

Sygn. akt: KIO/1503/10

WYROK

z dnia 30 lipca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Mlącka

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 lipca 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 16 lipca 2010 r. przez **Konsorcjum: ENVIRO – SERWIS S.C. (lider konsorcjum), BUD-TRANS z siedzibą dla lidera konsorcjum 98 – 200 Sieradz, ul. Polna 6** w postępowaniu prowadzonym przez **Wojewódzki Ośrodek Ruchu Drogowego w Sieradzu, 98 – 200 Sieradz, ul. 3 Maja 7**

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje

- 1) unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz wyboru najkorzystniejszej oferty,**
- 2) powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego.**

2. Kosztami postępowania obciąża Wojewódzki Ośrodek Ruchu Drogowego w Sieradzu, 98 – 200 Sieradz, ul. 3 Maja 7 i nakazuje:

- 1) zaliczyć w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Konsorcjum: ENVIRO – SERWIS S.C. (lider konsorcjum), BUD-TRANS z siedzibą dla lidera konsorcjum 98 – 200 Sieradz, ul. Polna 6 tytułem wpisu od odwołania,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) przez Wojewódzki Ośrodek Ruchu Drogowego w Sieradzu, 98 – 200 Sieradz, ul. 3 Maja 7 na rzecz Konsorcjum: ENVIRO – SERWIS S.C. (lider konsorcjum), BUD-TRANS z**

**siedzibą dla lidera konsorcjum 98 – 200 Sieradz, ul. Polna 6stanowiącej
uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania
oraz wynagrodzenia pełnomocnika.**

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

Przewodniczący:

.....

Sygn. akt: KIO/1503/10

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

Zamawiający - Wojewódzki Ośrodek Ruchu Drogowego ul. 3 Maja 7 98-200 Sieradz prowadzi postępowanie, którego o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania pod nazwą:

1. „Budowa budynku o funkcji administracyjno - usługowej z wykorzystaniem istniejącej bryły, parkingu samochodów osobowych i placu manewrowego wraz z urządzeniami budowlanymi, oraz budowa myjni samochodowej na potrzeby własne.
2. Remont i przebudowa pomieszczeń w budynku administracyjno -usługowym, budowa węzła ciepłego, budowa zjazdu z drogi publicznej, budowa zewnętrznego oświetlenia placu manewrowego, wymiana przęseł istniejącego ogrodzenia".

Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 01 czerwca 2010 r. pod numerem 152762-2010.

Odwołujący otrzymał od Zamawiającego faksem pismo z dnia 29.06.2010 r., w którym Zamawiający prosił m. in. o wyjaśnienie, dlaczego złożony w ofercie kosztorys ofertowy nie uwzględnia treści odpowiedzi zamieszczonej przez Zamawiającego na stronie internetowej. Z treści ww. odpowiedzi wynikało, iż w przypadku rozbieżności pomiędzy projektem a przedmiarem robót podstawę wyceny stanowią załączone przedmiary. W dniu 06 lipca 2010 r. Odwołujący udzielił

odpowiedzi, iż załączony przez niego w ofercie kosztorys został sporządzony zgodnie z załączonym opisem i wyliczeniami przedmiaru robót, zaś wartości poszczególnych pozycji to w istocie matematyczne wyliczenie.

W dniu 12.07.2010 r. Zamawiający przesłał faksem Odwołującemu informację o wyborze najkorzystniejszej oferty. Z treści pisma wynikało, iż Zamawiający dokonał wyboru oferty – firmy PHB ZAMBUD II Bartłomiej Biniek z Sieradza. Ponadto Zamawiający poinformował, iż oferta Odwołującego została odrzucona powodu błędu w sposobie obliczania ceny (art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp). Zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt. 2 Zamawiający informuje o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, podając uzasadnienie faktyczne i prawne przyczyn odrzucenia.

Odwołujący wniósł w dniu 16 lipca 2010 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Odwołujący zaskarżył czynność Zamawiającego polegającą na odrzuceniu oferty Odwołującego się z powodu błędu w obliczeniu ceny (art. 89 ust. 1 pkt 6 cyt. ustawy) pomimo, że jego zdaniem cena nie została źle obliczona. Odwołujący podniósł, że w treści odwołania, zamawiający w sposób niewłaściwy zawiadomił Odwołującego o wyborze najkorzystniejszej oferty i odrzuceniu jego oferty z powodu błędów w obliczeniach ceny (art. 92 ust. 1 cyt. ustawy), tzn. bez podania uzasadnienia faktycznego i prawnego, co uniemożliwiło mu pełną argumentację.

Zdaniem Odwołującego dokonane przez niego obliczenia ceny są zgodne z wytycznymi § 12 SIWZ oraz uwzględniają treść udzielonych przez zamawiającego odpowiedzi na pytania zadane przez innych Wykonawców oraz zawierają wszelkie koszty niezbędne do zrealizowania zamówienia, zatem jego oferta nie powinna zostać odrzucona. W odwołaniu Odwołujący przede wszystkim podkreśla, iż w niniejszej sprawie zaniechano sporządzenia uzasadnienia. Brak uzasadnienia faktycznego powoduje, że jakakolwiek polemika z poglądem Zamawiającego nie jest możliwa. Nie wskazano bowiem, gdzie błąd został popełniony. Zamawiający obowiązany był, w przypadku wystąpienia przesłanki odrzucenia oferty z powodu błędu w obliczeniu ceny, wskazać w uzasadnieniu faktycznym swojej decyzji, konkretne naruszenie zasad obliczenia ceny, opisane w SIWZ. Powinien również wskazać, w którym elemencie oferty wystąpił błąd.

Jak podkreślił odwołujący, zamawiający ma obowiązek zachowania jawności postępowania, zapewnienia uczciwej konkurencji oraz zapewnienia wykonawcom możliwości korzystania ze środków ochrony prawnej. Dlatego Zamawiający obowiązany był, w przypadku wystąpienia przesłanki odrzucenia oferty z powodu błędu w obliczeniu ceny, wskazać w uzasadnieniu faktycznym swojej decyzji konkretne naruszenie zasad obliczenia ceny, opisane w SIWZ. Powinien również wskazać, w którym elemencie oferty wystąpił błąd. Takie zachowanie Zamawiającego zapewnić ma, zgodnie z duchem ustawy możliwość korzystania w sposób prawidłowy, ze środków ochrony prawnej.

Odwołujący uznał więc, iż zamawiający niewłaściwie przeprowadził postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, tzn. w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców (art. 7 cyt. ustawy) i wniósł o :

- 1) unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz wyboru najkorzystniejszej oferty,
- 2) dopuszczenie Odwołującego do udziału w postępowaniu oraz dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty z uwzględnieniem oferty Odwołującego się (powtórzenie czynności badania i oceny ofert).

Zamawiający w dniu 28 lipca 2010 r. wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odpowiedź na odwołanie, w treści której zawarł wniosek o jego oddalenie.

Zgodnie ze stanowiskiem Zamawiającego, zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o odrzuceniu ofert, w szczególności oferty Odwołującego, zawierało wszystkie elementy wymagane przepisem. Jego zdaniem, wskazana została podstawa prawna rozstrzygnięcia oraz sformułowano uzasadnienie faktyczne poprzez wskazanie, że podstawą odrzucenia oferty są błędy w obliczaniu ceny.

Jak stwierdził zamawiający, odwołujący popadł w wewnętrzną sprzeczność. Z jednej bowiem strony wnosił o unieważnienie czynności odrzucenia jego oferty, a z drugiej podnosił brak możliwości polemiki z uzasadnieniem odrzucenia oferty w postaci sformułowania „błąd w obliczaniu ceny” twierdząc, że nie zawiera on wskazania gdzie błąd został popełniony. Zarzut braku uzasadnienia dla odrzucenia oferty skutkować powinien wnioskiem o uchylenie czynności i jej powtórzenie. Odwołujący jednak takiego wniosku nie sformułował, lecz wniósł o unieważnienie czynności. Jest to wniosek dotyczący merytorycznej oceny oferty. Zdaniem Zamawiającego, „jeżeli Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności, to jest oczywiste, iż wie co jest merytorycznym powodem jej odrzucenia. Gdyby rzeczywiście nie wiedział, to nie sformułowałby wniosku o unieważnienie lecz o uchylenie i powtórzenie. To z kolei otworzyłoby drogę do ewentualnego uznania zarzutu przez zamawiającego”.

Zamawiający podniósł - wdając się w spór merytorycznie, że odrzucenie oferty Odwołującego poprzedziło postępowanie wyjaśniające.

Jak napisał Zamawiający, Odwołujący nie zadał sobie żadnego trudu, aby zapoznać się z dokumentacją postępowania, a w szczególności z protokołem. To - zdaniem Zamawiającego - dowodzi, że dobrze wiedział na czym błąd polega.

Jak wyjął Zamawiający w treści odpowiedzi na odwołanie, zgodnie z przedmiarem wartość wyliczenia w pozycji nr 80 przedmiaru wynosiła 479,7 m⁵ i tę ilość Oferent powinien pomnożyć przez cenę 1 m² oferowanych skrzydeł drzwiowych. Tymczasem Odwołujący sporządzając kosztorys ofertowy w poz. nr 80 oferty, podał wartość wyliczenia wynikającą z pomnożenia liczby 47,97m² przez oferowaną cenę. To z kolei rzutuje w sposób istotny na cenę oferty. Została ona w ten sposób świadomie przez odwołującego zaniżona. Przy postawie odwołującego, który obstawał w toku postępowania wyjaśniającego, że cena jest prawidłowa, zamawiający nie mógł tego błędu

zakwalifikować jako oczywistego i we własnym zakresie skorygować (także ze względu na istotność różnicy).”

Zgodnie ze stanowiskiem Zamawiającego, błąd w obliczeniu ceny polegający na przyjęciu przez Odwołującego błędnych danych do obliczenia w pozycji 80 kosztorysu ofertowego ceny powoduje, że kwalifikacja jego oferty jako podlegającej odrzuceniu ze względu na błąd w obliczeniu ceny oferty jest uzasadniona. Taki skutek wynika z art. 89 ust. 1 pkt 6 PZP.

Zamawiający zaznaczył, że oferta odwołującego nie jest zabezpieczona wadium, gdyż złożona przezeń gwarancja bankowa wygasła z dniem 21 lipca 2010 r. W niniejszej sprawie zaś umowa nie została zawarta.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wraz z załącznikami, treść oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowisko Strony przedstawione w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia mógłby doznać uszczerbku w sytuacji potwierdzenia się naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Potwierdzenie okoliczności, iż Zamawiający bezzasadnie odrzucił ofertę Odwołującego, oznaczałoby dla Odwołującego możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego.

Przepis art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp zobowiązuje zamawiającego, niezwłocznie po dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej, do zawiadomienia wykonawców, którzy złożyli oferty o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, z podaniem uzasadnienia faktycznego i prawnego. Jak wielokrotnie podkreślano w wyrokach Krajowej Izby Odwoławczej, powyższy obowiązek zamawiającego wiąże się z zasadą jawności postępowania, zasadą zachowania w postępowaniu uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz ma na celu zapewnienie wykonawcom możliwości korzystania ze środków ochrony prawnej. Należy podkreślić, że stanowisko zamawiającego powinno być wyrażone w sposób czytelny, nie wprowadzający w błąd, umożliwiający wykonawcy odniesienie się do konkretnych przesłanek odrzucenia oferty i skorzystanie z prawa do wniesienia odwołania. W ocenie Izby trudno nazwać uzasadnieniem treść powiadomienia jaką wystosował zamawiający do odwołującego

w dniu 12 lipca 2010 r. Za prawidłowe uzasadnienie odrzucenia oferty nie można bowiem poczytywać przytoczenia treści przepisu art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W ocenie Izby, w niniejszej sprawie, w przypadku wystąpienia przesłanki odrzucenia oferty, aby umożliwić wykonawcy obronę, zamawiający był zobowiązany wskazać, w uzasadnieniu faktycznym swojej decyzji, konkretną część kosztorysu ofertowego lub pozycje kosztorysu ofertowego, które, jego zdaniem, zostały przez wykonawcę źle skalkulowane, zawierają błędy w obliczeniu ceny. Tylko takie wskazanie Zamawiającego mogło umożliwić wykonawcy pełne odniesienie się do konkretnych przesłanek odrzucenia oferty, w szczególności określenia rodzaju popełnionej omyłki i skorzystanie z prawa do wniesienia odwołania. Tylko takie bowiem wskazanie Zamawiającego stwarza wykonawcy możliwość ewentualnego odniesienia się do kwestii możliwości poprawienia omyłki w ofercie wykonawcy.

Niedopuszczalne jest twierdzenie, jakie sformułował zamawiający w niniejszym postępowaniu: „Jeżeli zatem odwołujący wniósł o unieważnienie czynności, to jest oczywiste iż wie co jest merytorycznym powodem jej odrzucenia. Gdyby rzeczywiście nie wiedział, to nie sformułowałby wniosku o unieważnienie lecz o uchylene i powtórzenie. To z kolei otworzyłoby drogę do ewentualnego uznania zarzutu przez zamawiającego.” Jak wskazano powyżej, obowiązkiem zamawiającego jest wskazanie jasne sformułowanie zarówno podstawy faktycznej i prawnej, na której dokonano odrzucenia oferty. Nie może to być zgadywanie i wnioskowanie, czy odwołujący wie czy nie wie, z jakiego powodu jego oferta została odrzucona.

W niniejszej sprawie konsekwencją nieprawidłowego powiadomienia i niepełnego uzasadnienia odrzucenia oferty, był fakt, iż odwołujący nie mógł w odwołaniu odnieść się do zarzutów, które zamawiający sformułował względem oferty odwołującego. Dlatego też odwołujący adekwatnie do podanej przyczyny, w sposób ogólny odniósł się w odwołaniu do podanej podstawy odrzucenia jego oferty, w taki też sposób sformułował zarzuty przeciwko tej czynności zamawiającego. Zamawiający dopiero we wniesionej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odpowiedzi na odwołanie podał skonkretyzowane przyczyny odrzucenia oferty odwołującego, to jest niezgodności kosztorysu ofertowego z przedmiarem. Jak stwierdził zamawiający, w pozycji 80 kosztorysu ofertowego wyliczenie powierzchni drzwi (skrzydeł drzwiowych płytowych wewnętrznych pełnych jednoskrzydłowych fabrycznie wykończonych), wynikające z przemnożenia podanych wymiarów powinno wynosić 479,7 m² (26x09x2.05), tymczasem odwołujący przyjął 47,97 m² (26x0,9x2.05).

Należy podkreślić, iż Odwołujący w odwołaniu wskazał, iż zaskarża czynność Zamawiającego polegającą na odrzuceniu oferty Odwołującego z powodu błędu w obliczeniu ceny. Zarzut ten zatem został rozpatrzony przez Izbę. Jak zapisał odwołujący, jego zdaniem cena nie została źle obliczona, bowiem dokonał obliczenia ceny w sposób zgodny z treścią SIWZ, uwzględniając też odpowiedzi na pytania innych wykonawców. Nie mógł jedynie, z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, w pełni odnieść się do konkretnej przyczyny odrzucenia jego oferty. Nie mógł wiedzieć w jakim stopniu jego wyjaśnienia zostały uwzględnione i do jakich pozycji kosztorysowych zamawiający ma zastrzeżenia, w konsekwencji nie mógł podjąć całkowitej obrony. Mógł to uczynić dopiero po zapoznaniu się ze stanowiskiem zamawiającego, które zamawiający wyjawiał dopiero w odpowiedzi na odwołanie.

W niniejszej sprawie Zamawiający kierując w dniu 29.06.2010 r. prośbę do odwołującego o wyjaśnienia treści oferty, zawarł ogólne sformułowanie nie wskazując na jakiegokolwiek uchybienie lub błędy w treści oferty odwołującego. Zatem zamawiający uniemożliwił odwołującemu pełne ustosunkowanie się co do wątpliwości i zastrzeżeń zamawiającego. Z treści pytania postawionego przez zamawiającego („dlaczego złożony kosztorys ofertowy nie uwzględnia treści odpowiedzi zamieszczonej przez nas na stronie internetowej z dnia 10.06.2010 r., Pytanie: Czy w przypadku rozbieżności między projektem a przedmiarami podstawą wyceny jest dokumentacja projektowa czy załączone przedmiary, Odpowiedź: W przypadku rozbieżności między projektem a przedmiarami podstawę wyceny stanowią załączone przedmiary.”) w żaden sposób nie wynika, iż chodzi o którąkolwiek z pozycji kosztorysu ofertowego. Odwołujący nie miał więc możliwości wypowiedzieć się w zakresie, w jakim oczekiwałby tego zamawiający. Z treści wyjaśnień udzielonych przez odwołującego w dniu 6.07.2010 r. wynika, iż wyliczenia odwołującego stanowią integralną część przedmiarów i odwołujący zastosował się do wyjaśnień zamawiającego, iż w przypadku rozbieżności między projektem a przedmiarami podstawę wyceny mają stanowić załączone przedmiary. Nie było zatem podstawy, aby nie uznać w niniejszej sprawie, iż wykonawca, zgodnie z udzieloną odpowiedzią, przyjął do wyceny opis, ilości określone w przedmiarach. Skoro więc odwołujący określił w kosztorysie ofertowym, w spornych pozycjach, ceny jednostkowe, Zamawiający miał możliwość ustalenia wartości dla właściwej ilości jednostek oraz poprawienia powyższej pozycji. Powyższą omyłkę Zamawiający miał możliwość poprawić samodzielnie.

Jak wykazano powyżej, odwołujący przyjął jako podstawę do wyceny dane z przedmiaru, określone przez zamawiającego. W świetle więc odpowiedzi odwołującego, należało przyjąć, iż popełnił omyłkę pisarską polegającą na błędnym przepisaniu z przedmiaru do kosztorysu ofertowego obmiaru drzwi (omyłka polegała na przesunięciu o

jedną pozycję wartości dziesiątej obmiaru drzwi - przyjęto 47,97 m² zamiast 479,7 m²) i w konsekwencji omyłki rachunkowej. Omyłka ta w świetle wyjaśnień odwołującego była oczywista. Zamawiający w przedmiarze określił właściwy obmiar. Zatem Zamawiający, posiadając ceny jednostkowe określone przez odwołującego, miał możliwość dokonać poprawienia omyłek rachunkowych w pozycji 80 kosztorysu ofertowego odwołującego, wraz z pozostałymi konsekwencjami rachunkowymi.

Na uwagę w niniejszej sprawie zasługuje także fakt, iż w chwili wniesienia odwołania, (a więc w dniu 16 lipca 2010 r.) oferta odwołującego była zabezpieczona wadium. Zgodnie z brzmieniem art. 46 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający żąda ponownego wniesienia wadium przez wykonawcę, któremu zwrócono wadium na podstawie ust. 1, jeżeli w wyniku rozstrzygnięcia odwołania jego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza. Wykonawca wnosi wadium w terminie określonym przez zamawiającego.

Mając na powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Przewodniczący:

.....