

WYROK

z dnia 22 sierpnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek

Protokolant: Sylwia Muniak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 sierpnia 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 sierpnia 2017 r. **S. M., prowadzącego działalność gospodarczą p.n. C. T. G. i S. N. S. M., ul. (...)** postępowaniu prowadzonym przez **Zespół Opieki Zdrowotnej w D. T., ul. (...)**

przy udziale **Przedsiębiorstwa Usługowo Produkcyjno Handlowego O. Sp. z o.o., ul. (...)** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża **S. M., prowadzącego działalność gospodarczą p.n. C. T. G. i S. N. S. M., ul. (...)** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), uiszczoną przez **S. M., prowadzącego działalność gospodarczą p.n. C. T. G. i S. N. S. M., ul. (...)** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **S. M., prowadzącego działalność gospodarczą p.n. C. T. G. i S. N. S. M., ul. (...)** na rzecz **Zespół Opieki Zdrowotnej w D. T., ul. (...)** **D. T.** kwotę **3 725,10 zł** (słownie: trzy tysiące siedemset dwadzieścia pięć złotych dziesięć groszy), stanowiącą koszty wynagrodzenia pełnomocnika oraz koszty dojazdu, zgodnie ze złożoną fakturą oraz kopią biletu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 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 Nowym Sączu**.

Przewodniczący:

U z a s a d n i e

Zamawiający - Zespół Opieki Zdrowotnej w D. T. - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na przebudowę kotłowni parowej na kotłowni niskoparametrową z pompami ciepła i instalacją fotowoltaiki oraz przebudowa instalacji zewnętrznej sieci ciepłowniczej, c.w.u., oraz energetycznej Zespołu Opieki Zdrowotnej w D. T.” w ramach projektu „Modernizacja kotłowni szpitalnej - poprawa efektywności energetycznej w Samodzielnym Publicznym Zakładzie Opieki Zdrowotnej w D. T. poprzez zastosowanie odnawialnych źródeł energii. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 23 czerwca pod poz. ...

W dniu 7 sierpnia 2017r. Odwołujący - S. M., prowadzący działalność gospodarczą p.n. C. T. G. i S. N. S. M. – wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie na czynność Zamawiającego z dnia 31 lipca 2017r. polegającą na odrzuceniu oferty Odwołującego z przedmiotowego postępowania na mocy art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp poprzez błędne jego zastosowanie i bezzasadne odrzucenie oferty Odwołującego, mimo że jego oferta spełniała wszystkie warunki SIWZ i była zgodna z treścią SIWZ;
2. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w związku z brakiem wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego, pomimo że przedstawia ona najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów w postępowaniu.
3. art. 91 ust. 1 Pzp poprzez dokonanie wyboru nie najkorzystniejszej oferty w postępowaniu mimo, że oferta tego wykonawcy nie przedstawia najkorzystniejszego bilansu ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego i zaniechanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego

z daleko posuniętej ostrożności Odwołujący zarzucił również naruszenie:

4. art. 87 ust 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień co do zgodności złożonej oferty z treścią SIWZ;
5. art.87 ust 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie dokonania czynności poprawienia innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty.

Odwołujący wniósł o:

1. unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu;
2. unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego dokonanej na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp;
3. nakazanie Zamawiającemu przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego,
4. nakazanie Zamawiającemu dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej;
5. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika oraz z daleko posuniętej ostrożności ewentualnie o:
6. nakazanie zamawiającemu wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień i dokonania poprawy innej omyłki w trybie art.87 ust 2 pkt 3) ustawy Pzp

W uzasadnieniu stawianych zarzutów, nie zgadzając się z decyzją Zamawiającego, że okoliczność, że Odwołujący w złożonym formularzu ofertowym na str. 1 w Etapie I podał wartość 3 190 982, 52 zł oznacza, że nie zrealizuje on połowy wartości inwestycji do 30.11.2017r, podniósł, że takie stanowisko jest zupełnie bezzasadne. Zamawiający postawił w SIWZ wymóg, że do 30.11.2017r należy zrealizować połowę wartości inwestycji, drugą połowę wartości inwestycji do 30.09.2018r. Wykonawca przystępując do przetargu akceptował wszystkie warunki postawione przez Zamawiającego, samo złożenie oferty jest potwierdzeniem chęci uczestniczenia w postępowaniu i realizacji zadania na warunkach określonych przez Zamawiającego. Przez złożenie podpisu na formularzu oferty Odwołujący zaakceptował wymagania stawiane przez Zamawiającego. Odwołujący wskazał, że w formularzu oferty, jak i w jakimkolwiek innym dokumencie Zamawiający nie wymagał podania kwoty odpowiadającej połowie wartości inwestycji w formularzu ofertowym, co jest jak najbardziej zrozumiałe z uwagi, że na etapie podpisywania umowy dopiero w załączniku nr 1 do umowy Harmonogram wykonania robót Zamawiający będzie akceptował harmonogram wykonania robót. Zauważył, że prace w przedmiotowym postępowaniu będą realizowane na obiekcie czynnym co powoduje, że harmonogram wykonania robót powinien być całkowicie dostosowany do umożliwienia Zamawiającemu prawidłowej realizacji jego zadań. Odwołujący podkreślił, że w formularzu ofertowym wskazał tylko tak jak nakazał Zamawiający daty końcowe realizacji wskazanych etapów, które przecież będą realizowane także przez 30.11.2017r. a ich łączna wartość będzie odpowiadać do 30.11.2017r. połowie wartości inwestycji tak jak tego chciał Zamawiający. Zamawiający w tabeli formularza nie żądał podania dat rozpoczęcia etapów. Nie nakazał, żeby prace z poszczególnych etapów

były prowadzone i wykonane jednocześnie, co także jest uzasadnione technologicznie. Dlatego tabela umieszczona w formularzu ofertowym służyła jedynie do pomocy w przygotowaniu harmonogramu wykonania robót, w którym zostaną wskazane zadania, terminy realizacji poszczególnych etapów, wartość wykonanych robót i zgodnie z życzeniem Zamawiającego do 30.11.2017r będzie zrealizowana połowa wartości inwestycji. Formularz ofertowy zawiera tylko wskazanie dotyczące etapu realizacji projektu (niespójność z pojęciem inwestycji), wartości ryczałtowej etapu brutto i terminu zakończenia prac na podstawie bezusterkowego protokołu odbioru, nie ma wymogu podania połowy wyliczonej przez wykonawcę wartości.

Ponadto, w projekcie umowy - §9 ust 4 Zamawiający wskazał, że rozliczenie za wykonane roboty odbywać się będzie za roboty wykonane i etapy zgodne z harmonogramem rzeczowo-finansowym, a więc zgodnie z załącznikiem nr 1 do umowy uzgodnionym na etapie podpisywania umowy. Dodatkowo w projekcie umowy §9 ust 5 Zamawiający wskazał, że podstawę do wystawienia faktury przejściowej za wykonane roboty stanowić będzie protokół odbioru częściowego ujmujący liczbę wykonanych w tym czasie robót - z książki obmiaru oraz ceny jednostkowe robót przyjęte z kosztorysu ofertowego, podpisany przez Inspektora Nadzoru, Kierownika Budowy i zatwierdzony przez Zamawiającego. Dlatego, zdaniem Odwołującego, w świetle przedstawionych okoliczności i zapisów zawartych w SIWZ tabela zawarta w formularzu oferty nie ma żadnego znaczenia dla oceny oferty Odwołującego i realizacji zamówienia.

Zauważył także, że Zamawiający stosuje w SIWZ różne znaczenia pojęcia „wartości” w połączeniu z pojęciami: „projektu”, „etapu”, „inwestycji”, „wykonanych robót”, „zadania”, „wynagrodzenia” a potem na własne potrzeby interpretuje je w wygodny dla siebie sposób, np. w formularzu ofertowym pisze o „połowie wartości inwestycji”, „etapie realizacji projektu”, „wartości ryczałtowej brutto etapu”, w załączniku nr 1 do umowy „HARMONOGRAM WYKONANIA ROBÓT” mówi o „wartości wykonanych robót” oraz „zadaniu” a w uzasadnieniu odrzucenia ofert o „wyliczonej przez wykonawcę wartości inwestycji”, „10% wartości całości wynagrodzenia”.

Zdaniem Odwołującego dopuszczalna i prawidłowa jest interpretacja, że rozliczenia z Zamawiającym będą dokonywane na podstawie zatwierdzonego przez Zamawiającego HARMONOGRAMU WYKONANIA ROBÓT w innym bowiem razie załącznik nr 1 do umowy byłby całkowicie zbędny. Tak samo prawdopodobnie rozumieli funkcję i znaczenie HARMONOGRAMU WYKONANIA ROBÓT oraz to, że tabela w formularzu ofertowym nie

stanowiła podstawy do rozliczenia połowy wartości inwestycji pozostali dwaj Wykonawcy, których oferty zostały odrzucone z uwagi na podanie w ostatnim etapie w tabeli w formularzu ofertowym wartości mniejszej niż 10%, podanej ceny oferty (co nie oznaczało, że wartość faktury końcowej wystawionej w oparciu o HARMONOGRAM WYKONANIA ROBÓT nie wyniesie co najmniej 10%).

Z ostrożności Odwołujący wskazał, że Zamawiający nie mógł odrzucić oferty Odwołującego bez uprzedniego poprawienia oferty Odwołującego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Gdyby, nawet przyjąć błędną interpretację Zamawiającego zaprezentowaną w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego, że wartość połowy inwestycji to połowa ceny oferty i należało ją podać/napisać, w którejś rubryce tabeli znajdującej się w formularzu ofertowym, to zaskakująca jest okoliczność, że Zamawiający nie zastosował się do dyspozycji art. 87 ust 2 pkt 3 Pzp i nie dokonał poprawy poprzez dokonanie podziału ceny oferty przez 2 (jeżeli miał on ją podaną liczbowo i słownie wraz z cenami jednostkowymi określonymi w kosztorysach ofertowych). Zwłaszcza, że nie miało na tym etapie postępowania znaczenia jakie roboty zostaną wykonane i w jakim terminie, bowiem nie dał żadnych wytycznych co do wypełnienia tabelki w formularzu ofertowym.

Poprawienie powyższej omyłki Zamawiający mógł poprzedzić wyjaśnieniami. Jeżeli więc Zamawiający uznał, iż treść oferty nie odpowiada treści SIWZ w sytuacji, gdy jednocześnie Wykonawca przyjął wszystkie warunki i zasady postępowania w niej określone o czym świadczy choćby jego oświadczenie w formularzu jego oferty, to Zamawiający mógł przyjąć, że ma do czynienia z omyłką w treści oferty Odwołującego i dokonać jej poprawy.

Na podstawie dokumentacji akt sprawy oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestnika postępowania zaprezentowane w trakcie rozprawy, Izba ustaliła, co następuje:

W rozdz. IV pkt 1 SIWZ, Zamawiający podał terminy wykonania zamówienia, wskazując, że termin zakończenia realizacji inwestycji to 30.09.2018r. i podając, że zakończenie etapu I to 30.11.2017. W pkt 2 tego rozdziału Zamawiający podał, że do 30.11.2017r. należy zrealizować połowę wartości inwestycji, drugą połowę wartości inwestycji do 30.09.2018r. W pkt 3 podał, że wartość faktury końcowej nie może być niższa niż 10% wartości całości wynagrodzenia brutto. Informacje o identycznej treści zostały także zamieszczone w Formularzu ofertowym. Ponadto w Formularzu ofertowym Zamawiający wymagał podania dla poszczególnych etapów realizacji projektu zakresu wykonanych prac,

wartości ryczałtowej etapu brutto oraz terminu zakończenia prac na podstawie bezusterkowego protokołu odbioru, z tymże do etapu I termin i ostatniego terminy zakończenia prac zostały podane przez Zamawiającego, odpowiednio 30.11.2017r. oraz 30.09.2018r. W § 3 pkt 1 projektu umowy Zamawiający podał także, iż do 30.11.2017r należy zrealizować połowę wartości inwestycji, drugą połowę wartości do 30.09.2018r. W odpowiedzi na pytanie jednego z oferentów, pismem z dnia 12 lipca 2017r Zamawiający wskazał, że „Termin wykonania zamówienia podzielony jest max na 4 etapy. Etap I określony jest do 30.11.2017r w tym okresie należy zrealizować połowę wartości inwestycji, drugą połowę wartości inwestycji do 30.09.2018r. (z podziałem na poszczególne etapy lub nie), uwzględniając zapisy umowy §9 pkt 6 „wartość faktury końcowej nie może być niższa niż 10% wartości całości wynagrodzenia brutto”.

Mając na uwadze powyższe ustalenia, Izba zważyła co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu.

Z przywołanych wyżej postanowień SIWZ i udzielonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznych wyjaśnień, wynika, że Zamawiający określił jako istotny dla niego wymóg zrealizowania połowy wartości inwestycji w ściśle określonym terminie do 30.11.2017r. Z wymogiem tym koresponduje treść samego Formularza ofertowego, gdzie Zamawiający wymagał podania zakresu prac dla poszczególnych etapów, wartości ryczałtowej poszczególnych etapów oraz dat ich zakończenia. Nie ulega wątpliwości, że wartość podana w Formularzu ofertowym Odwołującego, wynosząca 3 190 982,52 zł, nie stanowi połowy wartości inwestycji, która została wyceniona przez Odwołującego na kwotę 6 425 373,77 zł brutto. Istotne jest także to, że w Formularzu ofertowym wykonawcy mieli podać zakres prac, który zostanie wykonany w poszczególnych etapach a zakres prac, objęty etapem I miał obejmować połowę wartości inwestycji. Stanowisko Odwołującego, że podanie w Formularzu ofertowym kwoty mniejszej niż połowa wartości inwestycji, nie oznacza, że wykonawca w toku realizacji zamówienia nie zrealizuje połowy wartości inwestycji, jest argumentacją chybioną i przywołaną na potrzeby tego postępowania odwoławczego. Obowiązkiem wykonawców, składających ofertę było zrealizowanie połowy wartości inwestycji w terminie do 30.11.2017r. a deklaracja w tym zakresie miała być złożona w Formularzu ofertowym, gdzie wykonawca miał obowiązek podać zakres robót w każdym z etapów i ich ryczałtową wartość. Odwołujący wskazał, że w ramach I etapu zrealizuje: wykonanie robót związanych z dolnym źródłem ciepła, roboty konstrukcyjne z wykorzystaniem stali, instalacje paneli fotowoltanicznych. Wobec takiej deklaracji zawartej w Formularzu ofertowym, nie można uznać za zasadną argumentacji Odwołującego

przedstawionej w toku rozprawy, że w etapie I może zrealizować także inne prace, tak aby ich wartość do 30.11.2017r. wyniosła połowę wartości inwestycji. W świetle powyższego zachodzi, zdaniem Izby, niezgodność treści oferty z wymaganiami określonymi w SIWZ.

Izba rozważyła także możliwość zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp oraz art. 87 ust. 1 Pzp i doszła do przekonania, że w tych okolicznościach sprawy nie zachodzą okoliczności określone w tych przepisach. Wyjaśnienia, o których mowa w art. 87 ust. 1 Pzp doprowadziłyby do niedopuszczalnych negocjacji dotyczących treści złożonej przez Odwołującego oferty i ustalenia z nim zakresu prac, który ma być wykonany w poszczególnych etapach, czego zakazuje art. 87 ust. 1 zdanie drugie. Z kolei przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp znajduje zastosowanie do poprawienia innych omyłek polegających na niezgodności oferty z SIWZ niepowodujących istotnych zmian w treści oferty. Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem omyłki, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp winny mieć taki charakter, by czynności ich poprawy mógł dokonać Zamawiający samodzielnie, bez udziału wykonawcy w tej czynności. Poprawienie wartości realizacji I etapu, wymagałoby zmiany albo zakresu prac albo zwiększenia wartości prac ujętych w I etapie i jednoczesnego zmniejszenia wartości prac w pozostałych etapach. Podstawę do ingerencji Zamawiającego w tym zakresie mogłyby stanowić jedynie wyjaśnienia udzielone na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp. Porozumiewanie się w tej mierze zamawiającego z wykonawcą stanowiłoby niedozwolone negocjacje dotyczące treści oferty, a zatem wykazanie owej niezgodności treści oferty z treścią siwz nie ma charakteru „omyłki” podlegającej poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Uwzględniając powyższe, Izba uznała, że działanie Zamawiającego polegające na odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp było prawidłowe.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 1, § 3 i § 5 ust. 2 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 (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: