

WYROK
z dnia 28 czerwca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

przy udziale **Protokolanta: Pauliny Zalewskiej**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 czerwca 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 czerwca 2010 r. przez odwołującego **InterHall Sp. z o.o., ul. Józefowska 6, 40-144 Katowice** na czynności zamawiającego **Gminę Milówka, ul. Jana Kazimierza 123, 34-360 Milówka**

przy udziale **Masters Sp. z o.o., ul. Mickiewicza 21, 70-383 Szczecin** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża **InterHall Sp. z o.o., ul. Józefowska 6, 40-144 Katowice** w ten sposób, że :
 - 1) nakazuje zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **InterHall Sp. z o.o., ul. Józefowska 6, 40-144 Katowice,**
 - 2) zasądza kwotę **3 828 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące osiemset dwadzieścia osiem złotych zero groszy) od **InterHall Sp. z o.o., ul. Józefowska 6, 40-144 Katowice** na rzecz **Gminy Milówka, ul. Jana Kazimierza 123, 34-360 Milówka,** stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika i kosztów dojazdu.

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Milówka wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na zadanie p.n. „Wykonanie w systemie zaprojektuj i wybuduj przebudowy obiektów sportowych przy ul. Targowej w Milówce”.

Ogłoszenie zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 09.04.2010 r. pod numerem 99774 - 2010. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia została zamieszczona na stronie internetowej Zamawiającego pod adresem www.milowka.com.pl.

W dniu 28.05.2010 r. Odwołujący - InterHall Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach otrzymał informację o wyborze jako najkorzystniejszej oferty firmy Masters Sp. z o.o. oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z uwagi na fakt, że treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Powyższe czynności Zamawiającego zostały poprzedzone wystąpieniem Zamawiającego z dnia 18.05.2010r., w którym ten zwrócił się do Odwołującego w trybie art. 87 ust.1 ustawy Pzp o wyjaśnienie treści kosztu budowy stacji transformatorowej. Zamawiający wskazał, że budowa stacji transformatorowej była przedmiotem zamówienia, a jej koszt należało ująć w sporządzonym kosztorysie ofertowym dla Etapu I robót(a następnie przenieść do Harmonogramu rzeczowego-finansowego). Zwrócił on przy tym uwagę, że w załączonym przez Odwołującego do oferty kosztorysie ofertowym, koszt stacji transformatorowej nie został ujęty, natomiast w Harmonogramie rzeczowo-finansowym został wpisany jej koszt, jednak nie został on wliczony do całkowitych kosztów zadania.

Pismem z dnia 21.05.2010r. Odwołujący poinformował Zamawiającego, że zgodnie z wyjaśnieniem zamieszczonym przez Zamawiającego na stronie internetowej w dniu 27.04.2010r. wartość stacji transformatorowej należało ująć w kosztorysie ofertowym dla pierwszego etapu. Jednocześnie zaznaczył, że informacja ze strony internetowej wskazywała, że stacja zostanie wybudowana na koszt zamawiającego i będzie stanowiła jego własność.

Zwrócił również uwagę, że w warunkach przyłączeniowych wydanych przez firmę Enion na dwa obiekty tzn. obiekt użytkowy kompleks sportowy w Milówce, ul Parkowa oraz Estrada wraz z punktami gastronomicznymi u. Parkowa została określona ta sama stacja.

Z tego powodu Odwołujący uznał, że wartość budowy stacji należy uwzględnić jedynie w harmonogramie w celu wykazania kosztów całości inwestycji, a nie w realnych kosztach zadania.

Odwołujący poinformował, że w przypadku wpisania do kosztorysu ofertowego pozycji „Budowa stacji transformatorowej” w cenie 183 000 zł brutto wartość całego kosztorysu wzrosłaby o w/w kwotę. W interpretacji Odwołującego stacja miała być wybudowana na koszt zamawiającego, co spowodowałoby rozbieżności pomiędzy ceną ofertową, a kosztorysem ofertowym o wartość tejże stacji.

Ostatecznie Odwołujący wyjaśnił, że jeżeli stacja będzie przez niego wykonywana, należy kwotę z harmonogramu tj. 183 000 zł brutto doliczyć do ceny ofertowej. W takim przypadku cena zadania wraz z wybudowaniem stacji transformatorowej wynosić będzie 2 575 223, 49 zł netto tj. 3 141 772, 66 zł brutto.

Zamawiający uznał powyższe wyjaśnienia za niewystarczające i w dniu 28.05.2010r.podjął czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty firmy Masters Sp. z o.o. oraz decyzję o odrzuceniu oferty Odwołującego.

Z powyższymi czynnościami Zamawiającego Odwołujący się nie zgodził i w dniu 2 czerwca 2010r.wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił, że postępowanie Zamawiającego narusza:

- 1) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy poprzez bezprawne odrzucenie Odwołującego,
- 3) art. 91 ust. 1 ustawy poprzez zaniechanie wyboru najkorzystniejszej oferty.

W związku z powyższym wnosił on o:

- 1) uwzględnienie odwołania,
- 2) nakazanie Zamawiającego unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty Masters Sp. z o.o. oraz unieważnieniu czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
- 3) nakazania skorzystania z trybu poprawy omyłek określonego w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy,
- 4) nakazanie wyboru oferty firmy InterHall Sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący nie zgodził się ze stanowiskiem Zamawiającego, gdyż w jego ocenie brak było podstaw do odrzucenia jego oferty na mocy art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp i powołał się na twierdzenie Zamawiającego z odpowiedzi na pytania wykonawców w której ten odpowiedział: „Zamawiający nie przewiduje dołączenia dokumentacji dotyczącej stacji

transformatorowej. Wartość tej stacji należy ująć w kosztorysie ofertowym dla etapu I robót budowlanych jako nową pozycję. Stacja zostanie wybudowana na koszt zamawiającego i będzie stanowiła jego własność". Według oceny Odwołującego odpowiedź zamawiającego została sformułowana w sposób umożliwiający różną interpretację zapisu dokonanych zmian, gdyż sformułowanie „Stacja zostanie wybudowana na koszt zamawiającego i będzie stanowiła jego własność" nie wskazywała jednoznacznie jakoby wykonanie tego elementu robót należało do Wykonawcy. Odwołujący nadmienił, że obowiązkiem zamawiającego jest prowadzenie postępowania w przejrzysty sposób. W przypadku dokonywania zmian w przedmiarach robót na etapie składania ofert Zamawiający winien ujednoczyć przedmiar robót dopisując nową pozycję, tak aby przedmiar był jednolity i nie budził wątpliwości dla wszystkich ubiegających się o udzielenie zamówienia przedmiotowego zamówienia.

Odwołujący zauważył również, iż w niniejszym postępowaniu w umowie o roboty budowlane (w załączniku do specyfikacji istotnych warunków zamówienia) w § 8 wynagrodzenie zostało ustalone jako wynagrodzenie ryczałtowe, tak więc kosztorys ofertowy dołączany do oferty – według Odwołującego - miał jedynie charakter pomocniczy i nie powinien być brany pod uwagę przy badaniu i ocenie ofert. Nadto zwrócił także uwagę, że poza kosztorysem do oferty dołączono harmonogram rzeczowo finansowy, w którym został podany koszt budowy stacji transformatorowej i poprawa tej omyłki byłaby możliwa do dokonania w trybie art. 87 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp.

Poza tym podkreślił on, że w harmonogramie występują również inne pozycje nieuwzględnione w przedmiarach robót np. pozycja „koszt fazy projektowej". Odwołujący przyznał, że koszt stacji transformatorowej w jego ofercie został ujęty w harmonogramie rzeczowo - finansowym, natomiast nie został wliczony do całości zadania z uwagi na niejednoznaczną odpowiedź Zamawiającego udzieloną przed składaniem ofert. Odwołujący przypomniał, że wyjaśnił kwestie ceny w piśmie z dnia 21.05.2010. r. w którym to odpowiedział Zamawiającemu, że źle zinterpretował odpowiedź i zasugerował mu, aby wartość stacji transformatorowej doliczył do ceny ofertowej, gdyż jest to omyłka niepowodująca istotnych zmian w treści oferty.

W związku z tym, Odwołujący stwierdził zaniechanie przez Zamawiającego poprawy omyłki na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Uznał on , że zamawiający winien poprawić omyłki w jego ofercie w następujący sposób:

W harmonogramie rzeczowo - finansowym:

W pozycji razem Etap I:

Cena 1 596 468,58 zł. netto po poprawie winna wynosić 1 746 468,58 zł. netto,
Cena 1 947 691,67 zł. brutto po poprawie winna wynosić 2 130 691,67 zł. brutto.

Po dokonaniu powyższych poprawek wartość robót dla etapu I i II wraz z kosztem fazy

projektowej poprawiona winna być w następujący sposób:

W pozycji Razem:

Cena 2 425 223,49 zł. netto po poprawie winna wynosić 2 575 223,49 zł. netto,

Cena 2 958 772,66 brutto po poprawie winna wynosić 3 141 772,66 zł. brutto.

Natomiast w formularzu ofertowym (załącznik nr 1) zamawiający w związku z powyższymi

zmianami cena poprawiona powinna być:

Cena 2 425 223,49 zł. netto słownie dwa miliony czterysta dwadzieścia pięć tysięcy dwieście

dwadzieścia trzy złote 49/100 po poprawie winna wynosić:

2 575 223,49 zł. netto (słownie: dwa miliony pięćset siedemdziesiąt pięć tysięcy dwieście

dwadzieścia trzy złote 49/100),

Cena 2 958 772,66 brutto słownie dwa miliony dziewięćset pięćdziesiąt osiem tysięcy siedemset siedemdziesiąt dwa złote 66/100 po poprawie winna wynosić :

3 141 772,66 zł. brutto (słownie: trzy miliony sto czterdzieści jeden tysięcy siedemset siedemdziesiąt dwa złote 66/100).

Odwołujący wskazywał, że celem ustawodawcy w zakresie poprawy omyłek było umożliwienie Zamawiającemu poprawienie omyłek w szerszym zakresie w celu ograniczenia sytuacji odrzucania ofert.

Ostatecznie Odwołujący podniósł, że w przypadku jego oferty po poprawie omyłek jej cena wzrosła o 183 000 zł. brutto, co przy globalnej wartości oferty: 3 141 772,66 zł. brutto nie stanowiło dużej różnicy tym bardziej. Odwołujący wskazał, że dokonanie przez Zamawiającego wyboru oferty droższej o ponad 100 000 zł. brutto w zaistniałej sytuacji jest sprzeczne z podstawową zasadą Zamówień Publicznych i ustawą o Finansach Publicznych nakazującą Zamawiającemu dokonywać wydatków publicznych w sposób celowy i oszczędny z zachowaniem uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów.

W dniu 9.06.2010r. Masters Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść złożonej przez Odwołującego oferty, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, pisma Zamawiającego z dnia 26.04.2010r., z dnia 18.05.2010r., z dnia 28.05.2010r. skierowanych do Odwołującego oraz odpowiedzi Odwołującego z dnia 21.04.2010r., jak również na podstawie złożonych na rozprawie przez strony wyjaśnień i pism procesowych, Izba postanowiła odwołanie oddalić.

Wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie po dacie wejścia w życie w dniu 29 stycznia 2010 r. ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz.1778) do rozpoznawania niniejszej sprawy mają zastosowanie przepisy Prawa zamówień publicznych w brzmieniu znowelizowanym.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Uwzględniając powyższe Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Odwołujący podtrzymał swoje dotychczasowe stanowisko, a Zamawiający i Przystępujący do postępowania odwoławczego po jego stronie wnosili zgodnie o oddalenie odwołania.

Izba nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art. 7 ust. 1 i 3, art. 87 ust. 2 pkt 3, art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 91 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. Z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, ze zm.).

Izba uznała, iż oferta sporządzona przez Odwołującego zawierała bardzo poważne braki merytoryczne w zakresie ceny powodujące, że jej treść nie odpowiadała specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Izba ustaliła, że stosownie do treści rozdziału II, pkt 1, II ppkt 1 opisu przedmiotu zamówienia zawartego w SIWZ przedmiotem zamówienia jest wykonanie robót budowlanych w Etapie I obejmujących między innymi budowę stacji transformatorowej do zasilania obiektów sportowych.

Nadto w tym samym rozdziale SIWZ w pkt 3 ppkt 2 Zamawiający zastrzegł, że w kosztorysie ofertowym należy uwzględnić w poszczególnych etapach koszty robót

budowlanych w poniższych wysokościach : Etap I : - stacji transformatorowej – całość kosztów.

Jednocześnie w piśmie Zamawiającego z dnia 26.04.2010r.w odpowiedzi na pytanie 4 wykonawców: „w jakiej pozycji kosztorysu ofertowego należy ująć wartość stacji transformatorowej, gdyż załączony do SIWZ przedmiar nie zawiera powyższych pozycji?”, odpowiedź była : „Wartość stacji transformatorowej należy ująć w kosztorysie ofertowym dla 1 etapu robót budowlanych jako nową pozycję.”.

Izba ustaliła również, że zgodnie z rozdziałem I pkt 3, lit. c załącznika nr 10 do SIWZ w zakresie warunków przyłączenia oraz warunków technicznych doprowadzenia sieci wodno-kanalizacyjnej przyłączenie obiektu do sieci wymagało od podmiotu Przyłączanego wybudowania słupowej stacji transformatorowej z transformatorem o mocy wynikającej z obliczeń. Powyższe postanowienie SIWZ zatem wyraźnie określiło podmiot zobowiązany do wykonania inwestycji w rozważanym zakresie.

Zdaniem Izby powołane wyżej regulacje SIWZ w żaden sposób nie upoważniały Odwołującego do stosowania odrębnych reguł dotyczących prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Tym samym brak wyceny przez Odwołującego w jego ofercie pozycji kosztorysowej obejmującej budowę stacji transformatorowej, pomimo warunku Zamawiającego ich umieszczenia, wskazuje jednoznacznie na istotną niekompletność oferty w zakresie ceny.

Izba zwraca również uwagę na przeświadczenie Odwołującego, iż w jego interpretacji stacja miała być wybudowana na koszt zamawiającego co oznacza, iż jego oświadczenie woli zawarte w ofercie nie obejmowało całego przedmiotu zamówienia. Podobne znaczenie miało zastrzeżenie Odwołującego w harmonogramie rzeczowo finansowym w pozycji dotyczącej stacji transformatorowej.

Izba zatem uznała, że oferta Odwołującego była wadliwa i zawierała błąd polegający na braku wyceny koniecznej pozycji kosztorysowej.

Z tego zatem powodu Izba nie mogła Zamawiającemu przypisać obowiązku poprawienia omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty stosownie do treści art. 87 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp.

Powyższy przepis odnosi się jedynie do omyłki, a ta nie może być błędem i mieć charakteru zamierzonego.

Nie ma wpływu na ocenę Izby również twierdzenie Odwołującego o wynagrodzeniu ryczałtowym za wykonanie przedmiotu zamówienia i pomocniczym charakterze kosztorysu ofertowego, który nie powinien być badany i oceniany, skoro oferta nie zawierała prawidłowej ceny.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp postanowiła oddalić odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów 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. Nr 41, poz. 238).

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust.1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 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 **Bielsku-Białej**.

Przewodniczący:

.....

