

Sygn. akt KIO/UZP 434//10

WYROK
z dnia 7 kwietnia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Członkowie: Ewa Rzońca

Robert Skrzyszewski

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 kwietnia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: EKOINSTAL Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, Inwestycje Usługi Remonty DEK J. Deszcz J. Karcz Spółkę Jawną, Metal-Bud Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, 34-200 Sucha Beskidzka, ul. Przemysłowa 8** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gmina Łękawica, 34-321 Łękawica, ul. Wspólna 24** protestu z dnia 25 marca 2010 r.

przy udziale **Eugeniusza Wojaka** prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą **WOLIMEX PPUH Eugeniusz Wojak, 34-600 Limanowa, ul. Tarnowska 33** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu - **Gmina Łękawica, 34-321 Łękawica, ul. Wspólna 24** unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienie czynności odrzucenia oferty **Konsorcjum: EKOINSTAL Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, Inwestycje Usługi Remonty DEK J. Deszcz J. Karcz Spółkę Jawną, Metal-Bud Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, 34-200 Sucha**

Beskidzka, ul. Przemysłowa 8 oraz dokonanie ponownej oceny ofert i powtórzenie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty

2. Kosztami postępowania obciąża **Gminę Łękawica, 34-321 Łękawica, ul. Wspólna 24** 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 **Konsorcjum: EKOINSTAL Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, Inwestycje Usługi Remonty DEK J. Deszcz J. Karcz Spółkę Jawną, Metal-Bud Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, 34-200 Sucha Beskidzka, ul. Przemysłowa 8**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote, zero groszy) przez **Gminę Łękawica, 34-321 Łękawica, ul. Wspólna 24** na rzecz **Konsorcjum: EKOINSTAL Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, Inwestycje Usługi Remonty DEK J. Deszcz J. Karcz Spółkę Jawną, Metal-Bud Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, 34-200 Sucha Beskidzka, ul. Przemysłowa 8** 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 **Konsorcjum: EKOINSTAL Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, Inwestycje Usługi Remonty DEK J. Deszcz J. Karcz Spółkę Jawną, Metal-Bud Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, 34-200 Sucha Beskidzka, ul. Przemysłowa 8**

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Łękawica, 34-321 Łękawica, ul. Wspólna 24 – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na budowę sieci kanalizacji sanitarnej w miejscowościach Łękawica, Kocierz Moszczanicki, Kocierz Rychwałdzki.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 roku Nr 223, poz. 1655 ze zmianami), zwanej dalej ustawą Pzp.

Pismem z dnia 22 lutego 2010 roku Konsorcjum: EKOINSTAL Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Inwestycje Usługi Remonty DEK J. Deszcz J. Karcz Spółka Jawna, Metal-Bud Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 34-200 Sucha Beskidzka, ul. Przemysłowa 8 wniosło protest na czynności zamawiającego polegające na:

- bezprawnym niedokonaniu poprawienia oczywistych omyłek rachunkowych,
- nieprawidłowym żądaniu wyjaśnień i nie wezwaniu protestującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia oferty, jako że nie wskazano nieprawidłowości, które winny zostać usunięte, a zawarto jedynie generalną normę wynikającą z SIWZ oraz wybrano niewłaściwy tryb.

W efekcie:

- bezprawnym odrzuceniu oferty protestującego i dokonanie wyboru oferty PPUH WOLIMEX Eugeniusz Wojak, która nie jest najkorzystniejsza i zawiera podobne lub dalej idące braki

W związku z powyższym protestujący wniósł o:

- unieważnienie czynności odrzucenia oferty złożonej przez protestującego na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp;
- unieważnienie czynności wyboru oferty złożonej przez PPUH WOLIMEX Eugeniusz Wojak
- dokonanie ponownej oceny oferty protestującego złożonej w przedmiotowym postępowaniu i ewentualne wezwanie do uzupełnienia braków lub dokonanie poprawy oczywistych omyłek rachunkowych
- dokonanie wyboru oferty złożonej przez protestującego, która jest ofertą najkorzystniejszą przy uwzględnieniu jedyne kryterium to jest ceny
- równe traktowanie wszystkich wykonawców ubiegających się o to zamówienie publiczne w sposób zapewniający zachowanie zasad uczciwej konkurencji

Protestujący zarzucił zamawiającemu:

1. naruszenie przepisu art. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez nierówne traktowanie wykonawców
2. naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez niewezwanie do uzupełnienia jeśli uznano, że występowały braki w harmonogramie lub jest nienależycie wypełniony
3. naruszenie art. 87 ust. 2 pkt 2 i 3 ustawy Pzp poprzez niedokonanie poprawienia oferty oraz 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nieprawidłowe zastosowanie i uznanie wyjaśnień za niewystarczające.
4. naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez odrzucenie oferty złożonej przez protestującego, pomimo że oferta protestującego odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia („SIWZ”) i w żadnym miejscu nie pozostaje z SIWZ sprzeczna;
5. art. 91 ust. 1 ustawy Pzp przez wybór oferty, która nie była najkorzystniejsza w oparciu o ustalone kryterium ceny.

Protestujący podniósł, iż zamawiający w rozstrzygnięciu postępowania w odniesieniu do oferty protestującego wskazał, że podlega ona odrzuceniu, pomimo iż uprzednio w rozstrzygnięciu uznał ją za kompletną i prawidłową. Zarzut zamawiającego został oparty jedynie na tym, iż nieprawidłowo został wypełniony harmonogram rzeczowo - finansowy w odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień. Jedynym zarzutem jest niezgodności harmonogramu realizacji robót z kosztorysem w odniesieniu do sieci fi 160. Ma to zaś powodować sprzeczność pomiędzy wartością przyjętą do realizacji i odbioru. W ocenie zamawiającego wezwanie było prawidłowe, zaś powyższe sprzeczności nie dadzą się usunąć.

Protestujący podkreślił, iż kilkakrotnie w ofercie wyraźnie oświadczył, iż znany jest mu SIWZ oraz że jest związany zawartymi w SIWZ wymaganiami i zasadami postępowania. Przez protestującego została również zaakceptowana treść umowy. Protestujący wielokrotnie oświadczył w ofercie, iż akceptuje warunki i wymogi SIWZ, i że jego oferta odpowiada SIWZ i stawianym tam kryteriom. Stanowiący element SIWZ kosztorys został zaakceptowany bez zastrzeżeń.

Jak wskazują same zarzuty zamawiającego protestującemu zarzucić można nie umieszczenie w załączonym harmonogramie jedynie niezgodności poszczególnych podpozycji, nie zaś kwoty głównej decydującej o cenie ofertowej. Nie są to więc niezgodności z SIWZ, świadczy zaś o tym wiele okoliczności.

Nie ma nic wspólnego z omyłką w harmonogramie ani kwestia samego kosztorysu ani też wartości ustalanych na etap odbioru, jako że harmonogram jest pochodną, w rozumieniu SIWZ, kosztorysu a nie odwrotnie jak próbuje wywodzić zamawiający. Wykonawca

precyzyjnie wskazał podział na etapy i oświadczył, że je zrealizuje, bezzasadny jest więc wywód zawarty na stronie 2 rozstrzygnięcia w odniesieniu do braku ich realizacji. Podobnie z kwestią omyłki, niezasadnie, celem uzasadnienia niemożliwości usunięcia omyłki, łączy zamawiający stanowiące element oświadczenia woli deklaracje co do terminów realizacji i wartości sieci przeznaczonej do realizacji. Brak jest niezgodności pomiędzy harmonogramem realizacji i odbioru robót. Brak jest również sprzeczności pomiędzy wartościami kosztorysów ofertowych dla sieci fi 160 mm.

Nie jest zgodne z prawdą również to, że protestujący zaniechał prób ustalenia zamysłu zamawiającego do rozumienia poszczególnych pojęć. W trakcie przygotowywania oferty dwukrotnie zwracano się do zamawiającego z zapytaniem o harmonogram, pisząc, że ilości i nazwy kosztorysów nie pokrywają się z zadaniami wyszczególnionymi w harmonogramie. Odpowiedź była dwukrotnie taka sama, a mianowicie, iż wskazane średnice nie są zadaniami. Obowiązkiem protestującego było wyliczenie wartości dla czterech średnic sieci w oparciu o sporządzone kosztorysy ofertowe. Skoro średnice nie są zadaniami, zgodnie z odpowiedzią, to wartości wyliczone dla poszczególnych średnic określone w harmonogramie nie mają wiążącego znaczenia.

Nadto treść wezwania jest ogólna. Zamawiający nie wskazał, iż jakieś konkretne pozycje w harmonogramie są niezgodne z SIWZ, kosztorysem, a jedynie lakonicznie nakazał wyjaśnienia, gdy zaś te zgodnie z wcześniejszymi zapytaniem zostały złożone, uznał je za niewystarczające, nie wskazując co zarazem powoduje iż wyjaśnienie jest niepełne, niekompletne, błędne. Jeśli rzeczywiście tkwiły jakieś braki lub błędy w dokumentacji lub niezgodności w ofercie winny one zostać usunięte w innym trybie to jest art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Tym samym doszło do naruszenia przepisów ustawy przez zamawiającego.

Dla prawnej oceny zasadności odrzucenia wyjść należy od oceny charakteru harmonogramu na gruncie toczącego się postępowania. Zgodnie ze specyfikacją: Harmonogram rzeczowo-finansowy realizacji zadania - załącznik nr 7 SIWZ, który należy sporządzić w oparciu o kosztorysy ofertowe i zapisy projektu umowy. Decydującym więc dla harmonogramu jest kosztorys. Z kosztorysu zaś wynika cena ofertowa. Zgodnie z pkt 8.1. cenę oferty należy wyliczyć w oparciu o kosztorysy ofertowe na podstawie kalkulacji własnej uwzględniając wszystkie nakłady i koszty niezbędne do wykonania przedmiotu zamówienia opisane w SIWZ i jest to cena ryczałtowa. Podstawą obliczenia ceny są przedmiary robót, specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót, dokumentacje techniczne oraz warunki określone i opisane przez zamawiającego w SIWZ. Inne więc elementy niż harmonogram decydowały o wyborze i ocenie pozycji protestującego. Zgodnie z postanowieniami projektu umowy:

- wykonawca może zrealizować w terminie wcześniejszym poszczególne etapy harmonogramu, o którym mowa w § 1 ust. 4 niniejszej umowy, co nie stanowi podstawy do odbioru wykonanych robót.
- W terminie do 5 dni od daty podpisania umowy na realizację niniejszego zamówienia wykonawca zobowiązany jest do przedstawienia zamawiającemu ostatecznego harmonogramu rzeczowo - finansowego uzgodnionego i zaakceptowanego przez zamawiającego, co wskazuje jednoznacznie, iż dane zawarte w Harmonogramie nie były ani ostateczne ani bezwzględnie wiążące.

Protestujący powołał się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej i Zespołów Arbitrów, w tym wyrok w sprawie o sygn UZP/ZO/0-116/06, sygn. UZP/ZO/0-1585/06 i inne.

Zamawiający nie rozstrzygnął protestu, co stosownie do art. 183 ust. 3 ustawy Pzp należy uznać za jego oddalenie.

Pismem z dnia 11 marca 2010 roku protestujący wniósł odwołanie od rozstrzygnięcia protestu do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. W odwołaniu podtrzymał zarzuty, argumenty i wnioski wyrażone w proteście.

Do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania po stronie zamawiającego zgłosił przystąpienie Eugeniusz Wojak prowadzący działalność gospodarczą pod firmą WOLIMEX PPUH Eugeniusz Wojak, 34-600 Limanowa, ul. Tarnowska 33

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania, w szczególności ogłoszenia o zamówieniu, złożonych ofert, a także biorąc pod uwagę wyjaśnienia i stanowiska stron i przystępującego złożone podczas rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie jest zasadne.

W pierwszej kolejności Izba uznała, że odwołujący się ma interes prawny w uzyskaniu zamówienia uprawniający go do wnoszenia środków ochrony prawnej na podstawie art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący się, wbrew temu, co twierdzi zamawiający, nie ma obowiązku kwestionowania wyboru oferty najkorzystniejszej, aby wykazać swój interes prawny w uzyskaniu zamówienia. Oferta odwołującego się została sklasyfikowana na drugiej pozycji, zaś oferta wykonawcy, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, jest ofertą droższą. Uwzględnienie odwołania powoduje konieczność unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i dokonanie ponownej oceny ofert, zatem istnieje możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia przez odwołującego się.

Zamawiający odrzucił ofertę odwołującego się wskazując na niezgodność harmonogramu rzeczowo-finansowego z kosztorysem w odniesieniu do sieci fi 160. Upřednio wezwał odwołującego się do złożenia wyjaśnień istniejących sprzeczności w harmonogramie rzeczowo-finansowym w zakresie wartości robót przewidzianych do realizacji i odbiorów, biorąc pod uwagę wszystkie pozycje z danego etapu (tj. średnice sieci kanalizacyjnej wyszczególnione przez zamawiającego) z uwzględnieniem wszystkich wymagań określonych w SIWZ, łącznie z terminowością odbiorów.

W odpowiedzi na wezwanie odwołujący się złożył wyjaśnienia, które jednak nie były satysfakcjonujące dla zamawiającego. Zamawiający odrzucił więc ofertę odwołującego się.

W pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę, iż zamawiający wzywając odwołującego się do złożenia wyjaśnień nie sprecyzował, na czym w istocie polegają wspomniane sprzeczności w harmonogramie złożonym przez odwołującego się i co konkretnie winno być przedmiotem wyjaśnień. Pismo zamawiającego jest bardzo ogólne, nie dające podstawowych informacji co do żądań zamawiającego. Zamawiający nie powinien zatem czynić zarzutu odwołującemu się, iż ten nie zrozumiał jego intencji.

Istotna dla niniejszej sprawy jest również okoliczność, iż odwołujący się zwracał się do zamawiającego z pytaniem o harmonogram wskazując, że ilości i nazwy kosztorysów nie pokrywają się z zadaniami wyszczególnionymi w harmonogramie. Zamawiający udzielił odpowiedzi, iż średnice nie są zadaniami, a obowiązkiem wykonawcy jest wyliczenie wartości dla czterech średnic sieci w oparciu o sporządzone kosztorysy ofertowe.

W tym miejscu należy zaznaczyć, iż stosownie do art. 38 ust. 1 ustawy Pzp wykonawca może zwrócić się do zamawiającego o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a zamawiający obowiązany jest niezwłocznie udzielić wyjaśnień, o ile prośba o wyjaśnienie treści specyfikacji wpłynęła w wyznaczonym terminie. Ze względu na to, że wyjaśnienia niejednokrotnie wpływają na podjęcie decyzji o składaniu oferty bądź na jej zawartość wskazane jest udzielanie precyzyjnych wyjaśnień, rzeczywiście wskazujących wolę zamawiającego wyrażoną w danym zapisie specyfikacji oraz udzielanie ich niezwłocznie, tak aby wykonawca, mając pełną wiedzę o danym zagadnieniu, mógł prawidłowo przygotować konkurencyjną ofertę. Jak słusznie zauważył Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 18 grudnia 2002 r.: "Wyjaśnienia udzielane wszystkim oferentom w trybie odpowiedzi na pytania każdego z nich w zakresie odnoszącym się do SIWZ stanowią rodzaj wykładni autentycznej wiążącej zamawiającego i uczestników przetargu; stanowią też rodzaj zmiany, jeżeli nie ma konieczności odmiennego lub uzupełniającego zmodyfikowania SIWZ".

W ocenie Izby odpowiedzi zamawiającego na zadane przez odwołującego się pytania nie dawały wiedzy na temat prawidłowego sporządzenia harmonogramu. Odwołujący się w istocie nie uzyskał odpowiedzi na zadane pytanie. Brak precyzyjności ze strony zamawiającego nie może obciążać wykonawcy.

Należy również podnieść, że harmonogram i przedmiary stanowiły część specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W przypadku, gdy istnieje kilka możliwości interpretacji postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, okoliczność, że wykonawca zinterpretował te postanowienia w sposób odmienny niż zamawiający nie może rodzić negatywnych skutków dla wykonawcy. W orzecznictwie sądów powszechnych, a także Krajowej Izby Odwoławczej oraz Zespołów Arbitrów ukształtował się pogląd, iż okoliczność braku doprecyzowania w specyfikacji istotnych warunków zamówienia stosowanych wymogów nie może negatywnie skutkować dla wykonawcy. Stanowisko takie zostało wyrażone między innymi w wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 20 marca 2007 roku (XIX Ga 80/07) oraz Zespołu Arbitrów z dnia 15 stycznia 2007 roku (UZP/ZO/0-10/07).

Zdaniem Izby powyższy pogląd zachowuje swą aktualność również w niniejszej sprawie.

Niezależnie od powyższego stwierdzić należy, iż harmonogram rzeczowo-finansowy ma na ogół charakter pomocniczy przy realizacji zadania. W ocenie Izby zamawiający w przedmiotowym postępowaniu nie nadał mu innego znaczenia. Co prawda w pkt 5.18.9 specyfikacji istotnych warunków zamówienia wskazał, iż do oferty należy załączyć harmonogram rzeczowo-finansowy realizacji zadania, który należy sporządzić w oparciu o kosztorysy ofertowe i zapisy projektu umowy, lecz w § 3 ust. 5 projektu umowy zawarł klauzulę, iż w terminie do 5 dni od daty podpisania umowy na realizację niniejszego zamówienia wykonawca zobowiązany jest do przedstawienia zamawiającemu ostatecznego harmonogramu rzeczowo-finansowego uzgodnionego i zaakceptowanego przez zamawiającego. Możliwość zmiany harmonogramu po zawarciu umowy z danym wykonawcą oznacza, iż harmonogram ten nie stanowi w istocie treści oferty. Zważyć należy, iż w myśl art. 140 ust. 1 ustawy Pzp zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest jego zobowiązaniem zawartym w ofercie. Skoro więc zamawiający dopuścił możliwość złożenia ostatecznego harmonogramu, należy domniemywać, iż harmonogram ten może być zmieniany w stosunku do pierwotnego, zawartego w ofercie wykonawcy. Nie może zatem stanowić oferty, gdyż sprzeciwiałoby się to przepisowi art. 140 ust. 1 ustawy Pzp i nie może być podstawą do odrzucenia oferty wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 29 marca 2010 roku oraz na rozprawie podnosił, iż harmonogram rzeczowo-finansowy ma służyć między innymi rozliczeniom finansowym z dysponentem środków. Podpisaną umowę z wykonawcą oraz harmonogram rzeczowo-finansowy zamawiający musi niezwłocznie przekazać dysponentowi

środków. Harmonogram stanowi podstawę do sporządzenia i wystąpienia z wnioskiem o zaliczkę i jest integralną częścią tego wniosku. Ponadto zamawiającemu przyznano pożyczkę w WFOŚIGW na wkład własny przedmiotowego zadania, gdzie harmonogram pełni taką samą funkcję rozliczeniową.

W ocenie Izby powyższe nie stanowi uzasadnienia dla odrzucenia oferty odwołującego się. Jeszcze raz wskazać należy na treść § 3 ust. 5 projektu umowy o konieczności dostarczenia ostatecznego harmonogramu w terminie 5 dni od zawarcia umowy. Zamawiający swoje cele związane z pozyskaniem środków finansowych na wykonanie zadania realizować będzie na podstawie ostatecznego harmonogramu, o którym mowa w cytowanym postanowieniu umownym, nie zaś na podstawie harmonogramu zawartego w ofercie wykonawcy.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji, stosownie do art. 191 ust. 1a ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania oraz na podstawie § 4 ust. 1 pkt 1 lit. a, ust. 2 oraz ust. 4 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zmianami).

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 ze zm.) na niniejszy wyrok w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Bielsku-Białej**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....