

Sygn. akt: KIO 923/16

WYROK

z dnia 14 czerwca 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 czerwca 2016 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 maja 2016 r. przez wykonawcę: **Skanska S.A., ul. Gen. J. Zajączka 9, 01-518 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Wojewódzki Zarząd Melioracji i Urządzeń Wodnych w Opolu, ul. Katowicka 55, 45-061 Opole,**

przy udziale wykonawcy: **W.F. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Hydrotechniczno-Melioracyjnych W.F., ul. Kolejowa 1-82, 46-040 Ozimek** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 923/16 po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: **Skanska S.A., ul. Gen. J. Zajączka 9, 01-518 Warszawa, i:**
 - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **Skanska S.A., ul. Gen. J. Zajączka 9, 01-518 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Opolu.**

.....

Uzasadnienie

Zamawiający, Wojewódzki Zarząd Melioracji i Urządzeń Wodnych w Opolu, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Budowa, przebudowa i modernizacja wału przeciwpowodziowego rzeki Odra Rataje w mieście Brzeg, woj. Opolskie”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 1 poz. 97382 w dniu 19 kwietnia 2016 r.

Pismem z dnia 25.05.2016 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp z powodu niezłożenia w postępowaniu żadnej oferty nie podlegającej odrzuceniu oraz o odrzuceniu ofert, w tym oferty złożonej przez wykonawcę Skanska S.A. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 Pzp, tj. z powodu niezgodności oferty z SIWZ oraz błędu w obliczeniu ceny. Zamawiający wskazał, że ww. oferta zawiera następujące uchybienia:

- 1) brak podziału kosztorysu ofertowego na etapy (pyt. 2 zestaw 3),
- 2) brak ujęcia dodatkowych nadzorów (pyt. 7 zestaw 4),
- 3) zastosowanie rozwiązania wariantowego w postaci grodzic GU 16N nie spełniających warunków przetargu (zastosowane przez wykonawcę rozwiązanie nie spełnia wymagań SIWZ w zakresie równoważności z uwagi na parametry techniczne grodzicy GU 16N różne od parametrów grodzicy GU 16-400 wymaganej do realizacji zadania przez zamawiającego).

Wykonawca, Skanska S.A., z siedzibą w Warszawie, wniósł odwołanie wobec czynności odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp oraz wobec zaniechania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej i unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp.

Odwołujący zarzucił naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez uznanie, że oferta Odwołującego nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz odrzucenie oferty Skanska S.A.;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, poprzez odrzucenie oferty Skanska S.A., mimo iż oferta nie zawiera błędów w obliczeniu ceny;
- 3) art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp, poprzez unieważnienie postępowania pomimo, że w postępowaniu została złożona oferta nie podlegająca odrzuceniu, tj. oferta Odwołującego;
- 4) art. 87 ust. 1 w zw. z art. 7 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, celem usunięcia ewentualnych wątpliwości co do treści jego oferty;

5) art. 92 ust. 1 w zw. z art. 7 oraz 8 Pzp, poprzez nie podanie przez Zamawiającego w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty Odwołującego szczegółowego uzasadnienia faktycznego odnośnie niezgodności zaproponowanego rozwiązania równoważnego w postaci grodzic GU 16N w stosunku do wymaganych parametrów równoważności określonych w SIWZ;

6) art. 91 Pzp, poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego, mimo iż jest to oferta najkorzystniejsza;

7) art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w związku z brakiem wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego, pomimo iż przedstawia ona najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów w niniejszym postępowaniu.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania i czynności odrzucenia oferty Odwołującego, powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz wyboru - jako najkorzystniejszej - oferty Odwołującego.

Odwołujący nie zgodził się ze stanowiskiem Zamawiającego. Podniósł, co następuje.

1. Brak podziału kosztorysu ofertowego na etapy.

Odwołujący wyjaśnił, że Zamawiający wymagał podania w formularzu oferty ceny oferty za realizację całości zamówienia z rozbiem na trzy etapy. Odwołujący w swojej ofercie wskazał te wartości i tak odpowiednio etapy zostały wycenione:

- Etap I wał ziemny 3.018.154,70 zł w tym VAT 564.370,39 zł,
- Etap II Ściany oporowe i mury oporowe 4.260.861,20 zł w tym VAT 796.746,40 zł,
- Etap III Okładziny kamienne ścian i murów 718.179,95 zł w tym VAT 134.293,81 zł.

Ogółem wartość kosztorysowa robót wynosi 7.997.195,86 zł, w tym podatek VAT 1.495.410,61 zł. Ceny za poszczególne etapy stanowiły sumę pozycji przedmiarowych przypisanych przez Zamawiającego poszczególnym etapom, co można sprawdzić dokonując prostego działania matematycznego.

Powyższe ukształtowanie ceny oferty wynikało z postanowień pkt 24 SIWZ „Opis sposobu obliczenia ceny”, gdzie wskazano, iż cena oferty jest wielkością kosztorysową (obliczoną na podstawie kosztorysu ofertowego, jako suma części gwarantowanej i wszystkich części objętej opcją) z doliczonym oddzielnie do każdej części aktualnie obowiązującym podatkiem od towarów i usług VAT (pkt 1). W celu obliczenia ceny oferty należało wykonać kosztorys ofertowy w formie kosztorysu szczegółowego z wyszczególnieniem opisu roboty zgodnym - jak w punkcie powyżej, ilości przedmiarowej, jednostki miary roboty, ceny jednostkowej roboty oraz wartości roboty stanowiącej iloczyn ilości przedmiarowej i ceny jednostkowej (pkt 13). Dodatkowo Zamawiający wymagał, by

wykonawca sporządził kosztorys ofertowy w porządku zgodnym z załączonym przedmiarem robót (pkt 16).

W trakcie postępowania Zamawiający na pytanie „Czy do oferty należy załączyć kosztorys, jeżeli tak, to jaki, czy uproszczony czy szczegółowy?” odpowiedział, że „Zgodnie z zapisami SIWZ pkt 24 ppkt 13 należy złożyć kosztorys w formie szczegółowej z zastrzeżeniami podanymi w pkt Opis sposobu obliczenia ceny oraz z podziałem na poszczególne etapy zamówienia (pytanie 2 zestaw 3).”

Zakres poszczególnych etapów został określony przez Zamawiającego, który w trakcie postępowania w odpowiedzi na pytanie nr 3 w zestawie 3, wskazał dla każdego z etapów konkretne pozycje kosztorysowe.

Odwołujący zwrócił uwagę, że pozycje przedmiaru robót nr 312-315 dotyczące nadzorów: autorskiego, geotechnicznego, archeologicznego, badania archeologiczne, nie zostały przez Zamawiającego ujęte w przedstawionym podziale na Etapy.

Zamawiający nie dołączył do SIWZ zmienionego przedmiaru robót, uwzględniającego wymagany przez niego podział na trzy etapy, mimo kilkukrotnych pytań wykonawców w tym zakresie (zestaw 4 pytanie 4, zestaw 8 pytanie 1, zestaw 10 pytanie 15, zestaw 11 pytanie 1).

Odwołujący wyjaśnił, że sporządził kosztorys ofertowy w porządku zgodnym z przekazanym pierwotnie przedmiarem robót, bez wyraźnego podziału na poszczególne etapy zamówienia, tj. osobno etap I, II i III. Odwołujący miał między innymi na uwadze odpowiedź Zamawiającego na ww. pytanie nr 2, iż wykonawcy obowiązani są uwzględnić zastrzeżenia podane w punkcie „Opis sposobu obliczenia ceny”, a zatem także w pkt 16, w którym Zamawiający wymagał, by wykonawca kosztorys ofertowy sporządził w porządku zgodnym z załączonym przedmiarem robót. Zamawiający nie wskazał, w jaki sposób należy dokonać podziału kosztorysu na trzy etapy oraz wyraźnie zaznaczył, że ma być sporządzony jeden kosztorys ofertowy. Pozycje 312-315 nie zostały przyporządkowane przez Zamawiającego do poszczególnych etapów.

Zdaniem Odwołującego, w związku z niejasną odpowiedzią Zamawiającego, wykonawca mógł przyjąć, iż należy sporządzić kosztorys ofertowy w taki sposób, w jaki dokonał tego Odwołujący, tj. w porządku zgodnym z przedmiarem, bez przesunięcia kolejności pozycji przedmiarowych z uwzględnieniem etapów, bowiem brak podziału przedmiaru robót na etapy nie wpływa na wartość oferty oraz na kryteria jej oceny. Mimo braku rozbicia kosztorysu na 3 części Zamawiający, wiedząc które pozycje przedmiarowe są przypisane do odpowiedniego etapu, ma możliwość zweryfikowania, czy sumy tych pozycji dają cenę za realizację odpowiedniego etapu, podaną w ofercie.

Zamawiający uznał jednak, iż brak podziału kosztorysu na etapy powoduje niezgodność oferty Zamawiającego z SIWZ i odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Odwołujący podniósł, że treść oferty nie odpowiada treści SIWZ, tylko wówczas gdy nie odpowiada wymogom merytorycznym określonym w SIWZ. Nie może stanowić podstawy odrzucenia oferty jedynie niezgodność formy oferty z postanowieniami specyfikacji. Zdaniem Odwołującego, sporządzonemu kosztorysowi ofertowemu można zarzucić jedynie uchybienie co do formy, a mianowicie co do kolejności zaprezentowania pozycji przedmiarowych. W tym zakresie Zamawiający pozostawił możliwość różnych zachowań wykonawców. Z treści pisma Zamawiającego z 19.05.2016r. wynika, że co najmniej 6 na dziesięciu wykonawców przedłożyło kosztorys ofertowy bez podziału na etapy.

2. Brak ujęcia dodatkowych nadzorów.

Zgodnie z pkt 4 SIWZ Opis przedmiotu zamówienia: „do obowiązków Wykonawcy będzie należało ponadto: zapewnienie nadzoru: ornitologicznego, archeologicznego, teletechnicznego telekomunikacji TP, drogowego, konserwatorskiego (wycinka drzew w parku), PWiK Brzeg (ppkt 6)”.

Zgodnie z pkt 24 SIWZ Opis sposobu obliczenia ceny „ppkt. 5. Cenę oferty, należy ustalić w oparciu o dokumentację projektową (zał. do SIWZ) stanowiącą opis przedmiotu zamówienia, ale na podstawie przedmiaru robót (zał. do SIWZ), specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót (zał. do SIWZ) i umowy (zał. do SIWZ) ppkt. 6. Cena oferty winna obejmować cały zakres zamówienia, zgodnie z wymaganiami Zamawiającego. Zakres robót, który jest objęty podstawą określenia tej ceny, musi być zgodny z zakresem robót ujętym w Przedmiarze robót - stanowiących załącznik do SIWZ ppkt. 21. Cena oferty musi zawierać wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia wynikające wprost z przedmiaru robót, jak również koszty nie ujęte w przedmiarze, ale związane z realizacją obowiązków wykonawcy określonych we wzorze umowy (zał. do SIWZ) i specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót (zał. do SIWZ)”.

W przedmiarze robót Zamawiający uwzględnił w zakresie nadzorów tylko: autorski (poz. 312 d. 15)-wykreślony, geotechniczny (poz. 313 d.15), archeologiczny (poz. 314 d. 15), badania archeologiczne (poz. 315 d.15.).

W toku postępowania Zamawiający na pytanie 3 w zestawie nr 3 nie ujął w przedstawionym podziale na Etapy pozycji przedmiaru robót nr 312-315 dotyczących nadzoru autorskiego, geotechnicznego, archeologicznego, badań archeologicznych.

Ponadto, w odpowiedzi na pytanie 7 w zestawie 4 „W SIWZ jest zapis mówiący o tym, że do obowiązków Wykonawcy należy również zapewnienie nadzoru ornitologicznego, teletechnicznego, telekomunikacji TP, drogowego, konserwatorskiego, PWiK Brzeg, co nie ma odzwierciedlenia w załączonym przedmiarze. Proszę o wyjaśnienie czy w ofercie należy

uwzględnić cenę w/w nadzorów i gdzie ewentualnie należy ją ująć?”, Zamawiający odpowiedział iż „Wykonawca uwzględni w swoich kosztach wspomniane nadzory w osobnych pozycjach z uwzględnieniem etapowości postępowania”. Jednocześnie Zamawiający, w związku z udzieloną odpowiedzią, nie dołączył do SIWZ zmienionego przedmiaru uwzględniającego osobne pozycje dotyczące nadzorów dodatkowych z uwzględnieniem etapowości postępowania.

Odwołujący wyjaśnił, że nadzory wskazane w przedmiarze, a nie przyporządkowane przez Zamawiającego do poszczególnych etapów, tj. geotechniczny, archeologiczny, badania archeologiczne ujął w kosztorysie ofertowym w kosztach pośrednich. Tak samo Odwołujący postąpił z nadzorami dodatkowymi, ujął je w kosztach pośrednich oferty, biorąc pod uwagę:

- ich brak w poszczególnych etapach w podziale pozycji na etapy narzuconym przez Zamawiającego (Odwołujący nie wiedział w jaki sposób miałyby je uwzględnić w poszczególnych etapach, np. jaką ilość nadzoru ornitologicznego przypisać do etapu I, a jaką do etapu II);
- z uwagi na treść odpowiedzi na pytanie nr 7 z zestawu nr 4, a mianowicie, że wykonawca ma ująć te nadzory „w swoich kosztach”, a więc Odwołujący uznał, iż w kosztach pośrednich oferty;
- brak przypisania przez Zamawiającego nadzorów wymienionych w przedmiarze, tj. geotechnicznego, archeologicznego do poszczególnych etapów, mimo iż koszty tych nadzorów są znacznie wyższe od kosztów nadzorów wymienionych jako dodatkowe;
- brak przeniesienia do przedmiaru pozostałych obowiązków wykonawcy wymienionych w pkt 4 Opis przedmiotu zamówienia, a mimo wszystko ujęcie ich w kosztach pośrednich oferty;
- wymagania sformułowane w ww. podpunktach pkt 24 Opis sposobu obliczenia ceny, a zwłaszcza ppkt 21, iż „cena oferty musi zawierać wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia wynikające wprost z przedmiaru robót, jak również koszty nie ujęte w przedmiarze, ale związane z realizacją obowiązków wykonawcy określonych we wzorze umowy (zał. do SIWZ) i specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót (zał. do SIWZ).” Stosownie do § 3 ust. 3 wzoru umowy podstawą do określenia ww. ceny był przedmiar robót zawarty w SIWZ zweryfikowany przez wykonawcę z dokumentacją projektową, które ponadto zawierają koszty związane z realizacją wszystkich obowiązków wykonawcy określonych w umowie oraz w SIWZ. Zatem koszty nie ujęte w przedmiarze, a wśród nich koszty nadzorów dodatkowych, zostały przez Odwołującego ujęte w kosztach pośrednich oferty.

Odwołujący wskazał, że koszty nadzorów określonych w niniejszym postępowaniu jako dodatkowe, co do zasady ujmuje się w kosztach pośrednich oferty, a sam koszt tych

nadzorów jest niewielki. Zamawiający uznał jednak, iż sposób ujęcia kosztów nadzorów dodatkowych w kosztach pośrednich oferty stanowi błąd w obliczeniu ceny, w rozumieniu przepisu art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp.

W ocenie Odwołującego, błąd w obliczeniu ceny jest to błąd co do prawidłowego ustalenia stanu faktycznego, nie zaś wadliwe od strony technicznej wykonanie czynności arytmetycznych składających się na obliczenie ceny. Cena oferty Odwołującego została skalkulowana w sposób, który uwzględnia wszystkie cechy przedmiotu zamówienia, jego zakres i warunki realizacji, a podstawa wyceny odpowiada przedmiotowi zamówienia, tj. zgodnie z wymaganiami Zamawiającego. Nie istnieje zatem zagrożenie nienależytego wykonania zamówienia przez Odwołującego.

Wyjaśnienia Zamawiającego udzielone na pytanie nr 7 w zestawie 4, w kontekście odpowiedzi na pytanie 3 w zestawie 3, dotyczące dodatkowych nadzorów, zdeterminowały de facto możliwość różnych zachowań wykonawców. Z pisma Zamawiającego z dnia 25.05.2016r. wynika, że co najmniej jeszcze 5 wykonawców nie ujęło dodatkowych nadzorów w sposób oczekiwany przez Zamawiającego.

3. Brak równoważności grodzic GU 16N.

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego także z powodu zastosowania rozwiązania wariantowego w postaci grodzic GU 16N nie spełniających warunków przetargu (zastosowane przez wykonawcę rozwiązanie nie spełnia wymagań SIWZ w zakresie równoważności z uwagi na parametry techniczne grodzicy GU 16N różne od parametrów grodzicy GU 16-400 wymaganej do realizacji zadania przez zamawiającego).

Odwołujący wskazał, iż oferuje równoważne rozwiązanie w zakresie grodzic, zgodnie z możliwością przewidzianą przez Zamawiającego. W kwestii zastosowania rozwiązań równoważnych, Zamawiający w pkt 4 w Opisie przedmiotu zamówienia SIWZ, w uwagach postanowił, że:

„2. Jeśli w dokumentacji projektowej, stanowiącej Część III SIWZ, użyte zostały nazwy firm/systemów dostępnych na rynku. W myśl przepisów u.p.z.p Zamawiający dopuszcza rozwiązania równoważne. Zapis ten należy rozumieć tak, iż w każdym miejscu w SIWZ, w którym użyto nazw własnych, dodaje się sformułowanie „lub równoważny”.

3. Uznaje się, że oferta równoważna to taka, która przedstawia przedmiot zamówienia o właściwościach funkcjonalnych i jakościowych takich samych lub zbliżonych do tych, które zostały zakreślone w niniejszej SIWZ, lecz oznaczonych innym znakiem towarowym, patentem lub pochodzeniem.”

Ponadto w pkt 24 SIWZ Opis sposobu obliczenia ceny, Zamawiający postanowił, iż:

„8. Zakres robót, który jest podstawą do określenia tej ceny, musi być zgodny z zakresami robót ujętymi w Przedmiarze robót - stanowiących załączniki SIWZ.

9. Zamawiający dopuszcza stosowanie wyrobów lub materiałów równoważnych. W takim przypadku wykonawca powołujący się na rozwiązania równoważne opisywanym przez zamawiającego, zobowiązany jest wykazać, że oferowane przez niego dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania określone przez zamawiającego.

10. W przypadku zastosowania przez wykonawcę elementów równoważnych wykonawca zobowiązany jest to wskazać w przedmiarze i kosztorysie ofertowym, dopisując odpowiednią adnotację przy poszczególnych pozycjach przedmiarowych (lub harmonogramie).

11. Do kosztorysu ofertowego należy również załączyć wykaz oferowanych równoważnych dostaw, usług lub robot budowlanych spełniających wymagania określone przez zamawiającego, wraz z udokumentowaniem ich równoważności.”

W projekcie wykonawczym, będącym załącznikiem do SIWZ, w pkt 4.5, na str. 8 oraz na rysunku nr 2 profil podłużny wału, Zamawiający opisał zastosowanie stalowych ścianek szczelnych w następujący sposób:

„4.5. Stalowa ścianka szczelna z oczepem żelbetowym km 0+457-0+942 - 485 mb

Z uwagi na ograniczoną odległość pomiędzy istniejącą zabudową a krawędzią koryta rzeki, została przyjęta ścianka szczelna z oczepem żelbetowym 40x40cm jako zabezpieczenie brzegu - statyczne i przeciwiwfiltracyjne. Wskaźnik wytrzymałości stalowej ścianki winien wynosić minimum $W_x=1600 \text{ cm}^3/\text{mb}$. Powierzchnia ścianki, obustronnie od czapki oczepu do gruntu zostanie oblicowana kamieniem. Z uwagi na bliskość budynków ścianka zostanie zabudowana metodą statycznego wciskania lub wibromłotem o wysokiej częstotliwości, co nie wywołuje drgań podłoża, oblicowana kamieniem grubości 4-6 cm na warstwie betonu C 30/37 wzmocniona siatką stalową 0 8 mm o oczkach 15x15 cm dylatowaną co 6 m. Dylatacja zostanie zamknięta taśmą TRICOSALMK15 o szerokości 20 mm i wysokości 22 mm przy szerokości szczeliny 13-17 mm, oraz kitem SIKAF LRKS PR03, natomiast dylatacje oczepu i muru taśmą TRICOSAL MK20 o szerokości taśmy 30 mm i wysokości 30 mm oraz kitem TRICOSAL PR03 lub równorzędnymi. System zamknięcia dylatacji obejmuje cały odcinek od km 0+046 do 0+942”.

Zamawiający opisał ściankę szczelną przez podanie nazwy własnej GU 16-400 (na rys. nr 2 projektu wykonawczego „profil podłużny wału”), zaś jedynym parametrem istotnym podanym w opisie do projektu wykonawczego jest współczynnik W_x , tj. wskaźnik wytrzymałości stalowej ścianki, który winien wynosić minimum $W_x=1600 \text{ cm}^3/\text{mb}$, co zgodnie z przywołanym wyżej ppk 2 i 3 w pkt 4 Opis przedmiotu zamówienia SIWZ, oznacza dopuszczenie możliwości zastosowania rozwiązania równoważnego, tzn. o właściwościach funkcjonalnych i jakościowych takich samych lub zbliżonych do przedmiotu zamówienia. Innych parametrów ścianki szczelnej Zamawiający w opisie do projektu wykonawczego nie podał.

Odwołujący zastosował ściankę szczelną GU 16N, której wskaźnik wytrzymałości wynosi 1670 cm³/mb. Zgodnie z wymaganiami SIWZ, zazaczył w kosztorysie ofertowym zastosowanie rozwiązania równoważnego oraz dokonał jego opisu. Zaproponowana ścianka szczelna spełnia wymagany wskaźnik wytrzymałości, a nawet jest od niego lepszy.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający nie uzasadnił w prawidłowy sposób odrzucenia oferty z powodu braku równoważności. Zamawiający w uzasadnieniu nie podał, których to parametrów równoważności nie spełnia zaoferowana przez Odwołującego grodzica.

W ocenie Odwołującego, treść jego oferty odpowiada treści SIWZ. 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 [tak wyrok KIO z dnia 24 kwietnia 2014 r., sygn. akt: KIO 754/14].

Odwołujący podniósł także, że odrzucenie jego oferty nie zostało poprzedzone wezwaniem do wyjaśnienia treści oferty, w szczególności w zakresie - czy kosztorys jest zgodny z SIWZ lub czy uwzględnił odpowiedzi na zapytania dotyczące treści SIWZ - co narusza art. 87 ust. 1 Pzp. Zamawiający nie może pozostawić żadnych elementów treści oferty niewyjaśnionych. Jest on zatem zobowiązany, a nie tylko uprawniony, do żądania wyjaśnień.

Odwołujący wskazał w konsekwencji na naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp, poprzez przedwczesne, nieuprawnione unieważnienie postępowania mimo, iż w postępowaniu została złożona oferta nie podlegająca odrzuceniu, tj. oferta Odwołującego.

Wykonawca W.F. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Hydrotechniczno-Melioracyjnych W.F. z siedzibą w Ozimku pismem z dnia 2 czerwca 2016 r. zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Przystępujący wskazał, że Zamawiający jednoznacznie żądał przedstawienia kosztorysu z podziałem na trzy etapy realizacji zamówienia, co wynika z odpowiedzi na pytanie nr 2 i 3 - zestaw 3. Zdaniem Przystępującego, Zamawiający jednoznacznie wymagał stworzenia dodatkowych pozycji kosztorysowych w zakresie nadzorów branżowych i wprowadzenia ich do kosztorysu w odpowiednich etapach, co miało istotne znaczenie z punktu widzenia kosztorysowego sposobu rozliczania robót (odpowiedź na pyt. 7 – zestaw nr 4). Przystępujący podniósł także, że grodzice GU16N nie są równoważne w stosunku do projektowanych G62 (aktualnie GU16-400). W ocenie wykonawcy, dla oceny równoważności mają znaczenie wszystkie istotne parametry grodzicy takie jak grubość blachy, wymiary geometryczne w przekroju poprzecznym, a nie tylko jeden – wskaźnik wytrzymałości. Przystępujący podniósł ponadto dodatkowy zarzut w zakresie niezgodności treści oferty Odwołującego z SIWZ, tj. w zakresie zaoferowanych grodzic PAL

30-40.

Zamawiający pismem z dnia 13 czerwca 2016 r. złożył odpowiedź na odwołanie. Wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający przytoczył postanowienia SIWZ w pkt 24 Opis sposobu obliczenia ceny w pkt 1, 12, 13 16 oraz odpowiedź na pytanie 2 i 3 zestawu nr 3, z których wynika, że Zamawiający wymagał sporządzenia kosztorysu ofertowego w porządku zgodnym z załączonym przedmiarem robót oraz z podziałem na poszczególne etapy zamówienia, co nie pozostaje ze sobą w sprzeczności, co sugeruje Odwołujący. Brak sporządzenia kosztorysu z podziałem na etapy stanowi, w ocenie Zamawiającego, niezgodność z SIWZ zarówno formalną, jak i merytoryczną. Z treści oferty nie wynika bowiem, jakie pozycje kosztorysowe zostały przypisane do poszczególnych etapów i w ich zakresie wycenione. Ostatecznie Zamawiający nie ma możliwości ustalenia zakresu świadczenia w części zagwarantowanej (etap I) i opcjonalnej (etap II i III). Zamawiający wyjaśnił, że nie mógł dokonać poprawienia treści oferty w powyższym zakresie, gdyż stanowiłoby to nadmierną ingerencję w treść oferty wykonawcy, który nie zawarł w ofercie informacji niezbędnych do dokonania poprawy bez udziału wykonawcy.

W odniesieniu do braku ujęcia w ofercie dodatkowych nadzorów, wbrew odpowiedzi Zamawiającego na pytanie 7 zestawu nr 4, Zamawiający podniósł, że Odwołujący nie uwzględnił w ofercie w osobnych pozycjach kosztów nadzoru ornitologicznego, teletechnicznego, telekomunikacji TP, drogowego, konserwatorskiego, PWiK Brzeg, a tym samym nie ujął tych kosztów w cenie oferty, co jest niezgodne z wymaganiami SIWZ i sposobem obliczenia ceny oferty. Cena oferty nie uwzględnia całego zakresu przedmiotu zamówienia. Z treści oferty nie wynika, że koszty te zostały ujęte w kosztach pośrednich, co twierdzi Odwołujący w odwołaniu. Zdaniem Zamawiającego, przedmiotowa niezgodność treści oferty z SIWZ i błąd w obliczeniu ceny ma charakter nieusuwalny i nie podlega poprawie w trybie art. 87 ust. 2 Pzp.

W zakresie zarzutu dotyczącego braku równoważności zaoferowanych grodziec GU 16N niespełniających wymagań SIWZ, Zamawiający wyjaśnił, że jest to propozycja rozwiązania wariantowego, którego zastosowanie wymagałoby zgody projektanta, gdyż parametry techniczne ww. grodziec uniemożliwiają wykonanie muru oporowego według projektu zawartego w dokumentacji przetargowej. Tym samym grodziec te mogą być uznane za równoważne do grodziec projektowanych G62 (obecny odpowiednik - GU 16-400). Zamawiający przytoczył m.in. postanowienia zawarte w uwagach do pkt 4 Opis przedmiotu zamówienia, dotyczące dopuszczalności zastosowania rozwiązań równoważnych oraz postanowienia pkt 4.5 projektu wykonawczego dotyczące zastosowania ścianek szczelnych, gdzie podano wymagania dotyczące wymiarów ścianki z oczepem żelbetowym oraz sposobu

zabudowania ww. ścianek. Istotne parametry ścianki szczelnej zostały również precyzyjnie określone w części graficznej projektu wykonawczego na rysunkach nr 17 „Ścianka szczelna z oczepem km 0+942” i nr 19 „Stalowa ścianka szczelna z oczepem km 0+481”, którą to część projektu wykonawczego Odwołujący całkowicie pominął. Z dokumentacji projektowej jednoznacznie wynika, że parametry techniczne ścianki szczelnej, takie jak wysokość (h), są ściśle związane z parametrami projektowanej budowli, tj. muru oporowego żelbetowego, jak i jego pozostałych elementów konstrukcyjnych (siatka zbrojeniowa, dwustronna warstwa betonu, okładzina kamienna płaszczyzn pionowych wraz z nakryciem od góry czapką kamienną). Wymiary te zostały ściśle określone w projekcie i nie mogą być dowolne. Zastosowanie zaoferowanej przez Odwołującego grodzicy wymaga zmiany projektu i poniesienia dodatkowych kosztów realizacji wynikających ze zmiany projektu.

Zdaniem Zamawiającego, decyzja o odrzuceniu oferty Odwołującego została dostatecznie uzasadniona, biorąc pod uwagę fakt, że proste porównanie parametrów technicznych zaoferowanej grodzicy z grodzicą wskazaną w projekcie wykonawczym, pozwala na ustalenie jednoznacznej niezgodności treści oferty z treścią SIWZ. W ocenie Zamawiającego, nie wystąpiły w powyższym zakresie okoliczności uzasadniające wezwanie wykonawcy do wyjaśnienia treści oferty w trybie art. 87 ust. 1 Pzp. W szczególności nie wystąpiły wątpliwości, które wymagałyby wyjaśnienia.

Reasumując powyższe, Zamawiający wskazał, że nie doszło także do naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 1, poprzez unieważnienie postępowania, ani art. 91 i art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone na rozprawie przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania, zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Odwołujący wykazał, że ma interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w przypadku potwierdzenia się naruszenia przez Zamawiającego wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164), zwanej dalej „Pzp”.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia zgłoszonego przez wykonawcę W.F. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Hydrotechniczno-Melioracyjnych W.F. do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Wykonawca wykazał interes w rozumieniu art. 185 ust. 2 i 3 Pzp, tj. interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść Zamawiającego, a tym samym interes w utrzymaniu w mocy decyzji podjętych przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu.

Izba rozpoznała odwołanie w zakresie zarzutów zawartych w odwołaniu, tj. zgodnie z art. 192 ust. 7 Pzp.

W przedmiotowym postępowaniu wpłynęło do Zamawiającego 10 ofert. Zamawiający odrzucił wszystkie oferty, w tym ofertę Odwołującego – Skanska S.A.

Treść postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz wyjaśnień SIWZ dokonanych przez Zamawiającego w trybie art. 38 Pzp nie była sporna pomiędzy stronami. Obie strony powoływały się na treść tych samych postanowień SIWZ - sporna pozostawała ich interpretacja przedstawiona przez Odwołującego w odwołaniu oraz przez Zamawiającego – w odpowiedzi na odwołanie. Wobec powyższego, Izba nie przytaczała ponownie treści tych postanowień w niniejszym uzasadnieniu wyroku.

Izba ustaliła w oparciu o treść SIWZ, że Zamawiający przewidział kosztorysowy sposób wynagrodzenia wykonawcy za realizację zamówienia. W związku z powyższym wymagane było złożenie w ofercie szczegółowego kosztorysu ofertowego, ze wskazaniem m.in. cen jednostkowych materiałów i robót, które miały następnie, na etapie realizacji zamówienia, posłużyć do rozliczenia wykonanych prac w oparciu o obmiary powykonawcze. Zamawiający wymagał, aby wykonawca sporządził i przedstawił w ofercie kosztorys ofertowy w porządku zgodnym z załączonym do SIWZ przedmiarem robót (pkt 16).

Zgodnie z pkt 24 SIWZ „Opis sposobu obliczenia ceny”, cena oferty powinna być obliczona na podstawie kosztorysu ofertowego, jako suma części gwarantowanej zamówienia oraz części objętych opcją, z doliczonym oddzielnie do każdej części aktualnie obowiązującym podatkiem od towarów i usług VAT (pkt 1).

W ramach wyjaśnień treści SIWZ Zamawiający w odpowiedzi na pytanie nr 3 w zestawie 3 określił pozycje przedmiaru robót odpowiadające poszczególnym trzem etapom zamówienia. Pozycje przedmiaru robót nr 312-315 dotyczące nadzoru autorskiego, geotechnicznego, archeologicznego, badań archeologicznych nie zostały przez Zamawiającego ujęte w przedstawionym wykonawcom podziale robót na etapy. Zamawiający wymagał ujęcia w kosztach oferty także kosztów nadzorów dodatkowych: nadzoru ornitologicznego, teletechnicznego, telekomunikacji TP, drogowego, konserwatorskiego, PWiK Brzeg. Koszt tych nadzorów należało uwzględnić w cenie oferty

„w osobnych pozycjach z uwzględnieniem etapowości postępowania”, co jednoznacznie wynika z treści odpowiedzi Zamawiającego na pytanie nr 7 - zestaw 4. Na wykonawcy spoczywał zatem obowiązek dodania w kosztorysie dodatkowych pozycji obejmujących ww. rodzaje nadzoru z podaniem ich ilości, cen jednostkowych i wartości, co ma istotne znaczenie dla możliwości prawidłowego rozliczenia kosztów tych nadzorów na etapie realizacji zamówienia. Koszty te powinny być przyporządkowane odpowiednio do właściwych etapów realizacji zamówienia.

W pkt 24.5 SIWZ Opisu sposobu obliczenia ceny wskazano, że należy obliczyć cenę oferty w oparciu o dokumentację projektową na podstawie przedmiaru robót, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót oraz umowy, stanowiących załączniki do SIWZ. Zgodnie z ppkt 8, zakres robót, objęty podstawą określenia ceny oferty, musiał być zgodny z zakresem robót ujętym w przedmiarze robót. Cena oferty musiała zatem zawierać wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia wynikające z przedmiaru robót, jak również koszty związane z realizacją obowiązków wykonawcy określonych we wzorze umowy i specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót - nie ujęte w przedmiarze.

Brak podziału kosztorysu ofertowego na etapy.

Stosownie do wymagań sformułowanych przez Zamawiającego, Odwołujący w swojej ofercie, w formularzu ofertowym, wycenił i wskazał wartości poszczególnych trzech etapów realizacji zamówienia. Odwołujący wycenił odpowiednio: Etap I wał ziemny - na kwotę 3.018.154,70 zł w tym VAT 564.370,39 zł, Etap II Ściany oporowe i mury oporowe - na kwotę 4.260.861,20 zł w tym VAT 796.746,40 zł oraz Etap III Okładziny kamienne ścian i murów - na kwotę 718.179,95 zł w tym VAT 134.293,81 zł. Odwołujący wycenił ww. etapy jako sumę pozycji przedmiarowych jednoznacznie przypisanych przez Zamawiającego poszczególnym etapom w wyjaśnieniach treści SIWZ, tj. w odpowiedzi na pytanie nr 3 – zestaw 3. Odwołujący sporządził także kosztorys ofertowy w porządku zgodnym z przekazaniem przez Zamawiającego w dokumentacji przetargowej przedmiarem robót, lecz bez podziału na poszczególne etapy. Odwołujący nie dołączył także osobnego zestawienia kosztów poszczególnych etapów.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba stwierdziła, że Odwołujący przedstawił ofertę, której treść nie odpowiada wymaganiom opisanym przez Zamawiającego w SIWZ, jednak pomimo braku przedstawienia podziału kosztorysu ofertowego na etapy, przedstawił w ofercie w tym zakresie wszystkie informacje wymagane przez Zamawiającego. Jest to zatem jedynie brak formalny, który nie wpływa na treść merytoryczną oferty, jej wartość lub na ocenę oferty, zgodnie z kryteriami określonymi w postępowaniu. Zamawiający jednoznacznie określił w ramach wyjaśnień treści SIWZ pozycje przedmiarowe przypisane odpowiednio do poszczególnych etapów, a tym samym posiada pełną możliwość zweryfikowania

okoliczności, czy sumy odpowiednich pozycji kosztorysowych dają cenę podaną w ofercie Odwołującego za realizację odpowiedniego etapu oraz w konsekwencji za całość zamówienia. Brak podziału kosztorysu ofertowego na etapy powoduje wyłącznie formalną niezgodność treści oferty z SIWZ, co nie może stanowić podstawy do odrzucenia oferty Odwołującego w oparciu o przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Podkreślić należy, że treść oferty nie odpowiada treści SIWZ w rozumieniu ww. przepisu – wówczas, gdy nie odpowiada wymogom merytorycznym określonym w SIWZ, co potwierdza jednolite orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej. Podkreślić należy również fakt, że Zamawiający nie wskazał w SIWZ, w jaki sposób należy zaprezentować w ofercie dane dotyczące podziału kosztorysu na etapy. Oznacza to, że wykonawcy mogli zaprezentować te dane w wybrany przez siebie sposób. Jakikolwiek zatem sposób prezentacji tych danych był dopuszczalny. Przy prawidłowo sporządzonym kosztorysie ofertowym załączenie dodatkowej informacji obejmującej te same dane, tylko w innym układzie nie ma istotnego znaczenia dla treści oferty.

Izba nie stwierdziła w powyższym zakresie podstawy do odrzucenia oferty Odwołującego w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, tj. jako niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Podniesiony w tym zakresie w odwołaniu zarzut Izba uznała za zasadny.

Brak ujęcia w kosztorysie ofertowym dodatkowych nadzorów.

Fakt, że zgodnie z pkt 4 SIWZ Opisu przedmiotu zamówienia, zapewnienie nadzoru: ornitologicznego, archeologicznego, teletechnicznego telekomunikacji TP, drogowego, konserwatorskiego (wycinka drzew w parku), PWiK Brzeg wchodziło w zakres przedmiotu zamówienia, nie stanowił kwestii spornej. W pkt 24.5 SIWZ Opisu sposobu obliczenia ceny Zamawiający wskazał, że należy obliczyć cenę oferty w oparciu o dokumentację projektową na podstawie przedmiaru robót, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót oraz umowy, stanowiących załączniki do SIWZ. Zgodnie z pkt 24.8, zakres robót, objęty podstawą określenia ceny oferty, musiał być zgodny z zakresem robót ujętym w przedmiarze robót. Cena oferty musiała zatem zawierać wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia wynikające z przedmiaru robót, jak również koszty związane z realizacją obowiązków wykonawcy określonych we wzorze umowy i specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót nie ujęte w przedmiarze.

Zamawiający uwzględnił w przedmiarze pozycje dotyczące nadzoru autorskiego, geotechnicznego, archeologicznego, badań archeologicznych. Zapewnienie nadzoru ornitologicznego, teletechnicznego, telekomunikacji TP, drogowego, konserwatorskiego, PWiK Brzeg należało również do obowiązków wykonawcy. Zgodnie z wyjaśnieniami Zamawiającego, koszt tych nadzorów należało uwzględnić w cenie oferty „w osobnych

pozycjach z uwzględnieniem etapowości postępowania”, co jednoznacznie wynika z treści odpowiedzi Zamawiającego na pytanie 7 w zestawie 4. W związku z powyższym, to na wykonawcy spoczywał obowiązek dodania w kosztorysie dodatkowych pozycji obejmujących ww. rodzaje nadzoru, z podaniem ich ilości przedmiarowych, jednostek miary, cen jednostkowych i wartości. Powyższe dane mają istotne znaczenie dla możliwości prawidłowego rozliczenia kosztów tych nadzorów na etapie realizacji zamówienia. Brak w ofercie ww. danych powoduje niemożliwość prawidłowego rozliczenia kosztów wykonanych nadzorów.

Odwołujący wyjaśnił, że koszty nadzorów wskazanych w przedmiarze, a nie przyporządkowanych przez Zamawiającego do poszczególnych etapów (pozycje przedmiaru robót 312-315) oraz koszty nadzorów dodatkowych, które nie zostały wymienione w przedmiarze, ujął w kosztach pośrednich oferty.

Wobec zawartych w SIWZ reguł dotyczących sposobu obliczenia ceny oferty, sposób ujęcia kosztów nadzorów dodatkowych w kosztach pośrednich oferty stanowi błąd w obliczeniu ceny, który zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp stanowi podstawę do odrzucenia oferty. Cena oferty Odwołującego została skalkulowana w sposób, który nie uwzględnia wszystkich cech przedmiotu zamówienia opisanych przez Zamawiającego w SIWZ oraz nie została wyliczona zgodnie z wymaganiami Zamawiającego zawartymi w SIWZ. Zamawiający jednoznacznie wymagał wskazania kosztów nadzorów dodatkowych w osobnych pozycjach w przedmiarze (kosztorysie ofertowym). Wobec kosztorysowego sposobu rozliczenia wykonania robót brak wyszczególnienia cen jednostkowych tych prac powoduje brak możliwości prawidłowego rozliczenia kosztów ich wykonania.

Wyjaśnienia Zamawiającego w odpowiedzi na pytanie nr 7 w zestawie 4, w kontekście odpowiedzi na pytanie 3 w zestawie 3, dotyczące dodatkowych nadzorów, pozostawiła wykonawcy sposób ujęcia ich kosztów w przedmiarze, z podziałem na etapy. Nie oznacza to jednak, że wykonawca mógł w ogóle pominąć tak jednoznaczne wymaganie i nie wyszczególnić tych kosztów w ofercie. Fakt, że jeszcze kilku wykonawców nie ujęło dodatkowych nadzorów w przedmiarze, zdaniem Izby, nie dowodzi, że działanie wykonawców w tym zakresie było prawidłowe. W ocenie Izby, w tym przypadku sposób prezentacji danych co do kosztów nadzorów dodatkowych ma bezpośredni znaczenie dla merytorycznej treści oferty. Są to dane istotne, których brak nie może być uzupełniony w trybie art. 87 ust. 1 Pzp ani nie może podlegać poprawie jako omyłka, której poprawienie nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty – tj. w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Dane te nie zostały w ogóle podane w ofercie, zatem ich uzupełnienie przez wykonawcę na etapie badania i oceny ofert stanowiłoby niedozwoloną zmianę treści złożonej oferty. Ponadto, należy zważyć, że Odwołujący, choć wyjaśnił w odwołaniu, że omawiane koszty zostały ujęte w kosztach pośrednich, to jednak nie przeprowadził na tę okoliczność żadnego dowodu.

Wobec powyższego należało uznać, że pominięcie kosztów nadzorów w kosztorysie ofertowym Odwołującego stanowi błąd w obliczeniu, gdyż koszty te nie zostały ujęte przez Odwołującego w cenach odpowiednich etapów realizacji zamówienia oraz w konsekwencji - w cenie oferty. Oferta powyższa podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp.

Brak równoważności grodzic GU 16N w zakresie wymaganych w SIWZ parametrów.

Izba rozpoznała w pierwszej kolejności zarzut, czy nie doszło do naruszenia art. 92 ust. 1 w zw. z art. 7 oraz 8 Pzp, poprzez nie podanie przez Zamawiającego w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty Odwołującego szczegółowego uzasadnienia faktycznego wyjaśniającego na czym polega niezgodność zaproponowanego rozwiązania równoważnego w postaci grodzic GU 16N w stosunku do wymaganych parametrów równoważności określonych w SIWZ.

W ocenie Izby, chociaż mamy do czynienia z uzasadnieniem sformułowanym w sposób krótki i skondensowany, to jednak jego treść jest jednoznaczna i zrozumiała, w szczególności pozwala na merytoryczne odniesienie się i zaskarżenie decyzji przez wykonawcę Zamawiający w uzasadnieniu podał, iż zastosowane przez wykonawcę rozwiązanie nie spełnia wymagań SIWZ w zakresie równoważności z uwagi na parametry techniczne grodzicy GU 16N różne od parametrów grodzicy GU 16-400 wymaganej do realizacji zadania. Należy zważyć, że zawiadomienie zostało skierowane do profesjonalisty w danej branży, a zatem do podmiotu, który jest specjalistą w danej dziedzinie. Porównanie parametrów technicznych obu typów grodzic nie powinno stanowić dla Odwołującego żadnych trudności. Izba zważyła również, że zawiadomienia o identycznym charakterze zostały skierowane przez Zamawiającego do pozostałych wykonawców, co świadczy o równym traktowaniu wykonawców przez Zamawiającego. W ocenie Izby, zarzut naruszenia art. 92 ust. 1 w zw. z art. 7 oraz 8 Pzp, jest w danym stanie faktycznym nieuzasadniony.

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego z powodu, zastosowania rozwiązania wariantowego w postaci grodzic GU 16N które nie spełniają wymagań SIWZ w zakresie równoważności do parametrów grodzicy GU 16-400 wymaganej do realizacji przedmiotu zamówienia.

Odwołujący zaoferował grodzice, które nie posiadają wszystkich właściwości funkcjonalnych i jakościowych takich samych lub zbliżonych do tych, które zostały określone w SIWZ, tj. takich które umożliwiłyby prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia, zgodnie z załączoną do SIWZ dokumentacją projektową.

Zgodnie z art. 30 ust. 5 Pzp, wykonawca powołujący się na rozwiązanie równoważne opisanemu przez zamawiającego, zobowiązany jest wykazać, że oferowane przez niego grodzice spełniają wymagania określone przez zamawiającego.

Odwołujący, zgodnie z wymaganiem SIWZ, wskazał w kosztorysie ofertowym, że oferuje grodzice równoważne do opisanych przez Zamawiającego w dokumentacji projektowej. Odwołujący dokonał odpowiedniej adnotacji przy opisie pozycji przedmiarowych oraz załączył do kosztorysu „wykaz oferowanych równoważnych dostaw, usług lub robót budowlanych”, wskazując na równoważność zaofertowanych grodzic GU 16N w zakresie parametru wskaźnik wytrzymałości Wx (str. 104 oferty).

Zarówno w opisie zawartym w projekcie wykonawczym, jak i w dokumentacji graficznej Zamawiający opisał zastosowanie i sposób zabudowy stalowych ścianek szczelnych. Wskaźnik wytrzymałości stalowej ścianki szczelnej został wskazany w tej dokumentacji jedynie jako jeden z wymaganych parametrów. Zamawiający opisał sposób zabudowania ścianki w ramach muru oporowego, podając szczegółowe parametry techniczne ścianki szczelnej (wymiary, wysokość), które muszą być dotrzymane, aby wykonać mur oporowy według projektu załączonego do SIWZ. Zamawiający podał w dokumentacji nazwę własną grodzicy, która posiada parametry pozwalające na wykonanie muru oporowego, zgodnie z projektem. Zastosowanie grodzicy GU 16N nie pozwala natomiast na wykonanie ww. muru zgodnie z tym projektem, ze względu na parametry techniczne różne od wskazanych w SIWZ za pomocą nazwy własnej konkretnej grodzicy.

Z pewnością współczynnik wytrzymałości grodzicy Wx jest parametrem istotnym z punktu widzenia funkcjonalności grodzicy. Zamawiający nie kwestionował faktu, że parametr ten został spełniony przez oferowane przez Odwołującego grodzice GU 16N. Jednak zaofertowane grodzice nie posiadają innych parametrów, w szczególności wymiarów, które są konieczne dla wykonania muru oporowego, zgodnie z projektem zawartym w dokumentacji przetargowej.

Jak wynika z raportu, złożonego na rozprawie przez Odwołującego, pt. „Ocena rozwiązania posadowienia przeciwpowodziowego muru żelbetowego na stalowej ściance szczelnej GU 16N w km od 0+457-0+942. Numeryczna analiza 2D deformacji stalowej ścianki szczelnej oraz muru żelbetowego w wybranym przekroju wału dla dwóch wariantów projektowych konstrukcji ścianki” - raport serii U nr 106/2016 – autorzy: A.B. D.Ł., M.P., W.R., M.S., D.S. (Politechnika Wroclawska), zaofertowane przez Odwołującego w przedmiotowym postępowaniu rozwiązanie w zakresie grodzic GU 16N niesie ze sobą konieczność dokonania zmian w projekcie zawartym w dokumentacji przetargowej. Jak wynika już z samego tytułu ww. raportu, co potwierdza także jednoznacznie treść ww. raportu, dotyczy on porównania „dwóch wariantów projektowych konstrukcji ścianki”. Tymczasem Zamawiający nie dopuścił w przedmiotowym postępowaniu rozwiązań wariantowych w zakresie sposobu wykonania przedmiotu zamówienia, nie dopuścił też możliwości zaofertowania rozwiązań, które będą wymagały istotnych zmian w projekcie budowli oraz

w sposobie jego wykonania. W tym zakresie złożone przez Odwołującego wyjaśnienia potwierdzają, że zaoferowane przez wykonawcę grodzice nie pozwalają na wykonanie przedmiotu zamówienia w sposób zgodny z projektem, a tym samym z wymaganiami Zamawiającego. Nie są to zatem elementy, które można uznać za równoważne do opisanych przez Zamawiającego. W powyższym zakresie treść oferty Odwołującego nie odpowiada treści SIWZ. Wymogi Zamawiającego odnoszące się do przedmiotu zamówienia zostały opisane w sposób jednoznaczny, za pomocą opisu, rysunków w dokumentacji projektowej, które mają istotne znaczenie dla treści oferty rozumianej, jako zakres przyszłego świadczenia.

Odrzucenie oferty Odwołującego nie zostało poprzedzone wezwaniem do wyjaśnienia treści oferty. Odwołujący, zarzucając naruszenie art. 87 ust. 1 Pzp, podnosił brak wezwania do wyjaśnienia w szczególności w zakresie „czy kosztorys jest zgodny z SIWZ lub czy uwzględni odpowiedzi na zapytania dotyczące treści SIWZ”.

Izba podziela stanowisko Odwołującego, iż Zamawiający jest zobligowany do prowadzenia postępowania z należytą starannością i dlatego nie może pozostawić żadnych elementów treści oferty niewyjaśnionych. Należy jednak zważyć, że wezwanie do wyjaśnienia jest uzasadnione w przypadku powstania wątpliwości, które wymagają wyjaśnienia. W niniejszej sprawie mamy do czynienia z jednoznaczną niezgodnością treści oferty z treścią SIWZ, która nie wymaga wyjaśnienia. Wyjaśnienie treści oferty Odwołującego, aby doprowadziło do zgodności treści oferty z treścią SIWZ, musiałoby w tym przypadku prowadzić do istotnej zmiany treści oferty. Izba uznała, że nie wystąpiły w powyższym zakresie okoliczności uzasadniające wezwanie wykonawcy do wyjaśnienia treści oferty w trybie art. 87 ust. 1 Pzp.

Reasumując powyższe, należy stwierdzić, że decyzja podjęta przez Zamawiającego o unieważnieniu postępowania w świetle postawionych w odwołaniu zarzutów nie narusza art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp, gdyż oferta Odwołującego podlega odrzuceniu, pomimo, że jeden z zarzutów zawartych w odwołaniu został uznany za zasadny. Zasadność tego zarzutu nie wpływa jednak na ocenę oferty Odwołującego, jako podlegającą odrzuceniu z innych przyczyn. Z tego względu w świetle art. 192 ust. 2 Pzp odwołanie nie podlegało uwzględnieniu.

W konsekwencji Izba nie stwierdziła naruszenia art. 91 Pzp oraz art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w związku z brakiem wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak na wstępie, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

.....