

Sygn. akt: KIO 2509/13

WYROK

z dnia 12 listopada 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Dagmara Gałczewska – Romek**

Protokolant: **Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 listopada 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 października 2013 r. przez wykonawcę **Skanska S.A., ul. Gen. Zajączka 9, 01-518 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Poniec, Rynek 24, 64-125 Poniec**

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Skanska S.A., ul. Gen. Zajączka 9, 01-518 Warszawa** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Skanska S.A., ul. Gen. Zajączka 9, 01-518 Warszawa** 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 2013 r. poz. 907) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Poznaniu**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający - Gmina Poniec prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest budowa hali widowiskowo - sportowej w Poniecu. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 16.09.2013 roku pod poz. 374920-2013, wartość szacunkowa zamówienia publicznego nie przekracza kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 28 października 2013 roku odwołujący - Skanska S.A. wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego oraz zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy wybranego: Zakładu Remontowo - Budowlanego Rem-Bud Marek K..

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy polegające na:

1. braku uzasadnienia faktycznego decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego - naruszenie art. 92 ust 1 pkt. 2 Pzp,
 2. odrzuceniu oferty odwołującego, pomimo tego, iż oferta odwołującego nie powinna być odrzucona - naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.
 3. braku ewentualnego wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty - naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Pzp lub ewentualnie braku poprawienia omyłki stwierdzonej w ofercie Odwołującego - naruszenie art. 87 ust 2 pkt. 2 lub 3 ustawy Pzp.
- Ponadto niejako z ostrożności Odwołujący zarzucił Zamawiającemu zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Zakład Remontowo - Budowlany REM-BUD Marek K., która to oferta zawiera błędy kwalifikujące tę ofertę do odrzucenia - naruszenie w szczególności art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Odwołujący podkreślił, iż złożył w tym zakresie informację do Zamawiającego, a przytoczenie stanu faktycznego dotyczące braku odrzucenia oferty Wykonawcy REM-BUD i odrzucenia oferty Odwołującego ma pokazać naruszenie przez Zamawiającego podstawowych zasad zamówień publicznych tj. uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców tj. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu stawianych zarzutów odwołujący podniósł, że przekazane mu w dniu 18 października 2013 roku zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej nie zawiera uzasadnienia faktycznego będącego podstawą decyzji zamawiającego. Zgodnie z treścią art. 92 ust. 1 pkt. 2 Pzp. Zamawiający zobowiązany jest podać w ww. zawiadomieniu uzasadnienie faktyczne i prawne decyzji o odrzuceniu oferty danego oferenta. Powyższe jest konieczne m.in. ze względu na pozyskanie przez Wykonawcę wiedzy w zakresie elementu, który stanowi podstawę odrzucenia oferty.

W analizowanym przypadku Zamawiający wskazał jedynie, iż oferta Odwołującego zawiera błąd w obliczeniu ceny. Trzeba zauważyć, iż błąd w obliczeniu ceny może cechować różny charakter np. może polegać na zastosowaniu wadliwej stawki podatku VAT, sumowaniu pozycji kosztorysu lub inny. Brak uzasadnienia faktycznego doprowadził do sytuacji, w której Odwołujący nie jest w stanie jednoznacznie ustalić na czym polegał rzekomy błąd w obliczeniu ceny, który skutkowało odrzuceniem oferty Odwołującego i tym samym utrudniono Odwołującemu ochronę jego interesu. Należy wskazać, iż powyższe naruszenie przez Zamawiającego przepisu art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, ma wpływ na wynik postępowania. Podkreślić należy, iż nie jest to tylko i wyłącznie naruszenie formalne, ale naruszenie warunkujące wniesienie środków ochrony prawnej i prawidłowego sformułowania zarzutów. Wyjaśnił, że po uzyskaniu zawiadomienia o odrzuceniu swojej oferty niezwłocznie skontaktował się z przedstawicielem Zamawiającego (p. Zdzisław Ambroży podany do kontaktu z Zamawiającym w treści SIWZ - Roz VII pkt. 2 ppkt. 1) w celu ustalenia przyczyn podjętej decyzji. Z uzyskanych informacji wynika, że przedmiotowy błąd w obliczeniu ceny polegał na obliczeniu poszczególnych ilości nakładów wskazanych w pozycjach kosztorysu ofertowego Odwołującego w wartości obliczonej z dokładnością „do dwóch miejsc po przecinku” zamiast w wartości obliczonej z dokładnością „do trzech miejsc po przecinku”. Nie zgadzając się z takim uzasadnieniem odrzucenia swojej oferty, odwołujący wyjaśnił, że dokonał obliczenia ceny ofertowej na podstawie kosztorysów ofertowych opracowanych z wykorzystaniem udostępnionych przez Zamawiającego przedmiarów robót. Jednocześnie przyjął w kosztorysach ofertowych dot. branży budowlanej metodę obliczenia wartości nakładów w poszczególnych kolumnach kosztorysu dotyczących ilości z dokładnością „do dwóch miejsc po przecinku”. Należy zauważyć, iż w treści SIWZ Zamawiający nie wskazał wyraźnie, iż kosztorys ofertowy w odniesieniu do pozycji dotyczącej ilości nakładów winien zawierać wartości obliczone z dokładnością „do trzech miejsc po przecinku”. Odwołujący opracował kosztorysy ofertowe metodą kalkulacji uproszczonej przyjmując jednocześnie, że wartości pozycji opisującej ilość poszczególnych elementów będą obliczone z dokładnością „do dwóch miejsc po przecinku” stosownie z funkcją programu komputerowego, z wykorzystaniem którego opracowano przedmiotowe kosztorysy. Powyższe w żaden sposób nie może być uznane jako błąd w obliczeniu ceny, który może skutkować odrzuceniem oferty. W tym miejscu trzeba podkreślić, iż ewentualna różnica w łącznej cenie oferty Odwołującego netto przy zastosowaniu metody obliczenia wartości nakładów dla danej pozycji opisującej ilość w zależności od zastosowania metody ustalającej wartość do „dwóch miejsc po przecinku” lub do „trzech miejsc po przecinku” wynosi w analizowanym przypadku 6,12 zł. netto (słownie: sześć złotych 12/100 netto). Taką kwotę należałoby odjąć od oferty Odwołującego gdyby zastosowano metodę uwzględniającą „trzy miejsca po przecinku” dla wartości pozycji kosztorysu wskazującej „ilość”. A zatem nawet gdyby uznać, iż przyjęta

przez Odwołującego metoda obliczenia ceny jest nieprawidłowa, to z uwagi na ww. różnicę będącą skutkiem takiej omyłki należało ją zakwalifikować jako omyłkę polegającą na niezgodności treści oferty z treścią SIWZ niepowodującą istotnych zmian oferty i tym samym należało dokonać jej poprawienia na podstawie art. 87 ust 2 pkt. 3 ustawy Pzp.

W dalszej części odwołania odwołujący wskazał na następujące niezgodności treści oferty Rem - Bud z treścią siwz:

1. podanie terminu płatności niezgodnego z instrukcją zamawiającego określoną w treści siwz,
2. nie uwzględnienie w ofercie wyceny wykonania daszków nad wejściem w konstrukcji PCV, szklonych szkłem bezpiecznym w klasie bezpieczeństwa P2. Wyceniono daszki z płyt poliwęglanowych zgodnie z pierwotnym przedmiarem, przed jego zmiany.
3. wycena w poz. 224 i 225 kosztorysu ofertowego branży budowlanej innego zakresu prac. Miało być: powierzchniowe dogęszczenie istniejącego podłoża gruntowego pod posadzki w sali w ilości 1033,56 m², powierzchniowe dogęszczenie istniejącego podłoża gruntowego pod posadzkami pomieszczeń w ilości 925,05 m² oraz zagęszczenie podsypki piaszczystej pod posadzkami pomieszczeń w ilości 925,05 m², tymczasem w ofercie REM BUD jest: ręczne profilowanie i zagęszczanie podłoża pod warstwy konstrukcyjne nawierzchni w gruncie kat III-IV w ilości 2885,66 m² oraz podkłady betonowe z mieszanki Rm=2,5MPa (chudy beton) w ilości 138,758 m³.
4. podanie terminu i sposobu załatwiania reklamacji niezgodnego z warunkami umownymi określonymi we wzorze umowy.
5. przedłożony przez REM-BUD wykaz osób, które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia, jest niezgodny z wymogami Zamawiającego i nie potwierdza dysponowania przez Wykonawcę - firmę REM-BUD osobami zdolnymi do wykonania zamówienia: zaproponowana na stanowisko „kierownika robót konstrukcyjno-budowlanych” osoba - Pan Eugeniusz Twardowski nie posiada odpowiednich uprawnień budowlanych i nie może sprawować funkcji kierownika budowy na przedmiotowej realizacji Hali Widowiskowo-Sportowej w Poniecu, gdyż posiada uprawnienia ograniczone do kierowania budową budynków o kubaturze do 1.000 m³.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego,
2. dokonania ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.
3. dokonania ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty

Na podstawie dokumentacji akt sprawy oraz mając na uwadze stanowiska stron zgłoszone do protokołu rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu.

W pierwszej kolejności wskazać należy, że wypełnione zostały przesłanki określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, uprawniające odwołującego do wniesienia odwołania. Odwołujący, którego oferta została odrzucona w toku postępowania o zamówienie publiczne posiada interes we wniesieniu odwołania ponadto na skutek kwestionowanych przez odwołującego działań i zaniechań może ponieść szkodę w postaci braku możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego. Okoliczność, że cena oferty odwołującego przekracza budżet przewidziany przez zamawiającego na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia pozostaje bez znaczenia dla oceny istnienia interesu we wniesieniu odwołania jak również nie stanowi, jak to wskazywał zamawiający w toku posiedzenia, przesłanki skutkującej odrzuceniem odwołania.

Wartość szacunkowa rozpatrywanego zamówienia publicznego nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych. Zatem zgodnie z art. 180 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w postępowaniach, których wartość nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp możliwość korzystania przez wykonawców ze środka ochrony prawnej, jakim jest odwołanie została ograniczona wyłącznie do wymienionych w tym przepisie okoliczności godzących bezpośrednio w interes danego wykonawcy i polegających m.in. na odrzuceniu jego oferty czy wykluczeniu go z udziału w postępowaniu. W konsekwencji w postępowaniach, których wartość nie przekracza progów unijnych, wykonawca nie może skutecznie (w formie odwołania) podnosić zarzutów co do zaniechania odrzucenia oferty innego wykonawcy.

Odnosząc powyższe na analizowany stan faktyczny sprawy, stwierdzić należy, że zarzuty podniesione w odwołaniu dotyczące zaniechania odrzucenia oferty Zakładu Remontowo - Budowlanego REM-BUD Marek K., z uwagi na brzmienie art. 180 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, nie mogą być przedmiotem rozpoznania przez Izbę.

Izba nie ma natomiast żadnych wątpliwości, że zarzuty dotyczące niezasadnego odrzucenia oferty odwołującego oraz braku podania uzasadnienia faktycznego decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego zasługują na uznanie.

Zamawiający nie dopełnił wymogów określonych w art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, który obliguje go do podania uzasadnienia prawnego i faktycznego swojej decyzji. W zawiadomieniu z dnia 17.10.2013 roku zamawiający jedynie lakonicznie stwierdził, powołując art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, że oferta odwołującego „zawiera błędy w

obliczeniu ceny". Samo wskazanie, że oferta zawiera błąd w obliczeniu ceny, bez podania na czym ów błąd polega i wskazania szczegółowych powodów odrzucenia oferty jest niewystarczające dla wypełnienia dyspozycji art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Wykonawca winien powziąć informację o faktycznych powodach odrzucenia swojej oferty z treści zawiadomienia o decyzji zamawiającego a nie z informacji uzyskanych telefonicznie od przedstawiciela zamawiającego, jak to miało miejsce w tym postępowaniu.

Jak wynika z wyjaśnień złożonych przez zamawiającego w toku rozprawy powodem odrzucenia oferty odwołującego były błędy w obliczeniu ceny polegające na podaniu cen jednostkowych w kosztorysie ofertowym z dokładnością do dwóch zamiast trzech miejsc po przecinku. Zdaniem Izby, czynność odrzucenia oferty odwołującego na tej podstawie nie znajduje oparcia zarówno w przepisach prawa jak i postanowieniach specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Jak słusznie wskazał odwołujący w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający nie określił wymogu, aby ceny jednostkowe były podane z dokładnością do trzech miejsc po przecinku i nie mogły być zaokrąglane do dwóch miejsc po przecinku. Brak także w specyfikacji istotnych warunków zamówienia sankcji za podanie cen z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku. Podanie przez odwołującego cen jednostkowych w setnych częściach złotego jest wynikiem zastosowania do obliczeń takiej funkcji programu komputerowego i jest to jak najbardziej zgodne z polskim systemem płatniczym. Przyjętego sposobu podania cen jednostkowych nie można uznać także za błąd w obliczeniu ceny oferty. Pod pojęciem błędu w obliczeniu ceny należy rozumieć każdy inny niż oczywista omyłka rachunkowa, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, błąd w obliczeniu ceny. Błędem takim w szczególności będzie zastosowanie niewłaściwych jednostek miary, niewłaściwych ilości zakresu czynności czy przyjęcie niewłaściwej stawki podatku VAT. Błąd w obliczeniu ceny jest błędem co do prawidłowego ustalenia stanu faktycznego a nie wadliwie od strony technicznej wykonaną czynnością obliczenia ceny.

Mimo uznania za zasadny zarzutu bezpodstawnego odrzucenia oferty odwołującego oraz braku podania uzasadnienia faktycznego decyzji o odrzuceniu oferty, na przeszkodzie w uwzględnieniu niniejszego odwołania stoi przepis art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, który zezwala na uwzględnienie odwołania wyłącznie jeśli wykazane naruszenie przepisów ustawy miało lub może mieć wpływ na wynik postępowania. Oferta odwołującego jest ofertą zajmującą drugą pozycję w kryterium cena, bezpośrednio po ofercie wybranej Zakładu Remontowo - Budowlanego REM-BUD Marek K., co do której Izba - z uwagi na wartość zamówienia i brzmienie przepisu art. 180 ust. 2 ustawy Pzp - nie może rozpatrzyć zarzutów podniesionych w odwołaniu. W konsekwencji uznanie za zasadny zarzutu niezgodnego z przepisami ustawy Pzp odrzucenia oferty odwołującego przy jednoczesnym braku

możliwości skutecznego kwestionowania przez niego oferty wybranej powoduje, że wykazane naruszenie polegające na niezasadnym odrzuceniu oferty odwołującego oraz braku podania uzasadnienia faktycznego decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego pozostaje bez wpływu na wynik postępowania.

Niezależnie od powyższego, na marginesie Izba wskazuje, że mimo braku możliwości natury proceduralnej uwzględnienia niniejszego odwołania, mając na uwadze podnoszone przez odwołującego naruszenia do jakich rzekomo doszło w toku postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego, zasadnym byłoby podjęcie przez zamawiającego działań mających na celu ponowną analizę ofert złożonych w postępowaniu, w tym rozpatrzenie zarzutów podniesionych w informacji skierowanej do zamawiającego dotyczących oferty wybranej oraz unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego i przywrócenie jej do udziału w postępowaniu.

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 2, § 3 i § 5 ust. 3 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: