

Sygn. akt: KIO 1752/12

POSTANOWIENIE
z dnia 23 sierpnia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w Warszawie w dniu 21 sierpnia 2012 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 sierpnia 2012 r. przez wykonawcę **S..... W..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Firma Handlowo-Usługowa „Wolf” S..... W..... z siedzibą w Brzeźnicy 308** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gminę Tomice w Tomicach, ul. Wadowicka 51**

postanawia:

- 1. umorzyć postępowania odwoławcze;**
- 2. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą kwotę uiszczonego wpisu na rzecz wykonawcy wykonawcę S..... W..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Firma Handlowo-Usługowa „Wolf” S..... W..... z siedzibą w Brzeźnicy 308 tytułem wpisu od odwołania.**

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 niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Krakowie.**

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na budowę chodnika dla pieszych wraz z kanalizacją deszczową, budową urządzeń odwodnienia powierzchniowego, przebudową drogi powiatowej w zakresie poszerzania jezdni, remontem włączy dróg gminnych, zjazdów indywidualnych w ciągu dróg powiatowych nr 1770K i 1771K w Zygodowicach zostało wszczęte przez zamawiającego Gminę Tomice w Tomicach, ul. Wadowicka 51 ogłoszeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 12 lipca 2012r. za numerem 2012-152501.

W dniu 10 sierpnia 2012r. zamawiający poinformował o wynikach postępowania, w tym m. in. o wyborze Przedsiębiorstwa Remontowo-Budowlanego JANMAR M. K..... z Białej Drogi 122 oraz o wykluczeniu wykonawcy S..... W..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Firma Handlowo-Uslugowa „Wolf” S..... W..... z siedzibą w Brzeźnicy 308 i odrzuceniu jego oferty. W uzasadnieniu wykluczenia i odrzucenia zamawiający podał, że wykluczenie następuje na podstawie art. 24 ust. 3 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2010r. nr 113 poz. 759 ze zm. – dalej ustawy), natomiast odrzucenie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy., jako podstawę faktyczną wskazano, że zamawiający wymagał obliczenia ceny ofertowej na podstawie załączonych do siwz przedmiarów. Wykonawca sporządził kosztorysy błędnie, w kontekście ilości przyjętych robót, co spowodowało błędne obliczenie ceny.

W dniu 16 sierpnia 2012r. (15 sierpnia 2012r. dzień ustawowo wolny od pracy) na piśmie wykonawca S..... W..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Firma Handlowo-Uslugowa „Wolf” S..... Wz siedzibą w Brzeźnicy 308 wniósł odwołanie.

Odwołanie dotyczy niezgodnych z przepisami ustawy czynności: wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu i odrzucenia jego oferty, którym odwołujący zarzucił naruszenie:

- art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy przez wykluczenie odwołującego z udziału w postępowaniu, mimo że zamawiający nie wykazał, że odwołujący złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania,

- art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy przez niedokonanie w ofercie wykonawcy odwołującego poprawienia innej omyłki, polegającej na niezgodności oferty ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, nie powodującej istotnych zmian w treści oferty,
- art. 89 ust. 2 pkt 6 ustawy przez odrzucenie oferty odwołującego, mimo że nie zawiera ona błędów w obliczeniu ceny,
- art. 92 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy przez niepodanie uzasadnienia prawnego dla odrzucenia oferty odwołującego, jak i przez niepodanie uzasadnienia faktycznego i prawnego dla wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu,
- art. 7 ust. 1 ustawy przez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców

Wniósł o :

- unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu,
- unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego,
- nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz dokonania w ich trakcie zaniechanej czynności poprawienia w ofercie odwołującego innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z SIWZ, nie powodującej istotnych zmian w treści oferty (art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp), tj. poprawienia poz. 9 (str. 2) kosztorysu ofertowego poprzez podanie zgodnej z przedmiarem liczby jednostek miary oraz uwzględnienie konsekwencji rachunkowej dokonanej korekty i powiadomienie o tym wykonawcy
- zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania wg spisu i dowodów, które zostaną przedłożone na rozprawie.

Odwołujący wskazał, że ma interes prawny we wniesieniu odwołania, albowiem spośród ofert ważnych złożonych w postępowaniu jego oferta z punktu widzenia jedyne kryterium oceny ofert, tj. ceny, jest w rankingu ofert najkorzystniejsza - jej cena bowiem jest niższa od ceny oferty wybranej przez zamawiającego, natomiast czynności zamawiającego uniemożliwiają mu uzyskanie zamówienia, czym narażają go na szkodę majątkową.

W uzasadnieniu podniósł, że z informacji o wynikach postępowania dowiedział się, że został wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy, tj. że rzekomo złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, przy czym zamawiający w ogóle nie uzasadnił tej czynności. Ponadto, poza powyższą informacją o wykluczeniu odwołującego z udziału w postępowaniu, zamawiający wskazał również, że odrzucił ofertę odwołującego ze względu na rzekome błędy w obliczeniu ceny ofertowej.

W lakonicznym uzasadnieniu dokonanej czynności odrzucenia oferty (notabene niezgodnym z art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp - uzasadnienie faktyczne nazbyt ogólne i brak uzasadnienia

prawnego) zamawiający stwierdził, że: „przedstawione w ofercie odwołującego kosztorysy zostały sporządzone błędnie, w kontekście ilości przyjętych robót, co spowodowało błędne obliczenie ceny sporządzonych ofert”.

Jak wynika z treści tego uzasadnienia oraz wbrew konkluzjom zamawiającego, oferta odwołującego nie zawiera błędów w obliczeniu ceny ofertowej, a inną omyłkę, polegającą na nieistotnej niezgodności z SIWZ, która powinna być poprawiona na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Zatem już z tego powodu zamawiający błędnie zastosował powołany przezeń przepis art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy. Zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. W poz. 9 (str. 2) kosztorysu ofertowego odwołujący zamiast wymaganej ilości robót ziemnych - 23,625 m³ (zgodnej z przedmiarem robót) wpisał bowiem omyłkowo ilość 26,625 m³. Skutek tej omyłki dla wyceny ofertowej jest taki, że w wyniku jej poprawy cena ofertowa obniży się o 72,42 zł; nie zmieni się również kolejność w rankingu ofert. Z uwagi na charakter omyłki wykonawcy - zaledwie jeden drobny błąd w przywołaniu ilości przedmiarowych, dotyczący zaledwie jednej na ponad 40 pozycji przedmiarowych skutkujący zmianą ceny ofertowej o zaledwie 72,42 zł przy całkowitej cenie oferty na ponad 420 tys. zł - nie sposób przyjąć, że po pierwsze, odwołujący nie miał zamiaru złożyć oferty zgodnej z SIWZ, pod drugie, że zamawiający nie mógł samodzielnie poprawić oferty odwołującego, po trzecie, że omyłka, którą popełnił odwołujący w złożonej ofercie, ma charakter istotnej niezgodności z SIWZ, tj. omyłki powodującej istotne zmiany w treści oferty, innymi słowy, nie sposób stwierdzić, iż zachodziły podstawy do odrzucenia oferty odwołującego. Powyższe okoliczności, w ocenie odwołującego, dobitnie wskazują, że zamawiający, wbrew obowiązkom wynikającym z ustawy zaniechał czynności, do której był zobowiązany - tj. niezgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy nie poprawił w F.H.U. „Wolf” omyłki w rozumieniu tego przepisu. Co zaś się tyczy informacji o wykluczeniu odwołującego z udziału w postępowaniu, zamawiający nie podał żadnego uzasadnienia dla tej czynności, nie sposób więc podjąć z nią jakiegokolwiek polemiki. W tym miejscu należy wskazać, że zgodnie z art. 6 kc w zw. z art. 14 ustawy to na zamawiającym spoczywa ciężar wykazania okoliczności stanowiących podstawę ewentualnego wykluczenia wykonawcy. Skoro w treści informacji dla wykonawców zamawiający nie podał jakiegokolwiek uzasadnienia faktycznego dla tej czynności, nie sposób uznać, że zachodziły przesłanki do jej podjęcia. Jeżeli chodzi o uzasadnienie podjętych przez zamawiającego czynności, zostało ono sporządzone z rażącym naruszeniem art. 92 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy, jest ono także wewnętrznie sprzeczne - z jego treści nie sposób bowiem wywnioskować, jakie właściwie czynności zostały podjęte przez zamawiającego, czy zamawiający wykluczył wykonawcę z powodów opisanych w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy, czy też odrzucił jego ofertę ze względu na rzekome błędy w obliczeniu ceny. Można jedynie domniemywać, że

zamawiający uznał, iż błąd w kosztorysie ofertowym wykonawcy odwołującego stanowi „podanie nieprawdziwej informacji” w rozumieniu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy, a w konsekwencji daje podstawę do odrzucenia oferty jako błąd w obliczeniu ceny, co jednak w ocenie odwołującego jest jedynie całkowitym pomyleniem pojęć i wynika z niedostatecznego zrozumienia stosowanych regulacji.

Odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 13 sierpnia 2012r. udzielonego przez właściciela firmy odwołującego. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 16 sierpnia 2012r.

W dniu 17 sierpnia 2012r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania i wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

Do postępowania odwoławczego nikt nie przystąpił skutecznie.

W dniu 20 sierpnia 2012r. do Izby wpłynęła odpowiedź zamawiającego na odwołanie, w której uwzględnił on w całości zarzuty odwołania.

Izba zważyła, co następuje :

W związku z faktem, iż przed otwarciem posiedzenia Krajowej Izby Odwoławczej, zamawiający uwzględnił zarzuty odwołania, zaszły podstawy do umorzenia postępowania.

Zgodnie z art. 186 ust. 2 ustawy Pzp, w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym, pod warunkiem, że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca. W takim wypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Jak ustalono wyżej, w prowadzonym postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca.

Zatem mając na uwadze, że:

1. zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu,
2. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca,

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że zachodzą przesłanki do wydania postanowienia o umorzeniu postępowania odwoławczego.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła okoliczność, iż uwzględnienie odwołania miało miejsce przed otwarciem posiedzenia, zatem koszty te znoszą się wzajemnie z mocy przepisu art. 186 ust. 6 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, orzekając w tym zakresie o konieczności zwrotu kwoty wpisu uiszczonego przez odwołującego na rachunek Urzędu Zamówień Publicznych, stosownie do § 5 ust. 1 pkt 1 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