

Sygn. akt: KIO 1147/11

WYROK
z dnia 16 czerwca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **15 czerwca 2011 r.** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 czerwca 2011 r. przez wykonawcę - Przedsiębiorstwo Usługowo – Produkcyjno - Handlowe BUDOWLANI Spółka z o.o. z siedzibą w Bytomiu, ul. Dworska 2, 41-902 Bytom, w postępowaniu prowadzonym przez Zarząd Budynków Miejskich II Towarzystwo Budownictwa Społecznego Sp. z o.o., ul. Warszawska 35b, 44-100 Gliwice,

przy udziale:

- A. wykonawcy - PHU POTOCZAK Stanisław Potoczak, 34-713 Skawa 625, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,
- B. wykonawcy - Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego CHEMOBUDOWA - KRAKÓW S.A., ul. Klimeckiego 24, 30-705 Kraków, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę - Przedsiębiorstwo Usługowo- Produkcyjno- Handlowe BUDOWLANI Spółka z o.o. z siedzibą w Bytomiu, ul. Dworska 2, 41-902 Bytom, i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10.000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę -

Przedsiębiorstwo Usługowo- Produkcyjno- Handlowe BUDOWLANI Spółka z o.o. z siedzibą w Bytomiu, ul. Dworska 2, 41-902 Bytom tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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 Gliwicach.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W odwołaniu wniesionym do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 czerwca 2011 r. wykonawca Przedsiębiorstwo Usługowo-Produkcyjno-Handlowe BUDOWLANI Spółka z o.o. z siedzibą w Bytomiu, zwany dalej odwołującym, uczestniczący w postępowaniu na udowę budynku mieszkalnego komunalnego z parkingiem i infrastrukturą towarzyszącą przy ul. Targowej w Gliwicach – Etap II, prowadzonym przez Zarząd Budynków Miejskich II Towarzystwo Budownictwa Społecznego Sp. z o.o. w Gliwicach, zwanym dalej zamawiającym, zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, art. 87 ust. 2, art. 26 ust. 3 i art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (ustawy pzp) polegające na odrzuceniu jego oferty.

Wniósł o unieważnienie czynności wyboru oferty Chemobudowa Kraków S.A., powtórzenie oceny ofert z ewentualnym wezwaniem wykonawców do uzupełnienia dokumentów, uznanie że oferta odwołującego spełnia wymogi siwz, powtórzenie wyboru oferty najkorzystniejszej.

Uzasadniając zarzuty odwołujący wskazał, że złożona przez niego oferta została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt ustawy pzp, co zamawiający uzasadnia faktem, że odwołujący nie wpisał do zbiorczego harmonogramu rzeczowo-finansowego sumy kosztów dla poszczególnych etapów płatności naruszając pkt 2.3.6.siwz (prawidłowo winno być 2.3.7) o treści: „Wskazanie jest, aby wykonawca tak zorganizował front robót, by mógł otrzymać wynagrodzenie częściowe (transze) za wykonane – zakończone technologicznie etapy zgodnie z harmonogramem realizacji inwestycji.” Wskazał, że zgodnie z siwz wpisał do formularza oferty oraz załącznika nr 1 przyjęte ilości etapów (transz) z podziałem na 5 etapów z opisem nakładów (robót i elementów robót), budżetem ogółu, z rozbiciem na 14 miesięcy kalendarzowych (4 etapy po 3 miesiące i 5 etap - 2 miesiące).

Odwołujący potwierdza, że nie wpisał do harmonogramu sumy kosztów dla poszczególnych etapów w pozycji VII harmonogramu, jednakże wypełnił rubrykę VI – całkowity koszt zadania netto i wypełnił poszczególne rubryki tego punktu, wskazując kwoty miesięczne każdego z etapów. Nadto w p. VI.1. podał, że podatek VAT wynosi 8% w etapie 1-2 oraz 23% w etapie 3-6. Zdaniem odwołującego nie istnieje żadna trudność z ustaleniem wysokości sumy kosztów dla poszczególnych etapów, wystarczy bowiem dodać wartość robót poszczególnych miesięcy w poszczególnych etapach oraz naliczyć wskazany podatek VAT. Nieuzupełnienie wskazanej rubryk odwołujący traktuje jako oczywistą omyłkę i wskazuje na konieczność usunięcia tego uchybienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy. Odwołujący zauważa przy tym, że zamawiający naruszając zasadę równości sprostował rzekomą oczywistą omyłkę pisarską w wybranej ofercie. Wskazując na art. 87 ust. 2 i art. 26 ust. 3 ustawy pzp

odwołujący stwierdził, że zamawiający winien popełnione uchybienie poprawić lub wezwać do jego poprawienia. Odwołujący wskazał na orzecznictwo Zespołów Arbitrów i Krajowej Izby Odwoławczej dotyczące oczywistej omyłki pisarskiej i rachunkowej oraz innych omyłek.

Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego wniósł o uwzględnienie odwołania i unieważnienie czynności wyboru oferty oraz wskazanie zamawiającemu błędów, jakie popełnił w zakresie możliwości poprawienia błędów i omyłek w ofertach Chemobudowy Kraków S.A. i ofercie odwołującego. Wskazał, że jego oferta zawiera najkorzystniejszą cenę, a wybrany wykonawca zawdzięcza dotychczasowe zwycięstwo jedynie poprawieniu oferty przez zamawiającego, co do której istnieją uzasadnione wątpliwości związane z treścią ujawnioną podczas otwarcia ofert i zawartością akt, a która jest przedmiotem odwołania. Wskazał, że zamawiający dokonywał poprawienia oferty wybranej w zakresie deklarowanego okresu realizacji zamówienia mimo iż, wskazany okres nie 19 miesięcy nie mógł być oceniony jako oczywista omyłka zważywszy, że zamawiający dokonywał jej poprawienia dwukrotnie tj. wpisując okres 12 miesięcy, a następnie 11 miesięcy.

Zamawiający odrzucił ofertę odwołującego jako nieodpowiadającą treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia wskazując, że w siwz widnieją zapisy: „2.3.6. Wskazane jest, aby wykonawca tak zorganizował front robót, by mógł otrzymywać wynagrodzenie częściowe (transze) za wykonane, zakończone technologicznie etapy robót, zgodnie z harmonogramem realizacji inwestycji...” „8.1. Oferta – część A musi zawierać: 8.1.1 8.1.4. Wypełniony szczegółowo załącznik nr 1 oferty, pn.: „Zbiorczy harmonogram rzeczowo-finansowy inwestycji” – na załączonym przez zamawiającego druku”.

Zamawiający zauważył, że wykonawca nie wpisał do harmonogramu sumy kosztów dla poszczególnych transz – etapów – płatności. Stwierdził, że przekazując wykonawcom do wypełnienia „Zbiorczy harmonogram rzeczowo-finansowy” z konkretną ilością pozycji i rubryk, żądał szczegółowego wypełnienia harmonogramu. W związku z powyższym stwierdził, że oferta odwołującego nie odpowiada treści siwz.

Wnosząc o oddalenie odwołania zamawiający wskazał na niesporny fakt niewypełnienia przez wykonawcę rubryki VII w harmonogramie rzeczowo-finansowym. Stwierdził, że nie miał podstaw do zastosowania art. 87 ust. 2 ani art. 26 ust. 3 ustawy pzp. Zauważył, że wskazane przepisy nie dają zamawiającemu prawa do wykonywania czynności za oferenta; uzupełniania rubryk, podsumowania poszczególnych pozycji w przedłożonych dokumentach. Zaistniałe uchybienie, nie kwalifikuje się także, w ocenie zamawiającego do dokonywania wyjaśnień.

Zamawiający podniósł także brak interesu odwołującego w składaniu odwołania, bowiem gdyby nawet jego oferta nie została odrzucona, przetarg i tak wygrałby wybrany wykonawca, a w razie nie dokonania poprawienia omyłki w ofercie wybranego wykonawcy, dotyczącej terminu wykonania, przetarg wygrałby inny wykonawca tj. przystępujący do postępowania po stronie odwołującego. Wskazał na przesłanki poprawienia omyłki w wybranej ofercie.

Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wniósł o oddalenie odwołania jako bezzasadnego wskazując, że jego oferta jest w przedmiotowym postępowaniu najkorzystniejsza. Wskazał na brak możliwości poniesienia szkody przez Odwołującego. Złożona przez niego oferta nie byłaby wybrana jako oferta najkorzystniejsza również w razie uwzględnienia odwołania przez Izbę. Nadal bowiem oferta Przystępującego (Przedsiębiorstwa Budownictwa Przemysłowego CHEMOBUDOWA - KRAKÓW S.A.) byłaby najkorzystniejsza (w stosunku do niej Odwołujący nie może podnosić zarzutów z uwagi na wartość przedmiotu zamówienia) i zostałaby sklasyfikowana na trzecim miejscu.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron i uczestników postępowania, zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy ustaliła i zważyła co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła w niniejszej sprawie naruszenie w postępowaniu przez Zamawiającego w stosunku do oferty odwołującego art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie zastosowania tego przepisu .

Uznać należy, że wymagany postanowieniami siwz harmonogram rzeczowo-finansowy stanowi istotną i integralną część oferty. W rozpatrywanej sprawie niesporny między stronami i uczestnikami jest fakt niewypełnienia przez odwołującego się wykonawcę rubryki VII w harmonogramie rzeczowo-finansowym opisanej jako „Razem koszt zadania brutto”, gdzie należało wpisać dla poszczególnych etapów sumę kosztów całkowitych netto i właściwego podatku od towarów i usług.

Należy zauważyć, że odwołujący wypełnił rubrykę VI – całkowity koszt zadania netto i wypełnił poszczególne rubryki tego punktu, wskazując kwoty miesięczne każdego z etapów, a także podał stawki podatku od towarów i usług dla poszczególnych etapów tj. 8% w etapie 1-2 oraz 23% w etapie 3-6. Przedstawiony harmonogram, niezależnie od faktu

dokonania wyceny obejmującej kolejne miesiące, a zatem w szczególności niewymaganej przez zamawiającego, zawiera wszelkie dane umożliwiające ustalenie wysokości sumy kosztów dla poszczególnych etapów poprzez zsumowanie wartości robót poszczególnych miesięcy w poszczególnych etapach oraz wskazanego podatku VAT. Zamawiający może zatem dokonać poprawienia braków w ofercie (harmonogramie) samodzielnie bez potrzeby uzyskiwania jakichkolwiek wyjaśnień. W ocenie Izby brak określonej informacji w ofercie, który może być uzupełniony na podstawie innych danych w niej zawartych, mieści się w pojęciu „omyłka” ujętym w przepisach art. 87 ust. 2 ustawy pzp.

Niezależnie od powyższego ustalenia Izba wskazuje, że wbrew stanowisku odwołującego w przedmiotowej sprawie nie ma zastosowania art. 26 ust. 3 ustawy pzp, który nie dotyczy treści oferty w znaczeniu przedmiotowym, lecz potwierdzania spełniania warunków udziału w postępowaniu, określanych z reguły jako warunki podmiotowe.

Niezależnie od faktu, że w przedmiotowym postępowaniu wartość zamówienia jest niższa od kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp, co w świetle art. 180 ust. 2 ustawy pzp oznacza brak legitymacji do kwestionowania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, skład orzekający biorąc pod uwagę tożsamość podstawy prawnej zarzutów (art. 87 ust. 2 ustawy) uznaje, że uzasadnione było dokonanie przez zamawiającego poprawienia omyłki w zakresie rzeczywiście deklarowanego terminu wykonania zamówienia przez wybranego wykonawcę wobec jednoznacznego i precyzyjnego wskazania w przedmiotowej ofercie ilości etapów realizacji i ilości miesięcy w kolejnych etapach. W świetle powyższego rozbieżność między okresem realizacji wskazanym w formularzu ofertowym w stosunku do załączonego harmonogramu stanowi uchybienie mieszczące się w granicach omyłki i podlega poprawieniu przez zamawiającego na podstawie art. 87 ust. 2 ustawy Pzp, która to czynność została przez zamawiającego w toku postępowania wykonana poprzez zsumowanie czasu realizacji poszczególnych etapów określonych w miesiącach tj. etap I – 3 miesiące, etap II – 3 miesiące, etap III – 3 miesiące i etap IV – 2 miesiące. Izba zauważa przy tym, nie ma przeszkód prawnych w poprawieniu omyłki w ofercie, które jest poprzedzone wyjaśnieniem wykonawcy złożonym zamawiającemu w toku badania ofert.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy pzp Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzone naruszenie przepisów ustawy miało lub może mieć wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Jak wyżej wskazano, zamawiający naruszył w toku postępowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie zastosowania tego przepisu w stosunku do oferty odwołującego. Jednakże ewentualne nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego prowadzące w konsekwencji do przywrócenia go do kręgu wykonawców, nie miałyby wpływu

na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wobec poprawności pozostałych, poza wskazanymi tu czynnościami zamawiającego, w toku badania i oceny ofert. Gdyby oferta Odwołującego podlegała ocenie z racji przyjętych w postępowaniu przez Zamawiającego kryteriów oceny ofert w zakresie ceny, terminu wykonania i warunków płatności, nie mogłaby zostać uznana za najkorzystniejszą. W hipotetycznym rankingu ofert uwzględniającym ofertę odwołującego, zająłby on bowiem trzecie miejsce, a zatem nie miałby on możliwości uzyskania zamówienia w tym postępowaniu nawet w sytuacji przewidzianej w art. 94 ust. 3 ustawy pzp.

Biorąc powyższe pod uwagę, mimo potwierdzenia, że nastąpiło naruszenie powołanego przepisu ustawy poprzez niedokonanie poprawienia omyłki w ofercie odwołującego, wskazane naruszenie nie ma i nie może mieć wpływu na wynik postępowania. Biorąc powyższe pod uwagę Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze z uwzględnieniem art. 192 ust. 2 ustawy pzp

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

Przewodniczący: