

WYROK

z dnia 1 października 2012 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 października 2012 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 września 2012 roku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **EUROLEDLIGHTING Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Słupsku i DOPELTECH Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Bystrzyca Kłodzka w Bystrzycy Kłodzkiej**

orzeka

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu – **Gminie Bystrzyca Kłodzka w Bystrzycy Kłodzkiej unieważnienie czynności unieważnienia postępowania, unieważnienie czynności odrzucenia oferty** wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **EUROLEDLIGHTING Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Słupsku i DOPELTECH Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie i dokonanie jej ponownej oceny**
2. kosztami postępowania obciąża **Gminę Bystrzyca Kłodzka w Bystrzycy Kłodzkiej** i:
 - 1.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **EUROLEDLIGHTING Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Słupsku i DOPELTECH Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,
 - 1.2. zasądza od zamawiającego – **Gminy Bystrzyca Kłodzka w Bystrzycy Kłodzkiej** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie

zamówienia: **EUROLEDLIGHTING Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Słupsku i DOPELTECH Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku Nr 113, poz. 759 ze zmianami) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Świdnicy**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Bystrzyca Kłodzka – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę i montaż lamp ulicznych zasilanych energią słoneczną na terenach wiejskich Gminy Bystrzyca Kłodzka.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku Nr 113, poz. 759 ze zmianami, zwanej dalej ustawą Pzp).

W dniu 18 września 2012 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: EUROLEDLIGHTING Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Słupsku i DOPELTECH Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie (dalej: odwołujący się) wnieśli odwołanie wobec czynności zamawiającego podjętych w przedmiotowym postępowaniu.

Odwołujący się zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty odwołującego się, pomimo, że treść oferty odpowiadała treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz nie zawierała błędów w obliczeniu ceny a jej cena obliczona była prawidłowo,
- ewentualnie - art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie poprawienia „innej omyłki” polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty,
- art. 91 ust. 1 w z art. 7 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu tj. oferty odwołującego,
- art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp poprzez unieważnienie postępowania, pomimo, że wpłynęła oferta nie podlegająca odrzuceniu (oferta odwołującego się),

Odwołujący się wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienia czynności badania i oceny ofert odwołującego, tj. odrzucenia oferty odwołującego,
- powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego,
- dokonanie wyboru oferty odwołującego w wyniku ponownego badania i oceny ofert.

W uzasadnieniu odwołujący się podniósł, że w dniu 13 września 2012 r. zamawiający poinformował go o odrzuceniu jego oferty w przedmiotowym postępowaniu.

Jako podstawę prawną odrzucenia wskazał art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy Pzp, zgodnie z którego treścią zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

- pkt 2 – jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3;

- pkt 6 – zawiera błędy w obliczeniu ceny.

Zamawiający wskazał, że cena została skalkulowana w sposób, który nie uwzględnia cech przedmiotu zamówienia, tj. jego zakresu i warunków realizacji. Tym samym podstawa wyceny zamówienia nie odpowiada opisowi przedmiotu zamówienia.

W ocenie odwołującego zamawiający dopuścił się naruszenia wskazanych na wstępie przepisów Pzp, albowiem w przypadku ustalenia ryczałtowego wynagrodzenia, jak w przedmiotowym postępowaniu, błędy w kosztorysie ofertowym (tabeli elementów rozliczeniowych) wykonawcy nie mają żadnego negatywnego skutku dla oceny oferty. Dla czynności porównania ofert liczy się bowiem cena całkowita brutto, podana w formularzu ofertowym.

Zakres bowiem wyceny w przedłożonym kosztorysie ofertowym nie przesądza o zgodności i zupełności ofert z opisem przedmiotu zamówienia.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 28 września 2012 roku, złożonej na rozprawie w dniu 1 października 2012 roku wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, co następuje:

W myśl pkt. 13.1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) wykonawca miał określić cenę oferty brutto, która stanowić będzie wynagrodzenie ryczałtowe za realizację całego przedmiotu zamówienia, podając je w zapisie liczbowym i słownie, z dokładnością do grosza, tj. do dwóch miejsc po przecinku.

Zgodnie z pkt. 13.2 SIWZ oferent oblicza cenę oferty na podstawie Projektu budowlano-wykonawczego, Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót, wizji w terenie i przedmiaru robót załączonego do SIWZ, następnie dodaje wartość podatku VAT. Tak wyliczoną cenę z podatkiem VAT zamieszcza w ofercie. Cena musi być wyrażona w złotych polskich niezależnie od wchodzących w jej skład elementów. Cena ta będzie brana pod uwagę przez komisję przetargową w trakcie wyboru najkorzystniejszej oferty.

Stosownie do pkt. 13.3 oferent musi załączyć do oferty kosztorys ofertowy, którego wartości (netto, VAT, brutto) muszą być zgodne z wartościami podanymi w ofercie. Kosztorys ofertowy sporządza Wykonawca, kosztorys musi zawierać tabelę elementów scalonych. Wzór tabeli elementów scalonych Zamawiający załączył do przedmiaru robót.

Przedmiar robót Wykonawcy stanowi załącznik nr 11 do SIWZ (pkt 13.4 SIWZ).

Oferent sporządza kosztorys ofertowy (nr pozycji, podstawa wyceny, zakres robót, jednostka miary, ilość, cena jednostkowa, wartość każdej pozycji). Przez cenę jednostkową należy rozumieć cenę jednostkową danej pozycji kosztorysowej, policzonej wraz z narzutami kosztorysowymi (pkt 13.5 SIWZ).

Kosztorys ofertowy winien obejmować całkowitą wycenę dla zakresu określonego w przedmiarze robót z uwzględnieniem pełnej wyceny nakładów rzeczowych. Dla każdej pozycji kosztorysowej należy obliczyć cenę jednostkową j.w. (pkt 13.6 SIWZ).

Opisu robót w kosztorysie ofertowym nie można modyfikować. Kosztorys należy wykonać z podziałem na takie same elementy robót, jakie są w przedmiarze.

Z uwagi na przyjęty sposób ryczałtowego rozliczenia z wykonawcą, przedmiary robót stanowią jedynie element pomocniczy, określający zakres przedmiotu zamówienia i służą wykonawcom do prawidłowego określenia wartości zaoferowanej ceny (pkt. 13.9 SIWZ).

Odwołujący się w złożonym kosztorysie ofertowym, w poz. 11, dotyczącej montażu i stawiania słupów oświetleniowym na wysokości do 820 m n.p.m. wskazał ilość sztuk 289, gdzie według przedmiaru robót oraz dokumentacji technicznej winno być 21 sztuk.

W piśmie z dnia 13 września 2012 roku zamawiający odrzucił ofertę odwołującego się na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy Pzp, jako że jej treść nie odpowiada treści SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy oraz w związku z tym, że oferta zawiera błąd w obliczeniu ceny. Cena została skalkulowana w sposób, który nie uwzględnia cech przedmiotu zamówienia, tj. jego zakresu i warunków realizacji. Wykonawca przyjął mylne założenia kalkulując cenę, albowiem jako punkt wyjścia do tej kalkulacji przyjął inny stan faktyczny niż wynika ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Tym samym podstawa wyceny zamówienia nie odpowiada opisowi przedmiotu zamówienia. Zamawiający wyliczył, że błąd w kosztorysie powoduje zmniejszenie ceny ofertowej o wartość 554.072,10 zł brutto. Powyższy błąd wykonawcy powoduje istotną zmianę w treści oferty.

Jednocześnie zamawiający poinformował o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest zasadne.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 Pzp.

Podając zgodnie z art. 196 ust. 4 ustawy materialną podstawę prawną rozstrzygnięcia należy wskazać, iż zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3. Wskazany art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp zaś stanowi, iż zamawiający poprawia w ofercie inne niż oczywiste omyłki pisarskie oczywiste omyłki rachunkowe, omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty – niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona. Powyższe sankcjonowane jest przez dyspozycję art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp stanowiącą, iż odrzuca się ofertę wykonawcy, który w terminie 3 dni od dnia doręczenia zawiadomienia nie zgodził się na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3.

Zastosowanie dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jako podstawy odrzucenia oferty wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego znajduje szerokie omówienie w doktrynie, jak też orzecznictwie sądów okręgowych i Izby. Reasumując opisywane tam interpretacje normy wynikającej z ww. przepisu wskazać należy, iż rzeczona niezgodność treści oferty z SIWZ ma mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny (ze względu na zastrzeżenie obligatoryjnego poprawienia oferty wynikające z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp); dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w SIWZ oraz zobowiązania oferowanego w ofercie, tudzież polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami SIWZ (z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania siwz dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania/świadczenia ofertowego, a więc wymagania co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy, również tradycyjnie pomieszczane w SIWZ); a także możliwe być winno wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega – co konkretnie w ofercie nie jest zgodne i w jaki sposób z konkretnie wskazanymi i skwantyfikowanymi fragmentami czy normami SIWZ.

Tym samym punktem wyjścia dla ustalenia i stwierdzenia niezgodności oferty z

treścią SIWZ jest właściwe ustalenie oraz zinterpretowanie wymagań SIWZ sporządzonej w danym postępowaniu.

Ogólnie wskazać w tym miejscu należy, dzielając w tym zakresie stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w uzasadnieniu wyroku z dnia 28 maja 2010 r., sygn. akt KIO 868/10, iż specyfikacja istotnych warunków zamówienia od momentu jej udostępnienia jest wiążąca dla zamawiającego – jest on obowiązany do przestrzegania warunków w niej umieszczonych. Jak wskazuje art. 70¹ § 3 Kodeksu cywilnego jest to zobowiązanie, zgodnie z którym organizator od chwili udostępnienia warunków, a oferent od chwili złożenia oferty zgodnie z ogłoszeniem aukcji albo przetargu, są obowiązani postępować zgodnie z postanowieniami ogłoszenia, a także warunków aukcji albo przetargu. Z uwagi na to, że obok ogłoszenia zamawiający konkretyzuje warunki przetargu zarówno odnośnie do zamówienia (umowy), jak i prowadzenia postępowania w specyfikacji, to SIWZ należy uznać za warunki przetargu w rozumieniu K.c. Udostępnienie SIWZ jest zatem czynnością prawną powodującą powstanie zobowiązania po stronie zamawiającego, który jest związany swoim oświadczeniem woli co do warunków prowadzenia postępowania i kształtu zobowiązania wykonawcy wymienionych w SIWZ i po otwarciu ofert zamawiający nie może tych warunków zmienić ani od nich odstąpić.

Izba podkreśla, że ryczałtowy charakter ceny nie zwalnia wykonawców z obowiązku składania ofert, których treść w pełni odpowiadała będzie wymaganiom zamawiającego i potwierdzała zgodność z SIWZ w zakresie w dokumencie tym wymaganym, również w odniesieniu do przygotowanego kosztorysu ofertowego. W zależności od woli zamawiającego i konkretnych postanowień SIWZ, w danym postępowaniu kosztorys ofertowy może stać się nie tylko środkiem obliczenia ceny, źródłem cen jednostkowych i podstawą rozliczenia robót, ale także źródłem zobowiązania wykonawcy (jego opisem). Izba zwraca przy tym uwagę, że każdy przypadek należy analizować i oceniać w oparciu o konkretne postanowienia specyfikacji sporządzonej do danego postępowania.

W ocenie Izby zasadniczym dla przedmiotowej sprawy jest treść pkt. 13.9 SIWZ, zgodnie z którym „z uwagi na przyjęty dla niniejszego zamówienia sposób ryczałtowego rozliczenia z Wykonawcą, przedmiary robót stanowią jedynie element pomocniczy, określający zakres przedmiotu zamówienia”. Ponieważ kosztorys, zgodnie z SIWZ, winien być zostać sporządzony na podstawie załączonych do SIWZ przedmiarów, zamawiający sam zdeterminował jego charakter jako pomocniczy, mający ułatwić wykonawcom przygotowanie i złożenie oferty oraz wymaganych dokumentów. Izba stoi zatem na stanowisku, iż zaistniała rozbieżność pomiędzy treścią kosztorysu a treścią przedmiaru nie oznacza niezgodności treści oferty z treścią SIWZ. Wykonawca i tak będzie miał obowiązek wykonać zamówienie zgodnie z dokumentacją projektową.

Zdaniem Izby w rozpoznawanym przypadku nie może być również mowy o tym, iż

oferta odwołującego się zawiera błąd w obliczeniu ceny. Ustawa Pzp nie definiuje pojęcia „błędu w obliczeniu ceny”, lecz na ogół przyjmuje się, iż jest to inny niż omyłka rachunkowa błąd w obliczeniu, polegający na przyjęciu niewłaściwych danych, wynikający np. z nieprawidłowego ustalenia stanu faktycznego (tak też KIO w wyroku z dnia 9 kwietnia 2008 roku sygn. akt: KIO/UZP 257/08, KIO/UZP 258/08).

Jednakże reguła ta nie znajdzie zastosowania w przypadku, gdy zamawiający przyjmie, iż cena za wykonane roboty jest ceną ryczałtową. Przepisy ustawy Pzp nie definiują również pojęcia ryczałtu, jednak bogate orzecznictwo sądowe pozwala na zdefiniowanie tego pojęcia. Przykładowo zdaniem Sądu Najwyższego (Wyrok SN z dnia 20 listopada 1998 r. sygn. akt II CKN 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 się domagać wynagrodzenia wyższego.

Zgodnie z kodeksem cywilnym wynagrodzenie ryczałtowe dotyczy całości przedmiotu umowy, a jego istotę stanowi określenie wynagrodzenia z góry bez przeprowadzenia szczegółowej analizy kosztów. Poza zakresem badania zamawiającego powinny zatem pozostać dane wyjściowe przyjęte przez odwołującego się przy obliczaniu przez niego ceny oferty. Zamawiający powinien przyjąć, iż zaoferowana cena jest ceną prawidłową bez względu na sposób jej obliczenia.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

Izba nie przyznała na rzecz odwołującego się kosztów wynagrodzenia pełnomocnika. Odwołujący się w przedmiotowym postępowaniu nie złożył bowiem rachunków, uzasadniających poniesione koszty.

W myśl przepisu § 3 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 do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się wpis oraz uzasadnione koszty stron postępowania w wysokości określonej na podstawie przedłożonych rachunków, obejmujące w szczególności koszty związane z dojazdem na wyznaczoną rozprawę lub rozprawy (posiedzenie lub posiedzenia) Izby oraz wynagrodzenie pełnomocników, jednak nie wyższe niż kwota 3 600 zł. Z powyższego wynika zatem, iż warunkiem przyznania zwycięskiej stronie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika jest złożenie do akt sprawy rachunków określających ich wysokość.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

.....