

WYROK
z dnia 25 lutego 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Członkowie: Luiza Łamejko

Jolanta Markowska

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **25 lutego 2010 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **ECOL-UNICON sp. z o.o. 80 – 067 Gdańsk, ul. Równa 2** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego - **Gmina Ciasna, 42 – 793 Ciasna, ul. Nowa 1a** protestu z dnia **28 grudnia 2009 r.**

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje powtórzenie czynności oceny ofert z udziałem oferty odwołującego się wykonawcy oraz wybór najkorzystniejszej oferty

2. Kosztami postępowania obciąża Gminę Ciasna, 42 – 793 Ciasna, ul. Nowa 1a i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **ECOL- UNICON sp. z o.o.**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) przez **Gminę Ciasna** na rzecz **ECOL-UNICON sp. z o.o.**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania;

- 3) dokonać wpłaty kwoty XXX (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;
- 4) dokonać zwrotu kwoty **5.556 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **ECOL-UNICON sp. z o.o.**

Uzasadnienie

Wykonawca – ECOL-UNICON sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku w dniu 21 grudnia 2009 r. (pismo z dnia 18 grudnia 2009 r.) wniósł protest na czynność odrzucenia na podstawie art. 89 ust.1 pkt ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. nr 223, poz.1655 ze zm.) [ustawa Pzp] oferty wykonawcy w postępowaniu o zamówienie publiczne – roboty budowlane - prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Ochrona dorzecza Małej Panwi i Liswarty poprzez modernizację gospodarki ściekowej polegającej na modernizacji, rozbudowie i budowie oczyszczalni ścieków wraz z systemem sieci kanalizacji sanitarnej”. Zamawiający – Gmina Ciasna oddalił protest.

W odwołaniu – tak jak w proteście – wykonawca zarzucił zamawiającemu naruszenie, w ramach prowadzonego przez niego ww. postępowania o zamówienie publiczne, przepisów art. 7 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP oraz art. 91 ust. 1 ustawy PZP w związku z art. 2 pkt 5 ustawy PZP poprzez odrzucenie, pomimo braku ustawowych przesłanek, oferty ECOL-UNICON sp. z o.o. W uzasadnieniu odwołania podniósł, iż wskazane przez zamawiającego w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty elementy opisu przedmiotu zamówienia, które wbrew twierdzeniom zamawiającego, w swojej ofercie uwzględnił wykonawca, akceptując wszystkie zamieszczone w niej warunki (oświadczenie), tj. rozruch technologiczny oraz biofiltr EBF - 50, nie pojawiły się w treści SIWZ jako nowy element (tj. rozumiane jako modyfikacja treści SIWZ w trybie art. 38 ust. 4 ustawy PZP) wraz z odpowiedziami na pytania z dnia 23 listopada 2009 r. lecz wynikały z oryginalnej treści SIWZ np. z dołączonego do niej rysunku technicznego, czy szeroko rozumianej dokumentacji, co wynika zresztą zarówno z treści zadanych zamawiającemu pytań jak i przez niego „udzielanych w dniu 23 listopada, odpowiedzi”. Zgodnie bowiem z ugruntowanym orzecnictwem jak i opinią doktryny wszystkie z ww. elementów składających się na SIWZ jako całość stanowią łącznie jej treść w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, a nie tylko przedmiar robót czy kosztorys inwestorski. Jednocześnie wykonawca zauważa, że sam zamawiający w przedmiotowym

postępowaniu przetargowym rozróżniał pojęcia: „wyjaśnienia treści SIWZ” - art. 38 ust. 1 ustawy PZP oraz „modyfikacji treści SIWZ” - art. 38 ust. 4 ustawy PZP. Każdorazowo informował bowiem wykonawców o wprowadzanych przez siebie modyfikacjach (polegających na dodaniu do treści SIWZ nowych elementów opisu przedmiotu zamówienia) z odwołaniem się do ww. podstawy prawnej tj. art. 38 ust. 4 ustawy PZP (vide! pisma z dnia 30 października 2009 i 9 listopada 2009 r. zamieszczone na stronie internetowej), a nie czynił tego udzielając wyjaśnień co do pierwotnej, istniejącej już, treści SIWZ (vide! pisma z dnia 16 listopada 2009 jak i 23 listopada 2009 r.). Zamawiający, sam ustalając w warunkach SIWZ sposób określenia (kalkulacji) ceny za przedmiot zamówienia jako ryczałtu winien mieć świadomość, że zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem jak i w opinii doktryny (...) W związku z tym, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest postępowaniem sformalizowanym, to z nieprecyzyjnych zapisów SIWZ Zamawiający nie ma prawa wywodzić ujemnych skutków dla wykonawców. (...) - KIO/UZP 1031/09, oraz, że (...) wymóg załączenia kosztorysu ofertowego służy tylko celom informacyjnym, i nie można z powodu nieścisłości w kosztorysie stosować sankcji odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p., przy uwzględnieniu również okoliczności, że cena w myśl SIWZ ma charakter ryczałtowy (...) - KIO/UZP 938/09 (...), a ponadto (...) Niezgodność kosztorysu ofertowego z kosztorysem inwestorskim przy wynagrodzeniu ryczałtowym nie jest podstawą do odrzucenia oferty.(...) - KIO/UZP 781/09. Podkreśla również, że sam zamawiający mając na uwadze zarówno ewentualny brak precyzji w stworzonym przez siebie opisie przedmiotu zamówienia jak i ryczałtowy charakter wynagrodzenia za przedmiotowe zamówienie, w Rozdziale XI SIWZ „OPIS SPOSOBU OBLICZANIA CENY” w pkt. 5 wskazał, że (...) w ofercie należy uwzględnić ewentualne elementy pominięte w dokumentacji (sic!) albo bez których zamówienie nie byłoby możliwe do wykonania(...), w pkt. 2 podkreślił że: (...) Podstawą obliczenia ceny oferty jest załączona dokumentacja techniczna (...) a nie tylko wybrane z niej elementy takie jak kosztorys inwestorski czy przedmiar robót, a w pkt. 4 zaznaczył, że (...) Cena oferty musi zawierać wszelkie koszty niezbędne do zrealizowania zamówienia bez których nie można wykonać zamówienia. Będą to między innymi koszty (...) i innych czynności i robót niezbędnych do wykonania i właściwego funkcjonowania przedmiotu zamówienia (...). Gdyby w przedmiotowym postępowaniu, zamawiający dokonując oceny oferty firmy (ECOL-UNICON Sp. z o.o.) nie dokonał bezprawnego jej odrzucenia to okazałaby się ona najkorzystniejszą (najlepsza cenowo) co uzasadnia interes prawny wykonawcy, w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy PZP, w złożeniu niniejszego odwołania, i interes społeczny o którym winien pamiętać zamawiający stosując się do dyspozycji z art. 44 ust. 3 pkt 1a ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. nr 157, poz. 1240) - (...) Wydatki publiczne powinny być dokonywane w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem

zasady uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów (...). W toku rozprawy wykonawca potwierdził, że jego

Krajowa Izba Odwoławcza, kierując się okolicznościami faktycznymi i prawnymi ustalonymi na podstawie dokumentacji postępowania, oraz wyjaśnieniami stron na rozprawie uznała, iż odwołanie podlega uwzględnieniu.

Rozpoznając i uwzględniając zarzut odrzucenia oferty wykonawcy z naruszeniem przepisu art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy – Prawo zamówień publicznych skład orzekający Izby ustalił, że w zawiadomieniu z dnia 14 grudnia 2009r. zamawiający podał, iż oferta odwołującego się wykonawcy podlega odrzuceniu z uwagi na to, iż wykonawca nie uwzględnił w ofercie kosztów rozruchu oczyszczalni oraz biofiltra EBF-50. O konieczności ich uwzględnienia zamawiający informował w piśmie z dnia 16 listopada i piśmie z dnia 23 listopada 2009 r. Rozstrzygając protest wykonawcy na czynność odrzucenia oferty, zamawiający dodatkowo podał, iż wykonawca składając ofertę na wykonanie zamówienia publicznego był zobowiązany spełnić wszystkie warunki określone w SIWZ. Wskazując na dział V pkt 1 ppkt 8 oraz dział VI pkt 1 ppkt j, zamawiający zaznaczył, iż jako warunek udziału w postępowaniu określono przedstawienie kosztorysu ofertowego szczegółowego sporządzonego na podstawie załączonych do specyfikacji przedmiarów, dlatego też nie zgodził się z twierdzeniem wykonawcy, że wymóg załączenia do oferty kosztorysu służy tylko celom informacyjnym, lecz jest obligatoryjnym warunkiem w tym postępowaniu. W toku rozprawy wykonawca powołując się na wyjaśnienia zamawiającego zawarte w pismach z dnia 16 listopada 2009 r. oraz 23 listopada 2009 r., stwierdził, iż wyjaśnienia nie zmieniały przedmiarów załączonych do specyfikacji istotnych warunków zamówienia na podstawie których należało sporządzić kosztorys ofertowy, zaznaczając jednocześnie, że te pozycje zostały uwzględnione w cenie oferty wykonawcy. W toku rozprawy zamawiający przyznał, iż nie podjął procedury wyjaśnienia na podstawie art. 87 ust.1 ustawy Pzp zarówno przed podjęciem decyzji o odrzuceniu oferty wykonawcy jak i po wniesieniu protestu przez wykonawcę mimo składanych w tym proteście oświadczeń, co do uwzględnienia w cenie oferty wszystkich elementów opisu przedmiotu zamówienia, w tym rozruchu technologicznego oraz biofiltra EBF-50.

Z tych ustaleń, w ocenie składu orzekającego Izby wynika, iż brak jest podstaw do zastosowania art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp, albowiem treść oferty wykonawcy odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Przede wszystkim Izba uznała, iż kosztorys ofertowy załączony do oferty został opracowany na podstawie przedmiarów załączonych do specyfikacji. Z treści powoływanych wyjaśnień wynika, że co do rozruchu oczyszczalni (pismo z dnia 16 listopada 2009 r. –pyt.17), należy to uwzględnić w kosztach

wykonania a w wyposażeniu zbiornika ścieków dowożonych (pismo z dnia 23.11.2009 r. – pyt.3) należy uwzględnić biofiltr EBF-50. Zatem te wyjaśnienia nie zmieniając przedmiarów zobowiązywały wykonawców do uwzględnienia w koszcie realizacji zadania (cenie ryczałtowej) również koszty z tytułów wyżej wskazanych. Mając również na względzie inne postanowienia specyfikacji, w tym działu XI pkt 4 i 5 stanowiące, że cena oferty ma uwzględniać wszelkie koszty niezbędne do zrealizowania zamówienia jak również wszystkie elementy nawet te pominięte w dokumentacji udostępnionej wykonawcom, oraz postanowienia załączonego wzoru umowy (w tym § 1 ust.4 oraz § 8 ust. 4) należy zgodzić się z wykonawcą, iż oferta wykonawcy odpowiada treści specyfikacji. W przekonaniu Izby za kryterium braku zgodności oferty ze specyfikacją nie można uznać faktu, wskazania w kosztorysach ofertowych przez innych wykonawców odrębnie tych dwóch pozycji, jeżeli wymóg ich odrębnego wskazania nie wynikał zarówno ze specyfikacji jak i wyjaśnień, lecz dotyczył uwzględnienia kosztów związanych z ich realizacją w cenie ryczałtowej oferty. Izba zauważa również, iż zamawiający w pierwszej kolejności miał podstawę - przed odrzuceniem oferty - do zastosowania procedury wyjaśnienia w oparciu o przepis art. 87 ust.1 Pzp, jeżeli z uwagi na treść załączonych kosztorysów ofertowych i ewentualnych przyszłych roszczeń wykonawcy w przypadku wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej, miał wątpliwości – jak podnosił na rozprawie - co do ujęcia przez wykonawcę powyższych kosztów w cenie zryczałtowanej oferty.

Biorąc powyższe pod uwagę i uznając odrzucenie oferty wykonawcy z naruszeniem przepisu art. 89 ust.1 pkt 2, skład orzekający Izby za zasadny uznał jednocześnie zarzut naruszenia przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego art. 7 ust. 1, oraz art. 91 ust.1 ustawy Pzp i z tych też względów orzekł jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.)

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 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 **Częstochowie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....