

Sygn. akt: KIO 2146/10

WYROK
z dnia 12 października 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 października 2010 r. w Warszawie odwołania z dnia 1 października 2010 r. wniesionego przez **wykonawcę Movares Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Świętojerska 5/7, 00-236 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Centrum Realizacji Inwestycji Oddział w Lublinie z siedzibą w Lublinie, ul. Okopowa 5, 20-022 Lublin**

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje:

- 1) unieważnić czynność odrzucenia oferty odwołującego;
- 2) unieważnić czynność wyboru najkorzystniejszej oferty;
- 3) dokonać badania ofert;
- 4) dokonać oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty.

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Centrum Realizacji Inwestycji Oddział w Lublinie z siedzibą w Lublinie, ul. Okopowa 5, 20-022 Lublin**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczone przez **wykonawcę Movares Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Świętojerska 5/7, 00-236 Warszawa**, tytułem kosztów postępowania odwoławczego;
- 2) dokonać wpłaty kwoty 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) przez zamawiającego **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Centrum Realizacji Inwestycji Oddział w Lublinie z siedzibą w Lublinie, ul. Okopowa 5, 20-022 Lublin** na rzecz wykonawcy **Movares Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Świętojerska 5/7, 00-236 Warszawa** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania.
- 3) dokonać wpłaty kwoty XXX (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;
- 4) dokonać zwrotu kwoty XXX (słownie: XXX) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz XXX.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Lublinie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający PKP Polskie Linie Kolejowe S.A z siedzibą w Warszawie, Centrum Realizacji Inwestycji Oddział w Lublinie, ul. Okopowa 5, 20-022 Lublin wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą „Opracowanie ekspertyz naukowych na obiektach inżynieryjnych na odcinku Grodzisk Mazowiecki-Idzikowice linii nr 4 Grodzisk Mazowiecki-Zawiercie CMK-E65 w celu dostosowania linii do dużych prędkości” realizowanych w ramach zadania: Modernizacja linii kolejowej E65 na odcinku Opoczno-p.odg. [posterunek odgałęźny] Knapówka tor 1 i 2 wraz ze stacją Zawiercie«. Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

26.06.2010 r. ukazało się ogłoszenie o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich pod nrem 2010/S 122-186904 i zmienione ogłoszeniem z 31.07.2010 r. nr 2010/S 147-226305.

21.09.2010 r. zamawiający zawiadomił o:

- 1) wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia M.S.M. Pontex Sp. z o.o. z siedzibą w Mysłowicach oraz Aspekt Sp. z o.o. z siedzibą w Jaworznie;
- 2) odrzuceniu oferty wykonawcy Movares Polska Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie, ul. Świętojerska 5/7, 00-236 Warszawa, gdyż treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji – art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp bo nie odpowiada wymogom pkt 15.1, 13.3 i 26.7 specyfikacji; cyt. »wykonawca w swojej ofercie w załączniku nr 7 sporządził łączną wycenę ekspertyz każdego z typów obiektów inżynieryjnych odrębnie, nie dokonując wyceny każdego obiektu inżynieryjnego odrębnie, czego wymagał zamawiający«.

01.10.2010 r. wykonawca Movares wniósł do Prezesa KIO odwołanie na:

- 1) wybór najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia M.S.M. Pontex Sp. z o.o. z siedzibą w Mysłowicach oraz Aspekt Sp. z o.o. z siedzibą w Jaworznie;
- 2) odrzucenie oferty odwołującego.

Zdaniem odwołującego zamawiający naruszył przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych i postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia przez:

- 1) niezastosowanie art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 29 ust. 1 Pzp – przez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
- 2) niezastosowanie pkt 12.5, 14.2, 14.3 specyfikacji w zw. z pkt 12.6 specyfikacji – przez przyjęcie, że oferta odwołującego jest niezgodna z treścią specyfikacji, podczas gdy w ww. punktach specyfikacji zamawiający przesądzał, że wykonawca ma przygotować ofertę na podstawie wzorów stanowiących załączniki do specyfikacji, a także, że nie może dokonywać jakichkolwiek zmian w treści załączonych wzorów dokumentów, w tym dokonywanie w nich dopisków;
- 3) wadliwe zastosowanie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp – przez uznanie, że treść oferty odwołującego nie odpowiada treści specyfikacji, podczas gdy odwołujący wypełnił wszelkie rubryki zawarte w załączniku nr 7 do specyfikacji (zgodnie z przygotowaną przez zamawiającego formułą załącznika) – dostosowując się tym samym do pkt 12.6 specyfikacji, w którym to zamawiający przesądził, że niedopuszczalne jest dokonywanie jakichkolwiek zmian w treści załączonych wzorów dokumentów, w tym dokonywanie dopisków;
- 4) wadliwe zastosowanie art. 91 ust. 1 Pzp – przez zaniechanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji.

Odwołujący wniósł o:

- 1) unieważnienie przez zamawiającego czynności z 21.09.2010 r. polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego;

- 2) unieważnienie przez zamawiającego czynności polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty, którą została oferta wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia M.S.M. i Aspekt;
- 3) dokonanie ponownej oceny ofert;
- 4) dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, tj. oferty odwołującego.

Argumentacja odwołującego

Pismem z 21 września 2010 r. zamawiający po dokonaniu badania i oceny ofert dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty. W ocenie zamawiającego najkorzystniejszą ofertę złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia M.S.M. i Aspekt. W trakcie badania ofert zamawiający odrzucił ofertę odwołującego z powołaniem na art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp gdyż treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji. Zamawiający wyjaśnił, że treść oferty odwołującego nie spełnia wymagań zawartych w pkt 13.3, 15.1, 26.7 specyfikacji.

Zdaniem odwołującego niezgodność oferty polega na tym, że wykonawca w załączniku nr 7 sporządził łącznie wycenę ekspertyz każdego z typów obiektów inżynierskich, a nie wycenę każdego obiektu inżynierskiego oddzielnie. Zamawiający nadto dokonał również wykluczenia oferty trzeciego z wykonawców, a mianowicie Przedsiębiorstwa Projektowo-Wdrożeniowego Budownictwa Komunikacyjnego „Pomost” sp. z o. o. w Warszawie.

Rozstrzygnięcie zamawiającego w zakresie odrzucenia oferty odwołującego oraz wyboru najkorzystniejszej oferty należy uznać za sprzeczne z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych oraz postanowieniami specyfikacji, w związku z czym odwołujący składa odwołanie opierając się na niżej wskazanych podstawach.

Zamawiający wadliwie zastosował art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp uznając, że treść oferty odwołującego nie odpowiada treści specyfikacji. Odwołujący zastosował się do wymogów zamawiającego określonych w specyfikacji i z tego tytułu nie może ponosić negatywnych konsekwencji. Odwołujący wypełnił wszelkie rubryki zawarte w załączniku nr 7 do specyfikacji (zgodnie z przygotowaną przez zamawiającego formułą załącznika) i dostosowując się do pkt 12.6 specyfikacji, w którym zamawiający przesądził, że niedopuszczalne jest dokonywanie jakichkolwiek zmian w treści załączonych wzorów dokumentów. Odwołujący nie dokonał w załączniku nr 7 jakichkolwiek dopisków. Odwołujący zastosował się również do postanowień pkt 12.5, 14.2, 14.3 specyfikacji i przygotował swoją ofertę w oparciu o dokumenty będące wzorcami załączonymi do specyfikacji.

Sam zamawiający nadał pkt 12.6 specyfikacji brzmienie, cyt.: „Zamawiający nie dopuszcza dokonywania w treści załączonych wzorów dokumentów jakichkolwiek zmian (skrótów, opuszczeń, skreśleń, poprawek lub dopisków) za wyjątkiem miejsc

wykropkowanych lub oznaczonych gwiazdką (*)". Tymczasem z załącznika nr 7 do specyfikacji wynikało, że wycenami należy objąć odrębnie poszczególne obiekty inżynierskie z podziałem na mosty km; wiadukty km; przepusty km. Przy każdej pozycji określonej załącznikiem nr 7 nazwanej odpowiednio „mosty”, „przepusty”, „wiadukty” podana została jedynie jedna pozycja „km – wartość (netto) PLN”. W związku z powyższym dla odwołującego było sprawą oczywistą, że należy wpisać kilometry indywidualnych obiektów, w wyodrębnionych obiektach inżynierskich (oddzielnie mosty wiadukty, przepusty), tak, aby zamawiający miał gwarancję, że oferta obejmuje pełen zakres zamówienia, natomiast w miejscach wykropkowanych po wyrazach „wartość (netto)” należało wpisać wartość dla całej grupy zbiorczej obiektów inżynierskich wyszczególnionych w załączniku nr 7 tj. mostów, wiaduktów i przepustów.

Niezwykle istotnym jest, że sposób wypełnienia przez odwołującego załącznika nr 7 do specyfikacji nie kłóci się z intencją zamawiającego, którą przyjął odwołujący, a którą można sprowadzić do tezy, że dlatego w taki sposób zamawiający przygotował projekt załącznika nr 7, że chciał mieć gwarancję, że cena oferty obejmuje pełen zakres zamówienia.

Powyższa interpretacja załącznika nr 7 pozostaje w zgodzie z postanowieniami § 9 projektu umowy, która zostanie podpisana ze zwycięzcą postępowania. Zamawiający, bowiem w projekcie umowy nie przewiduje rozliczania umowy fakturami częściowymi, (które to ewentualnie mogłyby przesądzać o zasadności stanowiska zamawiającego zawartego w zawiadomieniu z 21.09.2010 r.) ani też te odrębne wyceny każdego obiektu inżynierskiego nie będą miały dla zamawiającego jakiegokolwiek znaczenia praktycznego na jakimkolwiek etapie realizacji umowy.

Zamawiający nie powinien odrzucać oferty odwołującego w oparciu o treść art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp. Wedle stanowiska przedstawionego w wyroku KIO z 30 marca 2010 r. w sprawie KIO/UZP 321/10 odrzucić ofertę można, gdy jej treść z całą pewnością nie odpowiada treści specyfikacji. W żadnym razie nie można tego dokonać, gdy treść oferty nie została należycie zbadana, uzupełniona zgodnie z dyspozycją art. 26 Pzp, albo wyjaśniona – w przypadku wątpliwości co do jej zgodności ze specyfikacją. Zarówno w doktrynie jak i orzecznictwie potwierdzono, że o niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji można mówić jedynie w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia w ten sposób, że nie zapewnia realizacji zamówienia w całości (KIO/UZP 1093/08). *Ratio legis* art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jest odpowiednio: eliminacja z postępowania ofert, na których podstawie nie można zrealizować danego zamówienia publicznego zgodnie z wymaganiami zamawiającego oraz niedających możliwości prawidłowego ustalenia ceny i w konsekwencji prawidłowego wykonania umowy w sprawie zamówienia publicznego przez zamawiającego (obowiązku zapłaty).

Dorobkiem doktryny oraz orzecznictwa KIO, a wcześniej ZA, jest pogląd, że norma art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp odnosi się do merytorycznego aspektu zaoferowanego przez wykonawców świadczenia oraz merytorycznych wymagań zamawiającego, w szczególności co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia.

Zatem, o niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji można mówić w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia w ten sposób, że nie zapewnia realizacji zamówienia w całości. Interpretacja art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp nakazuje odniesienie normy art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp do merytorycznego aspektu zaoferowanego przez wykonawców świadczenia oraz merytorycznych wymagań zamawiającego, w szczególności co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia. O niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji można więc mówić w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada przedmiotowi zamówienia w ten sposób, że nie zapewnia jego realizacji w sposób opisany przez zamawiającego w specyfikacji.

Mając, zatem na względzie powyższe – w kontekście opisu przedmiotu zamówienia – o udzielenie zamówienia publicznego trudno przyjąć, jakoby sposób przygotowania oferty przez odwołującego, jak i sama jej treść stanowiła przesłankę do jej odrzucenia, tym bardziej, że fakt nie wyszczególnienia wartości oferty odnośnie każdego indywidualnego obiektu inżynierskiego nie powoduje niemożności realizacji umowy, czy też niejasności w zakresie ceny, która to *de facto* ustanowiona została przez zamawiającego jako cena ryczałtowa. Brak, bowiem cen jednostkowych odnoszących się do każdego indywidualnego obiektu inżynierskiego (np. każdego mostu odrębnie) nie skutkuje brakiem zaoferowania świadczenia wymaganego przez zamawiającego. W tym stanie rzeczy należy z całą mocą podkreślić, że oferta odwołującego była ofertą zgodną ze specyfikacją i jako taka nie powinna być zostać odrzucona.

Zgodnie z art. 7 ust. 1 Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Wyrazem zachowania zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców jest m.in. precyzyjne i niebudzące wątpliwości sporządzenie specyfikacji. Stosownie do wyroku Zespołu Arbitrów z 28 maja 2007 r. w sprawie o sygnaturze UZP/ZO/0-598/07 postanowienia specyfikacji muszą być na tyle jednoznaczne, aby nie dopuszczały rozbieżności interpretacyjnych, a wszelkie wątpliwości nie mogą być tłumaczone na niekorzyść wykonawców.

Zgodnie z orzeczeniem z 29 stycznia 2009 r. KIO w sprawie KIO/UZP 48/09 to na zamawiającym spoczywa obowiązek jednoznacznego i jasnego precyzowania postanowień

specyfikacji. Fakt, że postanowienia te nie czynią zadość tym wymogom, nie mógłby być poczytany na niekorzyść odwołującego i nie mógłby prowadzić do zastosowania sankcji odrzucenia oferty. W podobny sposób wypowiedział się również Zespół Arbitrów w sprawie UZP/ZO/0-817/05. Orzeczenie wskazywało, że wykonawcy nie mogą ponosić negatywnych skutków w zakresie niejednoznacznych postanowień specyfikacji.

Nie można na niekorzyść wykonawców interpretować postanowień specyfikacji, które mogą budzić wątpliwości, gdyż działają oni w zaufaniu do zamawiającego, na którym ciąży obowiązek jednoznacznego i jasnego sformułowania specyfikacji.

Wykonawcy nie mogą być obciążeni negatywnymi skutkami niewystarczającego doprecyzowania przez zamawiającego postanowień specyfikacji. Według Zespołu Arbitrów (wyrok z 24 kwietnia 2007 r., sygn. akt UZP/ZO/0-442/07) specyfikacja jest podstawowym dokumentem określającym warunki udziału w postępowaniu, warunki, na jakich należy złożyć ofertę w tym postępowaniu oraz według jakich zasad będą dokonywane badanie i ocena ofert oraz wybór najkorzystniejszej oferty. Postanowienia zawarte w specyfikacji powinny być jasne, zrozumiałe i jednoznaczne oraz zgodne z podstawowymi zasadami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, a w szczególności z zasadą równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji.

Specyfikacja ma chronić interes zamawiającego i gwarantować mu, że otrzyma dobro, które rzeczywiście było przedmiotem zamówienia.

Specyfikacja ma chronić również interes prawny wykonawcy, że jego oferta, jeżeli będzie najkorzystniejsza, zostanie wybrana w przetargu. Dlatego postanowienia specyfikacji muszą być precyzyjne, jednoznaczne, a wątpliwości powstałe na tym tle powinny być, z zachowaniem przepisów prawa, rozstrzygane na korzyść wykonawcy (wyrok ZA z 30 maja 2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-1076/05; wyrok ZA z 18 sierpnia 2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-2197/05). Tym samym, zamawiający nie może obciążać wykonawców odpowiedzialnością za swój brak precyzji w formułowaniu specyfikacji i w związku z tym nie może wykluczyć wykonawców, którzy spełniają ogólnie postawione warunki udziału w postępowaniu.

Nadto, gdyby hipotetycznie przyjąć, że wykładnia postanowień specyfikacji (w tym jej załączników) dokonana przez zamawiającego bliższa była wykładni literalnej nie można przyjąć jej pierwszeństwa. Sąd Najwyższy w uchwale z 22 marca 2007 r., sygn. akt III CZP 8/07, wywiódł, że „wykładnia językowa nie może prowadzić do rozstrzygnięcia, które w świetle powszechnie akceptowanych wartości musi być uznane za rażąco niesłuszne, niesprawiedliwe, nieracjonalne lub niweczące *ratio legis* interpretowanego przepisu”. Sąd Najwyższy stwierdził również w przywołanym orzeczeniu, że „w sytuacji, w której ściśle, literalne zinterpretowanie zapisu ustawowego prowadziłyby do zniekształcenia lub wypaczenia jego treści, obowiązkiem organu stosującego prawo jest sięganie do innych sposobów wykładni” oraz „że zasada pierwszeństwa stosowania wykładni językowej nie

oznacza absolutnego porządku preferencji, a jedynie taki porządek, w którym w uzasadnionych okolicznościach dopuszcza się od niej odstępstwa łagodzące konflikt między stanowiskiem formalistycznym a nieformalistycznym. Przykładem potrzeby odstępstwa od honorowania rezultatów wykładni językowej jest wskazywana w piśmiennictwie sytuacja, w której wynik posłużenia się taką wykładnią prowadzi do absurdu albo do rażąco niesprawiedliwych lub irracjonalnych konsekwencji”.

W zakresie ostatniego z zarzutów tj. naruszenia dyspozycji art. 91 ust. 1 Pzp, wedle którego zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji odwołujący wskazuje, że w przypadku prawidłowego zastosowania przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych oferta odwołującego zostałaaby wybrana jako najkorzystniejsza. W punkcie 19.9 specyfikacji zamawiający określił, że jedynym kryterium wyboru najkorzystniejszej oferty będzie cena, którą należy podać do dwóch miejsc po przecinku bez zaokrąglania. Cena zaproponowana przez odwołującego była ceną najniższą.

30.09.2010 r. odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu (art. 180 ust. 5 Pzp).

01.10.2010 r. zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom (art. 185 ust. 1 *in initio* Pzp).

06.10.2010 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia M.S.M. i Aspekt wnieśli pismo w sprawie przystąpienia do innego postępowania odwoławczego, które nie wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy, a także:

- 1) dowodu złożonego przez zamawiającego – (dowód nr 1) pismo zamawiającego z 08.10.2010 r. złożone na posiedzeniu, w którym to piśmie zamawiający wywodzi niezasadność odwołania;**
- 2) dowodu złożonego przez odwołującego – (dowód nr 2) pismo zamawiającego z 05.08.2010 r. z modyfikacją specyfikacji w zakresie wzoru umowy oraz ujednolicony przez odwołującego wzór umowy na potwierdzenie, że zamawiający ustanowił ryczałtowy sposób rozliczenia umowy;**

3) dowodu złożonego przez odwołującego – (dowód nr 3) wycena prac projektowych na potwierdzenie faktu, że odwołujący ujął i właściwie wycenił wszystkie obiekty

– Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie jest zasadne.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że odwołujący posiada interes w złożeniu środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza przychyliła się do stanowiska odwołującego sformułowanego w zarzucie nr 2 – niezastosowanie postanowień pkt 12.5, 14.2, 14.3 specyfikacji w zw. z pkt 12.6 specyfikacji – przez przyjęcie, że oferta odwołującego jest niezgodna z treścią specyfikacji, podczas gdy w ww. punktach specyfikacji zamawiający przesądzał, że wykonawca ma przygotować ofertę na podstawie wzorów stanowiących załączniki do specyfikacji, a także, że nie może dokonywać jakichkolwiek zmian w treści załączonych wzorów dokumentów, w tym dokonywanie w nich dopisków.

Wskazane pkt 12.5, 12.6, 14.2 i 14.3 brzmią, cyt.:

»12.5. Wzory dokumentów dołączone do niniejszej SIWZ powinny zostać wypełnione przez wykonawcę i dołączone do oferty, bądź też przygotowane przez wykonawcę w innej – zgodnej z niniejszą SIWZ formie.

12.6. Zamawiający nie dopuszcza dokonywania w treści załączonych wzorów dokumentów jakichkolwiek zmian (skrótów, opuszczeń, skreśleń, poprawek lub dopisków) za wyjątkiem miejsc wykropkowanych lub oznaczonych gwiazdką (*).

[...]

14.2. Stosowne wypełnienia miejsc wykropkowanych w dokumentach stanowiących załączniki do niniejszej SIWZ i wchodzących następnie w skład oferty mogą być dokonane komputerowo, maszynowo lub ręcznie.

14.3. Dokumenty przygotowywane samodzielnie przez wykonawcę na podstawie wzorów stanowiących załączniki do niniejszej SIWZ muszą mieć formę wydruku komputerowego lub maszynopisu«.

Z przytoczonych postanowień specyfikacji wynika, że dla zamawiającego bardzo istotnym było, zachowanie formy zaproponowanej w specyfikacji oraz zawarcie danych bez dopisywania innych informacji, na co wskazują słowa użyte w cytowanym pkt 12.6

specyfikacji, cyt. »nie dopuszcza dokonywania w treści załączonych wzorów dokumentów jakichkolwiek zmian [...] za wyjątkiem miejsc wykropkowanych«. Natomiast w załączniku nr 7 zamawiający nie przewidział miejsca na wpisanie poszczególnych cen, a ponadto ze sformułowanego wymagania, cyt. »Wycenami należy objąć odrębnie poszczególne obiekty inżynierskie z podziałem na: Mosty km ... wartość (netto) ... PLN, Wiadukty km ... wartość (netto) ... PLN, Przepusty km ... wartość (netto) ... PLN« można wysnuć wniosek, że zamiarem zamawiającego było uzyskanie tylko i wyłącznie informacji o miejscach usytuowania [km] poszczególnych obiektów inżynierskich i łącznej cenie [PLN] poszczególnych typów obiektów inżynierskich. Bardzo istotne jest, że zamawiający nie przeznaczył miejsca w formularzu na wpisanie cen za poszczególne obiekty inżynierskie.

Skład orzekający Izby podkreśla, że zamawiający dysponował informacją o usytuowaniu poszczególnych obiektów inżynierskich i mając zamiar uzyskania dokładnych informacji o cenach każdego obiektu inżynierskiego mógł, a nawet powinien wyszczególnić każdy z tych obiektów oznaczając go cechą kilometrową i przeznaczając w formularzu dla każdego z obiektów oddzielne miejsce.

Ponadto zamawiający nie zasygnalizował w specyfikacji celu wpisywania cen za każdy z obiektów oddzielnie. Zwłaszcza potrzeba przedstawienia cen każdego obiektu inżynierskiego powinna być wskazana w odpowiednich postanowieniach wzoru umowy. Natomiast zamawiający nie zażądał tego w żadnym miejscu specyfikacji, a w tym szczególnie we wzorze umowy.

Skład orzekający Izby wziął również pod uwagę, że zamawiający nie dowiódł, że wynagrodzenie za przedmiot zamówienia będzie inne niż ryczałtowe, a z treści wzoru umowy wynika, że zamawiający przewidział wynagrodzenie ryczałtowe. Zobrazowaniem tego jest brak przewidzenia sposobu ostatecznego wyliczenia ceny zamówienia, np. na podstawie kosztorysów powykonawczych, a zwłaszcza wskazuje na wynagrodzenie ryczałtowe postanowienie § 4 ust. 6 wzoru umowy, cyt. »Wykonawca otrzyma wynagrodzenie za rzeczywiście wykonane czynności przedmiotu umowy, przy czym wynagrodzenie nie może przekroczyć kwoty określonej w ust. 3«; w ust. 3 jest wskazana kwota wynagrodzenia. Odpowiada to art. 632 § 1 Kc, który brzmi cyt. »Jeżeli strony umówiły się o wynagrodzenie ryczałtowe, przyjmujący zamówienie nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac«.

Zamawiający powołał się na postanowienie pkt 13.3 specyfikacji, który brzmi, cyt. »Wykonawca wraz z ofertą winien dostarczyć wycenę ekspertyz. Ww. wycenę należy sporządzić wg wzoru nr 7 do SIWZ i objąć nią odrębnie każdy obiekt inżynierski«. Z postanowienia tego również nie wynika, że wykonawca ma wskazać oddzielną cenę za każdy obiekt, a wynika, że wycena ma obejmować wszystkie obiekty, czego dokonał w swojej ofercie odwołujący.

Kolejną kwestią jest problem postanowień w specyfikacji, które nie w pełni odzwierciedlają intencje zamawiającego. Jak wskazuje, w tym przedmiocie, jednolite orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, zamawiający nie może wyciągać negatywnych skutków z omyłek zaistniałych w specyfikacji, a także ogłoszeniu. Przykładowy fragment wyroku z tego zakresu brzmi »Skład orzekający Izby, popiera w tym zakresie ugruntowane już stanowisko orzecznictwa i doktryny, że wykonawca, który działa w zaufaniu i dobrej wierze do sporządzonych przez zamawiającego dokumentów, w tym wzorów załączników do specyfikacji, nie może ponosić negatywnych konsekwencji nieprecyzyjnych czy niejasnych postanowień specyfikacji«, a fraza ta znalazła się w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 27 lutego 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 162/09.

W związku z tym, że wykonawca mógł zrozumieć i zrozumiał postanowienia całej specyfikacji w ten sposób, że zamawiający nie życzy sobie [nie wymaga] aby wykonawcy wpisali w załączniku nr 7 do oferty, bądź w innych dokumentach oferty, cen za poszczególne elementy przedmiotu zamówienia skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej przychyliła się do zarzutu nr dwa odwołującego.

Krajowa Izba Odwoławcza przychyliła się: do stanowiska odwołującego sformułowanego w zarzucie nr 3 – wadliwe zastosowanie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez uznanie, że treść oferty odwołującego nie odpowiada treści specyfikacji, podczas gdy odwołujący wypełnił wszelkie rubryki zawarte w załączniku nr 7 do specyfikacji (zgodnie z przygotowaną przez zamawiającego treścią załącznika) – dostosowując się tym samym do pkt 12.6 specyfikacji, w którym to zamawiający przesądził, że niedopuszczalne jest dokonywanie jakichkolwiek zmian w treści załączonych wzorów dokumentów, w tym dokonywanie dopisków oraz do stanowiska odwołującego sformułowanego w zarzucie nr 4 – wadliwe zastosowanie art. 91 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji.

Odwołujący wykazał, że zastosował się do specyfikacji i złożył ofertę zgodnie z postanowieniami specyfikacji. W związku z tym nie można stwierdzić, że treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji. Dlatego odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp nie może być uznane za prawidłowe zastosowanie tego przepisu.

W związku z tym, że zamawiający bezpodstawnie odrzucił jedną ofertę dokonał niewłaściwego wyboru najkorzystniejszej oferty, gdyż dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty spośród nie wszystkich ofert podlegających ocenie, czyli niewłaściwie zastosował się do art. 91 ust. 1 Pzp, który brzmi, cyt. »Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia«.

Wobec tego skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej przychylił się do stanowiska odwołującego w zakresie zarzutów nr 3 i 4 odnoszących się do wadliwego zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez uznanie, że treść oferty odwołującego nie odpowiada treści specyfikacji oraz do wadliwego zastosowania art. 91 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wyboru oferty najkorzystniejszej spośród wszystkich ofert niepodlegających odrzuceniu.

Krajowa Izba Odwoławcza nie przychyliła się do stanowiska odwołującego sformułowanego w zarzucie nr 4 – wadliwe zastosowanie art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 29 ust. 1 Pzp – przez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Odwołujący nie wykazał, że zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Także zamawiający zaprzeczył takiemu niewłaściwemu opisaniu przedmiotu zamówienia.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej na podstawie przedstawionych argumentów stwierdza, że zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia w sposób właściwy, czego dowodem było zwłaszcza złożenie przez wszystkich zainteresowanych wykonawców ofert nie podlegających odrzuceniu.

Podobnie odwołujący nie wykazał, że zamawiający swoim postępowaniem w zakresie sformułowania opisu przedmiotu zamówienia naruszył zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców określoną w art. 7 ust. 1 Pzp.

Tym niemniej skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej zauważa, że zamawiający po upływie terminu składania ofert sformułował swoje intencje, aby wykonawcy w ofercie przedstawili informacje [ceny poszczególnych obiektów inżynierskich], których to informacji zamawiający nie żądał w specyfikacji w dostatecznie kategorię sposób. Jednak brak tych informacji w jednej ofercie oraz zawarcie tych informacji w innej ofercie nie wpływa na odrzucenie żadnej z ofert.

Zgodnie z wyrażonym w specyfikacji sposobem oceny ofert, podczas badania i oceny ofert zamawiający nie bierze pod uwagę informacji wykraczających poza żądane i opisane w specyfikacji i w związku z tym zamawiający traktuje wykonawców zgodnie z przytoczoną wyżej zasadą równego traktowania wykonawców sformułowaną w art. 7 ust. 1 Pzp. Dodatkowo, wykraczające ponad postanowienia specyfikacji wymagania zamawiającego, oświadczenia czy dokumenty oferty nie powinny być brane pod uwagę podczas oceny ofert, o ile nie zmieniają treści oferty, a tylko uzupełniają tę treść, co zamawiającego analizuje podczas wcześniejszego badania ofert.

Zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 i w konsekwencji art. 91 ust. 1 Pzp.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę dowody złożone przez strony za wyjątkiem dowodu nr 3 **wycena prac projektowych w rozpisaniu na poszczególne obiekty**, gdyż dowód nie wnosi nic istotnego do sprawy.

Z powyższych względów uwzględniono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący:

.....