Sygn. akt: KIO 897/16

WYROK
z dnia 9 czerwca 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kawa

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 czerwca 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 maja 2016 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) **Zakłady Elektroniczne „MICRONET" Sp. z o.o. (pełnomocnik wykonawców), (2) PLATAN Sp. z o.o. Sp. k., adres dla pełnomocnika: ul. Czyżewskiego 14, 80-336 Gdańsk** w postępowaniu prowadzonym przez **Gdańską Infrastrukturę Wodociągowo-Kanalizacyjną Sp. z o.o., ul. Kartuska 201, 80-122 Gdańsk**

przy udziale wykonawcy **HUSAR Budownictwo Inżynieryjne S. A., ul. Płocka 15, 87-800 Włocławek** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) Zakłady Elektroniczne „MICRONET" Sp. z o.o. (pełnomocnik wykonawców), (2) PLATAN Sp. z o.o. Sp. k., adres dla pełnomocnika: ul. Czyżewskiego 14, 80-336 Gdański i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) Zakłady Elektroniczne „MICRONET" Sp. z o.o. (pełnomocnik wykonawców), (2) PLATAN Sp. z o.o. Sp. k., adres dla pełnomocnika: ul. Czyżewskiego 14, 80-336 Gdańsk tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015, poz. 2164) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Gdańsku.

Przewodniczący: …….

Sygn. akt KIO 897/16

UZASADNIENIE

Gdańska Infrastruktura Wodociągowo-Kanalizacyjna Sp. z o.o., ul. Kartuska 201, 80-122 Gdańsk, dalej zwany także „Zamawiającym" prowadzi postępowanie na *Przebudowę bioreaktorów 3-02 i 3-05 wraz z uszczelnieniem kanałów* ściekowych *na Oczyszczalni* Ścieków *„Wschód" w Gdańsku* (nr ref. ZP/31/16). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dz. Urz. UE nr 2016/S 047-077471 z dnia 08.03.2016 r.

Postepowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem przepisów ustawy Pzp. w sytuacji kiedy wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W dniu17.05.2016 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty za którą została uznana oferta Husar Budownictwo Inżynieryjne Spółka Akcyjna z/s we Włocławku oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego - Zakłady

Elektroniczne „MICRONET" Sp. z o.o. (2) PLATAN Sp. z o.o. Sp. k., ul. Czyżewskiego 14, 80-336 Gdańsk, dalej zwany także „Odwołującym".

We wniesionym odwołaniu Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

1. niezasadne odrzucenie oferty Odwołującego jako niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, której to czynności zarzucił naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez jego bezpodstawne zastosowanie wskutek błędnego przyjęcia, że oferta Odwołującego jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
2. dokonanie wyboru oferty wykonawcy Husar Budownictwo Inżynieryjne Spółka Akcyjna z siedzibą we Włocławku jako oferty najkorzystniejszej co spowodowało naruszenie art. 91 ust. 1 Pzp i art. 7 ust. 3 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp,

Podnosząc powyższe zarzuty wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

a) unieważnienia czynności wyboru oferty Husar Budownictwo Inżynieryjne Spółka Akcyjna jako oferty najkorzystniejszej,

unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, b)

nakazania powtórzenia czynności badania i oceny ofert złożonych w przedmiotowym c) postępowaniu, z uwzględnieniem oferty Odwołującego,

d) zasądzenie zwrotu kosztów postępowania

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów na wstępie podał, że w przedmiotowym postępowaniu złożono 5 (pięć) ofert, a we wszystkich ofertach składający je wykonawcy (konsorcja wykonawców) zadeklarowali okres rękojmi wynoszący 60 miesięcy, wobec czego

rozstrzygającym kryterium oceny ofert stała się *de facto* cena, gdyż były tylko dwa kryteria oceny ofert.

Oferta Odwołującego zawierała najniższą cenę spośród wszystkich złożonych ofert i wynosiła 3.149.570,00 netto (3.873.971,18 zł brutto), natomiast Zamawiający wybrał ofertę Husar Budownictwo Inżynieryjne Spółka Akcyjna z siedzibą we Włocławku - cena oferty cena oferty netto: 3.193.369,82 zł, brutto: 3.927.844,88 zł,. Tym samym różnica w cenie netto pomiędzy tymi ofertami wynosiła 43 799,80 zł.

Wskazał iż przedmiar robót składający się na dokumentację szczegółowo opisującą przedmiot zamówienia podzielony był na dwie części - każdą poświęconą jednemu z bioreaktorów, wobec czego sporządzając uproszczone kosztorysy ofertowe wykonawcy musieli wycenić przedmiot zamówienia odrębnie w zakresie przebudowy bioreaktora 3-02 i odrębnie w zakresie przebudowy bioreaktora 3-05. W ramach każdego z cząstkowych przedmiarów (tj. odnoszących się do poszczególnych przedmiarów) Zamawiający wyodrębnił Dział I (poświęcony zasadniczym elementom przedmiotu zamówienia) oraz Dział II ograniczony do dwóch tylko pozycji tj. pozycji pn. *Wykonanie i dostarczenie Zamawiającemu dokumentacji powykonawczej w 3 egz.* (poz. 11.8.117 w przypadku bioreaktora 3-02, i poz. 11.8.119 w przypadku bioreaktora 3-05). Przedmiar robót w odniesieniu do każdej z pozycji zawierał rubryki zawierające opis pozycji, jednostkę i ilość oraz rubryki przeznaczone na podanie ceny jednostkowej oraz wartości.

Odwołujący w kosztorysie ofertowym, w przypadku obydwu bioreaktorów, w pozycjach odpowiadających pozycjom przedmiarowym dotyczącym wykonania i dostarczenia Zamawiającemu dokumentacji powykonawczej (tj. poz. 11.8.117 w przypadku bioreaktora 3-02, poz. 11.8.119 w przypadku bioreaktora 3-05) podał kwoty, odpowiednio, 15.000 zł (poz. 11.8.117) oraz 17.500 zł (poz. 11.8.119). Podniósł, że podobnie jak Odwołujący postąpili także inni wykonawcy, którzy w kosztorysach ofertowych wymienionych w zdaniu poprzedzającym wykonawców w pozycjach 11.8.117 części I przedmiaru robót i pozycjach 11.8.119 części II przedmiaru robót wpisali kwoty wynoszące mniej niż 1% *„całkowitej wartości oferty przetargowej netto".*

Odnosząc się do powyższej czynności Zamawiającego stwierdził iż niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, stanowiąca przesłankę odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, zachodzi wówczas, gdy zaoferowany przedmiot nie odpowiada opisanemu w specyfikacji co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych do wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu zaspokajającym oczekiwania zamawiającego. Niezgodność, o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp musi zatem dotyczyć merytorycznych wymagań SIWZ dotyczących przedmiotu zamówienia. Wobec tego - co do zasady - porównanie zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia z przedmiotem zamówienia, sposobem i terminem jego realizacji wymaganymi przez zamawiającego,

przesądza o tym, czy treść złożonej oferty odpowiada treści SIWZ - jest z nią zgodna *(wyrok* KIO z dnia 22.07.2015 r. sygn. akt KIO 1472/15). O konieczności odrzucenia oferty można mówić tylko wtedy, gdy warstwa merytoryczna oferty nie odpowiada treści SIWZ. W sytuacji, gdy niezgodności treści oferty z treścią SIWZ nie można wywieść poprzez odpowiednie i jednoznaczne porównanie tych dwóch elementów, w tym wymagań zamawiającego z treścią oferty i dokumentami załączonymi dla jej potwierdzenia, nie można stwierdzić, że niezgodność występuje w stopniu uzasadniającym odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp (vide wyrok KIO z dnia 20.01.2015 r. KIO 2824/14)
Dlatego też, według Odwołującego kosztorys ofertowy, niezależnie od tego czy jest on sporządzany w formie uproszczonej, czy też szczegółowej, nie może stanowić wystarczającej podstawy służącej ustaleniu zakresu prac, do których wykonania zobowiązuje się wykonawca składając ofertę.

Nadto podkreślił, że niezgodność treści oferty z treścią SIWZ powinna wynikać z wymagań Zamawiającego zapisanych w sposób jednoznaczny, a odrzucenie oferty może nastąpić wyłącznie wtedy, gdy uchybienia w niej popełnione są na tyle znaczące, że wywierają wpływ na wykonanie umowy i są tego rodzaju, iż wykonanie umowy zgodnie z opisanymi wymaganiami zamawiającego jest niemożliwe (wyrok KIO z dnia 05.03.2015 r. sygn. akt KIO 319/15). Ponadto stwierdził iż treść SIWZ w tym zakresie jest niejednoznaczna i wykonawcy nie powinni ponosić negatywnych konsekwencji nieprecyzyjnego sformułowania SIWZ. Wskazał także na niekonsekwencje Zamawiającego w formułowaniu postanowień SIWZ, gdyż w pkt 11.6. Rozdziału 11 Części I SIWZ (IDW) Zamawiający, z jednej strony, w tiret drugie wskazał, że *„brak ceny jednostkowej lub wpisanie wartości „zero" nie powoduje odrzucenia oferty, a zamawiający uzna, że dana pozycja została wyceniona w innych pozycjach (tiret pierwsze)",* co by oznaczało, że sposób wyceny pozycji kosztorysów dotyczących wykonania i dostarczenia dokumentacji powykonawczej nie ma dla Zamawiającego istotnego znaczenia, w każdym razie nie na tyle, by taka czy inna wycena tych pozycji kosztorysów czy też brak tej wyceny skutkować miał odrzuceniem przez Zamawiającego oferty. Odnosząc powyższe do czynności odrzucenia oferty stwierdził iż stanowi to o daleko idącej niekonsekwencji Zamawiającego, albowiem niepodanie ceny jednostkowej lub wpisanie wartości „zero" w pozycjach kosztorysów dotyczących wykonania i dostarczenia dokumentacji powykonawczej w istocie rzeczy również stanowi wycenę tych pozycji na kwotę mniejszą aniżeli 1% całkowitej wartości oferty przetargowej netto (tożsamość efektu). W każdym razie, skoro Zamawiający wyraźnie podał, że nawet pominięcie wyceny którejkolwiek z pozycji kosztorysu (brak podania ceny jednostkowej) lub wpisanie wartości „zero", nie będzie skutkowało odrzuceniem oferty (a wykonawca przyjmie, że dana pozycja została wyceniona w innych pozycjach), to wykonawcy mogli żywić uzasadnione przekonanie, że tym bardziej rezultatu w postaci odrzucenia oferty nie będzie

miało wpisanie w pozycjach kosztorysów dotyczących wykonania i dostarczenia dokumentacji powykonawczej mniejszych wartości, aniżeli *1%* całkowitej wartości oferty przetargowej netto. Zwrócił uwagę na fakt, że w tiret piąte i szóste pkt 11.6. Rozdziału 11 Części I SIWZ (IDW) Zamawiający nie zastrzegł rygoru odrzucenia oferty na wypadek odstępstwa od sformułowanego w nich wymogu.

Nadto wniósł o przesłuchanie w charakterze stron Prezesa Zarządu wykonawcy Zakłady Elektroniczne „MICRONET" Sp. z o.o., A. P. i W. R. w charakterze strony - na okoliczność sposobu rozumienia przez wykonawcę postanowień pkt 11.6. Rozdziału 11 Części I SIWZ.

Zamawiający nie wniósł pisemnej odpowiedzi na odwołanie. W ustnym stanowisku prezentowanym na rozprawie wniósł o oddalenie odwołania jako niezasadnego.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca HUSAR Budownictwo Inżynieryjne S. A., ul. Płocka 15, 87-800 Włocławek, który poparł stanowisko Zamawiającego o oddalenie odwołania jako niezasadnego.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron postępowania i przystępującego przedstawione na

piśmie i do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy Izba uznała iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Jednocześnie Izba stwierdziła, że wypełniono materialno-prawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Na wstępie Izba odniosła się do wniosku Odwołującego o niedopuszczenie do postępowania odwoławczego wykonawcy zgłaszającego przystąpienie do postepowania odwoławczego z przyczyn formalnych, gdyż zdaniem Odwołującego zostało ono podpisane przez osobę niemającą odpowiedniego umocowania w przedłożonym pełnomocnictwie, a ponadto zgłaszający przystąpienie wykonawca nie opisał w zgłoszeniu przystąpienia, na czym polega jego interes w przystąpieniu po stronie Zamawiającego.

Zgłaszający przystąpienie podniósł, że przedmiotowe pismo Odwołującego nie jest sensu stricte opozycją, wobec tego trudno nadać mu jakiś charakter w ramach przepisów prawa dotyczących zgłoszenia przystąpienia i wniósł o jego nieuwzglednienie.

Izba po analizie zgłoszenia przystąpienia wykonawcy HUSAR Budownictwo Inżynieryjne S. A uznała iż udzielone Panu K. M. pełnomocnictwo jest prawidłowe w

kontekście możliwości złożenia przystąpienia do postepowania odwoławczego. W tym zakresie Izba podkreśla dodatkowo iż ostatnie zdanie przedmiotowego pełnomocnictwa zawiera adnotację iż w przypadku jakichkolwiek wątpliwości co do jego treści, pełnomocnictwo to należy odczytywać w jak najszerszym zakresie.

Ponadto Izba uznała iż w sytuacji kiedy przystąpienie do postepowania po stronie Zamawiającego zgłasza wykonawca, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, a Odwołujący w odwołaniu zmierza do zmiany tej czynności Zamawiającego, to taki wykonawca bezsprzecznie posiada interes w przystąpieniu do toczącego się postepowania odwoławczego, nie wymagający ze względu na oczywistość interesu szczegółowego wykazywania na czym ten interes miałby polegać.

Wskazać należy iż osią sporu w przedmiotowym postepowaniu odwoławczym jest kwestia, czy Zamawiający w sposób prawidłowy – w myśl postanowień SIWZ dokonał odrzucenia oferty odwołującego z tego powodu iż w ofercie podano zaniżone kwoty za wykonanie i dostarczenie dokumentacji powykonawczej przebudowywanych bioreaktorów.

Nadto stwierdzić należy także, iż niespornym jest fakt, że pomimo tego iż do wykonania w ramach zamówienia są dwa bioreaktory to jednakże każdy z wykonawców mógł złożyć tylko jedną ofertę i tylko na całość zamówienia . Niedopuszczalne było składanie ofert częściowych.

Niewątpliwie poza sporem pomiędzy stronami są dwa fakty:
- po pierwsze, Zamawiający w zakresie przedmiaru robót dotyczących przebudowy bioreaktora 3-02 postawił wymaganie iż : *Uwaga! Wartość pozycji przedmiarowej II.8.117 „Wykonanie i dostarczenie Zamawiającemu dokumentacji powykonawczej" musi być nie mniejsza niż 1% całkowitej wartości oferty przetargowej netto*
Także w przedmiarze robót dotyczących przebudowy bioreaktora 3-05 wskazał wymóg, cyt.: *Uwaga! Wartość pozycji przedmiarowej II.8.119 „Wykonanie i dostarczenie Zamawiającemu dokumentacji powykonawczej" musi być nie mniejsza niż 1% całkowitej wartości oferty przetargowej netto*
- po drugie, Odwołujący w złożonym Zamawiającemu kosztorysie ofertowym dla bioreaktora 3-02 podał w pozycji dla kosztu wykonania dokumentacji powykonawczej, kwotę 15 000,00 zł, natomiast w kosztorysie ofertowym dla bioreaktora 3-05 podał kwotę 17 500,00 zł, czyli niższe niż 1% wartości dla każdego bioreaktora w odniesieniu do wartości składanej oferty.

Zdaniem Izby powyższe postanowienie SIWZ dotyczące przyjęcia kosztu dokumentacji powykonawczej jest jednoznaczne i nie budzące wątpliwości. Niespornym jest iż Zamawiający oczekiwał, że wykonawca na wykonanie dokumentacji powykonawczej każdego z bioreaktorów przeznaczy w oddzielnych pozycjach kosztorysu, kwotę w wysokości nie mniejszą niż 1% wartości całkowitej jego oferty złożonej w tym postepowaniu. Wywodząc z ceny ofertowej, gdzie wartość oferty Odwołującego netto wynosiła 3 149 570,00

zł stwierdzić należy, że Odwołujący winien był przeznaczyć na wykonanie dokumentacji powykonawczej obu bioreaktorów kwotę nie mniejszą niż 62 991,40 zł(co stanowi 2x1% wartości netto oferty), a przeznaczył kwotę 32 500,00 złotych.

Niezasadne jest twierdzenie Odwołującego, że ta niezgodność wymagań SIWZ jest nieistotna i jest uchybieniem formalnym, nie mogącym być podstawą do odrzucenia oferty. Izba stwierdza, że niezgodność treści oferty wyrażająca się w niezgodności wyliczeń kosztorysu ofertowego z SIWZ jest niezgodnością merytoryczną, która w sytuacji kiedy brak było możliwości poprawy tej niezgodności, jako omyłki skutkuje odrzuceniem oferty w oparciu o przepis art. 89 ust.1 pkt.2 Pzp.

W zakresie możliwości zakwalifikowania tej niezgodności jako omyłki Zamawiający stwierdził iż nie mógł dokonać poprawy tej niezgodności, gdyż aby zachować niezmienność ceny ofertowej musiałoby nastąpić zmniejszenie wartości innych pozycji kosztorysu, co spowodowało by dalszą niezgodność oferty i wymagałoby prowadzenia negocjacji z Odwołującym, co Izba uznaje za zasadne.

W tym zakresie wskazać należy także iż sam Odwołujący nie podnosił zarzutu, że Zamawiający poniechał poprawienie omyłki w jego ofercie. Zdaniem Izby nie można w tym przypadku mówić o omyłce w działaniu Odwołującego, gdyż wpisanie wskazanych w kosztorysie kwot było działaniem celowym, czemu sam Odwołujący nie przeczył. Wskazać należy także iż Odwołujący na rozprawie oświadczył iż czytając literalnie treść SIWZ to Odwołujący na wykonanie dokumentacji powykonawczej przeznaczył za małe kwoty, niższe niż po 1% wartości oferty przetargowej netto.

Reasumując, Izba stwierdza, że treść pozycji przedmiarowych w zakresie dokumentacji powykonawczej nie budzi żadnej wątpliwości co do oczekiwań Zamawiającego, w szczególności, gdy było tam jednoznacznie sformułowanie, że *wartość pozycji przedmiarowej „musi" być nie mniejsza niż 1% całkowitej wartości oferty* netto. Tym samym czynność Zamawiającego o odrzuceniu przedmiotowej oferty należy uznać za w pełni uzasadnioną, a podniesiony w tym zakresie zarzut odwołania za niezasadny.

Izba oddaliła wniosek o przesłuchanie w charakterze stron A. P. i W. R. w charakterze strony - na okoliczność sposobu rozumienia przez wykonawcę postanowień pkt 11.6. Rozdziału 11 Części I SIWZ, gdyż dla rozstrzygnięcia sprawy nie jest istotnym sposób rozumienia treści postanowień SIWZ przez wykonawcę, ale to czy wykonawca zastosował się do literalnego brzmienia SIWZ, co było przedmiotem orzekania przez Izbę. Jeśli Zamawiający miał wątpliwości co do rzeczywistej treści postanowień SIWZ to winien był na odpowiednim etapie postepowania zwrócić się do Zamawiającego z wnioskiem o wyjaśnienie ich treści.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust.2 Pzp Izba może uwzględnić odwołanie tylko wtedy, kiedy stwierdzone naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy może mieć wpływ na wynik postepowania, co nie miało miejsca w przedmiotowym postępowaniu. Wpływ na wynik w świetle powyższego przepisu należy rozumieć, jako możliwość zmiany stanowiska Zamawiającego w sposób, który pozwoliłby Odwołującemu uzyskać zamówienie.

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania i ustalenia, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust.2 i 192 ust. 2 i 3 pkt.1 ustawy Pzp,

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1a) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku 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 ……