

WYROK
z dnia 16 maja 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 maja 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 kwietnia 2013 r. przez wykonawcę **M..... N..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą M..... N..... ANBUD – KRAPKOWICE z siedzibą w Krapkowicach, 47-300 Krapkowice, ul. Basztowa 10** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Krapkowice, 47-300 Krapkowice, ul. 3 Maja 17,**

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża M..... N..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą M..... N..... ANBUD – KRAPKOWICE z siedzibą w Krapkowicach, 47-300 Krapkowice, ul. Basztowa 10 i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **M..... N..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą M..... N..... ANBUD – KRAPKOWICE z siedzibą w Krapkowicach, 47-300 Krapkowice, ul. Basztowa 10** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawcy **M..... N..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą M..... N..... ANBUD – KRAPKOWICE z siedzibą w Krapkowicach, 47-300 Krapkowice, ul. Basztowa 10** na rzecz **Gminy Krapkowice, 47-300 Krapkowice, ul. 3 Maja 17** kwotę **344 zł 00 gr** (słownie: trzysta czterdzieści cztery złote zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu noclegu pełnomocników zamawiającego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. 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 **Opolu**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Gmina Krapkowice, zwana dalej „zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia na „Efektywne wykorzystanie odnawialnych źródeł energii do ogrzewania hali widowiskowo-sportowej w Krapkowicach”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 19 marca 2013 r., poz. 110034-2913.

W dniu 24 kwietnia 2013 r. (pismem z tej samej daty) zamawiający poinformował wykonawcę M..... N..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą M..... N..... ANBUD – KRAPKOWICE z siedzibą w Krapkowicach, zwanego dalej „odwołującym”, o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, gdyż oferta zawiera błędy w obliczeniu ceny.

W dniu 29 kwietnia 2013 r. (pismem z tej samej daty) odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do zamawiającego w dniu 29 kwietnia 2013 r.) od dokonanych lub zaniechanych niezgodnie z przepisami ustawy czynności zamawiającego, do których dokonania był on zobowiązany, tj.:

1. czynności odrzucenia oferty odwołującego,
2. czynności wyboru oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe PROMONT Z.K....., A.J....., J.W..... Spółka Jawna, zwanego dalej wykonawcą „PROMONT”,
3. zaniechania czynności dokonania poprawienia innej omyłki,
4. zaniechania wyboru jako najkorzystniejszej oferty odwołującego,

zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, art. 89 ust. 1 pkt 6 oraz art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Jednocześnie odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego,
2. unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy PROMONT,
3. dokonania ponownej czynności oceny ofert i wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej;

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał m.in., iż według zapisów SIWZ, rozdział III, zamawiający żądał wskazania w formularzu ofertowym ceny ryczałtowej, która to cena miała składać się z dwóch elementów tj. ceny dokumentacji projektowej i ceny za roboty budowlane. Odwołujący wskazał w formularzu ofertowym, jako cenę ryczałtową za

całość przedmiotu zamówienia, kwotę 2.200.000,00 zł netto, 2.706.000,00 zł brutto. Natomiast za dokumentację projektową zaproponował cenę 50.000,00 zł netto, 61.500,00 zł brutto, a za roboty budowlane wskazał cenę 440.000,00 zł netto, 541.200,00 zł brutto. Oceniając ofertę odwołującego zamawiający stwierdził, że suma cen za roboty budowlane i dokumentację projektową nie jest równa cenie ryczałtowej za całość przedmiotu zamówienia. Tym samym uznając, iż zaistniał błąd w obliczeniu ceny i odrzucił ofertę odwołującego. Jednak w piśmie informującym o odrzuceniu oferty odwołującego nie poinformował go dlaczego zaistniała omyłka nie podlega poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, stwierdzając jedynie lakonicznie, że zaistniały błąd nie nosi znamion żadnej z trzech omyłek wymienionych w art. 87 ust. 2 ustawy Pzp, dodając, iż nie ma możliwości dokonania poprawienia zaistniałej rozbieżności.

Tymczasem odwołujący, dokonując kalkulacji proponowanej ceny ryczałtowej, kierował się wytycznymi zawartymi w SIWZ, a mianowicie oszacował przedmiot zamówienia na kwotę 2.200.000,00 zł netto, 2.706.000,00 zł brutto, które to kwoty wpisał następnie w formularzu ofertowym, jako ceny ryczałtowe za wykonanie całości przedmiotu zamówienia. Zgodnie z wymaganiami zamawiającego zawartymi w rozdziale III SIWZ pkt. 1.1, cena za opracowanie dokumentacji projektowej nie mogła przekroczyć kwoty 100.000,00 zł brutto. W związku z powyższym Odwołujący wycenił wykonanie przedmiotowej dokumentacji na kwotę 61.500,00 zł brutto i taką kwotę wpisał do formularza ofertowego. Natomiast, wpisując kwotę za wykonanie robót budowlanych, odwołujący zasugerował się postanowieniem zawartym w rozdziale I SIWZ (str. 4 SIWZ) i uznał, że zamawiający chce posiadać już na etapie składania ofert pewność, że kwota za roboty budowlane niezwiązane z Odnawialnymi Źródłami Energii, nie przekroczy wymaganych przez niego 25 % i taką kwotę wpisał w formularzu ofertowym. Odwołujący popełnił więc omyłkę, która w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp - winna być poprawiona.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, treść ogłoszenia o zamówieniu, treść SIWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, jak również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie, uznając iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, iż zamawiający w rozdziale III SIWZ „Opis sposobu obliczenia ceny oferty” podał:

„1.Cene ofertowa będzie ceną ryczałtową, która winna obejmować”

1.1.cenę za opracowanie dokumentacji projektowej – w wysokości nie przekraczającej 100.000 zł brutto

1.2.cenę za wykonanie robót budowlanych

2.Wykonawca obowiązany jest uwzględnić w cenie, o której mowa w ppkt.:

1.1.koszt opracowania kompletnej dokumentacji projektowej wraz ze wszelkimi wymaganymi uzgodnieniami, decyzjami, opiniami (...),

1.2.wszystkie koszty robót budowlanych (...),

3.Cenę ofertową należy podać na Formularzu ofertowym (załącznik nr 1 do SIWZ)”.

W Formularzu ofertowym wykonawcy zobowiązani byli podać m.in.:

„Oświadczam, że zamówienie wykonam w cenie łącznej:

..... zł. netto + podatek VAT 23% = cena brutto: zł.

Słownie, w tym:

1.dokumentacja projektowa zł. netto + podatek VAT 23% = cena brutto zł.

2.roboty budowlane zł. netto + podatek VAT 23% = cena brutto zł.

Oświadczam, że cena ofertowa zawiera wszystkie koszty związane z realizacją zadania, bez których jego wykonanie byłoby niemożliwe, w tym również podatek VAT i inne”.

Odwołujący w złożonym Formularzu ofertowym podał:

„Oświadczam, że zamówienie wykonam w cenie łącznej:

2 200 000,00 zł. netto + podatek VAT 23% = cena brutto: 2 706 000,00 zł.

Słownie dwa miliony dwieście w tym:

1.dokumentacja projektowa 50 000,00 zł. netto + podatek VAT 23% = cena brutto 61 500,00 zł.

2.roboty budowlane 440 000,00 zł. netto + podatek VAT 23% = cena brutto 541 200,00 zł.

Oświadczam, że cena ofertowa zawiera wszystkie koszty związane z realizacją zadania, bez których jego wykonanie byłoby niemożliwe, w tym również podatek VAT i inne”. (str. 3 oferty).

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny. Ustawa nie definiuje przy tym pojęcia „błąd w obliczeniu ceny”. Niemniej jednak przyjmuje się, iż błędem w obliczeniu ceny jest błąd polegający na przyjęciu

niewłaściwych danych do jej obliczenia, wynikający np. z nieprawidłowego ustalenia stanu faktycznego. Tak więc błąd w obliczeniu ceny oferty – jak słusznie podniósł zamawiający - ma miejsce wówczas gdy wykonawca oblicza cenę oferty inaczej, niż zostało to ustalone przez zamawiającego. W niniejszym stanie faktycznym sytuacja taka ma miejsce. Odwołujący obliczył bowiem cenę oferty w sposób odmienny niż wskazano to w rozdziale III SIWZ, a więc rozdziale odnoszącym się wprost do tej czynności wykonawcy. Treść tego rozdziału została sformułowana w sposób czytelny i jednoznaczny. Nie budziła wątpliwości żadnego z wykonawców, w tym także odwołującego. Do zamawiającego nie wpłynęły bowiem żadne zapytania dotyczące kwestii w nim uregulowanych. A ponadto z treści postanowień Formularza ofertowego jednoznacznie wynika, iż suma ceny dokumentacji projektowej i robót budowlanych winna się równać cenie łącznej zamówienia zaoferowanej przez odwołującego. W niniejszym stanie faktycznym zsumowanie cen obligatoryjnych pozycji Formularza ofertowego (dokumentacji projektowej i robót budowlanych) daje kwotę 490 000,00 zł. netto i 602 700,00 zł. brutto, a więc inną niż wskazana przez tego wykonawcę w przedmiotowym formularzu (2 200 000,00 zł netto i 2 706 000,00 zł. brutto). Cena podana przez odwołującego jako cena za roboty budowlane - co przyznał sam odwołujący – została ustalona w inny sposób niż wskazany w rozdziale III SIWZ. Cenę tę odwołujący odniósł bowiem do informacji zawartej w uwadze na stronie 4 SIWZ, tj. tego, iż „udział kosztów robót nie związanych z OZE nie może być wyższy niż 25% całkowitych kosztów inwestycji, co Wykonawca musi uwzględnić w opracowanym w ramach dokumentacji projektowej kosztorysie inwestorskim”. Treść ta odnosi się więc do informacji, która nie dotyczyła sposobu obliczenia ceny oferty, a jedynie wskazywała na to, iż udział kosztów robót nie związanych z odnawialnymi źródłami energii nie może być wyższy niż 25 %, jak również, iż należy ją uwzględnić w opracowanym w ramach dokumentacji projektowej kosztorysie inwestorskim, a więc na innym etapie postępowania. Zamawiający nie miał więc podstaw do poprawy ceny oferty odwołującego, gdyż nie miał możliwości zweryfikowania ceny ofertowej tego wykonawcy w oparciu o złożone przez niego dokumenty. Odwołujący wskazał w swej ofercie bowiem inne dane niż oczekiwał tego zamawiający, mimo iż zamawiający w treści SIWZ szczegółowo określił co należy rozumieć zarówno przez cenę ryczałtową, jak i jakie elementy składają się na składniki ceny, w tym także co należy w tej cenie, poszczególnych jej elementach ująć (rozdział III).

Nie jest także możliwe poprawienie ceny zaoferowanej przez odwołującego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, gdyż wówczas koniecznym byłoby ustalenie prawidłowej ceny jednego z elementów ceny łącznej (robót budowlanych) zaoferowanej przez tego wykonawcę. Nie byłoby to jednak możliwe bez konsultacji z odwołującym. Istotnie zamawiający ma prawo żądać od wykonawcy wyjaśnień dotyczących treści złożonej przez niego oferty, jednakże takie wyjaśnienia nie mogą prowadzić do zmiany treści oferty.

Obowiązek żądania wyjaśnień ma miejsce tylko wtedy, gdy treść oferty budzi wątpliwości, jak również zawiera sprzeczne i niejasne sformułowania. Tymczasem w niniejszym stanie faktycznym okoliczność taka nie występuje. Treść oferty, w kwestionowanej części, nie budzi żadnych wątpliwości. Odwołujący jednoznacznie bowiem wskazał zarówno cenę oferty, jak i cenę robót budowlanych. A ponadto informacja ta nie wynika z treści złożonej oferty (jak już wyżej wskazano zamawiający poza formularzem cenowym nie żądał bowiem od wykonawców złożenia jakichkolwiek dokumentów). A ponadto kwota wskazana w formularzu ofertowym (zarówno cena łączna, jak i ceny jej elementów: dokumentacji projektowej i robót budowlanych) stanowi istotny element przyszłej umowy (§ 2 wzoru umowy). Tym samym stwierdzić należy, iż zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3, art. 89 ust. 1 pkt 6 oraz art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie potwierdził się.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono, jak w sentencji.

Izba w poczet materiału dowodowego zaliczyła dokumentację przedmiotowego postępowania.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 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 (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), tj. stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty noclegu pełnomocników zamawiającego w wysokości 344,00 zł, na podstawie faktury złożonej do akt sprawy.

Przewodniczący: