

Sygn. akt: KIO 1902/13

WYROK

z dnia 21 sierpnia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Dagmara Gałczewska-Romek**

Protokolant: **Paweł Nowosielski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 sierpnia 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 sierpnia 2013 r. **Przedsiębiorstwo Budowlane Inter-System S.A., ul. Dmowskiego 17b, 50-203 Wrocław** w postępowaniu prowadzonym przez **Wyższą Szkołę Oficerską Wojsk Lądowych im. Gen. Tadeusza Kościuszki, ul. Czajkowskiego 109, 51-150 Wrocław,**

przy udziale wykonawcy **Skanska S.A., ul. Gen. Zajączka 9, 01-518 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **Przedsiębiorstwo Budowlane Inter-System S.A., ul. Dmowskiego 17b, 50-203 Wrocław** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **we Wrocławiu.**

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający - Wyższa Szkoła Oficerska Wojsk Lądowych im. generała Tadeusza Kościuszki prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia o wartości szacunkowej powyżej 5 000 000 euro, którego przedmiotem jest przebudowa i termomodernizacja budynku 113.

W dniu 6 sierpnia 2013 roku odwołujący – Przedsiębiorstwo Budowlane Inter System S.A. wniósł odwołanie od niezgodnego z przepisami ustawy zaniechania czynności odrzucenia oferty złożonej przez Skanska S.A., mimo, że wykonawca ten nie wycenił w kosztorysie ofertowym i w części instalacji sanitarnych pozycji 319 – indywidualny programator naścienny oraz serwer webowy szt. 13. Odwołujący podniósł, że Skanska S.A. popełnił ten sam nienaprawialny błąd, który był powodem do odrzucenia ofert innych wykonawców: INŻBUD oraz WROBIS. W jego ocenie skoro odrzucenie ofert tych wykonawców nastąpiło z powodu nie uwzględnienia i braku wyceny w kosztorysie niektórych pozycji, to przy obowiązku wynikającym z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający winien odrzucić także ofertę Skanska S.A.

Odwołujący wskazał na naruszenie art. 7 ust. 1 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez nie odrzucenie oferty Skanska S.A. i uznanie jej za najkorzystniejszą i wniósł o nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności oceny ofert w tym oferty Skanska S.A. i odrzucenie tej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, ze względu na to, że jej treść nie odpowiada treści siwz.

Na podstawie dokumentacji akt sprawy oraz mając na uwadze stanowiska stron i uczestnika postępowania złożone do protokołu rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

W dziale IX pkt 6 siwz zamawiający wymagał załączenia do oferty kosztorysu ofertowego (uproszczonego) w wersji drukowanej i elektronicznej (...) wraz z wykazem materiałów, sprzętu i robocizny sporządzonego na podstawie przedstawionego przedmiaru. W dziale XVI pkt 2 i 3 siwz zawarto wymagania, aby wykonawca określił ceny jednostkowe netto oraz wartości netto dla wszystkich pozycji wymienionych w kosztorysie ofertowym. Cena jednostkowa w danej pozycji i wartość tej pozycji w kosztorysie ofertowym ma obejmować wszystkie koszty niezbędne do wykonania robót wymaganej jakości i w oferowanym terminie (...). Zgodnie z rozdziałem XVI pkt 16 zamówienie będzie rozliczane obmiarowo tzn. wynagrodzenie wykonawcy będzie obliczane jako iloczyn cen jednostkowych

zaoferowanych przez wykonawcę i obmiaru faktycznie wykonanych robót potwierdzonego przez Inspektora Nadzoru (Inżyniera) w książce obmiaru robót.

Do upływu terminu składania ofert złożono pięć ofert. Cena oferty najkorzystniejszej, złożonej przez Skanska S.A. opiewała na kwotę 26 678865,25 zł, cena oferty odwołującego na kwotę 28 738 954,12 zł.

Mając na uwadze powyższe, Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przeszkody formalne do rozpoznania odwołania a odwołujący legitymuje się interesem, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, uprawniającym go do złożenia odwołania, ponadto na skutek działań i zaniechań zamawiającego może ponieść szkodę, w postaci utraty możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia.

Bezspornym między stronami jest, że w poz. 319 kosztorysu ofertowego a także w poz. 270 zestawienia materiałów - „indywidualny programator naścienny oraz serwer webowy”, przystępujący Skanska S.A. podał cenę jednostkową i wartość „0zł”.

Dopuszczalność wyceny przez wykonawcę pewnego elementu zamówienia (pozycji kosztorysowej) za 0 zł, należy oceniać w konkretnych okolicznościach sprawy, mając na uwadze treść postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej siwz) oraz charakter zamówienia. W rozpatrywanym stanie faktycznym, mając na względzie przywołane wyżej postanowienia siwz, Izba uznała, że podanie w poz. 319 kosztorysu ofertowego oraz poz. 270 zestawienia materiałów wartości 0 zł za indywidualne programatory naścienne oraz serwer webowy było dopuszczalne. Nie można podzielić stanowiska zaprezentowanego przez odwołującego, że przez podanie wartości 0zł doszło do niezgodności treści oferty z treścią siwz. Podniesiony przez odwołującego przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp odnosi się wyłącznie do merytorycznego aspektu zaoferowanego świadczenia i merytorycznych wymagań postawionych przez zamawiającego. Podanie w jednej pozycji kosztorysu wartości 0 zł nie wywołuje skutku w postaci niezgodności treści oferty z treścią siwz, szczególnie w sytuacji gdy zamawiający określając postanowienia siwz nie zawęził możliwości określenia cen jednostkowych wyłącznie do wartości dodatnich i nie zastrzegł w siwz skutku w postaci odrzucenia oferty z powodu podania wartości 0zł. Izba wskazuje, że o niezgodności treści oferty z treścią siwz można mówić wyłącznie w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia, w ten sposób że nie zapewnia jego całościowej realizacji, zgodnej z wymaganiami zamawiającego (vide: wyrok Sądu Okręgowego w Kielcach z dnia 19 grudnia 2008r., sygn. akt VII Ga 147/08).

Podanie w pozycji 319 kosztorysu ofertowego wartości 0zł nie świadczy o tym, że wykonawca nie zaoferował wykonania tej pozycji i nie wywiąże się z jej realizacji. Jak słusznie wskazał przystępujący złożona przez niego oferta obejmuje wykonanie całości przedmiotu zamówienia, w tym również dostawę programatorów naściennych oraz serwera webowego w ilości wymaganej przez zamawiającego.

Niezasadnym jest także powoływanie się przez odwołującego na podobny, jego zdaniem, błąd w kosztorysie ofertowym wykonawcy Wrobis. Abstrahując od zasadności czynności polegającej na odrzuceniu oferty Wrobis, jako kwestii nie objętej niniejszym odwołaniem, Izba wskazuje, że o podobnych błędach w kosztorysach Wrobis i Skanska można mówić jedynie w przypadku podania przez Wrobis wartości 0 zł w pozycji 878 – izolacje cieplne i przeciwdźwiękowe. Odwołujący zdaje się pomijać kwestię braku ujęcia w kosztorysie ofertowym Wrobis trzech innych pozycji kosztorysowych tj. uzupełnianie tynków zwykłych, oznakowanie p.poz. oraz wyposażenie budynku w gaśnice. Niezgodności tego typu, odmiennie niż podanie wartości 0 zł, mają charakter merytoryczny, odnoszą się bowiem za zakresu świadczenia wykonawcy.

Podkreślić należy, że oferta przystępującego Skanska S.A. jest ofertą odpłatną, a cena podana przez niego w ofercie odpowiada rozumieniu pojęcia ceny określonego w art. 2 pkt 1 ustawy Pzp i art.3 ust.1 pkt. 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach (Dz.U. Nr 97, poz. 1050 ze zm.).

Na uwzględnienie także zasługuje stanowisko zaprezentowane przez przystępującego, który wskazywał na nierozzerwalny związek programatorów naściennych i serwera webowego z całym systemem, bez których system ten nie mógłby funkcjonować. Okoliczność ta istotnie powoduje, że podanie odrębnie ceny za programatory naścienne, które są nierozzerwalnie związane z całością systemu, byłoby działaniem sztucznym. Na poparcie tego twierdzenia przystępujący załączył do akt sprawy oferty dostawców.

Niezależnie od powyższego, nawet gdyby hipotetycznie uznać, że w sprawie zachodzi niezgodność treści oferty z treścią siwz, to Izba wskazuje na nieistotność takiej ewentualnej niezgodności dla całości oferty, w szczególności w sytuacji gdy oferta Skanska S.A. jest o ponad 2 mln tańsza od oferty odwołującego, zajmującego drugą pozycję w rankingu oceny oferty.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: