

WYROK

z dnia 11 czerwca 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Protokolant: Magdalena Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 czerwca 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 maja 2014 r. przez Odwołującego – Spółdzielnię Rzemieślniczą Wielobranżowa, ul. Lutycka 25, 57-300 Kłodzko, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w Wałbrzychu, ul. Kasztanowa 1, 58-390 Wałbrzych

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego, nakazuje Zamawiającemu dokonanie ponownego badania i oceny ofert,
2. kosztami postępowania obciąża Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w Wałbrzychu, ul. Kasztanowa 1, 58-390 Wałbrzych i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Spółdzielnię Rzemieślniczą Wielobranżowa, ul. Lutycka 25, 57-300 Kłodzko tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w Wałbrzychu, ul. Kasztanowa 1, 58-390 Wałbrzych na rzecz Spółdzielni Rzemieślniczej Wielobranżowa, ul. Lutycka 25, 57-300 Kłodzko 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 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) 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: Zakład Ubezpieczeń Społecznych, Oddział w Wałbrzychu, ul. Kasztanowa 1, 58-390 Wałbrzych wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie termomodernizacji budynku Inspektoratu ZUS w Kłodzku - nr postępowania: 430000/ZAP/271/3/2014.

Postępowanie zostało ogłoszone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 01.04.2014r. pod nr 108806-2014.

W dniu 23.05.2014 Zamawiający przesłał do siedziby Odwołującego: Spółdzielni Rzemieślniczej „Wielobranżowej” w Kłodzku, 57-300 Kłodzko, ul. Lutycka 25 pismo pod nazwą: „Ogłoszenie o wyniku postępowania”, w którym poinformował o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907), zwanej dalej ustawą Pzp z powodu jej niezgodności z przedmiarem robót, projektem i STWiOR, będącymi załącznikami do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanych dalej SIWZ.

Nie zgadzając się z powyższą czynnością Zamawiającego Odwołujący w dniu 28 maja 2014r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zarzucając naruszenie:

- 1) art. 87 ustawy Pzp,
- 2) zapisów SIWZ,
- 3) art. 91 ustawy Pzp
- 4) art. 92 ustawy Pzp.

Jednocześnie Odwołujący zgłosił żądanie:

- 1) anulowania decyzji o odrzuceniu oferty Spółdzielni Rzemieślniczej „Wielobranżowej” z Kłodzka,
- 2) poprawienia omyłki rachunkowej zgodnie z ustawą Pzp,
- 3) powierzenia zamówienia Spółdzielni Rzemieślniczej „Wielobranżowej” w Kłodzku,
- 4) odpowiedniego wydłużenia terminu realizacji robót z powodu zaplanowania przez Zamawiającego w swoim harmonogramie wykonania robót już w maju, co z winy Zamawiającego nie będzie to możliwe.

Według Odwołującego Zamawiający nieprawidłowo skorzystał z zapisów art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp, a powinien zastosować przepis art. 87 ust.2 pkt. 3 ustawy Pzp z powodu zaproponowania przez Zamawiającego, w tym postępowaniu wynagrodzenia kosztorysowego, a nie ryczałtowego.

Zwrócił uwagę, że Zamawiający napisał w swojej SIWZ o takiej możliwości, ale z tego nie skorzystał.

Wskazał, że powyższe postanowienia ustawy Pzp i SIWZ nakładały na Zamawiającego obowiązek poprawienia ceny jednostkowej brutto w pozycjach: 67, 71 i otrzymanej po tych poprawkach ceny wynikowej brutto i obowiązek zawiadomienia o tym fakcie niezwłocznie wykonawcę.

Zauważył również, że każdy wykonawca przystępując do tego postępowania zobowiązywał się, że: „podane ceny zawierają wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia zgodnie z projektem budowlanym”.

Dodatkowo zarzucił, że Zamawiający nie napisał, czy wymaga kosztorysu szczegółowego, czy kosztorysu uproszczonego, natomiast jasno wyartykułował, że będzie rozliczał zamówienie zgodnie z cenami jednostkowymi brutto w poszczególnych pozycjach.

W tym kontekście – w ocenie Odwołującego - rzekome niezgodności kosztorysu ofertowego z przedmiarem są bez znaczenia, bowiem zarówno zła norma na styropian (poz. 32), brak wyceny materiału w poz. 165, brak wyceny materiałów w poz. 166 nie mają znaczenia. Według Odwołującego liczy się cena brutto w danej pozycji.

Dalej argumentował, że tak samo jak liczy się cena brutto w pozycji 42, a uwaga, że w tej pozycji Wykonawca zmienia technologię jest zarzutem chybionym, bowiem pozycja 42 kosztorysu ofertowego jest wyraźnie zatytułowana: „Malowanie elewacji farbą Histolith Fassadenelk”.

Zdaniem Odwołującego, jeżeli Zamawiający chciał potwierdzić niektóre informacje mógł skorzystać z prawa do wystąpienia o wyjaśnienia, a zatem wycena była zgodna z SIWZ.

Zarzucił Zamawiającemu wybranie oferty będącej na piątym miejscu pod względem cenowym.

Podniósł okoliczność oświadczenia przez Zamawiającego na sesji otwarcia ofert, że na to zadanie ma 430 000 zł, a wszystkie oferty były powyżej tego poziomu cenowego.

Nadto zaznaczył, że Zamawiający odczekał 28 dni i poprosił wykonawców, którzy mieli złożone oferty o przedłużenie ważności ofert.

Wyjaśnił przy tym, że z jego informacji wynika, że kolejne firmy (wg oferowanych cen):

- 1) druga oferta - firma „OLIWIA” D. K. z Nowej Rudy - kwota: 471 410, 24 zł,
- 2) trzecia oferta - firma „Marka Putz System” Lężyce - kwota 514 627, 44 zł,
- 3) czwarta oferta - firma „Lech-Pol” Kłodzko - kwota 536 181, 99 zł, nie przedłużyły ważności ofert i prawie przez okres miesiąca nie dopatrzone się u nich błędów w ofercie.

Wskazał przy tym, że wykonawcy ci nie otrzymali żadnego pisma w tej sprawie i wypadli z przetargu, ponieważ nie przedłużyli ważności wadium.

Podniósł okoliczność wybrania w dniu 23.05.2014r. przez Zamawiającego oferty konsorcjum Therm - Bud z Wałbrzycha z ceną 540 288.18 zł i wybrania oferty o prawie 100 000 zł droższej od oferty Odwołującego.

Ostatecznie zarzucił, że ogłoszenie o wyniku nie zawierało informacji zgodnie z art. 91 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść ogłoszenia i Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej SIWZ, oferty Odwołującego, ogłoszenia Zamawiającego o wyniku postępowania z dnia 23 maja 2014r., odpowiedzi na odwołanie Zamawiającego z dnia 9 czerwca 2014r., jak również na podstawie złożonych na rozprawie przez strony wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie uwzględnić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisu art.7 ust.1, art.87 ust.1 zd.1 i ust.2 pkt. 3, art.89 ust.1 pkt. 2 ustawy Pzp.

Istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie była kwestia oceny czy Zamawiający miał dostateczne podstawy prawne do bezpośredniego odrzucenia oferty Odwołującego bez uprzedniego wyjaśnienia jej treści oraz ewentualnego poprawienia w ofercie Odwołującego innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty, a także czy treść złożonej przez Odwołującego oferty odpowiadała treści SIWZ.

Izba, po przeanalizowaniu całości zebranego w sprawie materiału dowodowego nie podzieliła stanowiska Zamawiającego, że występowała oczywista sprzeczność treści złożonej przez Odwołującego oferty z treścią SIWZ.

Według zapatrywania Izby wymienione przez Zamawiającego stwierdzone niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, w szczególności z przedmiarem robót w następujących pozycjach:

A. kosztorysu na roboty budowlane:

1) pozycja 32(ocieplenie ścian płytami styropianowymi) przyjęto złą normę na styropian. Jest 0,0525 m³/m² – winno być 0,168 m³/m²,

2) pozycja 42(malowanie elewacji) – w materiałach wykazano i wyceniono farbę silikatową STO-Egalisationfarbe. W projekcie zgodnie ze wskazaniem Konserwatora Zabytków elewacja ma być malowa farbami wapiennymi Histolith Fassadenkelk. Jest to zmiana technologii,

3) pozycja 67(obsadzanie ościeżnic stalowych) – błąd w obmiarze. Jest 5,535 m², winno być 11,07 m². Ponadto nie wyceniono ościeżnic,

4) pozycja 71(przecieranie istniejących tynków) – błąd w obmiarze, jest 35, 91 m², winno być 29,61 m²,

B. kosztorysu na roboty instalacyjne:

1) pozycja 165 – nie wyceniono materiału(układ czujnika sterującego). Wyceniono tylko robociznę i sprzęt,

2) pozycja 166 – nie wyceniono materiałów(2 pompy). Wyceniono tylko robociznę i sprzęt, w sposób niedostateczny uzasadniają podstawę prawną działania Zamawiającego opartą o przepis art.89 ust.1 pkt. 2 ustawy Pzp.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że zgodnie z rozdziałem V Oferta pkt. I (opis

sposobu obliczenia ceny) ppkt 2 kosztorys ofertowy należało wypełnić we wszystkich pozycjach po rygorze odrzucenia oferty.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wypełnił wszystkie żądane przez Zamawiającego pozycje kosztorysowe.

Należy przy tym zaznaczyć, że Zamawiający nie określił stopnia szczegółowości przedmiotowego kosztorysu i nie wskazywał czy żąda kosztorysu szczegółowego czy też uproszczonego.

Z powyższego należy wnioskować, że Zamawiający pozostawił wykonawcom otwartą formułę kalkulowania kosztów przedmiotowego zamówienia.

W ocenie Izby przedłożony przez Odwołującego przy ofercie kosztorys zawierał wprawdzie pewne nieścisłości i omyłki, które jednak mogły zostać przez Zamawiającego wyjaśnione w trybie art.87 ust.1 ustawy Pzp, a omyłki mogły zostać poprawione na zasadzie art.87 ust.2 pkt. 3 ustawy Pzp, bez potrzeby prowadzenia z Odwołującym dodatkowych negocjacji.

W kontekście stwierdzenia istnienia tych omyłek Odwołującego należy wskazać, że istnieje na gruncie ustawy Pzp przepis art.87 ust.2 pkt. 3 tejże ustawy, stanowiący wyjątek od zasady nakazującej odrzucenie oferty sprzecznej z SIWZ na zasadzie art.89 ust.1 pkt. 2 ustawy Pzp.

Stosownie do przepisu art.87 ust.2 pkt. 3 ustawy Pzp Zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty.

Jednocześnie w myśl art.87 ust.1 zd.1 ustawy Pzp w toku badania i oceny ofert Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert.

Według zapatrywania Izby omawiany przypadek wyczerpywał właśnie dyspozycję powołanych wyżej przepisów prawa, to jest art.87 ust.1 zd.1 i art.87 ust.2 pkt. 3 ustawy Pzp.

Z oświadczenia Odwołującego złożonego na rozprawie wynika, że w pozycji 32 na stronie 41 oferty omyłkowo wpisał on parametr 0,0525 m³/m², zamiast 0,168 m³/m², jednak nie miało to – zdaniem Izby - wpływu na cenę jednostkową przypisaną dla tej pozycji, która pozostaje bez zmiany, co potwierdził Odwołujący.

W ocenie Izby, zatem wystarczającym jest skorygowanie przez Zamawiającego jedynie parametru płyty styropianowej z tej pozycji do wartości referencyjnej – 0,168 m³/m².

W zakresie pozycji 42 na stronie 44 oferty Izba stwierdziła istnienie wewnętrznej sprzeczności oświadczenia Odwołującego polegającej na wpisaniu produktu wymaganego – farby Histolith Fassadenkelk i farby silikatowej Sto-Egalisationsfarbe, które nie stanowią produktów równoważnych.

W takiej sytuacji Zamawiający powinien przeprowadzić postępowanie wyjaśniające na zasadzie art.87 ust.1 zd.1 ustawy Pzp dotyczące intencji Odwołującego i w zależności o wyników tych ustaleń dokonać poprawienia w tej pozycji.

Jeżeli chodzi o pozycje: 67(strona 52 oferty) i 71(strona 54 oferty), to Odwołujący popełnił w nich omyłki obmiarowe, które powinny podlegać poprawieniu w ramach przepisu art.87 ust.2 pkt. 3 ustawy Pzp.

W odniesieniu do pozycji 67(strona 52 oferty),165 i 166(strona 80 oferty), co do których Zamawiający przyjął, że nie zawierały one wyceny ościeżnic, czujnika sterującego, 2 pomp – Izba stanęła na stanowisku, że kalkulacja tych pozycji wymagała wyjaśnienia w trybie przepisu art.87 ust.1 zd.1 ustawy Pzp.

Z oświadczenia Odwołującego wynika, że niektóre pozycje zostały wycenione w kosztach pośrednich kosztorysu(strona 53 i 84 oferty), co jednak nie ma – w ocenie Izby - wpływu na cenę ogólną.

Izba doszła do przekonania, że poprawienie tych omyłek nie będzie miało istotnego znaczenia dla treści oferty, bowiem nie zmieni się cena jednostkowa oraz wartość kosztorysowa całkowita, ani nie wpłynie to na sposób realizacji przedmiotu zamówienia. Nadal wykonawca będzie zobowiązany do jego wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z projektem i dokumentacją przetargową.

W tym stanie rzeczy, uznając, iż powyższe naruszenia przepisów ustawy miały i mogły mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, Izba na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, postanowiła odwołanie uwzględnić.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów 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).

Przewodniczący:.....