

Sygn. akt: KIO/UZP 1454/09

WYROK
z dnia 28 października 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Kuciak

Członkowie: Marek Koleśnikow
Sylwester Kuchnio

Protokolant: Wioleta Wasilewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 października 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez „**Insbud**” **Sp. z o.o., 45-005 Opole, u. Budowlanych 5A** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gmina Popielów, 46-090 Popielów, ul. Opolska 13** protestu z dnia 8 września 2009 r..

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje: unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego się i wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

2. Kosztami postępowania obciąża Gminę Popielów, 46-090 Popielów, ul. Opolska 13 i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 462 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez „**Insbud**” **Sp. z o.o., 45-005 Opole, u. Budowlanych 5A;**

2) dokonać wpłaty kwoty 7 962 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy dziewięćset sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) przez **Gminę Popielów, 46-090 Popielów, ul. Opolska 13** na rzecz „**Insbud**” **Sp. z o.o., 45-005 Opole, u. Budowlanych 5A** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz wpisu od odwołania;

~~3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,~~

4) dokonać zwrotu kwoty 5 538 zł 00 gr (słownie: pięć tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz „**Insbud**” **Sp. z o.o., 45-005 Opole, u. Budowlanych 5A**.

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „rozbudowa infrastruktury technicznej w Gminie Popielów poprzez budowę kanalizacji sanitarnej i deszczowej w Karłowicach oraz budowę kanalizacji sanitarnej i wymianę sieci wodociągowej w Kurznaich.” Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie zamówień Publicznych w dniu 17 lipca 2009 r., pod nr 242430-2009.

W dniu 8 września 2009 r. Odwołujący się wniósł protest wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i odrzucenia oferty Odwołującego się, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 89 ust. 2, art. 7 ust. 1 i 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp i wnosząc o: unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego się, powtórzenie czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu Odwołujący się wskazuje, iż Zamawiający, mimo wyraźnej dyspozycji art. 89 ust. 2 ustawy Pzp nie podał uzasadnienia faktycznego czynności odrzucenia oferty Odwołującego się. Odwołujący się zakłada, że domniemaną przyczyną decyzji Zamawiającego o odrzuceniu jego oferty mogły być faktyczne nieprawidłowości w treści kosztorysu, polegające na wpisaniu do kosztorysu błędnej ilości przedmiarowej lub pominięciu pozycji przedmiarowej. Odwołujący się podnosi, że wobec bezsporności faktu, iż cena ofertowa jest na podstawie postanowień SIWZ oraz § 6 wzoru umowy ceną

"zryczałtowaną" (ryczałtowa), to zgodnie z utartym orzecnictwem Krajowej Izby Odwoławczej, sporządzony wg przedmiaru kosztorys ofertowy jest dla postępowania jedynie dokumentem pomocniczym, a ewentualne błędy w kosztorysie nie mogą być powodem odrzucenia oferty przez Zamawiającego. Powyższe znajduje całkowite odbicie i potwierdzenie w wyrokach KIO, np: sygn. KIO/UZP 1777/08 z dnia 11 sierpnia 2008 r., sygn. KIO/UZP 1093/2008 z dnia 24 października 2008 r., sygn. KIO/UZP 1391/2008 z dnia 12 grudnia 2008 r.

Ponadto Odwołujący się podnosi, że zgodnie z formularzem oferty złożonym i podpisanym przez Odwołującego się: "Cena ofertowa obejmuje wszystkie koszty związane z realizacją zadania wynikające z dokumentacji projektowej, Specyfikacji Technicznych Wykonania i Odbioru Robót i Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia".

Zdaniem Odwołującego się, nie zachodzą faktyczne przesłanki niezgodności treści oferty z wymaganiami SIWZ, albowiem zgodnie z wyrokiem KIO/UZP 1400/2007 z dnia 11 grudnia 2007 r. "Izba w całości podtrzymuje stanowisko wyrażone w dotychczasowej linii orzeczniczej Zespołu Arbitrów, zgodnie z którą niezgodność treści oferty z treścią SIWZ ma miejsce w sytuacjach, gdy zaoferowany przedmiot zamówienia nie odpowiada wymaganom merytorycznym określonym w Specyfikacji. Nie dotyczy zatem formy w jakiej te wymagania zostały spełnione przez Wykonawcę". W zaistniałym przypadku, ewentualna wspomniana powyżej niepoprawność kosztorysu załączonego do oferty Odwołującego się, może co najwyżej świadczyć o niezgodności formy oferty a nie jej treści, przy czym niezgodność formy oferty nie może być przesłanką jej odrzucenia. Przemawiają za tym sformułowania z treści formularza ofertowego, zgodnie z którymi Odwołujący się oświadczył i potwierdził, że wykona cały zakres robót objęty zamówieniem. Powyższą tezę potwierdza liczne orzecznictwo KIO, np: sygn. KIO/UZP 218/2008, sygn. KIO/UZP 847/2008, sygn. KIO/UZP 833/2008, sygn. KIO/UZP 1105/2008, sygn. KIO/UZP 1062/2008, sygn. KIO/UZP 218/2008 oraz wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach sygn. akt XGA/23/02.2007.

W dniu 17 września 2009 r. Zamawiający protest oddalił. Zamawiający wskazał, iż odrzucił ofertę Odwołującego się, na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, ponieważ jej treść nie odpowiadała treści SIWZ. W złożonym przez Odwołującego się kosztorysie ofertowym zostały przyjęte niewłaściwe (zmniejszone) ilości robót w stosunku do tych, których zażądał Zamawiający. Niezgodność dotyczyła Kosztów Robót Budowlano-Montażowych: poz. 50 Roboty technologiczne "Kanalizacja sanitarna i deszczowa Karłowice" oraz poz. 17 Roboty odtworzeniowe (drogowe) "Remont kanalizacji deszczowej ul. Brzeska - Karłowice gm. Popielów". Powyższa niezgodność ma wpływ na cenę oferty i stanowi o sprzeczności jej treści z treścią SIWZ.

Zdaniem arbitrów niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia "ma miejsce w sytuacji, gdy zaoferowany przedmiot (roboty, usługi lub dostawy)

nie odpowiada opisanemu w specyfikacji przedmiotowi zamówienia co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania tego zamówienia" (Przetargi publiczne/listopad 2005, str. 48 -49).

Zamawiający został zobligowany zapisami Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót do dochowania szczególnej staranności w zakresie zgodności kosztorysu ofertowego z przedmiarem robót, ponieważ podstawą odbioru robót i ich przejęcia jest "protokolarne dokonanie finalnej oceny rzeczywistego wykonania robót w odniesieniu do ich ilości, jakości i wartości." (SIWZ, Wymagania ogólne. 7. Obmiar robót). Powyższe oznacza, że realizacja zadania będzie rozliczana etapami, w zależności od ilości wykonanych robót, a nie od procentowej wartości inwestycji.

Co do naruszenia przepisu art. 89 ust. 2 ustawy Pzp Zamawiający wskazuje, że powyższy przepis został uchylony z dniem 25 maja 2006 r. przez art. 1 pkt 51 ustawy z dnia 7 kwietnia 2006 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r., Nr 79, poz. 551)

W przedmiocie naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, Zamawiający zwraca uwagę, iż Odwołujący się nie określił na czym konkretnie to naruszenie polega.

W opinii Zamawiającego, Odwołujący się błędnie zinterpretował pojęcie ceny ryczałtowej zamówienia, ponieważ zgodnie z art. 632 § 1 k.c. umowa ryczałtowa polega wyłącznie na niezmienności ceny w trakcie trwania umowy. Natomiast nie polega na świadomym podpisaniu umowy, której cena wynika z obciążonego błędem kosztorysu ofertowego.

Wszystkie przytoczone przez Odwołującego się wyroki dotyczą konkretnej indywidualnej sprawy, a każda z nich różni się od siebie pod względem merytorycznym i nie może mieć bezpośredniego przełożenia na rozstrzygnięcie w innej sprawie.

W dniu 21 września 2009 r. Odwołujący się wniósł odwołanie, w którym podtrzymał zarzuty i żądania zgłoszone w proteście. Ponadto, podniósł zarzut naruszenia przepisów: art. 87, art. 91 i art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, co jest uzasadnione, zdaniem Odwołującego się, podtrzymaniem dotychczasowych zarzutów złożonego protestu względem procesu badania i braku oceny oferty Odwołującego się oraz wskazania wadliwego wyniku postępowania.

Odwołujący się podnosi, iż spełnia warunki udziału w postępowaniu i nie podlega wskazanej regulacji art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 22, art. 24 ustawy Pzp. Na wezwanie Zamawiającego dokona uzupełnienia oferty o wymagane dokumenty. Zdaniem Odwołującego się jego oferta „podlega rozpatrywaniu”, gdyż nie jest niezgodna z ustawą Pzp, a jej treść odpowiada treści SIWZ, jej złożenie nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji, jest ważna na gruncie odrębnych przepisów i nie zawiera błędu w obliczeniu ceny oferty, nie posiada oczywistych omyłek nie dających się poprawić (jednocześnie wyraża

zgodę na poprawienie oczywistej nieistotnej omyłki dotyczącej opisu przedmiotu zamówienia), nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Odwołujący się zwraca uwagę, iż dopiero w rozstrzygnięciu protestu Zamawiający podaje uzasadnienie faktyczne odrzucenia jego oferty. Stanowisko Zamawiającego jest błędne, bowiem wskazane omyłki nie stanowią podstawy do odrzucenia oferty, gdyż podlegają poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 i 3 ustawy Pzp. Zamawiający powyższej delegacji ustawowej nie wypełnił, mimo, iż jak wynika z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, w niniejszej sytuacji taki obowiązek na nim ciążył (sygn. akt KIO/UZP 1305/08, sygn. akt KIO/UZP 265/08, sygn. akt. KIO/UZP 246/09, sygn. akt. KIO/UZP 1326/08, sygn. akt KIO/UZP 21/09, 38/09, 41/09, sygn. akt 59/09, sygn. akt KIO/UZP 86/09, 87/09). Odwołujący się wskazuje ponadto, w jaki sposób Zamawiający winien poprawić stwierdzone omyłki w ofercie Odwołującego się.

Konsekwencją wadliwych czynności Zamawiającego jest wskazanie nieprawidłowego wyniku postępowania, a co za tym idzie wybór oferty droższej o 426.234,00 zł od oferty Odwołującego się, co również stanowi naruszenie przepisów ustawy o finansach publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Zgodnie z rozdziałem VI SIWZ pkt 2 lit. e wykonawcy zostali zobowiązani do dołączenia do oferty kosztorysu sporządzonego na podstawie załączonych do SIWZ przedmiarów robót.

Jednocześnie w rozdziale XII Zamawiający postanowił, iż przed obliczeniem ceny ofert wykonawca zobowiązany jest dokładnie i szczegółowo zapoznać się z SIWZ, dokumentacją projektową, specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót oraz załączonym przedmiarem robót. Cenę oferty należało podać w formie ryczałtu. Podana w ofercie cena musi wynikać z przedmiaru robót i dokumentacji technicznej oraz obejmować koszty związane z pracami geodezyjnymi: wytyczenie i inwentaryzacja, wymaganiami dotyczącymi badań i sprawdzeń wykonanych robót, zajęcia pasa drogowego. Ofertowa cena brutto musi obejmować wynagrodzenie za wszystkie obowiązki przyszłego wykonawcy, niezbędne do zrealizowania zamówienia. W związku z powyższym wymagane jest od wykonawców bardzo szczegółowe sprawdzenie w terenie warunków wykonania zamówienia.

Zgodnie z przedmiarem robót dotyczącym robót budowlano-montażowych w zakresie robót technologicznych w poz. 50 należało ująć 2 komplety pompowni prefabrykowanej z polimerobetonu śr. 1200 mm, z kompletnym wyposażeniem oraz zagospodarowaniem terenu, chodnikiem i ogrodzeniem, tymczasem Odwołujący się wycenił 1 komplet. Zaś, w zakresie robót odtworzeniowych (drogowych) w poz. 17 należało skalkulować 2880 m²

wykonania warstwy ścieralnej z betonu asfaltowego grubości 4 cm, podczas gdy w ofercie Odwołującego się ujęto 1860 m².

Stwierdzone błędy stały się podstawą odrzucenia oferty Odwołującego się, na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp (pismo z dnia 2 września 2009 r.).

W tych okolicznościach, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Rację należy przyznać Zamawiającemu, iż treść oferty Odwołującego się nie odpowiada treści SIWZ. Zdaniem Izby, Zamawiający zobowiązany jest do badania oferty wraz z jej załącznikami pod kątem jej zgodności z treścią SIWZ, co *a contrario* wynika z przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Okoliczność, iż zaoferowana cena ma charakter ryczałtowy, z uwagi na treść przytoczonego przepisu, nie ma znaczenia dla oceny oferty w tym przedmiocie. Jednakże należy zauważyć, iż fakt stwierdzenia błędów nie zawsze powoduje obowiązek odrzucenia oferty. Zamawiający zobowiązany jest bowiem do dokonania kwalifikacji stwierdzonych błędów, która determinuje dalsze działania Zamawiającego. Zauważyć bowiem należy, iż ustawodawca, na mocy przepisu art. 87 ust. 2 ustawy Pzp, dopuścił możliwość poprawienia omyłek, o których mowa w powołanym przepisie. Zatem, czynność odrzucenia oferty musi być poprzedzona czynnością oceny omyłek, w celu stwierdzenia z jakimi omyłkami mamy do czynienia. Ustawodawca dopuszcza bowiem możliwość sanowania błędów zaliczonych do kategorii wymienionych w art. 87 ust. 2 ustawy Pzp, która to instytucja w konsekwencji ma zapobiec odrzuceniu oferty z powodu niezgodności z treścią SIWZ.

W niniejszym stanie faktycznym Zamawiający stwierdzając wystąpienie błędów w ofercie Odwołującego się, jednocześnie uznał, że nie podlegają one poprawieniu w trybie przepisu art. 87 ust. 2 ustawy Pzp. Krajowa Izba Odwoławcza nie podziela stanowiska Zamawiającego. Fakt, iż Odwołujący się zaoferował mniejsze ilości robót niż wymagane przez Zamawiającego świadczy jedynie o wystąpieniu błędu. Powyższe nie stanowi jednakże automatycznie podstawy do odrzucenia oferty. Zamawiający swoje twierdzenie oparł na poglądzie prezentowanym w czasopiśmie „Przetargi publiczne”, jednakże nie zwrócił uwagi, iż powołane stanowisko zostało wyrażone w innym stanie prawnym. Ponadto, okoliczność, iż podstawą odbioru robót są roboty faktycznie wykonane pozostaje bez wpływu na kwalifikację omyłek w ofercie. Postanowienie powyższe ma jedynie bowiem to znaczenie, że podstawą wypłaty wynagrodzenia będą roboty zrealizowane, odpowiadające ilości i jakości wymaganej przez Zamawiającego według zaoferowanej wartości.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej w niniejszym stanie faktycznym mamy do czynienia z omyłkami, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Przedmiotowe omyłki należy oceniać w świetle ceny ryczałtowej. Zauważyć bowiem należy, iż korekta nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty. Zmiana ilości przedmiarowych nie wpłynie

bowiem na wartość netto spornych pozycji kosztorysowych, a ponadto błędne wskazanie ilości robót nie zwalnia Odwołującego się od obowiązku wykonania robót w ilościach wskazanych przez Zamawiającego i niezbędnych do prawidłowego wykonania zamówienia. Charakter ceny ryczałtowej nie pozwala, tak jak chciałby tego Odwołujący się (pierwotny wniosek sformułowany na rozprawie), na poprawienie wartości netto kwestionowanych pozycji, a jedynie ich ceny jednostkowej (zgodnie z alternatywnym wnioskiem Odwołującego się wyrażonym na rozprawie). Wszelkie błędy bowiem w szacowaniu inwestycji, które ujawnią się zarówno na etapie składania oferty, jak i w toku realizacji zamówienia, obciążają wykonawcę. Zatem, w niniejszym stanie faktycznym poprawienie omyłek stanowi jedynie wypełnienie dyspozycji przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, natomiast nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty, gdyż kosztorys ofertowy przy ryczałtowym kalkulowaniu zamówienia ma znaczenie jedynie pomocnicze i nie przesądza o zakresie robót, które wykonawca zobowiązany jest wykonać, choć może być podstawą, jak w niniejszym stanie faktycznym, do stwierdzenia niezgodności z SIWZ. W tym względzie rozstrzygające znaczenie mają wymagania Zamawiającego wynikające z SIWZ, a w szczególności z dokumentacji projektowej, specyfikacji wykonania i odbioru robót a także przedmiaru robót. Przedmiotowy kosztorys służy jedynie obliczeniu ceny, która pozostaje niezmienna, niezależnie od faktu, czy wykonawca przyjął prawidłowe założenia do jej obliczenia, czy też nie.

W tych okolicznościach zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp należy uznać za uzasadniony. Dokonanie bowiem korekty w kosztorysie ofertowym Odwołującego się, w zakresie ilości przedmiarowych spornych pozycji, spowoduje, iż treść oferty będzie odpowiadać treści SIWZ, a w konsekwencji wpłynie na wynik postępowania. Postępowanie Zamawiającego polegające na zaniechaniu działań, do których był zobowiązany należy ocenić jako złamanie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, co stanowi naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Zaś, dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem przepisów ustawy Pzp należy zakwalifikować jako przekroczenie dyspozycji normy prawnej zawartej w przepisie art. 7 ust. 3 ustawy Pzp.

Zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust. 2 ustawy Pzp należy uznać za bezprzedmiotowy, gdyż w aktualnym stanie prawnym wskazana jednostka redakcyjna nie występuje.

Pozostałe zarzuty podniesione przez Odwołującego się Izba pozostawiła bez rozpoznania, na podstawie przepisu art. 191 ust. 3 ustawy Pzp.

W związku z powyższym orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 191 ust. 1 i 1a oraz ust. 2 pkt 1 i 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp w zw. z § 4 ust. 1 pkt 1 lit. a oraz lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zm.). Izba zaliczyła do kosztów postępowania, uznając je za uzasadnione, koszty Odwołującego się w postaci wynagrodzenia jego pełnomocnika, w kwocie 3 500, 00 zł.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....