

Sygn. akt: KIO 1177/13

WYROK

z dnia 3 czerwca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 czerwca 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 maja 2013 r. przez wykonawcę **Mawilux S.A., Łady, ul. Grudzi 23, 05-090 Raszyn** w postępowaniu prowadzonym przez **10 Wojskowy Szpital Kliniczny z Polikliniką Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej, ul. Powstańców Warszawy 5, 85-681 Bydgoszcz**

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności: wyboru oferty najkorzystniejszej i odrzucenia oferty odwołującego oraz nakazuje zamawiającemu wykonanie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego.**
2. **Kosztami postępowania obciąża 10 Wojskowy Szpital Kliniczny z Polikliniką Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej, ul. Powstańców Warszawy 5, 85-681 Bydgoszcz i:**
 - 2.1. **zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Mawilux S.A., Łady, ul. Grudzi 23, 05-090 Raszyn tytułem wpisu od odwołania,**
 - 2.2. **zasądza od 10 Wojskowego Szpitala Klinicznego z Polikliniką Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej, ul. Powstańców Warszawy 5, 85-681 Bydgoszcz na rzecz Mawilux S.A., Łady, ul. Grudzi 23, 05-090 Raszyn kwotę 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. 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 **Bydgoszcy**.

Przewodniczący:

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający – 10 Wojskowy Szpital Kliniczny z Polikliniką Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej, ul Powstańców Warszawy 5; 85-681 Bydgoszcz, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Przebudowę istniejącego lądowiska dla śmigłowców sanitarnych” na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 28 marca 2013 roku pod pozycją 47413.

Zamawiający dnia 15 maja 2013 roku poinformował wykonawców o wynikach prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Dnia 20 maja 2013 roku wykonawca MAWILUX S.A., Łady, ul. Grudzi 23 05-090 Raszyn (zwany dalej „odwołujący”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty odwołującego mimo, iż jej treść nie jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, to jest stwierdzenie zamawiającego, że treść oferty odwołującego jest niezgodna z treścią s.i.w.z. z powodu nie dołączenia do oferty „Zestawienia kosztów”, mimo, iż z treści s.i.w.z. nie wynika obowiązek dołączenia do oferty tego dokumentu.
2. art. 91 ust. 1 Pzp, poprzez nie wybranie oferty odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w s.i.w.z.
3. art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez naruszenie zasady prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

W związku z powyższym, odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia wadliwej czynności odrzucenia oferty odwołującego,
- 2) unieważnienia wadliwej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu, tj. wyboru oferty złożonej przez ENER KAP Sp. z o.o., ul. Słoneczna 21, 86- Osielsk,

- 3) dokonania czynności powtórnego badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu,
- 4) dokonania wyboru oferty odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu, zgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w s.i.w.z.,
- 5) zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego w kwocie 3.600,00 zł.

Do postępowania odwoławczego nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca.

Zamawiający, dnia 3 czerwca 2013 roku (na posiedzeniu) złożył odpowiedź odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, złożone podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza dopuściła dowód z dokumentów składających się na dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołujący wskazał, iż w toku postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający, pismem z dnia 15 maja 2013 roku, przekazał odwołującemu informację o wynikach prowadzonego postępowania.

Zamawiający poinformował odwołującego, że dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej oraz że odrzucił ofertę odwołującego na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Zamawiający wskazał, iż oferta odwołującego „nie zawiera „Zestawienia kosztów” stanowiącego załącznik do specyfikacji istotnych warunków zamówienia i podstawy wyliczenia ceny oferty wg. pkt 13.4. s.i.w.z., a oferta zgodnie z punktem 11.5. s.i.w.z. „oferta wraz ze stanowiącymi jej integralną część załącznikami musi być sporządzona przez Wykonawcę ściśle według postanowień niniejszej s.i.w.z.” tj. wg wzoru formularza oferty z załącznikami, w tym załącznikiem określającym sposób obliczenia ceny oferty. Jest to dokument, którego nie można uzupełnić w trybie art. 26 ust. 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych. Brak załącznika stanowi o tym że oferta jest niezgodna z treścią specyfikacji.”.

Z tą decyzją zamawiającego nie zgodził się odwołujący wskazując, iż pomimo tego, że „Zestawienie kosztów” stanowi jeden z załączników do s.i.w.z., to jednak w całym s.i.w.z. nie ma ani jednego zapisu wskazującego na żądanie dołączenia tego dokumentu do składanej oferty. „Zestawienie kosztów” jest jednym z 14 załączników do s.i.w.z., które zostały przekazane wykonawcom wraz z s.i.w.z., a co do których nie istnieje obowiązek ich złożenia wraz z ofertą.

Odwołujący wskazał, że wbrew temu co twierdzi zamawiający, z ppkt 11.5 i 11.6 specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie wynika obowiązek dołączenia do oferty (sporządzonej według wzoru formularza ofertowego) dodatkowego „Zestawienia kosztów”. W całej s.i.w.z. nie wyrażono takiego obowiązku. Opis sposobu przygotowania oferty oraz wskazanie, jakie dokumenty i oświadczenia muszą zostać złożone z ofertą, został określony w ppkt 11.11 s.i.w.z.:

Ppkt 11.11 s.i.w.z. brzmi: „Zawartość oferty: wypełniony formularz oferty oraz pozostałe dokumenty i oświadczenia wymienione w pkt 7 niniejszej specyfikacji istotnych warunków zamówienia”.

Zgodnie z pkt 7 s.i.w.z., wykonawcy składają wraz z ofertą następujące dokumenty i oświadczenia:

- oświadczenia o spełnianiu warunków,
- wykaz robót budowlanych w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia (wraz z dokumentami potwierdzającymi, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone),
- wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia,
- oświadczenie, że osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, posiadają wymagane uprawnienia,

- informację banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, w których wykonawca posiada rachunek, potwierdzającą wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy,
- opłaconą polisę, a w przypadku jej braku inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia,
- oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia,
- aktualny odpis z właściwego rejestru, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do rejestru, w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy,
- aktualne zaświadczenie właściwego naczelnika urzędu skarbowego,
- aktualne zaświadczenie właściwego oddziału ZUS lub KRUS,
- aktualną informację z KRK w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy,
- aktualną informacją z KRK w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy,
- dokumenty dotyczące podmiotu w zakresie wymaganym dla wykonawcy (w przypadku gdy wykonawca powołujący się przy wykazywaniu spełniania warunków udziału w postępowaniu na potencjał innych podmiotów, które będą brały udział w realizacji części zamówienia),
- dokument potwierdzający, że nie otwarto jego likwidacji ani nie ogłoszono upadłości (jeżeli wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej),
- dokument potwierdzający, że nie zalega z uiszczaniem podatków, opłat, składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne (jeżeli wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej),
- dokument potwierdzający, że nie orzeczono wobec niego zakazu ubiegania się o zamówienie (jeżeli wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej),
- zaświadczenie w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy (jeżeli wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej),
- wzór oferty na roboty budowlane.

Wymienione w powyższym wykazie dokumenty i oświadczenia, wraz z formularzem oferty przygotowanym zgodnie ze wzorem formularza dołączonym do s.i.w.z., w ocenie odwołującego stanowią zamknięty katalog dokumentów i oświadczeń, jakie wykonawcy zgodnie z postanowieniami s.i.w.z. mieli obowiązek złożyć w niniejszym postępowaniu.

„Zestawianie kosztów”, na które powołuje się zamawiający uzasadniając odrzucenie oferty odwołującego, w powyższym wykazie nie występuje.

Odwołujący wskazał, iż wraz z formularzem oferty złożył wszystkie wymagane w s.i.w.z. dokumenty i oświadczenia, tym samym spełnił wymogi dotyczące sposobu przygotowania oferty określone w s.i.w.z., wskazane w szczególności w ppkt 11.5 i 11.6 s.i.w.z. oraz przede wszystkim w ppkt 11.11 w związku z pkt 7 specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Ponadto odwołujący podniósł, że ppkt 13.4 s.i.w.z. tak jak cały pkt 13 s.i.w.z. dotyczy wyłącznie opisu sposobu obliczenia ceny.

Odwołujący oświadczył, że dokonał obliczenia ceny ofertowej jako sumy wartości brutto zakresu wykonania całości zamówienia określonego w opisie przedmiotu umowy i Programie Organizacyjno - Użytkowym wg Zestawienia kosztów do przetargu.xls, i tak obliczoną cenę ryczałtową brutto zaoferował w złożonej ofercie. Tym samym Odwołujący w pełni spełnił wymagania określone w ppkt 13.4 s.i.w.z. Zdaniem odwołującego, wbrew twierdzeniom zamawiającego zawartym w uzasadnieniu odrzucenia oferty odwołującego, z ppkt 13.4 s.i.w.z. nie wynika żądanie złożenia „Zestawienia kosztów” wraz z ofertą, a jedynie obowiązek złożenia oferty zawierającej cenę ryczałtową brutto na całość przedmiotu zamówienia, obliczoną zgodnie ze sposobem wskazanym w ppkt 13.4 specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej oferta odwołującego została bezprawnie odrzucona na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Przepis powyższy nakazuje zamawiającemu odrzucenie oferty, jeżeli treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3. W ocenie Izby, co potwierdza ugruntowane już orzecznictwo KIO, przepis powyższy znajduje swoje zastosowanie w przypadku, gdy treść oferty, jej merytoryczna część nie odpowiada treści s.i.w.z.

W przedmiotowym postępowaniu zamawiający określił, iż forma rozliczenia z wykonawcą wybranym w wyniku przeprowadzonego postępowania, będzie miała charakter ryczałtowy. Tym samym wszelkie kwestie związane z ewentualnymi brakami, czy błędami odnoszącymi się do określenia ceny ostatecznej – ofertowej – pozostają bez znaczenia, bez wpływu na ostateczny kształt ceny oferty.

Powyższe znajduje swoje odzwierciedlenie w orzecznictwie Izby, która wielokrotnie stwierdzała, iż przy rozliczeniu kontraktu w formie ryczałtu, kosztorys składany w postępowaniu ma jedynie charakter poglądowy, pomocniczy, a błędy w nim poczynione,

czy braki niektórych pozycji nie stanowią o błędach w treści oferty skutkujących odrzuceniem oferty.

Ponadto Izba wskazuje, że zamawiający w pkt 13.4 specyfikacji istotnych warunków zamówienia wyraźnie nakazała wykonawcom uwzględnienie określonych elementów, koniecznych do ustalenia ceny ofertowej. Jednym z tych elementów było uwzględnienie dokumentu „Zestawienie kosztów do przetargu.xls” – co odwołujący uczynił.

Wyciąganie negatywnych konsekwencji wobec wykonawcy z powodu nieprzedłożenia tego dokumentu do oferty jest w ocenie Izby czynnością bezprawną, nie popartą treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W punkcie 21.1. s.i.w.z. (strona 14) zamawiający opisał pozostałe informacje, w tym podał dwie tabele, ogólnie je tytułując „Załącznikami do niniejszego dokumenty są”, co należy, zdaniem Izby odczytywać, jako załączniki do specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Pierwsza ze wskazanych tabel podaje „Nazwy załącznika” (6 elementów), w tym:

- oświadczenie o spełnianiu warunków,
- wykaz robót budowlanych,
- wykaz osób,
- oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia,
- aktualny odpis lub oświadczenie,
- wzór oferty na roboty budowlane.

Druga ze wskazanych tabel podaje „Nazwy dokumentu/wzoru” (14 elementów), w tym m.in.

- projekt umowy na roboty budowlane.dot,
- plan sytuacyjny lądowiska.jpg,
- wydruk mapy 1:1000 zał. Nr 1.jpg,
- komponenty lądowiska zał. 4.pdf,
- program funk-użytk. Lądowisko.doc,
- zest. kosztów do przetargu.xls.

O ile pierwsza tabela nie budzi wątpliwości, co do jej charakteru, to w ocenie Izby, w drugiej tabeli zamawiający wymienił jedynie dokumenty – wzory, które stanowią opis przedmiotu zamówienia oraz sposób świadczenia zamówienia (projekt umowy).

Wywodząc przeciwnie, możnaby uznać, że każdy z wykonawców oprócz spornego zestawienia kosztów, obowiązany byłby załączyć do oferty pozostałe 13 elementów wymienionych w tej tabeli (tabeli nr 2 ze strony 14 s.i.w.z.).

Skoro zatem zamawiający w odniesieniu do pozostałych dokumentów (ich braku w ofercie) zarzutu do oferty odwołującego nie zgłaszał, to uznać należało, że dokumenty w tabeli nr 2 stanowią jedynie materiał pomocniczy, konieczny do właściwego oszacowania przedmiotu oferty, prawidłowej wyceny przedmiotu zamówienia.

Odnosząc się do wskazywanego przez zamawiającego powiązania treści „Zestawienia kosztów” do treści § 10 ust. 1 projektu umowy, z uwagi na konieczność przeniesienia niektórych elementów wyceny z „Zestawienia kosztów” z oferty odwołującego do umowy, Izba stwierdziła, że stanowisko zamawiającego jest niezasadne. Skoro bowiem zamawiający chciał, aby wykonawca podał określone wartości przypisanych zakresów robót w ofercie to winien je, tak jak w przypadku kosztów opracowania dokumentacji projektowej i uzyskania pozwolenia na budowę (pkt 1 formularza oferty) wyraźnie je wyegzemplifikować w formularzu oferty. Podanie w projekcie umowy elementów, które nie znajdują swojego odzwierciedlenia w żadnym dokumencie składanym przez wykonawców, w tym w „Zestawieniu kosztów” nie pozwoli zamawiającemu na przypisanie określonych wartości do tych pozycji.

Rekapitulując Izba stwierdziła, że zamawiający niezasadnie odrzucił ofertę odwołującego na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, gdyż z treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie wynika obowiązek załączenia do oferty „Zestawienia kosztów”. Wynika jedynie obowiązek uwzględnienia prac w nim wymienionych w cenę oferty, co odwołujący uczynił.

W konsekwencji powyższych ustaleń, za zasadny Izba uznała również zarzut dotyczący naruszenia przepisu art. 91 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 w zw. z § 3 pkt 2 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: