

WYROK

z dnia 27 kwietnia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Aneta Górniak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **27 kwietnia 2016 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **18 kwietnia 2016 r.** przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie **Konsorcjum Firm: 1) LIBUD ASFALTY Sp. z o.o. (Lider); 2) A.L., J.L. prowadzący działalność pod firmą P.P.H.U. „LIBUD” S.C. L.A., L.J. (Partner), z adresem dla siedziby lidera konsorcjum: ul. Daleka 12B/8, 41-200 Sosnowiec** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Miasto Mysłowice, ul. Powstańców 1, 41-400 Mysłowice**

przy udziale wykonawcy **EUROVIA POLSKA S.A., Bielany Wrocławskie, ul. Szwedzka 5, 55-040 Kobierzyce, adres do korespondencji: EUROVIA POLSKA S.A., Oddział Mysłowice, ul. Sosnowiecka 11, 41-400 Mysłowice** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża Konsorcjum Firm: 1) LIBUD ASFALTY Sp. z o.o. (Lider); 2) A.L., J.L. prowadzący działalność pod firmą P.P.H.U. „LIBUD” S.C. L.A., L.J. (Partner), z adresem dla siedziby lidera konsorcjum: ul. Daleka 12B/8, 41-200 Sosnowiec i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Konsorcjum Firm: 1) LIBUD ASFALTY Sp. z o.o. (Lider); 2) A.L., J.L. prowadzący działalność pod firmą P.P.H.U. „LIBUD” S.C. L.A., L.J. (Partner), z adresem dla siedziby lidera konsorcjum: ul. Daleka 12B/8, 41-200 Sosnowiec** tytułem wpisu od odwołania.
- 2.2. zasądza od wykonawcy **Konsorcjum Firm: 1) LIBUD ASFALTY Sp. z o.o. (Lider); 2) A.L., J.L. prowadzący działalność pod firmą P.P.H.U. „LIBUD” S.C. L.A., L.J. (Partner), z adresem dla siedziby lidera konsorcjum: ul. Daleka 12B/8, 41-200 Sosnowiec** na rzecz **Gminy Miasto Mysłowice, ul. Powstańców 1, 41-400 Mysłowice** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 22 grudnia 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 Katowicach**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na: „Przebudowa ul. M. Konopnickiej w Mysłowicach - PT + Wykonawstwo” (ZP.271.1.1.2016.JS), zostało wszczęte ogłoszeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych Nr 12501 - 2016, data zamieszczenia 05.02.2016 r., przez Gminę Miasto Mysłowice, ul. Powstańców 1, 41-400 Mysłowice zwaną dalej: „Zamawiającym”.

W dniu 12.04.2016 r. (e-mailem) Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej EUROVIA POLSKA S.A., ul. Szwedzka 5, 55-040 Kobierzyce, adres do korespondencji: EUROVIA POLSKA S.A., Oddział Mysłowice, ul. Sosnowiecka 11, 41-400 Mysłowice zwane dalej: „EUROVIA POLSKA S.A.” albo „Przystępującym”. Oferta złożona przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Konsorcjum Firm: 1) LIBUD ASFALTY Sp. z o.o. (Lider); 2) A.L., J.L. prowadzący działalność pod firmą P.P.H.U. „LIBUD” S.C. L.A., L.J. (Partner), z adresem dla siedziby lidera konsorcjum: ul. Daleka 12B/8, 41-200 Sosnowiec zwane dalej: „Konsorcjum LIBUD” albo „Odwołującym” została odrzucona na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 22 grudnia 2015 r. poz. 2164) zwanej dalej: „Pzp”.

W dniu 18.04.2016 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Konsorcjum LIBUD wniosło odwołanie na w/w czynność z 12.04.2016 r. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 18.04.2016 r. (wpływ bezpośredni do Kancelarii Zamawiającego). Zarzucił, że Zamawiający w ww. postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego dokonał niezgodnej z przepisami ustawy czynności, polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, podczas, gdy nie było podstaw do stwierdzenia niezgodności oferty nr 6 z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w wyniku czego zamawiający uchybił przepisowi:

a) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez jego bezpodstawne zastosowanie,
b) art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez niewłaściwe uzasadnienie faktyczne i prawne czynności odrzucenia oferty. W związku z powyższym wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy EUROVIA Polska S.A. jako najkorzystniejszej w wyniku ponownego badania i oceny ofert - z dnia 12 kwietnia 2016 r.,
- 2) unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego,
- 3) powtórzenia czynności badania i oceny ofert. Jednocześnie wnosił o obciążenie

Zamawiającego kosztami postępowania, zgodnie z wykazem kosztów przedstawionych podczas rozprawy.

W dniu 21.03.2016 r. Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty dla zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą: „Przebudowa ul. M. Konopnickiej w Mysłowicach - PT + Wykonawstwo” (ZP.271.1.1.2016.JS). Największą ilość punktów zgodnie z postanowieniami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SIWZ” otrzymała oferta nr 6 Odwołującego - Konsorcjum LIBUD. Pismem z 25.03.2016 r. Zamawiający poinformował wykonawców o unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w wyniku informacji od jednego z wykonawców, EUROVIA POLSKA S.A. - w oparciu o art. 181 ust. 1 i 2 Pzp. Jednocześnie zamawiający przystąpił do powtórzenia czynności badania i oceny ofert. W dniu 12.04.2016 r. odwołujący otrzymał od zamawiającego zawiadomienie z 12.04.2016 r. o wyborze najkorzystniejszej oferty - nr 3 EUROVIA POLSKA S.A. - oraz o odrzuceniu m.in. oferty nr 6 Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Zamawiający uzasadnił odrzucenie oferty Odwołującego niezgodnością jej treści z treścią SIWZ. Zamawiający wskazał, że *„wartość opracowanej dokumentacji projektowej przekracza 3% wartości wykonanych robót budowlanych zgodnie z załącznikiem nr 5 do siwz (tabela wskaźników do wyceny oferty”* (str. 1, pkt 2.5 pisma Zamawiającego z 12.04.2016 r.).

Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty odwołującego powołał się na załącznik nr 5 do SIWZ, dodając w nawiasie, że jest to tabela wskaźników do wyceny oferty. Tymczasem zgodnie z treścią SIWZ załącznik nr 5 to Wykaz robót budowlanych (wzór tego załącznika został umieszczony przez zamawiającego na str. 19 SIWZ). Jest to załącznik służący do wykazania przez wykonawcę spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, o których mowa w punkcie 5.2 SIWZ. Dotyczy robót budowlanych, wykonanych przez wykonawcę w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert. Po pierwsze, nie jest to tabela wskaźników do wyceny ofert. Po drugie, zamawiający nie przewidział w SIWZ wymogu, z którego wynikałoby, że wartość opracowanej dokumentacji projektowej w ofercie nie może przekraczać 3% wartości wykonanych przez wykonawcę w przeszłości robót budowlanych. Taki warunek byłby poza tym nielogiczny, zbędny, a tym samym nieuzasadniony. Zgodnie z punktem 14.2 tiret trzeci SIWZ: *„Wykonawca, którego ofertę wybrano jest zobowiązany najpóźniej do dnia zawarcia umowy, przedłożyć Zamawiającemu: (...) tabela wskaźników do wyceny oferty, sporządzona przez wykonawcę przed zawarciem umowy”*. Postanowienie to umieszczone zostało w części SIWZ, dotyczącej informacji o formalnościach, jakie powinny zostać dopełnione po wyborze oferty w celu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, a więc na późniejszym etapie. Tego zapisu nie można traktować jako wymagania dotyczącego treści oferty i dającego podstawę do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt Pzp.

Odnosnie tabeli wskaźników wyceny. Z uwagi na niejasne uzasadnienie zaskarżonej czynności odrzucenia oferty, Odwołującemu pozostaje tylko domyślać się, że być może zamawiającemu chodziło o wskaźnik podany w treści załącznika, umieszczonego na stronie internetowej zamawiającego: www.bip.myslowice.pl w ogłoszeniu o zamówieniu z dnia 3 marca 2016 r. jako osobny plik nazwany „zał. nr 5 - zestawienie kosztów”. Z treści SIWZ nie wynika, żeby był on załącznikiem do SIWZ. W SIWZ nie ma także żadnego postanowienia, z którego wynikałby obowiązek złożenia tego załącznika wraz z ofertą. (O tym załączniku wspomina jedynie wyżej zacytowany pkt 14.2 SIWZ, dotyczący etapu po wyborze najkorzystniejszej oferty.) Dokładny tytuł ww. załącznika brzmi: „*TABELA WSKAŹNIKÓW DO WYCENY OFERTY DLA ZADANIA: „PRZEBUDOWA UL. KONOPNICKIEJ W MYSŁOWICACH” z dopiskiem: „Uwaga: podane w kol. 4 ilości są szacunkowe (wynikające z programu funkcjonalno - użytkowego), Rzeczywista ilość i wartość będzie określona w opracowanej przez Wykonawcę dokumentacji projektowej.”*”.

Jednakże z treści, umieszczonych w ww. tabeli, nie można wywnioskować wymogu braku przekroczenia przez wartość dokumentacji projektowej 3% wartości wykonanych robót, ponieważ sam zamawiający wprost wskazał w tym dokumencie, że umieszczone tam obliczenia mają charakter szacunkowy. Z treści specyfikacji nie można wywodzić jakichkolwiek warunków z niej nie wynikających. Jak wynika z jednolitej linii orzeczniczej KIO, przepisy wymagają precyzyjnie skonstruowanych zapisów SIWZ, z których jednoznacznie i literalnie wynikać będą określone obowiązki. Co za tym idzie, nie można na etapie wykładni SIWZ tworzyć dodatkowych warunków, które jednoznacznie ze specyfikacji nie wynikają (por. wyrok KIO z 31.03.2010 r., sygn. akt KIO/UZP 289/10: „*Rozszerzająca interpretacja postanowień siwz zmierzająca do wywiedzenia z jej treści wymagań, które nie zostały w niej ustanowione, jest niedopuszczalna*”, wyrok KIO z 22.01.2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 1695/09: „*Podstawą oceny przeprowadzanej w toku postępowania przez zamawiającego są przede wszystkim literalne sformułowania siwz*”, wyrok KIO z 15.01.2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 1690/09: „*W razie wątpliwości należy przyjąć interpretacją możliwie korzystną dla potencjalnych wykonawców - tj. taką, która nie zawęży kręgu wykonawców*”). W wyroku z 18.03.2010 r., sygn. akt KIO/UZP 258/09 przyjęto, że „*Wykonawcy zainteresowani danym zamówieniem opierają się przede wszystkim na literalnej interpretacji postanowień siwz, nie są w żaden sposób zobligowani do domniemywania intencji zamawiającego, które nie zostały wyrażone w treści siwz lub zostały wyrażone w sposób ułomny, pozwalający na rozbieżne interpretacje. Zgodnie z art. 9 ust. 1 ustawy postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzi się w formie pisemnej. Zamawiający jest związany ustaloną przez siebie treścią siwz, co urzeczywistnia zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, gdyż zapobiega możliwości dokonywania przez zamawiającego ocen o charakterze subiektywnym i arbitralnym*”. Analogiczne stanowisko zostało zaprezentowane

np. w wyroku z 02.07.2008 r. (sygn. akt. KIO/UZP 607/08; KIO/UZP 617/08) oraz wyroku z 05.06.2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 502/08).

W myśl art. 36 Pzp Zamawiający ma obowiązek zamieścić w SIWZ wszystkie wymagane elementy. Jeżeli zamawiający przewidywałby wymogi, dotyczące sposobu obliczenia ceny, z uwzględnieniem wspomnianego wskaźnika 3%, to powinny być one umieszczone w SIWZ w punkcie 12 (opis sposobu obliczenia ceny). Tam jednak brak tego rodzaju warunku. Z kolei z treści punktu 14 SIWZ (informacje o formalnościach) nie można wywodzić wymagań co do sposobu obliczania ceny, ponieważ jest to odrębna część SIWZ, regulująca odmienne kwestie. Jeżeli zatem wskaźnik 3% nie został umieszczony w części siwz, dotyczącej sposobu obliczenia ceny, to nie może być uznany za wymóg zamawiającego w tym zakresie (por. wyrok KIO z 04.10.2014 r., sygn. akt KIO 2238/13). To wskazuje na fakt, że zamawiający nie przewidział w ogóle wymagania co do treści oferty, na którego brak/sprzeczność w stosunku do SIWZ powołuje się przy czynności odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Odnosnie wyjaśnień Zamawiającego. Decyzji Zamawiającego przeczą także złożone przez niego wyjaśnienia do treści SIWZ. W wyjaśnieniach z 19.02.2016 r., na str. 4 w odpowiedzi na pytanie nr 4 (Zagadnienia 6) zamawiający wskazał: „*Tabela wskaźników do wyceny oferty nie jest wiążąca, patrz: uwaga zamieszczona pod tytułem tabeli - załącznik nr 5 zestawienia kosztów.* Pomijając zatem fakt, iż Zamawiający w SIWZ nie zamieścił wymogu co do warunków oferty, na który powołuje się odrzucając ofertę Odwołującego, wskazać należy, że jedyny zapis, w którym ten wymóg został wyartykułowany nie był przez zamawiającego traktowany jako wiążący. Jeżeli zaś to stanowisko zostało potwierdzone w odpowiedzi wykonawcy na złożone zapytanie, to musi zostać uznane za wiążące zamawiającego. Tym samym zamawiający nie mógł odrzucić oferty odwołującego również z tego powodu, że wymóg na który się powołuje nie wiązał wykonawców. Z kolei na stronie 6 wyjaśnień na pytanie nr 1 (Zagadnienie 13) w brzmieniu „*Tabela wskaźników do wyceny zakłada koszty opracowania dokumentacji projektowej na poziomie 3% wartości robót budowlanych, prosimy o wykreślenie zapisu lub uzasadnienie narzucenia oferentom w/w wartości*” zamawiający odpowiedział tylko „*Zgodnie z wymogiem zamawiającego*”. Zamawiający nie wyjaśnił, dlaczego wprowadza wskaźnik proporcji wartości poszczególnych elementów zamówienia, kiedy nie jest on wiążący. Wyjaśnienia treści specyfikacji stanowią jej integralną część i na równi z pozostałymi jej postanowieniami wiążą wszystkich wykonawców (por. wyrok KIO z dnia 7 marca 2012 r., KIO 388/12). W uchwale KIO z dnia 21 lutego 2012 r., KIO/KU 20/12, wskazano, że „*specyfikacja istotnych warunków zamówienia od momentu jej udostępnienia jest wiążąca dla zamawiającego - jest on obowiązany do przestrzegania warunków w niej umieszczonych. Jak wskazuje art. 70¹ § 3 Kodeksu cywilnego jest to zobowiązanie, zgodnie z którym organizator od chwili udostępnienia*

warunków, a oferent od chwili złożenia oferty zgodnie z ogłoszeniem aukcji albo przetargu są obowiązani postępować zgodnie z postanowieniami ogłoszenia, a także warunków aukcji albo przetargu. Z uwagi na to, że obok ogłoszenia zamawiający konkretyzuje w specyfikacji warunki przetargu zarówno odnośnie do zamówienia (umowy), jak i prowadzenia postępowania (np. co do kwalifikacji podmiotowej wykonawców), to siwz należy uznać za warunki przetargu w rozumieniu kc. Udostępnienie siwz jest zatem czynnością prawną powodującą powstanie zobowiązania po stronie zamawiającego, który jest związany swoim oświadczeniem woli co do warunków prowadzenia postępowania i kształtu zobowiązania wykonawcy wymienionych w siwz. Zaznaczyć przy tym należy, iż co do zasady, precyzyjne i jasne formułowanie warunków przetargu, a następnie ich literalne i ścisłe egzekwowanie jest jedną z podstawowych gwarancji, czy wręcz warunkiem sine qua non, realizacji zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców"."Wyjaśnienia jakich udzielił Zamawiający winny być brane przez wszystkich wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia pod uwagę przy sporządzaniu oferty. Udzielone wyjaśnienia w trybie art. 38 ustawy wiążą zarówno Zamawiającego jak i wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia i nie mogą stanowić podstawy do ponoszenia negatywnych konsekwencji zarówno przez Zamawiającego jak i przez wykonawcę" (wyrok KIO z 14.03.2011 r., KIO 387/11).

Odnośnie wynagrodzenia ryczałtowego. Ponadto, nie sposób przyjąć za prawidłowe stanowisko Zamawiającego co do sprzeczności treści oferty odwołującego z SIWZ ze wskazanej przez Zamawiającego przyczyny z uwagi na przyjęcie w przedmiotowym postępowaniu ryczałtowego wynagrodzenia wykonawcy. Zgodnie z punktem 12.3 SIWZ - podana w ofercie cena będzie ceną ryczałtową zgodnie z art. 632 kc. Skoro Zamawiający przewidział ryczałt, to nie ma znaczenia kalkulacja ceny i jej poszczególne elementy. Zamawiający odniósł ryczałt do kwoty globalnej, stanowiącej całość wynagrodzenia wykonawcy, w ramach którego wykonana zostanie całość zamówienia. Dlatego dla zamawiającego istotna jest ostateczna cena, podana w ofercie jako suma wartości wszystkich elementów, wchodzących w skład przedmiotu zamówienia. Dla Zamawiającego nie ma znaczenia wartość poszczególnych elementów wyceny oferty i ich wzajemny stosunek. Wobec tego kalkulacja odwołującego nie może stanowić podstawy odrzucenia jego oferty. Przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych nie definiują pojęcia ryczałtu, jednak bogate orzecznictwo sądowe pozwala na zdefiniowanie tego pojęcia. Istotą wynagrodzenia ryczałtowego jest określenie tego wynagrodzenia z góry, bez przeprowadzania szczegółowej analizy kosztów wytwarzania dzieła. Wynagrodzenie to jest niezależne od rzeczywistego rozmiaru lub kosztu prac. Zgodnie z wyrokiem SN z dnia 20 listopada 1998 r. (sygn. akt: II CRN 913/97), ryczałt polega na umówieniu z góry wysokości wynagrodzenia w kwocie absolutnej, przy wyraźnej lub dorozumianej zgodzie stron na to, że

wykonawca nie będzie domagać się wynagrodzenia wyższego. Wynagrodzenie ryczałtowe oznacza wynagrodzenie za całość dzieła w jednej sumie pieniężnej lub wartości globalnej. Rozliczenia stron w przypadku zastosowania ryczałtowego charakteru wynagrodzenia w żaden sposób nie opierają się na cenach jednostkowych oraz faktycznie wykonanych świadczeniach. Zatem jeżeli cena, jaka została zastosowana w postępowaniu jest ceną ryczałtową - to wykonawca, a nie zamawiający ponosi ryzyko co do poprawności kalkulacji ceny adekwatnej do rozmiaru przedmiotu zamówienia. Z charakteru wynagrodzenia ryczałtowego wynika bowiem, że uwzględnia ono wszystkie koszty związane z wykonaniem robót określonych dokumentacją przetargową* oraz specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót. Należy przyjąć, że ryczałt należy się w umówionej wysokości i uprawniony do jego otrzymania w zasadzie nie może żądać jego podwyższenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac. Jeżeli więc strony umówiły się o wynagrodzenie ryczałtowe, to uzgodniony ekwiwalent należy się za cały - zarówno znany, jak i nieznanый dokładnie od początku - przedmiot zamówienia. *„Ustawa P.z.p. w art. 36 ust. 1 pkt 12 nakłada na zamawiającego obowiązek zawarcia w SIWZ opisu sposobu obliczenia ceny. W sytuacji ustalenia przez zamawiającego wynagrodzenia w formie ryczałtu opis ten powinien co do zasady sprowadzać się do określenia, iż wykonawca ma wolny wybór co do sposobu obliczenia ilości robót oraz podstaw i metod dokonywania kalkulacji. Stąd też przyjąć należy, że ustalony przez zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu formularz cenowy może mieć w tych okolicznościach jedynie charakter poglądowy, informacyjny” (...)* *„W związku z powyższym uzasadnione jest twierdzenie, że formularz cenowy nie był dokumentem niezbędnym do przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Nie można zatem podzielić poglądu, że stanowił też źródło ustalenia, czy treść oferty odpowiada treści siwz.”* (wyrok z dnia 25 czerwca 2015 r., KIO 1242/15).

W przypadku wynagrodzenia o charakterze ryczałtowym składniki wynagrodzenia, które zazwyczaj składają się na kosztorys ofertowy, nie mają znaczenia dla postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, gdyż w tym wypadku istotne jest wynagrodzenie za całość robót, których wykonania w całości, zgodnie z dokumentacją projektową, podejmuje się wykonawca. Treść oferty wykonawcy wyczerpuje się bowiem w podanej kwocie globalnej za realizację przedmiotu zamówienia. W przypadku oferty zawierającej cenę ryczałtową brak jest zatem podstaw do odrzucenia oferty z uwagi na niezgodność jej treści z treścią SIWZ, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. W sytuacji ustalenia w SIWZ wynagrodzenia ryczałtowego w rozumieniu art. 632 § 1 kc bez znaczenia dla treści oferty wykonawcy pozostaje sposób obliczenia ceny ofertowej, a co za tym idzie - nie znajduje uzasadnienia przedstawianie przez wykonawców kosztorysów ofertowych, czy innych kalkulacji ceny. Wynagrodzenie ryczałtowe obejmuje bowiem wykonanie przez wykonawcę pełnego zakresu robót określonych w treści

SIWZ niezależnie od tego, czy do oferty został dołączony kosztorys ofertowy, czy też nie. Kwestia kwalifikacji prawnej skutków błędów w kosztorysach ofertowych w przypadkach, gdy cena oferty ma charakter ryczałtowy była rozważana w orzecznictwie KIO. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem KIO, co do zasady, błędy w kosztorysie ofertowym, w przypadku zastrzeżenia przez zamawiającego ceny ryczałtowej, nie mogą stanowić podstawy odrzucenia oferty na zasadzie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Ponadto skoro na etapie przed sporządzeniem dokumentacji projektowej nie można jednoznacznie określić wartości poszczególnych elementów, a ilości i wartości zostaną określone później (zgodnie z uwagą w tabeli „Uwaga: podane w kol. 4 ilości są szacunkowe (wynikające z programu funkcjonalno - użytkowego). Rzeczywista ilość i wartość będzie określona w opracowanej przez Wykonawcę dokumentacji projektowej.”, to istnienie wymogu zachowania proporcji 3% w kalkulacji cenowej oferty jest pozbawiony sensu i niemożliwe do zweryfikowania przez Zamawiającego. Jak wykonawca ma bowiem dostosować się do tego wymogu skoro szczegółowa kalkulacja zostanie opracowana na późniejszym etapie, a co za tym idzie dopiero wtedy możliwe będzie ustalenie czy też dostosowanie się do wymaganej proporcji. Poza tym, zamieszczenie tego wymogu przeczy istocie wynagrodzenia ryczałtowego, gdzie istotna jest cena globalna, za całość zamówienia, nawet jeżeli na to zamówienia składają się dwie odrębne części.

Z uwagi na powyższe okoliczności Zamawiający naruszył przepis art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp. poprzez jego bezpodstawne zastosowanie i odrzucenie oferty odwołującego. Nie można stwierdzić niezgodności treści oferty z wymaganiami SIWZ w zakresie, w jakim SIWZ nie stawia w ogóle danego warunku, wręcz wskazuje na niewiążący charakter zapisu umieszczonego w innym miejscu, dotyczącego innej kwestii i rozpatrywanego na innym etapie niż analiza i ocena ofert, co dodatkowo potwierdza Zamawiający w wyjaśnieniach do SIWZ. W konsekwencji tego naruszenia oferta Odwołującego została bezprawnie wyeliminowana, pomimo, że spełniała warunki SIWZ oraz przedstawiała najkorzystniejszą propozycję wykonania przedmiotu zamówienia.

Odrzucenie oferty na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 może nastąpić tylko wówczas, gdy niezgodność treści oferty z treścią SIWZ jest niewątpliwa (zob. wyrok KIO z 06.02.2009 r., KIO/UZP 97/09; wyrok KIO z 24.02.2009 r., KIO/UZP 158/09; wyrok KIO z 22.10.2008 r., KIO/UZP 1104/08). Z uwagi na powyższe z taką sytuacją niewątpliwie nie mamy do czynienia w niniejszej sprawie.

Zamawiający nie może wywodzić negatywnych dla wykonawcy skutków prawnych w postaci odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2, jeżeli specyfikacja istotnych warunków zamówienia nie zawierała wyraźnych i jednoznacznych wymagań dotyczących treści oferty. (Bazan Aneta, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, komentarz do art. 89, Opublikowano: LEX 2015). Podobnie wskazuje S. Babiaryz: „Należy

mieć na względzie to, że odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 może nastąpić tylko wówczas, gdy niezgodność treści oferty z SIWZ jest niewątpliwa. Mówiąc inaczej, nie można mówić o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, której w rzeczywistości nie ma. Zasadą bowiem powinno być takie interpretowanie i ocenianie ofert wykonawców, aby w ramach przepisów Prawa zamówień publicznych w pierwszej kolejności dążyć do ich utrzymania w postępowaniu, gdyż koresponduje to z naczelnym celem ustawy, jakim jest zapewnienie racjonalnego wydatkowania środków publicznych.” (Babiarz Stefan, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. III, Opublikowano: LexisNexis 2013, komentarz do art. 89 p.z.p.). Zamawiający uchybił także przepisowi art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez niewłaściwe uzasadnienie faktyczne i prawne czynności odrzucenia oferty. Uzasadnienie odrzucenia oferty odwołującego jest niejasne i nie daje się pogodzić z zasadą budowania zaufania wykonawców do zamawiającego. Uzasadnienie faktyczne odrzucenia oferty nie może zostać uznane za wyczerpujące, bowiem ogranicza się jedynie do zakreślenia przez zamawiającego obszaru niezgodności treści oferty odwołującego z treścią SIWZ - odwołanie się do załącznika nr 5, dodatkowo dotyczącego zupełnie innej kwestii niczego właściwie nie wyjaśnia. Zgodnie z wyrokiem KIO z 18.10.2010r., sygn. akt: KIO/UZP 2174/10: *„W ocenie Izby uznanie informacji o odrzuceniu oferty za wystarczającą jest możliwe jedynie wówczas, gdy z informacji tej wykonawca pozyska wiedzę o podstawach eliminacji jego oferty i jej niedopuszczeniu do oceny o takim stopniu szczegółowości, który nie pozostawia wątpliwości co do tego, który fragment oferty (jaka jej treść) z którym postanowieniem (jaką treścią) SIWZ pozostaje niezgodny.”* W związku z zaistniałymi uchybieniami przepisom Pzp, które miały wpływ na wynik postępowania, wnosił o nakazanie Zamawiającemu dokonanie czynności unieważnienia decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty w wyniku ponownego badania i oceny ofert - z 12.04.2016 r., unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz dokonania ponownego badania i oceny złożonych ofert w przedmiotowym postępowaniu.

Zamawiający w dniu 19.04.2016 r. (e-mailem) wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 22.04.2016 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) EUROVIA POLSKA S.A., zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o odrzucenie odwołania, ewentualnie oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

Do otwarcia posiedzenia Zamawiający wobec wniesienia odwołania do Prezesa KIO nie wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedzi na odwołanie.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępującego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił nadto, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp. Odwołujący, który został wykluczony z udziału w postępowaniu, a oferta została odrzucona i nie była przedmiotem badania i oceny ofert, w przypadku potwierdzenia się podnoszonych zarzutów, ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Izba oddaliła wniosek Zamawiającego o odrzucenie Odwołania z uwagi na upływ terminów określonych w Pzp na zaskarżenie postanowień SIWZ – czyli na podstawie art. 189 ust.2 pkt 3 Pzp, gdyż postępowanie odwoławcze ma miejsce w ramach postępowania podprogowego, a zgodnie z art. 180 ust. 2 Pzp Odwołującemu nie przysługiwało odwołanie na postanowienia SIWZ w zakresie objętym rozpatrywanym odwołaniem.

Skład orzekający Izby działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: oryginalnej dokumentacji przekazanej przez Zamawiającego na rozprawie na czas wydania orzeczenia oraz sporządzenia uzasadnienia, w tym w szczególności postanowień SIWZ, a zwłaszcza Programu Funkcjonalno-Użytkowego /PFU/ (Opisu Technicznego) /załącznik nr 17 do SIWZ/, Kosztorysu wskaźnikowego (Tabeli wskaźników do wyceny oferty - załącznik nr 5 do PFU), projektu umowy /załącznik nr 16 do SIWZ/, karty ofertowej /załącznik nr 14 do SIWZ/, odpowiedzi na pytania Nr 4 w ramach zagadnienia 6 oraz odpowiedzi na pytanie 1 w ramach zagadnienia 13 /pismo z 19.02.2016 r./, oferty Odwołującego, jak i informacji z 21.03.2016 r., informacji w trybie art. 181 Pzp z 22.03.2016 r., zawiadomienia z 25.03.2016 r. oraz zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz odrzuceniu oferty Odwołującego z 12.04.2016 r.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także odwołanie, przystąpienie, odpowiedź na odwołanie złożoną na posiedzeniu przez Zamawiającego, stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępującego złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania oraz podtrzymanych na posiedzeniu i rozprawie zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

[Zarzuty Odwołującego zawarte w odwołaniu]

- a) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez jego bezpodstawne zastosowanie i odrzucenie oferty Odwołującego;
- b) art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez niewłaściwe uzasadnienie faktyczne i prawne czynności odrzucenia oferty Odwołującego.

Izba dokonała następujących ustaleń dotyczących przedmiotowego odwołania.

W tym zakresie, Izba przywołuje postanowienia SIWZ, w tym szczególności PFU oraz Kosztorysu wskaźnikowego (Tabeli wskaźników do wyceny oferty - załącznik nr 5 do PFU) /tj. Uwaga, tudzież kwestia nakładów dla opracowania dokumentacji projektowej/. Należy także powołać się na postanowienia SIWZ przywołane w odwołaniu z pkt 14, a w szczególności pkt 14.2. Nadto, wskazane na rozprawie postanowienia SIWZ z pkt 14.3, a także z pkt 12. Nie mniej istotne są postanowienia z pkt 1 karty ofertowej (załącznik nr 14 do SIWZ) oraz projektu umowy (załącznik nr 16 do SIWZ) – tj. § 4. Izba także ma na uwadze odpowiedzi na pytania Nr 4 w ramach zagadnienia 6 oraz odpowiedzi na pytanie 1 w ramach zagadnienia 13 /pismo z 19.02.2016 r./. Zapoznała się również z informacją w trybie art. 181 Pzp z 22.03.2016 r. W pozostałym zakresie, ustalenia Izby zostaną przywołane przy rozpatrywaniu stosownego zarzutu w dalszej części.

Biorąc pod uwagę ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 190 ust. 7 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

Oдноśnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego - art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez jego bezpodstawne zastosowanie i odrzucenie oferty Odwołującego – Izba uznaje generalnie powyższy zarzuty za chybiony i podlegający oddaleniu.

W tym zakresie, Izba wskazuje na następujące okoliczności:

Po pierwsze, w ocenie Izby sporny - Kosztorys wskaźnikowy (Tabeli wskaźników do wyceny oferty - załącznik nr 5 do PFU) – stanowiła załącznik do PFU, który z kolei stanowił załącznik nr 17 do SIWZ. Należy zauważyć, że sporna tabela jest wprost wymieniona jako załącznik do PFU na jego ostatniej stronie (kwestia nieco odmiennej nazwy jest bez znaczenia albowiem można jednoznacznie zidentyfikować o jaki dokument chodzi z uwagi słowo „wskaźnikowy”, jak i poprzez selekcje pozostałych wymienionych tam załączników do PFU).

Po drugie, oдноśnie udzielonych w toku procedury odwiedzi na pytania przez

Zamawiającego, w ocenie Izby, były one wiążące dla wszystkich Wykonawców zainteresowanych udziałem w postępowaniu i złożeniem oferty. Rozstrzygnęły one w sposób definitywny i ostateczny sporną kwestię rozumienia treści - Kosztorysu wskaźnikowego (Tabeli wskaźników do wyceny oferty - załącznik nr 5 do PFU). W tym zakresie, Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego wynikające z odpowiedzi na odwołanie złożonej na posiedzeniu. Odnośnie odpowiedzi na pytanie 4 – zagadnienie 6 /pismo z 19.02.2016 r./ Zamawiający wyjaśnił, że *„Tabela wskaźników do wyceny ofert nie jest wiążąca, patrz: uwaga zamieszczona przed tytułem tabeli”*. Zaś, w uwadze tej czytam, że *„podane w kol. 4 ilości są szacunkowe (wynikające z programu funkcjonalno-użytkowego). Rzeczywista ilość i wartość będzie określona w opracowanej przez wykonawcę dokumentacji projektowej”*. Powyższe zapisy nie dotyczą wartości usługi projektowej z następujących powodów:

1. Pytanie Wykonawcy dotyczyło przedmiarów: *„Wnosimy o potwierdzenie, iż przedmiary wskazane przez Zamawiającego nie są wiążące”*. Jak powszechnie wiadomo, przedmiar jest opracowaniem określającym rodzaj, sposób wykonania i ilość robót konkretnego zadania, stworzonym przed jego realizacją. Procentowy wskaźnik nakładów na opracowanie dokumentacji projektowej w ogóle nie należy do kategorii przedmiarowych.
2. Zamawiający potwierdził, iż *„Tabela wskaźników nie jest wiążąca”*. Wartość nakładów na usługę projektową nie jest wskaźnikiem przedmiarowym.
3. Z treści samej uwagi na którą powołuje się Odwołujący, wynika wprost, że nie dotyczy ona usługi projektowej: *„Rzeczywista ilość i wartość będzie określona w opracowanej przez Wykonawcę dokumentacji projektowej”*. Skoro docelowa wartość określonej części zamówienia ma być określona w dokumentacji projektowej, to z natury rzeczy, nie może ona dotyczyć wartości tej dokumentacji. Stąd właśnie ograniczenie wartościowe dotyczące dokumentacji, bo tylko ta wartość nie jest uzależniona od treści dokumentacji.

Nadto, Izba uznała, że także analiza samego - Kosztorysu wskaźnikowego (Tabeli wskaźników do wyceny oferty - załącznik nr 5 do PFU) potwierdza przywołane stanowisko Zamawiającego. Systematyka powyższego dokumentu potwierdza, że - Uwaga – nie odnosi się do rozdz. I tej tabeli – tzn. postanowienia - Opracowanie dokumentacji projektowej – nakłady do 3 % wartości robót budowlanych – rozdz. II, lecz jedynie kol. 4. W Rozdz. II tej tabeli są zawarte roboty budowlane, zaś w Rozdz. III – inne /zgodnie z uwagą zawartą pod tabelą – elementy wymienione w rozdz. III stanowią informację o obowiązku ujęcia tych kosztów w cenie oferty/.

Z kolei odnośnie odpowiedzi na pytanie 1 – zagadnienie nr 13 /pismo z 19.02.2016 r./ Zamawiający odpowiadając na wniosek o wykreślenie wymogu wartości 3 %, wyraźnie stwierdził, iż w tym zakresie jest to wymóg Zamawiającego. Zamawiający w tym zakresie podtrzymał bowiem - zapisy SIWZ, dając Wykonawcom wyraźną informację o swoich oczekiwaniach dotyczących sposobu wyceny oferty w zakresie nakładów na dokumentację.

Należy uznać, że w przedmiotowym stanie faktycznym, limit 3 % wartości robót budowlanych jest elementem istotnej treści oferty, a sprzeczność w tym zakresie w ofercie Odwołującego, stanowi niezgodność z treścią SIWZ rozumianą jako opis przedmiotu zamówienia sposób wykonania wzajemnych zobowiązań stron za wyrokiem KIO z 02.09.2014 r., sygn. akt: KIO 1716/14 (Izba uznała, że w przedmiotowym stanie faktycznym zaistniała sytuacją odwrotna od wskazanej w przywołanym orzeczeniu). Należy zauważyć, że wartości wynikające z karty ofertowej mają swoje przełożenie w projekcie umowy - § 4. Zamawiający w tym zakresie przewiduje ich analogiczne rozbitcie oraz zapłatę za dokumentację projektową w sposób oddzielny – mimo ryczałtu. W konsekwencji kwestia przedłożenia samej tabeli na etapie przed podpisaniem umowy (pkt 14.2 SIWZ) jest bez znaczenia skoro limit 3 % był wiążący dla wszystkich uczestników postępowania, a zmiana w tym zakresie przed podpisaniem umowy jest niedopuszczalna. Nie ma możliwości sanowania oferty Odwołującego na obecnym etapie postępowania. Nadto, Izba jedynie poglądowo wskazuje, że odnosiła się do przedmiotowego zarzutu, jako podstawy prawnej odrzucenia oferty Odwołującego, przy czym równie dobrze możnaby rozważyć, czy nie zaistniały podstawy do odrzucenia oferty Odwołującego – jako zawierającej błędy w obliczeniu ceny (art. 89 ust.1 pkt 6 Pzp).

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak na wstępie.

Odnosnie zarzutów naruszenia przez Zamawiającego - art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez niewłaściwe uzasadnienie faktyczne i prawne czynności odrzucenia oferty Odwołującego – Izba uznaje generalnie powyższy zarzuty za chybiony i podlegający oddaleniu.

W ocenie izby, informacja Zamawiającego z 12.04.2016 r. była wystarczająca do przygotowania i złożenia odwołania przez Odwołującego, co świadczy o tym, że Odwołujący doskonale odczytał tak okoliczności faktyczne i prawne odrzucenia swojej oferty.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 Pzp w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i pkt 2 lit. a i b oraz § 5 ust. 3 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. Nr 41, poz. 238). Izba uznała wniosek

Zamawiającego o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600,00 zł, tj. maksymalnej kwocie dopuszczonej przez w/w rozporządzenie (§ 3 pkt 2 lit. b w/w rozporządzenia). Izba nie uznała kosztów dojazdu podanego w spisie kosztów, gdyż Odwołujący w żaden sposób nie wskazał, jaki charakter miał przywołany dojazd, jak i nie załączył faktycznego rachunku potwierdzającego koszt dojazdu.

Przewodniczący :

.....