

WYROK
z dnia 17 marca 2017 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Katarzyna Prowadzisz**
Członkowie: **Marzena Teresa Ordysińska**
Andrzej Niwicki

Protokolant: Sylwia Jankowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 marca 2017 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 marca 2017 roku przez wykonawcę M. N. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą FIN-BUD M. N. z siedzibą w Lublinie

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Związek Komunalny Gmin Ziemi Lubartowskiej z siedzibą w Lubartowie

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę M. N. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą FIN-BUD M. N. z siedzibą w Lublinie i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę M. N. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą FIN-BUD M. N. z siedzibą w Lublinie tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od wykonawcy M. N. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą FIN-BUD M. N. z siedzibą w Lublinie na rzecz Zamawiającego Związek Komunalny Gmin Ziemi Lubartowskiej z siedzibą w Lubartowie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

UZASADNIENIE

Zamawiający – Związek Komunalny Gmin Ziemi Lubartowskiej z siedzibą w Lubartowie - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą *utwardzenie działki 1060/1 z przeznaczeniem na plac manewrowy na terenie Zakładu Zagospodarowania Odpadów w Wólce Rokickiej*

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 23 stycznia 2017 roku pod numerem 12513-2017.

8 marca 2017 roku działając na podstawie art. 179 ust. 1 w związku z art. 180 ust. 1 i ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 roku, poz. 2164; dalej: „Pzp” lub „ustawa”) Odwołujący – M. N. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą FIN-BUD M. N. z siedzibą w Lublinie - wniósł odwołanie na czynność Zamawiającego odrzucenia oferty Odwołującego oraz czynność wyboru oferty najkorzystniejszej wykonawcy Instal Warszawa Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

1. naruszenie art. 31 ust. 1 ustawy, ponieważ nie zamieścił na stronie internetowej Specyfikacji Technicznych Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych dla branży drogowej i elektrycznej, czym także naruszył przepis art. 29 ust. 1 i 2 ustawy, ponieważ z tego powodu nie opisał przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń - szczególnie technologii wykonania, co utrudnia także uczciwą konkurencję. Ww. naruszenia skutkują także naruszeniem art. 7 ust. 1 i 3 ustawy, ponieważ przygotowuje i prowadzi postępowanie w sposób niezapewniający uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, ponieważ odrzucił ofertę Odwołującego.
2. Art. 26 ust. 2 ustawy i art. 25 ust. 1 ustawy oraz postanowień pkt. 5.1.1.1 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) i pkt. 6.2.1 SIWZ, ponieważ ww. artykuły ustawy stanowią, że te żądania złożenia dokumentów Zamawiający może stosować tylko jako wymóg dołączenia do oferty, a nie przy zastosowaniu przepisu art. 87 ust. 1 ustawy, bo nowe dokumenty uzupełniają treść oferty, co jest niedopuszczalne. Żądanie te naruszają także art. 7 ust. 1 i 3 ustawy. Warunek pkt. 5.1.1.1 SIWZ stanowi o tym, że trzeba dysponować min. 1 osobą - dotyczy to

załącznika do oferty i treści oferty, natomiast pkt. 6.2 i 6.2.1 SIWZ stanowi, że ten dokument dołącza tylko na wezwanie wykonawca, którego oferta została, oceniona najwyżej tj. wybrana jako oferta najkorzystniejsza. Ponieważ oferta Odwołującego została odrzucona i nie była oceniana, zatem na jakiej podstawie prawnej zamawiający żądał dostarczenia tego dokumentu?

3. Naruszenie art. 87 ust. 1 PZP poprzez żądanie dostarczenia dokumentów tj. harmonogramu i opisu technologii robót, co nie jest wyjaśnieniem treści złożonej oferty, lecz sprzeczne z tym przepisem jak to ocenia w wyrokach KIO uzupełnienie treści oferty o nowe załączniki po otwarciu ofert, co stanowi naruszenie ww. przepisu oraz art. 7 ust. 1 i 3 ustawy. Jak należy wykonywać przedmiot zamówienia zamawiający określa w STWiORB, a tego dokumentu nie dołączył do SIWZ - brak publikacji w ogłoszeniu o zamówieniu i jako załącznika do SIWZ.
4. Naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy, ponieważ wybrał ofertę najkorzystniejszą zmieniając kryteria oceny ofert podane w SIWZ, czym naruszył także art. 7 ust. 1 i 3 ustawy. W pkt. 13.1 SIWZ kryteria ofert były - cena 60%, termin wykonania zamówienia 40%, natomiast w ocenie ofert str. 3 przyjął kryteria po 50%. W SIWZ 13.1 podaje, że ocena będzie oddzielna na części zamówienia, natomiast nie wiadomo jak to liczył zamawiający, bo nie stosował algorytmów, które podał w SIWZ - do ceny, bo nie wiadomo czy przyjął cenę za części zamówienia czy za całość zamówienia. Ilość punktów za cenę dla całości zamówienia powinna być: oferta nr 1 - 96,10 pkt, oferta nr 2 - 84,05 pkt, oferta nr 3 - 100 pkt. Zamawiający nie dokonał obliczenia punktów za cenę dla części zamówienia i ich sumowania - przyjął do obliczenia jakieś fikcyjne kwoty niemożliwe do sprawdzenia. Za termin wykonania przyjął także jakieś fikcyjne ilości dni, bo np. 14 dni nie ma w żadnej ofercie. W ofercie nr 2 za cenę przyjął 50 pkt bez obliczenia, a w ofercie nr 3 za termin także 50 pkt, podczas gdy maksymalna ilość punktów za termin może być tylko 40 pkt.
5. W pkt. 13.2.3 SIWZ Zamawiający podaje termin 30 dni (nie dłuższy niż do 15.12.2016 r.), natomiast w pkt. 3 SIWZ podaje 30 dni lecz nie później niż 31.03.2017 r. Przy podpisaniu umowy w dniu 2017.03.09 jak tego żąda zamawiający żaden z wykonawców, których oferty nie zostały odrzucone, nie dotrzyma tego terminu 22 dni, bo podali terminy wykonania 27, 28 i 30 dni.
6. Naruszenie art. 179 ust. 1 poprzez zapis w SIWZ pkt. 16.1, że odwołujący mają „interes prawny” w uzyskaniu zamówienia, co zostało zmienione ostatnią nowelizacją tylko na „interes” bez „interesu prawnego”.
7. Naruszenie art. 87 ust. 1 ustawy przez dokumenty do których złożenia wezwał zamawiający tj. harmonogram wykonania i opisu technologii wykonania, co stanowi uzupełnienie treści oferty. Narusza to także art. 7 ust. 1 i 2 ustawy. Zamawiający nie

załączył STWiORB oraz nie zakazał nigdzie w SIWZ, że nie można zamiast 2 warstw podbudowy wykonać warstwę o takiej samej grubości z takiego samego materiału tj. mieszanki betonowej. Zamawiający nie wykazał, że wykonawca wykonując 1 warstwę zmieniłby materiał tj. mieszankę betonową i jakie naruszyłby normy oraz czasy technologiczne oraz nie wykazał dlaczego podbudowy nie mogą być obciążane zaraz po wykonaniu. Zamawiający nie zastrzegł w SIWZ, że na zmianę technologii potrzebna jest jego zgoda lecz podnosi to dopiero po odrzuceniu oferty. Odnosząc się do opracowanej opinii należy stwierdzić, że:

- 1) Została ona opracowana przez inspektora nadzoru inwestorskiego Pana mgr inż. J. G., który jako inspektor nadzoru inwestorskiego reprezentuje interesy Zamawiającego, a powinna być opracowana przez uprawnionego rzeczoznawcę z listy GUNB.
- 2) Autor opinii „nie zauważył”, że nie było zamieszczonej STWiORB oraz faktu, że 1 warstwa ma wytrzymałość większą niż zakładana warstwa dolna 15 cm, co oznacza, że podbudowa proponowana przez wykonawcę jest dużo mocniejsza i lepsza niż zakładana w projekcie i trwałość obiektu będzie większa.
- 3) Co do wniosków opinii technicznej po konsultacji z uprawnionym rzeczoznawcą:

Ad. 1 opinii:

Projekt wymagał warstw:

- 18 cm o wytrzymałości $R_c > 5$ MPa,
- 15 cm o wytrzymałości $R_c > 3$ MPa (nie ma 3 MPa).

Wykonawca – Odwołujący zaplanował warstwę 33 cm o wytrzymałości $R_c = 5$ MPa, zatem spełniającą wymagania zarówno co do grubości jak i wytrzymałości. Połączenie zatem przez wykonawcę 2 warstw w jedną z uwagi na opis zawarty w projekcie nie jest zmianą wymagającą akceptacji inwestora, a dotyczy jedynie technologii robót.

Ad. 2 opinii:

Wykonawca wykonując warstwę o wytrzymałości R_c większej od 5 MPa nie zmienił materiału, bo projektant wymagał wytrzymałości nie mniejszej niż 3 i 5 MPa, co wykonawca zachowuje. Zatem uwaga jest całkowicie bezpodstawna.

Ad. 3 opinii:

Zamawiający nie podał i uzasadnił jaki materiał został zmieniony, bo mieszanką betonową jest zarówno mieszanka wykonana na miejscu wbudowania. Nie ma norm dotyczących zachowania czasów technologicznych, które dotyczyłyby przedmiotowej sytuacji

przystąpienia do układania nawierzchni betonowej przez podawanie betonu pompą na warstwie gruntu stabilizowanego cementem. Działanie takie jest dodatkowym zabezpieczeniem wykonanej podbudowy zapobiegającym jej wysuszeniu, uwaga jest zatem bezpodstawną.

Ad. 4 opinii:

Autor opinii nie zna zasad wykonywania nawierzchni betonowych przy użyciu pompy do podawania betonu, lecz tylko dywaguje na ten temat. Technologia wykonywania warstwy betonowej na podbudowie poprzez podawania betonu pompą nie powoduje żadnych efektów dodatkowego obciążenia mogącego powodować uszkodzenie tej podbudowy. Nie będzie tam żadnego ruchu pojazdów czy składowania materiałów. Materiał gruntocementu podbudowy będzie zagęszczony 4, układanie betonu nie spowoduje żadnych uszkodzeń czy osiadań podbudowy - uwaga całkowicie nie trafna i bezzasadna.

Odwołujący podniósł, że jak wykazał powyżej przedmiotowa opinia techniczna jest nie trafna, wewnętrznie sprzeczna, bez uzasadnień i nie może być dowodem w sprawie i stanowić podstawy do odrzucenia oferty.

8. Naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy a w związku z tym art. 7 ust. 1 i 3 ustawy, ponieważ jak uzasadnił Odwołujący w pkt 1 do 7 treść oferty Odwołującego była zgodna z treścią SIWZ. Zamawiający naruszył także szereg innych przepisów ustawy i SIWZ, co wykazał Odwołujący w treści odwołania.

Odwołujący podniósł, że z powodu odrzucenia oferty Odwołującego naruszony został także interes Odwołującego, bo nie otrzyma i nie wykona tego zamówienia, przez co poniesie straty, bo nie osiągnie zakładanego przerobu i zysku, dlatego wniesienie odwołania jest zasadne.

Odwołujący zażądał:

- uwzględnienia odwołania,
- nakazania Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
- nakazania Zamawiającemu unieważnienia „czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z powodu naruszenia przy jej wyborze przepisów ustawy,
- nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownego badania i oceny ofert nieodrzuconych wg kryteriów podanych w SIWZ z oceną oferty Odwołującego i wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert nieodrzuconych, a w świetle kryteriów oceny z SIWZ oferta Odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 roku, poz. 2164; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 8 marca 2017 roku wobec czynności Zamawiającego z dnia 3 marca 2017 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co Strony potwierdziły na posiedzeniu z ich udziałem.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy* - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie, a także stanowiska i oświadczenia Stron złożone ustnie do protokołu.

Zamawiający złożył na posiedzeniu z udziałem Stron pismo *Odpowiedź na odwołanie*, w którym wniósł o oddalenie odwołania.

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych *Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia*. Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów biorąc pod uwagę stanowiska Stron przedstawione na rozprawie odwołanie oddaliła.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

I.

Izba, działając zgodnie z art. 196 ust. 4 ustawy, podaje podstawy prawne z przytoczeniem przepisów prawa odnośnie rozstrzygnięcia zarzutów odwołania podnoszonych przez Odwołującego:

- art. 7 ust. 1 ustawy - *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.*

- art. 7 ust. 3 ustawy - *Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.*

- art. 25 ust. 1 ustawy - *W postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające: 1) spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, 2) spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, 3) brak podstaw wykluczenia – zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert.*

- art. 26 ust. 2 ustawy - *Jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, zamawiający może wezwać wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 5 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1.*

- art. 31 ust. 1 ustawy - *Zamawiający opisuje przedmiot zamówienia na roboty budowlane za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych.*

- art. 87 ust. 1 ustawy - *W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.*

- art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy - *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3.*

- art. 91 ust. 1 ustawy - *Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.*

- art. 180 ust. 2 ustawy - *Jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności:*

- 1) wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę;*
- 2) określenia warunków udziału w postępowaniu;*
- 3) wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia;*
- 4) odrzucenia oferty odwołującego;*
- 5) opisu przedmiotu zamówienia;*
- 6) wyboru najkorzystniejszej oferty.*

- art. 182 ust. 2 pkt 2 ustawy - *Odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu, a jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, także wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wnosi się w terminie:*

- 2) 5 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej – jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8.*

II.

Na podstawie art. 191 ust. 2 ustawy *wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania.* Na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy – *Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy.* Przepis ten nakłada na Strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem Stron, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne.

Podkreślenia wymaga w tym miejscu, że postępowanie przez Izbą stanowi postępowanie kontradiktoryjne, czyli sporne, a z istoty tego postępowania wynika, że spór toczą Strony

postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne.

Powołując w tym miejscu regulację art. 14 ustawy *do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej* przechodząc do art. 6 Kodeksu cywilnego *ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne* należy wskazać, że właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust 1 ustawy. Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne; *ei incumbit probatio qui dicit non qui negat (na tym ciąży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza)*.

Izba wskazuje, że postępowanie odwoławcze jest odrębnym od postępowania o udzielenie zamówienia publicznego postępowaniem, które ma na celu rozstrzygnięcie powstałego pomiędzy Stronami sporu. W trakcie postępowania odwoławczego to Odwołujący kwestionuje podjęte przez Zamawiającego decyzje w zakresie oceny ofert i wykonawców w postępowaniu, nie zgadza się z podjętymi czynnościami lub zaniechaniem określonych działań, tak więc zgodnie z regułą płynącą z art. 190 ustawy to na Odwołującym ciąży ciężar dowiedzenia, że stanowisko Zamawiającego jest nieprawidłowe. Izba wskazuje w tym miejscu na wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 19 marca 2009 roku sygn. akt X Ga 32/09, w którym to orzeczeniu Sąd wskazał między innymi *Ciężar udowodnienia takiego twierdzenia spoczywa na tym uczestniku postępowania, który przytacza twierdzenie o istnieniu danego faktu, a nie na uczestniku, który twierdzeniu temu zaprzecza (...)*.

III.

W zakresie poszczególnych zarzutów odwołania:

Ad. 1

Zarzut braku zamieszczenia specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych jest zarzutem spóźnionym. Termin na wniesienie odwołania, zgodnie z art. 182 ust. 2 pkt 2 w związku z art. 180 ust. 2 pkt 5 ustawy, w tym zakresie upłynął po 5 dniach od publikacji w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenia o zamówieniu w przedmiotowym postępowaniu, co nastąpiło w dniu 23 stycznia 2017 roku oraz zamieszczeniu na stronie

internetowej Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ). Termin na wniesienie odwołania w tym zakresie wypadał na dzień 28 stycznia 2017 roku (sobota), zgodnie z art. 185 ust. 8 ustawy jeżeli termin do wykonania czynności przypada na sobotę lub dzień ustawowo wolny od pracy, termin upływa dnia następnego po dniu lub dniach wolnych od pracy - tym samym termin na wniesienie odwołania upłynął 30 stycznia 2017 roku (poniedziałek).

Ad. 2, 3, 5, 6, 7

Zarzuty jakie zostały podniesione przez Odwołującego nie są objęte regulacją art. 182 ust. 2 pkt 2 ustawy.

W powołanym art. 180 ust. 2 ustawy wskazano wyraźnie, że w postępowaniu o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności:

- 1) wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę;
- 2) określenia warunków udziału w postępowaniu;
- 3) wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia;
- 4) odrzucenia oferty odwołującego;
- 5) opisu przedmiotu zamówienia;
- 6) wyboru najkorzystniejszej oferty.

W katalogu czynności, które mogą zostać poddane ocenie w postępowaniu odwoławczym brak jest czynności czy też zaniechań, do których w swoim odwołaniu referuje Odwołujący. Dostrzeżenia wymaga, że przepis art. 180 ust. 2 ustawy ma charakter wyjątku od zasady. W przeciwieństwie do postępowań powyżej progów, w przypadku postępowań „podprogowych” zasadą jest to, że odwołanie nie przysługuje. O intencjach ustawodawcy świadczy nieprzypadkowo użyte w art. 180 ust. 2 ustawy słowo „wyłącznie”. Jednocześnie zgodnie z art. 181 ust. 1 ustawy wykonawca może w terminie przewidzianym dla wniesienia odwołania poinformować Zamawiającego o niezgodnej z przepisami ustawy czynności podjętej przez Zamawiającego jak również o zaniechaniu czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy, na które nie przysługuje odwołanie na podstawie art. 180 ust. 2 ustawy. Tym samym ustawodawca nie zamknął wykonawcy drogi do skutecznego kwestionowania czynności czy też zaniechań Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, na które nie przysługuje odwołanie. Podnoszone przez Odwołującego naruszenia mogły być kwestionowane jednakże w określonych dla tych czynności terminach oraz w oparciu o inne regulacje prawne przewidujące bezpośrednie zwrócenie się do Zamawiającego.

Ad. 4

W zakresie zarzutu wyboru oferty najkorzystniejszej w oparciu o zmienione kryteria oceny ofert, niewskazane w SWIZ.

Po pierwsze Izba wskazuje, że Zamawiający nie dokonał podziału zamówienia na części, zgodnie z punktem 3.7 SIWZ (str. 5) Zamawiający w sposób jednoznaczny podał, że *nie dopuszcza możliwości składania ofert częściowych*. Jednocześnie zgodnie z treścią formularza Oferty wykonawca składający ofertę podawał w postępowaniu jedną cenę oraz jeden termin realizacji zamówienia. Zgodnie z art. 2 pkt 6 ustawy przez ofertę częściową należy rozumieć ofertę przewidującą, zgodnie z treścią SWIZ wykonanie części zamówienia publicznego, w rozpoznawanej sprawie zgodnie z SWIZ Zamawiający nie dopuścił składania ofert częściowych, co wynikało zarówno z treści SWIZ. Podkreślić bowiem należy, że zgodnie z art. 36 ust.2 pkt 1 ustawy SIWZ zawierać musi opis części zamówienia, jeżeli Zamawiający dopuszcza składanie ofert częściowych. Zamawiający w SIWZ nie opisał części zamówienia, ponieważ nie dopuścił ich składania. Nie można uznać za prawidłową argumentację Odwołującego, że *przez części zamówienia rozumie branżę drogową i branżę elektryczną* ten podział nie wynika z postanowień SIWZ.

Niewątpliwie zgodnie ze wskazaniem Odwołującego w punkcie 13.2 SWIZ Zamawiający wskazał, że *oferty na poszczególne części przedmiotu zamówienia oceniane będą oddzielnie*. W dalszej części, w punkcie 13.2.1 Zamawiający podał, że w kryterium cena oferta najtańsza spośród ofert nieodrzuconych *oddzielnie na każdą z części przedmiotu zamówienia otrzyma 60 pkt*. Nie zmienia to jednak faktu, że Zamawiający w SWIZ nie dopuścił składania ofert częściowych, nie przewidział podziału zamówienia na części. Dodatkowo należy zaznaczyć, że ww. postanowienia zawarte zostały w części SWIZ zawierających informację o kryteriach oceny ofert i ich znaczeniu, co również w ocenie Izby nie pozostaje bez znaczenia. Reasumując tą część wskazać należy, że Zamawiający nie dopuścił składania ofert częściowych, natomiast jeżeli wykonawca miał wątpliwości co do treści regulacji SWIZ odnośnie kryteriów oceny ofert i ich znaczenia w zakresie podanych tam stwierdzeń odnośnie sposobu oceny ofert na poszczególne części zamówienia opisanych w SWIZ mógł skorzystać z procedury określonej w art. 181 ust. 1 ustawy, czego nie uczynił.

Po drugie, w części zarzuty dotyczącego dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej w oparciu o kryteria oceny ofert nieopisane w SWIZ, a co zostało podane przez Zamawiającego w piśmie *Informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej i odrzuceniu ofert* z dnia 3 marca 2017 roku, Izba uznała, że jest to zasadny argument Odwołującego, jednakże przyjęcie kryteriów w innej (50 % cena / 50 % termin wykonania zamówienia) niż określona w

SIWZ (60% cena / 40% termin wykonania zamówienia) proporcji nie spowodowało zmiany punktacji i wyboru oferty najkorzystniejszej – ofertą najkorzystniejszą była oferta nr 3 – tym samym nie ma wpływu na wynik postępowania.

Podkreślenia wymaga również, że Zamawiający w złożonym na posiedzeniu piśmie wskazał, że nieprawidłowo, omyłkowo podał w *Informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej i odrzuceniu ofert* przyznaną punktację oraz kryteria oceny ofert, oraz wskazał na protokół z posiedzenia Komisji przetargowej z dnia 2 marca 2017 roku, w którym została zawarta prawidłowa ocena ofert. Odwołujący w ogóle nie odniósł się w swojej argumentacji, nie wykazał, że w wyniku zmiany proporcji przyjętych kryteriów oceny ofert nastąpiła istotna zmiana sposobu liczenia punktów, która w efekcie prowadziła do zmiany rankingu ofert.

Izba zaznacza, że czynność Zamawiającego podania informacji o przyznanej punktacji była co najmniej nieprofesjonalna, a w trakcie prowadzenia postępowania Zamawiający na co wskazują choćby postanowienia SWIZ oraz treść informacji z 3 marca 2017 roku prowadził postępowanie z uchybieniami – jednakże podana informacja o przyznanej punktacji, choć oparta o niezgodne z SWIZ proporcje kryteriów, nie wpłynęła na wyniki postępowania.

Ad. 8

W zakresie zarzutu dotyczącego odrzucenia oferty Odwołującego z postępowania jako niezgodnej z treścią SIWZ – Izba uznała zarzut za niezasadny.

W rozpoznawanej sprawie Izba uznała, że Zamawiający prawidłowo odrzucił ofertę Odwołującego z postępowania jako niezgodną z treścią SIWZ. Zgodnie ze stanowiskiem Odwołującego przedstawionym na rozprawie możliwe było złożenie oferty w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w oparciu o informacje jakie zostały zawarte w projekcie budowlano – wykonawczym oraz załączonych do SWIZ dokumentach. Tym samym Odwołujący przyznał, że pomimo niezłączenia do SWIZ przez Zamawiającego Specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych nie istniały przeszkody w zakresie przedmiotowym do złożenia oferty w postępowaniu. Odwołujący wskazał w trakcie rozprawy, że projekt budowlano – wykonawczy zakładał wykonanie dwóch warstw: warstwy mrozochronnej (15 cm) oraz warstwy podbudowy (18 cm) – co nie było sporne między Stronami postępowania. Odwołujący oświadczył również w trakcie rozprawy, że zaproponował wykonanie jednej warstwy, co uzasadniał tym, że w przypadku wykonania dwóch warstw traciłby co najmniej jeden dzień realizacji oraz, że warstwa ta (jedna warstwa) spełnia wymagania dokumentacji (projekt) ponieważ będzie miała lepszą wytrzymałość tj. 5 MPa. Izba wskazuje, że przedstawiona argumentacja Odwołującego potwierdza

jednoznacznie, że zaproponowany sposób realizacji zamówienia jest odmienny, inny i niezgodny z projektem budowlano – wykonawczym, którym dysponował wykonawca i do którego referował w trakcie swojego wystąpienia. Izba podkreśla, że zgodność treści oferty z SIWZ oceniana jest przez porównanie tych dokumentów i w efekcie dokonywana jest ocena tego co zostało zaoferowane a czego wymagał Zamawiający.

Podkreślenia wymaga, że obowiązkiem Zamawiającego jest prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z poszanowaniem zasad zamówień publicznych oraz w zgodzie z obowiązkami nałożonymi przez ustawę na Zamawiającego. Izba wskazuje, że ustawa zobowiązuje Zamawiających zgodnie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy do odrzucenia oferty o ile jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a odrzucenie oferty, biorąc pod uwagę dodatkowo zastrzeżenie jakie uczynił ustawodawca, nie może nastąpić z powodów formalnych, błahych nie wpływających na treść złożonej oferty oraz nie może nastąpić, gdy Zamawiający ma możliwość poprawienia błędów jakie zawiera oferta. Obowiązkiem wykonawcy przystępującego do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest złożenie oferty zgodnej ze SIWZ (porównaj: wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 10 lipca 2008 roku sygn. akt V Ca 1109/08). Tym samym wykonawca obowiązany był zaoferować wykonanie dwóch warstw, tak jak to było określone w projekcie a nie jednej warstwy o grubości 33 cm.

Izba podkreśla, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, stanowi szczególną formę prowadzącą do zawarcia umowy w sprawie realizacji danego zamówienia, kreowane jest przez obowiązujące przepisy prawa dla tej dyscypliny i zobowiązuje tymi przepisami wszystkich uczestników tego systemu. Choć samo postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie powinno być formalizmem samym w sobie, a jego głównym zadaniem jest doprowadzenie do zawarcia umowy – to odstępnie od formalizmu nie może być utożsamiane z modyfikacją reguł postępowania określonych ustawą oraz postanowieniami dokumentacji na podstawie, której to postępowanie jest prowadzone, a w konsekwencji prowadzić do wyboru w postępowaniu oferty, która nie jest zgodna z wymaganiami Zamawiającego. Podkreślić również należy, że w realiach rozpoznawanej sprawy Izba nie dokonuje oceny zasadności, poprawności danego rozwiązania w znaczeniu technicznym - tj. nie dokonuje oceny czy lepsze jest rozwiązanie oparte na dwóch warstwach: mrozochronnej (15 cm) oraz warstwie podbudowy (18 cm) co było zgodne z projektem budowlano – wykonawczym, czy też lepsze jest rozwiązanie zaproponowane przez Odwołującego oparte na jednej warstwie (33 cm) – lecz dokonuje oceny w zakresie zgodności złożonej oferty z SIWZ w pryzmacie uregulowania ustawy Prawo zamówień publicznych. Uwzględniając postanowienia SIWZ oraz obowiązujące prawo obowiązkiem wykonawcy składającego ofertę w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego

było zaoferowanie realizacji dwóch warstw, natomiast zaoferowanie jednej warstwy jest niezgodne z SIWZ i w efekcie oferta musiała zostać odrzucona. W odniesieniu do pozostałych argumentów odnoszących się do realizacji inwestycji podnieść należy, że stanowią one konsekwencje zmiany sposobu realizacji roboty budowlanej, bowiem skorelowane są z przyjętym przez Odwołującego wykonaniem jednej warstwy zamiast dwóch określonych w SIWZ, co w konsekwencji nie może być zgodne z wymaganiami Zamawiającego.

Izba podkreśla również, że w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego niezgodność przedmiotu zamówienia z SWIZ ma również niebagatelne wpływ na kryteria oceny ofert jakie zostały ukształtowane przez Zamawiającego, gdzie obok ceny Zamawiający przyznawał punkty za zaoferowany „termin realizacji zamówienia”. Jak sam zauważył na rozprawie Odwołujący, wykonanie jednej warstwy w miejsce dwóch warstw określonych projektem budowlano – wykonawczym powodowałoby wydłużenie terminu realizacji zamówienia. To obrazuje dodatkowo jak ważne jest zaoferowanie przedmiotu zamówienia zgodnie z tym co zostało określone przez Zamawiającego w dokumentacji postępowania, ponieważ przyjęcie innego rozwiązania technicznego wbrew postanowieniom dokumentacji powoduje jednocześnie nieistotność i nierealność ukształtowanego kryterium.

Uwzględniając powyższe w ocenie Izby nie doszło do naruszenia zasad prawa zamówień publicznych opisanych w art. 7 ust. 1 ustawy. Zamawiający prawidłowo dokonał oceny oferty Odwołującego, czym potwierdził, że równo traktuje wykonawców w postępowaniu, bowiem jak podniósł to Sąd Okręgowy w Bydgoszczy równe traktowanie wykonawców *oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania, bez stosowania przywilejów, ale także środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości. Jej przestrzeganie polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji, nie zaś na jednakowej ocenie wykonawców* (porównaj: Postanowienie Sądu Okręgowego w Bydgoszczy z 17 marca 2008 roku sygn. akt VIII Ga 22/08).

Natomiast w zakresie naruszenia przez Zamawiającego zasady udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy w art. 7 ust. 3, uwzględniając znaczenie zasad określonych w art. 7 ust. 1 ustawy oraz racjonalność przepisów, zasada ta dotyczy zakazu dokonywania cesji praw lub przejęcia długów na rzecz podmiotów lub przez podmioty nieuczestniczące w postępowaniu o zamówienie publiczne. Tym samym Zamawiający, wywodząc to z zasady legalizmu działania Zamawiającego, zobowiązany jest do udzielenia zamówienia wykonawcy, który uczestniczył w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz został wybrany zgodnie z przepisami ustawy, a więc nie doszło do naruszenia przez Zamawiającego wskazanej zasady.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 3 pkt 2 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 ze zmianami).

Przewodniczący:

Członkowie:

.....