

WYROK
z dnia 3 lutego 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk
Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 lutego 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 stycznia 2014 r. przez P..... F..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą "INTER-PROFIL" P..... F..... w Garwolinie w postępowaniu prowadzonym przez Miasto i Gminę Pilawa w Pilawie

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Miastu i Gminie Pilawa w Pilawie unieważnienie czynności odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych oferty złożonej przez P..... F..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą "INTER-PROFIL" P..... F..... w Garwolinie;
2. kosztami postępowania obciąża Miasto i Gminę Pilawa w Pilawie i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez P..... F..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą "INTER-PROFIL" P..... F..... w Garwolinie tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od Miasta i Gminy Pilawa w Pilawie na rzecz P..... F..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą "INTER-PROFIL" P..... F..... w Garwolinie 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 (tj. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 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 Siedlcach.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina i Miasto Pilawa w Pilawie - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest rozbudowa świetlicy wiejskiej w miejscowości Jażwiny.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 06.12.2013 r. pod numerem 504420-2013.

Wartość zamówienia jest mniejsza niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

13 stycznia 2013 r. zamawiający przesłał informację o odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp oferty P..... F..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą "INTER-PROFIL" P..... F..... w Garwolinie. Zamawiający uznał, że niepodanie ilości m² oraz ceny jednostkowej nie stanowi oczywistej omyłki pisarskiej, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 1 Pzp i nie zapewnia kompleksowej realizacji przedmiotu zamówienia.

P..... F..... wniósł odwołanie 21 stycznia 2013 r. Zachowany został obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania. Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, przez błędne zastosowanie i odrzucenie oferty odwołującego jako nieodpowiadającej treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz art. 7 Pzp w wyniku wymienionej czynności. Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności badania i oceny ofert oraz czynności odrzucenia oferty odwołującego, powtórzenia czynności oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego, zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego się zwrotu kosztów postępowania odwoławczego wraz z kosztami zastępstwa procesowego, zgodnie ze złożonym zestawieniem poniesionych kosztów.

W uzasadnieniu odwołujący przywołał postanowienie rozdziału 12 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, gdzie w opisie sposobu obliczenia ceny zamawiający wskazał, iż wykonawca może zaproponować tylko jedną cenę - całkowitą i nie może jej zmienić po złożeniu oferty. Negocjacje ceny nie będą prowadzone. Ponadto zamawiający wymagał, aby

cena obejmowała wszystkie koszty wykonania pełnego zakresu przedmiotu zamówienia, a cena oferty musi być obliczona w oparciu o przedmiar robót stanowiący załącznik do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jako – kolejno:

- iloczyn ceny jednostkowej proponowanej przez wykonawcę oraz liczby jednostek miar zgodnie z przedmiarem robót;
- suma cen za poszczególne części zamówienia;
- cena za całość zamówienia.

Odwołujący przywołał również wymaganie zawarte w pkt 6.2. specyfikacji istotnych warunków zamówienia, aby wykonawca złożył dokument w postaci kosztorysu ofertowego (zgodny z przedmiarem robót). Zamawiający nie wymagał, aby kosztorys ten był w formie szczegółowej.

W oparciu o przywołane postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia odwołujący uznał, że wynagrodzenie przewidywane przez zamawiającego ma charakter ryczałtowy. Wywiódł, że analiza orzecznictwa wskazuje, iż w sytuacji obowiązywania formuły wynagrodzenia ryczałtowego fakt błędnego sporządzenia przez wykonawcę kosztorysu ofertowego nie ma większego znaczenia.

Odwołujący wskazał, że w poz. 65 kosztorysu ofertowego - "Tynki wewnętrzne zwykłe kat .IV wykonywane ręcznie na ścianach i pilastrach" wartość jednostki „0” i ilość „0 m²” i wartość pozycji „0”. Oceniał, że podanie w jednej pozycji kosztorysu wartości 0 nie wywołuje skutku w postaci niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, szczególnie w sytuacji gdy zamawiający określając postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie zawęzał możliwości określenia cen jednostkowych wyłącznie do wartości dodatnich i nie zastrzegł skutku w postaci odrzucenia oferty z powodu podania wartości 0 zł.

Odwołujący podniósł, że jego oferta obejmuje wykonanie całości przedmiotu zamówienia, w tym również wykonanie tynków wewnętrznych zwykłych kat. IV na ścianach i pilastrach w ilości wymaganej przez zamawiającego, gdyż podanie wartości 0 zł i 0 m², nie ma charakteru merytorycznego i nie odnosi się do zakresu świadczenia wykonawcy.

Wyjaśnił, że wpisanie w poz. 65 kosztorysu ofertowego wartości 0 zł i 0 m² było skutkiem uwarunkowań technicznych programu komputerowego wykorzystywanego przez odwołującego. Odwołujący podkreślił, że powyższa pozycja ujęta została w Tabeli Wartości Elementów Scalonych. W lp. nr 5 odwołujący wskazał przedmiotową pozycję kosztorysową łącznie z pozycjami 66 i 67. Ponadto w niniejszej Tabeli podana została także wartość 6 354, 05 zł dla pozycji 65 - 67 za wykonanie tynków wewnętrznych i okładzin.

Dla wzmocnienia argumentacji odwołujący powołał tezy z uzasadnień orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej i Sądów Okręgowych.

Nie zgłoszono przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wnosił o odrzucenie albo o oddalenie odwołania. Wyjaśnił, że nie dokonał jeszcze wyboru najkorzystniejszej oferty.

Uzasadniając wniosek o odrzucenie odwołania wskazał, że 13 stycznia 2014 r. przesłał informację o odrzuceniu oferty drogą elektroniczną na adres wskazany w ofercie oraz pisemnie, zatem odwołanie wniesione 21 stycznia 2014 r. zostało wniesione po upływie terminu przewidzianego ustawą – 18 stycznia 2014 r.

Natomiast odnosząc się do zarzutów odwołania zamawiający podtrzymał stanowisko zawarte w informacji o odrzuceniu oferty i stwierdził, że zgodnie z § 5 ust. 6 wzoru umowy ostateczne rozliczenie robót nastąpi w oparciu o kosztorys powykonawczy zatwierdzony przez inspektora nadzoru.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i przeprowadziła rozprawę, podczas której strony podtrzymały dotychczasowe stanowiska.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 Pzp.

Izba ustaliła, że zamawiający 13 stycznia 2014 r. przesłał informację o odrzuceniu oferty odwołującego drogą elektroniczną, na adres poczty elektronicznej wskazany na stronie tytułowej oferty w stopce z danymi firmy odwołującego, oraz pisemnie. Odwołujący nie potwierdził faktu otrzymania informacji, mimo że zamawiający tego żądał. Oświadczył na posiedzeniu, że nie otrzymał informacji o odrzuceniu oferty i wyjaśnił, że posługuje się innym adresem - wskazanym w odwołaniu.

Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie żądał podania przez wykonawców aktualnego, prawidłowego adresu poczty elektronicznej.

W tej sytuacji, Izba uznała, że jeśli zamawiający dopuścił możliwość porozumienia się z wykonawcami drogą elektroniczną, to winien upewnić się przed przesłaniem informacji o odrzuceniu oferty, czy oświadczenie kieruje na prawidłowy adres. Skoro zamawiający nie ustalił adresu, na jaki powinien przesyłać korespondencję w formie elektronicznej, to taki brak staranności nie może prowadzić do pozbawienia wykonawcy możliwości obrony swoich praw w postępowaniu.

W sytuacji braku dowodu potwierdzającego zapoznanie się przez odwołującego z oświadczeniem zamawiającego o odrzuceniu oferty przesłanym w formie elektronicznej, odwołującemu przysługiwał termin na wniesienie odwołania obliczony w związku z przesłaniem informacji w formie pisemnej. Informacja w formie pisemnej została wysłana 13

stycznia 2014 r., zatem odwołanie, które wpłynęło do Prezesa Izby 21 stycznia 2014 r., zostało wniesione w terminie przewidzianym ustawą.

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Jest wykonawcą, który złożył ofertę i ma interes w uzyskaniu danego zamówienia. Zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów powodują, że odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraty możliwości uznania jego oferty za najkorzystniejszą.

Postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz treść pozycji 65 kosztorysu ofertowego odwołującego zostały przywołane w odwołaniu zgodnie z prawdą. Izba przyjmuje je za własne ustalenia faktyczne.

Odwołanie okazało się zasadne.

Izba nie podzieliła całości argumentacji, że z § 5 ust. 6 wzoru umowy należy wywodzić kosztorysowo-ilościowy charakter wynagrodzenia. Wobec dopuszczenia przez zamawiającego etapowego wykonania i rozliczania prac w bezpośrednio poprzedzającym § 5 ust. 5 wzoru umowy, to ostateczne rozliczenie robót, które nastąpi w oparciu o kosztorys powykonawczy zatwierdzony przez inspektora nadzoru należy wiązać z ustaleniem, czy wykonano i rozliczono całość sukcesywnie wykonywanych prac. Poglądowi zamawiającego przeczą również postanowienia § 5 ust. 2 i 4 wzoru umowy, które odpowiadają istocie wynagrodzenia ryczałtowego w rozumieniu art. 632 § 1 k.c. Wynika z nich bowiem odpowiednio, że wynagrodzenie brutto wykonawcy obejmuje wszystkie koszty związane z realizacją robót, w tym ryzyko wykonawcy z tytułu oszacowania wszelkich kosztów związanych z realizacją przedmiotu umowy, a także oddziaływania innych czynników mających lub mogących mieć wpływ na koszty oraz że, niedoszacowanie, pominięcie oraz brak rozpoznania zakresu przedmiotu umowy nie może być podstawą do żądania zmiany wynagrodzenia umownego.

Izba nie podzieliła jednak argumentacji odwołującego i uznała, że, zastrzeżenie wynagrodzenia ryczałtowego nie zwalnia zamawiającego z badania w toku postępowania poprawności oferowanego świadczenia oraz ustalenia niewadliwej kalkulacji ceny oferty. Wymienione czynności są obowiązkami ustawowymi, od których zamawiający nie może się uchylić w żaden sposób.

Poprzednio obowiązujący 88 Pzp, zgodnie z którym przyjmowało się, że cena o charakterze

ryczałtowym jest prawidłowa bez względu na sposób jej obliczenia, został uchylony. Zamawiający jest zobligowany w obecnym stanie prawnym do badania na równych zasadach ofert niezależnie od sposobu obliczenia wynagrodzenia wykonawcy, gdyż ustawa nie wyprowadza już w tym zakresie żadnych domniemań. Zamawiający jest również zobowiązany, niezależnie od charakteru wynagrodzenia, do oceny możliwości poprawy uchybień stwierdzonych w kosztorysach złożonych przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, zgodnie z art. 87 ust. 2 Pzp.

Pogląd, że ustalenie wynagrodzenia ryczałtowego nie wyłącza obowiązku badania zgodności oferty z SIWZ na podstawie kosztorysów ofertowych, kształtuje się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (wyroki: z 28 czerwca 2010 r., sygn. akt KIO 1101/10, z 10 lutego 2011 r. sygn. akt. 179/11, z 16 listopada 2012 r., sygn. akt KIO 2392/12, KIO 2410/12, z 12 grudnia 2012 r., sygn. akt KIO 2611/12, z 30 stycznia 2013 r., sygn. akt KIO 67/13. 70/13, 72/13).

Izba zważyła, że sporna pozycja 65 została ujęta w ofercie odwołującego. Odwołujący jej nie pominął (nie wykreślił), zatem zobowiązał się do wykonania tynków wewnętrznych zwykłych kat. IV na ścianach i pilastrach. Brak jest zatem podstaw do stwierdzenia, że oferta odwołującego nie odpowiada merytorycznym wymaganiom zawartym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co uzasadniałoby zbadanie możliwości poprawy oferty oraz ewentualnie odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Skoro pozycja 65 została ujęta w ofercie odwołującego, to wykonawca zaoferował realizację całego przedmiotu zamówienia, zgodnie z opisem dokonany przez zamawiającego (podobnie w wyroku Sądu Okręgowego w Kielcach z dnia 19 grudnia 2008 r. sygn. akt VII Ga 147/08).

Ma rację zamawiający, że brak danych w poz. 65 kosztorysu ofertowego nie podlega poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 1 Pzp. Zamawiający pomija jednak, że jego obowiązkiem jest również zbadanie możliwości poprawienia oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Izba podziela pogląd wyrażany w orzecznictwie, że sam brak wskazania ceny jednostkowej nie powoduje niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Mimo, że w ofercie odwołującego oprócz ceny jednostkowej została pominięta również ilość jednostek (m^2), Izba uznała, że uchybienie popełnione przez odwołującego jest niezgodnością treści oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia o charakterze nieistotnym, a pominięcie liczby m^2 podlega poprawieniu na podstawie przywołanego

przepisu. Jest tylko jeden dopuszczalny sposób poprawienia kosztorysu o liczbę jednostek wskazanych w przedmiarze.

O braku istotności uchybień popełnionych przez odwołującego świadczy również to, że wartość tej pozycji – zgodnie z oświadczeniem zamawiającego kształtowała się na poziomie, 13 840,00 zł. od 6 555,00 zł do 11 700,00 zł. przy cenach ofert złożonych w postępowaniu od 447.918, 37 zł do 918.774,54 zł. Porównując te wartości trudno uznać, że pozycja 65 z punktu widzenia wykonania całości zamówienia miałyby znaczenie na tyle istotne, że uzasadniałoby odrzucenie oferty.

Izba uznała, że wskazanie wartości 0 przez Odwołującego w poz. 65 kosztorysu ofertowego przyniesie konsekwencje na etapie rozliczania wykonanych robót, gdyż odwołujący - o ile jego oferta zostanie uznana za najkorzystniejszą nie będzie mógł domagać się wynagrodzenia za jej wykonanie.

Izba uznała, że zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, gdyż oferta odwołującego nie podlega odrzuceniu.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w kwocie 3.600 zł, zgodnie z § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: