

Sygn. akt KIO/UZP 439/08

WYROK
z dnia 21 maja 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki
Członkowie: Grzegorz Mazurek
Izabela Niedziałek
Protokolant: Magdalena Sierakowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 maja 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez "Malbud" T. Kuriata, M. Ważeliński Sp. J., Zielona Góra, ul. Działkowa 19 od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Zielonej Górze, Zielona Góra, ul. Bohaterów Westerplatte 31** protestu z dnia 17 kwietnia 2008 r.

przy udziale xxx zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego xxx po stronie odwołującego się oraz xxx - po stronie zamawiającego*.

orzeka:

1 Oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża **"Malbud" T. Kuriata, M. Ważeliński Sp. J., Zielona Góra, ul. Działkowa 19**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **"Malbud" T. Kuriata, M. Ważeliński Sp. J., Zielona Góra, ul. Działkowa 19.**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **"Malbud" T. Kuriata, M. Ważeliński Sp. J., Zielona Góra, ul. Działkowa 19** na rzecz **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Zielonej Górze, Zielona Góra, ul. Bohaterów Westerplatte 31**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów zastępstwa procesowego.
- 3) dokonać wpłaty kwoty xxx zł xxx gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 15 936 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **"Malbud" T. Kuriata, M. Ważeliński Sp. J., Zielona Góra, ul. Działkowa 19.**

Uzasadnienie

Odwołując się od rozstrzygnięcia przez Zamawiającego protestu z dnia 17 kwietnia 2008 r. wykonawca prowadzący działalność w formie spółki jawnej uczestniczący w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na nadbudowę istniejącego budynku biurowego wraz z dźwigiem osobowym oraz budowę podjazdu dla osób niepełnosprawnych przy ul. Bohaterów Westerplatte w Zielonej Górze prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 24 ust. 1 w zw. z art. 26 ust. 3, art. 91, art. 26 w zakresie określonym w art. 24 ust 1 pkt 9 oraz art. 88 i 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Przedstawiając zarzuty Odwołujący wskazał, że Zamawiający niezasadnie wykluczył Go z postępowania i odrzucił ofertę, dokonał wyboru oferty, która nie jest najkorzystniejsza, zaniechał wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów tj. aktualnej informacji z KRK oraz ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności, zaniechał poprawienia omyłek rachunkowych oraz zaniechał czynności wyjaśnienia treści oferty Odwołującego.

Kwestionując decyzję Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołujący wskazał, że uznane za niezgodne z treścią siwz pozycje w kosztorysie ofertowym są wynikiem nie wzięcia pod uwagę, iż w ofercie w części 3 Konstrukcje żelbetowe, poz. 39 jako jednostkę miary wskazał 100 kg, a nie 1 kg, jak w formularzu, zatem podana w ofercie ilość jest zgodna z siwz, a także prawidłowo określono cenę. W pozostałych pozycjach Odwołujący uwzględnił treść z kolumny 1, zgodnie z którą wykonawcy zobowiązani byli do podania wielokrotności materiałów z kolumny 3 tj. opisu pozycji kosztorysowych. Zamawiający nie podał przy tym, w której kolumnie należy podać wynik tego działania, a więc wykonawcy mieli w tym zakresie dowolność.

Odwołujący w poz. 63 w związku z zapisem w kolumnie 3 „Ściany żelbetowe grubości 10 cm w deskowaniu (...), krotność=20” i ilością w kolumnie 5 - 155.345, uwzględnił zapis kolumny nr 3 i dokonał mnożenia: „155.345 x 20” z wynikiem 3 106,900.

W pozostałych pozycjach, w związku z brakiem wskazówek Odwołującego oraz zgodnie z zasadami kosztorysowania dokonywał takiej samej operacji tj. mnożył ilość materiałów wskazaną w kolumnie 5 przez krotność wskazaną przez Zamawiającego w kolumnie 3.

W kolejnych pozycjach dało to wynik, jak niżej:

Poz. 64 107,272 x „krotność = 5” = 536,360

Poz. 65	48,072	x „krotność = 10”	= 480,720
Poz. 67	3,998	x „krotność = 5”	= 19,990
Poz. 72	5,600	x „krotność = 20”	= 112,000
Poz. 74	213,608	x „krotność = 3”	= 640,824
Poz. 79	433,444	x „krotność = 2”	= 866,888.

Wskazane ilości oferent umieścił w kolumnie 5. Wielkości te są zgodne z wymogami siwz. Odwołując się do treści przepisu art. 29 ustawy Odwołujący podniósł, że brak precyzji ze Strony Zamawiającego w określeniu sposobu sporządzenia oferty, nie może obciążać Wykonawców i wskazał, że zapisy siwz oraz formularza są wewnątrznie sprzeczne. Przykładem tego jest obowiązek sporządzania dokumentów zgodnie z wzorami formularzy z Rozdziału 1 i 2 przy jednoczesnej konieczności dokonania zmiany w momencie wypełniania formularza – nie można bowiem pozostawić zapisu „krotność= 20 w kolumnie 3, a w kolejnej kolumnie wykonać działania mnożenia. Tym samym nie ma możliwości wypełnienia formularza zgodnie ze wskazaniem, zawsze bowiem nastąpi zmiana treści poprzez likwidację w pierwszej kolumnie stwierdzenia o krotności, a następnie wykonania działania i ujęcia wyniku w jednej z następnych kolumn.

Odwołujący wskazał, że różnice, które z powyższych powodów powstają, nie mogą skutkować odrzuceniem oferty, gdyż nie mają charakteru merytorycznego. Należy również brać pod uwagę, że dla oceny, czy oferta odpowiada treści siwz, istotne jest ustalenie, czy cały zakres przedmiotu zamówienia został objęty ofertą i zostanie wykonany. W opisywanym stanie faktycznym Odwołujący uznał, że nie można mówić o niezgodności treści oferty z treścią siwz, gdyż zakres świadczenia wykonawcy niewątpliwie obejmuje wszystkie prace objęte przedmiotem zamówienia w ilości wskazanej przez Zamawiającego. Również w razie wątpliwości co do treści oferty Zamawiający zgodnie z postanowieniami art. 87 ustawy mógł wezwać Wykonawcę do złożenia w tym zakresie wyjaśnień. Czynności tej zamawiający nie wykonał, mimo iż oferta Odwołującego zawierała najniższą cenę.

Ponadto Odwołujący wskazał, że w następstwie błędnego odrzucenia Jego oferty, zaniechano wezwania Go do złożenia brakujących dokumentów wymaganych dla potwierdzenia spełnienia warunków uczestnictwa w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Zamawiający naruszył tym zachowaniem przepis art. 26 ust. 3, gdyż niesłusznie odrzucił Jego ofertę i nie uwzględnił zmian przepisów ustawy Pzp dokonanych 13 kwietnia 2007 r., a dopuszczających w szerszym zakresie uzupełnianie brakujących dokumentów. Odwołujący wskazał również, że nie popełnił omyłek rachunkowych, nie było zatem podstaw do ich poprawiania; omyłki te nie zostały zresztą wymienione przez Zamawiającego.

Wskazując powyższe zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania, unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz czynności wykluczenia z postępowania i

odrzućenia oferty, dokonanie czynności wezwania do uzupełnienia brakujących dokumentów oraz dokonanie czynności powtórnego badania ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania i odnosząc się zarzutów stwierdził, że są one nieuzasadnione. Odnosząc się do zarzutu dotyczącego wykluczenia z postępowania tj. naruszenia art. 22 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 10 i art. 26 ust. 3 i nie wezwania wykonawcy do uzupełnienia brakujących dokumentów Zamawiający podniósł, że wykonawca załączył do oferty polisę ubezpieczeniową z sumą gwarancyjną 500.000 PLN wraz z oświadczeniem, że w wypadku wyboru Jego oferty zawrze umowę dodatkowego ubezpieczenia. Zamawiający wskazał, że wymogiem z pkt 7.2.1 ppkt 4 siwz było posiadanie ubezpieczenia OC na wartość co najmniej 1.000.000 PLN. Złożony dokument – polisa nie zawierał błędu, lecz potwierdzał fakt nie spełniania warunku udziału w postępowaniu, a zatem nie było podstaw do wzywania wykonawcy do uzupełnienia w oparciu o art. 26 ust. 3 ustawy, zgodnie z którym o uzupełnienie dokumentów zamawiający zwraca się w sytuacji, gdy te nie zostały w ogóle złożone, bądź są błędne. W związku z powyższym wykluczenie wykonawcy z uwagi na niespełnienie przez niego warunku z pkt 7.2.1. pkt 4 siwz było uzasadnione. Ponadto wezwanie o uzupełnienie dokumentu prowadziło do niedopuszczalnej zmiany treści oferty wobec treści oświadczenia woli zawartego na s. 63 „oświadczamy, że w przypadku wyboru naszej oferty natychmiast zawrzemy dodatkowe ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej pozwalające spełnić określony w SIWZ warunek.”

Odnosząc się do zarzutu braku precyzji treści siwz, Zamawiający wskazał, że Odwołujący nie zadawał w tym zakresie pytań do specyfikacji, ani nie oprotestował jej postanowień. Sposób wypełnienia kosztorysu ofertowego nie budził również wątpliwości żadnego z pozostałych uczestników postępowania, którzy sporządzili kosztorysy bez ingerencji w treść wzorca kosztorysu i bez zmiany jakiegokolwiek pozycji. Zmiana pozycji kosztorysu ofertowego powoduje odrzucenie oferty, ponieważ powodują niezgodność treści oferty z treścią siwz naruszając zasady obliczenia ceny oferty, a w konsekwencji sposób obliczenia wynagrodzenia Wykonawcy.

Zamawiający podniósł również, że w kosztorysie ofertowym jednoznacznie wskazał Wykonawcom sposób wyliczenia pozycji kolumny 7 „wartość zł”. Wartość ta winna wynikać z przemnożenia pozycji kolumny 5 „ilość” x kolumna 6 „cena zł”. Zamawiający stwierdził, że we wszystkich pozycjach kosztorysu w kolumnie 3 „opis”, gdzie występuje dodatek za zmianę, wysokości, względnie grubości ściany lub stropu, określony „krotności, krotność”, ilości jednostek do wykonania pozostają bez zmian i są wyszczególnione przy każdej pozycji. Dokonane przez wykonawcę działania polegające na przemnożeniu ilości przez krotność stanowiło tym samym błąd uzasadniający odrzucenie oferty. Zamawiający powołał nadto postanowienia pkt 11.1, 11.2 i 11.3 siwz, zgodnie z którymi sposób wyliczenia ceny powinien nastąpić bez jakiegokolwiek „dowolności ingerencji” Wykonawcy, tj. cenę należało wyliczyć w

oparciu o kosztorysy ofertowe oparte na formularzach, ściśle wg kolejności pozycji wyszczególnionych w przedmiarach robót z określeniem cen jednostkowych netto oraz wartości netto dla wszystkich pozycji wymienionych w kosztorysie. Wykonawca musiał uwzględnić w kosztorysie ofertowym wszystkie pozycje przedmiarowe, a wykonawca nie mógł samodzielnie wprowadzić zmian do Przedmiarów robót.

Zamawiający podkreślił, że nie miał podstaw do żądania od Odwołującego wyjaśnień dotyczący treści oferty, ponieważ treść oferty była jednoznacznie błędna. Uznanie zasadności tego żądania doprowadziłoby do zmiany treści oferty z naruszeniem art. 87 ustawy Pzp; błąd polegający na przyjęciu innej niż wymagana liczbie jednostek miar w kosztorysie ofertowym nie może być poprawiony na podstawie art. 87 ust. 2 ustawy.

Ponadto Zamawiający zauważył, że Wykonawca wykazał się niekonsekwencją w zastosowanych przez siebie zasadach kosztorysowania, gdyż w kilku pozycjach dokonał mnożenia przez krotności wskazane w kolumnie 3 (opis) natomiast w pkt 3 Konstrukcje żelbetowe w podpunkcie 51 nie pomnożył podanej ilości przez krotność 2 wskazaną w opisie, lecz pozostawił taką, jaka widniała w kosztorysie Zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpatrzeniu sprawy, zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami stron przedstawionymi na rozprawie ustaliła, co następuje.

Oceniając zarzut braku złożenia przez wykonawcę dokumentów potwierdzających spełnienie podmiotowego warunku udziału w postępowaniu, biorąc pod uwagę treść przedłożonej polisy ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej na kwotę 500.000 zł, przy wymaganej minimalnej sumie ubezpieczenia w wys. 1.000.000 zł, Izba stwierdza, że istotnie złożony dokument potwierdzający ubezpieczenie wykonawcy w zakresie OC nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu, określonego w postanowieniach pkt 7.2.1 ppkt 4 specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Tym samym wymagany dokument mający potwierdzić spełnianie omawianego warunku udziału uzupełniony odrębnym oświadczeniem o zawarciu dodatkowego ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej, w przypadku wyboru oferty, nie został złożony. Oświadczenie powyższe dotyczy jednak warunku podmiotowego wymaganego specyfikacją, nie jest jednak treścią odnoszącą się do zaoferowanego przedmiotu zamówienia czyli treścią oferty. Z tego względu w omawianym zakresie nie miałby zastosowania przepis art. 87 ust 1 *in fine*. Skład orzekający Izby stoi na stanowisku, że w sytuacji, w której wykonawca nie złożył dokumentu lub złożył dokument zawierający błędy, a ponadto zawiera deklarację o uzupełnieniu dokumentu w określonym terminie, ma zastosowanie przepis art. 26 ust. 3 ustawy. W rozpatrywanej sprawie okoliczność posiadania ubezpieczenia OC na kwotę 500.000 zł nie wyklucza możliwości uzupełnienia ubezpieczenia do wysokości wymaganej specyfikacją, a co bardziej prawdopodobne i może być wnioskowane z treści oświadczenia, nie wyklucza zawarcia umowy dodatkowej do dnia upływu terminu wyznaczonego przez Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3. Zastosowanie

tego przepisu do rozpatrywanej sprawy wynika również z treści podstawowej zasady ustawy Pzp tj. zasady równego traktowania wykonawców unormowanej w art. 7 ust. 1., gdyż wykonawca, który w ogóle nie przedłożył dokumentu potwierdzającego spełnienie warunku podmiotowego korzystałby z prawa do uzupełnienia dokumentu, a wykonawca, który udokumentował w części żądane warunki, prawa do uzupełnienia byłby pozbawiony. Należy przy tym zauważyć, że art. 26 ust. 3 w brzmieniu dokonany ustawą z dnia 13 kwietnia 2007 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 82, poz. 560) „przesądza definitywnie, że dniem doniosłym z punktu widzenia tego, czy warunki udziału w postępowaniu zostały spełnione, jest dzień wyznaczony przez zamawiającego jako termin uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów, a nie termin składania ofert” (por. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. trzecie pod red. T. Czajkowskiego, UZP, W-wa 2007, s. 142).

Odnosnie zarzutu dotyczącego odrzucenia oferty, należy stwierdzić, jako niesporne w sprawie, że w postanowieniach siwz, w tym wzorze formularzy zamieszczonych w rozdziale 1 i 2 ustalono, wynagrodzenie kosztorysowe przysługujące za wykonanie przedmiotu umowy, ustalone na podstawie cen jednostkowych zawartych w kosztorysie ofertowym. (tak również § 10 istotnych postanowień umowy). W pkt 9.6 siwz Zamawiający wymagał, aby dokumenty, dla których określił wzory w formie formularzy, były sporządzone zgodnie z tymi wzorami co do treści oraz opisu kolumn i wierszy.

W złożonym kosztorysie ofertowym Odwołujący dokonał w szeregu pozycji zmiany opisu elementów robót zawartego w kolumnie 3, wykreślając z opisu określenie krotność lub krotności, a konsekwencji zmieniał ilość materiałów podaną przez Zamawiającego w kolumnie 5 „ilość”. Oznacza to, że uchybił wymogowi zachowania treści i opisu pozycji kosztorysowych, zastrzeżonemu w specyfikacji, w tym obowiązku uwzględnienia wszystkich pozycji przedmiarowych bez dokonywania w nich zmian (pkt 11.1, 2 i 3 siwz).

Dokonanie zmian w ofercie, a w istocie w jej części tj. kosztorysie ofertowym, w zakresie sposobu wyliczenia ceny, z zaniechaniem wymogu wyliczenia w oparciu o opisy ujęte w formularzach, oznacza że oferta została sporządzona niezgodnie z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W świetle powyższego oferta zasadnie została przez Zamawiającego odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Oceny niniejszej nie zmienia fakt, że w postępowaniu nie zostało wykazane popełnienie przez Odwołującego omyłek lub błędów rachunkowych w obliczeniu ceny, gdyż niezgodność treści oferty nie dotyczyła dokonywanych obliczeń, lecz obowiązujących opisów elementów robót zmienionych przez wykonawcę w złożonej ofercie.

W konsekwencji tego ustalenia należy wskazać, że o ile, jak wskazano wyżej, wykluczenie wykonawcy z postępowania było nieuzasadnione, wobec uznania przez skład orzekający, że

oferta Odwołującego podlega odrzuceniu, Zamawiający nie ma obowiązku ani uprawnienia do wezwania wykonawcy o uzupełnienie dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu, wobec jednoznacznego brzmienia przepisu art. 26 ust. 3 ustawy w tym zakresie.

W konsekwencji, wobec stwierdzenia, że treść oferty wykonawcy nie jest zgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, orzeczono, jak w pkt 1 wyroku.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Zielonej Górze**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*