartość dokumentacji projektowej. Zamawiający wskazał, iż nie mam możliwości poprawienia zaoferowanej ceny za dokumentację projektową, gdyż ewentualna poprawa powodowałaby nadmierną ingerencję w pierwotną treść oferty.

W oparciu o poczynione ustalenia Izba uznała, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zasadniczym dla rozstrzygnięcia było odniesienie się do podstawy wskazanej przez Zamawiającego w uzasadnieniu decyzji z dnia 04.04.2018 r. o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy. Odwołujący kwestionował prawidłowość stanowiska Zamawiającego, który uznał, iż podana wartość za wykonanie dokumentacji projektowej stanowi o niezgodności oferty z siwz, nienadającej się do poprawienia na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Ustawy.

Odwołujący, co nie budziło sporu, dokonał wyliczenia wartości oferty w części dotyczącej wykonania dokumentacji projektowej z przekroczeniem granicy ustalonej w siwz, jako 3% wartości robót budowlanych. Wprawdzie Odwołujący sygnalizował, iż siwz mogła być różnie

interpretowana, to ostatecznie skupił swoją argumentację wokół wykazania, iż omyłka ta mogła być i powinna być poprawiona przez Zamawiającego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Ustawy, jako inna niż oczywista omyłka pisarska i rachunkowa, niezgodność z treścią siwz, której poprawienie nie doprowadzi do istotnej zmiany treści oferty. O nieistotności zmiany miało przesądzać to, że zmniejszenie wartości prac za wykonanie dokumentacji projektowej nie wpłynęłoby na cenę oferty wyrażoną kwotą ryczałtową za całość przedmiotu zamówienia. Przedstawiony na rozprawie przez Odwołującego sposób zmiany treści oferty zakładał 3% wartość prac związanych z wykonaniem dokumentacji projektowej (243.611,65 zł), wyliczoną od wartości robót budowlanych (8.120.388,35 zł). Zamawiający wyliczając poziom wartości prac projektowych ustalił, iż nie mogła ona przekroczyć kwoty 243.540,00 zł., liczonej od wartości robót budowlanych w wysokości 8.118.000,00 zł.

Oceniając zaistniały stan faktyczny Izba miała na uwadze zapisy wzoru formularza ofertowego, w którym Zamawiający zastrzegł, iż *Maksymalna wartość dokumentacji projektowej nie może wynosić więcej niż 3% wartości robót budowlanych*. Wprawdzie w formularzu oferty nie było oddzielnej pozycji dla robót budowlanych, to w świetle zapisów projektu umowy, całość ceny ofertowej brutto składała się na dwie wartości: wartość dokumentacji projektowej oraz wartość robót budowlanych. Wskazuje na to również zakres przedmiotowego zamówienia obejmujący prace związane z wykonaniem projektu oraz robotami budowlanymi (pkt 3.2 siwz). Tym samym cena ofertowa za wykonanie przedmiotu zamówienia obejmować miała nie tylko roboty budowlane, ale także prace projektowe, których wartość była wskazywana w formularzu oferty. Oznacza to, iż po odliczeniu od ceny całkowitej wartości prac projektowych różnica stanowiła wartość robót budowlanych. W sprawie nie miało ostatecznie znaczenia, jaka jest prawidłowo wyliczona wartość robót budowlanych, gdyż Wykonawca wartość prac projektowych wyliczył procentowo od wartości całości prac, czyli z uwzględnieniem wartości dokumentacji projektowej. Miało to ten efekt, iż niezależnie do której z kwot (8.120.388,35, czy też 8.118.000,00 zł) odnosić wartość wskazaną w ofercie, tj. 246.000,00 zł., była ona wyższa, niż 3% wartości robót budowlanych.

Oddalając odwołanie Izba uznała, iż niezgodność oferty Odwołującego z siwz nie mogła być poprawiona na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Ustawy. Przede wszystkim w sprawie przesądzającym był zapis siwz określający górną granicę kwoty, co oznaczało, iż wykonawcy mogli ustalać wartość wykonania dokumentacji projektowej w przedziale do 3% wartości robót budowlanych. Samo zatem ustalenie przez Zamawiającego na podstawie prostego wyliczenia matematycznego, że kwota wskazana w ofercie przekracza granicę 3%, nie oznaczało, iż Zamawiający mógł przyjąć, że intencją Wykonawcy było ustalenie wartości dokumentacji projektowej na poziomie 3% wartości robót budowlanych. Przyjęcie takiego założenia nie uwzględniałoby możliwych innych wskazań, jak np. ustalenia wynagrodzenia

za dokumentację projektową na poziomie 1%. Niezależnie od tego, czy Wykonawca taką zmianę by zaakceptował, już sama możliwość ustalenia dowolnej wartości dokumentacji projektowej nie przekraczającej progu 3% wartości robót budowlanych oznaczała, iż Zamawiający nie mógł obiektywnie ustalić, jaką wartość Wykonawca przyjął do wyliczenia ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia. W orzecznictwie Izby wyrażony został pogląd, iż poprawienie omyłek w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Ustawy nie może prowadzić do dostosowywania treści oferty do wymagań zamawiającego, wyartykułowanych w siwz, czyli do rekonstrukcji oświadczenia woli wykonawcy na podstawie wymogów zamawiającego, choć oświadczenie woli zawarte w ofercie nie daje takich podstaw. Przez fakt akceptacji postanowień siwz nie następuje określenie zakresu świadczenia, ten bowiem zostaje określony w ofercie (tak w wyroku Izby z 19 stycznia 2017 r., sygn. akt KIO 22/17). Przychylając się do tego poglądu należy zauważyć, iż instytucja poprawienia omyłek w treści oferty nie może pozostawiać jakichkolwiek wątpliwości co do rzeczywistej treści oferty, a zatem również sposobu, w jaki należałoby oświadczenie wykonawcy rozumieć. Jeżeli, jak miało to miejsce w niniejszej sprawie, możliwe byłyby różne warianty dla ustalenia wartości dokumentacji projektowej, to Zamawiający nie mając konkretnego wskazania w ofercie na jeden z nich, nie mógł samodzielnie ukształtować treści zobowiązania wykonawcy. W niniejszej sprawie z jednej strony formularz oferty zawierał oświadczenie, iż wartość prac dotyczących wykonania dokumentacji projektowej nie przekroczy 3% wartości robót budowlanych, a jednocześnie podana kwota była od tej wartości wyższa. Niezależnie zatem od tego, jak niewielka była to różnica, poprawienie omyłki Wykonawcy nie było możliwe. Zamawiający nie mógł bowiem obiektywnie przyjąć, iż jedynie wartość na poziomie 3% odzwierciedla założenie Wykonawcy. Gdyby w ofercie Wykonawca wskazał na konkretny procent, a następnie na skutek błędnego przeliczenia dokonał ustalenia wartości dokumentacji projektowej, wówczas Zamawiający miałby oparcie w treści oferty pozwalające na poprawienie omyłki, które nie może prowadzić do kształtowania nowej treści oferty.

Dla niniejszej sprawy wiążącymi były zapisy siwz nakładające na wykonawców obowiązek wskazania w formularzu oferty obok ceny całkowitej, wartości dokumentacji projektowej, stanowiącej rodzajowo odrębny przedmiot zamówienia, niż roboty budowlane. Pomyłka Wykonawcy popełniona przy wyliczaniu tej wartości zasadniczo czyniła niemożliwym dla Zamawiającego samodzielne wskazanie innej kwoty, co stanowiłoby daleko idącą ingerencję w treść oferty. Nie miało przy tym decydującego znaczenia to, o jaką kwotę wartość dokumentacji projektowej przekroczyła próg 3%, ile wskazanie, że ten element prac mógł być wskazany jedynie przez Wykonawcę.

W świetle powyższego odwołanie na podstawie art. 192 ust. 2 Ustawy podlegało oddaleniu.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis wniesiony przez Odwołującego w kwocie 10.000,00 zł. Ponieważ Zamawiający nie złożył rachunków wykazujących koszty poniesione w związku z postępowaniem odwoławczym, Izba nie uwzględniła wniosku o zasądzenie kosztów zastępstwa.

Przewodniczący: