

WYROK

z dnia 9 października 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 października 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 września 2012 r. przez wykonawcę **WIMAR Sp. z o.o., ul. Nadrzeczna 24, 86-010 Koronowo** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Strzelno, ul. Jakuba Cieślewicza 2, 88-320 Strzelno,**

przy udziale wykonawcy **M..... T....., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Produkcyjno-Usługowy MARKOSTAL M..... T....., ul. Powstania Styczniowego 21, 99-300 Kutno** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz czynności odrzucenia oferty odwołującego;
2. kosztami postępowania obciąża **Gminę Strzelno, ul. Jakuba Cieślewicza 2, 88-320 Strzelno** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez **WIMAR Sp. z o.o., ul. Nadrzeczna 24, 86-010 Koronowo** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **Gminy Strzelno, ul. Jakuba Cieślewicza 2, 88-320 Strzelno** na rzecz **WIMAR Sp. z o.o., ul. Nadrzeczna 24, 86-010 Koronowo** kwotę **14 113 zł 46 gr** (słownie: czternaście tysięcy sto trzynaście złotych, czterdzieści sześć groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika, dojazdu na posiedzenie oraz opłaty skarbowej od pełnomocnictwa.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Bydgoszczy.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Gmina Strzelno (dalej: zamawiający) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego o wartości nie przekraczającej 5.000.000 euro na wykonanie robót budowlanych polegających na „Budowie stacji uzdatniania wody w Strzelnie.

WIMAR sp. z o.o. w Koronowie (dalej: odwołujący) zakwestionował czynność Zamawiającego polegającą na odrzuceniu oferty odwołującego.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez naruszenie zasady uczciwej konkurencji, polegającej na zmianie wagi i znaczenia kosztorysu ofertowego na etapie oceny ofert, który nie został ujawniony w SIWZ (pkt XII ppkt 2 SIWZ), art. 36 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp i pkt XII ppkt 2 SIWZ przez przypisanie kosztorysowi ofertowemu innego znaczenia niż określono w SIWZ, gdzie jego rolę ograniczono do informacyjnej i nie podlegającej ocenie, art. 87 ust 1 ustawy Pzp, przez niezastosowanie instytucji wyjaśnień w sytuacji, gdy Zamawiający powziął jak wynika z rozstrzygnięcia, wątpliwość co do treści kosztorysu ofertowego, art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, przez odrzucenie oferty złożonej przez Odwołującego się pomimo, że oferta Odwołującego się odpowiada treści SIWZ i w żadnym miejscu nie pozostaje z SIWZ sprzeczna, art. 91 ust. 1 ustawy Pzp przez wybór oferty, która nie była najkorzystniejsza w oparciu o ustalone kryteria oceny.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

a) unieważnienia czynności odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującą się na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, a contrario, b/ unieważnienia czynności wyboru oferty złożonej przez Zakład Produkcyjno-Usługowy „ MARKOSTAL „ M..... T..... jako, że nie jest to oferta najkorzystniejsza, c) dokonania ponownej oceny oferty Odwołującej się jako nie podlegającej odrzuceniu, zgodnej ze SIWZ i najkorzystniejszej.

Uzasadniając zarzuty i żądania odwołujący stwierdził, co następuje.

Zamawiający jako najkorzystniejszą wybrał ofertę Zakładu Produkcyjno-Usługowego „ MARKOSTAL „ M..... T..... z ceną 2.328.553,10 zł. brutto.

Oferta Odwołującego zawierająca cenę brutto 2.202.742,72 zł. została odrzucona.

Przyczyną odrzucenia oferty było nie uwzględnienie zmian wprowadzonych przez Zamawiającego do SIWZ i przedmiaru robót w dniu 28 sierpnia 2012r. tj. Zamawiający określił prawidłową masę złoża na wszystkie filtry na ok. 42,5 ton (poprzednio 17,2 t.) a Odwołujący się nie ujął w swojej ofercie wprowadzonych zmian, co zostało przez Zamawiającego ocenione, iż treść oferty nie odpowiada treści SIWZ skutkującym odrzuceniem oferty.

Zamawiający w pkt XII ppkt 4 określił, że cena jest ceną ryczałtową, obejmuje ryzyko Wykonawcy i jego odpowiedzialność za prawidłowe oszacowanie przedmiotu umowy. Wcześniej w pkt XII ppkt 2 stwierdzono, że „Wraz z ofertą Wykonawca winien złożyć kosztorys ofertowy sporządzony na podstawie przedmiaru robót załączonego do niniejszej SIWZ. Kosztorys ofertowy nie będzie przedmiotem oceny, a jedynie informacją dla Zamawiającego w jaki sposób obliczono zaproponowaną w ofercie cenę. „

Podana przyczyna faktyczna odrzucenia oferty Odwołującego sprzeczna jest z treścią SIWZ. Dla Odwołującego nie było problemem obliczenie prawidłowej masy złoża filtracyjnego przy znanej wielkości zbiornika filtracyjnego.

Cena podana w kosztorysie ofertowym w poz. 3.1.6 ,3.1.7, 3.1.8 i 3.1.9 obejmują całkowity koszt materiałów robocizny i sprzętu, w tym złoża filtracyjnego. Zamawiający odrzucając ofertę dokonał na etapie wyboru ofert zmiany reguł zawartych w SIWZ przez przypisanie kosztorysowi ofertowemu roli istotnej z jedynie informacyjnej i nie podlegającej ocenie. Tym samym podważona i naruszona została zasada zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, skoro tylko niektórzy wykonawcy znali wprowadzone na etapie oceny ofert nowe znaczenie kryterium wyboru ofert.

Zamawiający nie zwrócił się do Odwołującego o złożenie wyjaśnień mimo powzięcia wątpliwości co do treści kosztorysu ofertowego. Otrzymałby wówczas odpowiedź, że złoża filtracyjne wycenione zostało wraz ze zbiornikami filtracyjnymi. Być może Zamawiający zasugerował się, iż Odwołująca zaproponowała zastosowanie urządzeń równoważnych zamiast preferowanych przez Zamawiającego.

Odwołujący stoi na stanowisku, że jej oferta nie jest sprzeczna z ogłoszoną publicznie SIWZ a jedynie za przyczyną zmiany reguł wyboru ofert na etapie oceny ofert Zamawiający ocenił jej ofertę jako podlegającą odrzuceniu.

Brak odrębnej wyceny samej masy złoża filtracyjnego w przypadku ceny ryczałtowej jest bez znaczenia dla Zamawiającego i nie ma podstaw do przyjęcia, że oferta

winna być przez Zamawiającego odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2. Złoże filtracyjne jest jedną z kilkuset pozycji kosztorysu. Za takim interpretowaniem kosztorysów ofertowych wypowiedział się min. Sąd Okręgowy w Kielcach w wyroku z dnia 15 stycznia 2010 r. sygn. akt VII Ga 163/09. Zamawiający w przedmiotowej sprawie miał obowiązek zażądać wyjaśnień a nie tylko uprawnienie, skoro treść oferty wzbudziła jego wątpliwości bądź uznana została za niejasną (wyrok KIO/UZP 1519/09, KIO/UZP 1520/9 z dnia 3 grudnia 2009r.). Okoliczność ta również uzasadnia zarzut sformułowany w pkt 1 niniejszego odwołania.

Odwołujący uważa, że jego winna zostać oceniona przez Zamawiającego jako oferta najkorzystniejsza, mimo, że zamierza zastosować urządzenia równoważne.

Zasadnie zatem domaga się ponownej oceny swojej oferty po unieważnieniu czynności odrzucenia jej oferty oraz po unieważnieniu czynności wyboru oferty złożonej przez Zakład Produkcyjno-Usługowy „MARKOSTAL „ M..... T.....

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. Stwierdził, że odwołujący przy wycenie zamówienia nie uwzględnił zmian wprowadzonych w dniu 27.08.2012 r. do przedmiaru robót stanowiącego załącznik do siwz tj. określono prawidłowo masę złoża na wszystkie filtry na ok. 42,5 tony (poprzednio 17,2 t). Jest to istotna zmiana technologiczna mająca duży wpływ na właściwe funkcjonowanie wykonanego przedmiotu zamówienia. Odwołujący nie uwzględnił tej zmiany w treści oferty co oznacza wykonanie niepełnego zamówienia.

Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wniósł o oddalenie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpatrzeniu sprawy na rozprawie z uwzględnieniem stanowisk stron przedstawionych na piśmie i do protokołu, treści postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz treści oferty odwołującego, zważyła, co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Istotne dla oceny sprawy są postanowienia siwz, w których w pkt XII ppkt 4 określono, że cena jest ceną ryczałtową, obejmuje ryzyko Wykonawcy i jego odpowiedzialność za prawidłowe oszacowanie przedmiotu umowy. Ponadto w pkt XII ppkt 2 stwierdzono, że „Wraz z ofertą Wykonawca winien złożyć kosztorys ofertowy sporządzony na podstawie przedmiaru robót załączonego do niniejszej SIWZ. Kosztorys ofertowy nie będzie przedmiotem oceny, a jedynie informacją dla Zamawiającego w jaki sposób obliczono zaproponowaną w ofercie cenę.”

Uznać należy, że wobec przyjęcia w niniejszym postępowaniu wynagrodzenia ryczałtowego, wskazanie w jednej pozycji kosztorysu ofertowego wielkości wypełnienia złożem w ilości pierwotnie zakładanej tj. 17,2 t, a zatem nie uwzględniającej modyfikacji siwz dokonanej na trzy dni przed terminem składania ofert, gdzie wskazano masę złoża na około 42,5 tony, nie może skutkować uznaniem, że treść oferty jest niezgodna z treścią siwz. Można zauważyć, że spośród ośmiu wykonawców składających oferty, trzech nie uwzględniło w kosztorysach wskazanej modyfikacji. Kosztorys ofertowy wymagany przez Zamawiającego przy przyjęciu wynagrodzenia ryczałtowego w postępowaniu – co jest okolicznością niesporną pomiędzy stronami postępowania – miał dla Zamawiającego charakter pomocniczy, służący przede wszystkim weryfikacji ustalonej ceny ofertowej i sposobu jej obliczenia, o czym świadczą powołane postanowienia siwz. W rzeczywistości złożone kosztorysy ofertowe, w tym przez odwołującego, potwierdziły spełnianie wymogów Zamawiającego. Biorąc pod uwagę wskazane zapisy Izba stwierdziła, że biorąc także pod uwagę skalę zamówienia, omyłkowe pomniejszenie wielkości złoża przy deklaracji wykonania całości przedmiotu zamówienia za cenę ryczałtową nie ma znaczenia.

Tym samym zatem Izba stwierdziła, że odrzucenie oferty odwołującego nastąpiło z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp. nie zachodzi w zakresie rozpatrywanym sprzeczność oferty z treścią SIWZ. Zgodnie bowiem z postanowieniami SIWZ, jak również biorąc pod uwagę charakter wynagrodzenia ryczałtowego w postępowaniu, wykonawca składając ofertę cenową zobowiązuje się za tę właśnie cenę wykonać roboty budowlane przewidziane przez inwestora w całej rozciągłości, określonej treścią dokumentacji projektowej. Kosztorysy ofertowe, jak i przedmiary robót przygotowane przez Zamawiającego mają w takiej sytuacji

znaczenie drugorzędne, tym bardziej w tym przypadku, gdzie Zamawiający samodzielnie nie wprowadził w SIWZ jakiś szczególnych wymogów co do kosztorysów.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego - stosownie do jego wyniku - orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 2 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. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: