

Sygn. akt: KIO/UZP 985/08

WYROK
z dnia 30 września 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Członkowie: Marzena Teresa Ordysińska
Anna Packo

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 września 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Przedsiębiorstwo Zaopatrzenia Rolnictwa w Wodę „Wodrol-Olsztyn” w Dywitach Sp. z o.o., ul. Spółdzielcza 23, 11-001 Dywity** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Agencję Nieruchomości Rolnych Oddział Terenowy w Olsztynie, ul. Głowackiego 6, 10-448 Olsztyn** protestu z dnia 21 sierpnia 2008 r.

przy udziale **Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Budowlane „PrzemGri” Sp. z o.o., ul. Mickiewicza 21, lok. 23, 10-508 Olsztyn** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie, unieważnia czynność odrzucenia oferty Odwołującego i nakazuje Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej.**

- 2. Kosztami postępowania obciąża Agencję Nieruchomości Rolnych Oddział Terenowy w Olsztynie, ul. Głowackiego 6, 10-448 Olsztyn i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Przedsiębiorstwo Zaopatrzenia Rolnictwa w Wodę „Wodrol-Olsztyn” w Dywitach Sp. z o.o., ul. Spółdzielcza 23, 11-001 Dywity,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 7664 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy sześćset sześćdziesiąt cztery złote) przez **Agencję Nieruchomości Rolnych Oddział Terenowy w Olsztynie, ul. Głowackiego 6, 10-448 Olsztyn** na rzecz **Przedsiębiorstwa Zaopatrzenia Rolnictwa w Wodę „Wodrol-Olsztyn” w Dywitach Sp. z o.o., ul. Spółdzielcza 23, 11-001 Dywity** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **15 936 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Przedsiębiorstwa Zaopatrzenia Rolnictwa w Wodę „Wodrol-Olsztyn” w Dywitach Sp. z o.o., ul. Spółdzielcza 23, 11-001 Dywity.**

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

Odwołując się od rozstrzygnięcia przez Zamawiającego protestu wniesionego przez Przedsiębiorstwo Zaopatrzenia Rolnictwa w Wodę „Wodrol-Olsztyn” w Dywitach sp. z o.o. , dnia 21 sierpnia 2008 r. wykonawca ten - zwany dalej Odwołującym, uczestniczący w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na budowę sieci wodociągowej z przyłączami w miejscowości Jankowice Gm. Działdowo woj. warmińsko-mazurskie, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, zarzucił Zamawiającemu – Agencji Nieruchomości Rolnych Oddział Terenowy w Olsztynie, naruszenie przepisów art. 7 ust. 1 i 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 87 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Przedstawiając zarzuty Odwołujący stwierdził, że Zamawiający niezasadnie odrzucił jego ofertę, w szczególności poprzez uznanie, że treść oferty Odwołującego nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, poprzez niewłaściwą ocenę merytoryczną oferty oraz poprzez nierówne traktowanie wykonawców i dokonanie wyboru wykonawcy z naruszeniem ustawy.

Odwołujący wskazał, że dnia 18 sierpnia 2008 r. został poinformowany o wyborze oferty najkorzystniejszej, odrzuceniu ofert i wykluczeniu go z postępowanie. Na czynność wyboru oferty konkurencyjnej i odrzuceniu oferty Odwołującego wniósł protest, a wobec oddalenia protestu, złożył dnia 8 września 2008 r. w placówce pocztowej operatora publicznego odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Odwołujący stwierdził, że Zamawiający wybrał ofertę najdroższą spośród trzech złożonych, co oznacza nieuzasadniony wzrost kosztów inwestycji i naruszenie zasady uczciwej konkurencji. Przedstawił stanowisko, iż brak w wykazie materiałów pomp głębinowych jest jedynie uchybieniem formalnym, które nie ma żadnego wpływu na treść oferty i na jej niezgodność z SIWZ. Odwołujący wskazał, że odrzucając ofertę Zamawiający popełnił błąd, gdyż nie zinterpretował prawidłowo pojęcia „treść oferty” użytego w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Odwołujący stwierdził, że złożył ofertę prawidłową pod względem treści i uwzględniającą w poz. 56 d.4 również wartość 2 sztuk pomp głębinowych. Na dowód tej okoliczności złożył fragment kosztorysu ofertowego (strona 5) z ujętą pozycją 56 d.4 „wymiana pomp głębinowych ujęcia wody kpl. 2 z ceną jednostkową 11940,00 zł i wartością 23.880,00 zł. Odwołujący stwierdził przy tym, że dokonał obliczenia ceny w sposób zgodny z postanowieniami SIWZ i zgodny ze złożonym zapytaniem i odpowiedzią, której udzielił Zamawiający. Wskazał, że brak precyzji w opisie przedmiotu zamówienia nie może działać na niekorzyść wykonawców. Powołał w tym zakresie wyrok KIO z 14 maja 2008 r. sygn. akt UZP/KIO 412/08 i 424/08. Odwołujący wskazał, że w niniejszym postępowaniu pozycja 56 d.4 została opisana przez Zamawiającego jako „wymiana pomp głębinowych ujęcia wody” i tak została wyceniona, co potwierdza złożony dowód, a ponadto w tabeli elementów scalonych umieszczono wartość w kolumnie „uproszczone”. Tym samym Odwołujący stwierdza, iż wbrew stanowisku Zamawiającego zawartym w rozstrzygnięciu protestu, wycenił sporne pompy głębinowe. Odwołujący wskazał również, że cenę oferty obliczył z zgodnie z warunkami SIWZ zawartymi w rozdziale 16 pkt 5 (opis sposobu obliczenia ceny) i zauważył, że Zamawiający zastrzegł sobie prawo żądania od wykonawcy wybranych pozycji lub kompletnego kosztorysu ofertowego wykonanego metodą szczegółową, lecz nie uczynił tego przed odrzuceniem oferty. W toku rozprawy Odwołujący popierając odwołanie powołał treść rozdziału 16 specyfikacji, gdzie wskazano opis sposobu obliczenia ceny oferty oraz przesłanki odrzucenia oferty. Stwierdził, że wymiana pomp została dokonana według kalkulacji indywidualnej. W poz. 56d.4 w przedmiarach Zamawiającego nie zostały wskazane

jakiegokolwiek cenniki, według których należało dokonać wyceny, dlatego Odwołujący skalkulował cenę, tak jak stwierdził wcześniej, przed złożeniem oferty. Odwołujący pytał Zamawiającego o rodzaj pomp, właśnie w celu ujęcia pomp i ich wartości przy kalkulowaniu ceny ofertowej. Odwołujący wskazał również, że w ofercie wybranej wartość poz. 56d4, wraz z pompami, wynosi 16 997 zł 10 gr, natomiast w ofercie Odwołującego pozycja ta jest wyceniona na kwotę 23 880 zł. W kwocie tej zawarto również wartość pomp, natomiast Zamawiający nie żądał wyjaśnień do tej pozycji uznając, że tych pomp tam nie ma i z tego powodu ofertę odrzucił. Odwołujący przypomniał, że sporna pozycja była kalkulowana indywidualnie i nie znalazła się w zestawieniu materiałów. Odwołujący wyjaśnia, że elementy opisane w poz. 56d.4 w złożonym do odwołania szczegółowym kosztorysie widnieją różne materiały, które również nie zostały wykazane w zestawieniu materiałów.

Odwołujący stwierdził, że w tabeli elementów scalonych, pod liczbą porządkowa 4 (roboty montażowe, sieć wodociągowa) w kolumnie „uproszczone” wpisano wartość 40 100 zł i w tej wartości są ujęte pompy o wartości 23 880 zł. Odwołujący przyznaje, że w złożonym zestawieniu materiałów nie wyspecyfikował odrębnie pomp głębinowych, jednak w ofercie i kosztach te pompy są ujęte.

Przedstawiając stanowisko Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania, unieważnienie czynności odrzucenia Jego oferty, uchylenie decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty, powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz dokonanie wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej.

Zamawiający uznał zarzuty za nieuzasadnione. Odnosząc się do zarzutu dotyczącego odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, Zamawiający zauważył, że w wymaganym wykazie materiałów i urządzeń wykonawca nie uwzględnił 2 sztuk pomp głębinowych. Zamawiający przypomniał, że w rozdz. 9 ust. 3 SIWZ zawarł warunek w brzmieniu: „Wraz ofertą należy złożyć kosztorys ofertowy. Warunki oraz sposób jego sporządzenia określone są w rozdziale 16 pn. Opis sposobu obliczenia ceny.”

Wskazał również, że w rozdziale 16 pkt 8 SIWZ zawarł zapis „Wykonawca jest zobowiązany dołączyć do kosztorysu ofertowego zestawienie materiałów, urządzeń i sprzętu.” Twierdzenie Odwołującego, że dołączenie do oferty zestawienia materiałów, urządzeń i sprzętu, choćby niekompletnego, jako dokumentu pomocniczego, który nie ma istotnego znaczenia dla toczącego się postępowania, Zamawiający uznał za nietrafne. W konsekwencji Zamawiający stwierdził, że w poz. 56d. 4 kosztorysu ofertowego pn. „wymiana pomp głębinowych ujęcia wody” Wykonawca nie ujął dwóch sztuk pomp głębinowych. Zamawiający wskazał również, że po otrzymaniu zapytania o sprecyzowanie zakresu robót dot. poz. 56 przedmiaru, w udzielonej odpowiedzi poinformował, że na stronie 4 opisu technicznego do dokumentacji na budowę sieci wodociągowej oraz zgodnie z załączonymi warunkami technicznymi

zaproponowano typ pomp jako GC 205 o mocy silników 11 kW. Zakres robót to tylko wymiana starych pomp na nowe. Ponadto podano głębokość studni, średnicę omurowania studni, średnicę podłączenia pomp, średnicę sieci wodociągowej oraz fakt, że druga studnia jest studnią awaryjną z tego samego złoża i w tej samej strefie. Podane uszczegółowienie związane było z zakresem robót opisanym na stronie 3 SIWZ, aby w celu zapewnienia ciągłości dostaw wody i ze względu na wyeksploatowanie istniejących pomp, wykonać wymianę 2 pomp w hydroforni w Ruszkowie. Dlatego nie ujęcie w wykazie materiałów i urządzeń pomp głębinowych z silnikiem 11 kW oznacza, zdaniem Zamawiającego nieuwzględnienie w otrzymanej ofercie 2 szt. pomp głębinowych. Z treści dołączonej do oferty tabeli elementów scalonych i zestawienia materiałów o łącznej wartości 276,583,76 zł, która to wartość została przeniesiona do tabeli elementów scalonych, Zamawiający wywiódł, że w materiałach nie ujęto spornych pomp. W toku rozprawy Zamawiający wyjaśnił, że w rozdz. 16 specyfikacji nie żądał dokonywania kalkulowania ceny według określonych cenników lub katalogów, żądał natomiast zestawienia materiałów, jako części składowej kosztorysu ofertowego. Wskazał, że dopuszczał sporządzenie kosztorysu także metodą uproszczoną. W wymaganym zestawieniu materiałów Odwołujący nie podał jednak (nie wpisał) spornych pomp. Dopiero do odwołania załączył szczegółowy kosztorys w części dotyczącej pomp tj. poz. 56d. 4. Dodatkowo wskazuje, że w ofercie wybranej również sporządzono kosztorys metodą uproszczoną, jednakże w zestawieniu materiałów wyraźnie wskazano pompy i ich rodzaj. Zamawiający oświadczył nadto, iż nie wyklucza, że Odwołujący sporządzając kalkulację uwzględnił koszty pomp, stwierdził jednak, że brak ujęcia pomp w wymaganym wykazie materiałów oznacza, że wartości tych pomp nie ujął w ofercie. Wskazał, że składniki kalkulacyjne w różnych ofertach są bardzo zróżnicowane oraz że wszystkie 3 oferty złożone w postępowaniu zawierały kwoty znacząco niższe, niż te z kosztorysu inwestorskiego, a jednocześnie ceny tych ofert różniły się znacząco między sobą, stąd też nie może domyślać się, czy w określonym kosztorysie została ujęta jakaś pozycja, czy też nie, i za jaką kwotę.

Wskazując te okoliczności, wniósł o oddalenie odwołania.

Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego poparł w całości dotychczasowe stanowisko wyrażone pismach oraz argumentację przedstawioną przez Zamawiającego.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia SIWZ i treść oferty Odwołującego oraz biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron i uczestnika, złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Rozpatrując w pierwszym rzędzie kwestię interesu prawnego w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, w składaniu środków ochrony prawnej przez Odwołującego się, Izba uznaje, że wykonawca posiada interes prawny w wykazaniu poprawności swojej oferty, jako że przy założeniu zasadności argumentacji ujętej w proteście i odwołaniu skutkującej przywróceniem go do udziału w postępowaniu, ma on możliwość uzyskania zamówienia publicznego w tym postępowaniu.

Skład orzekający Izby uznaje, że zarzuty dotyczące bezpodstawnego odrzucenia oferty Odwołującego potwierdziły się. Dokonując tego ustalenia skład orzekający Izby oparł się na stwierdzeniu, że wykonawcy składający oferty w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego mieli obowiązek sporządzić wycenę oferty w oparciu o kosztorys ofertowy sporządzony wybraną przez nich metodą z pozycjami i opisem zgodnymi z załączonym do specyfikacji przedmiarem robót. W tym zakresie oferta Odwołującego jest niespornie zgodna z postanowieniami SIWZ, w tym w szczególności z wymogami określonymi w rozdziale 16. „Opis sposobu obliczenia ceny.” W zakresie będącym przedmiotem rozpatrzenia Odwołujący zamieścił bowiem w kosztorysie ofertowym pod liczbą porządkową 56 d.4 pozycję pn. „Wymiana pomp głębinowych ujęcia wody” z wyceną dwóch kompletów o cenie jednostkowej 11.940 zł i wartości 23.880 zł.

Drugim ustaleniem postępowania jest stwierdzenie, że w zestawieniu materiałów, urządzeń i sprzętu wymaganym postanowieniem Rozdziału 16 pkt 8 SIWZ jako załącznik do kosztorysu ofertowego, Odwołujący nie podał wycenionych, jak wyżej stwierdzono, dwóch pomp.

Dokonując porównania przedmiotowego fragmentu kosztorysów ofertowych złożonych przez wszystkich wykonawców w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu, w tym Przystępującego, który pozycję tę, tj. „Wymiana pomp głębinowych ujęcia wody” wycenił na kwotę 16.997,10 zł, Izba uznała za wiarygodne i mające oparcie w rzeczywistości twierdzenie Odwołującego, iż sporządzając kalkulację uwzględnił on koszty pomp. Okoliczności tej nie wykluczył nawet Zamawiający, podtrzymując jednak dowiedziony w toku postępowania fakt braku ujęcia pomp w wymaganym specyfikacją zestawieniu materiałów.

W tej kwestii, która stała się podstawą odrzucenia oferty Odwołującego przez Zamawiającego, skład orzekający Izby przychylił się do twierdzeń Odwołującego, że wycenił on sporną pozycję w kosztorysie. Izba uznała argumentację Odwołującego za jednoznacznie spójną i logicznie potwierdzoną złożoną kalkulacją szczegółową załączoną jako dowód do wniesionego odwołania od rozstrzygnięcia protestu. Krajowej Izbie Odwoławczej znane są wprawdzie przypadki drastycznych różnic w wysokości składników cenotwórczych w składanych przez wykonawców kosztorysach ofertowych, jednakże w okolicznościach niniejszej sprawy należy stwierdzić, niezależnie od uwzględnienia przedstawionej argumentacji, że za prawidłowością stanowiska Odwołującego przemawia dodatkowo wynik

analizy porównawczej dokonanych wycen i proporcji poszczególnych elementów kosztorysowych, zarówno kosztorysu inwestorskiego, jak i kosztorysów ofertowych.

Skoro zatem, sporne pompy zostały ujęte w kalkulacji własnej, jako metody dopuszczanej do stosowania postanowieniami SIWZ, a tym samym ujęte w ofercie Odwołującego, brak jest podstaw do kwestionowania złożonej oferty z powodu braku odrębnego wpisania tych pomp w kolejnym dokumencie wymaganym specyfikacją tj. w zestawieniu materiałów. Brak ten został potwierdzony, lecz stanowi w istocie rzeczy różnicę polegającą na odmiennym w stosunku do warunków SIWZ, umiejscowieniu w ofercie istniejącego składnika kalkulacyjnego, co oznacza, że może być co najwyżej rozpatrywany w kategoriach niezgodności formy oferty z treścią SIWZ, nie zaś niezgodności treści oferty, będącej przesłanką skutecznego odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W ocenie składu orzekającego Krajowej Izby Odwoławczej Zamawiający powinien był przynajmniej wyjaśnić z Odwołującym tę okoliczność w trybie art. 87 ust. 1 ustawy. W konsekwencji stwierdzić należy, że przedstawione w toku postępowania przed Izbą dowody i dokonane ustalenia wskazują, iż decyzja Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego była nieuzasadniona.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp w zw. z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b 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), uznając za uzasadnione koszty pełnomocnika Odwołującego w kwocie 3600,00 zł.

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) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Olsztynie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*