

Sygn. akt KIO/330/11

WYROK

z dnia 3 marca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 marca 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu **18 lutego 2011 r.** przez **Piotra Sawickiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą ART. MAXIMO, ul. Szczęśliwa 2, 05-270 Marki**, w postępowaniu prowadzonym przez **Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Warszawa Wola-Śródmieście, ul. E. Ciołka 11, 01-445 Warszawa**

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego, dokonanie poprawek w ofercie odwołującego w trybie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, dokonanie powtórnego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego.**

2. Kosztami postępowania obciąża **Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Warszawa Wola-Śródmieście, ul. E. Ciołka 11, 01-445 Warszawa** i nakazuje:

- 1) zaliczyć w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Piotra Sawickiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą ART. MAXIMO, ul. Szczęśliwa 2, 05-270 Marki** tytułem wpisu od odwołania,
- 2) dokonać wpłaty kwoty **13 600 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) przez **Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Warszawa Wola-Śródmieście, ul. E. Ciołka 11, 01-445 Warszawa**, na rzecz **Piotra Sawickiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą ART. MAXIMO, ul. Szczęśliwa 2, 05-270 Marki** stanowiącej uzasadnione koszty strony 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 na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

.....

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający – Samodzielny Publiczny ZOZ Warszawa Wola-Śródmieście, ul. Ciołka 11; 01-445 Warszawa prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Modernizację gabinetów lekarskich na parterze Przychodni przy ul. Grzybowskiej 34 w Warszawie”, w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 10 stycznia 2011 r. pod pozycją 9473.

Dnia 15 lutego 2011 roku Zamawiający poinformował wykonawców o wyniku prowadzonego postępowania, tj. o wyborze oferty najkorzystniejszej, która została złożona przez Piotra Dziekońskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą SYNTETPOL, ul. Obozowa 89/22; 01-433 Warszawa oraz o odrzuceniu, na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych – m.in. oferty Piotra Sawickiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą ART. MAXIMO, ul. Szczęśliwa 2; 05-270 Marki.

Zdaniem Zamawiającego, w załączonym przez Piotra Sawickiego kosztorysie ofertowym (elektrycznym) w poz. 59 wykonawca wstawił inną pozycję niż w kosztorysie inwestorskim. W poz. 60 oraz 76 wykonawca wstawił wartość „0” dla poszczególnych pozycji zaś w części dotyczącej kosztorysu sanitarnego w poz. 50, 51 i 52 wstawił cenę dla materiałów inwestora (grzejniki).

Z decyzją Zamawiającego nie zgodził się wykonawca Piotr Sawicki prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą ART. MAXIMO, ul. Szczęśliwa 2; 05-270 Marki (zwany dalej „Odwołującym”) i dnia 18 lutego 2010 roku wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy Pzp przez zaniechanie czynności, do których Zamawiający był zobowiązany oraz wobec czynności Zamawiającego podjętych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, polegających na:

- 1) niezasadnym odrzuceniu oferty złożonej przez Odwołującego,
- 2) zaniechaniu dokonania czynności, do której Zamawiający jest zobligowany przepisami ustawy Pzp określonej w art. 87 ust. 2 pkt 3,
- 3) przeprowadzeniu badania i oceny ofert w sposób sprzeczny z ustawą Pzp,
- 4) dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty z naruszeniem zasad prowadzenia postępowania.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający naruszył następujące przepisy ustawy Pzp:

- 1) art. 87 ust. 2 pkt 3, przez zaniechanie dokonania poprawy w ofercie Odwołującego innych omyłek polegających na niezgodności oferty z s.i.w.z., niepowodujących istotnych zmian w treści oferty Odwołującego,
- 2) art. 7 ust. 1, przez brak zapewnienia zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wskazał, iż ma interes prawny w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, ponieważ na skutek naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może ponieść szkodę. W przypadku przeprowadzenia prawidłowej oceny ofert, przez dokonanie czynności, do których Zamawiający jest zobowiązany przepisami ustawy Pzp, oferta Odwołującego nie zostałaby odrzucona, Odwołujący uzyskałby najwyższą liczbę punktów, co potwierdził sam Zamawiający w „Zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz o wykonawcach wykluczonych i ofertach odrzuconych” - pkt 7 tabeli, a tym samym jego oferta zostałaby uznana za najkorzystniejszą.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu powtórzenia dokonania czynności badania i oceny ofert, a w konsekwencji:

- 1) unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Piotra Dziekońskiego prowadzącego działalność pod firmą „SYNTETPOL”, ul. Obozowa 89/22 01-433 Warszawa,
- 2) powtórzenie czynności badania i oceny ofert,
- 3) dokonania poprawy w ofercie Odwołującego innych omyłek polegających na niezgodności oferty z s.i.w.z., niepowodujących istotnych zmian w treści oferty,

- 4) dokonanie wyboru, jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego oraz zawarcie z nim umowy o udzielenie zamówienia publicznego.

Uzasadniając Odwołujący podniósł, co następuje.

Odwołujący wyjaśnił, że zakwestionowana przez Zamawiającego poz. 59 kosztorysu ofertowego (elektrycznego) dotyczy pomiaru natężenia oświetlenia w ilości 10 pomiarów:

Faktyczna nazwa pozycji katalogowej KNR 4-03 1205-01 do 03 to pomiary uziemienia ochronnego lub roboczego instalacji odgromowej skuteczności zerowania.

Wartość robocizny pozycji KNR 4-03 1205-02 i KNR 4-03 1205-03 jest identyczna i wynosi 0,56 rg/pomiar. Odwołujący, przez pomyłkę wstawił zamiast końcówki pozycji katalogowej - 02, końcówkę katalogową - 03. Pomyłka ta nie ma żadnego istotnego znaczenia w treści i wartości kosztorysu ze względu na zastosowaną analogię, ponieważ wartość robocizny jest taka sama. W ocenie odwołującego pomyłka ta kwalifikuje się do poprawy

w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

W poz. 60 kosztorysu ofertowego Odwołujący wstawił wartość „0”. Pozycja 60 kosztorysu nie zawiera numeru katalogowego KNR, a jedynie zapis „Prawo o odpadach” i dotyczy wyceny czynności: „koszt gospodarowania odpadami - źródło światła obmiar 56 szt.” Pozycja 60 kosztorysu ofertowego odnosi się do utylizacji 56 szt. „świelówek”.

Odwołujący wycenił tę czynność na 0 zł, ponieważ nie ponosi on kosztów utylizacji, prowadząc działalność gospodarczą i regularnie dokonując zakupów w hurtowniach elektrycznych, nieodpłatnie zwraca sprzedającym zużyte źródła oświetlenia. Stosowne oświadczenia przedstawicieli hurtowni Odwołujący zobowiązał się przedstawić na rozprawie.

W poz. 76 kosztorysu ofertowego Odwołujący wstawił wartość „0”. Pozycja 76 nie zawiera numeru katarowego KNR, a jedynie zapis „analiza indywidualna” i dotyczy wyceny czynności „wykonania dokumentacji powykonawczej (elektrycznej) obmiar 1 kpl.” Odwołujący wycenił tę czynność na 0 zł, ponieważ wykonanie dokumentacji powykonawczej mieści się w ramach pracy dotyczącej danego zamówienia publicznego i będąc osobą posiadającą wyższe wykształcenie techniczne, wykonuje te pracę osobiście bez dodatkowego wynagrodzenia, podobnie jak przygotowanie oferty.

Obie pozycje kosztorysu ofertowego pozwalają wykonawcy na daleko idącą dowolność w wycenie kosztów, dlatego też Zamawiający nie ma podstaw do kwestionowania sposobu ich wyliczenia.

W ocenie Odwołującego zasadnym było zwrócenie się Zamawiającego w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp o wyjaśnienie przyczyn dokonania ww. wyceny w poz. 60 i 76

kosztorysu ofertowego elektrycznego, a następnie uznanie prawidłowości sporządzenia ww. oferty.

W kosztorysie nakładczym Zamawiający zawarł cztery pozycje: 49, 50, 51 i 52 dotyczące montażu grzejników płytowych co. Pozycja nr 49 KNR-W2-150418-07 zawiera montaż grzejników co. o określonej nazwie i parametrach szt. 4 wraz z dostawą przez wykonawcę. Natomiast pozycje pozostałe: 50, 51 i 52 zawierają montaż grzejników co. po jednej sztuce na pozycję, lecz bez dostawy przez wykonawcę (materiał inwestora). Odwołujący wprowadzając dane do komputera podczas przygotowywania kosztorysu ofertowego przeoczył zapis „materiał inwestora” i wycenił w pozycjach 50, 51 i 52 trzy sztuki grzejników co. na sumę: 165 zł + 185 zł + 185 zł= 535 zł. Tym samym podwyższył wartość swojego kosztorysu inwestorskiego o taką mniej więcej kwotę.

Powyższy błąd zmienił w znikomym stopniu wartość oferty, jednakże zdaniem Odwołującego, Zamawiający miał obowiązek naprawienia oczywistej pomyłki Odwołującego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Dla oceny oferty Odwołującego, zmiana ta nie miałaby żadnego znaczenia w ocenie punktowej, ponieważ Odwołujący, pomimo ww. pomyłki, złożył swoją ofertę, jako najkorzystniejszą cenowo tj. najniższą.

Kopię odwołania, Odwołujący przekazał Zamawiającemu w dniu 18 lutego 2011 roku.

Zamawiający, dnia 18 lutego 2011 roku wezwał wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia odwołania.

Do postępowania odwoławczego nie przystąpił żaden z wykonawców.

Zamawiający, dnia 28 lutego 2011 roku wniósł odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania i zasądzenie kosztów postępowania według norm przepisanych.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron złożone podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku

naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, co uprawnia go do złożenia odwołania.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego 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.

Istotnym dla rozstrzygnięcia w przedmiotowym postępowaniu jest ustalenie charakteru wynagrodzenia za wykonanie przedmiotu zamówienia.

Postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie wskazują jednoznacznie na charakter wynagrodzenia, jaki miałby obowiązywać przy rozliczeniu przedmiotowej inwestycji. W powyższym zakresie wskazówką taką mogą być postanowienia wzoru umowy, w którym w § 6 Zamawiający wskazał:

- ust. 1 – *wynagrodzenie wykonawcy za wykonanie przedmiotu umowy strony ustalają w oparciu o złożoną ofertę i kosztorys ofertowy w wysokości [...],*
- ust. 4 - *wynagrodzenie wykonawcy płatne będzie na podstawie wystawionej faktury po podpisaniu protokołu końcowego odbioru robót oraz przekazaniu dokumentów opisanych w § 7,*
- ust. 5 – *wykonawca zobowiązany jest do rozliczenia robót i wystawienia faktury końcowej w terminie 14 dni od daty podpisania protokołu końcowego odbioru robót oraz przekazaniu dokumentów opisanych w § 7.*

Określenie przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego rodzaju wynagrodzenia: ryczałtowego albo kosztorysowego, ma niezwykle istotne znaczenie szczególnie w umowach o roboty budowlane. Zapłata wynagrodzenia stanowi bowiem jeden z głównych obowiązków zamawiającego. Instytucja wynagrodzenia jest elementem przedmiotowo istotnym umowy w sprawie zamówienia publicznego. Na podstawie przepisu art. 14 ustawy Pzp do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16, poz. 93 ze zm.). W umowie o dzieło

uregulowanej w k.c. wskazano dwa podstawowe rodzaje wynagrodzenia: wynagrodzenie ryczałtowe (art. 628 k.c.), oraz wynagrodzenie kosztorysowe (art. 629-631 k.c.).

Istotą wynagrodzenia ryczałtowego jest określenie tego wynagrodzenia z góry, bez przeprowadzania szczegółowej analizy kosztów wytwarzania dzieła. Wynagrodzenie to jest niezależne od rzeczywistego rozmiaru lub kosztu prac. Zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 20 listopada 1998 r., sygn. akt: II CRN 913/97, ryczałt polega na umówieniu z góry wysokości wynagrodzenia w kwocie absolutnej, przy wyraźnej lub dorozumianej zgodzie stron na to, że wykonawca nie będzie domagać się wynagrodzenia wyższego. Wynagrodzenie ryczałtowe oznacza wynagrodzenie za całość dzieła w jednej sumie pieniężnej lub wartości globalnej. Rozliczenia stron w przypadku zastosowania ryczałtowego charakteru wynagrodzenia w żaden sposób nie opierają się na cenach jednostkowych oraz faktycznie wykonanych świadczeniach. Zatem jeżeli cena, jaka została zastosowana w postępowaniu jest ceną ryczałtową - to wykonawca, a nie zamawiający ponosi ryzyko, co do poprawności kalkulacji ceny adekwatnej do rozmiaru przedmiotu zamówienia. Z charakteru wynagrodzenia ryczałtowego wynika bowiem, że uwzględnia ono wszystkie koszty związane z wykonaniem robót określonych dokumentacją przetargową oraz specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót. Należy przyjąć, że ryczałt należy się w umówionej wysokości i uprawniony do jego otrzymania w zasadzie nie może żądać jego podwyższenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac.

Natomiast wynagrodzenie kosztorysowe *de facto* ustalane jest dopiero na podstawie kosztorysu wykonawczego, a więc po zakończeniu i odbiorze robót zleconych w umowie.

Tym samym, w ocenie Izby w przedmiotowym postępowaniu mamy do czynienia z ryczałtowym charakterem wynagrodzenia.

Powyższe ustalenie ma decydujące znaczenie w ustaleniu możliwości zastosowania, przez Odwołującego wartości poszczególnych prac w wysokości „0 zł”.

Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej Zamawiający bezpodstawnie dokonał czynności odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

W zakresie zarzutu odwołania dotyczącego wskazania błędnego numeru KNR, Izba wskazuje, że opis poczyniony przez Odwołującego w kosztorysie ofertowym, jest analogiczny, jak opis ustanowiony przez Zamawiającego w kosztorysie inwestorskim. Tym samym nie zachodzi obawa o niewykonanie danej części prac, gdyż oferta zgodna jest

z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, obejmuje ten sam zakres robót. Zamawiający winien w trybie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych, poprawić w ofercie Odwołującego błędnie podany numer KNR 4-03 1205-03 na prawidłowy numer KNR 4-03 1205-02. W ocenie Izby, omyłka poczyniona przez Odwołującego w ofercie, polega na niezgodności ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia jednakże jej poprawa nie powoduje istotnych zmian w treści oferty.

W zakresie zarzutów dotyczących podania, w pozycjach kosztorysowych 60 i 76 wartości „0 zł”, w związku z uznaniem ryczałtowego charakteru wynagrodzenia Izba stwierdziła, że cena podana przez Odwołującego nie wpływa na całościowe wynagrodzenie wykonawcy przysługujące mu z tytułu wykonania umowy, jak i nie wpływa na zakres wykonywanej umowy, gdyż Odwołujący zaoferował wykonanie prac wskazanych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oferując je w kosztorysie ofertowym.

Odwołujący na rozprawie zgłosił dowód w postaci Informacji wystawionej przez TIM S.A. z siedzibą w Siechnicach Oddział w Warszawie, w której stwierdzono, iż *„W ramach dostaw materiałów i urządzeń dla firmy ART MAXIMO [...] stare i zużyte źródła światła (światłówki) są utylizowane przez firmę EKO HERPOON, w związku z tym firma ART MAXIMO nie ponosi kosztów utylizacji jw.”*. Tym samym została udowodniona okoliczność, iż Odwołujący miał prawo zaoferować w poz. 60 kosztorysu ofertowego wartość roboty na „0 zł”.

Odrzucenie oferty na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp może nastąpić tylko wówczas, gdy niezgodność treści oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia jest niewątpliwa. Zamawiający powinien tak interpretować i oceniać oferty wykonawców, aby w ramach przepisów ustawy Pzp, w pierwszej kolejności dążyć do ich utrzymania w postępowaniu, co w pełni koresponduje z naczelnym celem ustawy, jakim jest zapewnienie racjonalnego wydatkowania środków publicznych.

Rozpoznając ostatni z zarzutów Izba stwierdziła, że zachodzą przesłanki do zastosowania przez Zamawiającego przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Odwołujący w swojej ofercie niepotrzebnie, wbrew zastrzeżeniu Zamawiającego, wycenił wartość grzejników CO w pozycjach 50, 51 i 52 kosztorysu ofertowego. Niemniej skoro Zamawiający posiadał informację o wartości dokonanej omyłki, przez proste zsumowanie wadliwych pozycji i była to informacja uzyskana bez dodatkowej procedury określonej w trybie przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, to na Zamawiającym spoczywał obowiązek

poprawienia w ofercie Odwołującego powyższej omyłki polegającej na niezgodności treści oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, gdyż poprawa powyższa nie spowodowałaby istotnych zmian w treści oferty, w szczególności oferta pozostawałaby nadal ofertą zawierającą najniższą cenę.

Zamawiający powinien mieć możliwość weryfikacji zgodności zobowiązania wykonawcy z siwz we wszystkich jego aspektach na podstawie całości treści oferty (wraz z załącznikami), która winna zostać przygotowana i wypełniona w sposób przez niego wymagany, a nie tylko poprzestaniu na ogólnych deklaracjach zgodności wynikających m.in. z samego faktu złożenia oferty czy oświadczeń zawartych w jej treści. Ustawodawca nie warunkuje możliwości poprawienia omyłek w zależności od ich ilości, a z całą stanowczością wskazuje na ich istotność. Dopuszcza się możliwość poprawienia samej ceny ofertowej czy określenia przedmiotu świadczenia pod warunkiem ograniczenia zakresowego, ilościowego czy jakościowego tego typu zmian (wyrok z dnia 30 czerwca 2010 roku, sygn. akt KIO/UZP 1127/10)

Oczywista omyłka, to taka, która poza łatwością wykrycia, cechuje się tym, że jest przypadkową i niezamierzoną niedokładnością w zapisie lub w wyliczeniu, której sposób poprawienia nasuwa się sam przez się każdemu, a dokonana poprawa nie powoduje żadnej zmiany treści złożonego oświadczenia woli. Niezgodność treści oferty z treścią s.i.w.z., a także możliwość usunięcia takiej niezgodności w drodze poprawienia omyłek innych niż pisarskie i rachunkowe, powinna być odrębnie badana w każdym konkretnym przypadku, z uwzględnieniem całokształtu związanych z nim okoliczności. Przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p. nie określa enumeratywnego katalogu możliwych do poprawienia niezgodności i posługuje się nieostrą kategorią "istotności" jako granicy dopuszczalnych zmian treści oferty (wyrok z dnia 19 maja 2010 roku, sygn. akt KIO/UZP 809/10).

W związku z powyższym orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b) 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), uwzględniając koszty Odwołującego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600,00 zł.

Przewodniczący:

.....