

WYROK
z dnia 3 lutego 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 lutego 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 stycznia 2016 r. przez wykonawcę: **SKANSKA S.A., ul. Gen. J. Zajączka 9, 01-518 Warszawa**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Rejonowy Zarząd Infrastruktury, ul. Podchorążych 33, 85-915 Bydgoszcz**

przy udziale wykonawcy: **ALSTAL Grupa Budowlana Sp. z o.o., Sp.k., Jacewo 76, 88-100 Inowrocław** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. uwzględnić odwołanie i nakazać zamawiającemu Rejonowy Zarząd Infrastruktury, ul. Podchorążych 33, 85-915 Bydgoszcz:**
 - 1.1 unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz odrzucenia oferty wykonawcy SKANSKA S.A., ul. Gen. J. Zajączka 9, 01-518 Warszawa na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych,**
 - 1.2 powtórzenie czynności badania oferty wykonawcy SKANSKA S.A., ul. Gen. J. Zajączka 9, 01-518 Warszawa,**
 - 1.3 powtórzenie czynności oceny ofert niepodlegających odrzuceniu;**
- 2. kosztami postępowania obciążyć zamawiającego Rejonowy Zarząd Infrastruktury, ul. Podchorążych 33, 85-915 Bydgoszcz, i:**
 - 2.1. zaliczyć w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę SKANSKA S.A., ul. Gen. J. Zajączka 9, 01-518 Warszawa tytułem wpisu od odwołania,**

2.2. zasądza od zamawiającego Rejonowy Zarząd Infrastruktury, ul. Podchorążych 33, 85-915 Bydgoszcz na rzecz wykonawcy 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 (Dz. U. z 2015 poz. 2164) na wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Bydgoszczy**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający - Rejonowy Zarząd Infrastruktury z siedzibą w Bydgoszczy - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego na roboty budowlane *p.n. „Budowa strażnicy wojskowej straży pożarnej w Inowrocławiu”*, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej „ustawą Pzp”, „Pzp” lub „ustawą”.

Wartość zamówienia jest mniejsza niż kwota określona w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z 29 lipca 2015 r. - 2015, pozycja 191548. Numer referencyjny sprawy: WB/PO/7/R/7.

Zamawiający odrzucił ofertę wykonawcy SKANSKA S.A. z siedzibą w Warszawie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy i wybrał jako najkorzystniejszą ofertę wykonawcy ALSTAL Grupa Budowlana Sp. z o.o., Sp.k., Jacewo 76 (pismo z dnia 15 stycznia 2016 r.).

Wykonawca SKANSKA S.A. z siedzibą w Warszawie - odwołujący w postępowaniu odwoławczym - wniósł w dniu 20 stycznia 2016 r., w ustawowym terminie, odwołanie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego i zaniechaniu wyboru tej oferty, pomimo że oferta Odwołującego przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów spośród wszystkich złożonych ofert.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy Pzp:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 przez niewłaściwe zastosowanie skutkujące ustaleniem, że oferta Odwołującego - w związku z niezamieszczeniem w kosztorysie ofertowym pozycji dotyczących sprężarki do napełniania butli aparatów tlenowych oraz szafy do suszenia węży - nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co doprowadziło do odrzucenia oferty, pomimo że odpowiada ona treści SIWZ;
- 2) art. 91 ust. 1 przez wybór oferty wykonawcy ALSTAL Grupa Budowlana Sp. z o.o., Sp.k., pomimo że oferta tego wykonawcy nie przedstawia najkorzystniejszego bilansu ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego i zaniechanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego;
- 3) art. 87 ust. 1 przez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, celem usunięcia ewentualnych wątpliwości co do treści jego oferty;

4) art. 7 ust. 1 przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w związku z brakiem wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego, pomimo że przedstawia ona najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów w postępowaniu.

Ponadto, z ostrożności procesowej, na wypadek nieuwzględnienia ww. zarzutów, Odwołujący wniósł jako zarzut ewentualny, naruszenie:

5) art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy przez jego niezastosowanie, pomimo że oferta Odwołującego może podlegać poprawieniu, które nie spowoduje istotnych zmian w jej treści.

Mając na względzie powyższe, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania, a w konsekwencji o:

- 1) unieważnienie czynności badania i oceny ofert;
- 2) powtórzenie oceny i badania ofert z uwzględnieniem okoliczności wskazanych w odwołaniu, w tym ewentualne poprawienie omyłek w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy;
- 3) dokonanie wyboru oferty Odwołującego.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania, gdyż na skutek niezgodnego z prawem odrzucenia oferty może ponieść szkodę ze względu na brak możliwości wyboru jego oferty w postępowaniu. Ponadto, w interesie Odwołującego jest to, aby postępowanie przeprowadzone zostało w sposób prawidłowy i zgodny z obowiązującymi przepisami.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący przedstawił następujące merytoryczne stanowisko w zakresie podstawy odrzucenia oferty.

Zgodnie z Opisem Przedmiotu Zamówienia, zawartym m.in. w treści „*Projektu technologicznego w zakresie wyposażenia w sprzęt pomieszczeń technologicznych i magazynowych budynku strażnicy wojskowej*”, w pkt 4.4 „*Pomieszczenie pompowania butli aparatów powietrznych (nr 014)*”, 4.6 „*Pomieszczenie suszenia węży (nr 022)*” i pkt 5 „*Wykaz wyposażenia technologicznego*”, zarówno sprężarka do napełniania butli aparatów tlenowych jak i szafa do suszenia węży wskazane zostały jako urządzenia, którymi dysponuje obecnie użytkownik. Zamawiający przekazując taką informację wyraźnie wskazał, że wyposażenie to nie leży w zakresie przedmiotu zamówienia, gdyż zamierza wyposażyć odpowiednie pomieszczenia w istniejącą już sprężarkę do napełniania butli aparatów tlenowych oraz w istniejącą już szafę do suszenia węży. Wskazanie to dotyczyło również określenia konkretnych nazw pochodzenia tych urządzeń (co tym bardziej potwierdzało, że mowa jest o urządzeniach w dyspozycji użytkownika), w odróżnieniu od pozostałego wyposażenia zawartego w *Wykazie wyposażenia technologicznego*, co do którego Zamawiający wskazał na parametry techniczne (wymiar, rodzaje materiałów, wydajności). Podobnie w dokumencie pod nazwą „*Wykaz pierwszego wyposażenia*” Zamawiający wyraźnie zaznaczył, że pozycja

17 dotyczy istniejącej („istn.”) sprężarki, a pozycja 22 istniejącej szafy („istn.”). *Dowód: Opis technologii.*

Gdyby intencją Zamawiającego było objęcie przedmiotem zamówienia także szafy oraz sprężarki, w tym przerwienie na Wykonawcę odpowiedzialności w szczególności za ich dostawę i gwarancję jakości, taka intencja powinna wynikać bezpośrednio z opisu przedmiotu zamówienia - zgodnie z art. 29-31 Pzp. Wówczas, Zamawiający powinien opisać szczegółowo posiadaną przez niego sprężarkę i szafę, w tym jej aktualny stan techniczny, ewentualną konieczność jej naprawy, konserwacji lub remontu, jej stopień zużycia, bezawaryjność, rok produkcji, czy jest objęta gwarancją producenta, wskazać miejsce, w którym Wykonawca może dokonać jej wizji lokalnej, wskazać miejsce z którego Wykonawca ma ją odebrać, itp. Taki opis jest niezbędny i konieczny w celu umożliwienia Wykonawcy oszacowania zakresu obowiązków związanych z posiadaną przez Zamawiającego szafą lub sprężarką, w tym obciążeń związanych z ewentualnym udzieleniem gwarancji jakości na sprzęt już istniejący. Bez tych danych, nie jest możliwe dokonanie wyceny szafy oraz sprężarki. W związku z powyższym, z uwagi na zasady logiki i doświadczenie życiowe, należało uznać, że Zamawiający wskazując na posiadanie sprężarki i szafy, nie oczekuje od Wykonawcy ich dostawy, w tym jakichkolwiek czynności związanych z ich przywróceniem do stanu, który również nie został określony przez Zamawiającego.

W związku z powyższym Wykonawca miał wszelkie podstawy aby uznać, że w zakresie przedmiotu zamówienia, a tym samym w zakresie wyceny przez Wykonawcę, nie leży wycena sprężarki oraz szafy, gdyż Zamawiający już posiada ten sprzęt i przez użycie sformułowania „istniejące” wyłącza jego dostawę z przedmiotu zamówienia.

W konsekwencji, brak w kosztorysie ofertowym pozycji dotyczących sprężarki do napełniania butli aparatów tlenowych oraz szafy do suszenia węży nie stanowi o niezgodności oferty Odwołującego z treścią SIWZ.

Przez treść SIWZ należy rozumieć jej merytoryczną zawartość, czyli wymagania odnoszące się do zakresu, ilości i sposobu wykonania przedmiotu zamówienia. Z kolei zgodność złożonej oferty z SIWZ należy oceniać przez porównanie zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia z przedmiotem zamówienia, sposobem i terminem jego realizacji wymaganymi przez zamawiającego. Dopiero efekt takiego porównania może przesądzać o tym, czy treść złożonej oferty odpowiada treści SIWZ. Biorąc więc pod uwagę przytoczone przez Odwołującego fakty, Zamawiający nie miał podstaw do uznania jego oferty za niezgodną z wymaganiami przewidzianymi w SIWZ.

Odwołujący podkreślił, że Zamawiający mógł, a wręcz powinien, zastosować procedurę przewidzianą w art. 87 ust. 1 Pzp celem wyjaśnienia swoich wątpliwości, co do

treści oferty Odwołującego, tym bardziej, że następna oferta z rankingu jest droższa od oferty Odwołującego o ponad 1 mln złotych, co przy skali cen ofertowych (od ok. 13 mln do ok. 14 mln) jest znaczącą różnicą. *Dowód: zestawienie cen ofertowych (przedstawione w uzasadnieniu odwołania w formie tabeli - oferty 4. wykonawców, ceny netto, brutto oraz okresy gwarancji).*

Odwołujący wskazał orzecznictwo KIO - wyrok z dnia 22 lipca 2015 r., sygn. akt KIO 1472/15: *„Złożenie oferty - co do zasady - stanowi de facto zaakceptowanie przez wykonawcę jednostronnie określonych przez zamawiającego oczekiwań co do zaoferowanego przedmiotu zamówienia. Stąd jako zasadę należy przyjąć; że wykonawca podejmując decyzję o uczestnictwie w postępowaniu i złożeniu w nim oferty chce przez to uczynić zadość postawionym w postępowaniu wymaganiom, w szczególności co do przedmiotu zamówienia, aby oferta odpowiadała treści siwz. W konsekwencji - jeżeli jakieś konkretne okoliczności dobitnie nie wskazują, że jest inaczej - należy przyjąć założenie; zgodnie z którym wykonawcy składają oferty w dobrej wierze i na serio, a zatem z zamiarem zaoferowania świadczenia we wszystkich elementach zgodnego z wymaganiami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia. (...) Nie sposób zaakceptować stanowiska, że sam fakt złożenia oferty nie w pełni zgodnej z siwz jest dowodem woli złożenia przez wykonawcę oferty niezgodnej z siwz.”*

Odnosząc się do zarzutu ewentualnego, związanego z naruszeniem przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3, Odwołujący podniósł z ostrożności, że jeżeliby nawet wolą Zamawiającego (mimo przedstawionych w Opisie przedmiotu zamówienia okoliczności) była „wycena” wskazanych pozycji, to biorąc pod uwagę wolę Zamawiającego zastosowania posiadanych już przez niego urządzeń lub niewielką wartość tych urządzeń (czyli ich nieistotność dla zakresu świadczenia), Zamawiający mógłby zażądać odpowiednich wyjaśnień, a w dalszej kolejności dokonać poprawienia oferty Odwołującego.

Odwołujący podniósł, że we wskazanym wyroku KIO stwierdzono również: *„Skoro dopuszczalne jest wyjaśnienie treści złożonej oferty; dysponowanie przez zamawiającego wszystkimi niezbędnymi danymi do dokonania poprawienia omyłek bez ingerencji wykonawcy nie należy utożsamiać z brakiem możliwości uwzględnienia informacji uzyskanych w wyniku wyjaśnień.”*

Nie ma więc żadnych przeszkód, aby w sytuacji brakujących pozycji, Zamawiający uznał, że pozycje te zostały wycenione w kwocie „0,00” zł, co jest dopuszczalne na gruncie obecnych przepisów Pzp, jak potwierdza np. wyrok KIO z dnia 7 sierpnia 2014 r., sygn. akt 1515/14, w którym stwierdzono: *„często spotykaną przy robotach budowlanych i wymaganiu w postępowaniu, złożenia kosztorysu opracowanego na podstawie przedmiaru robót, jest pominięcie pewnych pozycji lub kwot, czy podanie kwoty 0 zł wartości jednostkowej. (...)*

postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest postępowaniem "plastycznym" nie tylko pozwalającym, ale wręcz wymuszającym na zamawiającym podejmowanie różnego rodzaju czynności naprawczych, celem doprowadzenia stanu złożonych ofert, do stanu zgodności z wymaganiami SIWZ. Podkreślenia wymaga fakt, że zamawiający może odrzucić ofertę wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 P.z.p. 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 (wyrok KIO 1327/09). Czynność odrzucenia ofert wykonawcy jest czynnością ostateczną i zastosowanie instytucji uregulowanej w art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. winno nastąpić dopiero po wyczerpaniu wszystkich dozwolonych prawem możliwości zmierzających do wyjaśnienia lub uzupełnienia oferty w celu ustalenia jej zgodności treścią SIWZ (wyrok Sądu Okręgowego w B. z 24 listopada 2010 r., w spr. o sygn. akt II Ca 803/10. (..) Niewłaściwe jest utożsamianie pominięcia wyceny danej pozycji kosztorysu z nieobjęciem treści oświadczenia woli wykonawcy całego przedmiotu zamówienia. (..) Pominięcie pozycji poprzez jej niewycenienie wprost - oznacza tyle, że wykonawca jest zobowiązany wykonać zamówienie zgodnie z jego zakresem opisanym w projekcie budowlanym oraz specyfikacjach technicznych wykonania i odbioru robót, przy czym nie będzie się za to należało odrębne wynagrodzenie. Dlatego też zdaniem Izby pominięcie w tym postępowaniu wyceny niektórych pozycji należy traktować, jak wycenienie danej pozycji w kwocie 0,00 zł, bądź też, że wycena danej pozycji została ujęta w innych wycenionych pozycjach. Podobne stanowiska zajęła Izba w wyrokach: (wskazanie przykładowe) z dnia 15 października 2010 r. w spr. KIO 2136/10, z dnia 11 marca 2011 r. w spr. KIO 385/11, KIO 386/11, KIO 393/11, KIO 406/11, z dnia 4 marca 2011 r. w spr. KIO 333/11, KIO 335/11, z dnia kwietnia 2011 r. sygn. KIO 689/11, z dnia 8 maja 2014 z dnia sygn. KIO 793/14."

Odwołujący uznał, że odwołanie, jako konieczne i zasadne, winno zostać uwzględnione.

Zamawiający nie wniósł odpowiedzi na odwołanie na piśmie.

Wykonawca ALSTAL Grupa Budowlana Sp. z o.o., Sp.k. zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, wniósł w zgłoszeniu przystąpienia o oddalenie odwołania w całości, jako niezasadnego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

W zakresie sporu Izba ustaliła.

Przedmiot zamówienia - zgodnie z pkt 3.1 SIWZ - obejmuje zagadnienia związane z pracami począwszy od przygotowania i zagospodarowania terenu budowy, przez wykonanie prac budowlanych; wykonanie instalacji: wody, kanalizacji sanitarnej, deszczowej, c.o., sprężonego powietrza; wentylacji i klimatyzacji; instalacji elektrycznej; wykonanie prac wykończeniowych; prac związanych z wymaganiami w zakresie ochrony ppoż., kończąc na wykonaniu robót drogowych i parkingów.

W pkt 3.2 SIWZ zamawiający wskazał, że szczegółowy zakres robót określa projekt budowlany, projekt wykonawczy, specyfikacje techniczne.

W opisie sposobu obliczenia ceny oferty (część III ust. 2 SIWZ) zamawiający wskazał, że cena oferty jest wynagrodzeniem kosztorysowym (punkt 3); kosztorys ofertowy sporządzony metodą kalkulacji uproszczonej na podstawie przedmiaru robót załączonego do SIWZ (punkt 4), w podpunktach 1-5 punktu 4 zamawiający opisał sposób wypełnienia kosztorysu ofertowego; w podpunkcie 7 wskazał, że cena oferty netto jest wynikiem sumy cen wszystkich pozycji robót netto, cena oferty brutto jest ceną netto wraz z podatkiem VAT 23%. W informacji zamieszczonej pod podpunktem 7 pt. „*UWAGA!*” zamawiający wskazał: „*Nie uwzględnienie w wycenie chociażby jednej pozycji robót będzie przyczyną odrzucenia oferty (...).*”

W odpowiedzi na pytanie dotyczące treści SIWZ, podnoszonej na rozprawie, zamawiający wyjaśnił na podstawie art. 38 ustawy Pzp (pismo z 30 listopada 2015 r.), pytanie i odpowiedź nr 7: „*Prosimy o potwierdzenie, że wyposażenie ujęte w przedmiarze "wypos Strazn przedmiar." zawierające wykaz wyposażenia pierwszego należy wycenić i ująć w ofercie.*”, „*Odp. Wykaz wyposażenia pierwszego należy wycenić i ująć w ofercie.*”

W postępowaniu zostały złożone 4 oferty. Odwołujący złożył ofertę z najniższą ceną (12.189.338,70 zł, kryterium oceny ofert - cena 90%) i najdłuższym okresem gwarancji (120 miesięcy, kryterium oceny ofert - gwarancja jakości 10%).

Odwołujący nie zamieścił w kosztorysie ofertowym pozycji: sprężarka do napełniania butli aparatów tlenowych MSA 1000 EFI, ilość 1 szt. oraz szafy do suszenia węży DxS34, ilość 1 szt. oraz - jako istniejących - nie wycenił.

Zamawiający zawiadomił wykonawców pismem z dnia 15.01.2016 r. o rozstrzygnięciu postępowania, wskazując, że oferta wykonawcy ALSTAL Grupa Budowlana Sp. z o.o., Sp.k. z ceną 13.229.401,90 zł i okresem gwarancji 96 miesięcy, uzyskując w kryteriach oceny ofert 100 punktów (druga oferta spośród złożonych ofert, pod względem ceny i okresu gwarancji

jakości), została wybrana jako najkorzystniejsza.

Zamawiający zawiadomił też o odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, wskazując niezgodność treści oferty z treścią SIWZ. W uzasadnieniu faktycznym czynności zamawiający podał: *„Wykonawca w kosztorysie ofertowym nie wycenił pozycji dotyczących: sprężarki do napełniania butli aparatów tlenowych oraz szafy do suszenia węży, co jest niezgodne z Cz. III ust. 2 SIWZ.”*

Izba zważyła.

Na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i wykonawcy zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego, Izba uznała, że wykonawca ALSTAL Grupa Budowlana Sp. z o.o., Sp.k. zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, wobec skutecznego przystąpienia, stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego, zgodnie z art. 185 ust. 2 i 3 Pzp.

Odwołujący spełnia ustawowe materialnoprawne przesłanki uprawniające do wniesienia odwołania na podstawie art. 179 ust. 1 Pzp. Przez złożenie oferty wykazał zainteresowanie udziałem w postępowaniu oraz możliwość poniesienia szkody - wobec przedstawienia najkorzystniejszego bilansu ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia - jako bezpośredni lub ewentualny skutek czynności zamawiającego. Odrzucenie oferty przedstawiającej korzystniejszy bilans ceny i gwarancji niż w wybranej ofercie, wskazuje na możliwość poniesienia przez odwołującego szkody.

Odwołanie - rozpoznane na rozprawie w granicach przedstawionych w nim zarzutów (art. 192 ust. 7 ustawy), których zakres wynika z zaskarżonej czynności zamawiającego (odrzucenie oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp) i ze względu na wartość zamówienia ograniczony jest do czynności wskazanej w art. 180 ust. 2 pkt 4 Pzp

- podlega uwzględnieniu wobec wpływu czynności zamawiającego na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, rozumiany na tym etapie postępowania jako wybór najkorzystniejszej oferty (art. 192 ust. 2 w zw. z art. 2 ust. 7a ustawy Pzp).

Zarzut przedstawiony w odwołaniu, to zgodnie z art. 180 ust. 1 Pzp okoliczności faktyczne i prawne odnoszące się do kwestionowanej czynności zamawiającego lub zaniechania czynności, do której zamawiający był zobowiązany na podstawie przepisów ustawy. Zatem, zakres zarzutów podniesionych w rozpoznanym odwołaniu wynika z okoliczności faktycznych i prawnych przedstawionych w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty odwołującego.

Przedmiotem sporu jest ocena, czy niedokonanie wyceny pozycji 17 i 22 - sprężarka do napełniania butli aparatów tlenowych MSA 1000 EFI, ilość 1 szt. oraz szafy do suszenia węży DxS34, ilość 1 szt. oraz - jako istniejących zgodnie ze stanowiskiem zamawiającego, uzasadnia odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Przywołane w odwołaniu przepisy ustawy Pzp stanowią:

- art. 89 ust. 1 w katalogu podstaw odrzucenia oferty, w pkt 2 zobowiązuje zamawiającego do odrzucenia oferty, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3;
- art. 87 ust. 2 pkt 3 zobowiązuje zamawiającego do poprawienia w ofercie innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty - i niezwłocznego zawiadomienia o tym wykonawcy, którego oferta została poprawiona;
- art. 87 ust. 1 uprawnia zamawiającego do żądania od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert, z zaznaczeniem niedopuszczalności prowadzenia między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywania jakiegokolwiek zmiany w treści oferty;
- art. 91 ust. 1 zobowiązuje zamawiającego do wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
- art. 7 ust. 1 zobowiązuje zamawiającego do zapewnienia, w toku przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Przepisy ustawy Pzp nie określają pojęcia oferty. Zgodnie z art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego stosowanym w związku z art. 14 ustawy Pzp: *„Oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy stanowi ofertę, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy.”*

W orzecznictwie Izby, odnośnie podstawy odrzucenia oferty z powodu niezgodności jej treści z treścią SIWZ, ukształtował się jednoznaczny pogląd, że treść oferty to zobowiązanie wykonawcy wykonania zamówienia w jego istotnej merytorycznej warstwie, zgodnie z wymaganiami zamawiającego, stanowiącymi treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia, przykładowo:

1. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp polega na niezgodności zobowiązania, które w swojej ofercie wyraża wykonawca i przez jej złożenie na siebie przyjmuje, z zakresem zobowiązania, którego przyjęcia oczekuje zamawiający i które opisał w SIWZ (wyrok z dnia 9 kwietnia 2015 r., KIO 627/15);

2. Zarówno treść SIWZ, jak i treść oferty należy rozumieć jako merytoryczną

zawartość oświadczenia woli odpowiednio: zamawiającego, który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia oświadcza jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, oraz wykonawcy, który zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez niego oferty jako najkorzystniejszej (wyrok z dnia 17 kwietnia 2015 r., sygn. akt KIO 674/15);

3. Oferta niezgodna z treścią SIWZ to oferta, której treść w sposób zasadniczy i nieusuwalny nie odpowiada treści SIWZ, gdyż obowiązkiem zamawiającego jest poprawienie w ofercie niezgodności z SIWZ niemających istotnego charakteru. Zaniechanie takiej czynności należy uznać za działanie sprzeczne nie tylko z prawem, ale i nieracjonalne, gdyż prowadzi do niesłusznego odrzucenia najkorzystniejszej oferty, co nie zapewnia rozstrzygnięcia postępowania zgodnie z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zatem, zastosowanie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jako podstawy odrzucenia oferty, polega na poprzedzeniu tej czynności wyjaśnieniem treści oferty na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp, na poprawieniu niezgodności treści oferty z treścią SIWZ na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp - konkluzja wynikająca ze wskazanego przez odwołującego wyroku z dnia 22 lipca 2015 r., sygn. akt KIO 1472/15;

4. Niezgodność oferty z treścią SIWZ, uzasadniająca odrzucenie oferty, musi dotyczyć merytorycznych wymagań określonych w specyfikacji. Nie uzasadnia odrzucenia oferty jej niezgodność z SIWZ mająca charakter wyłącznie formalny, formalizm postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie jest bowiem celem samym w sobie, lecz ma służyć realizacji celu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty, odpowiadającej potrzebom zamawiającego), z poszanowaniem zasad jawności, przejrzystości, zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (wyrok z dnia 16 lipca 2015 r., sygn. akt KIO 1414/15).

Zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia, treścią oferty jest zobowiązanie wykonawcy do wykonania robót budowlanych, których zakres został opisany w punkcie 3.1 SIWZ oraz szczegółowo określony w projektach budowlanym i wykonawczym w specyfikacjach technicznych (pkt 3.2 SIWZ).

W opisach „Projektu technologicznego w zakresie wyposażenia w sprzęt pomieszczeń technologicznych i magazynowych budynku strażnicy wojskowej” w pkt 4.4 „Pomieszczenie pompowania butli aparatów powietrznych (nr 014)”, w pkt 4.6 „Pomieszczenie suszenia węży (nr 022)” oraz w pkt 5 „Wykaz wyposażenia technologicznego” pozycje 17 i 22, zamawiający wskazał, że przenośna sprężarka do napełniania butli aparatów tlenowych typu MSA 100EFI oraz szafa do suszenia węży DxS34, są to urządzenia istniejące, którymi dysponuje obecnie użytkownik i zostaną one użyte do

wyposażenia pomieszczeń technicznych i magazynowych budynku strażnicy wojskowej.

Izba podzieliła stanowisko odwołującego, że zamieszczenie opisu wskazującego wyposażenie jako istniejące, którym dysponuje zamawiający i które zostanie wykorzystane do wyposażenia pomieszczeń, nie stanowi zobowiązania wykonawcy do zaoferowania tych urządzeń w ofercie, a tym samym do ich wyceny. Powtarzany opis, że jest to wyposażenie istniejące - pozycja 17 dotyczy istniejącej („istn.”) sprężarki, a pozycja 22 istniejącej szafy („istn.”), jednoznacznie potwierdzał, że dostawa tego wyposażenia nie jest objęta przedmiotem zamówienia.

Zgodnie z przedstawioną linią orzecniczą Izba wskazuje, że w rozpoznawanej sprawie nie występuje niezgodność treści oferty z treścią SIWZ (treść oferty nieodpowiadająca treści SIWZ), jako niezgodność zobowiązania odwołującego przedstawionego w ofercie w rozumieniu art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego, z wymaganiami zamawiającego co do merytorycznego wykonania zamówienia. Niezgodność treści oferty skutkująca jej odrzuceniem została wskazana jako niezgodność treści oferty z opisem sposobu obliczenia ceny oferty zamieszczonym w SIWZ (wykonawca nie wycenił pozycji (...), co jest niezgodne z Cz. III ust. 2 SIWZ).

Na rozprawie, mimo rozbieżnych intencji składanych wyjaśnień, z wyjaśnień pełnomocników stron i uczestnika postępowania odwoławczego w zestawieniu z dokumentacją postępowania i dokumentami załączonymi do odwołania, wynika potwierdzenie, że zamawiający dysponuje wyposażeniem wskazanym w pozycjach 17 i 22 wykazu i zostanie ono wykorzystane do wyposażenia budowanego obiektu. Dodatkowym potwierdzeniem tego rozumienia jest też uzasadnienie odrzucenia oferty odwołującego wskazujące podstawę faktyczną „(...) *nie wycenił pozycji (...).*” Zamawiający nie zarzucił odwołującemu braku zaoferowania wyposażenia, lecz brak jego wyceny w kosztorysie ofertowym, przy czym nie wskazał błędu w obliczeniu ceny oferty stanowiącego odrębną przesłankę odrzucenia oferty określoną w art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, nie powołał też w uzasadnieniu odrzucenia oferty żadnych okoliczności faktycznych ani prawnych wskazujących na nieprawidłowe obliczenie ceny oferty (podobnie w wyroku Izby z dnia 8 czerwca 2015 r., sygn. akt KIO 1092/15).

Zgodnie z wypowiedziami pełnomocników, zamawiający nie podejmował czynności związanych z wyjaśnianiem ceny oferty odwołującego, czy cen ofert pozostałych wykonawców, mimo braku wyceny w jednej z trzech pozostałych ofert i znacznego zróżnicowania wyceny w kwestionowanych pozycjach w pozostałych dwóch ofertach.

Z przedstawionych przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego informacji na temat wypełnienia kosztorysów ofertowych w ofertach pozostałych wykonawców wynika, że wycena pozycji 17 i 22 przedstawiała się następująco: uczestnik postępowania w obu

pozycjach podał cenę 94,60 zł; wykonawca zwany w skrócie: konsorcjum firm CIEPŁOWNIK w obu pozycjach podał 0,00 zł i Przedsiębiorstwo Wielobranżowe EBUD-Przemysłówka Sp. z o.o. podało w pozycji 17 cenę 51 660 zł, w pozycji 22 cenę 36 900 zł.

Pełnomocnik zamawiającego - powołując się na treść opisu zamieszczonego w informacji „UWAGA” (cz. III ust. 2 pkt 4 ppkt 7 SIWZ), podobnie jak uczestnik postępowania odwoławczego - w konkluzji wyjaśnień stwierdził, że odwołujący był zobowiązany do wyceny dwóch pozycji obojętnie za jaką cenę, wskazując nawet 0 zł. Potwierdził także, że w budowanej i wyposażanej strażnicy zostaną zainstalowane: sprężarka i szafa do suszenia węży - po jednej sztuce każdego urządzenia. Nie wyjaśnił celu, jakiemu miała służyć wycena wyposażenia z uwzględnieniem jej wartości w cenie oferty wykonawcy, skoro wykonawca - wobec opisu zamawiającego - nie jest zobowiązany do dostawy spornego wyposażenia.

Z projektu umowy o roboty budowlane (§ 3 ust. 3) wynika, że wynagrodzenie kosztorysowe wykonawcy stanowi wynik iloczynu ilości wykonanych robót i cen jednostkowych podanych w kosztorysie ofertowym. Zatem, wynagrodzeniem wykonawcy będzie wynagrodzenie za faktyczne wykonane roboty w toku realizacji zamówienia.

Powoływanie się na informację zamieszczoną w opisie sposobu obliczenia ceny oferty pod treścią podpunktu 7 w punkcie 4 w części III ust. 2 SIWZ - „*UWAGA! Nie uwzględnienie w wycenie chociażby jednej pozycji robót będzie przyczyną odrzucenia oferty (...).*” - w świetle przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp (normy *ius cogens* - imperatywnej, której stosowanie nie może być niczym, nawet wolą stron wyłączone lub ograniczone), nie może być uznane za zasadne. Zastrzeżenie zamieszczone w SIWZ nie uprawnia do wywiedzenia skutku ponad przepisy ustawy.

Z przedstawionych okoliczności sprawy wynika, że brak wyceny dwóch pozycji, stanowiący uzasadnienie odrzucenia oferty na mocy zamieszczonego w części III ust. 2 SIWZ opisu sposobu obliczenia ceny oferty, w sytuacji gdy odwołujący zaoferował i wycenił roboty przewidziane do wykonania przez wykonawcę (szczegółowo określone w projekcie budowlanym, projekcie wykonawczym, specyfikacjach technicznych - pkt 3.2 SIWZ - przy braku zarzutu niezgodności treści oferty z treścią SIWZ w tym zakresie), może być postrzegane wyłącznie w kontekście formalnego wymagania zamawiającego, mającego na celu przedstawienie poszczególnych pozycji kosztorysowych w kolejności odpowiadającej przedmiarowi robót, co nie może stanowić o merytorycznej niezgodności treści oferty z treścią SIWZ.

Odpowiedź na pytanie nr 7 udzielona w piśmie z dnia 30 listopada 2015 r. nie może stanowić uzasadnienia stanowiska zamawiającego wskazanego w piśmie z dnia 15 stycznia 2016 r., gdyż dotyczy ona potwierdzenia co do wykazu wyposażenia pierwszego, nie

zmieniając jego treści, że w pozycjach 17 i 22 zamawiający wykazał wyposażenie istniejące.

Izba uznała, że brak jest podstaw do przypisania niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, w zakresie przedstawionym w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty. Stąd, Izba uwzględniła odwołanie i nakazała powtórzenie czynności badania oferty odwołującego i jej oceny wraz z oceną pozostałych ofert niepodlegających odrzuceniu.

Naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp skutkuje naruszeniem art. 91 ust. 1 i art. 7 ust. 1 Pzp.

Izba orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 2 i ust. 3 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do jego wyniku, z uwzględnieniem przepisów 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), zasądzając na rzecz odwołującego uzasadnione koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania na podstawie rachunku przedłożonego do akt sprawy.

Przewodniczący: