

Sygn. akt: KIO 993/15

POSTANOWIENIE
z dnia 21 maja 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w Warszawie w dniu 21 maja 2015 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 maja 2015 r. przez **wykonawcę J. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Ogólnobudowlany J. W. z siedzibą w Koniuszowej 163** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gminy Kamienica – Urząd Gminy Kamienica w Kamienicy 420**

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze
2. Nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej przez **wykonawcę J. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Ogólnobudowlany J. W. z siedzibą w Koniuszowej 163** 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 niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Nowym Sączu**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na budowę sali gimnastycznej przy Szkole Podstawowej nr 2 w Kamienicy zostało wszczęte przez zamawiającego Gminę Kamienica ogłoszeniem zamieszczonym w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 10 lutego 2015r. za numerem 2015-29094.

W dniu 8 maja 2015r. zamawiający poinformował wykonawców o wynikach postępowania tj. o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późna. zm. poz. 984, 1047 i 1473, z 2014 r. poz. 423, 768, 811, 915 i 1146, 1232 oraz z 2015 r. poz. 349 – dalej ustawy) oferty wykonawcy J. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Ogólnobudowlany J. W. z siedzibą w Koniuszowej 163 – dalej odwołującego z uwagi na to, że treść oferty odwołującego nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz) z uwagi na to, że odwołujący błędnie według zamawiającego przyjął oprawy oświetleniowe według pierwotnego przedmiaru, a nie według projektu, nie zamieścił w kosztorysie ofertowym pozycji zawierającej marki stalowe oraz blachy montażowe, a także wszystkich pozycji ujmujących roboty w zakresie demontażu istniejącej kanalizacji deszczowej kolidującej z projektowanym budynkiem. Zamawiający wskazał, że w jego ocenie powyższe niezgodności nie dają się usunąć w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy.

W dniu 13 maja 2015r. odwołujący wniósł odwołanie na czynność odrzucenia jego oferty. Odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 9 maja 2015r. udzielonego przez właściciela firmy. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu faksem i drogą elektroniczną w dniu 13 maja 2015r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu, iż w postępowaniu naruszył następujące przepisy:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy poprzez odrzucenie oferty odwołującego jako niezgodnej z treścią siwz, pomimo iż oferta złożona odwołującego jest zgodna z treścią siwz;
2. art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy poprzez podanie niepełnego i nieprawdziwego uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty odwołującego z postępowania;
3. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej niezgodnie z przepisami ustawy, a także inne przepisy wynikające z treści niniejszego odwołania.

Wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego;

3. dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty złożonej przez odwołującego;

4. uznania oferty odwołującego za najkorzystniejszą i dokonania wyboru tej oferty.

Odwołujący wskazał, że posiada legitymację czynną niezbędną do wniesienia odwołania, gdyż w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy wskazanych w pkt II interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku. W przypadku prawidłowego działania zamawiającego, oferta złożona przez odwołującego nie zostałyby odrzucona, lecz na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w siwz - zostałyby uznana za najkorzystniejszą. Objęte niniejszym odwołaniem czynności zamawiającego są wadliwe ze względu na niezgodność z ustawą i w konsekwencji - jeżeli czynności te nie zostaną sanowane - odwołujący poniesie szkodę w postaci nie uzyskania zamówienia objętego postępowaniem.

Zamawiający jednoznacznie stwierdził w odniesieniu do każdej spośród wskazanych, w informacji o wyniku, niezgodności, że niezgodność wynika z treści wyjaśnień siwz udzielonych przez zamawiającego przed złożeniem ofert.

Odwołujący nie zgadzając, ze stanowiskiem zamawiającego, podniósł, że elementy wskazane przez zamawiającego w informacji o odrzuceniu oferty odwołującego zostały uwzględnione w kosztorysie załączonym do oferty odwołującego. Na podstawie ukształtowanych przez zamawiającego postanowień siwz nie było podstaw do odrzucenia oferty odwołującego.

Siwz stanowiła:

a. w rozdziale III pkt 2 (Opis przedmiotu zamówienia): Wyszczególnienie robót zawierają przedmiar robót stanowiący załącznik nr 9 do specyfikacji, specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót oraz projekt budowlany.

b. w rozdziale XII pkt 6 (Opis sposobu obliczania ceny): „Wykonawca nie może korygować ilości robót określonych w przedmiarze robót. Jeżeli w wyniku dokonanej analizy i obliczeniu ilości robót uzna je za niewłaściwe, to zmiany ilości robót wykonawca może dochodzić procedurą pytań, zgodnie z art. 38 ust. 1 ustawy.

Zamawiający przyjął, w ocenie odwołującego, dość nietypowy sposób rozliczenia realizacji umowy. Zamawiający w oświadczeniu zawartym w piśmie z 8 maja 2015r. wskazał: zamawiający w przedmiotowym postępowaniu ustalił cenę kosztorysową i dalej przy kosztorysowym charakterze oferty. Jednocześnie rozdział XII pkt 2 siwz (Opis sposobu obliczenia ceny) jednoznacznie stanowi, iż cena podana w ofercie winna obejmować wszystkie koszty i składniki związane z wykonaniem zamówienia oraz warunkami stawianymi przez zamawiającego — klauzula ta jest charakterystyczna dla wynagrodzenia ryczałtowego. Wniosek ten jest tym bardziej prawidłowy, iż w rozdziale XII pkt 8 siwz zamawiający wymagał: cena musi obejmować wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu

zamówienia wynikające z dokumentacji i (...) przedmiaru robót a także wszystkich robót, bez których realizacja zamówienia byłaby niemożliwa Zamawiający wskazał ponadto na definicję ustawową ceny (pkt 9): wartość jaką zamawiający zapłaci za przedmiot zamówienia i (pkt 10) na zakaz waloryzacji. Zamawiający, co zdaniem odwołującego ważne, wpisał w rozdziale XII pkt 7 domniemanie zgodnie, z którym koszt brakujących pozycji przedmiaru robót został pokryty przez inne pozycje podane w przedmiarze. Z przytoczonych postanowień, w ocenie odwołującego, wynika zatem, iż od samego początku wykonawcy mieli obowiązek wycenić wszystkie koszty wykonania przedmiotu zamówienia opisanego tak przedmiarem jak i dokumentacją na którą składa się specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót oraz projekt budowlany, a jeśli w kosztorysie (powstałym na skutek wypełnienia przedmiaru robót załączonego do siwz) brak pozycji, to oznacza to, iż koszt z niej wynikający został w kalkulowany w innych pozycjach kosztorysu. Korekta wynagrodzenia mogła nastąpić po wykonaniu przedmiotu umowy w sytuacji przewidzianej w §4 ust. 3 wzoru umowy (zał. nr 10 do siwz). Wyżej przedstawiona regulacja jest naturalną konsekwencją - wprowadzonego w rozdziale XII pkt 6 - bezwzględnego zakazu korygowania ilości robót opisanych w przedmiarze. Zamawiający wskazał, iż zmiany ilości robót wykonawca może dochodzić procedurą pytań, zgodnie z art. 38 ust. 1 PZP". Działanie zamawiającego jest w tym zakresie zgodne z art. 31 ustawy - to zamawiający, a nie wykonawca, opisuje przedmiot zamówienia. Zamawiający nie wprowadził często praktykowanego mechanizmu, iż w ofercie muszą być uwzględnione konsekwencje odpowiedzi na pytania zadawane zgodnie z art. 38 ust 1. Tym samym, zmiany do przedmiaru musiały być dokonane jedynie przez zamawiającego w sposób zgodny z dyspozycją art. 38 ust. 4 ustawy. Zamawiający w toku postępowania dokonywał takich zmian siwz i treść oferty odwołującego (w szczególności kosztorys ofertowy) jest zgodna z modyfikacjami wprowadzonym do siwz (w tym do przedmiaru) na podstawie art. 38 ust. 4 ustawy.

Odwołujący podkreślił, że zamawiający jest odpowiedzialny za przygotowanie siwz wraz ze wszystkimi załącznikami. Zgodnie z art. 31 list 1. ustawy, przy zamówieniu na roboty budowlane, zamawiający opisuje przedmiot zamówienia na roboty budowlane za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych. Niezgodne zarówno z siwz, jak również z treścią przepisów ustawy jest przerzucenie na wykonawców obowiązku dookreślenia przedmiotu zamówienia oraz nałożenie na wykonawców negatywnych konsekwencji za brak wykonania przez nich obowiązku, który powinien być wykonany zamawiającego.

W zakresie treści oferty odwołujący podniósł, co następuje:

1. Oprawy oświetleniowe w kosztorysie odwołującego.

W uzasadnieniu odrzucenia oferty odwołującego, zamawiający wskazał, iż odwołujący błędnie przyjął oprawy oświetleniowe według pierwotnego przedmiaru, a nie według projektu, nie uwzględniając tym samym wyjaśnień z dnia 23 lutego 2015 r. (P4/1/15 pyt. 10).

W w/w wyjaśnieniach zamawiający stwierdził, iż: Ilość opraw oświetleniowych i wykaz wg. oznaczeń na rzutach części elektrycznych - Zamawiający nie zmienił przedmiarów ani co do ilości, ani co do oznaczeń.

Także w uzasadnieniu odrzucenia oferty zamawiający nie podał in concreto czy dopatrył się uchybień, co do ilości czy co do oznaczeń, a zatem nie podał uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty, gdyż nie wykazał konkretnej niezgodności z treścią siwz. Co więcej – zdaniem odwołującego nie sposób uznać, iż wyjaśnienie siwz dokonywane na podstawie art. 38 ust. 1 ustawy jest dokumentem, o którym mowa w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Rodzaj lamp i ich ilość był wskazany w przedmiarze. Wykonawcy nie mieli możliwości realnie ocenić, jakiej ilości i jakich opraw tak naprawdę żądał od nich zamawiający. Odwołujący wskazał, iż zamawiający był poproszony przez jednego z wykonawców o dostosowanie przedmiaru do projektu (pismo z 8 maja 2015r.) - nie ma wątpliwości, iż zamawiający nie dokonał takiej modyfikacji. Odpowiedź zamawiającego z dnia 23 lutego 2015r. można, zdaniem odwołującego, odczytać jedynie jako potwierdzenie różnic pomiędzy przedmiarem a projektem.

Przedmiar robót zawierał konkretnie wskazane ilości opraw i odwołujący sporządził kosztorys zgodny z tym przedmiarem. Zamawiający nie dokonał modyfikacji przedmiaru. Odwołujący ze względu na treść siwz (por. XII.6) nie mógł dokonać samodzielnej zmiany przedmiaru, gdyż jest to część siwz. Treść oferty jest zatem zgodna z treścią siwz.

2. Marki stalowe i blachy montażowe.

Zamawiający stwierdził, iż w odpowiedzi na pytanie dotyczące uzupełnienia postanowień w zakresie w/w materiałów wprowadził wymóg ich zaoferowania (P8/1/15 pyt. 4). Stawiając pytanie jeden z wykonawców, wskazując na wady siwz żądał wprost: proszę o uzupełnienie. Także w tym przypadku zamawiający nie dokonał modyfikacji siwz (przedmiaru) i nie uzupełnił przedmiaru. Sytuacja jest tu analogiczna jak omówiona we wcześniejszej części odwołania. Odwołujący dodał, że uwzględnił koszty marek stalowych oraz blach montażowych w pozycjach od 3.3.1. do 3.3.4. dotyczących konstrukcji dachowej sali, w tym przede wszystkim w pozycjach:

- 3.3.1 Lekka metalowa obudowa dachów o nachyleniu powyżej 10%, z blach wielowarstwowa,
- 3.3.4 Montaż konstrukcji spawanych, masa elementu 20 kg - montaż kotew stalowych.

3. Demontaż istniejącej kanalizacji deszczowej kolidującej z projektowanym budynkiem.

Także w tym przypadku zamawiający był poproszony wprost o uzupełnienie przedmiaru i także w tym przypadku nie dokonał modyfikacji siwz (przedmiaru). Zamawiający w odpowiedzi z dnia 13 marca 2015 r. wskazał, że należy przyjąć pozycje kosztorysowe ujmujące wszystkie roboty w zakresie demontażu. Odwołujący, aby pozostać w zgodzie z pkt XII.6.siwz zakazującym dodania pozycji do przedmiaru robót i jednocześnie w celu uwzględnienia wyjaśnień uwzględnił koszty demontażu istniejącej kanalizacji deszczowej w pozycjach kosztorysu ofertowego dotyczących robót rozbiórkowych (pkt 1.1) oraz kanalizacji deszczowej (pkt 7.2). Zgodnie z pkt 8 Rozdziału XII podana cena miała obejmować m.in. koszty robót przygotowawczych, do których można zaliczyć rozbiórkę kanalizacji deszczowej. Cena wskazana przez odwołującego zawiera te koszty zgodnie z wymaganiami zamawiającego. Zamawiający wpisując dodatkowe obowiązki wykonawcy w pkt 8 Rozdziału XII nie wpisał ich jednocześnie do przedmiaru robót. W konsekwencji brak wpisania rozbiórki kanalizacji deszczowej jako oddzielnej pozycji kosztorysu nie stanowi o niezgodności oferty z treścią siwz. Podsumowując odwołujący stwierdził, że analizując stan faktyczny sprawy należy uznać, iż faktyczną przyczyną odrzucenia oferty odwołującego były nieprecyzyjne odpowiedzi na pytania postawione zamawiającemu. Niezależnie od intencji, którymi zamawiający się kierował, wykonawcy nie mogą domniemywać woli zamawiającego innej niż jednoznacznie wpisana do siwz. Ujawniony w piśmie z dnia 8 maja 2015 r. sposób w jaki zamawiający rozumie konsekwencje odpowiedzi na niektóre pytania do siwz okazał się sprzeczny z treścią samej siwz.

Rozdział XII siwz pkt 7 potwierdza brak podstaw do odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Zgodnie z pkt 7 Rozdziału XII siwz: „ Wykonawca zobowiązany jest uwzględnić wszystkie pozycje robót opisanych w przedmiarze robót. Pozycje, przy których nie zostaną podane ceny za ich wykonanie (nie wypełnione pozycje przedmiaru przez wykonawcę), nie będą dodatkowo opłacone po wykonaniu prac, gdyż zamawiający przyjmuje, że ich koszt został pokryty przez inne ceny podane w przedmiarze robót. ”

Powyższe postanowienie oznacza przede wszystkim, iż wykonawca ma obowiązek uwzględnić w kosztorysie wszystkie pozycje opisane w przedmiarze robót. Zamawiający nie wymagał uwzględnienia pozycji, które nie zostały przez niego ujęte w przedmiarze robót. Pomimo próśb wykonawców o uzupełnienie względnie dostosowanie przedmiaru zamawiający nie zmienił tego przedmiaru robót. Odwołujący podkreślił, że zmiana siwz jest czynnością realną i nie może być dorozumiana - wynika to choćby z zasady pisemności (por. art. 27 ustawy). Zasada ta zapewnia m.in. porównywalność ofert.

Zamawiający w rozdziale VI pkt A.7) siwz wskazał, iż na ofertę składa się m.in. uproszczony kosztorys ofertowy sporządzony przez wykonawcę na podstawie przedmiaru robót stanowiącego załącznik nr 9 do specyfikacji. - oferta odwołującego zawiera taki właśnie kosztorys sporządzony zgodnie z wymaganiami zawartymi w siwz.

Według odwołującego, nawet jeśliby przyjąć argumentację zamawiającego za zasadną, to zgodnie z rozdziałem XII pkt 7 brak wskazania ceny przy pozycji przedmiaru robót oznacza uwzględnienie jej w ramach innej pozycji przedmiaru. Przyjmując, iż przedmiar został zmieniony w sposób dorozumiany, to oznacza, iż są poszczególne pozycje nie zostały wypełnione a zatem cena za ich wykonanie jest w kalkulowana w innych pozycjach. Na podstawie siwz zamawiający nie może odrzucić oferty wykonawcy za brak pozycji określonej w przedmiarze robót. Odwołujący również wskazał, iż w §4 pkt 3 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 10 do siwz, zamawiający wskazał, iż ostateczne określenie wynagrodzenia wykonawcy nastąpi na podstawie obmiaru powykonawczego.

Obmiar powykonawczy będzie mógł różnić się zakresem wykonanych prac od określonego przez zamawiającego przedmiaru robót. Wynagrodzenie wykonawcy zostanie określone na podstawie cen jednostkowych. Podstawą jego oszacowania ma być kosztorys ofertowy, który został przez odwołującego przedstawiony zgodnie z przedmiarem robót określonym przez zamawiającego. Na podstawie cen jednostkowych wskazanych w kosztorysie ofertowym odwołującego możliwe jest wyliczenie wynagrodzenia za wszystkie wymagane przez zamawiającego roboty wykonywane w ramach zamówienia.

Odwołujący odwołał się także do orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, zgodnie z którym niejasne, nieprecyzyjne czy sprzeczne ze sobą postanowienia siwz powinny być interpretowane na korzyść wykonawcy. Za reprezentatywne w tym zakresie uznał m.in. następujące orzeczenia: wyrok z dnia 11 września 2014 r., sygn. akt: KIO 1786/14, wyrok z dnia 23 sierpnia 2013 r., sygn. akt: KIO 1945/13, wyrok z dnia 13 czerwca 2013 r., KIO 1284/13, sygn. akt: KIO 1301/13.

Informacja o wniesieniu odwołania wraz z jego kopią została przekazana wykonawcom w dniu 14 maja 2015r. drogą elektroniczną.

D postępowania odwoławczego nikt nie przystąpił.

W dniu 21 maja 2015r. zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie oświadczając, że po przeanalizowaniu odwołania uwzględni w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu i w wyniku uwzględnienia odwołania dokona, zgodnie z żądaniem odwołującego:

1. Unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. Unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego,
3. Ponownej czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego.

Zamawiający wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego.

Izba zważyła, co następuje:

Izba nie stwierdziła zaistnienia przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 ustawy, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Zgodnie z art. 186 ust. 2 ustawy, w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym, pod warunkiem, że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca. W takim wypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Jak ustalono wyżej, w prowadzonym postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że zachodzą przesłanki do wydania postanowienia o umorzeniu postępowania odwoławczego.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła okoliczność, iż uwzględnienie odwołania miało miejsce przed otwarciem posiedzenia, zatem koszty te znoszą się wzajemnie z mocy przepisu art. 186 ust. 6 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, orzekając w tym zakresie o konieczności zwrotu kwoty wpisu uiszczanego przez odwołującego na rachunek Urzędu Zamówień Publicznych, stosownie do § 5 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku 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).

Przewodniczący: