

Sygn. akt: KIO 727/16

WYROK
z dnia 17 maja 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 maja 2016 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 maja 2016 r. przez Odwołującego **CIEPŁOWNIK Ekoinwestycje Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa** z siedzibą w Plewiskach przy ul. Grunwaldzkiej 475 (62-064 Plewiska)

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Poznańskie Inwestycje Miejskie Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Poznaniu przy Al. Niepodległości 27 (61-714 Poznań)

orzeka:

- 1 Uwzględnić odwołanie i nakazać Zamawiającemu unieważnienie czynności z dnia 25.04.2016 r. polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej oraz odrzuceniu oferty Odwołującego i nakazać poprawienie w ofercie Odwołującego opisu pozycji kosztorysu ofertowego *Branża elektryczna, 1.3 z „Oprawy oświetleniowe przykręcane EW1”* na: *oprawy oświetleniowe przykręcane – H1* oraz poprawienie ilości kompletów dla tej pozycji z 2 na 14 z konsekwencją rachunkową tych zmian dla ceny oferty. Nakazać powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.**
- 2 Kosztami postępowania obciążyć Zamawiającego – Poznańskie Inwestycje Miejskie Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu i:**
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10.000 zł 00 gr.** (słownie: dziesięć tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego CIEPŁOWNIK Ekoinwestycje Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Plewiskach tytułem wpisu od odwołania.**
 - 2.2 zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę **13.600 zł. 00 gr.** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych w związku z wpisem i wynagrodzeniem pełnomocnika.**

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 w Poznaniu.**

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 727/16 2

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Poznańskie Inwestycje Miejskie Sp. z o.o. z/s w Poznaniu w trybie przetargu nieograniczonego na *termomodernizację obiektów:*

1) *Centrum Kształcenia Zawodowego i Ustawicznego Poznań ul. Jawornicka 1* oraz 2) *Zespół Szkół z Oddziałami Integracyjnymi i Specjalnymi Nr 2 ul. Prądyńskiego 23 – obiekt przy ul. Sikorskiego 29* (nr postępowania: PIM/02/16/ZP7/XLIII), ogłoszonym w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 10.03.2016 r., poz. 54604, wobec czynności zaniechania poprawienia i odrzucenia oferty Ciepłownik Ekoinwestycje Sp. z o.o. Sp. k., wykonawca ten wniósł w dniu 2 maja 2016 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 727/16).

Zamawiający w dniu 16 kwietnia 2016 r. przekazał Odwołującemu informację o wyniku postępowania, w tym o odrzuceniu oferty Odwołującego, jako niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 87 ust. 1 Ustawy Pzp poprzez zaniechanie uzyskania wyjaśnień od wykonawcy co do treści złożonej oferty w sytuacji, gdy wskazana pozycja kosztorysu ofertowego wzbudziła wątpliwości Zamawiającego co do zgodności jej treści z siwz;
- 2) art. 87 ust. 2 pkt 3 Ustawy Pzp poprzez zaniechanie obowiązku poprawienia omyłek polegających na niezgodności oferty z siwz w sytuacji, gdy poprawki te nie spowodowałyby istotnych zmian w treści oferty;
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy Pzp poprzez nieuprawnione odrzucenie oferty Odwołującego

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego, nakazanie powtórzenia czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący w podstawie faktycznej zarzutów odniósł się do uzasadnienia decyzji Zamawiającego, który uznał, iż oferta Odwołującego jako niezgodna z siwz podlega odrzuceniu, w której argumentował, iż w kosztorysie ofertowym nie została wyceniona pozycja 10.d.1.3 KNNR 5 0502-03 „oprawy oświetleniowe przykręcane H1 – 14 kpl”, wprowadzona do przedmiaru w ramach zmiany i wyjaśnienia treści siwz w odpowiedzi nr 6 z dnia 22 marca 2016 r.

Odwołujący uznał za nieuprawnione stwierdzenie, że pominął w ogóle wskazaną pozycję przedmiaru przy sporządzaniu kosztorysu ofertowego. W kosztorysie ujęte zostały wszystkie

Sygn. akt: KIO 727/16 3

pozycje wskazane w wyniku wyjaśnień, jakich udzielił Zamawiający. Rozbieżność polega na tym, iż w opisie pozycji 12 (na stronie 4) kosztorysu ofertowego zamiast symbolu opraw oświetleniowych przykręcanych H1 – 14 kpl, pozostawiono pierwotny symbol przewidziany przedmiarem, tj. EW1 oraz nie zmieniono ilości opraw zgodnie ze wskazaniem odpowiedzi, co jest wynikiem ewidentnej omyłki, którą Zamawiający miał obowiązek poprawić na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Ustawy Pzp. Kosztorys ofertowy zawiera dane wyjściowe umożliwiające dokonanie poprawek, które spowodowałyby zmianę wartości oferty o kwotę 3.774,36 zł, co wobec całego zamówienia stanowiłoby nieco ponad 0,1% jego ceny, a więc nie byłoby zmianą istotną ani wpływającą na ranking ofert. Zamawiający mógł również dopytać się wykonawcy o prawidłowość symbolu wycenionej oprawy oświetleniowej, jak również o to, czy obok wycenionych w tej pozycji 2 kpl lamp, koszt pozostałych 12 kompletów został ujęty w innych pozycjach kosztorysu. Zamawiający nie miał prawa automatycznie uznać powziętych wątpliwości za podstawę do odrzucenia oferty, bez przeprowadzenia procedury przewidzianej w art. 87 ust. 2 pkt 3 Ustawy Pzp, wprowadzonej właśnie dla tego, aby z błahych powodów nie eliminować ważnych ofert, które w rzeczywistości okazują się być najkorzystniejszymi.

Stanowisko Izby

Do rozpoznania odwołania zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (tekst jednolity Dz. U. z 2015 r., poz. 2164), tj. po zmianie ustawy z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 1232), zwanej dalej „Ustawą”. Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania i rozpoznała je na rozprawie.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba w pierwszej kolejności zobowiązana była do ustalenia, iż spełnione zostały przesłanki z art. 179 ust. 1 Ustawy do rozpoznania odwołania, tj. naruszenie interesu Odwołującego w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez Odwołującego szkody, będące wynikiem kwestionowanych czynności Zamawiającego. Oceny tej Izba zobowiązana była dokonać z uwzględnieniem zakresu zarzutów i żądań z nich wynikających, skierowanych wobec czynności odrzucenia oferty Odwołującego, której uchylenia domaga się Odwołujący. Skutkiem uwzględnienia odwołania byłoby przywrócenie do oceny oferty Odwołującego i powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, co sprowadzałoby czynności Zamawiającego do etapu poprzedzającego wskazanie oferty najkorzystniejszej, a więc uchylałoby niekorzystne skutki skarżonej decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego. Ponieważ oferta Odwołującego była najtańszą, wykonawca ten miał

realne szanse na uzyskanie przedmiotowego zamówienia, a czynność Zamawiającego niweczyła możliwość udzielenia zamówienia temu wykonawcy.

W związku z powyższym Izba uznała, że spełnione zostały przesłanki materialno prawne do wniesienia odwołania.

Przy rozpoznaniu odwołania Izba miała na uwadze całokształt okoliczności ustalonych na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz oferty Odwołującego.

W postępowaniu oferty złożyli czterej Wykonawcy, oferując ceny na poziomie od: 3.578.144,52 zł. brutto (oferta Odwołującego) do 3.743.389,64 zł. brutto.

Zamawiający w piśmie z dnia 25.04.2016 r. poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej i odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy. Zamawiający uznał, że wykonawca nie dokonał wyceny całości przedmiotu zamówienia zgodnie z siwz oraz zmianami i wyjaśnieniami do treści siwz, tj. wyceny opraw oświetleniowych przykręcanych – H1 – 14 kpl., czego nie można poprawić na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Ustawy. W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający uzupełnił wcześniejszą argumentację uznając, iż poprawienie opisu pozycji, ilości i wyceny prowadziłoby do niedozwolonych negocjacji, a z uwagi na brak analogicznych (identycznych) pozycji w kosztorysie ofertowym nie było możliwe poprawienie treści oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Ustawy. Zamawiający weryfikując ofertę Odwołującego odstąpił od wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 Pzp, opierając się na założeniu, że stwierdzony błąd, pomimo że nieistotny dla całości oferty, nie podlega poprawie w trybie zgodnym z Pzp – w sposób nienaruszający zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zamawiający uznał, iż oferta nie obejmuje pełnego zakresu przedmiotu zamówienia.

Odwołujący przedłożył w ofercie kosztorys ofertowy sporządzony na podstawie przedmiarów przygotowanych przez Zamawiającego przed zmianą, zawierających opis pozycji 10.d.1.3 branży elektrycznej i ilość, c 2 kpl *oprawy oświetleniowe przykręcane EW1* – wycenionej wg ceny jednostkowej 314,53 zł. Zamawiający w odpowiedzi na pytanie nr 6 przekazanej wykonawcom w piśmie z dnia 22.03.2016 r. wprowadził zmianę w opisie pozycji poprzez wskazanie na oprawę H1 i ilość kompletów wycenianych - 14. Zamawiający poza zmianą w opisie pozycji 10.d.1.3 usunął z tabeli pozycję dotyczącą opraw EW3, pierwotnie wskazaną w przedmiarze w ilości – 0. Odpowiedź Zamawiającego została wywołana pytaniem, w którym wykonawca zwracał uwagę na brak zgodności pomiędzy projektem, w którym uwzględniono szereg opraw, które nie zostały ujęte w przedmiarze (A.1,A.2, A.3,A.4,D.1,E.1,I.1,I.2,EW2,EW4). Izba ustaliła, iż w kosztorysie inwestorskim Zamawiający w pozycjach dotyczących opraw oświetleniowych pierwotnie wskazanych w przedmiarze

Sygn. akt: KIO 727/16 5

(EW1 i EW3) wskazał inną ilość dla oprawy EW3 (4 kpl.), chociaż w przedmiarze podał ilość – 0 kpl. do wyceny. Na skutek zmiany siwz nie wszystkie oprawy wskazane w projekcie (ale także w kosztorysie inwestorskim) zostały ujęte w przedmiarze, na podstawie którego wykonawcy wyceniali cenę oferty.

Zamawiający wymagał ujęcia w cenach jednostkowych wycenianego przedmiaru robót – ofercie, kosztów wszelkich czynności, które są określone m.in. w projektach, przedmiarach robót i specyfikacjach technicznych wykonania i odbioru robót (pkt 17.1 siwz), zastrzegając w pkt 17.4 siwz, żeby wycenione pozycje kosztorysu ofertowego pokrywały odpowiednie koszty przewidziane dla tych pozycji.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła.

Odwołanie podlega uwzględnieniu.

Zasadniczo dla rozstrzygnięcia w sprawie znaczenie miało ustalenie, czy brak uwzględnienia w kosztorysie ofertowym zmienionego opisu jednej pozycji z przedmiaru, powodowało niezgodność treści oferty z siwz, której poprawienie nie było możliwe na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Ustawy, gdyż prowadziłoby do istotnej zmiany treści oferty. Zgodnie bowiem z art. 87 ust. 2 pkt 3 Ustawy Zamawiający zobowiązany jest do poprawienia innej omyłki polegającej na niezgodności z siwz, niepowodującej istotnej zmiany treści oferty.

Zamawiający faktycznie sam przyznał w odpowiedzi na odwołanie, iż niezgodność występująca w ofercie Odwołującego nie jest istotna dla całości oferty, natomiast przeszkody do jej poprawienia upatrywał w braku analogicznej pozycji w kosztorysie, na podstawie której można byłoby ustalić, iż wykonawca uwzględnił w całości przedmiot zamówienia. Izba uwzględniając odwołanie uznała, iż w świetle występującej niespójności pomiędzy kosztorysem inwestorski (ilości i rodzaje opraw), projektem oraz przedmiarem, wycena pozycji kosztorysowych czyniła wycenę grupy asortymentowej (oprawy oświetleniowe) niejasną, w tym znaczeniu, że oczekiwanie wyartykułowane w siwz co do związania projektem nie miało przełożenia na sposób prezentacji kalkulacji całości kosztów w ofercie. Nie zwalniało to jednocześnie wykonawców z obowiązku uwzględnienia w wycenie kosztów wszelkich czynności, które są określone m.in. w projektach, przedmiarach robót i specyfikacjach technicznych wykonania i odbioru robót (pkt 17.1 siwz). Zamawiający udzielając odpowiedzi na pytanie nr 6 nie wskazał, aby pozostałe oprawy ujęte w projekcie (w tym EW) nie miały być instalowane, a jednocześnie uwzględnił jedynie niektóre z nich w przedmiarach do kalkulacji kosztów wykonania prac. Prowadziło to zatem do konieczności wyceny oferty w oparciu o przedmiar, który odbiegał od projektu i kosztorysu inwestorskiego w części dotyczącej rodzaju i ilości opraw (na zwrócono Zamawiającemu uwagę w pytaniu

Sygn. akt: KIO 727/16 6

do siwz). Zamawiający w odpowiedzi w żaden sposób nie odniósł się do rozwiązań przyjętych w projekcie. Powyższe skłoniło Izbę do przyjęcia, iż brak uwzględnienia w ofercie Odwołującego zmiany opisu pozycji, nie powoduje istotnej zmiany merytorycznej treści oferty, w której nadal nie są wyszczególnione wszystkie przewidziane w projekcie oprawy, a wykonawca może być zobowiązany do ich zainstalowania zgodnie z projektem. Zamawiający w ocenie Izby, w sposób bardzo formalistyczny i subiektywny przyjął, iż oferta nie zawiera wyceny pozycji 10.d.1.3 branży elektrycznej, która znajduje się w kosztorysie ofertowym i wyrażona została kwotą ustaloną na podstawie wskazanej ceny jednostkowej. Wykonawca nie miał możliwości wyjaśnienia Zamawiającemu, przed uznaniem jego oferty za niezgodną z siwz, przyczyn zaistniałej niezgodności i jej znaczenia dla zakresu świadczenia wycenionego w ofercie, ocenionej przez Zamawiającego jako nieistotnej dla całości oferty. Skoro zatem oferta została przygotowana na podstawie przekazanej dokumentacji projektowej i specyfikacji technicznej, to stwierdzenie, iż nie jest ona zgodna z siwz jedynie na tej podstawie, iż odbiega w nieistotnym znaczeniu od opisu pozycji przedmiarowej, nie stanowiło przeszkody do jej poprawienia na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Ustawy. Warto w tym miejscu wskazać, na podkreślany w doktrynie i orzecznictwie cel postępowania, jakim nie jest dokonanie wyboru oferty najbardziej poprawnej formalnie, lecz dokonanie wyboru oferty z najniższą ceną lub oferty przedstawiającej najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia (vide: wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z 18.12.2014 r., sygn. akt X Ga 522/14). To właśnie w tym celu ustawodawca zdecydował się na zliberalizowanie formalizmu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przyznając uprawnienie i obowiązek Zamawiającemu do poprawienia treści oferty na podstawie art. 87 Ustawy, tak aby nie dochodziło do odrzucania ofert zawierających drobne, nieistotne dla treści oferty, niezgodności i błędy. W ocenie Izby, w niniejszym stanie faktycznym Zamawiający mógł dokonać poprawy w treści oferty oznaczenia rodzaju wycenionej oprawy i ilości kompletów, bez ingerencji w przyjętą w kosztorysie cenę jednostkową, umożliwiającą właściwe ustalenie wartości pozycji dla poprawionej ilości kompletów opraw H1. Oczekiwanie, iż w kosztorysie ofertowym znajdzie się analogiczna pozycja, jako wytyczna do poprawienia oferty, nie jest pozbawione racji, jednak nie stanowi jedynego uzasadnienia do poprawienia oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Ustawy. Kluczowym pozostaje bowiem ustalenie, czy niezgodność oferty z siwz nie ma charakteru istotnego, czyli wpływającego znacząco na treść zobowiązania wykonawcy związanego z zakresem jego świadczenia. Może to wymagać zwrócenia się do wykonawcy w trybie art. 87 Ustawy, o wyjaśnienie przyczyny powstałej niezgodności pomiędzy jego ofertą a treścią siwz, w celu ustalenia znaczenia zawartej w ofercie treści, co umożliwi Zamawiającemu ocenić, czy zmiana ma charakter istotny i nadaje się do poprawienia na podstawie dalszych ustępów przepisu art. 87 Ustawy. Zamawiający w przedmiotowej sprawie odstąpił od

Sygn. akt: KIO 727/16 7

wezwania Wykonawcy do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty i przystąpił od razu do oceny stwierdzonej niezgodności oferty Odwołującego z siwz, uznając ją za nieistotną. W ocenie Izby, w niniejszej sprawie sama zmiana rodzaju i ilości oprawy na taką, jaką ostatecznie Zamawiający wskazał w przedmiarze, w sytuacji gdy wyceniona w ofercie oprawa również jest ujęta w projekcie i była wskazana wcześniej w przedmiarze, nie wpływa w sposób istotny na treść oferty, w której wykonawca zobowiązał się wykonać przedmiot zamówienia zgodnie z dokumentacją projektową. Skoro wyceną kosztów objęto pozycję, która uległa modyfikacji tylko w przedmiarze i to już po wszczęciu postępowania, to zmiana ta nie wpływała znacząco na całość oferty i zakres prac ujętych przedmiotem zamówienia. Przyznał to sam Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie uznając, że zmiana nie ma istotnego znaczenia dla całości oferty. Skoro w kosztorysie ofertowym ujęto wycenę pozycji przed zmianą, Zamawiający mógł dokonać samodzielnie poprawienia opisu, zidentyfikowanej poprzez poprzednie brzmienie, pozycji kosztorysowej i jej ilości, a następnie wystąpić do wykonawcy o zgodę, której brak dopiero uzasadniałby odrzucenie oferty. Nieistotną w niniejszym stanie faktycznym pozostawała kwestia ustalenia, czy po zmianie rodzaju oprawy z EW1 na H1, wycena tej pozycji nie czyniłaby ceny oferty rażąco niską (przy wskazaniu poprawnego typu oprawy oświetleniowej), gdyż nie zostało objęte zakresem zarzutu i nie było podstawą decyzji Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego. Zatem Izba, związana na podstawie art. 192 ust. 7 Ustawy zakresem podniesionych zarzutów, nie mogła w tym zakresie prezentować własnej oceny i odnosić się do argumentów Zamawiającego podniesionych w odpowiedzi na odwołanie. Mając na uwadze powyższe, Izba uznała, iż naruszenie do jakiego dopuścił się Zamawiający miało wpływ na wynik postępowania, w którym obecnie jako najkorzystniejsza wskazana została oferta droższa od oferty Odwołującego, co na podstawie art. 192 ust. 2 Ustawy prowadziło do uwzględnienia odwołania i nakazania Zamawiającemu poprawienia treści oferty Odwołującego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Ustawy.

Sygn. akt: KIO 727/16 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 ust. 2 pkt 1 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). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis oraz uzasadnione koszty Odwołującego stwierdzone rachunkiem przedłożonymi przed zamknięciem rozprawy, obejmujące wynagrodzenie jednego pełnomocnika i obciążyła nimi Zamawiającego.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 727/16 9