

**WYROK**

**z dnia 18 grudnia 2009 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Członkowie: Andrzej Niwicki

Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 grudnia 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez

**Korporację Budowlaną BUDMAX Sp. z o.o. ul. Działkowa 2, 59-100 Polkowice**

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego:

**Gminę Polkowice ul. Rynek 1, 59-100 Polkowice**

protestu z dnia 28 października 2009 r.

przy udziale **Franciszka Gawluka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „EKOMBUD” Przedsiębiorstwo Budowlano-Usługowe, 59-101 Polkowice, ul. Biedrzychowa 6H** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert z udziałem oferty Odwołującego,**
- 2. kosztami postępowania obciąża Gminę Polkowice ul. Rynek 1, 59-100 Polkowice i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 462 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **Korporację Budowlaną BUDMAX Sp. z o.o. ul. Działkowa 2, 59-100 Polkowice**,
- 2) dokonać wpłaty kwoty **4 462 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) przez **Gminę Polkowice ul. Rynek 1, 59-100 Polkowice** na rzecz **Korporacji Budowlanej BUDMAX Sp. z o.o. ul. Działkowa 2, 59-100 Polkowice** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu,
- 3) dokonać zwrotu kwoty **5 538 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Korporacji Budowlanej BUDMAX Sp. z o.o. ul. Działkowa 2, 59-100 Polkowice**.

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

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *budowę budynku zaplecza oraz trybuny wolnostojącej w ramach zadania pn.: Przebudowa boiska sportowego przy ul. 11-go Lutego* na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych w trybie przetargu nieograniczonego. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 137387 i zmienione ogłoszeniami nr 151081, 153827. Zamawiający określił wartość zamówienia na 9.994.978,18 złotych, a więc nie przekracza ona tzw. progów unijnych.

21 października 2009 r. Odwołujący otrzymał informację o wyniku postępowania, w tym o wykluczeniu Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W uzasadnieniu zamawiający wyjaśnił, iż na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu żądał przedłożenia polisy, a w przypadku jej braku innego dokumentu ubezpieczenia potwierdzającego, że wykonawca

jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej, na kwotę minimum 2.000.000 zł, wraz z dowodem uiszczenia należnych składek. Odwołujący załączył do aktualną polisę ubezpieczeniową, z której wynika, iż do dnia składania ofert zobowiązany był uiścić 2 raty składki ubezpieczeniowej, natomiast nie załączono dowodu uiszczenia tych składek.

Zamawiający żądał też przedłożenia wykazu należycie wykonanych zadań wykazujących opisane przez Zamawiającego cechy. Zamawiający nie ma pewności, czy zadania wskazane w przedłożonym przez Odwołującego wykazie spełniają jego wymagania.

Zamawiający powinien wezwać Odwołującego do uzupełnienia ww. dokumentów, gdyż nie zostały przedłożone lub zawierają błędy, jednakże z treści art. 26. ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wynika, iż Zamawiający nie ma obowiązku wzywania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów, jeżeli pomimo ich uzupełnienia konieczne byłoby odrzucenie oferty albo unieważnienie postępowania.

Jednak oferta Odwołującego podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia pkt XIV „Opis sposobu obliczania ceny oferty”, ppkt 8., 9. i 11.

Odwołujący przedłożył wymagane kosztorysy, jednakże ich suma nie jest tożsama z ceną kosztorysową oferty brutto podaną w formularzu ofertowym. Zgodnie z ofertą wartość kosztorysowa robót branży budowlanej wynosi 2.024.000,00 zł, branży sanitarnej 418.000,00 zł oraz branży elektrycznej 135.000,00 zł, a więc suma wartości kosztorysów załączonych do oferty wynosi 2577.000.00 zł. Natomiast zgodnie z formularzem ofertowym cena kosztorysowa oferty brutto to 3.143.940,00 zł, zatem suma kosztorysów ofertowych nie jest tożsama z ceną oferty brutto podaną w formularzu ofertowym. Omyłka ta nie jest oczywistą omyłką pisarską ani też oczywistą omyłką rachunkową, lecz inną omyłką polegającą na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, jednakże jej poprawienie skutkować będzie istotną zmianą w treści oferty.

Odwołujący popełnił także omyłki w następujących pozycjach kosztorysu ofertowego branży budowlanej: poz. 70, 114, 129, 136, 226 i 233, które polegają na braku jednostki miary, ilości i ceny jednostkowej. Kosztorys ofertowy branży budowlanej zawiera także omyłkę w poz. 128 polegającą na nieprawidłowej w stosunku do przedmiaru ilości (zgodnie z przedmiarem powinno być 16 w kosztorysie ofertowym jest 1) oraz omyłkę w poz. 232 polegającą na niezgodnym z przedmiarem opisem pozycji. Omyłki te są możliwe do poprawienia, jednakże wraz ze wskazaną powyżej istotną niezgodnością oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, poprawienie omyłek prowadzi do istotnej zmiany w treści oferty

Na tę czynność 28 października 2009 r. Odwołujący wniósł protest, który Zamawiający oddalił 30 października 2009 r. podtrzymując swoje stanowisko wyrażone w informacji z 21 października 2009 r.

Od tego rozstrzygnięcia 4 listopada 2009 r. Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wykluczenie Odwołującego z postępowania bez przeprowadzenia szczegółowego postępowania wyjaśniającego oraz poprzez zaniechanie wezwania do uzupełnienia błędów i złożenia wyjaśnień oraz dokumentów,
2. art. 24 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez bezpodstawne uznanie, że Odwołujący nie opłacił i nie posiada dowodów uiszczenia składek za ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej oraz bezpodstawne uznanie, że jest to wada, której nie można uzupełnić w trybie art. 26 i która powoduje wykluczenie Odwołującego bez wezwania o uzupełnienie jak wyżej,
3. art. 87 ust 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez nieprawidłowe i wadliwe przeprowadzenie oceny złożonej przez Odwołującego oferty,
4. art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego,

5. art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych nakazującego przeprowadzenie postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

i wniósł o: uwzględnienie odwołania, nakazanie unieważnienia w całości lub ewentualnie o nakazanie powtórzenia czynności Zamawiającego, zasądzenie od Zamawiającego zwrotu poniesionych kosztów postępowania odwoławczego, w tym zastępstwa procesowego według norm obowiązujących.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający nie dość wnikliwie przeprowadził postępowanie przetargowe, gdyż pomimo występujących wątpliwości oraz braku dokumentów nie dążył do ich wyjaśnienia lub uzupełnienia. Zamawiający nie wezwał bowiem Odwołującego do złożenia brakujących potwierdzeń uiszczenia składek za ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej stwierdzając, iż oferta Odwołującego podlega odrzuceniu.

Odwołujący nie podziela również stanowiska Zamawiającego, iż konieczność dokonania poprawek omyłek zawartych w jego ofercie powodowałaby istotną zmianę jej treści. Poprawki te nie powodowałyby bowiem istotnej zmiany treści oferty, a w szczególności jej ceny. Odwołujący złożył ofertę zawierającą cenę kosztorysową brutto 3.143.940 złotych. Na kwotę tę składają się prawidłowe ceny z kosztorysów robót branży budowlanej, sanitarnej i elektrycznej dołączone do oferty. Zgodnie z ogólnie przyjętymi zasadami dotyczącymi sporządzania kosztorysów na poszczególne roboty (branże) cena w nich zawarta jest zawsze podawana w kwotach netto. W rozdziale XIV pkt 3 Zamawiający podał układ pozycji, jakie powinny kosztorysy branżowe zawierać, a zamieszczona tam tabela nie zawiera określeń dotyczących wartości w kwotach netto czy brutto. Dodatkowo w punkcie 5. tego rozdziału specyfikacji Zamawiający podał, że „każda pozycja kosztorysu ofertowego musi posiadać cenę jednostkową i wartość pozycji (netto lub brutto) do wskazanej podstawy wyceny”. Zgodnie z tym postanowieniem Odwołujący mógł przyjąć do podstawy wyceny wartość netto lub brutto. Kosztorysy branżowe traktować należy jako elementy pomocnicze do wyliczenia ceny oferty. Istotnym jest, aby cena ofertowa tj. cena wskazana w formularzu ofertowym była brutto, gdyż to ona podlega ocenie Zamawiającego.

W formularzu ofertowym dołączonym do specyfikacji istotnych warunków zamówienia w punkcie 4. Zamawiający określił, iż „wykonawca w kosztorysie ofertowym ma obowiązek podać wskaźniki kosztorysowe dla każdej z branż: roboczogodzina, koszty pośrednie, koszty zakupu i zysk”, a nie ubruttowanie kwot podatkiem VAT.

Po zsumowaniu wartości kosztorysów w poszczególnych branżach rzeczywiście dają one kwotę 2.577.000 złotych, ale netto, czego nie zauważył Zamawiający. Po dodaniu do tej kwoty 22% VAT otrzymuje się kwotę 3.143.940 złotych brutto, która została wskazana w formularzu ofertowym, zgodnie z wymogami Zamawiającego. Cena ta jest ceną ofertową nie podlegającą zmianie. Powoływanie się przez Zamawiającego na niezgodność tej kwoty z kwotami składowymi z kosztorysów branżowych jako podstawy do wykluczenia z postępowania w związku z brakiem możliwości jakichkolwiek zmian w tym zakresie jest niesłuszne, tym bardziej, że ewentualne wyjaśnienie w kwestii kwot kosztorysów branżowych nie ma wpływu na zmianę wartości ceny ofertowej określonej w formularzu ofertowym, która jest jedynym kryterium wyboru oferty najkorzystniejszej.

W ofercie nie wystąpiła więc jakakolwiek omyłka pisarska lub rachunkowa oraz inna omyłka, której poprawienie wiązałoby się z istotną zmianą treści oferty. Jeżeli jednak Zamawiający uważa inaczej, miał możliwość skorygowania i sprecyzowania tej części oferty na podstawie art. 26 ust. 3 bądź art. 87 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, w szczególności wezwania do złożenia oświadczenia, czy cena w kosztorysach branżowych jest netto, czy brutto. Zamawiający mógł również w tej sprawie skorzystać z art. 87 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych w odniesieniu do wartości podanych w kosztorysach branży budowlanej, elektrycznej i instalacyjnej. Zatem Zamawiający mógł sam ustalić, czy poszczególne ceny są cenami netto czy brutto poprzez zsumowanie ceny poszczególnych branż, porównanie ich z ceną ostateczną i po doliczeniu VAT w wysokości 22% stwierdzić, że podane zostały ceny netto. Zatem przyczyny wskazane przez Zamawiającego powodujące jego zdaniem wykluczenie Odwołującego z postępowania są usuwalne w trybie art. 26 ust. 3 i 4 oraz art. 87 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Na podstawie dokumentacji postępowania oraz oświadczeń Stron złożonych podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba stwierdziła, że z treści całego protestu i odwołania – zawartej w nich argumentacji wynika, iż Odwołujący podniósł zarzuty również w stosunku do odrzucenia jego oferty, pomimo niewskazania na wstępie naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2, a jedynie art. 87 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W rozdziale XIV specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający zawarł sposób obliczenia ceny oferty, z którego wynika m.in., iż:

1. do oferty miała być dołączona kalkulacja kosztorysowa sporządzona metodą uproszczoną według wzoru (tabeli) podanego przez Zamawiającego, zawierającego podstawę wyceny, opis robót, jednostki miary, ilość, cenę jednostkową i wartość pozycji (ilość razy cena jednostkowa) – pkt 12. i 13.,
2. w każdej pozycji kosztorysu musiała być podana cena jednostkowa i wartość pozycji netto lub brutto do wskazanej podstawy wyceny – pkt 5.,
3. w przypadku braku możliwości wyliczenia wartości brutto każdej pozycji oddzielnie, VAT można było doliczyć przy podsumowaniu całego kosztorysu (działów, rozdziałów itp.) – pkt 11.,
4. wykonawca w kosztorysie miał obowiązek podać wskaźniki kosztorysowe dla każdej z branż: roboczogodzina, koszty pośrednie, koszty zakupu, zysk – pkt 6.,
5. suma i składowe kosztorysu ofertowego i cena brutto oferty musiały być wzajemnie tożsame – pkt 9.,
6. wynagrodzenie w niniejszym postępowaniu jest wynagrodzeniem kosztorysowym – pkt 1.

Z przygotowanego przez Zamawiającego „Formularza ofertowego” – załącznik nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia wynika, iż wykonawcy mieli podać w nim tylko cenę kosztorysową oferty brutto. W taki też sposób cenę podał Odwołujący.

Poza tym Odwołujący sporządził kosztorys w oparciu o przygotowany przez Zamawiającego wzór tabeli, jednak w podsumowaniu każdego z kosztorysów branżowych zawarł jedynie pozycję „ogółem wartość kosztorysowa robót” (bez określenia netto/brutto), nie podał także w żadnym z tych kosztorysów stawki ani kwoty VAT. Również z żadnym innym miejscem oferty nie zawarł zestawienia cena netto – VAT – cena brutto.

Niewątpliwie jest więc, że Odwołujący nie zastosował się w ofercie do postanowienia punktu 11. rozdziału XIV specyfikacji istotnych warunków zamówienia, tj. nie doliczył – nie wskazał VAT przy podsumowaniu danego kosztorysu. W kosztorysach nie wskazał także wyraźnie, iż pozycja „ogółem wartość kosztorysowa robót” jest wartością netto. Zatem rzeczywiście, w tym zakresie treść oferty jest formalnie niezgodna z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Jednak pomimo tego braku Izba przychyliła się do stanowiska Odwołującego, iż treść całej oferty jest na tyle przejrzysta i jednoznaczna, że Zamawiający, po dokonaniu symulacji sposobu obliczenia ceny końcowej oferty wskazanej w formularzu ofertowym za pomocą prostych działań matematycznych polegających na zsumowaniu trzech kosztorysów branżowych, dodaniu VAT (którego stawka 22% dla całego zamówienia nie jest sporna) i porównaniu otrzymanej sumy z ceną oferty brutto wskazanej w formularzu, mógł z łatwością i w sposób logiczny prześledzić tok działania Odwołującego prowadzący do uzyskania ceny końcowej oferty.

Zamawiający w uzasadnieniu swojej decyzji o odrzuceniu oferty powołał się na fakt, iż suma cen kosztorysów nie jest tożsama (taka sama) z ceną kosztorysową oferty brutto podaną w formularzu ofertowym. Rzeczywiście, biorąc pod uwagę, iż cena w kosztorysach jest ceną netto, a w formularzu oferty ceną brutto, nie są to te same wartości (różni je wysokość VAT), jednak w znaczeniu ceny, którą będzie musiał zapłacić Zamawiający za realizację robót, jest to ta sama cena (nie podano dwóch różnych cen za wykonanie zamówienia).

Zatem, zdaniem Izby, Zamawiający mógł poprawić ofertę Odwołującego w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wpisując do niej brakujące dane. Należy bowiem zwrócić uwagę, iż



niezgodność treści oferty z wymaganiem postanowienia rozdziału XIV punkt 11. specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie wskazuje na celowość działania Odwołującego, a raczej omyłkowe zaniechanie podania pewnych żądanych danych wynikające z przeoczenia lub niezrozumienia tego postanowienia. Taka, wprowadzona przez Zamawiającego zmiana, nie jest też istotna dla treści oferty, gdyż nie wpływa na zmianę jej istotnych elementów (cena netto i brutto pozostają niezmiennie), a jedynie wprowadza brakujące, a domniemane, informacje, iż „ogółem wartość kosztorysowa robót” jest wartością netto, a wysokość VAT jest różnicą pomiędzy wartością wskazaną w kosztorysach (netto), a wartością wskazaną w formularzu oferty (brutto). Tak więc, w ramach poprawienia omyłki Zamawiający, wbrew jego twierdzeniu, nie jest zmuszony do dodania do oferty pozycji o wartości 566.940 złotych ani nie musi poprawiać błędnej stawki lub wartości VAT, a jedynie ujawnić w ofercie *expressis verbis* informacje, które już z niej wynikają. Natomiast jeśli Odwołujący uznałby, że poprawka wprowadzona przez Zamawiającego w oparciu o powyżej wskazane założenia nie odpowiada jego zamiarowi obliczenia ceny oferty, może się na taką poprawkę nie zgodzić.

Pozostałe wady oferty polegające na błędach we wskazanych pozycjach kosztorysu oraz braki w dokumentach potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu są usuwalne, tj. mogą być poprawione na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych albo wyjaśnione lub uzupełnione w oparciu o art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, a czynności tych zaniechano wyłącznie ze względu na odrzucenie oferty z powodu powyżej rozstrzygniętej kwestii, co nie jest sporne pomiędzy Stronami i zostało wskazane przez Zamawiającego już w informacji z 21 października 2009 r. o wykluczeniu Odwołującego i odrzuceniu jego oferty, zatem nie były przez Izbę rozpatrywane.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, czyli stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886, z 2008 r. Nr 182, poz. 1122). Izba nie przyznała Odwołującemu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika ze względu na niezłożeni stosownych rachunków, co jest wymagane zgodnie ze wskazanym powyżej przepisem.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w Legnicy.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....