

Wyrok
z dnia 7 marca 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Aneta Górniak

po rozpatrzeniu na rozprawie dnia 7 marca 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 lutego 2016 r. przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia **Zakład Instalacji Sanitarnych i Robót Inżynierskich SANEL Sp. z o.o. z siedzibą w Rudzie Śląskiej** w postępowaniu prowadzonym przez **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie** przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynierskiego ENERGOPOL Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie (pełnomocnik wykonawców) i ZUE S.A. z siedzibą w Krakowie** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, nakazuje ponowienie czynności badania i oceny ofert mając na uwadze, że oferta przystępującego podlega odrzuceniu z uwagi na fakt, że jej treść jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynierskiego ENERGOPOL Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie (pełnomocnik wykonawców) i ZUE S.A. z siedzibą w Krakowie** i :

1

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Zakład Instalacji Sanitarnych i Robót Inżynierskich SANEL Sp. z o.o. z siedzibą w Rudzie Śląskiej** tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynierskiego ENERGOPOL Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie (pełnomocnik wykonawców) i ZUE S.A. z siedzibą w Krakowie** na rzecz wykonawcy **Zakład Instalacji Sanitarnych i Robót Inżynierskich SANEL Sp. z o.o. z siedzibą w Rudzie Śląskiej** kwotę **23 600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego.

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

Przewodniczący:

2

Uzasadnienie

Zamawiający: PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. W Warszawie, w imieniu której działa Centrum Realizacji Inwestycji Region Południowy w Krakowie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest: „Realizacja robót budowlanych wraz z wykonaniem dokumentacji wykonawczej w ramach zadania „Budowa przystanku osobowego Kraków Sanktuarium na linii nr 94” (znak sprawy: IREZA3e-216-07/2015).

Odwołujący: Zakład Instalacji Sanitarnych i Robót Inżynierskich SANEL sp. z o.o. w Rudzie Śląskiej wniósł odwołanie i zarzucił zamawiającemu, iż zaniechał odrzucenia oferty Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. Przedsiębiorstwa Budownictwa Inżynierskiego ENERGOPOL sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie oraz ZUE S.A. z siedzibą w Krakowie, dalej: „Konsorcjum Energopol”, czym naruszył następujące przepisy:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Energopol, pomimo iż jest ona niezgodna z treścią pkt 13.8 SIWZ-IDW oraz zawiera nieusuwalny błąd w obliczaniu ceny,
2. art. 7 ust. 1 Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz wybór oferty niezgodnie z Pzp,
3. inne przepisy wskazane lub wynikające z uzasadnienia odwołania.

Wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. dokonania ponownej czynności badania i oceny ofert,
3. odrzucenia oferty Konsorcjum Energopol,
4. uznania, iż ofertę najkorzystniejszą złożył Sanel i dokonania wyboru oferty Odwołującego i zawarcia umowy z Odwołującym.

W wyniku naruszenia przez Zamawiającego w/w przepisów ustawy Odwołujący poniósł szkodę. Wadliwe czynności Zamawiającego uniemożliwiają Odwołującemu uzyskanie i realizację zamówienia i tym samym interes Odwołującego został naruszony. W przypadku prawidłowego działania Zamawiającego, polegającego w szczególności na odrzuceniu oferty Konsorcjum Energopol, oferta Odwołującego powinna zostać uznana za ofertę najkorzystniejszą spośród ofert złożonych w Postępowaniu, co wywołuje skutek w postaci obowiązku zawarcia umowy o zamówienie publiczne.

Uzasadniając zarzuty i żądania odwołujący wskazał, co następuje.

3

1. Przedmiotem Zamówienia jest: „Realizacja robót budowlanych wraz z wykonaniem dokumentacji wykonawczej w ramach zadania „ Budowa przystanku osobowego Kraków Sanktuarium na linii nr 94”. Realizacja Zamówienia została podzielona na dwa oddzielnie wyceniane etapy.

- a. Etap I obejmuje wykonanie niezbędnych prac w zakresie określonym w dokumentacji projektowej z wyłączeniem wielobranżowych robót budowlanych związanych z realizacją obiektu M2 tj. kładki dla pieszych w km 5,237,
- b. Etap II obejmuje wykonanie niezbędnych prac w zakresie realizacji wszelkich wielobranżowych robót budowlanych związanych z realizacją obiektu M2 tj. kładki dla pieszych w km 5,237.

2. Zamawiający zastrzegł m.in. w pkt 13.8 ID W, iż przedmiot zamówienia może być ograniczony poprzez rezygnację Zamawiającego z realizacji Etapu II w całości lub w części.

3. W celu uniemożliwienia manipulacji ceną (poprzez zawyżenie ceny realizacji Etapu I i jednocześnie zaniżenie ceny wykonania Etapu II) Zamawiający w pkt 13.8 IDW postawił warunek, aby cena wykonania Etapu II była nie mniejsza niż 32,0% ceny całej oferty (tj. sumy ceny za wykonanie Etapu I i Etapu II) - warunek ten w dalszej części odwołania nazywany jest także: „proporcją cen”.

a. W tym samym punkcie IDW, Zamawiający wskazał, iż jeżeli wskazane przez Zamawiającego proporcje nie zostaną zachowane to uzna on, że treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia i na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) Pzp odrzuci ofertę Wykonawcy.

b. Ww. podkreślenie było zasadniczo zbędne, a jego zamieszczenie w SIWZ należy uznać, za podkreślenie znaczenia tego warunku dla Zamawiającego.

c. SIWZ nie zawiera żadnych postanowień „łagodzących” ww. wymóg poprzez dopuszczenie wyjątków, zaokrągleń, przeliczników etc.

Początkowo treść oferty Konsorcjum Energopol była zgodna z ww. wymaganiami. Jednak Zamawiający wykonując ustawowy obowiązek (por. art. 87 ust. 2 Pzp) dokonał jej poprawy.

a. W dniu 15 lutego 2016 r. Zamawiający poinformował, o dokonaniu poprawienia oczywistych omyłek pisarskich i rachunkowych w ofertach wykonawców oraz wynikających z nich konsekwencji rachunkowych.

b. Fakt dokonania poprawy i sposób dokonania poprawy (tj. ustalenie poprawnych wartości rachunkowych) nie został zakwestionowany przez Konsorcjum Energopol, co

oznacza, iż oferta po poprawce jest zgodna z jego rzeczywistym zamiarem.
c. Po poprawieniu omyłek w ofercie Konsorcjum Energopol:

4

- cena za wykonanie całego Zamówienia wynosi: 26 808 394,78 zł brutto (słownie: dwadzieścia sześć milionów osiemset osiem tysięcy trzysta dziewięćdziesiąt cztery złote 78/100);
- cena za wykonanie II etapu Zamówienia wynosi: 8 577 230,00 zł brutto (słownie: osiem milionów pięćset siedemdziesiąt siedem tysięcy dwieście trzydzieści złotych 00/1000);
- proporcja cen wynosi 31,9945676%.

5. Podsumowując, prezentacja ceny wygląda następująco:

- a. cena netto całej oferty: 21 795 442,91 zł;
- b. cena netto za wykonanie etapu II: 6 973 357,72 zł;
- c. cena brutto całej oferty: 26 808 394,78 zł;
- d. cena brutto za wykonanie etapu II: 8 577 230,00 zł;
- e. proporcja ceny wynosi: 31,9945676%.

Skoro cena za wykonanie II etapu Zamówienia wynosi 31,9945676% ceny za wykonanie całego Zamówienia, to jest to mniej niż wartość wymagana przez Zamawiającego. Zamawiający jednoznacznie wskazał, iż wymaga, by wartość ta wynosiła nie mniej niż 32,0% wartości całej oferty. Tym samym oferta jest niezgodna z wymaganiami wskazanymi w pkt 13.8 IDW i podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i pkt 6, czego Zamawiający nie dokonał.

II. Brak podstaw do dokonania zaokrąglenia proporcji cen.

1. Postanowienie IDW określone przez Zamawiającego w pkt 13.8 IDW jest sformułowane w sposób jasny i nie wymaga interpretacji. Postanowienie to nakłada sankcję na wykonawców w postaci odrzucenia oferty, jeżeli proporcja cen jest niższa niż 32,0%. Niewątpliwie, w ofercie Konsorcjum Energopol cena za wykonanie etapu II jest niższa niż 32,0% ceny za wykonanie całości zamówienia.

2. Z notatki sporządzonej przez Komisję Przetargową w dniu 15 lutego 2016r. wynika, iż Zamawiający po dokonaniu poprawy zdawał sobie sprawę, iż oferta Konsorcjum Energopol podlega odrzuceniu za względu na treść postanowień pkt 13.8 IDW.

a. Niezrozumiałym jest zatem zachowanie „chroniące” ofertę Konsorcjum Energopol przed odrzuceniem (zachowanie to polega na zastosowaniu zaokrąglenia proporcji cen w taki sposób by uzyskać zgodność z SIWZ) - świadczy to m.in. o naruszeniu zasad wyrażonych w art. 7 Pzp.

b. Zamawiający - jak sam wskazał - zastosował zasady zaokrągleń określone w pkt 13.5 IDW, czyli zastosował mechanizm zaokrąglenia wartości wyrażanej w złotych w pozycjach Rozbicia Ceny Ofertowej (dalej: „RCO”), które powinny być przedstawione zgodnie z zaokrągleniem matematycznym, do 2 miejsc po przecinku.

5

3. Działanie Zamawiającego jest błędne i sprzeczne z pkt 13.8 IDW. Nie było postanowień SIWZ, które uprawniałyby Zamawiającego do dokonywania zaokrąglenia wskazanej wartości procentowej, czyli de facto zmianie SIWZ w zakresie proporcji pomiędzy ceną za wykonanie II Etapu i ceną całej oferty.

4. Zamawiający dopuścił w SIWZ zaokrąglenie ceny w RCO ale nie dopuszczał takiej operacji dla proporcji cen.

a. Proporcja cen była ustalona „sztywno” bez jakiejkolwiek tolerancji - tym samym stosowanie analogii jest niedopuszczalne.

b. Analogia jest jednym z „narzędzi” prawniczych stosowanych wtedy, gdy tekst (tu: SIWZ - IDW) ma tego rodzaju braki, iż nie można w sposób logiczny wytłumaczyć jego treści lub nie można dokonać subsumcji.

c. Stosowanie analogii jest niedopuszczalne i prowadzi do wypaczenia zamiaru autora tekstu wówczas, gdy treść tego tekstu jest zrozumiała.

5. W niniejszej sprawie IDW w pkt 13.8 wskazywała na zaokrąglenia (zasady i przesłanki zastosowania) dla RCO, ale nie przewidywała takich mechanizmów dla proporcji cen. Proporcja cen wyrażona w procentach nie mogła być mniejsza niż 32,0 - innymi słowy stosowanie zaokrąglenia jest w tym przypadku co do samej zasady błędne.

- a. Zaokrąglenia stosuje się po to, by w prosty sposób przedstawić wynik maksymalnie zbliżony do prawdziwego.
- b. W konsekwencji stosowanie zaokrągleń w przypadku, gdy Zamawiający wymaga „więcej” lub „mniej” niż 32,0 jest zbędne, gdyż wymóg odnosi się nie tyle do działania matematycznego samego w sobie, co do cechy tego wyniku. Cechą jest to, że wynik jest większy lub mniejszy niż 32,0.
6. Na marginesie należy podkreślić, iż nawet jeśliby uznać zasadność zastosowania analogii, to Zamawiający błędnie dokonał zaokrąglenia.
- a. Procentowa wartość zadania nr 2 w stosunku do wartości całego zamówienia wynosi 31,9945676%.
- b. Zaokrąglenie „do dwóch miejsc po przecinku” oznacza, że prezentacja wyniku następuje z dokładnością do „setnych” wedle schematu X,YY.
- c. Przy dokonaniu takiej czynności, cena za wykonanie etapu II stanowiłaby 31,99% wartości całkowitej ceny (31,9900000 - gdyż trzecią liczbę po przecinku należało zaokrąglić „w dół”), co oznacza, iż w dalszym ciągu oferta Konsorcjum Energopol jest niezgodna z SIWZ
7. Problem przedstawiania wyników działań matematycznych oraz dokonywania ich ewentualnych zaokrągleń był już poruszany w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej.

6

a. W wyroku KIO 2295/12, KIO 2297/12, KIO 2301/12, KIO 2303/12, KIO 2305/12, KIO 2307/12, KIO 2310/12 potwierdzono, iż w wypadku braku postanowień dotyczących zaokrąglania wartości uzyskiwanych na skutek wykonania działań matematycznych, nie ma podstaw do ich zaokrąglania. W takiej sytuacji zasadnym jest odcięcie liczb następujących po wskazanym przez Zamawiającego zakresie dokładności (w przywoływanej sprawie był to zakres dwóch miejsc po przecinku): „Rozpatrując powyższy zarzut Izba wskazuje, że zgodnie z treścią Rozdziału VII pkt III ppkt 1.2.1; 2.2 i 3 Zamawiający postanowił, że „punktacja będzie liczona z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku”. Tym samym, przedmiotem sporu pomiędzy stronami i przystępującymi jest kwestia sposobu obliczenia wyniku procentowego wg. podanego w SIWZ wzoru i ustalenia czy należy przyjąć najbardziej dokładny wynik poprzez jego zaokrąglenie czy też przybliżony wynik dzielenia, poprzestając na odcięciu powyżej dwóch miejsc po przecinku, kolejnych liczb.

Należy wskazać, że zarówno w europejskim jak i polskim systemie prawnym kwestia zasad ustalania wyniku obliczeń z dokładnością do określonej ilości miejsc po przecinku jest kwestią sporną. W tym zakresie umownie obowiązują dwie zasady ustalania dokładności wyliczeń. Jeśli chodzi o ceny i kwoty wyrażone w PLN, to obowiązuje zasada jak i przepisy iż wynik jest zaokrąglany do dwóch miejsc po przecinku. Drugi sposób polega na ustaleniu takiej precyzji obliczania, która najczęściej pojawi się na ekranie urządzenia obliczającego, czyli poprzez odcięcie kolejnych liczb powyżej zakładanej dokładności.

Tym samym można jednoznacznie stwierdzić, że czym innym będzie ZAOKRĄGLENIE, a co innego WYŚWIETLANIE z zadaną ilością cyfr po przecinku. Co do zasady zgodnie rozporządzeniem Ministra Finansów z dnia 22. marca 2002r. w sprawie wykonania niektórych przepisów ustawy o podatku od towarów i usług oraz o podatku akcyzowym (§35 ust. 5, Dz. U. nr 27, poz. 268 z zm.) podany jest algorytm, według którego zaokrąglane są kwoty na fakturach: „Kwoty wykazywane w fakturze zaokrągla się do pełnych groszy, przy czym końcówki poniżej 0,5 grosza pomija się, a końcówki 0,5 grosza i wyższe zaokrągla się do 1 grosza.” Innych kwestii przepisy wprost nie regulują.

Odnosząc się do powyższych ustaleń i stanowisk stron i uczestników, zdaniem Izby zasadne jest przyjęcie stanowiska, że aby ustalić wynik do określonej ilości miejsc po przecinku dokonując zaokrąglenia ostatniej cyfry, niezbędne jest użycie stwierdzenia, że „wynik zaokrągla się”. W innym przypadku brak jest przeszkód aby ustalić wynik do dwóch miejsc po przecinku poprzez odcięcie trzeciej i kolejnej cyfry.

W tym zakresie Izba przychyliła się do stanowiska prezentowanego w opinii prof. Purczyńskiego iż Odwołujący oparł swój wywód na niewłaściwej interpretacji sposobu wykonania obliczeń z zadaną dokładnością przeciwstawiając temu sposobowi zasadę prezentacji wyniku z określoną liczbą miejsc po przecinku dokonując w tym celu

7

zaokrąglenia wartości, którą otrzymać można w wyniku przeprowadzenia obliczenia z większą dokładnością niż była wymagana.

Tym samym biorąc pod uwagę treść postanowień SIWZ za niezasadny należy uznać zdaniem Izby zarzut Odwołującego, że obliczony przez Zamawiającego wynik dzielenia winien podlegać zaokrągleniu. ”

b. Prawdliwość rozstrzygnięcia dokonanego w tym zakresie przez Izbę została potwierdzona wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 3 czerwca 2013 r., sygn. akt: V Ca 533/13, w którym Sąd orzekł, iż: „Podkreślić przy tym należy, że decyzja co do sposobu ustalania punktacji pozostawiona jest zamawiającemu, który powinien stosować się do podanych w SIWZ zasad. Zdaniem sądu okręgowego przyjęta przez zamawiającego wykładnia zawartego w SIWZ sposobu naliczania punktacji jest prawidłowa i zgodna z jego literalnym brzmieniem, a skarżący w żaden sposób nie wykazał, że zamawiający ustalił punktację oferentów nieprawidłowo, w sposób pozostający w sprzeczności z warunkami sformułowanymi w SIWZ. Nie można zatem podzielić podnoszonych w skardze zarzutów naruszenia przepisu art. 91 ust. 1 oraz ust. 4 Pzp w związku z art. 2 pkt. 5 Pzp oraz art. 7 ust. 1, 2 i 3 Pzp poprzez niewłaściwe ich zastosowanie, co doprowadziło do sytuacji, w której pozostała utrzymana błędna i niezgodna z treścią SIWZ dokonana przez zamawiającego ocena ofert. Z powyższych względów bez znaczenia dla rozstrzygnięcia pozostawały przedłożone do akt opinie matematyków dotyczące zasad zaokrąglenia liczb. Decydujące znaczenie miała analiza sformułowań zawartych w SIWZ, tym samym nie można podzielić zarzutu skarżącego naruszenia przez KIO przepisu art. 190 ust. 7 Pzp i art. 192 ust. 1 Pzp poprzez dowolną i wybiórczą ocenę dowodów prowadzącą do przyjęcia, iż przyznanie przez zamawiającego punktów skarżącemu w ramach kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ było prawidłowe. ”

8. Powyższe orzeczenia potwierdzają, iż w przypadku braku postanowień SIWZ dotyczących zaokrąglenia proporcji cen, Zamawiający nie mógł zaokrąglić wyniku „do pełnej liczby”.

III. Nie ulega jakiegokolwiek wątpliwości, iż bez dokonywania zaokrąglenia proporcji cen dla oferty Konsorcjum Energopol, wartość ta jest niższa od 32,0%. Zabiegi Zamawiającego doprowadziły do pozornej zgodności treści ofert z treścią SIWZ, ale czynności te jako sprzeczne z prawem nie zasługują na ochronę i nie wywołują skutków prawnych. Oferta powinna być odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i pkt 6 Pzp.

1. W orzecnictwie Izby przyjęty został pogląd, iż w takiej sytuacji przekroczenie chociażby o promil wartości granicznej podanej przez Zamawiającego stanowi błąd w obliczeniu ceny, który skutkuje koniecznością odrzucenia oferty. Za reprezentatywny w tym zakresie można uznać, m.in. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 września 2014 r.,

8

sygn. akt: KIO 1716/14, w którym Izba orzekła m.in. iż: „Izba nie podzieliła także argumentacji odwołującego związanej z zaokrągleniem uzyskiwanych procentów do pełnych jednostki. W ocenie Izby postanowienia IDW w tym zakresie były jednoznaczne tj. zamawiający zakazał przekroczenia wartości 2% łącznej ceny netto oferty, zatem każde przekroczenie choćby w promilach stanowiło błąd w obliczeniu ceny i zamawiający nie miał obowiązku doprecyzowywania, że uzyskane wartości po przekroczeniu założonej przez niego wartości procentowej będą lub nie zaokrąglane zgodnie z regułami matematycznymi. Oczekiwanie wskazywania ilości miejsc po przecinku przy przekroczeniu wartości 2%, przez podane np. 2, 00%, w ocenie Izby jest powoływane na obecnym etapie jedynie na potrzeby niniejszego odwołania. Sam odwołujący w przypadku dwóch pozostałych limitów w poz. 1 i 5 przestrzegał zasady nieprzekroczenia limitów, a więc przyjmował, że wartość graniczna nie może być w żaden sposób przekroczona. ”

2. Zamawiający powinien ściśle przestrzegać ukształtowanych przez siebie postanowień SIWZ oraz dokonywać czynności w Postępowaniu w oparciu o ich podstawowe, literalne brzmienie - rzeczy jasne nie podlegają interpretacji (a zatem stosowanie analogii jest niedopuszczalne).

3. Zamawiający de facto dokonał zmiany wymagań zawartych w SIWZ co jest sprzeczne z art. 38 ust. 4 Pzp. SIWZ jednoznacznie wskazuje na to, że proporcja cen nie może być mniejsza niż 32,0%. Zastosowanie - poprzez analogię - zaokrąglenia zmodyfikowało ten wymóg. Takie działania stanowią naruszenie zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, co potwierdzają m.in. orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej:

a. Wyrok KIO 2267/14: „Ogólnie wskazać tu należy, dzieląc w tym zakresie stanowisko

Łbzy wyrażone w uzasadnieniu wyroku KIO 868/10, iż specyfikacja istotnych warunków zamówienia, od momentu jej udostępnienia, jest wiążąca dla zamawiającego - jest on obowiązany do przestrzegania warunków w niej umieszczonych. Jak wskazuje art. 701 § 3 kc jest to zobowiązanie, zgodnie z którym organizator od chwili udostępnienia warunków, a oferent od chwili złożenia oferty, zgodnie z ogłoszeniem aukcji albo przetargu są obowiązani postępować zgodnie z postanowieniami ogłoszenia, a także warunków aukcji albo przetargu. Z uwagi na to, że obok ogłoszenia zamawiający konkretyzuje warunki przetargu zarówno odnośnie do zamówienia (umowy), jak i prowadzenia postępowania w specyfikacji, to siwz należy uznać za warunki przetargu w rozumieniu K.c. Udostępnienie siwz jest zatem czynnością prawną powodującą powstanie zobowiązania po stronie zamawiającego, który jest związany swoim oświadczeniem woli co do warunków prowadzenia postępowania i kształtu zobowiązania wykonawcy wymienionych w siwz. Zaznaczyć przy tym należy, iż co do zasady, dla oparcia i wyprowadzenia konsekwencji prawnych z norm siwz, jej postanowienia winny być sformułowane w sposób precyzyjny i jasny. Precyzyjne i jasne

9

formułowanie warunków przetargu, a następnie ich literalne i ścisłe egzekwowanie jest jedną z podstawowych gwarancji, czy wręcz warunkiem sine qua non, realizacji zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

b. Wyrok KIO/UZP 67/09: „Uchybienia Zamawiającego polegające na braku wystarczającej precyzji przy formułowaniu dokumentacji postępowania nie powinny obciążać wykonawców stosujących się do literalnego brzmienia postanowień SIWZ. Obowiązkiem Zamawiającego jest dokonywanie oceny jedynie na podstawie sformułowanych w siwz zasad i wymagań. Obowiązek przestrzegania na każdym etapie postępowania postanowień siwz jest nie tylko wyrazem formalizmu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Stanowi również realizację zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wynikającej z art. 7 ust. 1 Pzp. Zamawiający nie może po dokonaniu czynności otwarcia ofert dokonywać reinterpretacji treści dokumentów postępowania, gdyż godzi to w prawa wykonawców biorących udział w postępowaniu.”

Zamawiający w piśmie, które wpłynęło dnia 3 marca 2016 r. oświadczył, że „przyjmuje w całości odwołanie firmy Zakład Instalacji Sanitarnych i Robót Inżynieryjnych SANEL sp. z o.o. ul. 11 Listopada 36, 41-705 Ruda Śląska z dnia 23 lutego 2016 r.

Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wniósł o oddalenie odwołania i wskazał, że gdyby cytowane wyżej pismo zawiadamiającego zostało potraktowane jako uwzględnienie w całości zarzutów odwołania, to na zasadzie art. 186 ust. 4 ustawy pzp zgłasza sprzeciw wobec tego uwzględnienia i wnosi o oddalenie odwołania w całości.

Odnosząc się do zarzutów odwołania wskazał w złożonym piśmie, że są one bezzasadne. Wskazał na treść pkt 13.8 IDW, w którym podano dokładność, z jaką należy wyliczyć niniejszy procent, tj. z dokładnością do jednego miejsca po przecinku na co wskazuje wielkość 32,0%.

Zgodnie z powyższym zaokrąglenie 31,9945676% wartości oferty za wykonanie całości zamówienia do jednego miejsca po przecinku daje 32,0%, czyli jest zgodne z pkt 13.8 IDW. Zauważył, że w niniejszym przypadku nie mamy do czynienia z zaokrągleniem ceny, czyli wartości wyrażonej w PLN, lecz z sytuacją zaokrąglania stosunku procentowego obliczonego w oparciu o przedstawione w ofercie wykonawcy ceny. Uznał za prawidłowe zaokrąglenie do 1 miejsca po przecinku, co można wywodzić z dokładności wskazania proporcji (32,0%) i przyznał, że niedopuszczalne byłoby i nie miało zastosowania zaokrąglenie z pkt 13.5 jako nie dotyczące proporcji lecz wartości cenowych.

10

Wskazał, że dla obliczenia proporcji należało wziąć pod uwagę liczby mające podobne części składowe i zacytował treść odpowiedzi na pytanie 466, w której zamawiający potwierdził, że warunek będzie wyliczany w oparciu o wartość całej oferty, tj. łącznie z kwotą warunkową. Uwzględniając nadto postanowienia warunków kontraktów przedstawił porównawcze wyliczenie proporcji ceny etapu do całej wartości mając na uwadze, że kwota warunkowa (5%) winna być uwzględniona przy obliczaniu obydwu kwot porównywanych. W

efekcie uzyskał wynik ze stosunkiem procentowym w wysokości 33,59429601%, a po zaokrągleniu do 1 miejsca po przecinku 33,6%, co ma wskazywać na spełnienie warunku z pkt 13.8 IDW.

Niezależnie od powyższego wskazał na cele regulacji Prawa zamówień publicznych służące zabezpieczeniu racjonalności wydatkowania środków publicznych z zachowaniem zasad gospodarności. Zauważył, że nieumyślna omyłka w obliczeniu ceny została poprawiona o łącznie 6.500,02 zł przy całkowitej wartości robót etapu I oszacowanej na kwotę 13.784.206,96 zł, co stanowi mniej niż 0,05% wartości robót I etapu i mniej niż 0,03% wartości netto oferty przystępującego. Stwierdził, że zamawiający mógł dokonać poprawienia omyłki na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp w ten sposób, by cel spełnienia wszystkich kryteriów siwz został spełniony. Na poparcie stanowiska wskazał na orzecznictwo. Podkreślił także, że cena jego oferty była niższa o 612.997,98 zł od ceny zaoferowanej przez odwołującego. Oferta była także korzystniejsza pod względem drugiego kryterium tj. okresu gwarancji dwukrotnie wyższego niż okres zaproponowany przez odwołującego.

Wskazał na skutki w postaci zmarnotrawienia środków publicznych w razie przyjęcia zarzutów odwołania opierających się wyłącznie na literalnej i błędnej wykładni treści siwz.

Na posiedzeniu Izby Zamawiający oświadczył, iż jego stanowisko zawarte w piśmie z dnia 3.03.2016 r. oznacza uwzględnienie zarzutów odwołania.

W toku rozprawy strony i uczestnik przedstawili stanowiska.

Odwołujący podtrzymał odwołanie wraz z zawartą argumentacją. Wskazał na kolejne czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia tj. złożenie ofert, poprawienie oferty, zaokrąglenie i wynik oceny. Przypomniał postanowienia IDW gdzie w punkcie 13.5 wskazano na regułę zaokrąglenia matematycznego do dwóch miejsc po przecinku dla każdej pozycji rozbicia ceny ofertowej wyrażonej w PLN. Wskazał następnie na pkt 13.8 IDW, gdzie ustalono proporcje ceny etapu do ceny całości oferty i zauważył jak w odwołaniu, że przedstawiona wielkość 32,0% nie podlega zaokrągleniu ze wskazaniem, iż koszt realizacji w drugim etapie nie może być mniejszy niż powyższy procent wartości całej oferty. Wskazał na

11

treść formularza „Rozbicie ceny ofertowej” - zbiorcze zestawienie kosztów z postanowieniami dotyczącymi wymaganych proporcji cenowych oraz kwoty warunkowej stanowiącej 5% zsumowanej wartości etapu pierwszego i etapu drugiego. Zauważyła, że przystępujący nie kwestionował faktu popełnienia omyłki oraz czynności poprawienia omyłki w ofercie przez zamawiającego. Wskazał na treść pisma przystępującego, w tym zawartą na stronach od 5 do 7, która zawiera w jego ocenie interpretację dotyczącą kwoty warunkowej niezgodną z postanowieniami SIWZ. Zauważył, iż przystępujący w swoim piśmie na stronie 3 potwierdził proporcje wartości etapu do całości zamówienia w wysokości 31,9945676% uznając za poprawne zaokrąglenie tej wielkości do wartości 32,0% co uznaje za zgodne z pkt 13.8 IDW. Dalej w piśmie przystępujący potwierdził, iż nie mamy do czynienia z zaokrągleniem ceny, czyli wyrażonej w PLN, lecz z sytuacją zaokrąglenia stosunku procentowego obliczonego w oparciu o przedstawione w ofercie wykonawcy ceny. Podkreślił, że strona przeciwna nie przedstawiła argumentów co do dopuszczalności dokonywania zaokrągleń w zakresie proporcji cenowych.

Zamawiający podtrzymuje stanowisko wyrażone na piśmie i w trakcie posiedzenia.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania, podtrzymał argumentację zawartą w złożonym piśmie. Zauważył, że wielkość z pkt 13.8 IDW wyrażona jako 32,0% determinuje ocenę, że ten stosunek ma być wyrażony z zaokrągleniem do jednego miejsca po przecinku. Zgodną z tym ocenę dokonała komisja przetargowa dokonując prawidłowego wyboru oferty najkorzystniejszej. Niezależnie od powyższego podzielił pogląd, iż postanowienia punktu 13.5 IDW dotyczą zaokrąglenia kwot wyrażonych w PLN. Na poparcie stanowiska złożył uzyskaną opinię prawną z Zespołu Radców Prawnych Urzędu Miasta Krakowa, które jest zainteresowane zamówieniem ze względu na udział w finansowaniu zamówienia.

Przypomniał argumentację zawartą we własnym piśmie na temat kwoty warunkowej w kontekście sposobu jej ustalenia wskazanego w rozbiciu ceny ofertowej – ZZK i odpowiedzi na pytanie 466 oraz zacytowanych w piśmie postanowień warunku kontraktu – klauzula 13.5 (strona 5 pisma procesowego). Wskazał na cel postępowania, zasady racjonalności, gospodarności, okoliczności społeczne realizacji zamówienia, a także nieistotność

popelnionej omyłki w relacji do wartości przedmiotu zamówienia.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpatrzeniu sprawy na rozprawie z udziałem stron i uczestnika, biorąc pod uwagę stanowiska przedstawione na piśmie i do protokołu rozprawy

12

oraz dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym warunków zamówienia oraz treść oferty postanowienia specyfikacji istotnych przystępującego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Niesporne jest, iż zamawiający zastrzegł w pkt 13.8 IDW warunek, aby cena wykonania Etapu II była nie mniejsza niż 32,0% ceny całej oferty. W tym samym punkcie IDW, wskazano, iż jeżeli wskazane przez Zamawiającego proporcje nie zostaną zachowane to uzna on, że treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia i na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) Pzp odrzuci ofertę Wykonawcy.

Sposób rozumienia tak przedstawionej proporcji cen stanowi istotę sporu w niniejszym postępowaniu odwoławczym. Zauważyć należy, że podana wielkość, nazywana proporcją cen nie zawierała dodatkowych dookreśleń w postaci np. zasad zaokrąglania. W wyniku niekwestionowanego poprawienia przez zamawiającego treści oferty o Konsorcjum Energopol zawierającej nieumyślną omyłkę rachunkową cena za wykonanie całego Zamówienia wyniosła 26 808 394,78 zł brutto, cena za wykonanie II etapu Zamówienia: 8 577 230,00 zł brutto, a w efekcie proporcja cen zdefiniowana w powołanym w pkt 13.8 Instrukcji Dla Wykonawców wyniosła 31,9945676%.

Powyższy wynik obliczenia proporcji nie został zakwestionowany w toku sprawy, jakkolwiek przystępujący w złożonym piśmie przedstawił alternatywny sposób obliczenia proporcji, który w ocenie składu orzekającego nie zasługuje na aprobatę wobec przyjęcia przesłanek nie wynikających ze sposobu ustalenia kwoty warunkowej w zbiorczym zestawieniu kosztów i wyjaśnień co do tej kwoty w odpowiedzi zamawiającego na pytanie 466.

Odnosząc się do przedstawionego powyżej wyniku stwierdzić należy, że cena za wykonanie II etapu Zamówienia wyniosła 31,9945676% ceny za wykonanie całego Zamówienia, a liczba ta jest mniejsza niż wartość wymagana przez Zamawiającego. Zamawiający jednoznacznie wskazał, iż wymaga, by wartość ta wynosiła nie mniej niż 32,0% wartości całej oferty. W ocenie Izby brak jest podstaw prawnym jak również brak było podstaw przewidzianych w siwz do przyjęcia możliwości zaokrąglania wyliczenia proporcji cen, w tym zaokrąglania w sposób sugerowany przez przystępującego, do 1 miejsca po przecinku. Niesporne jest że mamy tu do czynienia z dwiema konkretnymi skończonymi wielkościami wyrażonymi w procentach, z których jedna jest mniejsza od drugiej. Przy jednoczesnym jednoznacznym wymogu, by przedmiotowa wartość była nie mniejsza, co należy rozumieć jako równa lub większa, wynik obliczenia proporcji cen oznacza, że nastąpiła niezgodność treści oferty z treścią powołanego wymogu siwz opisanego w pkt 13.8 IDW. Konsekwencją stwierdzenia jest uznanie, że zachodzi w odniesieniu do oferty przystępującego przesłanka z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp.

13

Oceniając przedstawione okoliczności, orzeczono jak w sentencji.

Izba uwzględniła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 2 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:

.....

14