

WYROK
z dnia 22 kwietnia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 kwietnia 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 kwietnia 2014 r. przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Handlowo-Uslugowe „M+” Sp. z o.o., ul. Strzelecka 13B, 47-230 Kędzierzyn-Koźle w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Kędzierzyn-Koźle, Wydział Zamówień Publicznych, ul. Piramowicza 32, 47-200 Kędzierzyn-Koźle,

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Robót Drogowych i Mostowych Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych A..... B....., ADAC-LEWAR sp. z o.o., ul. Kłosowa 4, 47-206 Kędzierzyn-Koźle zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża Przedsiębiorstwo Handlowo-Uslugowe „M+” Sp. z o.o., ul. Strzelecka 13B, 47-230 Kędzierzyn-Koźle i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Przedsiębiorstwo Handlowo-Uslugowe „M+” Sp. z o.o., ul. Strzelecka 13B, 47-230 Kędzierzyn-Koźle tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013, 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 Opolu.

Przewodniczący:.....

Uzasadnienie

Zamawiający: Gmina Kędzierzyn-Koźle, 47-200 Kędzierzyn- Koźle, ul. Piramowicza 32 wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Uzbrojenie pola południowego na terenie Kędzierzyńsko - Kozielskiego Parku Przemysłowego” w ramach zadania „Opracowanie dokumentacji oraz uzbrojenie terenów inwestycyjnych w Kędzierzynie-Koźlu i Oleśnie”, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego (numer postępowania Zamawiającego: ZP.271.12.2014.KK, numer ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych: 65346-2014; data zamieszczenia ogłoszenia: 25 lutego 2014r.).

Informację o odrzuceniu oferty Odwołujący: Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „M+” Sp. z o. o. z siedzibą w Kędzierzynie - Koźlu, 47-230 Kędzierzyn-Koźle, ul. Strzelecka 13B uzyskał drogą faksową w dniu 4 kwietnia 2014r. - Zawiadomienie o wyniku postępowania oraz o wykluczeniu i ofertach odrzuconych.

Ponadto, w dniu 7 kwietnia 2014r., również drogą faksową, Odwołujący otrzymał informację o odrzuceniu oferty innego wykonawcy z analogicznych przyczyn - Sprostowanie treści zawiadomienia o wyniku postępowania.

Nie zgadzając się z powyższym rozstrzygnięciem przetargu Odwołujący w dniu 9 kwietnia 2014r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

- naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp, poprzez jego niewłaściwe zastosowanie polegające na przyjęciu, iż w tym konkretnym przypadku, niespójność pomiędzy wzorem harmonogramu rzeczowo-finansowego stanowiącym Druk Nr 10 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia a harmonogramem rzeczowo-finansowym stanowiącym Druk Nr 10 oferty Odwołującego z dnia 17 marca 2014r. stanowił podstawę do odrzucenia tejże oferty Odwołującego z powodu jej niezgodności z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej SIWZ;
- naruszenie przepisów art. 29 i nast. ustawy Pzp poprzez ich niewłaściwe zastosowanie i dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i nie wyczerpujący, za pomocą niedostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, nie uwzględniając wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty przez Odwołującego i przerzucenie odpowiedzialności z tego tytułu na wykonawców,

co przejawilo się w odrzuceniu oferty Odwołującego i oferty innego wykonawcy.

Wobec powyższego Odwołujący wnosil o:

- 1) uwzględnienie niniejszego odwołania i unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu najkorzystniejszej oferty, to jest oferty Odwołującego z dnia 17 marca 2014r.;
- 2) nakazanie powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i dokonanie oceny ofert w zgodzie z przepisami Prawa zamówień publicznych;
- 3) obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania według norm prawem przepisanych.

W pierwszej kolejności Odwołujący podniósł, że integralnym elementem SIWZ w przedmiotowym postępowaniu jest Druk Nr 10, to jest wzór harmonogramu rzeczowo-finansowego, z którego wynika, iż wykonawca zobowiązany był do wykazania w jego treści:

- 1) wartości oferty w procentowym odniesieniu do poszczególnych rodzajów prac budowlanych mieszczących się w przedmiocie umowy z uwzględnieniem tzw. dopuszczalnych wartości granicznych dla każdej z podgrup ustalonych przez Zamawiającego (wartości graniczne zostały narzucone przez Zamawiającego w wartościach procentowych odnoszących się do oferowanego przez wykonawcę wynagrodzenia);
- 2) wskazania w kwotach brutto wartości poszczególnych rodzajów i poszczególnych podgrup prac budowlanych mieszczących się w przedmiocie umowy;
- 3) wskazania w dniach czasu realizacji poszczególnych rodzajów prac budowlanych mieszczących się w przedmiocie umowy;
- 4) wskazania, które grupy prac budowlanych będą wykonywane przez podwykonawców, z tym zastrzeżeniem, że nie może to dotyczyć prac budowlanych w zakresie robót drogowych i inżynierskich (pkt 4 SIWZ).

Odwołujący zwrócił także uwagę, że postanowienie pkt 3 wzoru harmonogramu rzeczowo- finansowego obejmuje jeden z rodzajów robót budowlanych, tzw. branżę elektryczną, z rozbiem na dwie podgrupy, to jest „a) zasilanie ś/n oraz przepompowni ścieków” oraz „b) oświetlenie zewnętrzne”.

Zauważył także, że Zamawiający przyjął i narzucił wykonawcom założenie, że dopuszczalne wartości graniczne w zakresie podgrupy „a) zasilanie ś/n oraz przepompowni ścieków” wynoszą 1,5% - 4,5% wartości oferowanego wynagrodzenia, a w zakresie podgrupy „b) oświetlenie zewnętrzne” wynoszą 15,0% — 20,0% wartości oferowanego wynagrodzenia.

Nadto wskazał, jako istotne, że wycena i określenie cen w harmonogramie rzeczowo-finansowym stanowiącym załącznik do oferty Odwołującego, zostały sporządzone przez Odwołującego w zgodzie z postanowieniem pkt 13 SIWZ, stanowiącym, że: „Cena oferty jest ceną ryczałtową brutto, zawierającą wszystkie koszty wykonania pełnego zakresu przedmiotu zamówienia. Przez cały okres realizacji zamówienia nie będzie podlegała zmianom ani korektom. Oferowana cena brutto wpisana do formularza oferty należy wyliczyć w oparciu o: aktualne, powszechne stosowane katalogi, cenniki, taryfikatory bądź inne wskaźniki kosztów, dane z pkt. 3. SIWZ, opis przedmiotu zamówienia, jego zakres, ewentualną wizję lokalną, projekt oraz inne koszty związane z obowiązującymi przy wykonaniu zamówienia przepisami prawa w tym koszty należnego podatku od towarów i usług VAT oraz koszty wynikające z punktu 3. SIWZ, a także koszty wynikające z wszelkich upustów i rabatów. W przypadku różnic pomiędzy projektem wykonawczym/budowlanym a specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót budowlanych, podstawą do określenia ceny jest dokument zawierający większy zakres robót i niniejsza SIWZ. Przedmiar robót stanowi tylko materiał pomocniczy do obliczenia ceny. [...] Cena oferty, stawki jednostkowe i ceny występujące w ofercie będą podane przez wykonawcę wyłącznie w złotych (PLN) z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku. Wszystkie płatności i zobowiązania będą realizowane jedynie w złotych polskich.”.

Następnie podniósł, jako istotną okoliczność, że w dniu 10 marca 2014r., w ramach udzielania odpowiedzi na pytania wykonawców, Zamawiający, w odpowiedzi nr 22 stwierdził wiążąco, iż: „Zamawiający informuje, że wartość zabudowania stacji transformatorowych i złącz SN należy ująć w pkt 3 a) harmonogramu rzeczowo-finansowego: - zasilanie ś/n oraz przepompowni ścieków/” – czym – w ocenie Odwołującego - uniemożliwił wykonawcom rozliczenia tychże robót budowlanych w innych grupach robót budowlanych mieszczących się w przedmiocie umowy.

Odwołujący przyznał, że zgodnie z treścią SIWZ: „Nie podlegają uzupełnienia dokumenty takie jak: formularz oferty, harmonogram rzeczowo-finansowy, dowód wniesienia wadium” (pkt 11 SIWZ - WYMAGANE DO OFERTY DOKUMENTY I OŚWIADCZENIA), a także przyznał, że zgodnie z treścią Druku Nr 10, to jest wzoru harmonogramu rzeczowo-finansowego SIWZ: „Źle wypełniony przez Wykonawcę harmonogram zgodnie z pkt 11 SIWZ nie podlega uzupełnieniu i stanowi podstawę do odrzucenia oferty.

Mając na uwadze:

1) przytoczone wyjaśnienia Zamawiającego na pytanie nr 22, które nakazywały Odwołującemu ujęcie wartości zabudowania stacji transformatorowych i złączy SN w pkt 3 ppkt a) harmonogramu rzeczowo-finansowego (a) zasilanie ś/n oraz przepompowni

ścieków);

2) uzyskane przez podwykonawcę Odwołującego oferty potencjalnych dostawców materiałów niezbędnych do budowy stacji transformatorowych i złączy SN (bez kosztów robocizny);

3) konkurencyjną i korzystną dla Zamawiającego wartość pozostałych robót budowlanych, które Odwołujący zamierza wykonać w zakresie swojego przedsiębiorstwa bez wykorzystywania podwykonawców; doszło – według zapatrywania Odwołującego - do sytuacji, w której zaoferowana przez Odwołującego wartość wynagrodzenia z tytułu realizacji prac budowlanych w rodzaju Branża elektryczna, w podgrupie prac a) zasilanie ś/n oraz przepompowni ścieków, wyniosła wartość 741.558,88zł brutto, to jest 8,24% całego oferowanego wynagrodzenia.

W świetle powyższego przyznał, że w ujęciu procentowym wartość tychże prac przekroczyła dopuszczalne wartości graniczne dla tej podgrupy ustalone przez Zamawiającego w zakresie 1,5% -4,5%.

Oświadczył przy tym, że powyższy fakt stał się dla Zamawiającego podstawą do stwierdzenia, że oferta Odwołującego jest niezgodna z SIWZ i w skutkuje odrzuceniem jego oferty.

W chwili obecnej Odwołujący nie może pogodzić się z takim stwierdzeniem Zamawiającego, albowiem jest ono nieracjonalne z punktu widzenia naczelnej dla finansów publicznych zasady racjonalnej gospodarki środkami publicznymi, a także naczelnej dla zamówień publicznych zasady uczciwej konkurencji.

W ramach podniesionej argumentacji prawnej Odwołujący podniósł, że ze względu na brak wyraźnych regulacji prawnych odnoszących się do charakteru prawnego harmonogramów rzeczowo-finansowych, stanowiących zazwyczaj załącznik do SIWZ na roboty budowlane, ocena charakteru tychże dokumentów oraz ocena wagi ich poszczególnych niezgodności z treścią SIWZ zależy każdorazowo od konkretnego stanu faktycznego danej sprawy.

W konsekwencji - w ocenie Odwołującego - postanowienie Druku Nr 10, to jest wzoru harmonogramu rzeczowo-finansowego stanowiące, że: „Źle wypełniony przez Wykonawcę harmonogram zgodnie z pkt 11 SIWZ nie podlega uzupełnieniu i stanowi podstawę do odrzucenia oferty”, w zakresie, w jakim przewiduje automatyzm przy odrzuceniu oferty wykonawcy w każdym przypadku niespójności pomiędzy wzorem harmonogramu rzeczowo-finansowego a harmonogramem rzeczowo-finansowym wypełnionym przez wykonawcę i

stanowiącym załącznik do jego oferty, jest niezgodne z przepisem powszechnie obowiązującego prawa, to jest z przepisem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, a jako taki jest nieważne i nie podlega zastosowaniu na mocy przepisu art. 353¹ Kodeksu cywilnego stosowanego na zasadzie przepisu art. 14 ustawy Pzp.

Poza tym Odwołujący podniósł, że do zastosowania przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp konieczne jest, aby treść oferty pozostawała w sprzeczności z z treścią SIWZ.

Skoro zatem harmonogram rzeczowo-finansowy jest elementem oferty, który przed zawarciem umowy i/lub w trakcie jej realizowania może podlegać zmianom i modyfikacjom, to nie można mu przypisać – w ocenie Odwołującego - charakteru bezwzględnie obowiązującego, a z błędów w nim popełnionych wywodzić niezgodności z treścią SIWZ, a w konsekwencji obowiązku odrzucenia oferty z postępowania.

Odwołujący zwrócił także uwagę, że w przedmiotowym postępowaniu, stosownie do postanowienia § 5 ust. 5 projektu umowy: „W przypadku nie wykonania za zgodą Zamawiającego pełnego zakresu robót określonego niniejszą umową, Zamawiającemu służy prawo do potrącenia z wynagrodzenia Wykonawcy ustalonego w § 5 ust. 1, wartości niewykonanych pozycji wyliczonych w oparciu o wyszczególnione w harmonogramie rzeczowo-finansowym (załączonym do niniejszej umowy) pozycje lub ich części, proporcjonalnie do zakresu wykonania. Powyższe wyliczenie potrącenia wynagrodzenia sporządza się na podstawie obustronnie podpisanego protokołu. W przypadku odstąpienia przez którąkolwiek ze stron od umowy w całości lub części na podstawie któregośkolwiek postanowienia umowy, Zamawiającemu przysługuje prawo do potrącenia z wynagrodzenia Wykonawcy wymienionego w ust A wartości części niewykonanych przedmiotu zamówienia do chwili złożenia drugiej stronie oświadczenia o odstąpieniu od umowy. Wartość potrąceń wyliczona zostanie w oparciu o wyszczególnione z harmonogramu rzeczowo-finansowego (załączonego do niniejszej umowy) pozycje lub ich części proporcjonalnie do zakresu wykonania. Powyższe wyliczenie potrącenia wynagrodzenia sporządza się na podstawie obustronnie podpisanego protokołu. W razie zaistnienia istotnej zmiany okoliczności powodującej, że wykonanie umowy nie leży w interesie publicznym, czego nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy, Zamawiający może odstąpić od umowy w terminie 30 dni od powzięcia wiadomości o tych okolicznościach (art. 145 ustawy Pzp) bez ponoszenia konsekwencji kar umownych wyszczególnionych w niniejszej umowie.”.

Zdaniem Odwołującego powyższe postanowienie umowne wskazuje wyraźnie, że wykazywanie przez wykonawców procentowego udziału danego rodzaju (podgrupy) prac budowlanych w odniesieniu do całości jego wynagrodzenia ma charakter wyłącznie

informacyjny i ma na celu tylko umożliwienie na etapie wykonawczym dokonywania stosownych potrąceń z wynagrodzenia wykonawcy niezrealizowanych faktycznie robót budowlanych (np. w przypadku rezygnacji przez Zamawiającego z ich wykonania lub odstąpienia przez którąkolwiek ze stron od umowy).

Tym samym, przekroczenie dopuszczalnych wartości granicznych przez Odwołującego w żaden sposób nie wpłynął i nie wpłynie na należyte i terminowe wykonanie przedmiotu umowy oraz wartość jego wynagrodzenia, które określone zostało ryczałtowo. Innymi słowy, nie wpłynie na sam przedmiot świadczenia Odwołującego.

Zaznaczył również, że wynagrodzenie z tytułu zrealizowania przedmiotu umowy zostało określone ryczałtowo, a więc kwestia, czy w ramach tego ryczałtu konkretny rodzaj (podgrupa) prac budowlanych stanowi 4,5%, czy 8,4% całej wartości wynagrodzenia zaoferowanego przez wykonawcę nic nie zmienia.

W opinii Odwołującego przy takim poziomie odchylenia, które jest nieznaczne i spowodowane tylko wyjaśnieniami Zamawiającego na pytanie nr 22 oraz ofertami dostawców podwykonawcy Odwołującego, nie ma jakiegokolwiek zagrożenia dla Zamawiającego, w tym finansowego.

Odwołujący zapewniał, że odchylenie to nie wpłynie również w jakikolwiek sposób na płatności częściowe, których mechanizm ujęty w projekcie umowy zupełnie nie bierze pod uwagę dopuszczalnych wartości granicznych, a ryczałt jest, co do zasady niezmienny i tylko w tych granicach Zamawiający będzie świadczył na rzecz wykonawcy.

Następnie Odwołujący podniósł, że Zamawiający, który na zasadzie przepisów art. 29 i n ustawy Pzp tworzy opis przedmiotu zamówienia i ponosi pełną odpowiedzialność z tytułu wad tego opisu i nie może tą odpowiedzialnością obciążać wykonawców.

W powyższym zakresie, Odwołujący stwierdził, iż w jego ocenie zachodzi niespójność pomiędzy treścią SIWZ, w tym wzoru harmonogramu rzeczowo-finansowego, a treścią wyjaśnień Zamawiającego na pytanie 22 z dnia 10 marca 2014r., którą to niespójność można określić, jako wadę dokumentacji przetargowej, a ta nie może negatywnie wpływać na interesy prawne wykonawców, w tym także nie może powodować odrzucenia oferty Odwołującego.

W ocenie Odwołującego, skoro powstaje niespójność polegająca na tym, że:

- 1) z jednej strony, wzór harmonogramu rzeczowo-finansowego określa tzw.

dopuszczalne wartości graniczne, jako sztywne i nie podlegające zmianom/korekcie przez wykonawców;

2) z drugiej strony, Zamawiający nakazuje wykonawcom w swoich wyjaśnieniach do SIWZ wpisanie w daną podgrupę o niskich dopuszczalnych wartościach granicznych, kosztownych prac budowlanych, nie czyniąc zarazem korekty we wzorze harmonogramu rzeczowo-finansowego; to taka sytuacja nie może stanowić podstawy do odrzucenia oferty wykonawcy z powodu przekroczenia dopuszczalnych wartości granicznych tylko dlatego, że pozostałe rodzaje (podgrupy) robót budowlanych zostały przez tego wykonawcę (w tym przypadku Odwołującego) wycenione bardzo korzystnie dla Zamawiającego,.

Odwołujący stanął na stanowisku, że skoro Zamawiający, udzielając odpowiedzi na pytania wykonawców, wyraźnie wskazał, w jakiej grupie wykonawca ma rozliczyć określony (kosztowny) zakres robót budowlanych i nie uczynił za tym korekty harmonogramu rzeczowo-finansowego w zakresie tzw. dopuszczalnych wartości granicznych, to tylko z tego powodu, że dany wykonawca przekroczył te wartości, a zatem nie można czynić podstawy do odrzucenia jego oferty jako niezgodnej z SIWZ.

Takie założenie – zdaniem Odwołującego - prowadzi do irracjonalnych skutków, gdzie wykonawca:

1) albo tak podwyższa wartości swojego wynagrodzenia w pozostałych rodzajach (podgrupach) prac budowlanych tylko i wyłącznie w celu doprowadzenia do zgodności w procentach tzw. dopuszczalnych wartości granicznych, czym ryzykuje, że jego oferta nie będzie ofertą najkorzystniejszą cenowo;

2) albo sztucznie zaniży wartość swojego wynagrodzenia w danej podgrupie prac budowlanych tylko i wyłącznie w celu doprowadzenia do zgodności w procentach tzw. dopuszczalnych wartości granicznych i sztucznie podwyższy swoje wynagrodzenie w innych rodzajach (podgrupach) prac budowlanych, czym ryzykuje, że w przypadku niezrealizowania pełnego zakresu prac w tych innych rodzajach (podgrupach) prac budowlanych i obniżenia jego wynagrodzenia przez Zamawiającego, nie osiągnie zamierzonego efektu ekonomicznego w postaci uzyskania zysku.

Według Odwołującego takie założenie prowadzi do sztucznego określania wartości wynagrodzenia przez wykonawców w poszczególnych rodzajach (podgrupach) prac budowlanych w harmonogramie rzeczowo-finansowym i nie odzwierciedla rzeczywistych wartości, jakie wykonawca zamierza zaoferować.

Zdaniem Odwołującego nie można uczynić mu zarzutu, że w zakresie robót budowlanych, które zamierza wykonać w zakresie swojego przedsiębiorstwa bez udziału

podwykonawców oferuje ceny konkurencyjne ze względu na swoje doświadczenie oraz posiadany zasób (osobowy i rzeczowy), natomiast w zakresie robót budowlanych, przy realizacji, których będzie korzystał z pomocy podwykonawców „skazany” jest niejako na te ceny, które oni oferują (już nie tak konkurencyjne).

Według Odwołującego taki zarzut powodowałby, że złożenie przez niego oferty w przedmiotowym postępowaniu byłoby niemożliwe z przyczyn obiektywnych, a nie konkurencyjnych - co jest naczelną zasadą Prawa zamówień publicznych.

Argumentował, że nie jest winą Odwołującego, że roboty budowlane wykonywane przez samego Odwołującego w swojej wartości „nie odpowiadają” wartościom robót budowlanych, które będzie wykonywał poprzez podwykonawców w taki sposób, żeby zgadzały się procenty dopuszczalnych wartości granicznych określonych przez Zamawiającego.

Zdaniem Odwołującego zarzutu takiego nie można czynić dlatego, że sam Zamawiający narzucił jemu i innym wykonawcom wliczenie wartości pewnych robót budowlanych do określonej podgrupy prac budowlanych i ze swojego zaniechania nie zmienił w tym zakresie harmonogramu rzeczowo-finansowego.

Dla poparcia swoich twierdzeń, Odwołujący przedstawił oferty na realizację prac budowlanych w zakresie dostawy stacji transformatorowych i złącz SN.

Wskazał, że pierwsza oferta - Elektromontaż-Lublin Sp. z o. o. z siedzibą w Lublinie, opiewała na kwotę brutto 636.525,00zł brutto, to jest (92.100,00zł + 41.0000,00zł + 39.400,00zł) x trzy stacje transformatorowe + podatek od towarów i usług (VAT) według stawki 23%, zaś druga oferta - ZPUE S.A. z siedzibą we Włoszczowej, opiewała na kwotę łączną 519.748,80zł brutto.

Zaznaczył, że obydwie oferty były skierowane do J..... O..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą OMEGA ELEKTRO J..... O..... z siedzibą w Opolu (45-129 Opole, ul. Kępska 7a, REGON: 530546036, NIP: 754-026-73-31), którego to przedsiębiorcę Odwołujący przewidział, jako podwykonawcę robót elektroenergetycznych, i którego zasoby osobowe w postaci kierownika robót elektroenergetycznych Odwołujący wskazał w zakresie wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Podkreślił przy tym, że w/w oferty nie zawierały w sobie cen montażu, ale zawierały tylko i wyłącznie komplet materiałów niezbędnych do budowy stacji transformatorowych i

złączy SN.

Zwrócił uwagę, że jak wynika z w/w kwot oferowanych za dostawę materiałów niezbędnych do budowy stacji transformatorowych i złączy SN, sama wartość materiałów bez robocizny, to - w stosunku procentowym do pełnego wynagrodzenia Odwołującego - wartość ok. 5.78% (podczas, gdy Zamawiający na zrealizowanie całej tej pozycji przewidział jedynie do 4,5%).

Dodatkowo Odwołujący wyjaśnił w tym zakresie, że w stosunku do budżetu wskazanego przez Zamawiającego na realizację tego przedsięwzięcia w wysokości 12.000.000,00zł. wartość procentowa udziału materiałów do zabudowania stacji transformatorowych wynosi 4,33% ($519.748,80zł / 12.000.000,00zł * 100 = 4,33\%$). Natomiast, licząc udział procentowy samych materiałów do zabudowania stacji transformatorowych w wartości oferty Odwołującego, to wynosi ona 5,78% ($519.748,80 / 8.996.176,11 * 100 = 5,78\%$).

Wskazał także, że Zamawiający określając graniczne wartości procentowe dla podgrupy robót budowlanych ujętych w poz. 3a, to jest od 1,5% do 4,5% i licząc je od kwoty posiadanego przez Zamawiającego budżetu w wysokości 12.000.000,00zł, ustalił przedział cenowy dla tej pozycji od 180.000,00zł do 540.000,00zł, przy czym jak Odwołujący wskazał, wartość samych materiałów do budowy stacji transformatorowych wynosi kwotę aż 519.748.80zł.

W aspekcie powyższego podniósł, że na pozostałe elementy robót ujęte w tej pozycji a mianowicie: roboty budowlane i pomocnicze w zakresie linii telefonicznych i ciągów komunikacyjnych, sieć kablowa rozdzielcza n/n-lkV zasilania przepompowni ścieków Pg,PI,P2 i szafki pomiarowej Sp, zagospodarowanie terenu stacji transf. - utwardzenie dojazdu do stacji.- szt.3, roboty montażowe budowy złącz kablowych ś/n - 6kV i stacji transf. 6/0.4 kV3 3 kpi, pozostaje wyłącznie kwota 20.251,20zł ($540.000,00 - 519.748,80$), co jest – w opinii Odwołującego - nierealne, bowiem wartość tych elementów robót zgodnie z jego ofertą, opartą na wartościach rynkowych wysoce konkurencyjnych, wynosi kwotę 221.810,08zł.

Wobec powyższego Odwołujący wywodził, że pomimo przytoczonych już postanowień: SIWZ („ Nie podlegają uzupełnieniu dokumenty takie jak: formularz oferty, harmonogram rzeczowo-finansowy, dowód wniesienia wadium”) oraz wzoru harmonogramu rzeczowo-finansowego („Żle wypełniony przez Wykonawcę harmonogram zgodnie z pkt 11 SIWZ nie podlega uzupełnieniu i stanowi podstawę do odrzucenia oferty.”), brak jest podstaw

formalnych do odrzucenia jego oferty.

Powołał się na okoliczności istnienia zapisów SIWZ i wzoru harmonogramu rzeczowo-finansowego, a z drugiej strony istnienia wyraźnego nakazu Zamawiającego wpisania kosztownych prac budowlanych w konkretną podgrupę harmonogramu rzeczowo-finansowego, której dopuszczalne wartości graniczne zostały przyjęte, jako bardzo niskie i które, nie zostały przez Zamawiającego zmienione po udzieleniu wyjaśnień w zakresie pytania nr 22.

Z owej niespójności i zaniechania Zamawiającego nie można – w ocenie Odwołującego - wywodzić skutków niekorzystnych dla tych wykonawców, którzy opracowali swoją ofertę rzetelnie i w oparciu o rzeczywiste wartości - a takim wykonawcą był Odwołujący (podobnie, jak ELEKTROTIM S.A. z siedzibą we Wrocławiu, której to Spółki oferta również została ostatecznie odrzucona).

Zarzucił, że Zamawiający udzielił błędnych wyjaśnień na pytanie nr 22, a w rzeczywistości realizacja prac budowlanych w zakresie stacji transformatorowych i złączy SN powinna być ujęta przez wykonawców w harmonogramie rzeczowo-finansowym w rodzaju Branża elektryczna, w podgrupie pod lit, b) oświetlenie zewnętrzne bądź zamienione powinny być procentowe wartości graniczne pomiędzy tymi pozycjami (3a i 3b).

Ostatecznie Odwołujący podniósł, że z powodu przekroczenia przez niego dopuszczalnej wartości granicznej w zakresie branży elektrycznej, podgrupy „a) zasilanie ś/n oraz przepompowni ścieków” o 3,9%, i bezpodstawnego odrzucenia z tego powodu jego oferty przez Zamawiającego, Zamawiający wybrał ofertę o 993.823,89 zł droższą.

Pismem z dnia 11 kwietnia 2014r.zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego konsorcjum wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: Przedsiębiorstwo Robót Drogowych i Mostowych sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych A..... B....., ADAC-LEWAR sp. z o.o.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść dokumentacji postępowania przetargowego, w tym ogłoszenia i Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ), pisma Zamawiającego z dnia 10 marca 2014r.z wyjaśnieniami do SIWZ, oferty Odwołującego, zawiadomienia Zamawiającego o wyniku postępowania i wykluczeniach i ofertach odrzuconych z dnia 4 i 7 kwietnia 2014r., pisma

Przystępującego z dnia 15 kwietnia 2014r., jak również na podstawie złożonych na rozprawie przez strony i uczestnika wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie oddalić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art.29 i nast. oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie była kwestia oceny czy treść oferty złożonej przez Odwołującego odpowiadała treści SIWZ.

Izba, po przeanalizowaniu całości zebranego w sprawie materiału dowodowego nie podzieliła stanowiska Odwołującego o braku występowania sprzeczności treści złożonej przez Odwołującego oferty z treścią SIWZ.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że zgodnie z postanowieniem pkt. 20 SIWZ załącznikami do niniejszej SIWZ są między innymi Druk nr 10 - harmonogram rzeczowo – finansowy, który w swojej treści przewidywał rubrykę określającą dopuszczalną wartość graniczną Zamawiającego (%) oraz wartość oferty podawaną przez Wykonawcę w procentach.

Należy wskazać, że Zamawiający pod l.p.3 powyższego harmonogramu rzeczowo – finansowego w zakresie rzeczowym odnoszącym się do branży elektrycznej ustalił wartościowy przedział odnoszący się do:

- a) zasilania ś/n oraz przepompowni ścieków na poziomie od 1,5% do 4,5%,
- b) oświetlenia zewnętrznego na poziomie od 15% do 20%.

Nadto Izba ustaliła, że w instrukcji znajdującej się w powyższym harmonogramie rzeczowo – finansowym Zamawiający uczynił wyraźne zastrzeżenie, że źle wypełniony przez Wykonawcę harmonogram zgodnie z pkt.11 SIWZ nie podlega uzupełnieniu i stanowi podstawę do odrzucenia oferty.

Pkt.11.3 SIWZ określający wymagane do oferty dokumenty i oświadczenia pod l.p.3 przewidywał formularz oferty z harmonogram rzeczowo – finansowy, który miał być wypełniony ściśle wg załączonego do SIWZ wzoru druku(...) wraz z harmonogramem

rzeczowo – finansowym.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że Odwołujący na stronie 4 swojej oferty z dnia 17 marca 2014r. przedłożył Druk nr 10 - harmonogram rzeczowo – finansowy podając wartość oferty w procentach w następujący sposób:

- a) zasilania ś/n oraz przepompowni ścieków na poziomie 8,24 %,
- b) oświetlenia zewnętrznego na poziomie od 13,29 %.

Z zestawienia powyższych wartości procentowych wymaganych w SIWZ i tych zaproponowanych w ofercie wynika w sposób jednoznaczny, że te podane przez Odwołującego w ofercie pozostają w kolizji z tymi opisanymi w SIWZ.

Powyższe okoliczności faktyczne znajdują również potwierdzenie w treści odwołania.

Izba, oceniając przedmiotową sprawę doszła do przekonania, że oś sporu pomiędzy stronami sprowadzała się w istocie do odmiennej oceny charakteru prawnego powyższych postanowień SIWZ w aspekcie złożonego przez Odwołującego oświadczenia woli złożonego w jego ofercie.

Bezspornym jest, że wolą Odwołującego było złożenie oferty z zadeklarowanymi wartościami robót:

- 1) branży elektrycznej – zasilanie ś/n oraz przepompowni ścieków na poziomie 8,24%, podczas, gdy Zamawiający oczekiwał realizacji tych robót według wartości od 1,5% do 4,5%,
- 2) branży elektrycznej – oświetlenie zewnętrzne na poziomie 13,29% podczas, gdy Zamawiający oczekiwał realizacji tych robót według wartości od 15% do 20%.

Z tych dwóch stanowczych i wyraźnych oświadczeń woli zarówno Zamawiającego, jak i Odwołującego wynika, że ich stanowiska były ze sobą rozbieżne.

Taka sytuacja, w której należało wykluczyć jakąkolwiek wadę oświadczenia woli składającego ofertę, oznacza, że zachodziła sprzeczność pomiędzy treścią złożonej oferty a treścią SIWZ.

Na tle rozpoznawanej sprawy Izba stanęła na stanowisku, że Druk nr 10 - harmonogram rzeczowo – finansowy stanowił treść oferty i jako taki nie mógł podlegać jakimkolwiek zmianom na etapie składania ofert.

Dokument ten miał istotne znaczenie dla Zamawiającego, co zostało wyraźnie zaznaczone w treści SIWZ wraz uczynionym zastrzeżeniem o odrzuceniu oferty wykonawcy źle wypełniającego harmonogram rzeczowo – finansowy.

Poza tym należy wskazać, że istotne postanowienia przyszłej umowy o roboty budowlane – druk nr 9 nie przewidywały zmiany w przedmiotowym harmonogramie rzeczowo – finansowym.

Natomiast postanowienie § 5 ust.5 istotnych postanowień przyszłej umowy o roboty budowlane – druk nr 9, na które powoływał się Odwołujący, opisywały jedynie sytuację nie wykonania za zgodą Zamawiającego pełnego zakresu robót określonego umową i wynikającego z tego tytułu prawa do potrącenia z wynagrodzenia wykonawcy ustalonego w § 5 ust.1, wartości niewykonanych pozycji wyliczonych w oparciu o wyszczególnione w harmonogramie rzeczowo – finansowym (załączonym do niniejszej umowy) pozycje lub ich części, proporcjonalnie do zakresu wykonania.

Powyższe postanowienie SIWZ nie miało jednak wpływu na ocenę treści oświadczenia woli Odwołującego złożonego w załączonym do oferty harmonogramie rzeczowo – finansowym.

W ocenie Izby nie miała również istotnego znaczenia, dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy, odpowiedź Zamawiającego nr 22 informująca, że wartość zabudowania stacji transformatorowych i złącz SN należy ująć w pkt.3 harmonogramu rzeczowo – finansowego: - zasilanie ś/n oraz przepompowni ścieków.

Podobnie nie ma znaczenia, okoliczność, że wynagrodzenie ma charakter ryczałtowy, co podniósł Odwołujący, bowiem tak ustalone wynagrodzenie nie wpływa na ustanowione przez Zamawiającego wymaganie dotyczące dopuszczalnej wartości granicznej danej pozycji branżowej.

Pozostałe dowody od nr 6 do 11 Izba uznała za nieprzydatne do rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy, bowiem dotyczą okoliczności, które nie zmieniają oceny sytuacji faktycznej, która została ustalona na podstawie treści SIWZ i treści złożonej przez Odwołującego oferty.

Ostatecznie Izba nie uznała również zarzutów odwołania skierowanych przeciwko treści SIWZ i wyjaśnień do niej, a opartych o przepis art.29 i nast. ustawy Pzp, z racji ich zgłoszenia z opóźnieniem w aspekcie przepisu art.182 ust.2 pkt.2 ustawy Pzp.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp postanowiła oddalić odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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:.....