

Sygn. akt: KIO/UZP 820/09

WYROK
z dnia 10 lipca 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Stręciwilk

Członkowie: Małgorzata Rakowska

Stanisław Sadowy

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 lipca 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Fast Group Sp. z o.o., Al. 3 Maja 12, 00-391 Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Miasto Poznań, Pl. Kolegiacki 17, 61-841 Poznań**, protestu z dnia 2 czerwca 2009 r.

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego i dokonanie czynności ponownego badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu z zastosowaniem procedury przewidzianej w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy względem oferty Odwołującego,**
- 2. kosztami postępowania obciąża Miasto Poznań, Pl. Kolegiacki 17, 61-841 Poznań i nakazuje:**
 - 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 574 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez Fast Group Sp. z o.o., Al. 3 Maja 12, 00-391 Warszawa;**
 - 2) dokonać wpłaty kwoty 8 174 zł 00 gr (słownie: osiem tysięcy sto siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) przez Miasto Poznań, Pl. Kolegiacki 17, 61-841 Poznań**

na rzecz **Fast Group Sp. z o.o., Al. 3 Maja 12, 00-391 Warszawa**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów postępowania odwoławczego zaliczonych z wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika,

- 3) dokonać zwrotu kwoty **2 926 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące dziewięćset dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Fast Group Sp. z o.o., Al. 3 Maja 12, 00-391 Warszawa**.

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Budowę i uruchomienie systemu bezprzerwowego i bezzanikowego zasilania na potrzeby Centrum Zarządzania Kryzysowego, ul. Libelta 16/20 w Poznaniu”, którego dotyczy odwołanie wniesione przez Fast Group Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwaną dalej „Odwołującym”, zostało wszczęte w trybie przetargu nieograniczonego. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 13 maja 2009 r. (nr ogłoszenia: 147128). Postępowanie to prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. z 2007 r. Dz. U. Nr 223, poz. 1655 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, Miasto Poznań, zwane dalej „Zamawiającym”.

W postępowaniu tym w dniu 1 czerwca 2009 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o wynikach postępowania, tj. o wyborze oferty najkorzystniejszej - oferty TEELDOM Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, tj. z uwagi na jej niezgodność z treścią SIWZ.

W uzasadnieniu odrzucenia oferty Zamawiający podniósł, że z pkt VII ppkt 10 SIWZ wynika, że oferta wykonawcy powinna zawierać wypełniony i podpisany załącznik nr 1 do umowy, tj. „Wykaz dostarczanego i zainstalowanego sprzętu i urządzeń do wykonanych robót budowlanych i usług”. Zgodnie z treścią wskazanego załącznika: „sumaryczna wartość netto w zł wszystkich pozycji musi być zgodna z ceną ofertową”. Pomimo wezwania do uzupełnienia dokumentów, skierowanego do Odwołującego cena netto podana w formularzu ofertowym nadal różni się od sumarycznej wartości netto załącznika nr 1.

Uwzględniając tę czynność odrzucenia oferty, Odwołujący w piśmie z dnia 4 czerwca 2009 r. (wpływ do Zamawiającego w tej samej dacie) złożył protest. Wskazał w nim na naruszenie przez Zamawiającego art. 87 ust. 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie

zastosowania trybu określonego w tym przepisie oraz na naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez odrzucenie jego oferty pomimo tego, że jej treść odpowiada treści SIWZ.

W związku z podniesionymi zarzutami Odwołujący w proteście wniósł o:

- 1) powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej przy zachowaniu zasad określonych w ustawie i SIWZ;
- 2) uznanie za zgodną z treścią SIWZ oferty złożonej przez Odwołującego;
- 3) uznanie za najkorzystniejszą oferty złożonej przez Odwołującego.

W uzasadnieniu protestu Odwołujący przyznał, że faktycznie pomiędzy treścią załącznika nr 1 do umowy i sumaryczną wartością netto urządzeń i robót wyszczególnionych w tym załączniku, a ceną ofertową netto zamieszczoną w formularzu ofertowym istnieje różnica, ale jest to różnica zaledwie 1 zł. Odwołujący podniósł, że owa omyłka winna być poprawiona przez Zamawiającego w trybie art. 87 ust. 2 ustawy Pzp. Wskazał, że powyższe stanowi obowiązek Zamawiającego, a nie jego prawo. Podkreślił też, że owa omyłka ma charakter oczywistej omyłki pisarskiej (w formularzu ofertowym omyłkowo wpisano liczbę: „263 395,70” złotych zamiast prawidłowej „263 396,70” złotych). Podkreślił, że omyłka ta w konsekwencji przeniknęła do wyliczonych w formularzu oferty wysokości podatku od towarów i usług.

Podniósł też, że nawet gdyby przyjąć pogląd, że omyłka ta nie mieści się w kategorii oczywistej omyłki pisarskiej, to należałoby ją potraktować jako inną omyłkę, o której stanowi art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Dokonanie tego rodzaju korekty – zdaniem Odwołującego – nie spowodowałoby istotnej zmiany treści oferty – zmiana ta bowiem dotyczyłaby wartości 1 złotego, przy czym nie miałyby żadnego wpływu z punktu widzenia zakwalifikowania oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej (najtańszej).

Odwołujący powołując się na zapisy wzoru umowy, stanowiącego załącznik do SIWZ (§ 4 ust. 1 oraz 2) oraz pkt X SIWZ, podniósł, że w niniejszym postępowaniu mamy do czynienia z wynagrodzeniem ryczałtowym, stąd cena ta winna być kwalifikowana jako jednolite wynagrodzenie wykonawcy z tytułu realizacji całości zamówienia. Wyszczególnienie indywidualnych składników cenotwórczych ma wyłącznie charakter informacyjny i nie stanowi modyfikacji treści oferty.

Podnosząc argumentację co do konieczności poprawienia tej omyłki w jego ofercie oraz co do kwestii związanych z ryczałtowym charakterem wynagrodzenia w niniejszym postępowaniu Odwołujący przywoływał orzecznictwo zespołów arbitrów oraz Krajowej Izby Odwoławczej.

W proteście wskazał też, że oferta wybrana przez Zamawiającego jako najkorzystniejsza przewyższa swoją wartością cenę zaoferowaną przez Odwołującego.

Odnosząc się do złożonego protestu Zamawiający pismem z dnia 10 czerwca 2009 r., doręczonym w tej samej dacie Odwołującemu, protest oddalił. W uzasadnieniu rozstrzygnięcia protestu podniósł, że Odwołujący złożył swoją ofertę z ceną netto: 263 395,70 zł w dniu 22 maja 2009 r., natomiast załącznik nr 1 do umowy, w którym wpisana została kwota 263 396,70 zł, został dostany do Zamawiającego na wezwanie do uzupełniania dokumentów i opatrzony był datą: 27 maja 2009 r. Z powyższego wynika, że formularz ten został stworzony później niż formularz ofertowy i w związku z tym nie mogła zajść tutaj oczywista omyłka pisarska przy przepisywaniu kwoty z załącznika do formularza ofertowego, stąd też Zamawiający nie widzi podstaw do dokonania poprawienia oferty Odwołującego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. W ocenie Zamawiającego nie mógł on wskazanej omyłki poprawić również na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, z uwagi na to, że nie mógł samodzielnie zdecydować, która z podanych kwot jest prawidłowa (powołał się przy tym na orzecznictwo KIO).

Zamawiający podkreślił również, że w uzasadnieniu protestu zawarto nieprawidłowość dotyczącą wyboru oferty najkorzystniejszej, mianowicie, że ta przewyższa swoją kwotą wartość oferty Odwołującego. Przywołał w tym zakresie treść załącznika ZP-12 do protokołu postępowania, z którego wynika, że cena zaoferowana przez Odwołującego wynosi 321 342,75 zł natomiast cena oferty najkorzystniejszej: 292 336,40 zł, ta ostatnia jest zatem tańszą ofertą.

Rozpatrując złożony protest Zamawiający pouczył również Odwołującego o prawie do złożenia odwołania w terminie 10 dni od dnia doręczenia rozstrzygnięcia protestu. Następnie jednak w piśmie z dnia 12 czerwca 2009 r., doręczonym Odwołującemu w tym samym dniu, przesłał w tym zakresie sprostowanie co do 5-dniowego terminu na złożenie odwołania, a nie 10-dniowego, informując jednocześnie, że bieg terminu na złożenie odwołania będzie liczony od dnia doręczenia przedmiotowego sprostowania.

Odwołujący, nie zgadzając się z dokonaniem przez Zamawiającego rozstrzygnięciem protestu, w dniu 16 czerwca 2009 r. (data nadania pisma w placówce pocztowej operatora publicznego, tj. Poczta Polska) złożył odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Kopia odwołania w dacie 15 czerwca 2009 r. została faksem przekazana Zamawiającemu. W odwołaniu Odwołujący podtrzymał wszystkie zarzuty i żądania oraz przytoczoną argumentację. Dodatkowo wskazał, że Wykonawca TEELDOM Sp. z o.o. faktycznie zaoferował niższą cenę od Odwołującego, jednakże porównując te oferty, przy uwzględnieniu wszystkich kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ, oferta Odwołującego

powinna być uznana przez Zamawiającego jako najkorzystniejsza (TEELDOM Sp. z o.o. – 90 pkt z czego 0 pkt w kryterium termin wykonania i Odwołujący – 91,88 pkt, z czego 10 pkt w kryterium termin wykonania).

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

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 187 ust. 4 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania. W szczególności ustalono, że ze względu na treść podnoszonego przez Odwołującego zarzutu dotyczącego czynności odrzucenia jego oferty w postępowaniu, pomimo wartości przedmiotu zamówienia (poniżej wartości progów UE), stosownie do treści art. 184 ust. 1a pkt 4 ustawy Pzp, odwołanie w niniejszej sprawie przysługuje.

Skład orzekający Izby stwierdził także, że Odwołujący – stosownie do art. 179 ust. 1 ustawy Pzp - posiada interes prawny w złożeniu protestu i odwołania, ponieważ jego oferta, w przypadku potwierdzenia się podnoszonych w odwołaniu zarzutów, zostałaby uznana za najkorzystniejszą. Podstawą takiego ustalenia Izby jest okoliczność określenia przez Zamawiającego w SIWZ matematycznie wyliczalnych kryteriów oceny ofert, tj. cena – 90% i termin wykonania prac – 10%, przy czym wskazano, że za okres realizacji od 20 – 21 dni wykonawca otrzyma 10 pkt wagi procentowej, zaś za okres realizacji 30 dni – 0 pkt. Biorąc powyższe pod uwagę oferta złożona przez Odwołującego przy 21-dniowym terminie wykonania prac i punktacji za cenę ofertową uzyskałaby 91,88 pkt, zaś oferta TEELDOM – 90 pkt. Uwzględniając powyższe Odwołujący wykazał swój interes prawny w możliwości uzyskania niniejszego zamówienia w kontekście podnoszonego przez siebie zarzutu.

Odnosząc się do podniesionych w odwołaniu zarzutów, skład orzekający Izby dokonał następujących ustaleń faktycznych:

- 1) Zamawiający w SIWZ w pkt IX wskazał na dwa kryteria oceny ofert tj.: cena z wagą procentową 90% i termin wykonania prac – 10%. Jednocześnie też wskazał, że w ramach kryterium terminu wykonania prac będzie przyznawał po 2 pkt % za deklarowany czas skrócenia realizacji prac, tj. za każde kolejne 2 dni skrócenia 30 dniowego okresu realizacji zamówienia.

- 2) W pkt VII ppkt 10 SIWZ Zamawiający zobowiązał wykonawców do załączenia do oferty wypełnionego i podpisanego załącznika nr 1 do wzoru umowy, tj. „Wykaz dostarczonego i zainstalowanego sprzętu i urządzeń oraz wykonanych robót budowlanych i usług”. Wzór umowy natomiast stanowił załącznik do SIWZ.
- 3) W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zostały złożone trzy oferty, z czego oferta złożona przez Odwołującego na kwotę brutto: 321 342,75 zł (netto: 263 395,70 zł), z terminem wykonania prac – 21 dni oraz oferta uznana za najkorzystniejszą z ceną: 292 336,40 zł brutto z terminem wykonania prac – 30 dni.
- 4) Zamawiający pismem z dnia 26 maja 2009 r., działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wezwał Odwołującego o uzupełnienia wypełnionego i podpisanego załącznika nr 1 do umowy, w którym suma kwot powinna być tożsama z ceną z formularza ofertowego. Odwołujący przy piśmie z dnia 27 maja 2009 r. uzupełnił przywołany załącznik, gdzie wskazano łączną cenę netto: 263 396,70 zł.

Uwzględniając powyższe ustalenia faktyczne, skład orzekający Izby doszedł do przekonania, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Podstawą podjętego rozstrzygnięcia przez skład orzekający Izby w niniejszej sprawie było ustalenie, że Zamawiający, dysponując z jednej strony przedłożonym w drodze uzupełnienia dokumentów na żądanie samego Zamawiającego załącznikiem nr 1 do umowy, którego wzór stanowił element dokumentacji stanowiącej SIWZ (załącznik nr 1 do wzoru umowy, który to wzór umowy stanowił załącznik nr 3 do SIWZ), z drugiej zaś strony formularzem ofertowy Odwołującego z wyszczególnioną ceną netto, mógł stwierdzić niezgodność treści oferty Odwołującego z treścią SIWZ. Zgodnie bowiem z wymogiem SIWZ (adnotacja na dole określonego przez Zamawiającego wzoru załącznik nr 1 do umowy) suma cen netto oferowanych urządzeń i sprzętu z załącznika nr 1 do umowy miała być zgodna z ceną ofertową (o której mowa w § 4 ust. 1 pkt 1 wzoru umowy, tj. ceną netto). Owa niezgodność sprowadza się bowiem do stwierdzenia, że wyceniony przez Odwołującego szczegółowo w załączniku nr 1 do umowy oferowany sprzęt i urządzenia opiewał na kwotę 263 396,70 zł netto, tj. kwotę o 1 zł wyższą niż cena netto podana w formularzu ofertowym (tj. 263 395,70 zł). Zatem nie była to identyczna kwota jak wymagał tego Zamawiający w SIWZ. Powyższe zatem stanowi o niezgodności oferty Odwołującego z treścią SIWZ.

Skład orzekający Izby, biorąc pod uwagę okoliczności sprawy oraz oświadczenia stron postępowania odwoławczego, uznał, że w tym przypadku mamy do czynienia z działaniem Odwołującego noszącym znamiona pomyłki, która jest możliwa do poprawienia przez Zamawiającego w trybie art. 87 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Odwołujący bowiem,

formułując pierwotnie ofertę i formularz ofertowy z ceną całkowitą za zamówienie mógł w wyliczeniu całości wartości oferowanego przez siebie sprzętu i urządzeń pomylić się o 1 zł netto. Choć dopiero szczegółowa kalkulacja tej ceny przedłożona w wyniku wezwania Zamawiającego do uzupełniania dokumentu (załącznika nr 1 do umowy, który – jak oświadczył na rozprawie pełnomocnik Zamawiającego miał służyć ocenie zgodności oferowanego sprzętu z wymogami jakościowymi określonymi przez Zamawiającego w SIWZ) uwidoczniła tę omyłkę w ofercie Odwołującego, powyższe nie może negować, tego, że Odwołujący popełnił w ofercie inną omyłkę polegającą na sprzeczności z SIWZ (nieprawidłowo zsumował wartości netto oferowanego sprzętu i urządzeń myląc się o 1 zł, a tym samym nie wpisując w formularzu ofertowym właściwej kwoty).

Zdaniem składu orzekającego Izby omyłka ta podlega poprawieniu z uwagi na to, że jej poprawienie nie będzie powodowało istotnych zmian w treści oferty. Nie można bowiem za istotną zmianę w treści oferty uznać korektę ceny ofertowej netto o 1 zł, przy ustalonej przez Zamawiającego wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia na kwotę: 229 508, zł netto (protokół postępowania – Druk ZP-2). Korekta ceny ofertowej Odwołującego o wskazaną kwotę netto, a w efekcie również ceny brutto, nie zmieni również pozycji Odwołującego w rankingu oceny ofert pod względem kryterium ceny – w dalszym ciągu będzie to bowiem oferta droższa od pierwotnie uznanej przez Zamawiającego jako najkorzystniejsza. Nie można zatem w tym przypadku postawić tezy o manipulacji w zakresie ceny ofertowej przez Odwołującego w celu uzyskania zamówienia.

Zgodzić należy się z argumentacją Zamawiającego, że złożony przez Odwołującego w dniu 27 maja 2009 r. załącznik nr 1 do umowy jako dostany później, a więc po złożeniu formularza ofertowego, nie może stanowić podstawy do uznania, że właśnie w formularzu ofertowym została popełniona oczywista omyłka pisarska polegająca na przepisaniu niewłaściwie kwoty z załącznika nr 1 do umowy, skoro powstał on później, tj. po złożeniu formularza ofertowego. Niemniej ustawodawca w przepisie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp określił sytuacje, w których obligatoryjnemu poprawieniu podlegają również inne omyłki polegające właśnie na niezgodności oferty z treścią SIWZ, co stwierdził skład orzekający Izby w niniejszej sprawie. Argument Zamawiającego, że owej omyłki nie można poprawić na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp z uwagi na to, że Zamawiający nie jest w stanie zdecydować, która z kwot jest prawidłowa, nie zasługuje na uwzględnienie. W ocenie składu orzekającego Izby podstawą przyjęcia jako prawidłowej ceny netto jest niewątpliwie uszczegółowione rozliczenie wartości poszczególnych elementów wchodzących w zakres przedmiotowy oferty, zawarte w załączniku nr 1 do umowy. Kalkulacja dwóch pozycji wycenionych przez Odwołującego zgodnie z wymogami SIWZ, a następnie zsumowanie tych pozycji jednoznacznie wskazuje, jaka była podstawa wyceny oferty Odwołującego. Ta zatem kwota winna być podstawą dalszych działań Zamawiającego polegających na ponownych

czynnościach badania i oceny złożonych w postępowaniu ofert, w tym skierowanego do Odwołującego zawiadomienia o poprawieniu jego oferty trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Dodatkowo skład orzekający Izby zwraca uwagę, że Zamawiający w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego określił wymóg SIWZ, co do wypełniania i zakresu załącznika nr 1 do umowy, w taki sposób, że mógł on powodować wątpliwości po stronie wykonawców. Wątpliwości te mogły polegać na tym – tak jak odczytał to na początku Odwołujący, składając ofertę – że żądany załącznik mógł odnosić się do doświadczenia wykonawcy, co do dostarczanego przez niego sprzętu, czy urządzeń (sformułowanie użyte w czasie przeszłym w tytule załącznika: „Wykaz *dostarczonego i zainstalowanego sprzętu i urządzeń(...)*”). Z drugiej też strony Zamawiający nigdzie w postanowieniach SIWZ nie określił, że wskazany załącznik ma stanowić podstawę oceny przez niego spełniania przez oferowany sprzęt i urządzenia wymogów jakościowych i technicznych SIWZ, co podniósł na rozprawie. Zamawiający nie określił też stopnia szczegółowości wypełniania tego załącznika. Tym samym uwzględniając okoliczności faktyczne niniejszej sprawy oraz skierowane przez Zamawiającego wezwanie do uzupełnienia przez Odwołującego załącznika nr 1 do umowy, należało stwierdzić, że Zamawiający w sposób bezpodstawny odrzucił ofertę Odwołującego zamiast stwierdzić, iż została tam popełniona omyłka, która polega na poprawieniu trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Uwzględniając powyższe ustalenia faktyczne i prawne skład orzekający Izby przy rozpatrywaniu złożonego odwołania stwierdził naruszenie przywołanych przez Odwołującego przepisów ustawy Pzp, tj. art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 87 ust. 2 pkt 3.

Mając powyższe na uwadze i działając na podstawie art. 191 ust. 1 i 1a ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp oraz § 4 ust. 2 i ust. 4 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 ze zm.). Na podstawie przepisu § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b wskazanego rozporządzenia uwzględniono również uzasadnione koszty Odwołującego poniesione w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika ograniczając ich wysokość na podstawie przedłożonego do akt sprawy rachunku do kwoty 3 600 zł, określonej w przepisach przywołanego rozporządzenia.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w Poznaniu.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....