

Sygn. akt: KIO 2145/10

WYROK
z dnia 13 października 2010r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kawa

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 października 2010 r. w Warszawie odwołania z dnia 1 października 2010 r. wniesionego przez **Przedsiębiorstwo Usługowo-Produkcyjno-Handlowe BUDOWLANI Sp. z o.o., 41-902 Bytom, ul. Dworska 2** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gmina Dąbrowa Górnicza Urząd Miejski, 41-300 Dąbrowa Górnicza, ul. Graniczna 21**

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnić czynność wyboru oferty najkorzystniejszej i odrzucenie oferty Odwołującego oraz nakazuje ponowne badanie i ocenę ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

2. kosztami postępowania obciąża Gminę Dąbrowa Górnicza Urząd Miejski, 41-300 Dąbrowa Górnicza, ul. Graniczna 21

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczone przez

Przedsiębiorstwo Usługowo-Produkcyjno-Handlowe BUDOWLANI Sp. z o.o., 41-902 Bytom, ul. Dworska 2, tytułem wpisu od odwołania,

- 2) dokonać wpłaty kwoty 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) przez **Gminę Dąbrowa Górnicza Urząd Miejski, 41-300 Dąbrowa Górnicza, ul. Graniczna 21** na rzecz **Przedsiębiorstwa Usługowo-Produkcyjno-Handlowe BUDOWLANI Sp. z o.o., 41-902 Bytom, ul. Dworska 2** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198 a i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 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 **Katowicach**.

Przewodniczący:

.....

UZASADNIENIE

Gmina Dąbrowa Górnicza - Urząd Miejski w Dąbrowie Górniczej z siedzibą w Dąbrowie Górniczej przy ul. Granicznej 21 zwany dalej „zamawiającym” prowadzi postępowanie pn. Termomodernizacja placówek oświatowych - Gimnazjum Nr 3 - Zespół Szkół Muzycznych.

W dniu 28 września 2010r. Urząd Miejski w Dąbrowie Górniczej poinformował wykonawców, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na: „Termomodernizację placówek oświatowych - Gimnazjum Nr 3 - Zespół Szkół Muzycznych” zostało rozstrzygnięte. Za najkorzystniejszą uznano ofertę złożoną przez oferty „COMPLEX EURO WORLD” Firma Remontowo-Budowlana Produkcyjno-Handlowa mgr inż. Krzysztof Ćmiel, podczas gdy ofertę Przedsiębiorstwa Usługowo- Produkcyjno-Handlowego „Budowlani” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bytomiu przy ul. Dworskiej 2, zwanego dalej „odwołującym” odrzucono. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

We wniesionym odwołaniu odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 87 ust. 2 i art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, polegające na odrzuceniu oferty odwołującej się Spółki mimo braku ku temu podstaw faktycznych i prawnych.

Wobec powyższego odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty „COMPLEX EURO WORLD” Firma Remontowo-Budowlana Produkcyjno-Handlowa mgr inż. Krzysztof Ćmiel jako najkorzystniejszej,
2. powtórzenie czynności składających się na proces oceny spełnienia przez wykonawców wymogów opisanych przez Zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
3. uznanie, że oferta Spółki spełnia wszystkie wymogi opisane przez Zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
4. powtórzenie czynności składających się na proces wyboru oferty najkorzystniejszej, przy ewentualnym wezwaniu oferentów do uzupełnienia dokumentów,
5. wybór oferty odwołującej się Spółki jako najkorzystniejszej w

rzeczonym postępowaniu,

Rozstrzygnięcie zamawiającego w tym względzie uważa za niesłuszne, nieprawidłowe i sprzeczne z postanowieniami ustawy Prawo zamówień publicznych.

Podnosi iż wybierając „ofertę najkorzystniejszą” zamawiający wybrał podmiot gospodarczy „COMPLEX EURO WORLD” Firma Remontowo-Budowlana Produkcyjno-Handlowa mgr inż. Krzysztof Ćmiel oferujący cenę 7.965.804, 86zł netto, zaś odrzucił ofertę Protestującego, który gotowy jest wykonać przedmiot zamówienia w kwocie 7.530.893,93zł, powołując się na fakt, iż treść oferty nie odpowiada treści SIWZ, co nie odpowiada stanowi rzeczywistości, a stanie się przedmiotem analizy w dalszej części protestu. Dokonanym działaniem wybrano więc niezgodnie z SIWZ ofertę „droższą” o kwotę 434.910.93zł.

Wskazał iż popełnienie kilku drobnych omyłek pisarskich, w sytuacji kiedy wykonawca w treści formularza oferty, zobowiązany był złożyć oświadczenia, że zgodnie z wymogami zamawiającego określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i projekcie umowy wykona zamówienie zgodnie z warunkami określonymi w siwz i akceptuje wszystkie zasady udziału w postępowaniu oraz realizacji przedmiotu zamówienia nie powinno mieć znaczenia dla wyboru i oceny złożonej oferty. Wobec powyższego bez znaczenia winien być fakt niezamierzonego pominięcia sformułowania co do grzejników słowa „ocynkowane”, czy litery „U” w sformułowaniu „PVC” zamiast „PVC-U” co do rur, skoro odwołujący złożył oświadczenie o akceptacji SIWZ (w tym przedmiaru robót) i umowy w brzmieniu podanym przez zamawiającego. Za niezasadne należy uznać przyjęcie przez zamawiającego, iż skoro odwołujący podał takie same ceny zarówno grzejników ocynkowanych, jak również tam gdzie wskutek oczywistej omyłki zabrakło słowa „ocynkowane” to wskazuje to na inny produkt. Okoliczności tej zamawiający nie zweryfikował w toku postępowania, zaś faktycznie cena grzejników wskazana przez odwołującego jest taka sama bez względu na rodzaj grzejnika -ocynkowany czy też nie. Niewłaściwość i dowolność przyjętej przez zamawiającego wykładni oświadczenia woli Spółki w tym zakresie, zdaje się zauważać sam zamawiający używając sformułowania „sugeruje”. Analogiczne uwagi dotyczą przyjęcia przez

zamawiającego, iż wskazanie na str. 107 poz. 2.3 i 2.4 „kanały z rur PVC” zamiast „PVC-U” stanowi zaproponowanie innego produktu. Również dla ceny jednostkowej ww. materiału nie ma znaczenia czy jest to rura PVC czy też PVC-U, gdyż jest ona zależna od grubości rury, który to wymóg w ogóle nie był wskazany przez zamawiającego.

W trakcie rozprawy odwołujący dodatkowo wyjaśnił, że zamawiający w odpowiedzi na odwołanie oraz na rozprawie podał, że w zakresie zarzutów dotyczących zaoferowanych grzejników pominięcie słowa „ocynkowany” powoduje, że w rzeczonych pozycjach kosztorysowych odwołujący zaoferował grzejniki inne niż wymagał tego zamawiający. Pomiedzy obydwo ma typami grzejnika nie ma istotnych różnic montażowych, różnią się one jednak znacznie odpornością na wilgoć co przekłada się bezpośrednio na udzielaną gwarancję producenta. O tym, że nie jest to omyłka odwołującego, czyli błędne oświadczenie woli, ale błąd, czyli mylne wyobrażenie o prawdziwym stanie rzeczy tj. odwołujący w rzeczonych pozycjach kosztorysu zaoferował grzejniki nie ocynkowane gdyż mniemał, że takie w tych pozycjach są wymagane, świadczy zdaniem Zamawiającego fakt, że cena pozycji 2.28 na str. 71 - „Grzejniki stalowe trzy płytowe o wysokości 300-500 mm i długości do 3000 mm - 33K/500/1800 CosmoNOVA szt. 1” (Wykonawca winien w tej pozycji wycenić grzejnik ocynkowany) jest taka sama jak cena pozycji 3.43 na str. 73 - „Grzejniki stalowe trzy płytowe o wysokości 300-500 mm i długości do 3000 mm - 33K/500/1800 CosmoNOVA szt. 1”. W obydwu pozycjach, które nie różnią się między sobą żadnym parametrem poza tym, że jeden z grzejników wedle przedmiaru zamawiającego miał być ocynkowany. Odwołujący podaje cenę jednostkową tychże grzejników w wysokości 1009,76 zł. Niezróżnicowanie ceny w świetle tego, że według informacji podawanych przez producenta grzejników CosmoNOVA grzejniki ocynkowane są 80% droższe od nieocynkowanych, świadczy o tym, że odwołujący zaoferował w obydwu pozycjach grzejniki stalowe nieocynkowane. W przypadku zróżnicowania cen bezsporne byłoby, że mamy do czynienia z błędem oświadczenia woli, który może być poprawiony, natomiast identyczność ww. pozycji w zakresie zarówno opisu jak i ceny w kosztorysie sporządzonym przez odwołującego świadczy o tym, że złożył On oświadczenie woli oparte na błędnym mniemaniu, że pozycja 2.28 dotyczy grzejnika nieocynkowanego czyli, że mamy do czynienia z błędem a nie z omyłką. Innymi słowy poprawa co

najmniej tej pozycji przez zamawiającego wymagałaby nie skorygowania różnicy pomiędzy wolą odwołującego a złożonym przez niego oświadczeniem, ale niezgodnego z Ustawą wytworzenia nowego oświadczenia woli.

W odniesieniu do pozostałych przypadków, w których odwołujący zaoferował grzejniki nieocynkowane zamiast ocynkowanych zamawiający biorąc pod uwagę fakt, że nie spełniają one jego wymagań technicznych jak i powyższą konstatację uznał, że jest to deklaracja wykonania zamówienia w sposób niezgodny z warunkami zamawiającego. Podobnie pominięcie litery „U” przy rurach PVC wskazuje, że odwołujący zaproponował inny materiał niż wymaga Inwestor. Na rynku funkcjonują rury PVC, które Wykonawca podał w swoim kosztorysie jednak rury PVC-U mają większą niż rury PVC wytrzymałość na zginanie, odporność na rozciąganie co ma duże znaczenie przy wykonywaniu robót na terenach „szkód górniczych”.

Zgodnie z zapisem pkt. 23.10.7 SIWZ koszt rusztowań i umocnień wykopów powinien być ujęty w cenie jednostkowej robót podstawowych. W przedmiarze robót Zamawiającego na „Termomodernizację budynku szkoły” w poz. 12 zostało to zapisane ponownie z podaniem rozporządzenia mówiącego o rozliczaniu robót tymczasowych jakimi są m.in. rusztowania (Rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004r w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego Dz.U.2004.202.2072). W wymienionej wyżej pozycji 12 w polu ilość jest znak „-”, co łącznie z opisem w tej pozycji jasno wskazuje, że jest to zapis informacyjny w przedmiarze i nie powinien być wyceniany.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron postępowania zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy ustaliła i zaważyła co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Następnie Izba stwierdziła, że Odwołujący, wnosząc przedmiotowe odwołanie w dostateczny sposób wykazał swój interes w złożeniu niniejszego środka ochrony prawnej w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, ponieważ złożona oferta

jest z najniższą ceną i w przypadku uwzględnienia odwołania ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Stan faktyczny sprawy podany przez uczestników postępowania jest klarowny i nie wymagał zdaniem Izby w zakresie objętym zarzutami, dalszych ustaleń faktycznych.

Izba stwierdza, że odwołanie jest zasadne i zasługuje na uwzględnienie.

Dokonując analizy podniesionych w odwołaniu zarzutów Izba stwierdza, że z zapisów pozycji oferty odwołującego zakwestionowanych przez zamawiającego w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty wynika iż zapisy w ofercie nie odpowiadają dokładnie zapisom podanym przez zamawiającego w kosztorysie ofertowym. Jednakże czy te rozbieżności są na tyle istotne, że uzasadniają stanowisko zamawiającego o odrzuceniu oferty jako niezgodnej z siwz zamawiający nie wykazał. Nie wykazał dlaczego nie podjął próby wyjaśnienia tych rozbieżności poprzez zażądanie od odwołującego wyjaśnień w trybie art. 87 ust.1 ustawy Pzp. Wskazany przepis nie nakazuje wprost zamawiającemu obowiązku występowania do wykonawcy z takim żądaniem, to jednak taka potrzeba po stronie zamawiającego występuje szczególnie dlatego, iż to na zamawiającym który ze swoich twierdzeń wywodzi skutek prawny w postaci konieczności odrzucenia oferty odwołującego, spoczywa ciężar udowodnienia podstawy do zastosowania tej sankcji wobec oferty. W przypadku zrodzenia się u zamawiającego jakichkolwiek wątpliwości co do sformułowań zawartych w treści oferty, zamawiający ma możliwość żądania od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści ofert, co wynika z art. 87 ust. 1 zdanie pierwsze Pzp. Z utrwalonej linii orzeczniczej KIO w tym zakresie wynika iż zaniechanie przez zamawiającego tego trybu wyjaśniania wątpliwości odnoszących się do treści złożonej oferty winno być uznane za naruszenie przepisów postępowania / np. wyroki KIO 1327/09: 1443/09 /

Czynność odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp winno poprzedzić wezwanie do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 Pzp. Wyjaśnienia udzielone przez odwołującego stanowią oświadczenie wykonawcy, którym jest on związany na równi ze złożoną ofertą. Zamawiający jest zobligowany do prowadzenia postępowania z należytą starannością i dlatego nie może pozostawić żadnych elementów treści oferty do końca niewyjaśnionych, zwłaszcza że przepis pozwala zamawiającemu na żądanie od wykonawców wyjaśnień wobec wszystkich elementów treści oferty, a nie tylko dotyczących jakichś szczególnych sformułowań.

Wobec tego zamawiający, u którego zrodziły się jakiegokolwiek wątpliwości co do treści oferty jest wprost zobowiązany (ze względu na regułę należytej staranności), a nie tylko uprawniony, do żądania wyjaśnień. Ponadto należy podkreślić, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest postępowaniem wymagającym od każdego uczestnika postępowania profesjonalizmu. Profesjonalizm którym winien się cechować zamawiający to nie tylko znajomość przepisów prawa, ale również staranność na każdym etapie postępowania. Z profesjonalizmu oraz reguły staranności winna również wynikać umiejętność bezstronnej oceny każdej złożonej oferty. Ten obowiązek ma zastosowanie w szczególności kiedy zamawiający zamierza odrzucić ofertę wykonawcy. Przed dokonaniem tej czynności winien dokonać w zakresie dopuszczalnym przez prawo czynności zmierzających do wyjaśnienia wszystkich wątpliwości co do zapisów w ofercie, aby można było stwierdzić, że braki w ofercie nie dają się usunąć bez zmiany jej treści w istotnych elementach i tym samym uzasadniają odrzucenie oferty. Zamawiający może dokonać odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy jedynie w sytuacji ustalenia w sposób nie budzący wątpliwości, że oferta wykonawcy nie zapewni realizacji zamierzonego i opisanego w siwz celu, a oferowane świadczenie nie odpowiada wyrażonym w treści siwz wymaganiom.

Zdaniem Izby zamawiający bezpodstawnie zaniechał dokonania czynności żądania od odwołującego wyjaśnień dotyczących treści oferty, czym naruszył art. 87 ust. 1 Pzp. W konsekwencji zaniechania żądania wyjaśnień zamawiający odrzucił ofertę odwołującego, powołując się na art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Izba stwierdza, że zamawiający wykonał czynność niezgodnie z powoływanym przez siebie przepisem, gdyż najpierw zamawiający musi uzyskać pewność co do treści oferty, a dopiero po tym, zgodnie z regułą należytej staranności, może zakwalifikować treść oferty, jako odpowiadającą albo nie odpowiadającą treści specyfikacji.

Wskazując jako jeden z powodów odrzucenia oferty zamawiający wskazał, że wymagał rur PVC-U, natomiast Wykonawca zaoferował rury PVC, a tym samym zaproponował inny produkt, który nie jest równoważny. Z przeprowadzonej przez Izbę analizy zapisów siwz dotyczących możliwości zaproponowania w ofercie materiałów równoważnych, zamawiający wymagał aby wykonawca w takiej sytuacji udowodniał równoważność zaoferowanego zamiennika. Zgodnie z postanowieniem siwz pkt. 3.3.0.1 zamawiający dopuszczał możliwość zastosowania materiałów i urządzeń równoważnych, wskazując tylko, że mają to być materiały i urządzenia – „

o parametrach technicznych i jakościowych nie gorszych niż określone w siwz”. Izba nie akceptuje takiego rozwiązania. To na zamawiającym, który dopuszcza możliwość rozwiązań równoważnych, ciąży obowiązek dokładnego opisu określić precyzujących wymogi zamawiającego w zakresie równoważności. Precyzyjne określenie równoważności daje bowiem możliwość oceny i porównania złożonych ofert, produkt równoważny to produkt, który nie jest identyczny, tożsamy z produktem referencyjnym, ale posiada pewne, istotne dla zamawiającego, zbliżone do produktu referencyjnego cechy i parametry. Zamawiający winien opisać przedmiot zamówienia lub jego elementy do których zamawiający dopuszcza zamienniki równoważne w taki sposób aby wykonawcy nie mieli wątpliwości, jaki produkt oraz na jakich warunkach mogą zaoferować, aby spełniał on wymagania siwz. Niezbędne jest, aby taki opis był sporządzony w sposób jasny, zrozumiały i zawierający wszystkie elementy niezbędne do prawidłowego sporządzenia oferty. Zamawiający winien sprecyzować zakres minimalnych parametrów równoważności produktów, w oparciu o które dokona oceny spełnienia wymagań określonych w siwz. Tego zamawiający w siwz nie określił. Wskazując w tym zakresie nie równoważność zaproponowanych przez odwołującego rur PCV jako rozwiązania nie równoważnego, nie uzasadnił swojego stanowiska w tym zakresie.

Odnosząc się do wszystkich podstaw wskazanych przez zamawiającego jako uzasadniające odrzucenie oferty Izba wskazuje, że zamawiający gdyby wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień to otrzymałby je od odwołującego w takim zakresie, że nie było by jakichkolwiek wątpliwości, że przedmiot zamówienia zostanie wykonany zgodnie z wymogami siwz.

Zamawiający nie może „czychać” na jakiegokolwiek nieścisłości w ofercie po to aby ofertę odrzucić, o niezgodności treści oferty z treścią siwz można mówić w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada przedmiotowi zamówienia w ten sposób, że nie zapewnia jego realizacji w sposób opisany przez zamawiającego w siwz, pomimo przeprowadzonego postępowania wyjaśniającego. W przedmiotowej sytuacji odwołujący w 4 przypadkach dotyczących grzejników – na prawie 87 pozycji grzejników nie wpisał oznaczenia „ocynkowane”, ale nie wpisał również określenia wyraźnie wskazującego na oferowanie innych grzejników. Również w zakresie rur PCV odwołujący nie dopisał określenia „U” co jak wskazano na rozprawie jest określeniem używanym tylko przez niektórych producentów tych rur. Zamawiający rury te uznał za rozwiązanie „nierównoważne”, bez jakichkolwiek dalszych wyjaśnień.

Izba uznaje, że zamawiający w przekonywujący sposób nie wykazał, że oferowane rury nawet bez określenia „U” nie spełniają wymogów siwz.

Podobną kwestia jest dokonanie wpisania w pozycje dotyczącą rusztowań – dla jej wypełnienia, wartości jednej złotówki /1 zł/, co przy wartości zamówienia około 8 ml. złotych i faktu, że wybrana oferta jest droższa od oferty odwołującego o ponad 430 tysięcy złotych nie może mieć żadnego znaczenia dla oceny oferty i odrzucenia jej z tego powodu.

Dlatego też Izba stwierdza, że stwierdzone w ofercie rozbieżności z siwz podlegały wyjaśnieniu w trybie art. 87 ust.1 ustawy Pzp, Zamawiający nie wzywając odwołującego do złożenia wyjaśnień i odrzucając ofertę dopuścił się naruszenia przepisu art. 87 ust. 1 i 89 ust.1 pkt. 2 ustawy Pzp.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, **które miało wpływ** lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co – ze wskazanych wyżej względów – miało miejsce w analizowanej sprawie.

Z powyższych względów orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1 i 2 p.pkt. b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku 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).

Przewodniczący