

Sygn. akt KIO 488/14

WYROK
z dnia 27 marca 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 marca 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 marca 2014 r. przez E..... K..... prowadzącego działalność pod nazwą Firma Budowlana „ELBUD” E..... K..... w Tarnowie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Tuchów

przy udziale J..... W..... prowadzącego działalność pod nazwą J..... W..... – Zakład Ogólnobudowlany w Koniuszowej zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględni odwołanie i nakazuje Gminie Tuchów unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty i czynności odrzucenia oferty przez E..... K..... prowadzącego działalność pod nazwą Firma Budowlana „ELBUD” E..... K..... w Tarnowie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych i powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz wyboru najkorzystniejszej oferty;
2. kosztami postępowania obciąża Gminę Tuchów i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10.000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez E..... K..... prowadzącego działalność pod nazwą Firma Budowlana „ELBUD” E..... K..... w Tarnowie tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od Gminy Tuchów na rzecz E..... K..... prowadzącego działalność pod nazwą Firma Budowlana „ELBUD” E..... K..... w Tarnowie kwotę 13.600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego 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 (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 w Tarnowie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający - Gmina Tuchów - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest rozbudowa i przebudowa budynku wielofunkcyjnego w Jodłówce Tuchowskiej.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 37606-2014.

Wartość zamówienia jest mniejsza, niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

10 marca 2014 r. zamawiający przesłał informację o odrzuceniu oferty E..... K..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma Budowlana „ELBUD” E..... K....., w Tarnowie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Zadaniem zamawiającego wykonawca przedstawił kosztorys niezawierający cen sprzętu i materiałów, mimo wymagania specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dalej jako: „SIWZ”. Zamawiający stwierdził, że kosztorys jest częścią składową oferty i nie podlega uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy, a ponadto niekompletność kosztorysu nie podlega wyjaśnieniom na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy.

Wykonawca wniósł odwołanie 14 marca 2014 r. Zachowany został obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania. Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez niezasadne i pozbawione podstawy faktycznej i prawnej odrzucenie oferty odwołującego w związku z uznaniem, że treść tej oferty nie odpowiada treści SIWZ oraz art. 7 Pzp przez nierówne traktowanie wykonawców i naruszenie zasady uczciwej konkurencji. Wniósł o uwzględnienie odwołania i unieważnienie czynności unieważnienia wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej i odrzucenia oferty odwołującego, wyboru oferty Zakładu Ogólnobudowlanego J..... W..... jako najkorzystniejszej. Odwołujący wniósł również o nakazanie zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert i wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej spośród ofert uznanych za oferty ważne. W uzasadnieniu odwołujący wskazał, że 4 marca 2014 r. zamawiający dokonał wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej, jednak w wyniku informacji o niezgodnej z przepisami czynności podjętej przez zamawiającego złożonym przez J..... W.....

prowadzącego działalność pod nazwą J..... W..... – Zakład Ogólnobudowlany w Koniuszowej zamawiający powtórzył czynność oceny oferty odwołującego.

Zarzucił, że zamawiający, nie określił w żadnym z zapisów SIWZ, że wymaga przedstawienia kosztorysu zawierającego ceny sprzętu i materiałów. W pkt XIII.6 SIWZ zamawiający użył stwierdzeń „przedstawi dane”, jednak nie wskazał miejsca, w którym te dane miałyby zostać przedstawione. Z treści SIWZ nie wynikał obowiązek rozszerzenia kosztorysu o zestawienie cen sprzętu i materiałów, a jedynie „przedstawienia” tych „danych” w bliżej nieokreślony sposób.

Odwołujący wywodził, że ponieważ zapisy SIWZ były nieprecyzyjne i niejasne, zamawiający nie jest uprawniony na ich podstawie do wyciągania wobec wykonawcy negatywnych konsekwencji w postaci odrzucenia oferty. Potwierdza to ugruntowane orzecznictwo KIO,

J..... W..... prowadzący działalność pod nazwą J..... W..... – Zakład Ogólnobudowlany w Koniuszowej przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i przeprowadziła rozprawę, podczas której strony i uczestnik podtrzymali dotychczasowe stanowiska.

Izba ustaliła, co następuje:

W pkt XIII SIWZ zamawiający dokonał opisu sposobu obliczenia ceny oferty.

W pkt XIII ust. 1 wymagał obliczenia ceny oferty metodą kalkulacji uproszczonej. Z kolei w pkt XIII ust. 1 lit c zamawiający wskazał, że wykonawcy zobowiązani są do sporządzenia kosztorysu metodą kalkulacji szczegółowej, z tym zastrzeżeniem, że do ofert przedkładany jest kosztorys sporządzany metodą kalkulacji uproszczonej. Kosztorys przygotowany metodą kalkulacji szczegółowej należy przedłożyć zamawiającemu przed podpisaniem umowy.

W pkt XIII ust. 5 SIWZ zamawiający wskazał, że kosztorys ofertowy należy sporządzić czytelnie, ręcznie lub maszynowo, dokonując odpowiednich wyliczeń z ich prawidłowym zaokrągleniem do dwóch miejsc po przecinku, natomiast w ust.6 SIWZ oczekiwał, że „każdy wykonawca przedstawi także następujące dane przyjęte w kosztorysie: cenę roboczogodziny, wskaźnik kosztów ogółem, wskaźnik zysku, ceny sprzętu i materiałów”. Kolejno w pkt 1 wzoru oferty (załącznik nr 2 do SIWZ) zamawiający żądał podania ceny brutto, kwoty podatku VAT oraz stawki roboczogodziny kosztorysowej, wskaźnika kosztów ogółem, wskaźnika zysku oraz stawki

VAT. Zamawiający w nie żądał wskazania ceny sprzętu i materiałów, ani w ofercie, ani w żadnym innym oświadczeniu. Odwołujący nie przedstawił w ofercie cen sprzętu i materiałów. 26 lutego 2014 r. zamawiający zwrócił się do odwołującego z pismem, w którym m.in. działając na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp żądał udzielenia szczegółowych wyjaśnień dotyczących wszystkich elementów mających wpływ na wysokość ceny, zastosowanych materiałów i urządzeń przedstawionych w kosztorysie ofertowym. Zamawiający prosił także o podanie wszystkich wskaźników, o jakich mowa w opisie sposobu obliczenia ceny oferty – pkt 6 SIWZ. Odwołujący złożył wymagane wyjaśnienia.

Izba dokonała ustaleń na podstawie dowodów z SIWZ wraz z załącznikami, oferty odwołującego oraz wymienionych pism (kopie w aktach sprawy).

Izba zważyła, co następuje:

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Jest wykonawcą, który złożył ofertę i ma interes w uzyskaniu danego zamówienia. Zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów powodują, że odwołujący, może ponieść szkodę w postaci utraty zysku związanego z wykonaniem zamówienia.

Odwołanie okazało się zasadne.

Zgodnie z utrwalonym stanowiskiem doktryny i orzecznictwa oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w sytuacji, gdy jej treść nie odpowiada wymaganiom określonym jasno w konkretnym postanowieniu SIWZ.

Obowiązkiem zamawiającego, na którym w związku z odrzuceniem oferty spoczywa ciężar dowodu (art. 190 ust. 1 Pzp, art. 6 k.c. w zw. z art. 14 Pzp) jest wskazanie postanowienia, którego wymagań dana oferta nie spełnia.

Zamawiający wskazywał postanowienia pkt XIII ust. 1 lit. C oraz pkt XIII ust. 5 i 6 SIWZ jednak żadne z nich nie zawiera wymagania wskazania cen sprzętu o materiału w kosztorysie ofertowym. Kosztorys ofertowy zgodnie z postanowieniem pkt XIII ust. 1 SIWZ miał być sporządzony metodą uproszczoną. Zgodnie z rozumieniem przyjętym powszechnie w obrocie metoda ta jest formą skróconą kosztorysu, podającą wielkość nakładu finansowego na wykonanie jednostki obmiarowej bez wyszczególnienia kosztów materiałów, robocizny i sprzętu. Przeciwne twierdzenie zamawiającego i przystępującego pozostało całkowicie gołosłowne.

Koszty materiałów, robocizny i sprzętu podawane są w kosztorysach sporządzanych metodą szczegółową, którego zamawiający oczekiwał wyłącznie od wykonawcy wybranego przed podpisaniem umowy.

Z żądania przedstawienia danych kosztów materiałów i sprzętu nie wynika wbrew twierdzeniom zamawiającego obowiązek złożenia tych danych w ofercie, ani tym bardziej w kosztorysie ofertowym.

Przeciwnie, rozdział XII SIWZ posługuje się pojęciami „kosztorys”, „kosztorys ofertowy”, „kosztorys sporządzany metodą uproszczoną” oraz „kosztorys sporządzony metodą szczegółową”. Skoro zamawiający żądał złożenia wraz z ofertą kosztorysu ofertowego, czyli kosztorysu sporządzonego metodą uproszczoną, to z lektury postanowień SIWZ wykonawcy mogli wywnioskować, że koszty materiałów i sprzętu powinny zostać przedstawione w kosztorysie szczegółowym.

Jasne sprecyzowanie danych oczekiwanych na etapie ofertowania jest wyłączną troską zamawiającego, który na późniejszym etapie postępowania nie może dokonywać badania ofert według swoich intencji nie wyrażonych w SIWZ w sposób jednoznaczny, wolny od dowolności interpretacyjnej.

Izba nie dopatrzyła się też – w okolicznościach sprawy – rzeczywistego uzasadnienia dla ewentualnej konieczności przedstawiania kosztów materiałów i sprzętu w ofercie.

W związku z kosztorysowym charakterem wynagrodzenia dane te mają znaczenie przede wszystkim w związku z rozliczeniem rzeczywiście wykonanych prac.

Izba nie podzieliła poglądu zamawiającego, że w razie wybrania oferty odwołującego podstawą rozliczenia będą elementy nie wskazane w ofercie. Podstawą rozliczenia będzie przecież cena danej pozycji wskazanej w ofercie, która nie ulegnie zmianie.

Nie znajduje uzasadnienia twierdzenie, że ceny materiałów i sprzętu są niezbędne dla ustalenia, czy cena oferty nie ma charakteru rażąco niskiego. Niewątpliwie dane te mogą być przydatne do takiej analizy. Jednak ich źródłem nie musi być deklaracja wykonawcy zawarta w ofercie. Niezbędne informacje wraz ze stosownymi wyjaśnieniami mogą być w tym przypadku uzyskane przez zamawiającego w trybie art. 90 ust. 1 Pzp.

Akceptacja postanowień SIWZ przez odwołującego nie ma znaczenia dla oceny zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Zasadniczo każdy wykonawca składający ofertę akceptuje postanowienia SIWZ, a złożenie dodatkowego oświadczenia przez wykonawcę nie sanuje braku jednoznaczności wymagań zamawiającego.

Reasumując, zamawiający dokonał odrzucenia oferty odwołującego, mimo że zarzucana jej niezgodność z wymaganiami zamawiającego nie ma źródła w postanowieniu SIWZ.

Zamawiający oczekiwania co do przedstawienia kosztów materiałów i sprzętu nie sformułował jednoznacznie. Odrzucenie oferty odwołującego, w sytuacji, gdy z SIWZ nie wynika, gdzie i na jakim etapie postępowania wykonawca zobowiązany jest przedstawić te dane narusza art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Zamawiający naruszył również art. 7 ust. 1 Pzp, gdyż zasady uczciwej konkurencji nakazują zaufanie do wymagań SIWZ i sprzeciwiają się arbitralnym ocenom zamawiającego.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego z ograniczeniem do kwoty 3.600 zł, zgodnie z § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: