

Sygn. akt KIO 989/10

POSTANOWIENIE
z dnia 8 czerwca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron dnia 8 czerwca 2010 r. w Warszawie, odwołania wniesionego dnia 24 maja 2010 r. przez **Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowo-Produkcyjne Węglopol Sp. z o.o., ul. Chodkiewicza 31, 44 - 100 Gliwice**, od czynności Zamawiającego, którym jest **Gmina Skoroszyce, ul. Powstańców Śląskich 17, 48-320 Skoroszyce**

orzeka:

1. **odrzuca odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża **Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowo-Produkcyjne Węglopol Sp. z o.o., ul. Chodkiewicza 31, 44 - 100 Gliwice** i nakazuje zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez **Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowo-Produkcyjne Węglopol Sp. z o.o., ul. Chodkiewicza 31, 44 - 100 Gliwice** stanowiący koszty postępowania odwoławczego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Opolu**.

Przewodniczący:

.....

U z a s a d n i e

do postanowienia z dnia 8 czerwca 2010 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 989/10

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego po dniu 29 stycznia 2010 r., to jest po wejściu w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do rozpoznawania odwołania mają zastosowanie przepisy ustawy - Prawo zamówień publicznych w brzmieniu znowelizowanym. Jednocześnie Izba ustaliła, że na podstawie art. 7 ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw w zw. z § 7 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. z 2010 r. Nr 41, poz. 238) i § 38 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2010 r., Nr 48, poz. 280), do przedmiotowego odwołania mają zastosowanie przepisy wymienionych powyżej rozporządzeń.

Nadto Izba ustaliła, że odwołanie zostało złożone w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) zwanej dalej: „Pzp” którego przedmiotem jest: *„wybudowanie sali sportowej z zapleczem socjalno-sanitarnym przy Zespole Szkół-Szkoty Podstawowej i Gimnazjum w Skoroszycach na działkach nr 209/13, 209/7 i 208/23 łącznie z uzyskaniem pozwolenia na użytkowanie zgodnie z przepisami Prawa budowlanego”* - ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone 01.04.2010 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych Nr 73933-2010.

Zgodnie z pismem Zamawiającego z dnia 26.05.2010 r. (akt sprawy odwoławczej) wartość zamówienia oszacowano na kwotę nieprzekraczającą wyrażonej w złotych równowartości kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Zamawiający w dniu 13.05.2010 r. przekazał drogą elektroniczną *„zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty, o wykonawcach, którzy zostali wykluczeni i o ofertach odrzuconych”* informując o wyborze oferty najkorzystniejszej firmy: Zakład Ogólno-Budowlany Szczepanik Sp. jawna, ul. Armii Ludowej 13, 47-303 Krapkowice zwanej dalej: *„ZOB Szczepanik Sp. jawna”* oraz o odrzuceniu m.in. oferty Przedsiębiorstwa Usługowo-Handlowo-Produkcyjne *„Węgłopol”* Sp. z o.o., ul. Chodkiewicza 31, 44 - 100 Gliwice zwanego dalej: *„PUHP Węgłopol Sp. z o.o.”* albo *„Odwołującym”*. Wyjaśnił, że oferta PUHP Węgłopol Sp. z o. o. nie odpowiadała treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: *„SIWZ”*, bowiem ta wymagała dołączenia do oferty kosztorysów ofertowych, tych zaś Wykonawca nie dołączył. Zamawiający uznał iż niedołączenia kosztorysu nie

można zaliczyć do innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze SIWZ, nie powodujących istotnych zmian w treści oferty, które to omyłki zamawiający mógłby poprawić na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

PUHP Węgielno Sp. z o. o. wniósł odwołanie na postanowienia SIWZ, które wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zwanego dalej: „Prezes KIO” dnia 24.05.2010 r. (prezentata na piśmie). Pismo zawierające odwołanie zostało nadane listem poleconym w placówce operatora publicznego dnia 18.05.2010 r. (stempel na kopercie placówki pocztowej operatora publicznego). Odwołanie podpisał Prezes Zarządu Rafał Majza, ujawniony w KRS i umocowany do samodzielnej reprezentacji zgodnie z KRS załączonym do odwołania. Wpis uiszczono 18.05.2010 r. (dowód uiszczenia wpisu). Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu e-mailem i faxem w dniu 17.05.2010 r. (zgodnie z informacją na załączonym dowodzie przesłania kopii odwołania).

Odwołujący na podstawie art. 180 ust. 1 i 2 pkt 4 Pzp, złożył odwołanie na odrzucenie oferty Odwołującego przez Zamawiającego w „Zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty, o wykonawcach, którzy zostali wykluczeni i o ofertach odrzuconych”.

Wnosił o unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz czynności oceny i wyboru ofert, a także powtórnego dokonania oceny ofert złożonych w postępowaniu i wyboru oferty najkorzystniejszej, na zasadzie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp, zaś w przypadku nieuwzględnienia ww. żądań unieważnienia postępowania na podstawie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp, gdyż postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy. Odwołujący zarzucił, że Zamawiający swoim postępowaniem naruszył:

- art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez niezasadne uznanie, iż wykonawca nie dołączył do oferty kosztorysu ofertowego, podczas gdy wykonawca zawarł kosztorys uproszczony w harmonogramie rzeczowo - finansowym i oferta zgodna była ze SIWZ;
- art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 87 ust. 1 i 2 pkt 3 Pzp poprzez przyjęcie, iż kosztorysy ofertowe stanowią istotną treść oferty a ich niedołączenie skutkuje jej odrzuceniem podczas gdy kosztorysy ofertowe nie stanowiły istotnej treści oferty w przedmiotowym postępowaniu.
- art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, poprzez naruszenie zasady równego traktowania wykonawców oraz zasady uczciwej konkurencji w zakresie określenia kryteriów oceny.

Wykonawca na podstawie SIWZ zobligowany był do przedstawienia harmonogramu rzeczowo-finansowego, który istotnie przez Wykonawcę został dołączony. Harmonogram rzeczowo-finansowy stanowi nie tylko graficzne przedstawienie poszczególnych prac w określonym czasie ale również prezentuje dane dotyczące rozbiecia kosztowego poszczególnych prac i dostaw w ramach branż (budowlanej, energetycznej, elektrycznej) w ramach ceny łącznej (ryczałtowej). Zaprezentowane rozbiecie na poszczególne elementy w ramach branż (dachy, konstrukcje, instalacje, budynki) w podziale na zakupy

i wykonawstwo jest niczym innym jak kosztorysem uproszczonym budowy. Kosztorys przedstawiono w formie harmonogramu celem pokazania poszczególnych kosztów w czasie. Harmonogram został podsumowany i odpowiada cenie w ofercie, kwoty w harmonogramie/kosztorysie są kwotami netto, co również zaznaczono.

Dlatego też uwzględniając fakt, że wykonany przez Odwołującego harmonogram był zarówno harmonogramem jak i kosztorysem uproszczonym. W treści SIWZ nie zostało przecież zdefiniowane, że winny to być dwa oddzielne dokumenty, ponadto o charakterze dokumentu nie stanowi jego nazwa a jego treść - zawartość merytoryczna. Wobec powyższego nie sposób zgodzić się z Zamawiającym, że dane kosztorysu uproszczonego nie zostały przedłożone zgodnie z SIWZ i dlatego też czynności zamawiającego doprowadziły do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, bowiem oferta zgodna była z treścią SIWZ, a pomimo tego została odrzucona.

Ponadto, biorąc pod uwagę, iż nie sporządzono odrębnego dokumentu o nazwie „kosztorys ofertowy” słuszne wydają się poniższe rozważania. Art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp stanowi, iż odrzucenie oferty następuje wówczas gdy jej treść nie odpowiada treści SIWZ chyba, że na zasadzie art. 87 ust 2 pkt 3 Pzp niezgodność oferty ze SIWZ, nie powoduje istotnych zmian w treści oferty.

W niniejszym przypadku niedołączenie odrębnego dokumentu - kosztorysu ofertowego nie powodowało zmian w treści oferty. Zamawiający bowiem w SIWZ wskazał, iż: *„Kosztorysy ofertowe nie będą miały zastosowania na etapie oceny ofert. Będą na tym etapie postępowania dokumentem „poglądowym” służącym zamawiającemu do zorientowania się w poziomie poszczególnych cen”.*

We wzorze umowy - załączniku nr 1 do SIWZ, w § 2 czytamy: *„Za wykonanie całego przedmiotu umowy, określonego w § 1 ust. 1 niniejszej umowy, strony umowy ustalają wynagrodzenie w wysokości: ... brutto (wraz z podatkiem VAT) w wysokości: zł”.*

Wobec powyższego Zamawiający przyjął, iż wynagrodzeniem za wykonanie zlecenia będzie wynagrodzenie ryczałtowe, nie zaś kosztorysowe.

Ponadto „wzór umowy” w § 2 ust. 6 pkt b 1 i b 2 wskazują, iż roboty dodatkowe rozliczane będą *„na podstawie kosztorysów przygotowanych przez Wykonawcę, a zatwierdzonych przez Inspektora Nadzoru i Zamawiającego. Kosztorysy te opracowane będą w oparciu o następujące założenia: 1) ceny czynników produkcji (R, M, S, Ko, Z) zostaną przyjęte z kosztorysów opracowanych przez Wykonawcę metodą kalkulacji szczegółowej; 2) w przypadku, gdy nie będzie możliwe rozliczenie danej roboty w oparciu o zapisy w podpunkcie „1”. brakujące ceny czynników produkcji zostaną przyjęte z zeszytów SEKOCENBUD (jako średnie) za okres ich wbudowania”.*

Wobec powyższego można zauważyć pewną niezgodność pomiędzy zapisami SIWZ, a wzorcem Umowy. W ocenie Odwołującego, dokumenty jakimi są kosztorysy ofertowe można zaliczyć do oferty, jednak nie do stanowiących jej istotnej treści. Brak zatem lub

wadliwość takich kosztorysów skutkować może jedynie wezwaniem przez zamawiającego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty w trybie art. 87 ust. 1 Pzp, a nie do odrzucenia jej z powodu sprzeczności ze SIWZ w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Zamawiający także nie przygotował i nie dołączył formularza kosztorysu ofertowego do wypełnienia.

Warto zwrócić uwagę na treść pkt 2 wyroku z dnia 25.06.2009 r. Sądu Okręgowego w Tarnowie, sygn. akt: V GA 40/09, w którym harmonogram rzeczowo - finansowy został uznany za istotną treść oferty: *„2. Harmonogram rzeczowo-finansowy ma na celu weryfikację złożonej oferty pod kątem wyceny wszystkich wchodzących w zakres przedmiotu zamówienia elementów a także czasu wykonania poszczególnych etapów. Jego znaczenie jest dla zamawiającego o tyle istotne, iż poszczególne etapy mają być rozliczane sukcesywnie, zaś zamawiający ma właśnie sukcesywnie pozyskiwać środki na poszczególne etapy. Kwestie zawarte w harmonogramie podlegają więc ocenie pod kątem art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p., a więc ocenie zgodności oferty z treścią SIWZ. Ewentualne uzupełnienie powyższego dokumentu w trybie art. 87 ust. 1 p.z.p. prowadziłoby do zmiany treści oferty, co w świetle powyższego przepisu jest niedopuszczalne, a ponadto prowadziłoby do naruszenia podstawowych zasad udzielania zamówienia publicznego, tj. zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji w postępowaniu (art. 7 ust. 1 p.z.p.)”*. Stanowisko Sądu jest niewątpliwie słuszne, jak wspomniano wyżej, harmonogram taki miał istotne znaczenie dla Zamawiającego - pozwalał na weryfikację wyceny elementów i czasu wykonania zlecenia, co było dla Zamawiającego ważne z uwagi na to, że środki na realizację poszczególnych etapów zamówienia miał pozyskiwać sukcesywnie.

Odnosząc się do sytuacji Wykonawcy w niniejszym postępowaniu nie sposób przyjąć, iż kosztorysy ofertowe miały istotne znaczenie skoro nawet nie miały zastosowania na etapie oceny ofert, czyli były składową oferty, ale na pewno nie składową istotną. Z przyczyn powyższych uznać należy, iż w przedmiotowym postępowaniu kosztorys ofertowy nie stanowi istotnej treści oferty, nic podlegał bowiem merytorycznej ocenie przez Zamawiającego, jeśli coś nie podlega ocenie zamawiającego nie można przyjąć, iż jest to rzecz/sprawa istotna dla treści oferty. Zamawiający dopuścił (we wzorze umowy § 2 ust. 6 pkt b 2) dla rozliczenia robót dodatkowych zastosowanie ceny czynników produkcji z zeszytów SEKOCENBUD (jako średnie) za okres ich wbudowania. Wobec powyższego, w jego ocenie, nie sposób zgodzić się z Zamawiającym, że kosztorys ofertowy stanowi istotną treść oferty, powyższe stanowisko Zamawiającego doprowadziło do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 87 ust. 1 i 2 pkt 3 Pzp. Poprzez uznanie przez Zamawiającego, iż kosztorys ofertowy nie został przez wykonawcę dołączony w ogóle, czyli zarówno jako odrębny dokument, ale i jako część harmonogramu finansowo - rzeczowego, oraz uznanie, że kosztorys stanowi istotną treść oferty.

Doszło również do naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, poprzez naruszenie zasady równego traktowania wykonawców oraz zasady uczciwej konkurencji w zakresie określenia

kryteriów oceny, bowiem jedynym kryterium przyjętym przez Zamawiającego była cena (pkt 13 SIWZ). Wykonawca przedstawił ofertę z o najkorzystniejszej cenie ofertowej w stosunku do pozostałych sześciu oferentów. Cena Wykonawcy brutto: 4.469.204.00 zł która jest o 881.910.00 zł niższa od ceny oferowanej przez Kontrahenta firmę Zakład Ogólnobudowlany Szczepanik Sp. jawna - firmy wyłonionej przez Zamawiającego jako zwycięscy przetargu. Zaproponowana przez Wykonawcę cena pozwalała mu zostać wyłonionym w przetargu jako wykonawca hali sportowej.

Zamawiający do chwili otwarcia posiedzenia nie udzielił odpowiedzi na odwołanie.

Izba ustaliła, że do Prezesa KIO w trzydniowym terminie, tj. do 22.05.2010 r., żaden wykonawca nie zgłosił przystąpienia do postępowania odwoławczego (art. 185 ust. 2 Pzp). Zgodnie z informacją uzyskaną z akt sprawy odwoławczej, Zamawiający zawiadomienie o złożeniu odwołania przesłał uczestnikom postępowania w dniu 19.05.2010 r.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Izba z urzędu na posiedzeniu niejawnym dokonała czynności formalnoprawnych i sprawdzających, w wyniku których stwierdziła, że przedmiotowe odwołanie podlega odrzuceniu w oparciu o art. 189 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 182 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Wartość zamówienia oszacowano na kwotę nieprzekraczającą wyrażonej w złotych równowartości kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Zgodnie z dyspozycją art. 182 ust. 1 pkt 2 Pzp odwołanie wnosi się w terminie 5 dni od dnia przesłania informacji o czynności Zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia - jeżeli zostały przesłane w sposób określony w art. 27 ust. 2, albo w terminie 10 dni – jeżeli zostały przesłane w inny sposób – w przypadku gdy wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art.11 ust. 8.

Zgodnie z „Prawem Zamówień Publicznych po zmianach z 2009 r.” pod redakcją J. Sadowego, UZP W-wa 2010 r., str. 63: „1. W przypadku, gdy zamawiający poinformował wykonawców (uczestników konkursu) o czynności podjętej lub zaniechanej, termin do wniesienia odwołania zależy od wartości zamówienia oraz od sposobu przesłania wykonawcom informacji o czynności stanowiącej podstawę do wniesienia odwołania, i wynosi: (.....)

2) gdy wartość zamówienia jest mniejsza od „progów unijnych”:

a) 5 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego drogą elektroniczną lub faksem

b) 10 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego w inny sposób niż mailem lub faksem (...).”

Zgodnie z treścią odwołania oraz pismami Zamawiającego i Odwołującego z dnia 31.05.2010 r. przesłanym wraz z załącznikami wynika, że *„Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty, o wykonawcach, którzy zostali wykluczeni i o ofertach odrzuconych”* zostało skutecznie przesłane drogą elektroniczną Odwołującemu w dniu 13.05.2010 r. Zaś forma elektroniczna była przewidziana w pkt 7 SIWZ (str. 7). W konsekwencji jak słusznie wskazał w odwołaniu Odwołujący – odwołanie winno być składane: *„ (...) w terminie 5 dni od dnia doręczenia drogą elektroniczną „Zawiadomienia” m.in. o ofertach odrzuconych, co zgodne jest z treścią art. 182 ust. 1 pkt 2 Pzp”*. Termin na wniesienie odwołania upłynął zatem dnia 18.05.2010 r.

W rezultacie powyższego odwołanie, które wpłynęło do Prezesa KIO w dniu 24.05.2010 r. należy uznać za wniesione z uchybieniem ustawowego terminu.

Izba wskazuje, że po nowelizacji Pzp dokonanej ustawą z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778) dla zachowania terminu na wniesienie odwołania koniecznym jest faktyczne doręczenie odwołania Prezesowi KIO w terminie przewidzianym w Pzp. W przepisach Pzp po jej nowelizacji brak bowiem domniemania, że złożenie odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego jest równoznaczne z jego wniesieniem do Prezesa KIO. Przepisy Pzp w brzmieniu sprzed ww. nowelizacji wyraźnie stanowiły, że: *„złożenie odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego jest równoznaczne z wniesieniem go do Prezesa Urzędu”* (art. 184 ust. 2 zd. drugie Pzp). Skoro ustawodawca zrezygnował z takiego unormowania, jego celem musiało być utożsamienie *„wniesienia odwołania”* z jego doręczeniem. Z kolei dotrzymanie terminu wniesienia skargi na orzeczenie Izby przez złożenie skargi w placówce pocztowej operatora publicznego zostało wyraźnie w Pzp przewidziane (art. 198b ust. 2 zd. drugie Pzp), co prowadzi do wniosku, że ustawodawca zdawał sobie sprawę z konsekwencji takiej regulacji.

Reasumując, należy uznać, że odwołanie które wpłynęło do Prezesa KIO dnia 24.05.2010 r., a nie 18.05.2010 r., jest odwołaniem wniesionym z uchybieniem ustawowego terminu na jego wniesienie, co skutkuje koniecznością jego odrzucenia zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Niezależnie od powyższego Izba stwierdza, iż termin na wniesienie odwołania jest terminem zawitym i nie podlega przywróceniu.

Wobec powyższego, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i ust. 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i § 5 ust. 4 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).

Zgodnie z art. 189 ust. 3 zd. pierwsze Pzp oraz § 13 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań (Dz. U. nr 48, poz. 280) - postanowienie wydano na posiedzeniu niejawnym. W oparciu o § 32 ww. rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań, ogłoszenie postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze wydanego na posiedzeniu niejawnym następuje przez wywieszenie sentencji postanowienia na tablicy ogłoszeń w siedzibie Krajowej Izby Odwoławczej, a informacja o ogłoszeniu podawana jest na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych. Odpis postanowienia przesyła się stronom i uczestnikom postępowania odwoławczego.

Przewodniczący:

.....