

WYROK
z dnia 2 sierpnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 sierpnia 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 lipca 2017 r. przez wykonawcę **E. W., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowe „Wolimex” E. W. w Limanowej** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - **Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej i Budownictwa Zawoja spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Zawoi**

przy udziale wykonawcy **Ekoinstal spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Suchej Beskidzkiej**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu - **Przedsiębiorstwu Gospodarki Komunalnej i Budownictwa Zawoja spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Zawoi** powtórzenie badania i oceny ofert, i odrzucenie oferty wykonawcy **Ekoinstal spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Suchej Beskidzkiej** na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych.

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego - **Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej i Budownictwa Zawoja spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Zawoi** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych, zero groszy), uiszczonej przez wykonawcę **E. W., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowe „Wolimex” E. W. w Limanowej** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od zamawiającego - **Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej i Budownictwa Zawoja spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Zawoi** na rzecz wykonawcy **E. W., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowe „Wolimex” E. W. w Limanowej** kwotę 24 327 zł 60 gr (słownie: dwadzieścia cztery tysiące trzysta dwadzieścia siedem złotych, sześćdziesiąt groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika i dojazdu na rozprawę.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

1. Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej i Budownictwa Zawoja spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Zawoi (zwane dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. „ Budowa systemu sieci kanalizacji sanitarnej w miejscowości Skawica " realizowany zgodnie z warunkami kontraktowymi F1DIC - czerwona

książka w ramach Projektu pn. „Uporządkowanie gospodarki wodnokanalizacyjnej na terenie Gminy Zawoja - etap I”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym WE poz. 2017/S 047-086733. Zamawiający zamieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015, poz. 2164 z późn. zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych).

W dniu 14 lipca 2017 r. przez wykonawcę E. W., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowe „Wolimex” E. W. w Limanowej (dalej: Odwołujący) zostało wniesione odwołanie, w którym zarzucono Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Ekoinstal z postępowania pomimo, iż oferta Ekoinstal jest niezgodna z SIWZ,
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 6 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Ekoinstal z postępowania pomimo, że oferta Ekoinstal zawiera błąd w obliczaniu ceny, Powyższe zarzuty uzasadniono tym, że oferta Ekoinstal zawiera szereg nieuzupełnialnych braków i niezgodności skutkujących koniecznością odrzucenia jej z postępowania. Do oferty nie dołączono kompletnego dokumentu „Wykaz cen” oraz Załącznika nr 1a do SIWZ (wykazu klauzul stanowiących część składową formularza ofertowego); ponadto Odwołujący zgłaszał wątpliwości dotyczące udzielonej gwarancji.
- 3) art. 91 ust. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez wybór oferty Ekoinstal jako oferty najkorzystniejszej w sytuacji, gdy oferta Ekoinstal powinna być odrzucona i to oferta Odwołującego powinna zostać wybrana jako oferta najkorzystniejsza,
- 4) art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W związku z powyższym Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie

3

unieważnienia czynności z dnia 5 lipca 2017 r., polegającej na wyborze oferty Ekoinstal jako oferty najkorzystniejszej, dokonania ponownego badania oraz oceny ofert, odrzucenia oferty Ekoinstal na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz pkt 6 Prawa zamówień publicznych oraz dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca Ekoinstal spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Suchej Beskidzkiej, którego oferta została uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą (dalej: Przystępujący albo Ekoinstal).

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem ma interes w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że zasadniczym zarzutem odwołania jest naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 Prawa zamówień publicznych, inne naruszenia przepisów prawa wskazane w odwołaniu są konsekwencją zaniechania odrzucenia przez Zamawiającego oferty Przystępującego. Dlatego potwierdzenie się przynajmniej jednej z okoliczności powodujących odrzucenie oferty Przystępującego, skutkuje uwzględnieniem odwołania i koniecznością powtórzenia badania i oceny ofert oraz odrzuceniem oferty Przystępującego.

I tak, badając, czy zaistniała przesłanka odrzucenia oferty Przystępującego, Izba ustaliła, co następuje:

1. Zgodnie z treścią § 14 Instrukcji dla Wykonawców (dalej: IDW; odpis IDW i innych dokumentów przywołanych w uzasadnieniu w aktach postępowania; Izba z urzędu jako

dowód w sprawie dopuściła dokumentację postępowania sygn. akt KIO 956/17 i KIO 957/17),
będącej częścią SIWZ:

„Opis sposobu obliczenia ceny

4

1. Wykonawca poda w Ofercie, cenę za wykonanie zamówienia. Podana w ofercie cena stanowić będzie sumę cen za poszczególne roboty, obliczoną uwzględniając informacje oraz wskazówki ujętych w przedmiarze."

2. Zgodnie ze Wzorem Umowy Warunki Szczególne:

• Subklauzula 1.12:

„Strony będą uważać szczegóły Kontraktu za poufne w takim zakresie, w jakim przewiduje to Prawo biorąc pod uwagę status Zamawiającego oraz wymogi przewidziane dla inwestycji dofinansowywanych ze środków Funduszu Spójności. W odniesieniu do stron trzecich Wykonawca będzie traktował szczegóły Kontraktu jako poufne, z wyjątkiem takiego ich zakresu jaki może być konieczny do wypełnienia zobowiązań wynikających z Kontraktu lub zastosowania do nich obowiązujących praw."

• Subklauzula 14.1:

„Jeżeli nie jest podane inaczej w Warunkach Szczególnych, to:

a) Cena Kontraktowa będzie uzgodniona lub ustalona na mocy Subklauzuli 12.3 [Wycena] i będzie podlegała korektom zgodnie z Kontraktem;

b) Wykonawca będzie płacił wszystkie podatki, należności i opłaty wymagane do płacenia przez niego według Kontraktu, a Cena Kontraktowa nie będzie korygowana ze względu na jakiegokolwiek z tych kosztów, oprócz sytuacji podanej w Subklauzuli 13.7 [Korekty wynikające ze zmian stanu prawnego] i oprócz VAT, który zostanie zapłacony w kwotach należnych według przepisów prawa polskiego w sprawie VAT, obowiązujących na dzień wystawienia faktury przez Wykonawcę;

c) wszelkie ilości jakie mogą być ustalone w Przedmiarze Robót lub innym Wykazie są ilościami szacunkowymi i nie należy ich brać pod uwagę jako ilości rzeczywistych i prawidłowych:

(i) Robót, których wykonania wymaga się od Wykonawcy, ani

(ii) dla celów Klauzuli 12 [Obmiary i wycena]; a nadto

d) w ciągu 28 dni po Dacie Rozpoczęcia Wykonawca dostarczy Inżynierowi proponowany podział każdej kwoty ryczałtowej zawartej w Wykazach. Inżynier może wziąć pod uwagę ten podział przy sporządzaniu Świadectw Płatności, ale nie będzie nim związany

• Subklauzula 14.3:

„Faktury Wykonawcy muszą być sporządzane odrębnie dla wartości kwalifikowanych i niekwalifikowanych w oparciu o dyspozycje Inżyniera na podstawie klauzuli 14.6."

• Subklauzula 14.6:

„Przejęciowe Świadectwa Płatności powinny mieć wyodrębnione części dotyczące kosztów kwalifikowanych i niekwalifikowanych. Inżynier będzie wskazywał na podział kosztów (lub wartości) kwalifikowanych i niekwalifikowanych na podstawie wytycznych Narodowego Funduszu Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej. Po zatwierdzeniu przez

5

Zamawiającego podziału kwot, Inżynier poda Wykonawcy dyspozycje dotyczące kwalifikowalności kosztów lub innych wartości dla potrzeb sporządzania Rozliczeń"

3. Zgodnie z SIWZ wykonawcy biorący udział w postępowaniu byli zobowiązani do wypełnienia i załączenia wraz z ofertą dokumentu pn. „Wykaz cen” uzupełnionego na podstawie wzoru oraz wytycznych przygotowanych przez Zamawiającego (załącznik nr 7 do SIWZ). Dokument składał się z następujących elementów:

- 1) Preambuła,
- 2) Wykaz Cen - Zestawienie Zbiorcze,
- 3) Wykaz Cen nr 1 - Pozycje Ogólne,
- 4) Wykaz Cen nr 2 - Sieć kanalizacyjna
- 5) Wykaz Cen nr 3 - Przyłącza.

Preambuła „Wykazu cen” brzmiała następująco:

„Uwagi ogólne

Płatności za wszystkie pozycje Robót zostaną dokonane na podstawie ustalonej kwoty ryczałtowej, zgodnie z Klauzulą 14 Warunków Kontraktu. Opisy poszczególnych pozycji podane w Podziale Ceny Ogólnej (w poszczególnych Wykazach Cen) nie powinny być traktowane jako ograniczające zobowiązania Wykonawcy wynikające z Kontraktu na wykonanie Robót, które zostały wyczerpująco opisane w innych dokumentach.

Ceny

Ceny Wszystkich pozycji Robót powinny zostać podane w PLN. Niezależnie od ograniczeń, jakie mogą sugerować sformułowania dotyczące poszczególnych pozycji w Wykazach Cen i/lub wyjaśnienia w niniejszym wstępie, Wykonawca winien mieć pełną świadomość, że kwoty, które wprowadził do Wykazów Cen dotyczą Robót zakończonych całkowicie pod każdym względem. Przyjmuje się, że Wykonawca jest w pełni świadom wszystkich wymagań i zobowiązań, wyrażonych bezpośrednio, czy też sugerowanych, objętych każdą częścią niniejszego Kontraktu i że stosownie do nich wycenił wszystkie pozycje. W związku z powyższym podane kwoty muszą obejmować wszelkie wydatki poboczne i nieprzewidziane oraz ryzyko każdego rodzaju, niezbędne do budowy, ukończenia, uruchomienia i konserwacji całości Robót zgodnie z Kontraktem. Kwoty wprowadzone przez Wykonawcę w odniesieniu do wszystkich pozycji w Wykazach Cen muszą odzwierciedlać właściwy związek z kosztem wykonywania Robót opisanych w Kontrakcie. Wszystkie koszty stałe, zyski, koszty ogólne i podobnego rodzaju obciążenia (o ile nie wymienione osobno), odnoszące się do niniejszego Kontraktu jako całości, należy rozdzielić pomiędzy wszystkie kwoty podane w Wykazach Cen, podczas gdy koszty dotyczące określonych części Kontraktu należy rozciągnąć na te pozycje, których te części dotyczą.

6

Zgodnie z informacjami z SIWZ wykonawca był zobowiązany wypełnić wszystkie pozycje poszczególnych wykazów, a następnie dokonać zsumowania poszczególnych pozycji celem ustalenia końcowych cen w ramach poszczególnych części wykazu. Następnie otrzymane wyniki miały zostać przeniesione do Wykazu Cen - Zestawienie Zbiorcze.

4. W dniu 24 marca 2017 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na pytanie jednego z wykonawców:

„Pytanie 10:

Dla nas jako przyszłych oferentów nie jest zrozumiałe, jakie jest logiczne połączenie Wykazu Cen nr 2-„Sieć kanalizacyjna” oraz Wykazu Cen nr 3 „Przyłącza” z przedmiarem robót „Budowa kanalizacji sanitarnej w miejscowości Skawica Gmina Zawoja” poz. od 1 do 22 oraz przedmiarem robót „Budowa kanalizacji sanitarnej w miejscowości Skawica Gmina Zawoja” poz. od 1 do 9. jeśli dobrze rozumiemy to przedmiar robót „Budowa kanalizacji sanitarnej w miejscowości Skawica Gmina Zawoja” poz. od 1 do 9 dotyczy Wykazu cen nr 3 - „Przyłącza”.

Niemniej jednak nie potrafimy zidentyfikować ilości przyłączy. Trudno również połączyć ten przedmiar i wykazy cen z zamieszczonym przez Zamawiającego projektem.

Odpowiedź:

Obowiązkiem wykonawcy jest wypełnienie wszystkich zamieszczonych załączników. Zamawiający zamieścił w wykazie cen „przyłącza” gdyż w rozliczeniu z instytucją wdrażającą projekt Jest to koszt niekwalifikowany. Ilość nieruchomości, które należy podłączyć do sieci kanalizacyjnej określa projekt budowlano-wykonawczy i jako dokument pomocniczy również przedmiar robót”

5. Ekoinstal - jako jedyny wykonawca z sześciu wykonawców, biorących udział przedmiotowym postępowaniu, dołączył jedynie część załącznika nr 7, zatytułowaną „Wykaz cen - Zestawienie Zbiorcze”.

W ocenie Odwołującego powyższe jednoznacznie przesądza o tym, iż oferta Wykonawcy jest niezgodna z SIWZ i powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych. Zdaniem Zamawiającego, postanowienia SIWZ były niejasne odnośnie konieczności załączenia kompletnego wykazu cen (według Zamawiającego nakazanie przez SIWZ „wypełnienia” wszystkich załączników nie jest równoznaczne z koniecznością ich załączenia do oferty), a niejednoznaczne postanowienia SIWZ powinno się interpretować na korzyść wykonawcy, dlatego nie odrzucił oferty Przystępującego z postępowania.

Oceniając tak ustalony stan faktyczny, Izba stwierdziła, że rację ma Odwołujący, i oferta Przystępującego powinna zostać odrzucona jako niezgodna z treścią SIWZ. Nie można zgodzić się ze stanowiskiem Zamawiającego, który twierdził, że nakazanie przez

7

SIWZ „wypełnienia” wszystkich załączników nie jest równoznaczne z koniecznością ich załączenia do oferty. Nie istnieje powód, dla którego Zamawiający miałby nakazywać wykonawcom jedynie wypełnienie załączników i nie wiązał tego nakazu z obowiązkiem ich załączenia do oferty. W ocenie Izby, jeżeli na gruncie pierwotnej treści SIWZ były co do tego jakiegokolwiek wątpliwości, to rozwiewała je ostatecznie odpowiedź na pytanie 10 – Zamawiający jednoznacznie nakazał wypełnienie wszystkich załączników. Wszyscy wykonawcy oprócz Przystępującego zrozumieli ten nakaz, dlatego trudno dopatrzyć się tu jakichkolwiek niejasności w postanowieniach SIWZ.

Przeciwnie, może dziwić sposób działania Przystępującego, który wydzielił do załączenia do oferty jedynie fragment załącznika nr 7. Załącznik nr 7 zatytułowany był „Wykaz cen”, i składał się z następujących części: uwagi ogólne, ceny, płatności, wykaz cen – zestawienie zbiorcze, wykaz cen nr 1 – pozycje ogólne, wykaz cen nr 2 – sieć kanalizacyjna, wykaz cen nr 3 - przyłącza. Przystępujący do oferty załączył tylko część wykazu cen – zestawienie zbiorcze. Pominął wszystkie pozostałe części. O ile części: uwagi ogólne, ceny, płatności (stanowiące łącznie preambułę, zgodnie z nomenklaturą przyjętą przez Zamawiającego, wykazu cen) zawierają ogólne wskazówki Zamawiającego i nie stanowią treści oferty, to w ocenie składu orzekającego wszystkie wykazy taką treść niewątpliwie zawierają. O konieczności ich wypełnienia (załączenia do oferty) wyraźnie Zamawiający poinformował w odpowiedzi na pytanie 10, tamże również określił, jakie mają dla niego znaczenie (rozdzielenie kosztów kwalifikowanych od niekwalifikowanych). Przesądza to zdaniem Izby o niezgodności treści oferty Przystępującego z treścią SIWZ.

O ile inne uchybienia dostrzeżone przez Odwołującego mogłyby być pomijalne (brak wykazu klauzul nie musiał przesądzać o odrzuceniu oferty Przystępującego, bo co do zasady stanowił powtórzenie wymogów Zamawiającego), bądź naprawialne (wątpliwości co do okresu gwarancji można wyjaśniać), to rację miał Odwołujący, że braku załączenia pełnego wykazu cen (wszystkich wykazów szczegółowych, poza zestawieniem zbiorczym załączonym do oferty Przystępującego), nie można naprawić – ani wyjaśnić ani uzupełnić – w toku postępowania. Jest to treść oferty, a więc nie jest to dokument, o którym mowa w art. 25 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, a tym samym niemożliwym jest skierowanie do wykonawcy wezwania w trybie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych w celu uzupełnienia ww. dokumentu.

Wobec powyższych okoliczności Izba stwierdziła, że doszło do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych, dlatego orzeczono jak w sentencji.

Izba nie dopatrzyła się podstaw do ustalenia, że oferta Przystępującego podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Prawa zamówień publicznych, ponieważ wobec braku cen składowych, nie można ustalić, czy w obliczeniu ceny wystąpił błąd.

8

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 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:

.....

9