

Sygn. akt: KIO 2579/13

WYROK
z dnia 19 listopada 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący : Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **19 listopada 2013 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 04 listopada 2013 r. przez **AKCES BUDOWY Sp. z o.o., ul. Zielona 11, 43-502 Czechowice-Dziedzice** w postępowaniu prowadzonym przez **Regionalne Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa w Katowicach ul. Raciborska 15, 40-074 Katowice**

przy udziale wykonawcy **Przedsiębiorstwo Budowlane KOMPLEKS K..... K..... i Wspólnicy Sp. Jawna, ul. Ks. Kardynała Stefana Wyszyńskiego 18 a, 44-338 Jastrzębie Zdrój** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: **KIO 2579/13** po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego, a w konsekwencji unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego;**
- 2. kosztami postępowania obciąża Przedsiębiorstwo Budowlane KOMPLEKS K..... K..... i Wspólnicy Sp. Jawna, ul. Ks. Kardynała Stefana Wyszyńskiego 18 a, 44-338 Jastrzębie Zdrój i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez AKCES**

BUDOWY Sp. z o.o., ul. Zielona 11, 43-502 Czechowice-Dziedzice tytułem wpisu od odwołania;

- 2.2.** zasądza zapłatę kwoty w wysokości **14 194 zł 41 gr** (słownie: czternaście tysięcy sto dziewięćdziesiąt cztery złotych czterdzieści jeden groszy) przez **Przedsiębiorstwo Budowlane KOMPLEKS K..... K..... i Wspólnicy Sp. Jawna, ul. Ks. Kardynała Stefana Wyszyńskiego 18 a, 44-338 Jastrzębie Zdrój** na rzecz **AKCES BUDOWY Sp. z o.o., ul. Zielona 11, 43-502 Czechowice-Dziedzice** która to kwota stanowi koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zwrotu kosztów wpisu wliczonego w poczet kosztów postępowania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 9 sierpnia 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 Katowicach**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Postępowanie prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na: „*Modernizacja pomieszczeń II piętra budynku D Regionalnego Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa w Katowicach*”, zostało wszczęte ogłoszeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych Nr 319638 – 2013, data zamieszczenia 08.08.2013 r. przez Regionalne Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa w Katowicach ul. Raciborska 15, 40-074 Katowice zwane dalej: „*Zamawiającym*”.

W dniu 29.10.2013 r. (e-mailem) Zamawiający przekazał zawiadomienie o rozstrzygnięciu postępowania informując o wyborze oferty: Przedsiębiorstwo Budowlane KOMPLEKS K..... K..... i Wspólnicy Sp. Jawna, ul. Ks. Kardynała Stefana Wyszyńskiego 18 a, 44-338 Jastrzębie Zdrój zwane dalej: „*Przedsiębiorstwo Budowlane KOMPLEKS K..... K..... i Wspólnicy Sp. Jawna*” albo „*Przystępującym*” oraz odrzuceniu oferty AKCES BUDOWY Sp. z o.o., ul. Zielona 11, 43-502 Czechowice-Dziedzice zwanej dalej: „*AKCES BUDOWY Sp. z o.o.*” albo „*Odwołującym*”. Zdaniem Zamawiającego w załączonym do oferty kosztorysie ofertowym Odwołujący wycenił roboty dodatkowe na kwotę 5.000 zł, co zdaniem Zamawiającego stanowi rażąco niską cenę; wątpliwości budzi także wycena skrzydeł drzwiowych. Nadto, Zamawiający zarzucił, iż w robotach wodnokanalizacyjnych nie wyceniono robót wynikających z odpowiedzi na pytania nr 16 i 17, a w robotach elektrycznych nie wyceniono i nie ujęto opraw A20N/IG030 w ilości 6 sztuk.

W dniu 04.11.2013 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) AKCES BUDOWY Sp. z o.o. wniosło na podstawie art. 180 ust.1 i 2 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 9 sierpnia 2013 r. poz. 907 z późn. zm.) zwanej dalej: „*Pzp*” odwołanie od czynności Zamawiającego z dnia 29.10.2013 r. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 04.11.2013 r. (faxem). Zarzucił naruszenie:

- a) art. 7 ust. 3 Pzp poprzez dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty z naruszeniem przepisów ustawy polegającym na odrzuceniu oferty Odwołującego i tym samym pominięciu go podczas wyboru oferty najkorzystniejszej,
- b) art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp poprzez zaniechanie poprawienia drobnej i niezamierzonej omyłki zawartej w kosztorysie Odwołującego w postaci ilości hydrantów przeciwpożarowych;

c) art. 87 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień co do oferowanego przedmiotu zamówienia w poz. 42 i poz. 46 kosztorysu dotyczącego robót montażowych instalacji wod-kan.;

d) art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 1 Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego jako zawierającej rażąco niską cenę w zakresie robót dodatkowych oraz wyceny skrzydeł drzwiowych, mimo iż zarzuty nie dotyczyły całej wartości przedmiotu zamówienia, a także poprzez zaniechanie zwrócenia się do Odwołującego o udzielenie wyjaśnień w tym zakresie;

e) art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 2 Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, a tym samym nie zapewnienie zasad uczciwej konkurencji w postępowaniu. Wnosił o:

1) unieważnienie czynności Zamawiającego polegających na odrzuceniu oferty Odwołującego i wyboru oferty najkorzystniejszej oraz przeprowadzenie powtórnego badania i oceny ofert z udziałem Odwołującego;

2) przyznanie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania wywołanych wniesieniem odwołania, w tym wpisu od odwołania oraz kosztów z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

W treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SIWZ” w rozdziale II pkt 1 Zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia oraz w pkt 2 i 8 wskazał na konieczność sporządzenia kosztorysu ofertowego w oparciu o załączony do SIWZ przedmiar robót oraz inne dokumenty składające się na opis przedmiotu zamówienia. W przedmiarze robót Zamawiający opisał roboty wodno-kanalizacyjne w następujący sposób:

1. poz. 21 (KNNR 0008 0118-0300) - wymiana hydrantu ściennego przeciwpożarowego mosiężnego o średnicy 52 mm ilość 1 szt.;

2. poz. 40 (KNNR 0004 0230-0200) - umywalki porcelanowe pojedyncze, z syfonem gruszkowym mosiężnym ilość 14 kpl.;

3. poz. 43 (KNNR 0004 0233-0200) - ustępy z płuczką typu „dolnopłuk” 3 kpl.

W odpowiedzi na pytania zadane przez wykonawców Zamawiający podał:

a) odnośnie pytania 16: *„Przy klatkach schodowych znajdują się hydranty p.poż. w ilości 2 szt. W przedmiarach jest wymiana hydrantu w ilości 1 szt. Prosimy o wyjaśnienie”*. Zamawiający udzielił odpowiedzi: *„Ująć oba”*.

b) odnośnie pytania 17: *„W projekcie wod-kan i c.o. brak opracowania dot. pom. łazienki. Prosimy o uszczegółowienie rozwiązań (stelaże pod zabudowę czy WC kompakt, wielkość i model umywalk, misek ustępowych)”*. Zamawiający udzielił odpowiedzi: *„Ująć stelaże, miski wiszące, umywali Koło, standard średni”*.

Odwołujący sporządził ofertę zgodnie z pobranymi od Zamawiającego tabelami przedmiaru robót, zawierającymi jednostki Katalogu Nakładów Rzeczowych tzw. KNR.

Odwołujący przygotował swoją ofertę zgodnie z kilkucyfrowymi numerami poszczególnych KNR-ów wskazanych przez Zamawiającego w przedmiarze robót.

Odwołujący w kosztorysie dotyczącym demontażu instalacji wodno-kanalizacyjnej pod pozycją 21 (KNNR 8 0118-03) - wymiana hydrantu ściennego przeciwpożarowego mosiężnego o śr. 52 mm podał ilość 1 szt., a to zgodnie nie tylko z numerem KNR-u wskazanego przez Zamawiającego, ale również z ilością hydrantów podaną w przedmiarze. W związku z zapytaniami wykonawców Zamawiający wyjaśnił w odpowiedzi przekazanej wykonawcom, iż należy uwzględnić w ofercie dwa hydranty. Podstawą do odrzucenia oferty nie mogła być oferta zgodna z przygotowanym przez Zamawiającego przedmiarem robót. W takiej sytuacji, skoro Odwołujący złożył kosztorys ofertowy sporządzony dokładnie według wskazań z przedmiaru robót, to Zamawiający winien był ocenić ofertę Odwołującego w kontekście dyspozycji art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Po myśli powoływanego przepisu, Zamawiający poprawia inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze SIWZ, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty. Z uwagi na powyższe Zamawiający winien był poprawić omyłkę Odwołującego polegającą na nieprawidłowym wpisaniu jednej sztuki hydrantu przeciwpożarowego i niezwłocznie zawiadomić o tym Odwołującego. Błąd, który popełnił odwołujący co do ilości hydrantów jest błędem drobnym, który nie ma istotnego wpływu na treść złożonej oferty. Jak wynika z orzecznictwa KIO w celu oceny kwestii, czy dana omyłka ma charakter istotny - należy zważyć przede wszystkim, jakie konsekwencje będzie miało poprawienie danej oferty, tzn. ile wyniesie wartość zmiany, jak również, ile pozycji będzie musiało ulec poprawie (wyrok KIO o sygn. akt: KIO/UZP 1277/08). W niniejszej sprawie poprawienie omyłki Odwołującego co do ilości hydrantów nie byłoby istotną zmianą oferty uwzględniając pod względem rzeczowym szeroki i zróżnicowanych zakres wszystkich robót, a także porównując cenę jednostkową hydrantów z wartością całej oferty Odwołującego. Poprawienie omyłek jest czynnością obligatoryjną Zamawiającego. W niniejszej sprawie poprawienie omyłki nie wymagało wielu czynności ani skomplikowanych obliczeń matematycznych. Zamawiający winien był jedynie zmienić ilość hydrantów z jednej sztuki na dwa oraz pomnożyć przed dwa podaną przez Zamawiającego cenę jednostkową.

W wymienionym kosztorysie dotyczącym robót montażowych instalacji wod-kan. pod pozycją 42 (KNNR 4 0230-02) Odwołujący podał zgodnie z przedmiarem – umywalki porcelanowe pojedyncze, z syfonem gruszkowym mosiężnym ilość 14 kpl., a także pod pozycją 46 (KNNR 4 0233-02) również zgodnie z przedmiarem - ustępy z płuczką typu „dolnopłuk” 3 kpl. W tej sytuacji całkowicie bezpodstawne są zarzuty Zamawiającego zawarte w uzasadnieniu zawiadomienia o odrzuceniu oferty Odwołującego, że Odwołujący nie uwzględnił odpowiedzi Zamawiającego na pytanie 17. Odwołujący sporządzając kosztorys ofertowy uwzględnił odpowiedź Zamawiającego co do wymaganych przez

Zamawiającego rozwiązań w projekcie wodno-kanalizacyjnych. Odwołujący w kosztorysie pod poz. 42 uwzględnił umywalki Koło standard średni oraz w poz. 46 dotycząca ustępów z płuczką wycenił stelaże wiszące i miski wiszące również firmy Koło. Zatem Odwołujący zaoferował w swojej ofercie produkty dokładnie takie same, jakie wymagał Zamawiający. Istotna w sprawie jest okoliczność, iż Zamawiający podał w przedmiarze robót ogólnikowo ilość umywalek i ustępów, nie podając producenta ani modelu. Zamawiający dopiero na zapytanie wykonawców podał nazwę firmy Koło co do wyposażenia łazienki, wskazując ogólnie standard średni. W tej sytuacji trudno czynić Odwołującemu zarzut, iż oferta nie jest zgodna z odpowiedzią, albowiem Zamawiający przy wycenie uwzględniał zarówno umywalki, jak i ustępy firmy Koło. Trudno również zarzucać Odwołującemu, iż nie uwzględnił stelażu w wiszącym ustępie, gdyż byłoby to nielogiczne. Nie jest uprawnione rozumowanie, że skoro Zamawiający nie wpisał stelażu w kosztorysie, to go nie zaoferował. Stelaż jest bowiem częścią urządzenia, jaką jest wiszący ustęp, który Zamawiający zaoferował się zamontować. Tym samym oferta jest zgodna z przedmiarem robót. Zamawiający nie wymagał opisanie urządzeń poprzez ich oznaczenie za pomocą nazw i numerów katalogowych producenta. Skoro Zamawiający nie żądał w SIWZ tego rodzaju danych, to w sposób nieuprawniony podnosi niezgodność zaoferowanych urządzeń z zamówionymi. W ocenie Odwołującego jego oferta jest zgodna z przedmiarem oraz odpowiedzią Zamawiającego na pytanie nr 17. Odwołujący nie zaznaczył w odrębnej pozycji stelaża, bo nie uczynił tego również Zamawiający w przedmiarze. W ocenie Odwołującego z treści przedmiaru wynikało, iż stelaż mieści się w pojęciu ustępu. Wskazać należy, że jeżeli Zamawiający miał jakiegokolwiek wątpliwości co do tych dwóch pozycji kosztorysu, to winien był w trybie art.87 ust. 1 Pzp był zażądać złożenia wyjaśnień przez Odwołującego.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 1 Pzp, gdyż odrzucił ofertę Odwołującego jako zawierającą rażąco niską cenę w zakresie robót dodatkowych oraz w zakresie wyceny skrzydeł drzwiowych. Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, Zamawiający odrzuca ofertę jeżeli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zatem jak wynika z powoływanego przepisu jedynym odniesieniem w przypadku rażąco niskiej ceny jest wartość całego przedmiotu zamówienia. Z uwagi na powyższe zarzuty dotyczące rażąco niskiej ceny nie mogą być formułowane przez Zamawiającego w odniesieniu do poszczególnych cząstkowych elementów zamówienia. W tej sytuacji Zamawiający naruszył przepis, gdyż zarzuty rażąco niskiej ceny odniósł jedynie do wartości robót dodatkowych oraz wartości skrzydeł drzwiowych w ofercie Odwołującego, a nie do całej wartości przedmiotu zamówienia. Przywołał na potwierdzenie wyrok KIO z dnia 12.08.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 963/09 oraz wyrok KIO z dnia 20.05.2013 r., sygn. akt: KIO 1014/13. Nadto, stwierdził, że Zamawiający naruszył art. 90 ust. 1 Pzp, gdyż nawet gdyby przyjąć, iż Zamawiający miał wątpliwości co do rażąco niskiej

ceny przedmiotu zamówienia, to winien był zwrócić się do Odwołującego o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementu oferty mających wpływ na wysokość ceny. Na potwierdzenie przywołał wyrok KIO z dnia 14.06.2013 r., sygn. akt: KIO 1287/13 i KIO 1332/13. W przypadku, gdyby Zamawiający wezwał do udzielenia wyjaśnień, Odwołujący miałby możliwość wskazać czynniki, które miały wpływ na kalkulację ceny wskazanej w ofercie. Tym samym Zamawiający pozbawił Odwołującego możliwości wykazania, iż jego oferta jest rzetelna, a cena realna. Takie stanowisko jest ugruntowane w orzecznictwie, gdzie przyjmuje się w sytuacji zaistnienia jakichkolwiek wątpliwości co do prawdziwości i rzetelności zaoferowanej ceny, to Zamawiający ma obowiązek przeprowadzenia procedury wyjaśnień z wykonawcą dotyczących elementów oferty mającej wpływ na wysokość ceny. Zamawiającym winien by wezwać Odwołującego do złożenia wyjaśnień tym bardziej, iż leżało to w interesie Zamawiającego, gdyż oferta Odwołującego była tańsza niż oferta wykonawcy wyłonionego w drodze przetargu. Gdyby Zamawiający wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień, to oferta Odwołującego zostałaby wyłoniona w przetargu jako najkorzystniejsza cenowo.

Dodatkowo Zamawiający zarzucił Odwołującemu, że w robotach elektrycznych nie wyceniono i nie ujęto opraw A20 VIG0 30 w ilości 6 sztuk. Zarzut Odwołującego jest bezpodstawny, gdyż Zamawiający nie umieścił wymienionych opraw ani w projekcie ani w przedmiarze. Odwołujący przygotował swoją ofertę zgodnie z numerami poszczególnych KNR-ów wskazanych przez Zamawiającego w przedmiarze robót, według wskazanych przez Zamawiającego ilościowo i rodzajowo opraw oświetleniowych.

Zdaniem Odwołującego zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 2 Pzp, gdyż opisał przedmiot zamówienia w ten sposób, utrudnił uczciwą konkurencję, a tym samym nie zapewnienie zasad uczciwej konkurencji w postępowaniu. Skoro Zamawiający domaga się od wykonawców zaoferowania opraw oświetleniowych, których nie wymagał w SIWZ, to nie zapewnia zasad uczciwej konkurencji. Przedmiot zamówienia powinien być opisany w sposób jasny i zrozumiały, w sposób umożliwiający prawidłowe sporządzenie oferty.

Zamawiający w dniu 05.11.2013 r. (faxem) wezwał w trybie art. 185 ust.1 Pzp uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 07.11.2013 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Przedsiębiorstwo Budowlane KOMPLEKS K..... K..... i Wspólnicy Sp. Jawna zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu. Odnosząc się do treści odwołania stwierdził, że Zamawiający zasadnie wykluczył

Odwołującego z postępowania i zgodnie z obowiązującym porządkiem prawnym w zakresie udzielania zamówień publicznych. Odwołujący zarzucił zamawiającemu w szczególności, że bezpodstawnie odrzucił jego ofertę ze względu na nie ujęcie i nie wycenienie w swej ofercie (kosztorysie ofertowym) 6 szt. opraw oświetleniowych A20 VIGO 30, ponieważ Zamawiający nie umieścił tych opraw w przedmiarze. Odwołujący podnosi, że dokonał wyceny oferty *„zgodnie z numerami poszczególnych KNR-ów wskazanych przez Zamawiającego w przedmiarze robót, wg wskazanych przez zamawiającego ilościowo i jakościowo opraw oświetleniowych”*. Tymczasem w SFWZ w rozdz. II pkt. 8 Zamawiający wskazał, w jaki sposób należy dokonać wyceny ofertowej, a mianowicie kosztorys ofertowy należało sporządzić *„w oparciu o załączony przedmiar robót oraz inne dokumenty składające się na opis przedmiotu zamówienia”*. Tym innym dokumentem była dokumentacja projektowa w której zarówno na rysunku nr 04.2013, jak i na sporządzonym na tym samym dokumencie wykazie opraw figuruje 6 szt. opraw A20 VIGO 30 (załącznik nr 1 - fragment dokumentacji projektowej). Dodatkowo w związku z pytaniem jednego z uczestników postępowania w dniu 13.09.2013 r. zamawiający umieścił na stronie internetowej, działając w trybie art. 38 ust. 1 i 2 Pzp, następujące pytania i odpowiedzi: *„Pytanie 1: Są rozbieżności w ilościach opraw. W wycenie oferent ma trzymać się przedmiaru, czy projektu ?*
Odpowiedź: Zgodnie z projektem.” Oznacza to, że oferta Odwołującego jest nieporównywalna z innymi ofertami, ponieważ treść tej oferty nie odpowiada treści SIWZ. Winna być ona zatem odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Zamawiający zatem w sposób prawidłowy wykonał tę czynność. Podkreślił, że we wskazanym wyżej pkt 8 rozdz. II SIWZ zamawiający zapisał, że kosztorys ofertowy stanowi część oferty wykonawcy; rozliczenia robót prowadzone będą w oparciu o kosztorys ofertowy. Zapis taki jest spójny z przyjętym w projekcie umowy § 7 ust. 1 charakterem wynagrodzenia, a mianowicie wynagrodzeniem kosztorysowym. W takim wypadku oczywistym jest, że kosztorys ofertowy stanowi element oferty. Brak wyceny wskazanej wyżej pozycji (8 opraw oświetleniowych typu A20 VIGO 30) uniemożliwia po pierwsze porównanie ceny tej oferty z cenami pozostałych ofert, a w fazie realizacji uniemożliwia rozliczenie za wykonaną robotę. Nie jest bowiem możliwe zastosowanie w tym przypadku dyspozycji art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, ponieważ cena jednostkowa oprawy A20 VIGO 30 nie występuje w żadnej innej pozycji kosztorysu ofertowego odwołującego, ani też nie wynika z jakiegokolwiek innego elementu oferty. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem KIO (np. wyrok z dnia 30.05.2011 r., sygn. akt. KIO 1066/11), w takich przypadkach nie jest możliwe dokonanie poprawek treści oferty bez kontaktu z wykonawcą. Jakiegokolwiek kontakty z wykonawcą w zakresie ustalenia ceny za te oprawy musiałyby prowadzić do złożenia nowego oświadczenia woli składającego ofertę, a tym samym naruszenia art. 87 ust. 1 Pzp.

W dniu 14.11.2013 r. (faxem), a 15.11.2013 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Zamawiający wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedź na odwołanie, w której stwierdził, że uwzględni odwołanie w całości. Kopia została przekazana Odwołującemu i Przystępującemu.

W dniu 15.11.2013 r. (faxem) Prezes KIO wezwał Przedsiębiorstwo Budowlane KOMPLEKS K..... K..... i Wspólnicy Sp. Jawna na podstawie § 13 ust. 2 pkt 3 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22.03.2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2010 Nr 48, poz. 280 i Dz. U. z 2013 r. poz. 232) do złożenia oświadczenia w przedmiocie wniesienia sprzeciwu, w terminie 3 dni.

W dniu 15.11.2013 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO), a 18.11.2013 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Przedsiębiorstwo Budowlane KOMPLEKS K..... K..... i Wspólnicy Sp. Jawna na podstawie art. 186 ust.3-5 Pzp wniosło sprzeciw od uwzględnienia odwołania przez Zamawiającego. Kopia sprzeciwu została przekazana Zamawiającemu i Odwołującemu. Jednocześnie podtrzymał argumentacje z przystąpienia.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, zapoznaniu się z postanowieniami SIWZ, odpowiedziami na pytania z dnia 02, 05, 13 i 23.09.2013 r., przedmiarami, rysunkami projektowymi 04.2013 dla instalacji elektrycznej oraz dla części architektoniczno-budowlanej, ofertą Odwołującego, tj. jego kosztorysami ofertowymi, zawiadomieniem o rozstrzygnięciu postępowania z dnia 29.10.2013 r., odwołaniem, przystąpieniem, odpowiedzią na odwołanie, tj. uwzględnieniem odwołania, sprzeciwem; zestawieniem podstawowych materiałów dla wykonania modernizacji instalacji elektrycznej wraz z dwoma rysunkami projektowymi (04.2013) z dokumentacji Zamawiającego, korespondencją e-mailową z producentem opraw VIGO przedłożonym przez Odwołującego na rozprawie, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępującego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający do jego złożenia, przy założeniu

potwierdzenia się zarzutów. Odwołujący, którego oferta została odrzucona i nie podlegała klasyfikacji w ramach kryterium oceny ofert, tj. ceny (100%), w przypadku potwierdzenia się podnoszonego zarzutu, ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Skład orzekający Izby działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie: dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem o sygn. akt: KIO 2579/12, postanowień SIWZ, odpowiedzi na pytania z dnia 02, 05, 13 i 23.09.2013 r., przedmiarów, rysunków projektowych 04.2013 dla instalacji elektrycznej oraz dla części architektoniczno-budowlanej, oferty Odwołującego, tj. jego kosztorysów ofertowych, zawiadomienia o rozstrzygnięciu postępowania z dnia 29.10.2013 r., odwołania, przystąpienia, odpowiedzi na odwołanie, tj. uwzględnienia odwołania, sprzeciwu; zestawienia podstawowych materiałów dla wykonania modernizacji instalacji elektrycznej wraz z dwoma rysunkami projektowymi (04.2013) z dokumentacji Zamawiającego, korespondencji e-mailowej z producentem opraw VIGO przedłożonym przez Odwołującego na rozprawie

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępującego złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Biorąc pod uwagę ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową według własnego przekonania, na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału (art. 190 ust. 7 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

Odnosnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp poprzez zaniechanie poprawienia drobnej i niezamierzonej omyłki zawartej w kosztorysie Odwołującego w postaci ilości hydrantów przeciwpożarowych, Izba uznała niniejszy zarzut za zasadny.

W tym zakresie stanowisko Odwołującego znajduje potwierdzenie w dokumentacji postępowania Zamawiającego. Nadto, zasadnie Odwołujący wskazywał na odpowiedź na pytanie 16 – pismo z dnia 13.09.2013 r. W konsekwencji, Izba podnosi, że mamy do czynienia z „inną omyłką” w kosztorysie ofertowym Odwołującego (poz. 21) – dotyczącym demontażu instalacji wodno-kanalizacyjnej, która podlega poprawie w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. W konsekwencji zasadnie Zamawiający uwzględnił odwołanie, w tym niniejszy zarzut.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Oдноśnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 87 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień co do oferowanego przedmiotu zamówienia w poz. 42 i poz. 46 kosztorysu dotyczącego robót montażowych instalacji wod-kan., Izba uznała niniejszy zarzut za zasadny.

W tym zakresie stanowisko Odwołującego znajduje potwierdzenie w dokumentacji postępowania Zamawiającego. Nadto, zasadnie Odwołujący wskazywał na odpowiedź na pytanie 17 – pismo z dnia 13.09.2013 r. W konsekwencji Zamawiający winien, wobec zachowania postanowień przedmiarów w poz. 42 (umywalki porcelanowe, z syfonem gruszkowym mosiężnym, ilość 14 kpl) oraz w poz. 46 (ustępy z płuczka typu „dolnopłuk” 3 kpl), co najwyżej wezwać Odwołującego do wyjaśnień, czy zostały ujęte produkty wskazane w odpowiedzi na pytanie 17. Istotne jest okoliczność tego rodzaju, że Zamawiający nie nakazał zmian opis przedmiarów w/w pozycji w tym zakresie, a jedynie ujęcia w wycenie określonych produktów. W konsekwencji, brak było podstaw do odrzucania oferty Odwołującego na tej podstawie faktycznej. Izba podkreśla, że mimo, iż wezwanie do wyjaśnień nie ma charakteru obligatoryjnego, orzecznictwo podkreśla, że brak takich wyjaśnień wobec zagrożenia odrzuceniem oferty Wykonawcy, wymusza niejako konieczność wezwania, gdyż zaniechanie narusza art. 7 ust.1 Pzp, tj. zasadę przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowanie wykonawców. W konsekwencji zasadnie Zamawiający uwzględnił odwołanie, w tym niniejszy zarzut.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Oдноśnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 1 Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, jako zawierającej rażąco niską cenę w zakresie robót dodatkowych oraz wyceny skrzydeł drzwiowych, mimo iż zarzuty nie dotyczyły całej wartości przedmiotu zamówienia, a także poprzez zaniechanie zwrócenia się do Odwołującego o udzielenie wyjaśnień w tym zakresie, Izba uznała niniejszy zarzut za zasadny.

W tym zakresie stanowisko Odwołującego znajduje potwierdzenie w dokumentacji postępowania Zamawiającego. Przedmiotem sporu była wycena robót dodatkowych na kwotę 5.000 zł dokonana przez Odwołującego oraz wycena skrzydeł drzwiowych. Izba potwierdza, że istotnie cena rażąco niska może odnosić się jedynie do całej wartości przedmiotu zamówienia, a nie jedynie jej jednostkowych składników. Nadto, Izba niezmiennie podnosi, że każdorazowo w sytuacji zaistnienia podejrzenia zaistnienia ceny rażąco niskiej konieczne jest przeprowadzenie procedury wyjaśniającej w trybie art. 90 ust.1 Pzp. W konsekwencji zasadnie Zamawiający uwzględnił odwołanie, w tym niniejszy zarzut.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Względem zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 2 Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, a tym samym nie zapewnienie zasad uczciwej konkurencji w postępowaniu, Izba oddaliła niniejszy zarzut uznając w/w zarzut za spóźniony, gdyż dotyczy etapu przed terminem składania ofert, czyli postanowień SIWZ.

Izba jedynie wzięła pod uwagę, podczas rozpatrywania kolejnego zarzutu, kwestie tego rodzaju, że zgodnie z ugruntowanym stanowiskiem orzecznictwa niejasne i nieprecyzyjne postanowienia SIWZ, nie mogą działać na niekorzyść Wykonawców, w tym wypadku Odwołującego.

Względem zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp, poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na to, że w robotach elektrycznych nie wyceniono i nie ujęto opraw A20 VIG0 30 w ilości 6 sztuk, Izba uznała niniejszy zarzut za zasadny. Jednocześnie wskazując, że mimo braku podania w odwołaniu podstawy prawnej takiego zarzutu, de facto sformułował zarzut poprzez wskazanie podstawy faktycznej, która została przywołana przez Zamawiającego w informacji z dnia 29.10.2013 r., czyli Odwołujący sformułował zarzut bezpodstawnego odrzucenie jego oferty jako nie odpowiadającej treści SIWZ.

Izba dokonała następujących ustaleń:

Zamawiający w ramach Rozdziału II - Przedmiot i termin realizacji zamówienia, pkt 2 SIWZ stwierdził, że: *„Integralną częścią SIWZ jest dokumentacja składająca się z 7 części. W oparciu o dokumentację należy sporządzić kosztorys ofertowy, który będzie podstawą do rozliczenia wykonanych robót – patrz również pkt 8.*

Uwaga:

W dokumentacji projektowej w części instalacyjnej przewidziano wymianę grzejników C.O. na nowe. Za zgodą Zamawiającego wymiana taka nie nastąpi (pozostaną dotychczasowe grzejniki) i dlatego prace te nie zostały uwzględnione w przedmiarze robót.

W tej samej części dokumentacji nie przewidziano natomiast wyposażenia węzłów sanitarnych w przybory (biały montaż). Za zgodą Zamawiającego prace te muszą być wykonane i dlatego zostały uwzględnione w przedmiarze robót.”. Z kolei w ust. 8 niniejszego rozdziału SIWZ zawarł, że: „Kosztorys ofertowy

- w oparciu o załączony do SIWZ przedmiar robót oraz inne dokumenty składające się na opis przedmiotu zamówienia, Wykonawca winien sporządzić kosztorys ofertowy,*
- w przypadku stwierdzenia przez Wykonawcę, braku możliwości skatalogowania danej pozycji kosztorysu, Wykonawca winien dokonać wyceny danego elementu przedmiaru*

robót w kosztorysie ofertowym na podstawie kalkulacji własnej (indywidualnej), którą winien załączyć do kosztorysu ofertowego jako jego integralną część,

- każdy kosztorys ofertowy winien zostać podpisany przez Wykonawcę; kosztorys winien zostać załączony do oferty w dwóch jednobrzmiących egzemplarzach (w przypadku zawarcia umowy z Wykonawcą, jeden egzemplarz zostanie wykorzystany na potrzeby realizacji przyszłej umowy; egzemplarza tego nie należy trwale łączyć z pozostałymi dokumentami oferty),
- kosztorys ofertowy stanowi część oferty Wykonawcy; rozliczenia robót prowadzone będą w oparciu o kosztorys ofertowy.”.

W ramach odpowiedzi Zamawiającego na pytania – pismo z dnia 13.09.2013 r.:

„Pytanie 1: Są rozbieżności w ilości opraw. W wycenie oferent ma trzymać się przedmiaru czy projekty ? Odpowiedź: Zgodnie z projektem. Pytanie 2: Czy w przedmiarze na instalacje elektryczne (79 pozycji KNR) są ujęte wszystkie prace wymagane przez Inwestora ? Odpowiedź: Tak. (...) Pytanie 14: Proszę o przesłanie kompletnego zestawienia opraw oświetleniowych z podaniem ilości i mocy źródła światła. Odpowiedź: Zgodnie z projektem. (...)”.

W ramach „Zestawienia podstawowych materiałów dla wykonania modernizacji instalacji elektrycznej” podano w poz. 58 oprawy VIGO 60 8 szt., a w poz. 59 VIGO System g/k ŁĄCZNIK 40W 6 szt. Na „pierwszym” rysunku projektowym /dotyczącym instalacji elektrycznej/ - 04.2013 mamy do czynienia z oprawami VIGO 60 (liczba porządkowa A17) oraz VIGO 30 (liczba porządkowa A20). Natomiast na „drugim” rysunku projektowym /dotyczącym części architektoniczno-budowlanej/ - 04.2013 mamy do czynienia jedynie z VIGO 60 (liczba porządkowa 17). Na „pierwszym” i „drugim” rysunku projektowym mamy także oznaczenie systemowe bezpośrednio na rysunku /VIGO 60/. Z kolei - element podłużny figury /bepośrednio na „pierwszym” rysunku projektowym/, to VIGO 60 – A17, a element łącznikowy figury (narożnik) /bepośrednio na „pierwszym” rysunku projektowym/, to VIGO 20 – A20. W ramach przedmiarów Zamawiającego oraz w kosztorysie ofertowym Odwołującego – poz. 64 /branża elektryczna/ (KNR 0005 0501-0100) (Oprawa żarowa - analogia oprawa VIGO 60) (8 kpl). Odwołujący wycenił poz. 64 – pod poz. 5.1.19. Z kolei w poz. 62 (KNR 0005 0501-0100) (Oprawa żarowa - analogia oprawa VIGO 120) (14 kpl). Odwołujący wycenił poz. 64 – pod poz. 5.1.17. Z kolei w poz. 63 (KNR 0005 0501-0100) (Oprawa żarowa - analogia oprawa VIGO AW) (8 kpl). Odwołujący wycenił poz. 64 – pod poz. 5.1.18.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

Izba nie przeczy, że w ramach odpowiedzi na pytanie 1 – pismo z dnia 13.09.2013 r. Zamawiający wskazał, że w zakresie ilości opraw Wykonawcy mają przygotować ofertę

zgodnie z projektem. Z kolei w odpowiedzi na pytanie 14 /pismo z dnia 13.09.2013 r. / – także stwierdził odnośnie zestawienia opraw oświetleniowych z podaniem ilości i mocy źródła światła, że wiążący jest projekt. Zasadnie też podnosił Zamawiający, iż wiążący był „pierwszy” rysunek z przedstawionych przez Odwołującego na rozprawie dotyczący branży elektrycznej, zaś „drugi” rysunek projektowy dotyczył branży architektoniczno-budowlanej. Jednakże należy zauważyć, że także na „pierwszym” rysunku projektowym mamy do czynienia z systemowym oznaczeniem VIGO 60, nie tylko na „drugim”. Przy czym, co najistotniejsze, Zamawiający w odpowiedzi na pytanie 2 /pismo z dnia 13.09.2013 r./ stwierdził, że w przedmiarze instalacje elektryczne (79 pozycji KNR) są ujęte wszystkie prace wymagane przez Inwestora. W konsekwencji Odwołujący nie musiał, jak twierdził na rozprawie Przystępujący, załączyć kalkulacje własną na oprawy VIGO 30, co wynikało z Rozdziału II pkt 8 tiret drugi SIWZ, skoro Zamawiający stwierdził, że ujął wszystkie wymagane prace (w 79 pozycjach). Naturalnie, Izba wzięła pod uwagę, także odpowiedzi na pytanie 1 i 14 /pismo z dnia 13.09.2013 r./, uznając, że Zamawiający de facto nie był precyzyjny w materii będącej przedmiotem sporu, co nie może działać na niekorzyść Odwołującego /Zamawiający raz twierdził, że projekt, a innym razem w odpowiedziach z tego samego dnia stwierdził, że w przedmiarach – względem instalacji elektrycznej – ujęto wszystkie pozycje/. Powyższe uwiarygodnia także stanowisko Odwołującego, że wycenił de facto pod pozycją 5.1.19 tak VIGO 60, jak i VIGO 30. Przy czym, istotne jest zastosowanie opraw systemowych VIGO, które w swej istocie zawierają zarówno element podłużny, czyli VIGO 60 – A17, jak i łącznikowy, czyli VIGO 20 – A20, co jest zgodne także z wyjaśnieniami zawartymi w ramach korespondencji z producentem przedłożonej na rozprawie przez Odwołującego. Niniejsze jest zgodne również z „pierwszym” rysunku projektowym - element podłużny figury /bezpośrednio na „pierwszym” rysunku projektowym/, to VIGO 60 – A17, a element łącznikowy figury (narożnik) /bezpośrednio na „pierwszym” rysunku projektowym/, to VIGO 20 – A20. Ponadto, zasadność twierdzeń Odwołującego, potwierdza również wycena z poz. 5.1.19 kosztorysu ofertowego Odwołującego (cena jednostkowa – 3.697, 37 PLN), która jest wyższa niż w poz. 5.1.17 (1.608,89 PLN), czy też 5.1.18 (1.664,96 PLN). Nadto, analiza wyceny kosztorysów ofertowych Przystępującego także uwiarygodnia stanowisko o wycenie łącznej, kompleksowej obu elementów (VIGO 30 /cena jednostkowa/ – 1.470,00 PLN; VIGO 60 – 1.699,00 PLN =3.169,00 PLN) w kosztorysie ofertowym Odwołującego. W konsekwencji nie można podnosić twierdzeń o braku porównywalności ofert.

Izba nie odniesie się do sytuacji pozostałych Wykonawców, gdyż nie było to przedmiotem zarzutów zawartych w odwołaniu, nie wnieśli oni także własnych środków

ochrony prawnej. Nadto, nieznana jest Izbie treści ich ofert i trudno jest w takiej sytuacji oceniać charakter dokonanej przez nich wyceny.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Względem naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 3 Pzp poprzez dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty z naruszeniem przepisów ustawy polegającym na odrzuceniu oferty Odwołującego i tym samym pominięcie go podczas wyboru oferty najkorzystniejszej, Izba wobec uwzględnienia zarzutów dotyczących naruszenia art. 87 ust.2 pkt 3 Pzp, art. 87 ust.1 Pzp, art. 89 ust.1 pkt 4 i art. 90 ust.1 Pzp oraz zarzutu dotyczącego opraw VIGO, czyli naruszenia art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp, uznała w konsekwencji niniejszy zarzut.

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, a także w oparciu o § 5 ust. 2 pkt 1 i ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i pkt 2 lit. a i b 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). Izba uznała wniosek Odwołującego o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600,00 zł, tj. zgodnie z przedłożonym rachunkiem (§ 3 pkt 2 lit. b w/w rozporządzenia) oraz kosztów dojazdu Odwołującego na rozprawę (§ 3 pkt 2 lit. a w/w rozporządzenia) wynikających z przedstawionego spisu kosztów (594,41 zł).

Przewodniczący:

.....