

Sygn. akt: KIO 1859/15

## WYROK

z dnia 10 września 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Aneta Mlącka**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 września 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 sierpnia 2015 r. przez wykonawcę **Barbara Sp. z o.o., ul. Żeleńskiego 2, 41-700 Ruda Śląska** w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Piekary Śląskie, ul. Bytomska 84, 41-940 Piekary Śląskie**

przy udziale wykonawcy **DMP System Sp. z o.o., ul. Sądowa 7, 41-605 Świętochłowice** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

### orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża **Barbara Sp. z o.o., ul. Żeleńskiego 2, 41-700 Ruda Śląska** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez **Barbara Sp. z o.o., ul. Żeleńskiego 2, 41-700 Ruda Śląska** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. 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: .....**

**UZSADNIENIE**

Zamawiający Gmina Piekary Śląskie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Budowa budynku TRAF0 wraz z wyposażeniem i agregatem prądowym dla zadania pn. Rozbudowa Szpitala Miejskiego w Piekarach Śląskich przy ul. Szpitalnej 11 wraz z niezbędną infrastrukturą, adaptacją budynków do nowych funkcji i wyburzeniami - etap III a”. Odwołujący wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty Wykonawcy DMP System sp. z o.o. pomimo że oferta tego wykonawcy nie spełnia wymogów formalnych przewidzianych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, w szczególności nie zawiera kosztorysu ofertowego wypełnionego wg wzoru stanowiącego załącznik nr 14 do SIWZ, cena zawarta w ofercie Wykonawcy DMP System sp. z o.o. nie odpowiada cenie wskazanej w załączniku 1a do Formularza oferty, kosztorys ofertowy DMP System sp. z o.o. pod pozycjami nr 20, 44, 49, 67 oraz 73 nie zawiera opisu urządzeń; poprawienia oferty DMP System sp. z o.o. w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp; zaniechania czynności odrzucenia oferty DMP System sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2) Pzp; dokonania czynności wyboru oferty wykonawcy DMP System sp. z o.o., pomimo, że wykonawca ten powinien zostać wykluczony z postępowania a oferta odrzucona wobec nie wypełnienia przez niego wymogu wskazanego w Rozdziale I oraz w Rozdziale XVI pkt. 2 SIWZ. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp poprzez błędną wykładnię i zastosowanie w celu poprawienia oferty DMP System sp. z o.o., art. 7 ust. 1 i 3 Pzp w związku z art. 91 ust. 1 Pzp, poprzez dokonanie wadliwej czynności badania i oceny ofert oraz wadliwej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej; art. 91 ust.1 Pzp w związku z art. 82 ust. 3 Pzp, poprzez dokonanie wyboru oferty DMP System sp. z o.o., jako najkorzystniejszej, mimo iż oferta nie odpowiada treści SIWZ; art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz Rozdziału I i Rozdziału XVI pkt. 2 SIWZ, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy DMP System sp. z o.o. pomimo, zaistnienia określonych tym przepisem przesłanek, tj. niezgodności treści oferty z SIWZ. Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości, unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownego badania oferty DMP System sp. z o.o., a w konsekwencji odrzucenia tej oferty jako nieodpowiadającej treści SIWZ, a także wykluczenia DMP System sp. z o.o. z postępowania z uwagi na niespełnienie warunków udziału w postępowaniu, dokonanie czynności wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Zgodnie z Rozdziałem XVI pkt. 2 SIWZ, wykonawcy do Formularza ofertowego winni byli dołączyć załącznik 1a zawierający kosztorys ofertowy, z kwotami brutto, sporządzony w

oparciu o wzór stanowiący załącznik nr 14 SIWZ.

Odwołujący wskazał, że Wykonawca DMP System sp. z o.o., wbrew postanowieniom Rozdziału XVI pkt 2 SIWZ, do oferty załączył kosztorys ofertowy sporządzony z pominięciem wzoru stanowiącego załącznik nr 14 SIWZ. Nadto cena ofertowa brutto wskazana w pkt. 1 oferty wykonawcy DMP System sp. z o.o., tj. kwota 1.249.274,46 zł, nie pokrywała się z kwotą 1.015.670,29 zł, wynikającą jako cena w kosztorysie ofertowym, stanowiącym załącznik Ia do Formularza ofertowego.

Wykonawca DMP System w kosztorysie ofertowym, w pozycjach nr 20, 44, 49, 67 oraz 73, nie zamieścił opisu urządzeń, czego wymagał Zamawiający. DMP System sp. z o.o. w tym zakresie ograniczył się do stwierdzenia „zgodnie z opisem” lub „wg opisu”, przy czym w żadnym innym miejscu swojej ofercie nie zawarł tych opisów.

Wobec niezgodności oferty DMP System sp. z o.o. z wymogami SIWZ, Zamawiający w trybie art. 87 ust. 1 Pzp wezwał DMP System sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty. W następstwie złożonych wyjaśnień Zamawiający, działając na podstawie art. 87 ust. 2 pkt. 3) Pzp, poprawił ofertę DMP System sp. z o.o. uznając owe niezgodności za „inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty”.

W ocenie Odwołującego niezgodności oferty Wykonawcy DMP System sp. z o.o. z treścią SIWZ nie mają charakteru oczywistych omyłek, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty, podlegających poprawieniu przez Zamawiającego w trybie art. 87 ust. 2 pkt. 3 Pzp.

W ocenie Odwołującego, nie stanowi oczywistej omyłki zastosowanie przez Wykonawcę DMP System sp. z o.o. formularza kosztorysu ofertowego, niezgodnego z wzorem zawartym w załączniku nr 14 do SIWZ. Podobnie nie stanowi oczywistej omyłki rozbieżność pomiędzy ceną wykazaną przez Wykonawcę DMP System w pkt. 1 oferty (kwota 1.249.274,46 zł) a ceną wynikającą z kosztorysu ofertowego (kwota 1.015.670,29 zł) stanowiącego załącznik Ia do Formularza ofertowego. Odwołujący wskazał, że zgodnie z Rozdziałem XVI SIWZ oraz Załącznikiem nr 1 do SIWZ cena ofertowa w przedmiotowym postępowaniu jest wynagrodzeniem kosztorysowym, gdzie kosztorys ofertowy stanowi integralną część oferty.

Poprawienie oferty Wykonawcy DMP System sp. z o.o. wiązałaby się z przedstawieniem nowego kosztorysu ofertowego zgodnego ze wzorem stanowiącym załącznik nr 14 do SIWZ. Prowadziłoby także do zamiany ceny wynikającej z kosztorysu (1.015.670,29 zł.), tak aby była ona zgodna z ceną wskazaną w pkt. I oferty Wykonawcy DMP System sp. z o.o.

Uchybienie wymogom SIWZ w tym zakresie nie kwalifikuje się do sanowania w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, jako że zmiana kosztorysu ofertowego stanowiłaby istotną zmianę oferty DMP System sp. z o.o.

W ocenie Odwołującego, rozbieżność cen ujawniona w ofercie Wykonawcy DMP System sp.

z o.o. wynika z przyjęcia w kosztorysie ofertowym cen netto, co stanowi błąd w obliczeniu ceny skutkujący odrzuceniem oferty tego wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp. Poprawa przez Zamawiającego oferty w zakresie ceny oraz wzoru kosztorysu ofertowego stanowi istotną zmianę treści oferty DMP System sp. z o.o.

Zdaniem Odwołującego, zasadnym jest uznanie zaistnienia przesłanek potwierdzających naruszenie przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 Pzp w związku z art. 91 ust. 1 Pzp oraz art. 91 ust. 1 Pzp w związku z art. 82 ust. 3 Pzp.

Wykazane przez Odwołującego braki formalne oferty Wykonawcy DMP System sp. z o.o. winny skutkować odrzuceniem tej oferty w trybie art. 89 ust. 1 pkt. 2) Pzp jako nieodpowiadającej treści SIWZ oraz niepodlegającej sanowaniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody Stron złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.**

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do wniesienia odwołania, zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Jest wykonawcą zainteresowanym uzyskaniem zamówienia w niniejszym postępowaniu. Uwzględnienie zarzutów odwołania umożliwiłoby mu uzyskanie zamówienia.

Odwołujący zarzucił, że oferta wykonawcy DMP System sp. z o.o. nie spełnia wymogów formalnych przewidzianych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, a w szczególności nie zawiera kosztorysu ofertowego wypełnionego wg wzoru stanowiącego załącznik nr 14 do SIWZ, cena zawarta w ofercie Wykonawcy DMP System sp. z o.o. nie odpowiada cenie wskazanej w załączniku Ia do Formularza oferty, kosztorys ofertowy DMP System sp. z o.o. pod pozycjami nr 20, 44, 49, 67 oraz 73 nie zawiera opisu urządzeń.

Należy zauważyć, że Wykonawca ten załączył kosztorys ofertowy. O ile zasadne jest twierdzenie Odwołującego, że z punktu widzenia formalnego, a więc układu graficznego, oferta Wykonawcy DMP System sp. z o.o. nie odpowiada przedmiarowi stanowiącemu załącznik do SIWZ, to Wykonawca ten zaoferował realizację przedmiotu zamówienia zgodną z zakresem, jaki wymagał Zamawiający.

Nawet jeśli w kilku pozycjach, tj. 20, 44, 49, 67, 73 zawarte zostały postanowienia, które odbiegają pod względem formalnym od wymagań SIWZ, to pod względem zawartości merytorycznej każda z tych pozycji odpowiada wymaganiom Zamawiającego. Wpisanie bowiem w skrócie „zgodnie z opisem” oznacza, że Wykonawca zamierzał zaoferować urządzenia takie, jak opisał Zamawiający w SIWZ, a zatem jego oferta jest zgodna z wymaganiami SIWZ. Ewentualne uchybienie formalne (a więc ogólne stwierdzenie zgodności zamiast przepisania opisu urządzenia) nie może być podstawą do uznania o niezgodności treści oferty z SIWZ. Niezgodność może bowiem dotyczyć jedynie treści, a więc merytorycznego zakresu, nie zaś uchybień formalnych, jak brak pełnego opisu czy niepełny numer KNP. Wykonawca DMP System sp. z o.o. uwzględniając poszczególne pozycje w kosztorysie zgodnie ze wzorem kosztorysu stanowiącego załącznik do SIWZ, deklaruje zamiar zrealizowania zamówienia zgodnie z treścią SIWZ. Należy zauważyć, że kosztorys jest dokumentem pomocniczym. Zatem nawet jeśli wystąpiły braki dokładnych numerów KNP czy dokładnych opisów pozycji, to wynika to jedynie z zastosowania przez Wykonawcę innego programu i nie zmienia w żaden sposób merytorycznej zawartości oferty odpowiadającej treści SIWZ. Wszystkie bowiem pozycje kolejno (także pod względem ilości) odpowiadają kosztorysowi stanowiącemu załącznik do SIWZ.

Zgodnie z artykułem 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający może dokonać poprawy w ofercie omyłki, jeżeli nie spowoduje to istotnej zmiany treści oferty. Należy zauważyć, że w ww. artykule mowa jest o treści oferty. Uchybienia formalne, jak np. niepełny numer KNP, nie mogą zostać uznane za treść, a jedynie za formę oferty, co nie wpływa w żaden sposób na wartość oferty i jej zgodność z treścią SIWZ. Jakikolwiek zatem dokonane poprawki nie wpłynęły na zmianę oferty w sposób znaczący. Odwołujący nie wykazał, aby jakiegokolwiek poprawki miały charakter znacznej zmiany treści oferty. Poprawki dotyczące poszczególnych pozycji stanowią jedynie 2% wartości, co nie stanowi istotnej zmiany treści oferty.

Izba ustaliła, że Zamawiający wymagał, aby kwota brutto za całość zamówienia z kosztorysu ofertowego została przepisana przez Wykonawcę do formularza ofertowego. Wykonawca DMS System sp. z o.o. w formularzu cenowym wpisał kwotę brutto 1.249.274,46 zł, a więc kwotę o 23 % wyższą niż łączną kwotę kosztorysu ofertowego tj. 1.015.670,29 zł. Odwołujący zauważył, że kwota ta nie pokrywała się z kwotą wpisaną do formularza ofertowego, mimo, iż taki był wymóg w SIWZ. W ocenie Izby, Zamawiający dokonując wyboru oferty Wykonawcy DMS System sp. z o.o. nie naruszył przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Należy zauważyć, że w kosztorysie ofertowym w ofercie Wykonawcy DMS System sp. z o.o. nie było zaznaczone, że kwota w nim wskazana jest kwotą brutto.

Izba dała wiarę twierdzeniu Przystępującego, że kosztorys co do zasady, zawiera kwotę netto. Natomiast w sytuacji, gdy kosztorys wskazywałby kwotę brutto, zawierałby dodatkową zakładkę - pozycję z wartością podatku VAT. Skoro zatem kosztorys ofertowy Przystępującego nie zawierał wyszczególnienia podatku VAT, to zawierał tylko kwotę netto. Izba miała na uwadze także fakt, że kwota z formularza ofertowego jest wyższa o 23% od kwoty z kosztorysu ofertowego. Oznacza to, że kwota podana w formularzu ofertowym jest kwotą brutto. Nawet jeśli wymaganiem Zamawiającego było aby kwota brutto w formularzu ofertowym pokrywała się z kwotą brutto w kosztorysie ofertowym, to wskazanie dwóch różnych kwot - w kosztorysie ofertowym kwoty netto i w formularzu ofertowym kwoty brutto, choć jest niezgodne z wymaganiami formalnymi SIWZ, to nie narusza żadnego przepisu ustawy. Obiektywnie można stwierdzić, że ww. kwoty różni wartość 23%, co odpowiada wartości podatku VAT. Zatem skoro kosztorys ofertowy zawierał kwotę netto, a kwota z formularza ofertowego jest o 23% wyższa od kwoty z kosztorysu ofertowego, to kwota ta jest kwotą brutto za całość zamówienia. Tak też przyjął Zamawiający, co w ocenie Izby jest trafną oceną tej oferty i nie narusza żadnego z przepisów prawa. Nie można także mówić, w ocenie Izby, że Zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy DMS System sp. z o.o. z uwagi na błąd w obliczeniu ceny. W pierwszej kolejności należy zauważyć, że Odwołujący nie wskazał, na czym taki błąd miałby polegać, gdzie nastąpiło błędne obliczenie. Po drugie, nie stanowi błędem w obliczeniu ceny fakt, że Wykonawca DMS System sp. z o.o. odmiennie od wymagania SIWZ w kosztorysie ofertowym wskazał tylko kwotę netto, nie zaś brutto. Jest to uchybienie formalne, nie zaś błąd. Obliczenie ceny było prawidłowe, zaś kwota brutto za realizację zamówienia została wskazana w formularzu ofertowym. Na fakt, że należało przyjąć, że w formularzu ofertowym wskazano kwotę brutto wskazuje (o czym powyżej) obiektywna okoliczność, że kwotę wskazaną w formularzu ofertowym oraz kwotę wynikającą z kosztorysu ofertowego różni wartość 23%, co odpowiada wartości podatku VAT. Z powyższych względów Izba uznała za bezzasadne zarzuty podniesione w odwołaniu.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania. Na podstawie § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia.

**Przewodniczący:**

.....