

Sygn. akt: KIO 1022/14

WYROK

z dnia 2 czerwca 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Luiza Łamejko

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 czerwca 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 maja 2014 r. przez wykonawcę **Stanisława G. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma Inżynieryjno Remontowo Budowlana "STANGUT" Stanisław G., 34 – 500 Zakopane, G.y 26** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Łapsze Niżne, 34 – 442 Łapsze Niżne, ul. Jana Pawła II 20**

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciążą wykonawcę **Stanisława G. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma Inżynieryjno Remontowo Budowlana "STANGUT" Stanisław G., 34 – 500 Zakopane, G.y 26** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną tytułem wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Gmina Łąpsze Niżne (dalej: „zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na wspólny spiski obszar turystyczny. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2013 r. poz. 907), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 16 kwietnia 2014 r. pod pozycją 131168-2014.

W dniu 21 maja 2014 r. wykonawca Stanisław G. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Inżynieryjno Remontowo Budowlana „STANGUT” Stanisław G. (dalej: „odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie zarzucając zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez nie przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców i udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy Pzp,

- art. 628 Kc w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez odrzucenie oferty odwołującego w sytuacji, w której, jak wskazuje specyfikacja istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”) oraz załączniki do niej, ustalone wynagrodzenie, objęte przedmiotowym zamówieniem publicznym, ma charakter wynagrodzenia ryczałtowego, w tym co najmniej ryczałtowego - mieszzonego, stąd nie było podstaw do uznania, że oferta jest niezgodna z SIWZ, tym bardziej w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez odrzucenie oferty odwołującego z uwagi na fakt, że jej treść nie odpowiada treści SIWZ w związku z tym, że odwołujący nie wpisał w jednej pozycji kosztorysu – pozycja 6.38 - 1 szt. ceny jednostkowej, której nie podanie nie miało wpływu na zaoferowanie niezgodnego z SIWZ świadczenia objętego złożoną ofertą, a której nie podanie zamawiający uznał za przesłankę, która spowodowała wobec odwołującego zastosowanie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz odrzucenie oferty odwołującego,

- art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp przez odrzucenie oferty odwołującego z uwagi na fakt, że jej treść nie odpowiada treści SIWZ w związku z tym, że odwołujący nie wpisał w jednej pozycji kosztorysu – pozycja 6.38 - 1 szt. ceny jednostkowej, której nie podanie nie miało wpływu na zaoferowanie niezgodnego z SIWZ

świadczenia objętego złożoną ofertą, a której nie podanie zamawiający uznał za przesłankę, która spowodowała zastosowanie wobec odwołującego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, a którą można było poprawić na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp przez wpisanie ceny jednostkowej z pozycji 7.20 kosztorysu, która zawierała to samo świadczenie. W związku z nie zastosowaniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp odwołujący zarzucił zamawiającemu również naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp. Naruszenie miało miejsce również w związku z wcześniejszymi zawiadomieniami odwołującego, m.in. z tymi, na podstawie których zamawiający dokonywał poprawy niezgodności treści oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 z dnia 12 maja 2014 r. oraz z dnia 9 maja 2014 r.,

- art. 91 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w związku z nie dokonaniem wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie kryteriów określonych w SIWZ,

Niezależnie od powyższego, w sytuacji stwierdzenia, że zamawiający działał zgodnie z prawem, odwołujący zarzucił zamawiającemu niezgodne z ustawą Pzp przeprowadzenie postępowania wskutek obarczenia go wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, wobec czego zażądał:

- unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w związku z faktem, że postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, co nastąpiło przez nieprecyzyjne określenia użyte w SIWZ, w szczególności polegające na niezgodnym z ustawą Pzp określeniu wynagrodzenia ryczałtowego wynagrodzeniem kosztorysowym, na podstawie których złożono różne i zupełnie inne oferty, które zostały w różny sposób ocenione przez zamawiającego.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podkreślił, iż z istotnych postanowień umowy oraz postanowień SIWZ wynika, że wynagrodzenie przewidziane przez zamawiającego ma charakter ryczałtowy. Odwołujący stwierdził, że przyjmując nawet częściowo postanowienia SIWZ dotyczące wyboru opisu sposobu obliczenia ceny oferty, w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego występuje co najmniej wynagrodzenie mieszane (kosztorys + ryczałt). W konsekwencji, zdaniem odwołującego, nie można uznać, że odwołujący złożył ofertę niezgodną z SIWZ, bowiem oświadczył, podpisując ofertę, że akceptuje wszystkie wymagania zamawiającego, co potwierdził przez złożenie zarówno wszystkich wymaganych oświadczeń, wadium oraz nie podlegającej odrzuceniu oferty. Odwołujący zaznaczył, że już samo złożenie oferty stanowi akceptację postanowień SIWZ.

W ocenie odwołującego, zamawiający wyraźnie podał m.in. w umowie oraz

wielu fragmentach SIWZ, że wynagrodzenie ma charakter ryczałtowy, stąd niezrozumiałym i niezgodnym z prawem, zdaniem odwołującego, jest wykonywanie decyzji, w tym decyzji o odrzuceniu najtańszej i najkorzystniejszej w punktacji oferty, podczas gdy narzuca się wykonawcy wykonanie „wszystkich robót do prawidłowego wykonania zamówienia” oraz „innych prac niezbędnych do wykonania zadania a nie opisanych w dokumentacji przetargowej”. Odwołujący zauważył, iż działania zamawiającego są jednostronne, zwłaszcza w świetle ustanowionych przez niego wymagań, które są wewnątrz sprzeczne. Działania takie nie tyle utrudniają konkurencję, co też powodują, że wykonawcy składają różne oferty, a zamawiający ocenia wedle „sobie wiadomych kryteriów”, z gołą odmiennych niż postanowienia SIWZ. Tym samym, w ocenie odwołującego, naruszony został art. 7 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że złożona przez niego oferta jest prawidłowa, mimo, że brakuje w niej 1 ceny, której podanie nie stanowi żadnej różnicy w cenie oferty oraz w zaoferowanym na podstawie ustawy Pzp świadczeniu, gdyż wedle wymagań zamawiającego, prace mają zostać wykonane na podstawie m.in. przedmiaru robót, który to został wprost wykorzystany przy sporządzaniu oferty. Odwołujący wyjaśnił, że brak ceny jednostkowej w pozycji 6.38 złożonego przez odwołującego kosztorysu uproszczonego stanowi omyłkę wynikłą z nie wpisania ilości obmiaru do kosztorysu, stąd cena jednostkowa nie wyświetliła się w kosztorysie w wersji uproszczonej. Jednakże, jak zaznaczył odwołujący, z uwagi na ryczałtowy charakter wynagrodzenia, a co najmniej mieszany, zaistniała omyłka nie powinna stanowić o wadzie oferty odwołującego. Odwołujący wskazał ponadto, że wartość omyłki nie ma wpływu na wynik postępowania.

Jak zaznaczył odwołujący, wykonawca nie może ponosić negatywnych konsekwencji niejednoznacznie sformułowanych wymagań zamawiającego. Jeżeli zatem SIWZ zawierała sprzeczne informacje, na podstawie których złożono oferty, a ponadto zostało to w różny sposób ocenione przez zamawiającego, to oznacza, że zamawiający sformułował warunki SIWZ w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, za pomocą niedostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, jak wymaga tego ustawa, a wyboru oferty dokonał z rażącym naruszeniem przepisów ustawy Pzp. Zamawiający stwierdzając tę okoliczność, ma obowiązek dokonania poprawy wadliwych decyzji lub też ma obowiązek unieważnienia postępowania ze względu na wady postępowania.

Ponadto, odwołujący wskazał, że zamawiający miał możliwość przeliczenia pozycji, których brakowało w kosztorysie na podstawie danych zawartych w pozycji 7.20 kosztorysu, która dotyczyła tego samego świadczenia.

Odwołujący wniósł o:

- uwzględnienie odwołania oraz dokonanie czynności będących jego następstwem przez wykonanie czynności przez zamawiającego lub Krajową Izbę Odwoławczą,
- unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 16 maja 2014 r.,
- uznanie za zgodną z SIWZ oferty odwołującego,

lub

- wykonanie wykładni, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp oraz w jej następstwie uznanie oferty odwołującego za ważną i zgodną z SIWZ, do czego był zobowiązany zamawiający,
- dokonanie ponownej oceny ofert, w tym w szczególności dokonanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu, na podstawie ustalonego kryterium oceny ofert

lub

- unieważnienie postępowania w związku z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Na rozprawie strony podtrzymały dotychczas prezentowane stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również stanowiska stron postępowania zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Izba stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazuje na pozbawienie odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając go tym samym na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody.

Rozpoznając odwołanie w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu Izba uznała, że nie podlega ono uwzględnieniu.

Osią sporu pomiędzy zamawiającym a odwołującym jest prawidłowość dokonanej przez zamawiającego czynności odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1

pkt 2 ustawy Pzp jako niezgodnej z treścią SIWZ. Izba ustaliła, iż podstawą odrzucenia oferty odwołującego był brak wskazania w pozycji 6.38 kosztorysu ceny jednostkowej oraz ilości jednostek. W piśmie z dnia 16 maja 2014 r. zamawiający wskazał, że przyjął wynagrodzenie kosztorysowe za wykonanie przedmiotu zamówienia oraz stwierdził, iż brak wyceny pozycji w kosztorysie ofertowym nie może zostać uznany za omyłkę, którą zamawiający zobowiązany jest poprawić na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, bowiem dokonując takiej poprawy zamawiający musiałby wpisać ilość jednostek, cenę jednostkową oraz wyliczyć wartość pozycji. Zamawiający przyjmując, że brak wyceny jest niezamierzoną omyłką wykonawcy wskazał, że byłby zobowiązany do jej poprawienia, gdyby dysponował wszystkimi danymi (ilość i cena jednostkowa) umożliwiającymi mu dokonanie samodzielnej poprawy. Dodatkowo, zamawiający zauważył, że pozycja 6.38 kosztorysu „Gniazda instalacyjne wtyczkowe ze stykiem ochronnym pt, 2-biegunowe 10A 2,5 mm² przelotowe podwójne” występuje zarówno w kosztorysie, jak w przedmiarze tylko raz. Zamawiający zauważył, że w pozycji 7.20 kosztorysu występuje pozycja podobna, ale dotyczy ona gniazd końcowych, nie zaś przelotowych podwójnych. Zamawiający stwierdził, że jest w stanie ustalić ilość jednostek do wykonania w oparciu o przedmiar, jednak z żadnego z dokumentów składających się na ofertę nie może wywieść ceny jednostkowej. W celu jej ustalenia zamawiający musiałby zwrócić się do wykonawcy o jej wskazanie, co zamawiający uznał za niedopuszczalne w świetle art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Rozpoznając przedmiotowy spór Izba przede wszystkim ocenie poddała treść SIWZ wraz z załącznikami w celu stwierdzenia jaki charakter ma wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu zamówienia. W ocenie Izby, nie ulega wątpliwości, że zamawiający ustalił kosztorysowy charakter wynagrodzenia. W Rozdziale XXII ust. 1 SIWZ zamawiający postanowił, że „za wynagrodzenie całego przedmiotu zamówienia ustala się wynagrodzenie kosztorysowe”. Cenę oferty należało wyliczyć w kosztorysie ofertowym, na podstawie przedmiaru robót, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót oraz SIWZ, przy czym zalecana była metoda kalkulacji uproszczonej (Rozdział XXII ust. 6 i 7 SIWZ). Podobnie, we wzorze umowy stanowiącym Załącznik nr 4 do SIWZ zamawiający przyjął formę wynagrodzenia kosztorysowego (§3 ust. 1 wzoru umowy), wskazał, że wynagrodzenie podane w ofercie ma charakter wstępny (§3 ust. 2 wzoru umowy), a ostateczne rozliczenie nastąpi kosztorysami powykonawczymi na podstawie obmiarów potwierdzonych przez Inspektora Nadzoru Inwestorskiego w oparciu o składniki cenotwórcze zawarte w ofercie (§3 ust. 4 wzoru umowy). Izba stwierdziła, że kompleksowa analiza postanowień SIWZ i jej załączników jednoznacznie wskazuje, iż wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu zamówienia ma charakter kosztorysowy, tj. stanowi wynagrodzenie ustalone na podstawie planowanych prac i przewidywanych kosztów. W konsekwencji, kosztorys złożony przez

odwołującego stanowi treść oferty i ma istotne znaczenie zarówno dla określenia oferowanego przedmiotu zamówienia, cen, jak i rozliczenia przyszłej umowy.

Bezsporna między stronami jest okoliczność, iż w pozycji 6.38 kosztorysu złożonego przez odwołującego nie wskazano ceny jednostkowej, jak też ilości jednostek. Spór zasadza się na kwestii możliwości poprawienia zaistniałej omyłki na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Izba stwierdziła, że brak jest możliwości poprawienia przedmiotowej omyłki. W ocenie Izby, istnieje możliwość poprawienia kosztorysu w zakresie ilości jednostek, co zamawiający mógłby uczynić na podstawie ilości wskazanej w przedmiarze. Jednak poprawienie oferty w zakresie określenia ceny byłoby nieuprawnione. Wskazać należy, iż w celu poprawienia omyłki niezbędny jest brak wątpliwości po stronie zamawiającego co do prawidłowej treści oferty. Niedopuszczalne jest przy tym prowadzenie negocjacji co do takiej treści pomiędzy zamawiającym a wykonawcą – takie działanie stanowiłoby naruszenie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. O omyłce można mówić jedynie wtedy, gdy zamawiający posiada wszelkie dane niezbędne do samodzielnego poprawienia omyłki. Podkreślić przy tym należy, że art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp ma charakter wyjątku od zasady, iż złożona oferta od początku powinna odpowiadać w pełni SIWZ (art. 82 ust. 3 ustawy Pzp). W konsekwencji, brak wskazania przez odwołującego ceny jednostkowej w pozycji 6.38 kosztorysu ofertowego uniemożliwia dokonanie wyceny pozycji, a zatem zamawiający nie jest w stanie ustalić prawidłowej treści oświadczenia woli. Niezależnie od wielkości wpływu brakującej ceny na wartość oferty, jej brak stanowi istotny brak oświadczenia woli, który nie mieści się w dyspozycji art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Wbrew twierdzeniom odwołującego, świadczenie przewidziane w pozycji 7.20 kosztorysu nie jest świadczeniem tożsamym z tym, które powinno być zostać ujęte w pozycji 6.38 kosztorysu. Izba stwierdziła, iż pozycja 7.20 kosztorysu obejmowała gniazda instalacyjne wtyczkowe ze stykiem ochronnym, pt, 2-biegunowe 10A 2,5 mm² końcowe, które nie mogły stać się podstawą do samodzielnej wyceny przez zamawiającego świadczenia w postaci gniazda instalacyjnego wtyczkowego ze stykiem ochronnym pt, 2-biegunowego 10A 2,5 mm² przelotowego podwójnego. Brak jest również analogii pomiędzy omyłką popełnioną w pozycji 6.38 kosztorysu, a innymi omyłkami w ofercie odwołującego, których poprawienia zamawiający dokonał w dniach 9 i 12 maja 2014 r., do których poprawienia zamawiający posiadał wystarczające dane wynikające z samej oferty bądź z przedmiaru.

Mając powyższe na uwadze Izba nie stwierdziła naruszenia przez zamawiającego wskazanych przez odwołującego przepisów ustawy Pzp przy dokonywaniu czynności badania i oceny oferty odwołującego.

Izba nie stwierdziła też podstaw do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Przyjęty przez zamawiającego charakter wynagrodzenia nie budzi wątpliwości. Ponadto, odwołujący nie wykazał skutku wprowadzonych postanowień specyfikacji w zakresie charakteru wynagrodzenia w postaci nieporównywalności ofert.

Wobec poczynionych ustaleń o kosztorysowym charakterze wynagrodzenia Izba nie wzięła pod uwagę złożonej przez odwołującego odpowiedzi Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 15 kwietnia 2013 r. na zapytanie poselskie.

Mając na uwadze powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz §5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Izba nie przyznała kosztów wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego z uwagi na nie złożenie przez pełnomocnika rachunku. Zgodnie z §3 ust. 2 rozporządzenia w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego w wysokości określonej na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy.

Przewodniczący: