

WYROK
z dnia 10 grudnia 2019 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Monika Kawa-Ogorzałek

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 grudnia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 listopada 2019 r. przez wykonawcę **AARSLEFF Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Zarząd Dróg Wojewódzkich w Krakowie** przy udziale wykonawcy **Keller Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Ożarowie Mazowieckim** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od Odwołującego na rzecz wykonawcy **Keller Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Ożarowie Mazowieckim** zgłaszającego sprzeciw kwotę 3.600 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 t.j.), na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Krakowie**.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający – Zarząd Dróg Wojewódzkich w Krakowie prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019r. poz. 1843; dalej: „Pzp”) postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest wykonanie robót budowlanych pn. „Zabezpieczenie osuwiska w ciągu DW 975 w m. Bartkowa Posadowa”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 4 września 2019r. pod numerem 2019/S 170-414572.

W dniu 25 listopada 2019r. wykonawca Aarsleff sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegających na:

1. wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez Keller Polska Spółka z o.o. z siedzibą w Ożarowie Mazowieckim (dalej: „Keller” lub „Przystępujący”),
2. zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez Keller,
3. prowadzenie przez Zamawiającego postępowania z naruszeniem zasad równego traktowania i uczciwej konkurencji, między innymi poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Keller, której treść nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w postaci zaniechania odrzucenia oferty Keller, której treść jest niezgodna z treścią SIWZ, bowiem oferta Keller nie zawiera wymaganych oświadczeń dotyczących kwestii ochrony danych osobowych wymaganych zapisami cz. III pkt 18.3 SIWZ — cz. opisowa, a także nie zawiera kompletnego Wycenianego Wykazu Elementów Rozliczeniowych (dalej: „WVER”) wymaganego zapisami cz. III pkt 2.2 i cz. IV pkt 1 i 4 SIWZ cz. opisowa, stanowiącego integralną treść oferty jako jej części co w konsekwencji SIWZ uznaje jako równoznaczne ze złożeniem oferty o treści nieodpowiadającej treści SIWZ i winno skutkować odrzuceniem oferty Keller;
2. naruszenie art. 91 ust. 1 Pzp w postaci dokonania wyboru oferty Keller, którą Zamawiający zobligowany był odrzucić na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 z uwagi na jej niezgodność z treścią SIWZ, której to niezgodności nie można usunąć poprzez złożenie wyjaśnień do oferty czy w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, bowiem nie jest to niezgodność stanowiąca omyłkę w rozumieniu wskazanego przepisu, nadto niepowodującą istotnych zmian w treści oferty;
3. naruszenie art. 26 ust. 1 Pzp w dalszej konsekwencji, poprzez zaniechanie uznania oferty Odwołującego za najkorzystniejszą spośród ofert nie podlegających odrzuceniu i wezwanie do złożenia dokumentów;

4. naruszenie art. 7 Pzp tj. naruszenie zasady równego traktowania wykonawców poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Keller, pomimo iż oferta ta winna zostać odrzucona zgodnie z wymogami SIWZ i przepisów prawa.

W oparciu o wyżej przedstawione zarzuty Odwołujący wniósł o:

1. unieważnienie czynności polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Keller,
2. nakazanie Zamawiającemu przeprowadzenie ponownie czynności badania i oceny ofert, a w ramach tej czynności odrzucenie oferty Keller na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jako oferty nie odpowiadającej treści SIWZ,
3. dalsze procedowanie z uznaniem oferty Odwołującego za ofertę najkorzystniejszą spośród ofert nie podlegających odrzuceniu

Uzasadniając zarzuty odwołania Odwołujący wskazał, że Zamawiający w treści cz. III pkt. 18.3 SIWZ - cz. opisowa wskazał, iż wymaga by wykonawca wypełnił obowiązki wynikające z przepisów o ochronie danych osobowych określanych przepisami RODO: „W związku ze spoczywającym na Wykonawcach, którzy pozyskują dane osobowe osób trzecich w celu przekazania ich Zamawiającemu w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego lub realizacji umowy w sprawie zamówienia publicznego, obowiązkiem informacyjnym określonym przepisami RODO, celem uzyskania przez Zamawiającego potwierdzenia, że osoby, których dane osobowe są przekazywane Zamawiającemu, dysponują już wskazanymi informacjami, jak również w celu właściwego zabezpieczenia i ochrony danych tych osób przekazanych przez Wykonawcę w dokumentach oświadczeniach składanych w toku postępowania celem uzyskania danego zamówienia lub już na potrzeby realizacji umowy w sprawie zamówienia publicznego, Zamawiający wymaga złożenia przez Wykonawcę w ramach oferty składanej w niniejszym postępowaniu oświadczenia dotyczącego pozyskania przez Wykonawcę danych osobowych od osób trzecich dla konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Oświadczenie to ujęte jest na formularzu ofertowym — zał. 2 SIWZ.” Zgodnie zaś z treścią pkt. 5.6 formularza ofertowego stanowiącego zał. 2 SIWZ, Wykonawca zobowiązany był do złożenia Oświadczenia o treści: „Oświadczamy, że wypełniliśmy wymagane obowiązki informacyjne przewidziane w art. 13 lub 14 (jeżeli dotyczy) Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (ogólne rozporządzenie o ochronie danych) wobec osób fizycznych, od których dane osobowe bezpośrednio lub pośrednio pozyskał w celu ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego w ramach niniejszego postępowania. (oświadczenie to ma

zastosowanie w przypadku, gdy Wykonawca przekazuje w toku niniejszego postępowania dane osobowe osób trzecich).”.

Z powyższego zapisu SIWZ należy wywieść obowiązek wykonawcy zarówno w zakresie wypełnienia obowiązku informacyjnego wynikającego z RODO, jak również w zakresie złożenia przez Wykonawcę oświadczenia w treści oferty w tym zakresie. Tymczasem Keller w treści swojej oferty przekreślił w całości (bez treści pouczenia zawartego w nawiasie) treść oświadczenia o wypełnieniu obowiązków RODO tj. treść oświadczenia zawartego w pkt. 5.6 formularza ofertowego. Dodatkowo w treści JEDZ stanowiącego załącznik do oferty, Keller podał dane osobowe D. K., z danymi teleadresowymi jako osobę upoważnioną do kontaktu. Zdaniem Odwołującego powyższe działanie Keller należy uznać za złożenie oświadczenia, iż obowiązki te nie zostały przez niego wypełnione. Skreślenie bowiem z formularza ofertowego oświadczenia zawartego w punkcie 5.6 należy uznać za złożenie oświadczenia o braku wypełnienia przez niego obowiązku w zakresie obowiązku informacyjnego RODO. Tym samym analizując powyższe uznać należy, iż:

a) wykonawca złożył oświadczenie w przedmiocie obowiązków informacyjnych określonych przepisami RODO, czyli obowiązek złożenia oświadczenia został wypełniony i w zakresie czynność Wykonawcy miała miejsce

b) oświadczenie wskazuje, iż Keller nie wypełnił obowiązków informacyjnych RODO, co powoduje, iż w tym zakresie treść oferty jest niezgodna z treścią SIWZ.

Zdaniem Odwołującego dokonana przez Keller czynność skreślenia na formularzu ofertowym punktu 5.6 stanowiącego oświadczenie wykonawcy w zakresie spełniania obowiązku informacyjnego RODO, była całkowicie świadoma i nie może być traktowana jako oczywista omyłka. Świadome wykreślenie treści tego oświadczenia zawartego w punkcie 5.6, jednym z ośmiu oświadczeń (od 5.1.do 5.8) zawartych w punkcie 5 formularza ofertowego, można tylko i wyłącznie interpretować jako oświadczenie Keller o treści przeciwnej, czyli, że Keller nie wypełnił wymaganych obowiązków informacyjnych przewidzianych w przepisach RODO. Powyższa niezgodność treści oferty złożonej przez Keller z treścią SIWZ, nie może ulec poprawieniu zarówno w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp przez Zamawiającego ani tym bardziej przez wykonawcę poprzez ponowne złożenie oświadczenia o właściwej, wymaganej przez SIWZ treści.

W treści cz. III pkt. 18.3 SIWZ Zamawiający wyraźnie i jednoznacznie „wymaga złożenia przez Wykonawcę w ramach oferty składanej w niniejszym postępowaniu oświadczenia dotyczącego pozyskania przez Wykonawcę danych osobowych od osób trzecich dla konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego”. Co więcej Zamawiający informuje, że „oświadczenie to ujęte jest w formularzu ofertowym”. Treść oferty nie podlega poprawieniu, czy też uzupełnieniu. Tymczasem Keller, w ramach wyjaśnień z dnia 24 października 2019 r. składa nowe oświadczenie i zapewnienie odmiennego (sprzecznego)

w stosunku do oświadczenia zawartego w treści oferty o przestrzeganiu przepisów RODO w tym wypełnieniu wszystkich obowiązków informacyjnych przewidzianych w tym Rozporządzeniu. Powyższe jednak stanowi niedopuszczalną zmianę treści oferty po terminie składania ofert. W dalszej części wyjaśnień Keller wskazuje, iż dokonał skreślenia w wyniku oczywistej omyłki, który rzekomo błędnie odczytał klauzulę pod tym oświadczeniem z punktu 5.6 formularza ofertowego, zawartą w nawiasie, zgodnie z którą „oświadczenie to ma zastosowanie w przypadku, gdy wykonawca przekazuje w toku niniejszego postępowania dane osobowe osób trzecich”, iż skoro na etapie składania ofert danych osobowych osób trzecich nie podaje Zamawiającemu, to nie jest zobligowany do składania tego oświadczenia. Tyle że w treści JEDZ Keller podaje już na etapie składania oferty dane osobowe D. K. z danymi teleadresowymi, jako osobę upoważnioną do kontaktu.

Odwołujący stwierdził również, iż zawarte pod oświadczeniem z punktu 5.6 w nawiasie pouczenie wyraźnie wskazuje, iż oświadczenie to ma zastosowanie, gdy wykonawca w toku postępowania a nie tylko w treści oferty przekazuje dane osobowe. Poza tym w treści cz. III pkt. 18.3 SIWZ - cz. Opisowa, Zamawiający wyraźnie przedstawił swoje wymagania, aby wykonawca złożył takie oświadczenie już w ramach oferty, nawet gdyby dane osobowe były mu udostępniane w dokumentach i oświadczeniach w toku postępowania lub już na potrzeby realizacji umowy. Nie ma zatem możliwości, przy łącznym odczytaniu zarówno treści cz. III pkt. 18.3 SIWZ - cz. Opisowa SIWZ, jak i treści oświadczenia zawartego w punkcie 5.6 formularza ofertowego i pouczenia znajdującego się pod tym oświadczeniem w nawiasie, aby mogło dojść do błędnej interpretacji tych zapisów. Jednocześnie należy zaznaczyć, że Keller jako profesjonalista nie może się tłumaczyć, że błędnie zinterpretował pouczenie, przy jednoczesnym braku odniesienia się do wyraźnych i jasnych treści zapisów cz. III pkt. 18.3 SIWZ - cz. Opisowa SIWZ wskazujących na obowiązki Wykonawcy w tym zakresie. Nadto oczywista omyłka na jaką w zakresie wypełnienia tego obowiązku powołuje się Wykonawca Keller, musiałaby mieć charakter przypadkowych, niezamierzonych błędów. W żadnym wypadku za inną omyłkę nie można przyjąć świadomego i celowego działania wykonawcy. Poza tym w przypadku wystąpienia omyłki w treści oferty, Zamawiający powinien bez żadnych wątpliwości być w stanie określić prawidłową treść oferty. Świadome zatem skreślenie treści oświadczenia zawartego w punkcie 5.6 formularza ofertowego w zasadzie eliminuje możliwość uznania zawartej w treści oferty niezgodności za omyłkę. Poza tym Zamawiający dokonując wyboru oferty Keller, w obecnym stanie przyjął ofertę, w której treści złożone zostało oświadczenie Keller o braku spełnienia obowiązku informacyjnego RODO. Zamawiający nawet działając w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp nie może złożyć za Keller oświadczenia w zakresie obowiązku informacyjnego określonego przepisami RODO, tym samym niezgodność treści złożonej przez Keller w tym zakresie z treścią SIWZ jest nieusuwalna.

Koniecznym jest również wskazanie, iż tłumaczenie Keller zawarte w złożonych wyjaśnieniach z dnia 24 października 2019r. dotyczących niewłaściwego zinterpretowania pouczenia zawartego w nawiasie pod punktem 5.6 formularza ofertowego, jest niezgodna z treścią złożonej przez tego wykonawcę oferty. Wykonawca w wyjaśnieniach podaje, że „skoro na etapie składania oferty danych osobowych osób trzecich nie podawaliśmy Zamawiającemu, to nie jesteśmy zobligowani do składania tego oświadczenia”, jednak Keller podał w JEDZ dane osobowe D. K. z danymi teleadresowymi jako osobę upoważnioną do kontaktu. Tym samym nawet gdyby przyjąć, iż obowiązek złożenia oświadczenia w zakresie danych osobowych osób trzecich występuje na etapie składania ofert tylko wówczas gdy takie dane przekazywane są na tym etapie postępowania, czemu Odwołujący przeczy mając na uwadze wyraźne zapisy SIWZ w tym zakresie, to Keller podając w JEDZ dane osobowe osoby trzeciej, winien niewątpliwie, co sam przyznał w treści złożonych przez siebie wyjaśnień, złożyć takie oświadczenie o treści wskazanej w punkcie 5.5 formularza ofertowego już w ofercie.

Kolejno Odwołujący wskazał, że zgodnie z częścią III pkt. 2.2 i częścią IV pkt 1 i 4 SIWZ część Opisowa oferta składana przez Wykonawcę w niniejszym postępowaniu winna obejmować wszystkie zapisy w tym oświadczenia zawarte w formularzu ofertowym udostępnionym jako załącznik nr 2 SIWZ i w formularzu stanowiącym WWER udostępniony jako zał. nr 2.1 SIWZ. Zgodnie z rozdziałem IV pkt 1.2 SIWZ cz. Opisowa „Ofertę należy przygotować wg wzoru stanowiącego załącznik nr 2 SIWZ. Do formularza oferty — zał. nr 2 SIWZ należy załączyć wyceniony wykaz elementów rozliczeniowych (WWER) - zał. nr 2.1 SIWZ stanowiący integralną treść oferty jako jej część. Nieprzedłożenie lub złożenie niekompletnych oświadczeń i dokumentów składających się na treść oferty (zgodnie z powyższym) będzie równoznaczne ze złożeniem oferty o treści nieodpowiadającej treści SIWZ, co w konsekwencji będzie skutkowało odrzuceniem oferty”.

Co istotne w zapisie tym wskazuje się, że WWER stanowi integralną treść oferty, a złożenie niekompletnego dokumentu składającego się na treść oferty jest równoznaczne ze złożeniem oferty o treści nieodpowiadającej treści SIWZ, co w konsekwencji musi skutkować odrzuceniem oferty. W ramach zmiany treści SIWZ dokonanej na podstawie art. 38 ust. 4 Pzp w toku prowadzonego postępowania, przed upływem terminu składania ofert, Zamawiający w dniu 8 października 2019r. poinformował o konieczności wykonania w ramach niniejszego zamówienia przebudowy kolidujących z inwestycją odcinków sieci obcych, z uwagi na ujawnione niezainwentaryzowane w ramach dokumentacji projektowej kolizje. W konsekwencji przedmiotowej zmiany, Zamawiający dokonał zmiany (przesunięcia) terminu składania ofert oraz udostępnił zamienny WWER (zastępujący pierwotnie udostępniony WWER stanowiący integralną treść oferty jako jej część - zał. 2.1 SIWZ), w którym dodana została przez Zamawiającego nowa pozycja cenotwórcza (rozliczeniowa) pn. „Przebudowa sieci gazowej”

jako poz. 7. Łączna liczba pozycji wycenianych elementów rozliczeniowych zwiększyła się przez to z pierwotnych trzynastu do czternastu. Zmiany powyższe zostały opublikowane przez Zamawiającego na jego stronie internetowej w dniu 8 października 2019r. zgodnie z treścią pisma ZDW/PW/2019/7007/DN-4/AN wraz z załącznikami w tym zamiennym WWER-em.

Tymczasem Keller do złożonej oferty załączył WWER w pierwotnym niezmiennym brzmieniu, zawierający tylko trzynaście pozycji cenotwórczych (rozliczeniowych) bez pozycji pn. „Przebudowa sieci gazowej” dodanej przez Zamawiającego do wykazu WWER na skutek zmiany SIWZ z dnia 8 października 2019r. W załączonym przez Keller wykazie WWER nie została umieszczona w konsekwencji wartość rozliczeniowa tych prac.

Odwołujący podkreślił, że w wyjaśnieniach z dnia 24 października 2019r. złożonych na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 87 ust. 1 Pzp, Keller zapewnił, iż wszystkie elementy robót budowlanych zostały przez niego uwzględnione i skalkulowane. Nadto wskazał, iż złożony przez niego formularz WWER jest kompletny i wypełniony, co czyni jego ofertę poprawną bowiem obejmuje ona wszystkie prace wymagane przez Zamawiającego zgodnie z dokumentacją postępowania i zawiera ryczałtową cenę za wykonanie tych robót. Skorzystanie, w opinii Keller, z nieaktualnej wersji formularza, opublikowanego pierwotnie przez Zamawiającego, nie prowadzi do wniosku, iż nie zaoferował on Zamawiającemu wykonania prac polegających na przebudowie sieci gazowej, tylko dlatego, że nie wskazał on w wykazie Wycenianych Elementów Rozliczeniowych WWER tej właśnie pozycji. Keller stwierdził, iż dla niego rzeczą oczywistą było, że w skład przedmiotowego zamówienia wchodzi również przebudowa sieci obcych w tym gazowych, i to wiedzę tę posiadał, jeszcze zanim Zamawiający wskazał to w opisie przedmiotu zamówienia poprzez zmianę SIWZ z dnia 8 października 2019r. Jak wskazał Keller w wyjaśnieniach z dnia 24 października 2019r., dysponował on już uprzednio (przed zmianą SIWZ dokonaną przez Zamawiającego w tym zakresie) dokumentacją oraz wiedzą uczestnicząc w wizji lokalnej, pozwalającą stwierdzić istnienie dodatkowych elementów zamówienia, takich jak przeniesienie instalacji gazowej. Powyższe pozwoliło Keller na stwierdzenie w wyjaśnieniach z dnia 24 października 2019r., iż nie miał on żadnych wątpliwości w dacie składania oferty, co do tego, że w zakresie koniecznych do wykonania prac wchodzi również przebudowa sieci gazowej, choć złożony przez niego WWER nie zawiera wyodrębnionej jako 7 tej pozycji a tym samym zawiera tylko 13 pozycji z wymaganych przez Zamawiającego 14 zgodnie z zamiennym WWER z dnia 8 października 2019r. Dalej, zdaniem Keller, zmiana WWER dokonana przez Zamawiającego w dniu 8.10.2019r. stanowiąca zmianę treści SIWZ, jest tylko zmianą „porządkującą”, „doprecyzowującą opis przedmiotu zamówienia” w kontekście treści załączników merytorycznych.

Niezależenie od pełnej „wiedzy” Keller o zakresie przedmiotu zamówienia, jeszcze zanim Zamawiający dokonał zmiany SIWZ w dniu 8 października 2019r., ewentualną

konsekwencją złożenia przez Keller WWER bez wymaganych przez SIWZ pozycji, jest uznanie iż Wykonawca ten popełnił inna omyłkę niepowodującą istotnej zmiany treści oferty i poprawienie jej przez Zamawiającego zgodnie z dyspozycją art. 87 ust. 2 pkt. 3 Pzp, „Dla ułatwienia poprawienia tej omyłki przez Zamawiającego” Keller złożył WWER poprawiony, obejmujący dodaną przez Zamawiającego pozycję 7 pn, „Przebudowa sieci gazowej” a także zmieniając wartość robót ziemnych w stosunku do WWER złożonego przez niego pierwotnie jako załącznik do oferty.

Zdaniem Odwołującego, złożenie niekompletnego dokumentu składającego się na treść oferty jest równoznaczne ze złożeniem oferty o treści nieodpowiadającej treści SIWZ, co w konsekwencji musi skutkować odrzuceniem oferty. Powyższe wprost wynika z zapisów SIWZ i nie uległo zmianie. Sam zatem Zamawiający nadał kluczowe znaczenie tej części treści oferty jakim jest Wyceniony Wykaz Elementów Rozliczeniowych. Co istotne bowiem na WWER Zamawiający powołuje się w treści umowy, stanowiącej załącznik do SIWZ, gdzie wskazuje, iż Wykaz ten ma nie tylko znaczenie cenotwórcze co jest podstawą rozliczenia Stron zgodnie z § 8 wzoru umowy. Wskazuje się tam, iż wynagrodzenia za realizację przedmiotu umowy płatne będzie na podstawie faktur przejściowych wystawionych na podstawie „Wykazu robót wykonanych częściowo”, sporządzonego zgodnie z zaawansowaniem robót, potwierdzonych podpisem przez branżowych inspektorów nadzoru inwestorskiego i Zamawiającego, zgodnego z treścią i formą z Wycenionym Wykazem Elementów Rozliczeniowych (WWER), stanowiącego wraz z ofertą załącznik do Umowy.

W treści wyjaśnień z dnia 24 października 2019r. sam Keller przyznał, że WWER jest treścią oferty, bo skoro dopuszcza możliwość poprawienia omyłki to znaczy, że uznaje się WWER za treść oferty - omyłki bowiem można poprawiać tylko w treści oferty. Również w branej pod uwagę przez Zamawiającego opinii prawnej złożonej przez Keller w dniu 6 listopada 2019r., wskazuje się, iż WWER stanowi integralną treść oferty, co powoduje, iż wszelkie w tym zakresie niezgodności są niezgodnością treści oferty z treścią SIWZ. Przywołana opinia prawna, wskazuje na możliwość poprawienia przedmiotowej niezgodności w trybie art. 87 ust 2 pkt 3 Pzp, co potwierdza, iż Keller uznaje różnicę w treści WWER złożonym wraz z ofertą a treścią WWER zamiennego załączonego do SIWZ jako niezgodność treści oferty z treścią SIWZ.

Zarówno wykonawca Keller, jak i przedłożona przez niego opinia prawna, jednoznacznie wskazują możliwość dokonania poprawy omyłki polegającej na niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, wskazując jako podstawę poprawienia tej niezgodności art. 87 ust 2 pkt 3 Pzp, który zdaniem Odwołującego nie może znaleźć zastosowania, bowiem powyższa niezgodność nie może zostać w tym trybie poprawiona. Zgodnie bowiem z treścią art. 87 ust 2 pkt 3 Pzp, możliwość dokonania poprawy dotyczy omyłek, a więc niezamierzonej niezgodności. W niniejszym zamówieniu, Keller wskazał w udzielonych wyjaśnieniach

jednoznacznie, iż na etapie przygotowania oferty, posiadał wiedzę o konieczności wykonania zakresu prac — przyłącze gazowe. Zakres ten był Wykonawcy Keller znany zanim jeszcze Zamawiający stwierdził istnienie tej kolizji i wprowadził zmianę treści SIWZ w tym treści WWER w dniu 8 października 2019r. Co więcej, zdaniem Keller, zakres ten wobec jego wiedzy został ujęty w pozycji WWER dotyczącej robót ziemnych, pomimo iż Wykonawca wiedział, iż zakres ten musi, zgodnie z zamiennym WWER, stanowić odrębną pozycję treści oferty, Zamawiający wprowadził wymóg sporządzenia treści oferty (WWER) z wyodrębnieniem tegoż zakresu, co zostało jednoznacznie wskazane zmianą treści SIWZ z dnia 8 października 2019r. Wykonawca, pomimo tak jednoznacznie wskazanego obowiązku, wiedząc jednocześnie o konieczności wykonania tegoż zakresu, w sposób świadomy i zamierzony wprowadził powyższy zakres do pozycji robót ziemnych. Świadome zamierzone działanie a na takie wskazuje Wykonawca w swoich wyjaśnieniach z dnia 24 października 2019r. a także w treści przedłożonej w dniu 6 listopada 2019r. opinii prawnej, nie może zostać poprawione jako omyłka, omyłkowa niezgodność treści oferty z treścią SIWZ. Podobnie jak w przypadku omyłek rachunkowych i pisarskich, inne omyłki (art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp) muszą mieć charakter przypadkowych, niezamierzonych błędów. W żadnym wypadku za inną omyłkę nie można przyjąć świadomego i celowego działania wykonawcy.

Jeśli zatem Keller miał pełną świadomość wprowadzenia robót z pozycji „Przebudowa sieci gazowej” do pozycji „Robót ziemnych”, to tym bardziej miał pełną świadomość, iż składa WWER o treści pierwotnej a nie zamienniej, co dyskwalifikuje te niezgodność jako omyłkę. Nie można bowiem działaniu Keller nadać charakteru przypadkowości, czy niezamierzonego błędu.

W wyjaśnieniach z dnia 24 października 2019r. Wykonawca odniósł się do niezgodności treści oferty z przedmiotem zamówienia, podczas gdy treść złożonej oferty jest niezgodna z treścią SIWZ, co jest pojęciem szerszym. W niniejszej sprawie nie jest rozpatrywana niezgodność treści oferty z treścią opisu przedmiotu zamówienia, dokumentacją projektową, a z treścią SIWZ. Określenie wynagrodzenia mianem ryczałtowego nie ma wpływu na konieczność złożenia wyceny WWER w prawidłowym brzmieniu.

Odwołujący stwierdził, że wyłącznie subiektywną oceną Keller, jest stwierdzenie, iż treść WWER ma jedynie charakter porządkujący. Brak jest bowiem jakichkolwiek postanowień w SIWZ, które wskazywałyby, iż Zamawiający nadał taki charakter zapisom WWER. Wręcz przeciwnie, to sam Zamawiający wskazał w SIWZ, iż WWER jest treścią oferty jako jej część, a na skutek ujawnienia niezainwentaryzowanej w dokumentacji projektowej kolizji z siecią gazową wprowadził zmianę do SIWZ, obejmującą prace polegające na przebudowie sieci gazowej i jednocześnie zmienił treść WWER. Również w samej treści formularza WWER, pod tabelą, Zamawiający zawarł instrukcję dotyczącą jej wypełniania wskazując, że - należy wpisać wartość dla poszczególnych elementów zadania (poz.) oraz ich sumę (mającej stanowić cenę

ofertową)”. Zamawiający w dniu 8 października 2019r. rozszerzył poszczególne elementy przedmiotu zamówienia wskazane w WWER o nowy element robót (przebudowa sieci gazowej) i wymagał wyceny wszystkich tych elementów robót zgodnie ze zmodyfikowanym załącznikiem. Z punktu widzenia przestrzegania zasad uczciwej konkurencji kluczowe jest brzmienie SIWZ a treść dokumentacji postępowania może być jedynie interpretowana w sposób ścisły. Niedozwolona jest wybiórcza i dowolna interpretacja treści dokumentacji postępowania.

Dodatkowo, na marginesie, Keller w zmienionej tabeli WWER (załącznik nr 4 do wyjaśnień z dnia 24 października 2019) błędnie, niezgodnie z treścią wyjaśnień, podał do tabeli WWER wartość robót w zakresie Przebudowy sieci gazowej na kwotę 40.700 zł. Złożona do wyjaśnień oferta podwykonawcy FHU „Jędrak” wskazuje bowiem kwotę 37.000 zł netto, co przy uwzględnieniu + 10% marży daje kwotę 40.700 zł, tyle że kwota ta jest kwotą netto, zaś WWER obliuguje do podania wartości brutto. Tym samym winna być to kwota powiększona o właściwą kwotę podatku VAT, czyli kwota brutto, przy czym nie sposób się domyśleć jaki to ma wpływ na kolejną pozycję tj. Robót ziemnych. Nawet gdyby przyjąć, iż niezgodność zawarta w treści oferty — wykazie WWER, ma charakter przypadkowego, niezamierzonego błędu, a tym samym nawet gdyby przyjąć, iż jest omyłką, czemu Odwołujący wyraźnie zaprzecza, a co znajduje uzasadnienia w treści złożonych przez samego Keller wyjaśnień i zostało szczegółowo opisane powyżej, to Zamawiający nie może dokonać jej poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. W niniejszym postępowaniu Zamawiający nie dysponował dokumentami, na podstawie których mógłby ustalić wartość prac objętych „Przebudową sieci gazowej”. Tym samym brak jest możliwości wprowadzenia zmian polegających na wprowadzeniu tej kwoty do wskazanego WWER.

Przystępujący w piśmie procesowym z dnia 7 grudnia 2019r. wniósł o oddalenie odwołania.

Odnosząc się do zarzutów Odwołującego dotyczących braku wypełnienia obowiązków RODO wskazał, że oświadczenie to odnosi się do danych osobowych osób trzecich, pozyskanych dla potrzeb przedmiotowego postępowania. Zamawiający jednoznacznie wskazuje w tym miejscu, że chodzi o dane, które zostały pozyskane dla postępowania, a nie o dane osobowe przetwarzane w związku ze złożeniem oferty. W okolicznościach przedmiotowego postępowania skreślenie oświadczenia wynikało z faktu, że p. D. K., którego dane osobowe - imię i nazwisko - zostały wskazane w formularzu JEDZ - jest od wielu lat pracownikiem Przystępującego, zatem miało miejsce wyłączenie stosowania obowiązku informacyjnego na podstawie art. 13 ust. 4 RODO.

Ponadto podkreślił, że skreślenie punktu 5.6 formularza oferty nie stanowi - wbrew argumentacji Odwołującego - oświadczenia Przystępującego o przeciwnej treści, tj.

negującego fakt przetwarzania danych osobowych zgodnie z ogólnym rozporządzeniem o ochronie danych. Skoro skreślił oświadczenie, oznaczać to może jedynie, że go nie złożył. Wywodzenie z tej okoliczności faktu przeciwnego, tj. oświadczenia, że Przystępujący przetwarza dane osobowe niezgodnie z RODO jest zabiegiem zbyt daleko idącym. Skreślenie punktu 5.6 stanowiło informację dla Zamawiającego, iż oświadczenie to Przystępującego nie dotyczy, a to z uwagi na fakt, że w toku postępowania nie przetwarza danych osób trzecich i nie powstał po jego stronie obowiązek wskazany w art. 13 i 14 Ogólnego rozporządzenia o ochronie danych. Podkreślił, że powyższe jest spójne z treścią oferty Keller, z której wynika, że Przystępujący zrealizuje przedmiotowe zamówienie samodzielnie, nie będzie korzystał z pomocy podwykonawców, a zatem na etapie składania oferty nie zostały wskazane żadne dane osobowe osób trzecich. Jeśli chodzi o imię i nazwisko p. D. K., będącego osobą do kontaktu i wskazanego w JEDZ, jest to pracownik Przystępującego. Zatem nie jest on osobą trzecią w rozumieniu zapisów SIWZ i oświadczenia zawartego w treści oferty. W ocenie Przystępującego, skreślenie oświadczenia o wypełnieniu wymaganych obowiązków informacyjnych było uzasadnione, gdyż w ofercie nie zostały przedstawione dane osobowe osób fizycznych, pozyskane w celu ubiegania się o udzielenie zamówienia. Przeciwnie - Keller prezentował wyłącznie dane osobowe swoich pracowników, a konkretnie - imię i nazwisko pracowników, przetwarzane zgodnie z art. 22(1) kodeksu pracy i na zasadach przewidzianych w prawie pracy, a obowiązek informacyjny został wobec tych pracowników wypełniony na wiele miesięcy przed ogłoszeniem postępowania. Nie mogło być zatem mowy o wypełnieniu - przed złożeniem oferty i na potrzeby tej oferty - obowiązku informacyjnego przewidzianego w art. 13 i 14 rozporządzenia ogólnego, skoro nie zaktualizowała się podstawa wystąpienia obowiązku informacyjnego.

Keller wskazał także, że wobec treści wezwania Zamawiającego dodatkowo potwierdził, że proces przetwarzania przez niego danych osobowych jest zgodny z prawem, w tym z rozporządzeniem ogólnym o danych osobowych i spełnia wymogi Zamawiającego. Ponadto podkreślił, że sposób sformułowania zarzutu nie pozwala na jego uwzględnienie. Gdyby bowiem rzeczywiście uznać, że skreślenie oświadczenia przez Przystępującego na etapie składania ofert oznaczało złożenie oświadczenia przeczącego wypełnieniu obowiązku informacyjnego przewidzianego w art. 13 lub art. 14 Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (ogólne rozporządzenie o ochronie danych), to hipotetyczny fakt nieprzestrzegania przepisów o ochronie danych osobowych nie może stanowić naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Zapisy SIWZ opracowanego przez Zamawiającego nie konstytuują bowiem obowiązków związanych z przetwarzaniem danych osobowych. Źródłem tych obowiązków jest ogólne rozporządzenie o ochronie danych oraz przepisy krajowe

dotyczące ochrony danych osobowych. Ewentualne naruszenie ww. przepisów ustawy, pod warunkiem, że rzeczywiście by wystąpiło i Odwołujący umiałby je wykazać, mogłoby stanowić podstawę zarzutu opartego na art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp, tj. zarzutu zaniechania odrzucenia oferty niezgodnej z ustawą. Taki zarzut wobec Przystępującego nie został jednak podniesiony.

Ustosunkowując się do zarzutu dotyczącego niezgodności treści oferty w części dotyczącej WWER z treścią SIWZ Przystępujący w pierwszej kolejności wskazał, że u źródła tego zarzutu leżała modyfikacja formularza zaoferowanego przez Zamawiającego w toku postępowania. Przystępujący przygotowywał ofertę na kilka dni przed upływem terminu jej składania i w związku z powyższym posłużył się wcześniejszym formularzem. W konsekwencji cena ryczałtowa zamówienia nie uległa zmianie, natomiast w załączonym do oferty Wykazie Elementów Rozliczeniowych wyspecyfikowane zostało 13, a nie 14 pozycji.

Odnosząc się do dotyczących złożenia wraz z ofertą załącznika WWER nieobejmującego zmiany dokonanej w dniu 8 października 2019r. wskazał, że argumentacja Odwołującego sprowadza się ona do wykazania, że nie jest możliwe potraktowanie faktu złożenia załącznika WWER w starszej wersji jako innej omyłki niepowodującej istotnej zmiany treści oferty (art. 87 ust. 2 pkt. 3 Pzp). Tymczasem kwestia ta ma w istocie wtórny charakter i chociaż wywody Odwołującego nie zasługują w tym zakresie na uwzględnienie, to kwestią najistotniejszą jest ustalenie, czy Przystępujący złożył ofertę odpowiadającą SIWZ i czy Zamawiający mógł posiadać wiedzę co do zgodności treści oferty z SIWZ nawet bez poprawy omyłki w ofercie Przystępującego.

Podkreślił, że wbrew twierdzeniom Odwołującego, punkt III SIWZ w ogóle nie określa sposobu wypełnienia WWER, czy też jego treści, reguluje jedynie formę złożenia oferty. Natomiast w punkcie IV istotnie Zamawiający wskazuje (pkt. IV. 1.2) na obowiązek dołączenia do formularza oferty wycenionego wykazu elementów rozliczeniowych (WWER), stanowiący integralną treść oferty jako jej część. Zgodzić się należy z zawartą w odwołaniu informacją, że 8 października 2019 r. doszło do zmiany SIWZ, poprzez wyraźne wskazanie na konieczność wykonania również przebudowy kolidujących z inwestycją odcinków sieci gazowej. Zaktualizowany został również WWER, a aktualizacja polegała na wyodrębnieniu w nim dodatkowej pozycji „Przebudowa sieci gazowej”. Keller istotnie sporządził ofertę korzystając z wcześniejszej wersji druku WWER, jednak sam fakt posłużenia się pierwotną wersją formularza WWER nie oznacza jednak, że Keller nie uwzględnił w swojej ofercie przebudowy sieci gazowej. Kluczową kwestią jest zgodność oferty Przystępującego z wymogami Zamawiającego, którą to zgodność Przystępujący wykazał w toku składania wyjaśnień.

Przystępujący podkreślił, że treść SIWZ kilkakrotnie i jednoznacznie sugeruje, że na wykonawcy spoczywa obowiązek takiego sporządzenia oferty, aby obejmowała ona całe zamierzenie inwestycyjne objęte postępowaniem:

a) pkt. 3 ppkt. 9 Opisu Przedmiotu Zamówienia (s. 8 dokumentu): „Zamawiający nie będzie ponosił odpowiedzialności wobec Wykonawcy za jakiegokolwiek przeszkody czy okoliczności przy realizacji przedmiotowego zadania, które mogą mieć wpływ na wykonanie przedmiotu zamówienia i uważa, że wartość robót określona w WWER oraz ofercie jest prawidłowa i wystarczająca na pokrycie wszystkich spraw związanych z wykonaniem przedmiotu zamówienia i że Wykonawcy nie przysługuje żadna dodatkowa zapłata z powodu braku zrozumienia czy krótkowzroczności w odniesieniu do takich spraw lub rzeczy po stronie Wykonawcy. Wszelkie koszty z tym związane ponosi wykonawca. ”

b) pkt. 3 ppkt. 13 (s. 8-9 Opisu przedmiotu zamówienia) „W przypadku ujawnienia dodatkowych urządzeń obcych zlokalizowanych w obrębie inwestycji, kolidujących z robotami budowlanymi to prace należy prowadzić po uzgodnieniu i pod nadzorem Zarządców wg właściwości tych urządzeń, Koszty projektu, przełożenia, zabezpieczenia, opłat, nadzorów specjalistycznych itp. Należy uwzględnić w ofercie (dotyczy ewentualnych urządzeń nieujętych w dokumentacji projektowej)",

c) pkt. 3 ppkt. 16 (s. 9 Opisu przedmiotu zamówienia): „W przypadku konieczności Wykonawca pozyska lub dokona aktualizacji decyzji administracyjnych niezbędnych do realizacji przedmiotowego zamówienia. Wszelkie koszty z tym związane ponosi Wykonawca i należy je uwzględnić w cenie ofertowej."

d) par. 4 pkt. 17 wzoru umowy (załącznik nr 7 do SIWZ): „Poza przypadkami wyraźnie przewidzianymi w umowie uznaje się, że Wykonawca uwzględnił wszelkie dodatkowe elementy zamówienia, nieokreślone szczegółowo, ale niezbędne dla wykonania przedmiotu umowy, a wynagrodzenie w całości obejmuje wszelkie ryzyko i wszelkie okoliczności zaistniałe w związku z wykonywaniem przedmiotu umowy, w tym ceny wszelkich materiałów lub usług, a także wszelkie prace i wydatki dodatkowe, bądź inne czy to odrębnie lub szczegółowo wymienione, bądź określone w umowie czy nie, które albo są nieodzowne w celu wykonania i ukończenia przedmiotu umowy, albo mogą się stać nieodzowne w celu przewyższenia takich ryzyk lub nieprzewidzianych okoliczności przed wykonaniem przedmiotu umowy. ”

Reasumując Keller wskazał, że opis przedmiotu zamówienia w niniejszym postępowaniu został skonstruowany w ten sposób, że Zamawiający wskazał otwarty katalog prac, jakie należy wykonać (s. 2-5 opisu przedmiotu zamówienia), jednoznacznie traktując, że są to roboty, które „między innymi" wchodzi w zakres zamówienia. Dodatkowo w zakres tego zamówienia wchodzi te prace, roboty budowlane a nawet czynności projektowe, których Zamawiający wyraźnie nie określił, a których wykonanie jest konieczne dla zrealizowania inwestycji.

Co więcej w punkcie 3 podpunkt 13 opisu przedmiotu zamówienia Zamawiający wprost wskazał na możliwość ujawnienia dodatkowych urządzeń obcych - takich jak sieć gazowa -

zlokalizowanych w obrębie inwestycji, które kolidują z robotami budowlanymi. W takim przypadku Zamawiający od samego początku jasno wskazał, że oczekuje od wykonawcy wykonania tych prac oraz że cena oferty obejmuje koszt ich wykonania.

W konsekwencji prawdopodobnie każdy z wykonawców przed złożeniem oferty przeprowadził wizję lokalną w celu oceny zakresu robót, jakie trzeba wykonać, a jakie nie są explicite ujęte w dokumentacji postępowania. Z okoliczności niniejszej sprawy, że wizja taka została przeprowadzona przynajmniej przez 2 spośród 4 wykonawców, którzy złożyli oferty - tj. Przystępującego oraz wykonawcę, który zadał pytanie o udostępnienie dokumentacji sieci gazowej.

W tym miejscu warto również wskazać na fakt, że pytanie, które doprowadziło do doprecyzowania SIWZ (pytanie nr 39) również sformułowane zostało w taki sposób, że dla wykonawcy, który je zadał oczywistym było, że w ramach oferty należy wycenić przebudowę sieci gazowej. Wykonawca - autor pytania zwrócił się do Zamawiającego o udostępnienie mapy oraz z pytaniem o to, jaki sposób przebudowy należy uwzględnić w ofercie. Gdyby na etapie toczącego się postępowania istniała jakkolwiek rozbieżność co do tego, czy w ramach postępowania konieczna jest przebudowa sieci, Wykonawca spytałby, czy zakres zamówienia obejmuje przebudowę tej sieci, a nie o dodatkowe mapy do celów projektowych.

Wreszcie sam Zamawiający jednoznacznie w ocenie Przystępującego zasygnalizował wykonawcom, jak należy traktować modyfikację SIWZ dokonaną 8 października 2019 roku, wyjaśniając wykonawcom, że:

- zmiana nie jest „wielce istotna”,
- zmiana stanowi elementy poboczne,
- zmiana w niewielkim zakresie rzutu na tryb ofertowania i kalkulacji cenowej.

Należy mieć na uwadze, że żaden przepis nie obliguje Zamawiającego do wyjaśnienia wykonawcom kwestii istotności modyfikacji SIWZ w toku jej dokonywania. Jedynym obowiązkiem Zamawiającego przy dokonywaniu modyfikacji jest ocena, czy należy przedłużyć termin składania ofert, co nie wiąże się bezpośrednio z zakresem prac, a z czasem koniecznym na przygotowanie oferty.

Sformułowanie przez Zamawiającego takiego dodatkowego wyjaśnienia winno być zatem interpretowane jako jednoznaczna informacja dla wykonawców co do skutków ewentualnego uchybienia w zakresie uwzględnienia modyfikacji formularza stanowiącego załącznik do oferty. Jest to wyjaśnienie jak najbardziej dopuszczalne w kontekście treści SIWZ, a ponadto z aprobatą należy przyjąć jego wprowadzenie. Realizuje ono bowiem zasadę równego traktowania wykonawców i przejrzystości postępowania - Zamawiający daje wykonawcom jasną informację, w jakim kierunku winni oni interpretować wprowadzoną modyfikację, tj. że nie wprowadza ona nowego zakresu robót budowlanych, a jedynie stanowi doprecyzowanie przedmiotu zamówienia pierwotnie opisanego.

Za wykluczeniem możliwości przyjęcia, że 8.10.2019 roku Zamawiający wprowadził do przedmiotu zamówienia nowe roboty budowlane, niewynikające z wcześniejszego opisu przedmiotu zamówienia przemawia również fakt, że Zamawiający nie wydłużył terminu realizacji robót budowlanych objętych zamówieniem, co byłoby naturalną konsekwencją rozszerzenia zakresu projektu inwestycyjnego. Potwierdza to, że sam przedmiot zamówienia (przebudowa, której wykonania wymaga Zamawiający) nie uległ zmianie.

Dokonując 8 października 2019 r. modyfikacji SIWZ, Zamawiający nie uzupełnił SIWZ o dodatkowe dokumenty formalnoprawne, np. o pozwolenie na budowę ani nie nałożył na wykonawców obowiązku uzyskania pozwolenia na budowę (wymaganego przepisami prawa budowlanego, gdyby przebudowa sieci była istotnie nowym zadaniem). Gdyby intencją Zamawiającego było wprowadzenie dodatkowego zadania, nieobjętego pierwotnym pozwoleniem na budowę, Zamawiający winien — zgodnie z art. 31 ust. 2 Pzp opisać przedmiot nowego zamówienia za pomocą programu funkcjonalno-użytkowego i wyraźnie nałożyć na wykonawców obowiązek sporządzenia odpowiedniej dokumentacji oraz uzyskania pozwolenia na budowę. Fakt, że taki program do dokumentacji postępowania nie został dodany jest spójny z treścią wyjaśnień roli zmiany dokonanych w samej odpowiedzi oraz z pozostałymi elementami stanu faktycznego. Całość okoliczności modyfikacji z 8 października 2019 r. potwierdza, że stanowiła ona jedynie klaryfikację opisu przedmiotu zamówienia, a nie jego zmianę. Fakt, że termin realizacji robót budowlanych nie został przedłużony potwierdza natomiast, że do harmonogramu prac nie dodano czasu niezbędnego na sporządzenie tej dokumentacji oraz uzyskanie pozwoleń administracyjnych.

Reasumując powyższe okoliczności bezsprzecznie przemawiają za przyjęciem, że 8 października 2019 r. nie doszło do rozszerzenia zakresu postępowania o dodatkowe zadanie, dodatkowy rodzaj prac, a jedynie - do jego doprecyzowanie w związku z pytaniem jednego z wykonawców.

Przystępujący wskazał, że w piśmie z dnia 24 października 2019r. zawierającego wyjaśnienia co do treści oferty, że jego oferta obejmuje wykonanie przebudowy sieci gazowej, a także - wykazał, skąd dysponował wiedzą na temat konieczności wykonania takiej przebudowy. Wiedza ta pochodziła z wizji lokalnej, która miała miejsce 23 września 2019 roku, a podczas której wyraźne widoczne były słupki wskazujące na miejsce instalacji sieci, a następnie - z dokumentów uzyskanych od podwykonawcy. Wyjaśnienia złożone przez Keller Zamawiającemu były precyzyjne, obszerne, dołączono do nich również dowody. Szczególną uwagę zwrócić należy na oświadczenie p. H. J., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Firma Handlowo-Usługowa JĘDREK H. J., z którego wynika, że przed złożeniem oferty informował Keller Polska o przebiegu sieci gazowej i wycenił wykonanie tych prac w celu zaoferowania ich w postępowaniu.

Przystępujący nie zgodził się z Odwołującym, że z pełną świadomością i celowo sporządził ofertę korzystając z nieaktualnego formularza, co w konsekwencji doprowadziło do niezaoferowania przebudowy sieci gazowej. Oferta Keller została sporządzona (opatrzona podpisem) przed udzieleniem odpowiedzi na pytanie nr 39, tj. przed 8 października 2019 roku. W konsekwencji Przystępujący nie mógł w dacie sporządzenia oferty świadomie i celowo nie skorzystać ze zaktualizowanej wersji formularza WWER, ponieważ zwyczajnie wersja ta jeszcze nie istniała. Po dokonaniu zmiany, kiedy oferta Keller Polska została już przygotowana do złożenia, Przystępujący telefonicznie skontaktował się z przedstawicielami Zamawiającego, aby upewnić się, że nie musi aktualizować formularza WWER. Uzyskał telefonicznie potwierdzenie swojego stanowiska. Zatem w dacie sporządzania oferty Przystępujący korzystał z najnowszej wersji formularza WWER i polegają na prawdziwym wyjaśnieniu, iż koszt przebudowy sieci gazowej, skalkulowany na podstawie oferty podwykonawcy, został uwzględniony w kategorii roboty ziemne.

Dla oceny skutków skorzystania z nieaktualnej wersji formularza WWER istotna być powinna ranga i rola tego dokumentu w postępowaniu. Istotnie stanowił on część oferty - z tym twierdzeniem Odwołującego Przystępujący nie zamierza polemizować. Zbyt daleko idące są jednak wnioski, że odgrywa on zasadniczą rolę dla wyceny prac, czy ich rozliczenia lub też - że stanowi o zgodności treści oferty z SIWZ. Przystępujący wskazuje, że WWER obejmował pierwotnie 13, a następnie 14 kategorii robót wybranych przez Zamawiającego. Jest to własna systematyzacja, która nie odpowiadała pozycjom przedmiaru robót. Co więcej, nie pokrywała się też z wszystkimi kategoriami prac, jakie należy wykonać. W toku szacowania ceny oferty, opierając się na przedmiarze robót zaofierowanym przez Zamawiającego, Przystępujący opracował kosztorys wszystkich potrzebnych do wykonania prac. Potwierdza on, że w ramach inwestycji konieczne jest wykonanie ponad 150 rodzajów robót. Oczywistym jest wobec powyższego, że sposób zredagowania WWER jest tylko i wyłącznie własną systematyzacją tych prac przez Zamawiającego, w istocie bez uzasadnienia merytorycznego. Nie można również mówić, że jeśli jakaś robota budowlana w WWER nie została explicite wskazana, to wykonawca jej nie zaofierował. Co więcej fakt, że na przedmiot zamówienia składa się ponad 150 rodzajowo różnych robót budowlanych potwierdza podnoszoną przez Przystępującego okoliczność, tj., że prace polegające na przebudowie sieci gazowej umieścił on w kategorii „roboty ziemne”. Tak samo, jak ponad 120 pozostałych elementów zamówienia, które Przystępujący przypisał do poszczególnych pozycji WWER. Podkreślił, że WWER nie stanowi również podstawy rozliczenia (wynagrodzenie ryczałtowe), ani podstawy ustalania wartości robót dodatkowych, czy waloryzacji wynagrodzenia. W tym zakresie umowa przewiduje własne procedury, niezwiązane z załącznikiem WWER. Z doświadczenia Przystępującego wynika, że formularz WWER ma znaczenie głównie dla oceny kwestii rażąco niskiej ceny, gdyż w praktyce Zamawiający ocenia również rozbieżności w cenach danych pozycji. Skoro zatem

WWER nie może być traktowany ani jako kosztorys ofertowy, ani jako istotny dokument dla celów rozliczeniowych, trudno twierdzić, że zastosowanie nieaktualnej wersji - wobec jednoznacznych okoliczności faktycznych - może skutkować dla wykonawcy odrzuceniem jego oferty.

Odnosząc się do zarzutów odwołania w zakresie braku możliwości zastosowania w okolicznościach niniejszej sprawy art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp wskazał, że Odwołujący próbuje w sposób nieuprawniony zinterpretować treść wyjaśnień Przystępującego co do samej omyłki. Istotą innej omyłki niepowodującej istotnej zmiany treści oferty w okolicznościach niniejszego postępowania nie było celowe usunięcie z formularza WWER pozycji przebudowa sieci gazowej i włączenie tych prac do kategorii roboty ziemne, tylko zaoferowanie wersji formularza, która nie była wersją najbardziej aktualną. Po drugie nie jest prawdą, że świadomość wykonawcy wyłącza możliwość zastosowania art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy prawo zamówień publicznych (abstrahując już od sygnalizowanej wyżej kwestii braku kompetencji Odwołującego do oceny stanu świadomości i celowości działania Przystępującego). Po trzecie nie jest uprawnione wnioskowanie Odwołującego, że skorzystanie ze starszej wersji formularza WWER przez Przystępującego winno być traktowane jako niezaoferowanie robót budowlanych wymaganych przez Zamawiającego w postępowaniu.

Zamawiający na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 9 grudnia 2019r. oświadczył, że uwzględni w całości zarzuty odwołania.

Przystępujący Keller wniósł sprzeciw wobec powyższej czynności Zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również oświadczenia, dowody i stanowiska stron oraz uczestników postępowania złożone w trakcie rozprawy, ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp.

Następnie Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a zarzucane naruszenie przez Zamawiającego przepisów Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody, polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu wykonawcę Keller Polska sp. z o.o. z siedzibą w Ożarowie Mazowieckim zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

W związku ze zgłoszeniem sprzeciwu przez Przystępującego co do zarzutów uwzględnionych przez Zamawiającego, Izba skierowała odwołanie do rozpoznania na rozprawie.

Izba zważyła:

Odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Rozpatrując zarzuty odwołania Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z treści SIWZ, oferty Keller, wezwania Przystępującego do wyjaśnienia z 17 października 2019 r. wraz z jego odpowiedzią datowaną na dzień 24 października 2019 r. oraz dowody dołączone do powyższego pisma Przystępującego.

Na ich podstawie skład orzekający stwierdził, że nie ma potrzeby ponownego przytaczania okoliczności faktycznych istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy, jako że przedstawione zostały one w odwołaniu oraz piśmie uczestnika postępowania odwoławczego w sposób wyczerpujący i odpowiadający stanowi rzeczywistości.

Wskazać na wstępie należy, że zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp Zamawiający zobligowany jest do odrzucenia oferty, jeżeli jej treść nie odpowiada SIWZ. Utrwalony jest w orzecznictwie pogląd, że podstawą faktyczną odrzucenia oferty z powodu jej niezgodności z SIWZ może być tylko rzeczywista treść oferty, o ile nie odpowiada wymogom jasno w SIWZ określonym. Przy czym nie chodzi o jakiegokolwiek wymogi Zamawiającego, ale wymogi odnoszące się do ukształtowania przyszłego świadczenia - przedmiotu umowy. Zatem podstawą odrzucenia oferty nie mogą być jakiegokolwiek wymogi Zamawiającego, zawarte w SIWZ, które nie mają bezpośredniego związku z treścią oferty rozumianą wąsko, jako zakres przyszłego świadczenia. W niniejszym stanie faktycznym nie budzi wątpliwości, że Zamawiający w rozdziale 4 pkt 1.2. wskazał, że ofertę należy przygotować wg wzoru stanowiącego załącznik nr 2 SIWZ oraz, że do formularza oferty – zał. nr 2 SIWZ należy załączyć WYCENIONY WYKAZ ELEMENTÓW ROZLICZENIOWYCH (WWER) – zał. nr 2.1. SIWZ stanowiący integralną treść oferty jako jej część, w którym Zamawiający wyszczególnił grupy robót koniecznych do wykonania w postępowaniu. Ponadto nie jest sporne pomiędzy stronami, że Przystępujący wraz z ofertą złożył WWER w wersji sprzed zmiany dokonanej przez Zamawiającego w dniu 8 października 2019r., tj. WWER nie obejmujący pozycji nr 7 pn. „Przebudowa sieci gazowej” oraz że w punkcie 5.6. formularza oferty przekreślił oświadczenie dotyczące przetwarzania danych osobowych.

Tym samym pierwszą kwestią sporną wymagającą rozstrzygnięcia w niniejszej sprawie było, czy przedłożenie Zamawiającemu przez Keller załącznika w wersji pierwotnej

obejmującej 13 a nie 14 pozycji stanowiło, że treść oferty Przystępującego była niezgodna z SIWZ, czy też pomimo tego należało uznać, że zakres świadczenia Przystępującego obejmował wszelkie prace konieczne do wykonania w ramach realizacji zamówienia, w tym przebudowę istniejącej instalacji gazowej.

W ocenie składu orzekającego w niniejszym stanie faktycznym nie zaistniała przesłanka skutkująca koniecznością odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Na wstępie bowiem stwierdzić należało, że Odwołujący uwzględniając ciężący na nim ciężar dowodu powinien był wykazać, że niedochowanie formatu przedstawienia informacji (WWER), jakiego oczekiwał Zamawiający od wykonawców ma przełożenie merytoryczne na świadczenie Przystępującego. Tego, w ocenie Izby, Odwołujący nie uczynił. Odwołujący formułując zarzuty odwołania skupił się wyłącznie na wskazaniu, iż o niezgodności oferty Keller z SIWZ można mówić w sytuacji nieprawidłowego sporządzenia czy przedstawienia informacji wymaganych przez Zamawiającego w załączniku WWER. Jednakże treść art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp odnosi się do merytorycznych aspektów świadczenia wykonawcy na rzecz Zamawiającego. Takich aspektów zaś Odwołujący nie wskazał. Sam fakt posłużenia się pierwotną wersją formularza WWER nie oznacza jednak, że Keller nie uwzględnił w swojej ofercie konieczności wykonania przebudowy sieci gazowej.

Co istotne w niniejszym postępowaniu Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 87 ust. 1 Pzp wyjaśnił, że dla niego: „było kwestią oczywistą, że w skład przedmiotowego zamówienia wchodzi również przebudowa sieci obcych, w tym sieci gazowej, zanim jeszcze Zamawiający explicite wskazał to w opisie przedmiotu zamówienia. Przed modyfikacją z 8 października 2019 roku wiedzę na temat konieczności wykonania tej pracy Wykonawca uzyskał w wyniku następującego ciągu zdarzeń: Po pierwsze wynikała ona z wizji lokalnej oraz dokumentacji postępowania zaoferowanej przez Zamawiającego. Dodatkowo, po weryfikacji dokumentacji projektowej oraz zlokalizowaniu na części rysunkowej oznaczenia słupka gazowego w dniu 23.09.2019 odbyła się wizja lokalna w terenie w trakcie której widoczne były elementy sieci gazowej. W następstwie powyższego, Wykonawca, w celu oszacowania oferty, zwrócił się do stałego partnera biznesowego (FHU „Jędrzek” H. J.), znanego Wykonawcy z poprzednich realizacji (m.in. budowa pn.: „Stabilizacja osuwiska oraz odbudowa DW nr 965 w m. Laskowa Górna III” realizowana dla Zarządu Dróg Wojewódzkich w Krakowie w 2018 r.). W wyniku prowadzonych rozmów z FHU „Jędrzek” okazało się, iż firma ta była wykonawcą budowy sieci gazowej zrealizowanej w 2018 r. Udostępnione zostały Wykonawcy Projekty Budowlane sieci gazowej (Załączniki nr 2a i 2b do niniejszych wyjaśnień). Na podstawie przekazanej dokumentacji, H. J. FHU „Jędrzek” przygotował kompleksową wycenę wszystkich niezbędnych prac związanych z przełożeniem sieci gazowej (Załącznik nr 1) która obejmowała, zgodnie z ofertą, przełożenie sieci gazowej dn63 w km około 0+780,00

do km 0+900,00 oraz wykonanie nowego przekroczenia DW 975 w km ok. 0+725 i była podstawą dla Wykonawcy do sporządzenia kompletnej oferty cenowej złożonej w przedmiotowym postępowaniu. Oświadczenie potwierdzające fakt dysponowania przez Wykonawcę kompletną wiedzą dotyczącą przebudowy sieci gazowej stanowi Załącznik nr 3 do niniejszych wyjaśnień. W imieniu Keller Polska wyjaśniam, że podmiot ten nie został przez Wykonawcę wskazany jako podwykonawca, z uwagi na fakt, że zakres powierzonych mu prac o marginalnej w kontekście przedmiotu zamówienia wartości, nie spełnia definicji podwykonawstwa wskazanej w ustawie prawo zamówień publicznych.

Wycena prac przedłożona przez FHU „Jędrzek” wyniosła 37 000,00 zł netto, co, jak słusznie zauważył Zamawiający w piśmie nr ZDW/PW/2019/7007/DN-4/AN z dnia 08.10.2019 r., nie jest kwestią „wielce istotną w kontekście całości zamówienia”. Wskazana kwota, wraz z uwzględnieniem 10% marży Wykonawcy, została uwzględniona w przedłożonym formularzu WWER w pozycji nr 7 „Roboty ziemne”. Jak wynika z powyższego, Keller Polska jako podmiot z ponad 20-letnim doświadczeniem w realizacji robót budowlanych polegających na zabezpieczaniu osuwisk, nie miał żadnych wątpliwości w dacie składania ofert co do tego, że w zakres koniecznych do wykonania prac wchodziła również przebudowa sieci gazowej” w wyniku analizy dokumentacji postępowania oraz przeprowadzonej wizji lokalnej ustalił konieczność przebudowy instalacji gazowej. W następstwie powyższego, w celu oszacowania oferty, zwrócił się do stałego partnera biznesowego (FHU „Jędrzek” H. J.). Wycena prac przedłożona przez FHU „Jędrzek” wyniosła 37 000,00 zł netto. Wskazana kwota, wraz z uwzględnieniem 10% marży Wykonawcy, została uwzględniona w przedłożonym formularzu WWER w pozycji nr 7 „Roboty ziemne.”

Skład orzekający uwzględniając treść złożonych wyjaśnień oraz przedłożonych wraz z nimi dowodów uznał, że pomimo posłużenia się przez Przystępującego nieaktualnym wzorem formularza WWER, jego oferta uwzględniała również konieczność wykonania robót gazowych, które zostały ujęte w pozycji roboty ziemne. Ponadto podkreślić należy, że Odwołujący nie podważył tej okoliczności, nie przedstawił jakiegokolwiek argumentu a przede wszystkim dowodu, że oferta Przystępującego nie uwzględniała koniecznych do wykonania robót w zakresie przebudowy sieci gazowej.

Podkreślić ponadto należy, że pomimo postanowienia SIWZ zgodnie z którym nieprzedłożenie lub złożenie niekompletnych oświadczeń i dokumentów składających się na treść oferty (zgodnie z powyższym) będzie równoznaczne ze złożeniem oferty o treści nieodpowiadającej treści SIWZ, co w konsekwencji będzie skutkowało odrzuceniem oferty nie może wyłączać zastosowania przepisów Pzp w tym przepisu art. 87 ust. 1 czy też przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 tej ustawy. W sytuacji więc gdy Zamawiający poweźmie jakiegokolwiek wątpliwości co do zgodności oferty z treścią SIWZ zobowiązany jest przez odrzuceniem oferty wykonawcy zastosować procedurę przewidzianą w art. 87 ust. 1 Pzp w art. 87 ust. 2 pkt 3

ustawy. W niniejszym stanie faktycznym udzielone przez Przystępującego wyjaśnienia potwierdziły, że oferta tego wykonawcy obejmuje cały zakres koniecznych do wykonania robót.

Podsumowując, skoro zarzuty Odwołującego odnośnie niezgodności treści oferty Keller z treścią SIWZ sprowadzały się w tym zakresie tylko do nieaktualnej formy formularza WWER, to Izba uznała, że powyższe nie mogło stanowić o niezgodności oferty z wymaganiami SIWZ, a tym samym brak było przesłanek do zastosowania przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Odnosząc się kolejno do zarzutu dotyczącego nie zawarcia przez Keller w formularzu oferty wymaganych oświadczeń dotyczących kwestii ochrony danych osobowych Izba uwzględniając brzmienie punktu 5.6 zawartego w formularzu oferty w tym odesłania znajdującego się w nawiasie zgodnie z którym „oświadczenie to ma zastosowanie w przypadku, gdy Wykonawca przekazuje w toku niniejszego postępowania dane osobowe osób trzecich” uznała, że skoro z udzielonych przez Przystępującego w dniu 24 października 2019r. wyjaśnień wynikało, że oświadczenie Przystępującego nie dotyczyło, a to z uwagi na fakt, że w toku postępowania nie przetwarza danych osób trzecich i nie powstał po jego stronie obowiązek wskazany w art. 13 i 14 Ogólnego rozporządzenia o ochronie danych, to brak było konieczności jego złożenia, a tym samym przekreślenie tego oświadczenia było działaniem prawidłowym. Skoro bowiem nie zaktualizowała się podstawa wystąpienia obowiązku informacyjnego to brak było konieczności złożenia takiego oświadczenia. Ponadto wskazać należy, że podanie w JEDZ danych p. D. K. (wieloletniego pracownika Przystępującego) spowodowało wyłączenie stosowania obowiązku informacyjnego na podstawie art. 13 ust. 4 RODO.

Nie mniej jednak skład orzekający uznał, że brak złożenia oświadczenia o treści wskazanej w punkcie 5.6.SIWZ nie może powodować uznania, że złożona oferta jest niezgodna z treścią SIWZ. Jak już bowiem wskazano podstawą odrzucenia oferty nie mogą być jakiegokolwiek wymogi Zamawiającego, zawarte w SIWZ, które nie mają bezpośredniego związku z treścią oferty rozumianą wąsko, jako zakres przyszłego świadczenia. Oświadczenie zawarte w punkcie 5.6 formularza ofertowego w żaden sposób natomiast nie wpływało na zakres zobowiązania wykonawcy w niniejszym postępowaniu. Brak jego złożenia na obecnym etapie postępowania jak już wyżej wskazano był uzasadniony brakiem podania w ofercie danych osobowych osób trzecich. Powyższe natomiast nie wyklucza możliwości złożenia takiego oświadczenia przez Przystępującego i wypełnienia obowiązków wynikających z rozporządzenia RODO w momencie podania Zamawiającemu danych osobowych podmiotów trzecich na późniejszym etapie postępowania.

W konsekwencji powyższych ustaleń pozostałe zarzuty odwołania podlegały oddaleniu.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

Sygn. akt KIO 2395/19

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 1 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. z 2018r., poz. 972).

Przewodniczący: