

Sygn. akt KIO/UZP 1091/09

WYROK
z dnia 15 września 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Członkowie: Barbara Bettman
Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **10 września 2009 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „POL-AQUA” S.A., „VECTRA” S.A., ul. Dworska 1, 05-500 Piaseczno** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gminę Miejską Ławę, ul. Niepodległości 13, 14-200 Ława** protestu z dnia **17 lipca 2009 r.**

przy udziale wykonawcy **Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Konstruktorska 11A, 02-673 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego*

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz dokonanie czynności badania i oceny ofert.**

2. Kosztami postępowania obciąża **Gminę Miejską Ławę, ul. Niepodległości 13, 14-200 Ława**

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 **Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „POL-AQUA” S.A., „VECTRA” S.A., ul. Dworska 1, 05-500 Piaseczno;**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 3 599 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące pięćset dziewięćdziesiąt dziewięć złotych zero groszy) przez **Gminę Miejską Ławę, ul. Niepodległości 13, 14-200 Ława** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, oraz wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3) dokonać wpłaty kwoty XXX (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;
- 4) 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 **Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „POL-AQUA” S.A., „VECTRA” S.A., ul. Dworska 1, 05-500 Piaseczno.**

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

Zamawiający Gmina Miejska Ława reprezentowana przez Burmistrza Miasta Ławy ul. Niepodległości 13, 14-200 Ława wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na roboty budowlane w ramach zadania inwestycyjnego pn.: „Zagospodarowanie turystyczne nabrzeży lokalnych akwenu w Ławie – Etap II Budowa Centrum Turystyczno-Rekreacyjnego w Ławie" Postępowanie znak: OO-341/18/09.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z 2008 r. Nr 171, poz. 1058, Nr 220, poz. 1420 i Nr 227, poz. 1505 oraz z 2009 r. Nr 19, poz. 101, Nr 65, poz. 545 i Nr 91, poz. 742), zwanej dalej Pzp.

28.04.2009 r. zamawiający zamieścił ogłoszenie o postępowaniu w Biuletynie Zamówień Publicznych pod poz. nr 125298.

10.07.2009 r. zamawiający zawiadomił wykonawcę konsorcjum POL-AQUA S.A. z siedzibą w Piasecznie Oddział Generalnego Wykonawstwa z siedzibą w Gdańsku i VECTRA

S.A. z siedzibą w Płocku o odrzuceniu oferty ze względu na podanie w załączonych do oferty kosztorysach ofertowych cen jednostkowych od 3 do 8 miejsc po przecinku. Oferta jest niezgodna z treścią specyfikacji w zakresie postanowienia § XIII ust. 4 i 6. Zamawiający nie jest w stanie poprawić tej oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 lub 3 Pzp. Wobec tego zamawiający odrzuca ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1, 2 i 6 Pzp.

14.07.2009 r. zamawiający zawiadomił wykonawcę konsorcjum POL-AQUA o wyborze najkorzystniejszej oferty, którą złożył wykonawca konsorcjum Mostostal Warszawa SA z siedzibą w Warszawie i PBP Chemobudowa-Kraków z siedzibą w Krakowie i zawiadomił wykonawcę konsorcjum POL-AQUA S.A. z siedzibą w Piasecznie Oddział Generalnego Wykonawstwa z siedzibą w Gdańsku i VECTRA S.A. z siedzibą w Płocku o odrzuceniu oferty ze względu na podanie w załączonych do oferty kosztorysach ofertowych cen jednostkowych od 3 do 8 miejsc po przecinku. Oferta jest niezgodna z treścią specyfikacji w zakresie postanowienia § XIII ust. 4 i 6 oraz § XV ust. 6 i 7 specyfikacji. Zamawiający nie jest w stanie poprawić tej oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 lub 3 Pzp. Wobec tego zamawiający odrzuca ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1, 2 i 6 Pzp.

17.07.2009 r. wykonawca konsorcjum POL-AQUA złożył protest na:

- 1) odrzucenie oferty protestującego;
- 2) dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty – oferty wykonawcy Mostostal Warszawa SA.

Protestujący zażądał:

- 1) unieważnienia czynności odrzucenia oferty protestującego;
- 2) powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty ewentualnie;
- 3) unieważnienia postępowania.

Protestujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 1, 2 i 6 Pzp i alternatywnie art. 7 Pzp.

Ostateczna cena złożona w kosztorysie ofertowym jest odpowiednio zaokrąglona do dwóch miejsc po przecinku. Spełnione zostało wymaganie § XIII ust. 3 specyfikacji, a postanowienie § XV ust. 6 i 7 specyfikacji dotyczy kosztorysów, które będzie należało załączyć do umowy w stadium zawarcia umowy.

Nie został naruszony żaden przepis ustawy. Ponadto brak błędów w obliczaniu ceny.

Alternatywnie protestujący wnosi o unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp ze względu na nieprecyzyjność postanowień specyfikacji w takim stopniu, że specyfikacja została różnie zrozumiana przez różnych wykonawców.

17.07.2009 r. zamawiający zawiadomił wykonawców o wniesieniu protestu.

20.07.2009 r. wykonawca konsorcjum Mostostal Warszawa wniósł przystąpienie do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu.

21.07.2009 r. zamawiający oddalił protest w całości.

Wykonawca, zgodnie z § XIII ust. 16 specyfikacji (dodanym do pierwotnego tekstu specyfikacji na podstawie modyfikacji w wyniku odpowiedzi na pytania) lit. d, e i h był zobowiązany sporządzić kosztorys ofertowy w sposób, cyt.: [d] cena kosztorysowa musi być sumą cen poszczególnych pozycji zawartych w kosztorysie ofertowym, z uwzględnieniem podatku VAT, [e] cena kosztorysowa każdej pozycji kosztorysu ofertowego musi stanowić iloczyn ceny jednostkowej robót dla tej pozycji i ilości jednostek przedmiarowych tych robót, [h] każda cena jednostkowa musi być zaokrąglona do dwóch miejsc po przecinku zgodnie z zapisem ust. 6 niniejszego paragrafu”. Ponadto zamawiający wskazał na sposób zaokrąglania w § XIII ust. 6, cyt.: „Jeżeli parametr miejsca tysięcznego jest poniżej 5 to parametr setny zaokrągla się w dół, jeżeli parametr miejsca tysięcznego jest 5 i powyżej to parametr setny zaokrągla się w górę. Przy wyliczaniu wartości cen poszczególnych elementów należy ograniczyć się do dwóch miejsc po przecinku na każdym etapie wyliczania ceny.”. Podobnie zgodnie z § XV pkt 6 specyfikacji i odpowiedzi nr 13 wybrany do zawarcia umowy wykonawca załącza do umowy kosztorys ofertowy z zaokrągleniami do 2 miejsc po przecinku i każdy z wykonawców zainteresowanych złożeniem oferty był o tym poinformowany zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

W związku z tym nie ma powodów do unieważniania postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp i brak jest podstaw aby stwierdzić, że naruszenie przez zamawiającego przepisu art. 7 ust. 1 Pzp. Ponadto żaden z wykonawców nie ma interesu prawnego w unieważnieniu postępowania.

Zamawiający stwierdził również, że błędem w obliczeniu ceny jest podanie ceny jednostkowej ze wskazaniem od trzech do ośmiu miejsc po przecinku – podobnie wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 27 stycznia 2004 r. Sygn. akt V Ca 80/04 i Paweł Granecki „Prawo zamówień publicznych. Komentarz” Warszawa 2009 r. str. 10.

Zamawiający nie może tego błędu poprawić zgodnie z art. 87 ust. 1 Pzp, a w szczególności art. 87 ust. 1 pkt 3 Pzp. Stanowi to błąd w obliczeniu ceny w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp. Stanowi to o obligatoryjności odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 i 6 Pzp.

27.07.2009 r. wykonawca konsorcjum POL-AQUA wniósł odwołanie zarzucając zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty sklasyfikowanej na drugim miejscu pod względem ceny i bezprawne uznanie oferty odwołującego, która zawierała niższą cenę oferty, za podlegającą odrzuceniu;
- 2) art. 87 ust. 2 pkt 2 i 3 Pzp przez uznanie, iż podanie cen jednostkowych w kosztorysie ofertowym oraz kosztorysowych wartości netto będących wynikiem przemnożenia cen jednostkowych i ilości obmiaru w tysięcznych i dziesięciotysięcznych częściach złotego nie mogą zostać uznane za oczywiste omyłki rachunkowe bądź inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją, które powinny zostać poprawione przez zamawiającego na etapie oceny i badania ofert i w konsekwencji bezprawne zaniechanie dokonania tych poprawek;
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 1, 2 i 6 Pzp przez uznanie, iż oferta odwołującego jest niezgodna z ustawą, jej treść nie odpowiada treści specyfikacji i zawiera błędy w obliczeniu ceny;
- 4) oraz innych przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych wymienionych w treści uzasadnienia odwołania.

W wyniku tych naruszeń prawa zamawiający bezprawnie dokonał odrzucenia oferty wykonawcy konsorcjum POL-AQUA wykluczenia z postępowania wykonawców wchodzących w skład tego konsorcjum.

Odwołujący wniósł o:

- 1) unieważnienie decyzji zamawiającego z dnia 14 lipca 2009 roku (pismo znak 00-341/18/14/09) o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Konsorcjum MOSTOSTAL oraz o odrzuceniu oferty Konsorcjum POL-AQUA i wykluczeniu z postępowania wykonawców tworzących to Konsorcjum;
- 2) nakazanie zamawiającemu dokonania ponownej oceny i badania ofert z uwzględnieniem obowiązku dokonania niezbędnych poprawek w ofercie odwołującego;
- 3) przyznanie odwołującemu, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp w zw. 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 oraz z 2008 r. Nr 182, poz. 1122) kosztów poniesionych w związku z prowadzonym postępowaniem odwoławczym, a w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika, w kwocie 3 600,00 zł oraz kosztów dojazdu na rozprawę, które zostaną potwierdzone przez złożenie na rozprawie stosownych rachunków.

02.09.2009 r. wykonawca konsorcjum Mostostal Warszawa wniósł przystąpienie do odwołania po stronie zamawiającego.

Na podstawie dokumentacji postępowania i pism między stronami, a także biorąc pod uwagę wyjaśnienia i stanowiska stron zaprezentowane podczas rozprawy oraz dowód złożony przez zamawiającego, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie jest zasadne.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że odwołujący posiada interes prawny w złożeniu środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp.

W ocenie składu orzekającego Izby zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp polegający, zdaniem odwołującego, na odrzuceniu oferty odwołującego, podczas gdy oferta ta nie zawiera błędów, których nie można poprawić zgodnie z art. 87 ust. 2 Pzp oraz zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1, 2 i 6 Pzp polegającego na odrzuceniu oferty odwołującego, mimo iż, oferta jest zgodna z ustawą, jej treść odpowiada treści specyfikacji i nie zawiera błędów w obliczeniu ceny – należy uznać za zasadny.

Zdaniem składu orzekającego Izby zamawiający naruszył zasadę wyrażoną w art. 7 ust. 1 Pzp przez niewłaściwe stosowanie wszystkich przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych w stosunku do jednego z uczestników postępowania. Naruszenie tej zasady nie musi być spowodowane tylko przez niejednakowe stosowanie przepisów w stosunku do różnych podmiotów. Uczestnik postępowania (wykonawca) może w sposób uzasadniony spodziewać się, że zostaną w stosunku do niego zastosowane wszystkie przepisy prawa tak jak do pozostałych wykonawców. Dlatego pominięcie stosowania w postępowaniu jakiegoś przepisu w stosunku do jednego z wykonawców i to nawet przepisu, którego nie ma potrzeby ani obowiązku stosowania w stosunku do pozostałych wykonawców, jest naruszeniem zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców określonej w art. 7 ust. 1 Pzp.

W rozpoznawanym postępowaniu zamawiający odrzucając ofertę z powołaniem się na art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp zaniechał zastosowania procedury tam określonej („z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3”) dokonania w ofercie poprawek innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, jeżeli te poprawki nie spowodują istotnych zmian w treści oferty.

W trakcie rozprawy zamawiający przedstawił wyliczenia w kalkulacjach poszczególnych kosztorysów ofertowych odwołującego z zastosowaniem zaokrągleń, których to zaokrągleń wymagał zamawiający w specyfikacji. Jednocześnie zamawiający wskazał, że poprawki dotyczą około 650 pozycji na ogólną liczbę około 1500 pozycji kosztorysowych. Obliczenia te

zostały dokonane na okoliczność przedstawienia na rozprawie, a więc bez zachowania cechy obliczeń dokonywania ich z należytą starannością, jaka obowiązuje zamawiającego w trakcie prowadzenia procedury. Tym niemniej można z tych obliczeń wysnuć, że ich zastosowanie w procedurze wpłynęłoby na sumaryczną zmianę ceny oferty o około 55 zł (około 1590 zł zwiększenie kosztów i około 1530 zł zmniejszenie kosztów) na ogólną cenę ofertową wykonawcy konsorcjum POL-AQUA w wysokości 15 959 233,21 zł. Wobec tych kwot można stwierdzić, że dokonanie poprawek – zgodnie z przepisem art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp – nie wpłynie w istotny sposób na zmianę treści oferty odwołującego.

Skład orzekający Izby stwierdza, że nie jest istotna liczba omyłek, których poprawek musi dokonać zamawiający, ale istotny jest charakter tych omyłek. Tak więc mimo stwierdzenia wystąpienia około 650 miejsc, w których zamawiający stwierdzi konieczności dokonania poprawek, zamawiający nie może zaniechać dokonania poprawy jeżeli stwierdzi, że ta poprawa nie spowoduje istotnej zmiany treści oferty, a do takiego wniosku powinien dojść zamawiający wobec poprawki wynoszącej w sumie około 55 zł wobec kwoty całej oferty opiewającej na około 16 000 000 zł. Nie bez znaczenia musi pozostawać fakt w rozpoznawanym przypadku, że kolejna oferta jest droższa o kwotę większą niż o około 55 zł, o które należałoby zwiększyć cenę oferty odwołującego. Obliczenia dokonane przez zamawiającego na użytek rozprawy wskazują, że zamawiający jest w stanie dokonać poprawy, a obliczenia wykonane z należytą starannością będą niepodważalne z arytmetycznego punktu widzenia i poza tym zgodne z przepisami, a szczególnie zgodne z art. 87 ust. 1 pkt 3 Pzp.

W rozpoznawanym postępowaniu zamawiający ustanowił formalny wymóg zaokrąglenia wszystkich kwot występujących w kosztorysach i w całej ofercie do dwóch miejsc po przecinku. Jednak zamawiający nie wskazał merytorycznego znaczenia tego żądania. Zamawiający nie wskazał również przepisu prawa, na którego podstawie ustanowił takie wymaganie w specyfikacji. Wobec tego skład orzekający Izby stwierdza, że wprowadzenie wymagań do specyfikacji bez uzasadnienia merytorycznego nie może wpływać negatywnie na sytuację wykonawców. Zamawiający musi wykonać swoje czynności zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych i nie może się zasłaniać nieuzasadnionymi merytorycznie postanowieniami specyfikacji w celu zaniechania wykonania wszystkich czynności, zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych. Dokonanie przez zamawiającego poprawy oferty, zgodnie z przywołanym przepisem art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, doprowadzi do tego, że nie będzie można zarzucić ofercie, że jest niezgodna z ustawą, treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji lub oferta zawiera błędy w obliczeniu ceny, czyli zamawiający nie będzie mógł odrzucić

oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1, 2 i 6 Pzp, na co bezzasadnie powoływał się zamawiający odrzucając ofertę odwołującego.

Skład orzekający Izby wskazuje, że przywołane orzecznictwo było wydane na podstawie stanu prawnego sprzed wejścia w życie przepisu art. 87 ust. 1 pkt 3 i uchylecia art. 88 Pzp (przed 23 października 2008 r.). Wobec tego nie można tych orzeczeń stosować do stanu powstałego pod rządami zmienionych przepisów.

Jednocześnie skład orzekający Izby stwierdza, że zamawiający nie wykluczył z postępowania odwołującego i w związku z tym zarzut wykluczenia odwołującego pozostał bez rozpatrzenia.

Podobnie bez wpływu pozostał zarzut zamawiającego odnośnie zmiany treści zarzutów w odwołaniu w stosunku do protestu, gdyż – zgodnie z art. 180 ust. 8 Pzp – protest powinien zawierać zwięźle przytoczenie zarzutów oraz okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie protestu, a późniejsze doprecyzowanie tych elementów w treści odwołania nie wpłynęło na konieczność stwierdzenia, że odwołanie nie zostało poprzedzone protestem, a więc skład orzekający Izby nie mógł zastosować się do art. 187 ust. 4 pkt 1 Pzp.

Wobec powyższych konstatacji skład orzekający Izby przychylił się do zarzutów odwołującego.

W postępowaniu zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 i 3, art. 87 ust. 2 pkt 3 i art. 89 ust. 1 pkt 1, 2, i 6 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty zastępstwa prawnego pełnomocnika w wysokości 3 600,00 zł, na podstawie faktury złożonej do akt sprawy, zgodnie 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 oraz z 2008 r. Nr 182, poz. 1122).

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 2008 r. Nr 171, poz. 1058, Nr 220, poz.1420 i Nr 227, poz. 1505 oraz z 2009 r. Nr 19, poz. 101, Nr 65, poz. 545 i Nr 91, poz. 742) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w Elblągu.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....