

sygn. akt: **KIO 2479/19**

WYROK

z dnia 18 grudnia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 grudnia 2019 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 grudnia 2019 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Fectum S.A. oraz P.O. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe P. O., ul. Okólna 43A/43B/301; 05-270 Marki** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gmina Siennica, ul. Kołbielska 1; 05-332 Siennica,**

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie.**
- Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Fectum S.A. oraz P. O. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe P. O., ul. Okólna 43A/43B/301; 05-270 Marki** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Fectum S.A. oraz P. O. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe P.O., ul. Okólna 43A/43B/301; 05-270 Marki,** tytułem wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Siennica, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „*Budowa budynku Gminnej Biblioteki Publicznej, Gminnego Ośrodka Kultury oraz Urzędu Gminy w miejscowości Siennica wraz z dostawą wyposażenia*”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych dnia 7 listopada 2019 roku, pod numerem 619763-N-2019.

Dnia 4 grudnia 2019 roku, zamawiający poinformował wykonawców o wyniku prowadzonego postępowania, w tym o odrzuceniu oferty odwołującego.

Dnia 6 grudnia 2019 roku, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Fectum S.A. oraz P. O. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe P. O. (dalej „*Odwołujący*” lub „*konsorcjum Fectum*”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez błędne uznanie, że oferta odwołującego nie odpowiada specyfikacji istotnych warunków zamówienia w sytuacji, gdy oferta została złożona przez odwołującego prawidłowo,
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp oraz w związku z rozdziałem XVI ust. 3 s.i.w.z., poprzez brak uznania, że pominięcie przez wykonawcę w kosztorysie ofertowym części pozycji kosztorysowych stanowi inną omyłkę usuwalną na podstawie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, w sposób opisany w rozdziale XVI ust. 3 s.i.w.z., tj.: przez przyjęcie w każdej brakującej pozycji kosztorysu ceny jednostkowej 0,00 zł,

względnienie

3. art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wobec jego niezastosowania i nie wezwania wykonawcy przez zamawiającego do uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień, co do treści oferty pomimo, że w przypadku złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta odwołującego nie podlegałaby odrzuceniu.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania,
- 2) nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego,
- 3) nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego,
- 4) obciążenie kosztami odwołania zamawiającego,

- 5) zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego wszelkich kosztów wywołanych wniesieniem odwołania w całości.

Interes odwołującego.

Odwołujący wskazał, że w przedmiotowym postępowaniu złożył najkorzystniejszą ofertę, tym samym ma interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, iż analizując treść uzasadnienia zawiadomienia o odrzuceniu oferty prawidłowy jest wniosek, że odrzucenie oferty nie nastąpiło z przyczyny wskazanej w zdaniu 2 Rozdziału XVI ust. 3 s.i.w.z. Z ostrożności odwołujący wskazał, iż kosztorys ofertowy branży instalacja wentylacji, którego braki stanowią zdaniem zamawiającego przyczynę odrzucenia oferty, z przyczyn oczywistych nie jest dotknięty brakiem kosztorysu dla całej branży. Nie jest też dotknięty uchybieniem w postaci braku całego działu bowiem zamawiający w ramach przedmiaru branży instalacja wentylacji nie dzieli przedmiaru na działu. Układ poszczególnych jednostek, tzw. L.p przedmiaru nie pozwala na jednoznaczną identyfikację i wyodrębnienie jednostki redakcyjnej w postaci działu (zresztą s.i.w.z. nie posługuje się tym pojęciem). Zdaniem odwołującego, brak precyzji w formułowaniu s.i.w.z. wymusił na zamawiającym, w celu uargumentowania przyczyn odrzucenia oferty, sięgnięcie po tezy (nie trafnie zresztą) o charakterze bardziej generalnym. Sam zamawiający w zawiadomieniu stwierdza „kosztorys ofertowy branży instalacja wentylacji nie jest kompletny” i dalej „Brak pozycji w załączonym kosztorysie to przykład braków powodujących nieodpowiedniość oferty w stosunku do specyfikacji istotnych warunków zamówienia.”.

Odwołujący podniósł, iż argumentacji tej należy zarzucić brak konsekwencji i logiczną niespójność. W świetle rozdział XVI ust. 3 zamawiający dokonując ustalenia, że kosztorys nie zawiera wszystkich pozycji kosztorysowych winien potraktować to jako oczywistą omyłkę i przyjąć wartość tych pozycji na 0,00 zł. Sam zamawiający wprowadza mechanizm korygujący braki ofert, z których w ostateczności nie korzysta. Co istotne zamawiający odwołuje się tutaj do trybu z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Odwołujący nie zgadzając się z uzasadnieniem zawiadomienia o odrzuceniu oferty wskazuje, że określenie przez zamawiającego trybu poprawienia niepełnych ofert kosztorysowych nie może aktualnie prowadzić do ustaleń takich jak w uzasadnieniu, że poprawienie pomyłek przez wpisanie w nieuwzględnionych pozycjach kosztorysowych kwoty 0,00 zł może stanowić uprzywilejowanie oferenta i rażąco naruszać zasadę równego traktowania wykonawców. Niezrozumiały, zdaniem odwołującego, przez wzgląd na zawartość s.i.w.z., jest cały akapit uzasadnienia odnoszący się do braku możliwości poprawienia oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Stanowi on swego rodzaju samokrytykę zamawiającego i rozwiązań zaproponowanych w s.i.w.z., z którymi mogli zapoznać się przecież wszyscy oferenci. Nie ma przy tym tutaj mowy o rodzaju interpretacji

oferty pod poszczególnych wykonawców, bowiem s.i.w.z. jest oczywisty i zawiera rozstrzygnięcie którego zastosowanie wynika właśnie z jasno i precyzyjnie skonstruowanego zapisu s.i.w.z. Przywołane przez zamawiającego orzeczenie KIO 1386/19 nie ma zastosowania do stanu faktycznego sprawy niniejszej.

W ramach trzeciego z formułowanych zarzutów odwołujący wskazał, że brak kilku pozycji w jednym z wielu kosztorysów ofertowych złożonych w postępowaniu powinien być przedmiotem refleksji i skłonić zamawiającego, zwłaszcza w odniesieniu do wykonawcy, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, do zastosowania art. 26 ust. 3 ustawy Pzp i wezwania wykonawcy przez zamawiającego do uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień co do treści oferty. Działanie takie pozostawałoby - wbrew temu co twierdzi zamawiający - w zgodzie z przepisami ustawy Pzp.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są bezzasadne.

Podnieść bowiem należy, iż zamawiający w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w rozdziale XVI ust. 3 wskazał, że „W przypadku pominięcia w kosztorysie ofertowym pozycji kosztorysowych Zamawiający uzna, że Wykonawca wycenił je w innych pozycjach kosztorysowych i potraktuje je jako inna omyłkę i podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3

ustawy Pzp dokona jej poprawy, poprzez wpisanie w każdą brakującą pozycję kosztorysu ofertowego cenę 0,00 zł. W przypadku braku całego działu kosztorysu ofertowego lub kosztorysu ofertowego całej branży oferta zostanie odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.”.

Zamawiający, w ramach przygotowanej dokumentacji postępowania, załączył do s.i.w.z. przedmiar inwestorski dotyczący zainstalowania wentylacji, w którym wyodrębnił 5 różnych systemów wentylacyjnych, tj. NW1/WW1, NW2/WW2, NW3/WW3, WW4 oraz WW5, które w ocenie Izby stanowiły odrębne działy/części, wobec których wykonawca miał za zadanie określić się co do wartości wykonanych w nim zakresu prac/urządzeń.

Odwołujący, w kosztorysie ofertowym dotyczącym systemu wentylacji, ujął następujące działy: system wentylacyjny NW1/WW1, system wentylacyjny NW2/WW2, system wentylacyjny NW3/WW3. W dziale system wentylacyjny WW4 ujęta została tylko jedna pozycja. Brak natomiast działu system wentylacyjny WW5 (strony od 46 do 50 oferty).

Zdaniem Izby, brak pozycji w załączonym kosztorysie to przykład braków powodujących niezgodność treści oferty w stosunku do treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Jest to bowiem ograniczenie składanych informacji w stosunku do żądanych przez zamawiającego i nie może być uznane za działanie zgodne z treścią s.i.w.z. Nadto, zgodnie z §8 ust. 1 wzoru umowy, wynagrodzenie w przedmiotowym postępowaniu zostało określone jako kosztorysowe, co z kolei oznacza, że aby móc ustalić *essentialia negotii* przyszłej umowy, konieczne jest sprecyzowanie w ofercie wykonawcy (kosztorysie ofertowym) przedmiotu tej umowy. Skoro zatem odwołujący w zakresie kosztorysu dotyczącego wentylacji pominął pozycje od 72 do 90, w tym cały dział WW5, to nie sposób uznać, iż oferta odwołującego zgodna jest z treścią s.i.w.z. Argumentacja odwołującego odnosząca się do informacji zamawiającego z rozdziału XVI ust. 3 s.i.w.z., na podstawie której zamawiający zobligowany był do poprawienia treści oferty odwołującego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, jest błędna, albowiem odnosi się ona do sytuacji, w której wykonawca przedstawia do oferty pełne kosztorysy ofertowe, zgodne z przedmiarem zamawiającego, które umożliwiają zawarcie ważnej umowy, jednakże wada dająca się sanować przez zamawiającego zgodnie z s.i.w.z. może dotyczyć tylko i wyłącznie nie wypełnienia części kosztorysu o wartości kwotowe danych pozycji, działów, części. W takim przypadku zamawiający miał obowiązek wpisać 0 zł uznając, iż wycena tych pozycji została wliczona do innych pozycji kosztorysu ofertowego. W braku w ogóle pozycji kosztorysu nie może być mowy o jego uzupełnieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, albowiem prowadziłyby to do niedopuszczalnej zmiany treści oferty przez jej uzupełnienie o brakujące treści, nie wynikające ze złożonej oferty. Poprawienie omyłek w trybie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie może bowiem prowadzić do dostosowania treści oferty do wymagań zamawiającego, wyartykułowanych w treści s.i.w.z., czyli do rekonstrukcji oświadczenia woli

wykonawcy na podstawie wymogów zamawiającego, choć oświadczenie woli zawarte w ofercie nie daje takich podstaw. Niedopuszczalnym jest interpretowanie przez zamawiającego postawionych wymagań na etapie złożonych ofert i odpowiednie dostosowanie przyjętej interpretacji pod poszczególnych wykonawców. Zamawiający najpierw precyzuje swoje wymaganie w sposób jasny i klarowny, a dopiero po ich sprecyzowaniu i określeniu w s.i.w.z. bada złożone oferty w oparciu o postawione warunki, nie zaś odwrotnie. Dlatego też czynność zamawiającego, polegająca na odrzuceniu oferty odwołującego uznać należało za prawidłową.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego naruszenia przez zamawiającego art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, podnieść należy, co następuje.

Przepis ten stanowi, że Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

Za niezasadne, jak i pozbawione podstaw prawnych, Izba uznała stanowisko odwołującego, który twierdził, że w przypadku oferty odwołującego znajduje zastosowanie przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, który umożliwiał zamawiającemu wezwanie odwołującego „do uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielenia wyjaśnień co do treści oferty”, albowiem wskazany przepis odnosi się do możliwości uzupełniania lub poprawiania lub udzielania wyjaśnień w zakresie dokumentów podmiotowych składanych wraz z ofertą, a nie w zakresie treści oferty, co do której co najwyżej może znajdować zastosowanie przepis art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący: