

Sygn. akt KIO/UZP 1740/09

WYROK

z dnia 7 stycznia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Luiza Łamejko

**Członkowie: Izabela Kuciak
Emil Kuriata**

Protokolant: Dorota Witak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 stycznia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **wykonawcę BUD-INVENT Sp. z o.o., 02-055 Warszawa, ul. Filtrowa 67D lok. 111** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w M. St. Warszawie S.A., 02-015 Warszawa, ul. Plac Starynkiewicza 5** protestu z dnia 4 listopada 2009 r.

przy udziale **wykonawcy ECM Group Polska Sp. z o.o., 00-024 Warszawa, Al. Jerozolimskie 44** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę BUD-INVENT Sp. z o.o., 02-055 Warszawa, ul. Filtrowa 67D lok. 111 i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez wykonawcę **BUD-INVENT Sp. z o.o., 02-055 Warszawa, ul. Filtrowa 67D lok. 111,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 599 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące pięćset dziewięćdziesiąt dziewięć złotych zero groszy) przez wykonawcę **BUD-INVENT Sp. z o.o., 02-055 Warszawa, ul. Filtrowa 67D lok. 111** na rzecz **Miejskiego Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji w M. St. Warszawie S.A., 02-015 Warszawa, ul. Plac Starynkiewicza 5,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać zwrotu kwoty **10 556 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy **BUD-INVENT Sp. z o.o., 02-055 Warszawa, ul. Filtrowa 67D lok. 111.**

Uzasadnienie

Zamawiający, tj. Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w M. St. Warszawie S.A. prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na wykonywanie usługi inżyniera dla budowy: Przewody technologiczne na infiltracyjnym ujęciu wody – modernizacja kanału grawitacyjnego i przewodów tłocznych ZWC (podzadanie 10.2-5.13). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 22 sierpnia 2009 r. pod numerem 2009/S 161-234213.

W dniu 28 października 2009 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wynikach oceny ofert, w tym m.in. o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy ECM Group Polska Sp. z o.o.

W dniu 4 listopada 2009 r. wykonawca BUD-INVENT Sp. z o.o. wniósł protest wobec czynności badania i oceny ofert, wyboru oferty najkorzystniejszej oraz zaniechania czynności odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę ECM Group Polska Sp. z o.o. zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, art. 87 ust. 2 pkt 2, art. 89 ust. 1 pkt. 2 i 6 oraz art. 90 ust. 1 i 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) zwanej dalej ustawą Pzp.

Wykonawca BUD-INVENT Sp. z o.o. zwany dalej Odwołującym podniósł, że nieuprawnione było działanie Zamawiającego polegające na poprawieniu w ofercie wykonawcy ECM Group Polska Sp. z o.o. zaoferowanej przez niego ceny. Zwrócił uwagę, że wykonawca ten złożył oświadczenie o woli zrealizowania przedmiotowego zamówienia za cenę ryczałtową w wysokości 291 145,80 EUR. W ocenie Odwołującego, nieścisłości w ofercie ECM Group Polska Sp. z o.o. nie można uznać za oczywistą omyłkę, a co za tym idzie, nie ma możliwości dokonania jej poprawienia na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał również na okoliczność, że wykonawca ECM Group Polska Sp. z o.o. zaoferował cenę za wykonanie zamówienia znacznie niższą od cen zaoferowanych przez pozostałych wykonawców oraz niższą od szacunkowej wartości zamówienia, nierealistyczną w porównaniu z cenami rynkowymi, która wskazuje na gotowość do realizacji zadania poniżej kosztów jej wytworzenia. Odwołujący stwierdził, że w przypadku uzasadnionego podejrzenia, że zaoferowana cena jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia Zamawiający jest zobowiązany na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp zwrócić się o wyjaśnienie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Odwołujący wniósł o:

- powtórzenie czynności badania i oceny ofert;
- odrzucenie oferty złożonej przez ECM Group Polska Sp. z o. o.;
- powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego.

Zamawiający rozstrzygnął protest w dniu 12 listopada 2009 r. przez jego oddalenie w całości. Wskazał, że w swojej ofercie wykonawca ECM Group Polska Sp. z o.o. oświadczył, że zrealizuje zamówienie za cenę 23 890,00 EUR netto. Po dodaniu należnego VAT w wysokości 5 255,80 EUR, wykonawca ten omyłkowo, zdaniem Zamawiającego, wpisał, że cena brutto za realizację zamówienia wynosi 291 145,90 EUR. Prawidłowa cena brutto oferty powinna wynosić 29 145,80 EUR. Oczywistym jest, w ocenie Zamawiającego, że wykonawca wpisując w formularzu ofertowym cenę brutto przypadkowo dwukrotnie wpisał cyfrę „1”, przez co cena brutto nie była sumą ceny netto i prawidłowo naliczonego VAT. Zdaniem Zamawiającego, jest to niedokładność nasuwająca się każdemu, bez potrzeby przeprowadzania dodatkowych badań czy ustaleń. Oczywiste i logiczne dla Zamawiającego było, że ma do czynienia z przypadkową niedokładnością wykonawcy.

W opinii Zamawiającego, na uwzględnienie nie zasługuje także zarzut dotyczący zaniechania czynności zwrócenia się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z art. 35 ust. 1 ustawy Pzp, Zamawiający ustalił wartość zamówienia na kwotę 36 131,47 EUR brutto i taką samą kwotę podał na otwarciu ofert. Spośród 8 złożonych ofert w ww. postępowaniu, jedynie cena oferty firmy ECM Group Polska Sp. z o. o. nie przewyższała kwoty podanej przez Zamawiającego. Jednocześnie Zamawiający stwierdził, że wobec braku przypuszczeń odnośnie zaferowania ceny rażąco niskiej, nie miał obowiązku zwracania się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Z rozstrzygnięciem tym nie zgodził się Odwołujący, który wniósł w dniu 20 listopada 2009 r. odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, art. 87 ust. 2 pkt 2, art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 oraz art. 90 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

- powtórzenia czynności badania i oceny ofert;
- odrzucenia oferty złożonej przez ECM Group Polska Sp. z o.o.;
- powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego.

Na rozprawie Odwołujący złożył oświadczenie o rezygnacji z popierania zarzutu dotyczącego zaferowania przez Odwołującego rażąco niskiej ceny.

Izba dokonała następujących ustaleń:

Szacunkowa wartość zamówienia została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 155 386,98 PLN, co stanowi równowartość 36 131,47 euro (Protokół postępowania o udzielenie zamówienia, DRUK ZP-1).

W przedmiotowym postępowaniu oferty złożyło 8 wykonawców, żaden z wykonawców nie został wykluczony z postępowania, żadna z ofert nie została odrzucona.

W piśmie z dnia 28 października 2009 r. wraz z informacją o wyniku postępowania Zamawiający poinformował o poprawieniu ceny zaferowanej przez Przystępującego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wraz z załącznikami, treść oferty złożonej przez Przystępującego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron i uczestnika postępowania odwoławczego złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem prawnym w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Interes prawny Odwołującego w uzyskaniu zamówienia mógłby doznać uszczerbku w sytuacji potwierdzenia się naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Cena zaferowana przez Odwołującego, w sytuacji, gdyby Zamawiający nie dokonał spornej poprawy oferty Przystępującego, byłaby ceną najniższą spośród zaferowanych w przedmiotowym postępowaniu, stąd Odwołujący posiada interes prawny w stawianiu zarzutów wobec działań Zamawiającego. O braku interesu nie może świadczyć fakt, że cena zaferowana przez Odwołującego przewyższa kwotę, jaką podał Zamawiający przed otwarciem ofert - ani Zamawiający, ani Przystępujący nie wykazali, że niemożliwe jest sfinansowanie przez Zamawiającego zamówienia w przypadku wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

Przedmiotem sporu w przedmiotowym postępowaniu jest prawidłowość dokonanej przez Zamawiającego poprawy oferty Odwołującego w zakresie zaferowanej ceny. Izba ustaliła, że treści złożonego przez Przystępującego formularza ofertowego wskazano cenę

netto 23 890 EUR, stawkę VAT w wysokości 22% oraz kwotę VAT 5 255,80 EUR. Jako cenę brutto wskazano kwotę 291 145,80 EUR.

Po analizie złożonej przez Przystępującego oferty w zakresie zaoferowanej ceny Izba przychyliła się do stanowiska Zamawiającego uznając, że niezgodność sumy ceny netto i kwoty VAT z podaną ceną brutto nosi cechy oczywistej omyłki. Wnioskowanie o popelnieniu ww. omyłki nie wymaga szczególnej analizy – prawidłowa suma ceny netto i VAT to kwota 291 145,80 EUR. W ocenie Izby, nie budzi jakichkolwiek wątpliwości fakt stwierdzony też przez Zamawiającego, że wykonawca w sposób niezamierzony użył dwukrotnie cyfry „1” wpisując w formularzu cenę brutto. Omyłka ta jest widoczna na pierwszy rzut oka, stąd jej skorygowanie nie wymaga wyjaśnień ze strony wykonawcy i jest możliwe do samodzielnego dokonania przez Zamawiającego. Z kolei cena brutto podana słownie jest jedynie konsekwencją ceny podanej liczbowo i nie ma wpływu na prawidłowość działania Zamawiającego. Mając powyższe na uwadze Izba stwierdziła, że czynność Zamawiającego polegająca na poprawieniu oferty Przystępującego była w pełni zgodna z dyspozycją art. 87 ustawy Pzp, a także zbieżna z celem nowelizacji ustawy Pzp, która weszła w życie w dniu 24 października 2008 r. tj. rozszerzeniem możliwości poprawiania niezgodności z złożonych ofertach.

Jednocześnie Izba, wobec zaniechania przez Odwołującego popierania zarzutu dotyczącego zaoferowania przez Przystępującego rażąco niskiej ceny, pozostawiła zarzut ten bez rozpoznania.

Mając na uwadze powyższe, na podstawie art. 191 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 wyroku.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp. Na podstawie § 4 ust. 2 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. z 2007 r. Nr 128, poz. 886 z późn. zm.), kosztami postępowania odwoławczego Izba obciążyła Odwołującego, uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w kwocie 3 599 zł.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. 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:

.....

.....