

Sygn. akt: KIO 2514/12

Sygn. akt: KIO 2518/11

WYROK
z dnia 27 listopada 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 listopada 2012 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 14 listopada 2012 r. przez wykonawcę **Firma Budowlana KUBOT sp. j. A..... i M..... K....., Mianowice 1k, 63-600 Kępno;**
- B. w dniu 14 listopada 2012 r. przez wykonawcę **P.P.H.U. PROJNAD sp. z o.o., ul. Wojska Polskiego 73, 98-200 Sieradz**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Miasto i Gmina Mikstat, ul. Krakowska 17, 63-510 Mikstat**

orzeka:

1. uwzględnia odwołania i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności wykluczenia i odrzucenia ofert złożonych przez Firmę Budowlaną KUBOT sp. j. A..... i M..... K..... z siedzibą w Mianowicach oraz przez wykonawcę P.P.H.U. PROJNAD sp. z o.o. z siedzibą w Sieradzu oraz nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego z uwzględnieniem ofert złożonych przez wyżej wskazanych wykonawców.
2. kosztami postępowania obciąża Miasto i Gminę Mikstat i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Firmę Budowlaną KUBOT sp. j. A..... i M..... K..... z siedzibą w Mianowicach oraz przez wykonawcę P.P.H.U. PROJNAD sp. z o.o. z siedzibą w Sieradzu tytułem wpisów od odwołań,

2.2. zasądza od **Miasta i Gminy Mikstat** kwotę **27 200 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia siedem tysięcy dwieście złotych złotych zero groszy) w tym:

A. kwotę **13 600 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych, zero groszy) na rzecz Firmy Budowlanej KUBOT sp. j. A..... i M..... K..... z siedzibą w Mianowicach stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika,

B. kwotę **13 600 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych, zero groszy) na rzecz P.P.H.U. PROJNAD sp. z o.o. z siedzibą w Sieradzu 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. Nr 113, poz. 759 z późn. zmianami), na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Kaliszu**.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 2514/12

Sygn. akt: KIO 2518/11

Uzasadnienie

Miasto i Gmina Mikstat prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na budowę Sali gimnastycznej w Mikstacie. Wartość zamówienia nie przekracza kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych (dalej: ustawa pzp).

Sygn. akt KIO 2514/12

Wykonawca: Firma Budowlana KUBOT spółka jawna A..... i M..... K..... (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie od czynności wykluczenia go z postępowania i odrzucenia złożonej przez odwołującego oferty.

Zarzucał zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 7, art. 24 ust. 1 pkt 10 i 11, art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 26 ust. 2a w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp i z § 2 pkt 5 i 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817).

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty Firmy Budowlanej MIKSTBUD Sp. z o.o., unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego i czynności wykluczenia go z postępowania oraz nakazanie ponownej czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego.

Uzasadniając zarzuty i żądania odwołujący wskazał, co następuje.

Podstawą odrzucenia oferty odwołującego było dołączenie do oferty kosztorysów dla branży budowlanej i zagospodarowania terenu, sanitarnej, drogowej oraz elektrycznej – aneks, jako sporządzonych niezgodnie z dołączonym do siwz wzorem. Podstawą wykluczenia było stwierdzenie nie wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu ze względu na złożenie informacji Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4 – 8 wystawionej przed wejściem w życie ustawy z 15.06.2012 r. o skutkach powierzania wykonywania pracy cudzoziemcom przebywającym wbrew przepisom na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, która w art. 21 nowelizuje ustawę pzp w zakresie rozszerzenia katalogu przesłanek z art. 24 ust. 1, który zobowiązuje wykonawcę do wykazania braku podstaw do wykluczenia w zakresie art. 24 ust. 1 pkt 4-8, 10, 11.

Odwołujący wskazał, że złożył kosztorysy ofertowe sporządzone zgodnie z edytowalnym wzorem w formacie pliku ath dla programu przeznaczanego do kosztorysowania „Norma” przedstawionym przez zamawiającego jako załącznik do siwz, pobranym ze strony internetowej zamawiającego oraz złożył informację z KRK w zakresie żądanym w siwz tj. w zakresie art. 24 ust. 1 pkt 4-8 i 9 ustawy pzp.

Odwołujący stwierdził także, że w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego złożył informację z KRK wystawioną 29.10.2012 r.

Wskazał na treść siwz, w tym opis sposobu obliczenia ceny, w którym zamawiający wymagał, aby cena była zbudowana z ryczałtowych kwot jednostkowych i stwierdził, że przedstawione przez niego kosztorysy określają ceny jednostkowe, a podstawy wyceny, opisy, jednostki oraz ilości robót są zgodne z załączonymi do siwz kosztorysami przedmiarowymi ofertowymi.

Sygn. akt: KIO 1518/12

Wykonawca PPHU „PROJNAD” sp. z o.o. w Sieradzu wniósł odwołanie od czynności odrzucenia złożonej przez niego oferty i wykluczenia go z postępowania.

Zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2, art. 7 ust. 1 i 3, art. 24 ust. 1 pkt 10 i 11, art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 24 ust. 4, art. 26 ust. 3 i art. 91 ust. 1 ustawy pzp oraz § 2 pkt 5 i 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817).

Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności odrzucenia jego oferty, unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz nakazanie ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego PPHU „PROJNAD” sp. z o.o. w Sieradzu. Wskazał na wykluczenie go z postępowania w okolicznościach analogicznych, jak wykonawca Firma Budowlana KUBOT spółka jawna A..... i M..... K.....

Wskazał, że w dokumentach z KRK jest adnotacja o treści „NIE FIGURUJE”, a rozporządzenie PRM w sprawie rodzajów dokumentów /.../ nie zostało jeszcze dostosowane do znowelizowanego art. 24 ust. 1, w którym dodano pkt 10 i 11.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołań. Stwierdził, że odwołanie winno zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów i ich uzasadnienie, natomiast z treści odwołania można jedynie domniemywać treść zarzutów. Wskazał na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej o sygn. 961/08, 1135/12 i 320/11. Stwierdził, że Odwołujący w sprawie 2514/12 winien złożyć wraz z ofertą kosztorys, zgodnie z wzorami ogłoszonymi na stronie internetowej Zamawiającego, natomiast wykonawca dołączył jedynie uproszczone kosztorysy, co może utrudnić realizację umowy oraz zasady płatności, należności za wykonane elementy robót, zwłaszcza w sytuacji

zaistnienia potrzeby wykonania robót dodatkowych, zamiennych, rozliczenia w razie odstąpienia od umowy oraz zmiany zakresu prac. Wskazał na treść odpowiedzi na pytanie nr 3 z dnia 17 października 2012r., gdzie stwierdził, iż wykonawca nie ma prawa zmieniać przedmiaru i dopisywać pozycji.

Wskazał na treść specyfikacji w zakresie sposobu przygotowania oferty, w tym zwłaszcza pkt. 21 i 23 SIWZ oraz treść wzoru umowy - § 2, 3, 5, 6 i 13. Wskazał także na postanowienia STWiO - pkt.8.4 cz. E, 6.7 i 9.1 cz. D. Podał przykłady braku informacji w kosztorysie ofertowym w stosunku do treści przedmiarów co do: wymiarów, składników cenotwórczych, rodzajów materiałów, jakie mają być użyte (rodzaj zaprawy, pustaków, betonu, kabli, opisu operacji, rodzajów narzędzi). Stwierdził, że Odwołujący nie załączył także zestawienia materiałów. Zauważył, że gdyby zawarł umowę z Odwołującym, załącznikiem do tej umowy określającym jej przedmiot byłby kosztorys ofertowy, który zawiera znacząco mniej informacji niż oczekiwał i nie mógłby egzekwować wykonania zamówienia w zakresie opisanym w SIWZ, a jedynie w obszarze kosztorysu ofertowego.

W odniesieniu do podstaw wykluczenia obydwu odwołujący stwierdził, że zastosował wprost ustawę zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt.10 i 11 stojąc na gruncie nadrzędności przepisów ustawy przed rozporządzeniem w sprawie rodzajów dokumentów, które nie zostało dostosowane do zmienionej ustawy.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpatrzeniu na rozprawie odwołań skierowanych do łącznego rozpoznania zarządzeniem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 listopada 2012 r. zważyła co następuje.

Na wstępie skład orzekający uznaje za zasadne spostrzeżenie, że odwołanie w sprawie sygn. akt 2514/12 zostało skierowane do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej „przy Urzędzie Zamówień Publicznych”. Należy zauważyć, że Krajowa Izba Odwoławcza utworzona w 2007 roku jako niezależny organ orzekający w sprawach odwołań wnoszonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie była i nie jest usytuowana przy żadnym urzędzie, w tym przy Urzędzie Zamówień Publicznych, jakkolwiek zgodnie z art. 173 ust. 11 wskazany Urząd zapewnia obsługę organizacyjno-techniczną oraz księgową Izby. Wskazany status podmiotowy Izby ustawodawca utrwalił przepisem art. 172 ust. 1 ustawy pzp w nowelizacji ustawy dokonanej ustawą z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778) w brzmieniu: „Tworzy się Krajową Izbę Odwoławczą, zwaną dalej „Izbą”, właściwą do rozpoznawania odwołań wnoszonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia.” Cytowany przepis w poprzednim, nieobowiązującym stanie prawnym brzmiał: „Tworzy się Krajową Izbę Odwoławczą przy Prezesie Urzędu /.../”.

Wskazując na powyższe skład orzekający stwierdza, że wskazane uchybienie formalne w zakresie oznaczenia adresata odwołania nie stoi na przeszkodzie w uznaniu, że obydwie odwołania zostało wniesione skutecznie i w terminie określonym w art. 182 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp.

Izba nie stwierdziła również przesłanek do odrzucenia odwołań na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy pzp, czego następstwem jest ich rozpoznanie merytoryczne na rozprawie.

W odniesieniu do zarzutu podniesionego w obydwu odwołaniach dotyczącego podstaw faktycznych i prawnych wykluczenia wykonawców z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy pzp w związku z art. 24 ust. 1 pkt 10 i 11 ustawy oraz przepisami rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów /.../ skład orzekający stwierdza, co następuje.

Z akt sprawy wynika, że do ofert odwołujących się wykonawców została załączona aktualna na dzień składania ofert informacja z Krajowego Rejestru Karnego, wystawiona nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert. Zgodnie z § 2 ust. 1 pkt 1, 5, 6 rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817) w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcy w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy, w postępowaniach określonych w art. 26 ust. 1 ustawy zamawiający żąda, a w postępowaniach określonych w art. 26 ust. 2 ustawy (tj. takich jak postępowanie w niniejszej sprawie) zamawiający może żądać, następujących dokumentów:

1) oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia;

5) aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert;

6) aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert.

Powyższy przepis nie wymaga złożenia informacji z KRK w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 10 i 11 ustawy Pzp. Skoro zatem obowiązujące przepisy prawa będące podstawą oceny spełniania przez wykonawców opisanych ustawowo warunków udziału w postępowaniu, przewidują zamknięty katalog dokumentów podmiotowych (art. 25 ust. 1 pkt 2 i ust. 2 ustawy Pzp w związku z § 2 ust. 1 przywołanego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów), na podstawie których może dochodzić do tej weryfikacji, nieuprawnione jest

wymaganie od danego wykonawcy przedłożenia w tym zakresie dodatkowych dokumentów, nieprzewidzianych w tych przepisach.

W tym zatem przypadku zasadniczym dokumentem, w oparciu, o który następuje weryfikacja wykonawców pod kątem braku karalności, także w świetle o art. 24 ust. 1 pkt 10 i 11 ustawy Pzp, jest aktualna – wystawiona nie później niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert - informacja z KRK. Informacja z KRK zawierająca adnotację: „NIE FIGURUJE” potwierdza brak podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania, także w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 10 i 11. Takie też adnotacje urzędowe były przedstawione przez odwołujących się wykonawców. Zgłoszone przez nich do KRK w niniejszej sprawie zapytanie wskazywało w obydwu wypadkach na postępowanie, w związku z którym zapytanie jest składane i w treści powoływano na przepis art. 24 ust. pkt 4-8 ustawy Pzp zgodnie z wymogiem tak określonym w siwz przez zamawiającego. Drugim istotnym dokumentem jest także oświadczenie złożone przez wykonawców w ofercie o braku podstaw do wykluczenia z postępowania, które potwierdza, iż wykonawca ten nie podlega wykluczeniu, także w związku z brzmieniem art. 24 ust. 1 pkt 10 i 11 ustawy Pzp.

W tym stanie rzeczy Izba uznała zarzuty naruszenia przepisów ustawy Pzp w zakresie art. 24 ust. 1 za uzasadnione, a naruszenie przepisu za mające istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Odnosnie zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp Izba uznaje zarzut za uzasadniony.

Odwołujący Firma Budowlana KUBOT spółka jawna A..... i M..... K..... wraz z ofertą złożył kosztorysy ofertowe sporządzone zgodnie z edytowalnym wzorem w formacie pliku ath dla programu przeznaczonego do kosztorysowania „Norma” przedstawionym przez zamawiającego jako załącznik do siwz, pobranym ze strony internetowej zamawiającego. Potwierdza się okoliczność że dla niektórych branż zamawiający wymagał złożenia pełnych kosztorysów przedmiarowych wg wzorów zamieszczonych na jego stronie internetowej. Ponadto na pytanie 3 z dnia 17 października 2012 r. o treści: „Do oferty należy załączyć kosztorysy przedmiarowe ofertowe, czy w związku z tym, że zamieszczone przez Państwo kosztorysy zgodnie z siwz są kosztorysami pomocniczymi Oferent ma prawo zmienić w nich przedmiar lub dopisać pozycję?” zamawiający udzielił odpowiedzi: „Oferent nie ma prawa zmieniać przedmiaru i dopisywać pozycji.”

Odwołujący w sprawie 2514/12, jak wskazano wyżej przedkładając kosztorysy uproszczone nie dopisywał żadnych dodatkowych pozycji, lecz przedstawił je właśnie w formule uproszczonej, nie wyodrębniając dla poszczególnych pozycji czynników cenotwórczych takich jak robocizna, materiały i sprzęt. W takim zakresie właśnie zakresie wykonawca dokonał zmian w swoim kosztorysie w stosunku do przedmiaru, jednakże nie

pominał żadnej wymaganej pozycji. Należy zauważyć, że wynagrodzenie w niniejszym postępowaniu ustalono jako ryczałtowe (pkt 21.3 siwz), cena oferty obejmuje wszystkie koszty i składniki związane z realizacją zamówienia zgodnie z przedmiarem robót (pkt 23.2 siwz). W toku postępowania zamawiający nie zanegował ceny zaoferowanej przez wykonawcę i w rzeczywistości neguje nie treść oferty i jej zawartość lecz formę kosztorysu ofertowego odmienną od przedmiarowego. Oceniając ofertę wykonawcy zamawiający wyraził obawy co do możliwości realnego uzyskania realizacji zamówienia od wykonawcy, który złożył ofertę wskazując na ewentualne trudności wyceny prac w razie realizacji robót dodatkowych, zmiany zakresu prac lub rozliczeń w razie odstąpienia od umowy. W ocenie Izby, o ile takie wątpliwości istotnie powstały, zamawiający dysponuje w toku postępowania instrumentem w postaci żądania od wykonawcy wyjaśnień co do treści złożonej oferty. Wydaje się jednak, że są wątpliwości jedynie w sferze domniemań, jako że wykonawca przedstawił w ofercie wymagane ceny jednostkowe poszczególnych elementów robót, co jest wystarczające do dokonania kalkulacji zadań także w poszczególnych częściach.

Istotne jest przy tym przyjęcie przez zamawiającego we wiążącym strony postanowieniu umowy we wskazanych przez zamawiającego postanowieniach § 2, 3, 5, 6 i 13 o przyjęciu hierarchizacji dokumentów wśród których walor nadrzędny ma dokumentacja projektowa (projekt budowlany, projekty wykonawcze, STWiO, kosztorysy budowlane i przedmiary robót) co zostało wskazane w pozycji 2 paragrafu 2 umowy, natomiast oferta wykonawcy wymieniona jest w pozycji 8 „o ile nie zawiera postanowień sprzecznych z postanowieniami umowy”. Ewentualne zatem rozbieżności skutkują przyjęciem nadrzędności zapisów sporządzonych przez zamawiającego nad treścią oferty. Również w zakresie rozliczeń stron w sytuacjach przykładowo wskazanych przez zamawiającego stanowisko rozstrzygające i wiążące należy do zamawiającego (por. § 5.10 umowy stanowiący o zmniejszeniu wynagrodzenia wedle obliczeń inwestora), uzgodnienia stron w zakresie prac dodatkowych na pisemne zapytanie ofertowe zamawiającego (§ 6.3 umowy).

Biorąc powyższe pod uwagę skład orzekający stwierdził, że czynność odrzucenia oferty odwołującego nastąpiła z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp wobec nie wykazania niezgodności treści tej oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a wskazane przez zamawiającego niezgodności kosztorysu ofertowego z kosztorysem przedmiarowym odnoszą się do formy (sposobu) sporządzenia kosztorysu.

W świetle dokonanych ustaleń Krajowa Izba Odwoławcza, na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, postanowiła uwzględnić obydwa odwołania i orzekła, jak w sentencji wyroku.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania odwoławczego na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawa zamówień publicznych z

uwzględnieniem postanowień rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: