

WYROK
z dnia 8 października 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **8 października 2013 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 września 2013 r. przez **Odwołującego** – pana Arkadiusza N. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą: REMBUD Zakład Remontowo Budowlany Arkadiusz N., Mały Rudnik 5A, 86-302 Grudziądz, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego** - Wojskowa Specjalistyczna Przychodnia Lekarska - SP ZOZ, ul. Legionów 57, 86-300 Grudziądz,

przy udziale **Wykonawcy** - THERMBAU POLSKA sp. z o.o. sp. k., ul. Walki Młodych 78A, 64-920 Piła, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **Odwołującego** – pana Arkadiusza N. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą: REMBUD Zakład Remontowo Budowlany Arkadiusz N., Mały Rudnik 5A, 86-302 Grudziądz, i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10.000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** – pana Arkadiusza N. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą: REMBUD Zakład Remontowo Budowlany Arkadiusz N., Mały Rudnik 5A, 86-302 Grudziądz, tytułem wpisu od odwołania,

sygn. akt: KIO 2285/13

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Wojskowa Specjalistyczna Przychodnia Lekarska - Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Grudziądzu, 86-300 Grudziądz, ul. Legionów 57, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Przebudowę budynku szpitalnego nr 13 na potrzeby Przychodni Lekarskiej - roboty wewnętrzne (budowlane, instalacyjne wodno-kanalizacyjne, sanitarne i elektryczne)” na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.).

Zamawiający dnia 20 września 2013 roku przesłał wykonawcom informację o wynikach prowadzonego postępowania.

Dnia 24 września 2013 roku wykonawca Arkadiusz N. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą „REMBUD” Zakład Remontowo Budowlany Arkadiusz N., 86-302 Grudziądz, Mały Rudnik 5A (zwany dalej „odwołujący”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu:

- 1) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez nieuzasadnione odrzucenie oferty odwołującego, pomimo braku sprzeczności treści oferty z s.i.w.z.,
- 2) dokonanie oceny oferty z naruszeniem prawa, polegającym na niewłaściwej ocenie zawartej w ofercie propozycji, którego można było uniknąć, gdyby zwrócono się o stosowne wyjaśnienia do wykonawcy zgodnie z możliwością wskazaną przez art. 87 ust. 1 ustawy Pzp,
- 3) naruszenie art. 29 ustawy Pzp, poprzez wymaganie zawarte w s.i.w.z. (pkt. 10.4.1), aby wykonawca miał w pozycjach kosztorysu ofertowego te same KNR, normy zużycia, itp. co w przedmiarze oraz identyczne zestawienia dotyczące robocizny, materiałów i sprzętu,
- 4) naruszenie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, nakazującego poprawiać inne omyłki, polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia niepowodujące istotnych zmian w treści oferty,
- 5) naruszenie art. 7 ust. 3 w związku z art. 91 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, tj. oferty odwołującego,
- 6) naruszenie art. 35 ust. 3 pkt 1 ustawy o finansach publicznych nakazującego dokonywać - wydatków publicznych w sposób celowy i oszczędny z zachowaniem zasady uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów poprzez dokonanie wyboru oferty droższej od oferty odwołującego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

sygn. akt: KIO 2285/13

- 1) unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego,
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert w zakresie oferty odwołującego,
- 3) zastosowania dyspozycji art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, w stosunku do oferty odwołującego,
- 4) dokonania wyboru oferty odwołującego w wyniku ponownego badania i oceny ofert.

Zamawiający dnia 25 września 2013 roku przekazał wykonawcom uczestniczącym w przedmiotowym postępowaniu kopię odwołania.

Dnia 27 września 2013 roku do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca Therbau Polska sp. z o.o. sp. k., ul. Walki Młodych 78A, 64-920 Piła.

Zamawiający nie wniósł pisemnej odpowiedzi na odwołanie.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza dopuściła dowód z dokumentów składających się na dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołujący wskazał, że zamawiający argumentując swoją decyzję podał, iż na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp, odrzucił ofertę odwołującego ponieważ w kosztorysie ofertowym: w zestawieniu roboczogodzin brakuje 164,038 r-g, w zestawieniu materiałów

brakuje 75 pozycji, poz. „oprawy świetlówkowe” zawiera 382 szt. (ujęto wszystkie razem bez rozbicia na poszczególne typy opraw zgodnie z PT (wykonawca nie uwzględnił w złożonej ofercie odpowiedzi zamieszczonych przez zamawiającego na stronie internetowej z dnia 02.09.2013 r.), zestawienie wykonane jest nieczytelne, bez logiki branżowej lub i alfabetycznej, wykonane niezgodnie z załączonym do s.i.w.z. wzorem (wykonawca nie uwzględnił w złożonej ofercie odpowiedzi zamieszczonych przez zamawiającego na stronie internetowej z dnia 02.09.2013 r.), zestawienie sprzętu wykonane zostało niezgodnie z załączonym do s.i.w.z. wzorem (pkt. 10.4.1). Ponadto na 5 załączonych referencji tylko 2 określają zakres robót porównywalny z przedmiotem zamówienia.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu niezgodne z prawem czynności, polegające na odrzuceniu oferty odwołującego oraz na uznaniu za najkorzystniejszą oferty wykonawcy Thermbau Polska sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Pile. Odwołujący zakwestionował powyższe rozstrzygnięcie, gdyż w jego ocenie w przedmiotowym postępowaniu nie zaistniały przesłanki określone w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, skutkujące koniecznością odrzucenia oferty odwołującego.

Odwołujący wskazał, że legitymuje się interesem we wniesieniu odwołania, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, bowiem w przypadku dokonania oceny ofert z uwzględnieniem oferty odrzuconej właśnie oferta odwołującego okazałaby się ofertą najkorzystniejszą.

Odwołujący wskazał, że kosztorys ofertowy został złożony zgodnie z wymaganiami zamawiającego - według załączonego przez zamawiającego wzoru, bez pominięcia jakiegokolwiek wymaganej pozycji oraz zgodnie z dokumentacją projektową i przedmiarem. Zamawiający nie podnosił zarzutów dotyczących treści kosztorysu i wobec braku zarzutów co do załączonego do oferty kosztorysu ofertowego twierdzenie, że oferta jest niezgodna z s.i.w.z. jest bezzasadne. Dokonując odrzucenia oferty zamawiający nie wskazał, w jakim zakresie oferta nie spełnia jego oczekiwań np. przez wskazanie, jakie roboty nie zostaną wykonane lub wskazanie materiałów, których brakuje, bo nie zostały ujęte w kosztorysie i niewycenione. Wskazywane przez zamawiającego różnice dotyczą tylko i wyłącznie zestawienia materiałów, sprzętu i robocizny, które zostało porządzone zgodnie z kosztorysem ofertowym odwołującego i jest z nim tożsame.

Sporządzenie zestawienia zgodnie ze wzorem przedłożonym przez zamawiającego jest bowiem, w ocenie odwołującego niemożliwe, gdyż wymagałoby posiadania przez wykonawców identycznego, jak osoba sporządzająca dokumentację dla zamawiającego programu do kosztorysowania, identycznych ustawień tego programu oraz jego wersji. Załączone przez zamawiającego zestawienia robocizny, materiałów i sprzętu zostały załączone w formie pliku tylko do odczytu (pdf), który nie pozwalał na modyfikację, a jego ślepe wypełnienie spowodowałoby brak korelacji i spójności z kosztorysem ofertowym odwołującego. Pomimo twierdzenia zamawiającego, że w zestawieniu brakuje określonej

ilości pozycji, czy też godzin, jak również wskazania, że zestawienie sprzętu wykonano niezgodnie z załączonym do s.i.w.z. wzorem, zamawiający nie wykazał braku wyceny jakiegokolwiek materiału, potrzebnego sprzętu lub robót. W ocenie odwołującego, oznacza to, że w ofercie zostały podane wszystkie nakłady niezbędne do realizacji zamówienia, zgodnie z oczekiwaniami zamawiającego, co potwierdza że oferta jest tożsama z oczekiwaniami s.i.w.z., a różnice wynikają jedynie z formy jej zaprezentowania, która z niewyjaśnionych przyczyn nie odpowiada zamawiającemu.

W ocenie odwołującego, dokonując w kosztorysie wyceny wszystkich pozycji, których oczekiwał zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia postąpił prawidłowo, załączając do sporządzonej przy pomocy własnego programu i przedstawiając zestawienia materiałów, sprzętu i robocizny, gdyż tylko zestawienia wygenerowane za pomocą programu będą tożsame z kosztorysem, a cała oferta kompletna. Ponadto odwołujący podkreślił, że sposób wyliczenia ceny przez wykonawców stanowi ich wyłączną domenę w zakresie poszczególnych składników cenotwórczych. Normy zużycia materiałów, robocizny oraz pracy sprzętu stanowią przedmiot indywidualnych kalkulacji. Dlatego wymaganie, aby wykonawca miał w pozycjach kosztorysu ofertowego te same KNR i normy zużycia, itp. co w przedmiarze oraz identyczne jak zamawiający zestawienia materiałów, sprzętu i robocizny narusza art. 29 ustawy Pzp.

Odwołujący podniósł, iż wskazywana w uzasadnieniu odrzucenia oferty różnica ilości roboczogodzin wynika tylko i wyłącznie z różnic wersji programu dotyczących zakładanych norm czasowych i nie stanowi niezgodności z treścią s.i.w.z., gdyż nie ma żadnych podstaw twierdzenie, że inna liczba roboczogodzin niż przyjęta przez zamawiającego stanowi o niezgodności treści oferty z s.i.w.z.

Odwołujący dodał, że posiada znacznie nowszą wersję programu do kosztorysowania, niż wykonawca, który opracował dokumentację na potrzeby zamawiającego. Różnice w zakresie ilości roboczogodzin przyjętych dla poszczególnych pozycji wynikają więc z aktualizacji norm czasowych, które nastąpiły w nowszych wersjach programu. Różnice dotyczące formy zaprezentowania ofert, jakie wskazał zamawiający w uzasadnieniu nie są jednak niezgodnościami z s.i.w.z., a już na pewno nie można mówić o niezgodnościach tak istotnych, że powodują odrzucenie oferty.

W ocenie odwołującego odrzucenie jego oferty nastąpiło bez właściwej weryfikacji zgodności treści oferty z treścią s.i.w.z. Dokonaniu takiej weryfikacji służy procedura wyjaśniania treści oferty opisana w art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, która może również poprzedzać podjęcie decyzji o odrzuceniu oferty, jak również dokonanie poprawek w treści oferty wykonawcy, a które w ogóle z niewyjaśnionych przyczyn nie zostały zastosowane w postępowaniu.

Z daleko idącej ostrożności odwołujący podniósł również zarzut naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. W sytuacji uznania, że sporządzone przez odwołującego zestawienia będące częścią oferty są niezgodne z s.i.w.z., należy bowiem zbadać istotność tej niezgodności i rozważyć możliwość wprowadzenia poprawek, co nie zostało przez zamawiającego uczynione. Odwołujący stoi na stanowisku, że w przypadku niczym nieuzasadnionej potrzeby posiadania informacji dotyczących materiału i sprzętu, nieprzedstawionych wprost w zestawieniu, zamawiający może na podstawie danych przedstawionych w kosztorysie dokonać poprawek w zestawieniu poprzez jego bardziej szczegółowe rozwinięcie i posegregowanie według własnego uznania. Naniesienie takich poprawek nie stanowiłoby istotnej zmiany treści oferty, gdyż poprawiane według zamysłu zamawiającego pozycje i przyporządkowane im nakłady zostały wycenione przez odwołującego, nie uległa by zmianie również zaoferowana cena.

Dokonanie takich poprawek mieści się dyspozycji 87 ust. 2 pkt 3 i jak najbardziej może zostać poprzedzone wyjaśnieniami, o których stanowi ust. 1 przywołanego przepisu, zmierzającym do ustalenia rzeczywistej treści oferty oraz charakteru i rodzaju, czy sanowanie potrzeby wprowadzenia ewentualnych zmian w jej treści. Zastosowanie procedury wskazanej w art. 87 ust. 1 ustawy Pzp w przypadku niniejszego zamówienia w żaden sposób nie prowadziłoby do prowadzenia pomiędzy zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty, bowiem między stronami nie ma rozbieżności, co do oczekiwań przedmiotu zamówienia.

Dodatkowo odwołujący podniósł, iż załączone przez odwołującego referencje w czterech przypadkach wskazują spełnienie warunków s.i.w.z., natomiast zamawiający wymagał załączenia potwierdzenia dla trzech podobnych robót.

W celu wykazania braku istotnych niezgodności oferty z treścią s.i.w.z. odwołujący wniósł o przeprowadzenie następujących dowodów:

- 1) Dowód z dokumentów - przeanalizowanie kosztorysu ofertowego odwołującego się pod względem jego zgodność; z wzorem załączonym do s.i.w.z.
- 2) Przesłuchanie w charakterze świadka Marka J. - pracownika odwołującego sporządzającego ofertę - na okoliczność wyjaśnienia powodu powstawania różnic w zestawieniach stron pomimo sporządzenia kosztorysu zgodnie z oczekiwaniami zamawiającego, sposobu i możliwości jego sporządzenia.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są niezasadne.

Krajowa Izba Odwoławcza postanowiła oddalić wniosek odwołującego o przesłuchanie w charakterze świadka pana Marka J. uznając, że dowód ten jest zbędny do ustalenia stanu faktycznego sprawy. W ocenie Izby, dowód ten został powołany jedynie dla zwłoki postępowania.

Izba wskazuje, że zgodnie z pkt 10.4.1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia wykonawcy mieli obowiązek przedstawienia w pozycjach kosztorysu ofertowego te same KNR, normy zużycia, itp. co w przedmiarze oraz identyczne zestawienia dotyczące robocizny, materiałów i sprzętu. Zgodnie z tym postanowieniem s.i.w.z., każdy wykonawca chcąc złożyć ofertę w przedmiotowym postępowaniu, musiał bezwzględnie zaakceptować między innymi wyżej wskazany wymóg zamawiającego. Ponadto zamawiający w s.i.w.z. zawarł zastrzeżenie, że niewypełnienie lub zmiana jakiegokolwiek pozycji będzie skutkowało odrzuceniem oferty. Zamawiający zaznaczył, że sporządzając kosztorys ofertowy należy zachować podstawy wyceny, zachować kolejność i ilość pozycji wyszczególnionych w kosztorysie ofertowym, wypełnić zestawienie materiałów, sprzętu i robocizny, które stanowią integralną część kosztorysu ofertowego (...). W załączniku Nr 5 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia stanowiącym wzór umowy, w § 3 zamawiający wskazał, że obowiązującą formą wynagrodzenia, jest wynagrodzenie kosztorysowe.

Izba wskazuje na formalizm postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, który charakteryzuje się obowiązkiem po obu stronach postępowania, zamawiającego jak i wykonawców, respektowania prawomocnych postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Ocena spełnienia wymogów merytorycznych treści oferty w odniesieniu do treści s.i.w.z. musi odbywać się na jednakowej płaszczyźnie w celu zachowania zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp).

W przedmiotowym postępowaniu zamawiający wyraźnie wskazał, jakie elementy składające się na przedmiot zamówienia muszą zostać spełnione, aby oferta składana przez wykonawcę spełniała oczekiwania zamawiającego.

Odwołujący rygorów zamawiającego nie spełnił. Wskazać bowiem należy, że o ile zamawiający w odniesieniu do samego kosztorysu uwag do odwołującego nie zgłaszał, to już takie zastrzeżenia znajdowały swoje uzasadnienie w odniesieniu do zestawienia materiałów. Odwołujący bowiem, upraszczając przedłożone do oferty zestawienie materiałów nie podał, nie wyszczególnił wszystkich wymaganych kosztorysem zamawiającego elementów. Za niezasadne uznać należało stanowisko odwołującego, iż ewentualne nieścisłości zamawiający mógł wyjaśnić w trybie przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, albowiem treść oferty jest jasna i nie wymaga doprecyzowania. Z treści oferty (zestawienia materiałów) nie wynika bowiem czy przedmiot oferty zawiera wszystkie wymagane pozycje kosztorysowe w zakresie materiałów. W szczególności wskazać należy, że odwołujący w swoim kosztorysie – zestawieniu materiałów – nie podał płyt kartonowo-gipsowych ognioodpornych, opraw ledowych, umywalki dla niepełnosprawnych, co przy charakterze wynagrodzenia jaki przewidział zamawiający, tj. wynagrodzeniu kosztorysowym (obmiarowym) uniemożliwia zamawiającemu wycenę tych elementów i dokonanie stosownej opłaty za nie. Stwierdzić należało, że odwołujący scalił pozycje dotyczące m.in. opraw

oświetleniowych uogólniającej je, przez co zamiast wymaganych przez zamawiającego konkretnych pozycji dotyczących opraw o różnych parametrach (będących przedmiotem odpowiedzi na pytania z dnia 2 września 2013 r.), zaoferował 382 szt. tych samych opraw, ale nie wiadomo jakich. Tym samym zamawiający otrzymując ofertę odwołującego, otrzymał przedmiot oferty niezgodny z jego zapotrzebowaniem opisanym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Powyższe oznacza, że treść oferty odwołującego nie odpowiada specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Wskazać należy, że błędy w ofercie odwołującego nie dają się sanować również w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, gdyż zamawiający samodzielnie nie może kreować cen wykonawcy za określone produkty, a elementy te, jako *essentialia negotii* przyszłej umowy nie dają się poprawić w zakresie ww. przepisu, gdyż przepis ten znajduje zastosowanie w przypadku innych omyłek niepowodujących istotnych zmian w treści oferty. Natomiast zmiany, jakie miałyby wprowadzić zamawiający ingerują w istotne elementy oferty, mające swoje bezpośrednie przełożenie na umowę i rozliczenie powykonawcze.

Izba stwierdziła, że zarzut dotyczący naruszenia art. 29 ustawy Pzp, jest zarzutem, co do którego ustawodawca wyłączył możliwość wnoszenia środków ochrony prawnej, w przypadku, gdy postępowanie prowadzone jest poniżej tzw. progów unijnych. Wskazać należy, że przedmiotowe postępowanie prowadzone jest poniżej tzw. progów unijnych, co wyklucza możliwość wniesienia odwołania w powyższym zakresie – wyłącza powyższą możliwość zastrzeżenie wynikające z art. 180 ust. 2 ustawy Pzp. Jednakże odwołujący nie pozostając bierny, w powyższym zakresie miał możliwość zgłaszania swoich zastrzeżeń do zamawiającego, w trybie przepisu art. 181 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący z powyższej możliwości nie skorzystał.

Za niezasadny Izba uznała również zarzut dotyczący naruszenia przepisu art. 35 ust. 3 pkt 1 ustawy o finansach publicznych wskazując, że naruszenie tego przepisu w myśl art. 180 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, nie może stanowić o wadliwości czynności zamawiającego mających wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Biorąc powyższe pod uwagę stwierdzić należało, że odwołujący nie dochował należytej staranności, nie wypełnił żądania zamawiającego w sposób przez niego określony, co musiało wiązać się ze skutkiem w postaci odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono, jak w sentencji.

sygn. akt: KIO 2285/13

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Przewodniczący: