

WYROK
z dnia 27 czerwca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **27 czerwca 2012 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 czerwca 2012 r. przez **Odwołującego** – Jarosława Zielińskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: Przedsiębiorstwo Budowlano-Montażowe „BUDMONT”, ul. Miodowa 8, 87-800 Włocławek, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego** - Powiat Zduńskowolski, ul. Złotnickiego 25, 98-220 Zduńska Wola.

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje **Zamawiającemu** unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, nakazuje **Zamawiającemu** unieważnienie czynności odrzucenia oferty **Odwołującego** oraz dokonanie ponownej oceny ofert,

2. kosztami postępowania obciąża **Zamawiającego** - Powiat Zduńskowolski, ul. Złotnickiego 25, 98-220 Zduńska Wola i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** – Jarosława Zielińskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: Przedsiębiorstwo Budowlano-Montażowe „BUDMONT”, ul. Miodowa 8, 87-800 Włocławek tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od **Zamawiającego** - Powiat Zduńskowolski, ul. Złotnickiego 25, 98-220 Zduńska Wola, na rzecz **Odwołującego** – Jarosława Zielińskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: Przedsiębiorstwo Budowlano-Montażowe „BUDMONT”, ul. Miodowa 8, 87-800 Włocławek kwotę **13 600 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) 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 (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 **Sieradzu**.

Przewodniczący:

U z a s a d n i e

Zamawiający: Powiat Zduńskowolski, ul. Złotnickiego 25 98 - 220 Zduńska Wola wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w przedmiocie „Termomodernizacji budynków szkół ponad gimnazjalnych prowadzących kształcenie zawodowe w Zduńskiej Woli w zakresie docieplenia ścian zewnętrznych i regulacji instalacji c.o. w Zespole Szkół Elektronicznych oraz regulacji instalacji c.o. w Zespole Szkół Zawodowych Nr 1”.

Ogłoszenie o zamówieniu zamieszczono pod numerem 147938 - 2012 w Biuletynie Zamówień Publicznych z 9.05.2012r., zaś specyfikacja istotnych warunków zamówienia zwana dalej „SIWZ” została zamieszczona na stronie internetowej Zamawiającego: www.bip.powiatzdunskowolski.pl.

Zamawiający w dniu 12.06.2012r. zawiadomił Odwołującego: Przedsiębiorstwo Budowlano Montażowe „BUDMONT” Jarosław Zieliński, ul. Miodowa 8, 87-800 Włocławek o odrzuceniu jego oferty z uwagi na brak wskazania składnika ceny ryczałtowej w formularzu oferty (roboty związane z renowacją elewacji ścian niepodlegających ociepleniu), tj. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych zwanej dalej „ustawą Pzp” z powodu niezgodności treści oferty z treścią SIWZ.

Nie zgadzając się z powyższą czynnością Zamawiającego badania i oceny ofert oraz odrzucenia oferty Odwołującego w dniu 15 czerwca 2012r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W swoim odwołaniu zażądał nakazania Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
- unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej z udziałem oferty Odwołującego.

Zdaniem Odwołującego wskazana czynność Zamawiającego jest niesłuszna i narusza art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp.

Podniósł, że w treści SIWZ Zamawiający określił, iż cena ma charakter ryczałtowy (pkt. 12 SIWZ, par. 8 wzoru umowy). Z powyższych postanowień SIWZ wnioskował, że skoro cena ma charakter ryczałtowy, to wyszczególnienie cen za poszczególne rodzaje robót należy traktować jedynie, jako oświadczenie pomocnicze.

Podkreślił przy tym, iż Odwołujący w kosztorysach ofertowych wycenił wszystkie poszczególne pozycje, w tym także i te, które Zamawiający określił, jako wchodzące w zakres robót związanych z renowacją elewacji ścian niepodlegających ociepleniu.

Powołał się na wyrok KIO z dnia 23 sierpnia 2010r. (KIO/1722/10) z tezą, iż mając na uwadze charakter wynagrodzenia, o zakresie świadczenia, do którego wykonania wykonawca będzie zobowiązany za określoną w ofercie kwotę decyduje szczegółowy opis przedmiotu zamówienia. Jeżeli zatem wykonawca jakichś robót nie wycenił lub je pominął, a ich wykonanie wynikało z dokumentacji projektowej, wykonawca nie ma prawa żądać za nie dodatkowego wynagrodzenia. Jednocześnie wskazał wyrokiem Sądu Okręgowego w Kielcach VII Ga 163/09 z 15.01.2010r., że jeżeli pominięte roboty wchodziły w zakres przedmiotowy zamówienia, brak wyceny ich wartości nie zwalniał wykonawcy z obowiązku ich wykonania. Powyższe rozumowania składów orzekających pozwalają – w ocenie Odwołującego - z jednej strony na zagwarantowanie Zamawiającemu bezpieczeństwa, a z drugiej na rozróżnienie między wynagrodzeniem ryczałtowym (niezmiennym) a kosztorysowym.

Zwrócił uwagę, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w pkt. 4 SIWZ, gdzie odesłał ponadto do dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót oraz przedmiarów robót stanowiących załączniki do SIWZ, a składając ofertę Odwołujący w pkt. 2 formularza oferty oświadczył, iż zapoznał się z treścią siwz i uznaje się za związanego jej postanowieniami.

Zauważył także, że Zamawiający żądał w formularzu oferty oraz we wzorze umowy (par. 8 pkt 3) rozbicia ceny ryczałtowej na dwa elementy (roboty budowlane w ZSE oraz w ZSE nr 1) składające się z kilku kolejnych części, a Odwołujący wskazał zarówno cenę ryczałtową za wykonanie całości zamówienia, jak i za oba elementy wchodzące w jego skład.

Nie zgodził się także z Zamawiającym odnośnie braku parafki Odwołującego w miejscu, gdzie dokonano poprawek, ponieważ nie dotyczyła ona treści oferty, a jedynie wskazania numeru strony, na której znajdują się załączniki.

Pismem z dnia 26.06.2012r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie informując, iż był zmuszony odrzucić przedmiotową ofertę z powodu wpisania wartości „zero zł” do pozycji z formularza przedłożenia oferty - „roboty związane z renowacją elewacji ścian niepodlegających ociepleniu”, co jest sprzeczne ze sposobem liczenia ceny ofertowej brutto oraz uniemożliwia rozliczenie z instytucjami współfinansującymi projekt.

Zdaniem Zamawiającego nie mógł on samodzielnie poprawić tej omyłki, jako nieistotnej z braku wiedzy specjalistycznej koniecznej do weryfikacji kosztów poszczególnych grup robót, a wyjaśnienie podania kosztów tej grupy robót, jako zero nie wniosłoby do przedmiotowej sprawy nic nowego.

Wskazywał również, że nie mógł dokonać poprawienia oferty w trybie przepisu art.87 ust.2 pkt. 3 ustawy Pzp z tego powodu, że omyłka ta była istotna, a z powodu podania niewłaściwych kosztów realizacji w stosunku do przedłożonego kosztorysu ofertowego również stwierdził, że oferta zawierała błąd w obliczeniu ceny.

Co do argumentacji Odwołującego dotyczącej ryczałtowego charakteru umowy, to wywodził, że w SIWZ Zamawiający odniósł się jedynie do formy płatności.

Odnosnie stanowiska Zamawiającego dotyczącego niewłaściwej korekty oferty to zauważył, że nie użył sformułowania o poprawce „treści oferty”, lecz miał na uwadze „wszelki miejsca, w których wykonawca naniesie zmiany”.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, w tym dokumentacji prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a w szczególności w oparciu o treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty Odwołującego, informacji Zamawiającego z dnia 12 czerwca 2012r.o wyborze najkorzystniejszej oferty i odrzuceniu oferty Odwołującego, kosztorysu ofertowego, jak również na podstawie złożonych na rozprawie przez strony wyjaśnień, Izba postanowiła odwołanie uwzględnić.

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

Uwzględniając powyższe Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Odwołujący podtrzymał swoje dotychczasowe stanowisko, a Zamawiający wnosił o oddalenie odwołania.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba stwierdziła naruszenie przez Zamawiającego przepisu art.89 ust.1 pkt. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113 poz. 759 z póź. zm.).

Przedmiotem rozstrzygnięcia niniejszego postępowania odwoławczego było zagadnienie czy Zamawiający dokonał czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i odrzucenia oferty Odwołującego w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zgodnie z obowiązującymi przepisami ustawy Pzp i czy treść oferty tego wykonawcy pozostawała w sprzeczności z treścią SIWZ.

W uzasadnieniu faktycznym zaskarżonej czynności Zamawiający powołał się na postanowienie rozdziału 16.2 SIWZ, stosownie do, którego każdy wykonawca przedłoży ofertę zgodnie z załączonym formularzem sam lub przez reprezentanta(pełnomocnik) podmiotów składających wspólnie ofertę.

Izba stwierdza, że Odwołujący żadaną ofertę na formularzu Zamawiającego złożył, podając pięć cen jednostkowych składających się na cenę całkowitą za wykonanie przedmiotu zamówienia, w tym w pozycji nr 2 za roboty związane z renowacją elewacji ścian niepodlegających dociepleniu ZSE wpisał zero złotych.

Według Izby Zamawiający w postępowaniu odwoławczym nie udowodnił, że wykonawca opisał cenę wykonania robót budowlanych w sposób sprzeczny z postanowieniami rozdz.17.1 SIWZ, w ten sposób, że wykonawca nie określił tej ceny na podstawie projektów budowlano-wykonawczych, Specyfikacji Technicznych i Odbioru Robót Budowlanych – w części odnoszącej się do przedmiotu zamówienia, kosztorysów nakładczych i treści SIWZ i jej załączników.

Z ustaleń Izby wynika, że Odwołujący nie pogrupował dokładnie grup kosztów i dlatego powstała rozbieżność pomiędzy wynagrodzeniem wskazanym w formularzu przedłożenia oferty i pozycjami kosztorysu ofertowego z podsumowaniami pozycji kosztorysu ofertowego ze strony 47. Jednak zdaniem Izby jest to jedynie sprzeczność wewnętrzna złożonego przez oferenta oświadczenia woli nienaruszająca treści SIWZ.

Należy wskazać, że Zamawiający w SIWZ nie wymagał kwalifikowania grup poszczególnych kosztów, a zatem nie może obecnie wymagać od wykonawcy podania wartości zerowej w danej pozycji kosztorysu, skoro nie ma pewności czy wartość ta jest

przypisana do ceny jednostkowej z pozycji nr 2 formularza, i odwrotnie nie może traktować, jako wadliwie podanej ceny z tej pozycji formularza oferty z powodu braku wiedzy, co do kalkulacji kosztów odnoszących się do tej ceny jednostkowej, co zresztą sam przyznał w odpowiedzi na odwołanie.

W ocenie Izby nie ulega wątpliwości, że żądany przez Zamawiającego kosztorys ofertowy miał charakter posiłkowy i nie zawierał essentialia negotii zamówienia, w przeciwieństwie do ceny i cen jednostkowych wymienionych w formularzu przedłożenia oferty, które stanowią elementy przedmiotowo istotne. W takim wypadku wszelkie omyłki mogą podlegać ewentualnie procedurze określonej w przepisie art.87 ust.2 pkt. 3 ustawy Pzp.

W powyższym kontekście Izba nie podziela również stanowiska Zamawiającego o kosztorysowym charakterze wynagrodzenia umownego. W § 8 ust.2 załącznika nr 3 do SIWZ – projekt umowy strony wyraźnie postanawiają o wysokości wynagrodzenia ryczałtowego, a nie kosztorysowego, a wysokość tego wynagrodzenia nie podlega waloryzacji ani modyfikacji w sposób polegający na jego zwiększeniu, co wyraźnie wskazuje na ryczałtowy charakter tego wynagrodzenia.

Jednocześnie należy wskazać, że w uwagach do rozdz.12 SIWZ Zamawiający zastrzegł, że umowa o wykonanie robót będzie umową ryczałtową, dlatego Zamawiający nie będzie szczegółowo sprawdzał kosztorysów ofertowych(np. pozycji i przedmiarów).

Reasumując Izba reprezentuje zapatrywanie, że istnienie wewnętrznej sprzeczności w treści oferty lub niezrozumienie jej pewnych elementów przez Zamawiającego nie może skutkować automatycznym odrzuceniem oferty. W takiej sytuacji Zamawiający powinien zmierzać do ustalenia rzeczywistej treści oferty korzystając z przepisu art.87 ust.1 ustawy Pzp.

Wymaga wskazania również, że Odwołujący w swojej ofercie złożył oświadczenie o zapoznaniu się z SIWZ i uznaniu się związanym określonymi w nim postanowieniami i zasadami postępowania. Analiza oświadczeń ofertowych złożonych przez Odwołującego oraz wyjaśnienia udzielone na rozprawie nie prowadzą jednak do wniosków nasuwających wątpliwości.

Ostatecznie Izba doszła do przekonania, że nieparafowanie miejsca przy poprawkach liczby załączników stanowi uchybienie formalne nieodnoszące się do treści oferty.

W tym stanie rzeczy, uznając, iż powyższe naruszenia przepisów ustawy miały i mogły mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, Izba na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, postanowiła odwołanie uwzględnić.

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).

Przewodniczący: