

Sygn. akt KIO/KD 4214

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 13 maja 2014 r.

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 16 kwietnia 2014 r. zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez Gminę Jaraczewo

dotyczących informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 7 kwietnia 2014 r., (znak: UZP/DKUE/KD/7/14) w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na:

„Budowa świetlicy wiejskiej w Rusku”

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący:	Izabela Niedziałek-Bujak
Członkowie:	Agata Mikołajczyk
	Aneta Mlącka

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia Zamawiającego nie zasługują na uwzględnienie.

Uzasadnienie

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej zwany Prezesem UZP), działając na podstawie art. 165 ust. 1 w zw. z art. 165 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, przeprowadził kontrolę doraźną następczą postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez Gminę Jaraczewo w trybie przetargu nieograniczonego na *budowę świetlicy wiejskiej w Rusku*, którego szacunkowa wartość została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 983.452,77 zł netto, stanowiącą równowartość 244.664,33 euro.

Pismem z dnia 7 kwietnia 2014 r. Prezes UZP doręczył Zamawiającemu informację o wyniku kontroli, oznaczonej sygnaturą UZP/DKUE/KD/7/2014, w której stwierdził naruszenie przez Zamawiającego przepisu art. art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 2 i 3 ustawy

Prawo zamówień publicznych, poprzez odrzucenie oferty wykonawcy Firma Usługowo Handlowo Produkcyjna Kowalski Włodzimierz oraz zaniechanie poprawienia ww. omyłek rachunkowych i innych omyłek (2.1); art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp przez wezwanie do uzupełnienia dokumentów (informacji) o podstawie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia (2.2.); § 1 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów przez wskazanie okresu 5 lat kalendarzowych i wykluczenie możliwości wykazania się realizacją zamówień zakończonych w terminie 1 stycznia 2013 r. – 21 lutego 2013 r.(2.3.); art. 7 ust. 1 w związku z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp przez wskazanie szerszego zakresu dokumentów wymaganych od wykonawców mających siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej niż od wykonawców posiadających siedzibę lub miejsce zamieszkania na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (2.4); art. 25 ust. 1 ustawy przez żądanie przedłożenia umowy spółki cywilnej, która nie jest dokumentem potwierdzającym spełnianie przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu i nie jest dokumentem niezbędnym do przeprowadzenia postępowania (2.5).

Pismem z dnia 16 kwietnia 2014 r. Zamawiający zgłosił Prezesowi UZP umotywowane zastrzeżenia do wyniku kontroli. W zastrzeżeniach odniósł się do wskazanego w pkt 2.1. informacji o wyniku kontroli naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 2 i 3 ustawy Pzp, polegającego na odrzuceniu oferty wykonawcy Firma Usługowo Handlowo Produkcyjna Kowalski Włodzimierz, tj. oferty najkorzystniejszej oraz zaniechanie poprawienia wykazanych omyłek rachunkowych w przedłożonym formularzu ofertowym i innych omyłek w przedłożonym harmonogramie rzeczowo-finansowym stanowiącym załącznik nr 1 o projekcie umowy.

Pismem z dnia 28 kwietnia 2014 r. znak: UZP/DKUE/W2/421/8(6)/14/PF KD/7/14 Prezes UZP zawiadomił Zamawiającego że podtrzymuję stanowisko wyrażone w informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej z dnia 7 kwietnia 2014 r., przekazanej przy piśmie nr UZP/DKUE/W2/421/8(3)/14/PF(19699) odnośnie wskazanego w punkcie nr 2.1. ww. informacji naruszenia ustawy Pzp, przekazując swoje stanowisko w dniu 28 kwietnia 2014 r. do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Prezes UZP wskazał, że Zamawiający nie wniósł zastrzeżeń do naruszeń wskazanych w punkcie nr 2.2, 2.3, 2.4 i 2.5 niniejszej Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej, wskazał jedynie, iż „nie miało również wpływu na wynik postępowania wskazanie przez Zamawiającego w odniesieniu do wykonawców zamieszkałych lub mających siedziby poza

terytorium Rzeczypospolitej Polskiej szerszego zakresu dokumentów, jak również zbędne żądanie umowy spółki cywilnej w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia”.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpatrując zastrzeżenia, miała na uwadze następujące okoliczności faktyczne i prawne.

Stanowisko Zamawiającego przedstawione w zastrzeżeniach z dnia 16.04.2014 r. faktycznie pozwala na uznanie, iż odnoszą się one do naruszenia opisanego w pkt 2.1 informacji o wyniku kontroli z dnia 07.04.2014r. Uwaga poczyniona w pkt 2 zastrzeżeń Zamawiającego, a dotycząca dokumentów, jakich zamawiający żądał od wykonawców zagranicznych oraz umowy spółki cywilnej nie zawiera żadnej argumentacji, która odnosiłaby się do zasadności postawionych zarzutów. Samo stwierdzenie braku wpływu na wynik postępowania nie zmienia prawidłowości samej oceny, stanowi ewentualne jej uzupełnienie. Ponieważ nie zostało to ujęte w formie zarzutu Izba ograniczyła się do powyższej konstatacji.

Zastrzeżenia odnoszą się do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 2 i 3 ustawy, polegającego na odrzuceniu oferty wykonawcy Firma Usługowo Handlowo Produkcyjna Kowalski Włodzimierz, tj. oferty najkorzystniejszej oraz zaniechanie poprawienia wykazanych omyłek rachunkowych w przedłożonym formularzu ofertowym i innych omyłek w przedłożonym harmonogramie rzeczowo-finansowym stanowiącym załącznik nr 1 o projekcie umowy.

Wnosząc zastrzeżenia do wyżej wskazanego naruszenia Zamawiający przyznał, że omyłki dotyczące pozycji A9, B7 i B8 harmonogramu podlegały poprawieniu, ponieważ nie powodowałyby istotnych zmian treści oferty, jednak w kontekście braków harmonogramu niepodlegających uzupełnieniu, poprawki tych omyłek pozostawały bez wpływu na wynik postępowania.

Zasadnicza część zastrzeżeń dotyczy wykazania słuszności stanowiska Zamawiającego w przedmiocie braku podstaw do dokonania w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, poprawienia harmonogramu rzeczowo-finansowego, a polegającego na zwiększeniu kwoty w poz. A5 harmonogramu rzeczowo-finansowego o kwotę z poz. 5.2 kosztorysu ofertowego, tj. 67.755,24 zł. W załączeniu do zastrzeżeń, Zamawiający przedłożył harmonogram rzeczowo-finansowy uwzględniający poprawki wprowadzone zgodnie z zaleceniami kontrolującego w poz. A5 „podłoża i posadzki” oraz uzupełnione wartości brutto we wszystkich pozycjach kosztorysu (kol. Nr 5).

Stwierdził, iż kluczowym dla uznania, czy niezgodności jakie były w spornym harmonogramie rzeczowo-finansowym mogły być przez Zamawiającego poprawione w trybie art. 87 ust. 2

pkt 2 lub 3 pkt 3 ustawy jest określenie charakteru prawnego tego dokumentu. Z uwagi na jego zakwalifikowanie jako załącznika do umowy (§ 1 ust. 5 umowy), stanowił treść oferty.

Jego uzupełnienie przez Zamawiającego o kwotę 67.775,26 zł poprzez dodanie pozycji 5.2 kosztorysu ofertowego „parter część dobudowana” jak i uzupełnienie braków polegających na niewykazaniu przez wykonawcę wartości brutto i zsumowaniu wartości netto i brutto dla całego zadania jak i etapów stanowiłoby ingerencję w treść oferty powodującą jej istotną zmianę, co jest niedopuszczalne w świetle art. 87 ust. 1 ustawy. Zamawiający powołał się na wyrok Sądu Okręgowego w Tarnowie z dnia 25 czerwca 2009 r., sygn. akt V Ga 40/09, w którym Sąd stwierdził, że kwestie zawarte w harmonogramie podlegają ocenie pod kątem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, a uzupełnienie powyższego dokumentu w trybie art. 87 ust. 1 ustawy prowadziłyby do zmiany treści oferty, co w świetle tego przepisu jest niedopuszczalne, a ponadto prowadziłyby do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

Jednocześnie w zastrzeżeniach do wyniku kontroli Zamawiający wskazał, że „wszystkie załączniki zgodnie z pkt 10 ppkt 1 siwz musiały być podpisane przez upoważnionego przedstawiciela wykonawcy uprawnionego do reprezentowania. Harmonogram według pkt 7 siwz dotyczącego między innymi wymaganych dokumentów stanowił załącznik do oferty.

W przypadku wykonawcy Firmy Usługowo-Handlowo-Produkcyjnej W.K. , harmonogram nie był zgodny z powyższym wymogiem, a brak ten nie mógł być uzupełniony na podstawie art. 26 ustawy. Zamawiający uznał, z uwagi na brak wymaganego podpisu, że treść oferty nie odpowiadała treści siwz. Zatem także z tego względu zachodziła przesłanka do odrzucenia przedmiotowej oferty wykonawcy wynikająca z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy mimo, że Zamawiający w uzasadnieniu o odrzuceniu oferty nie zawarł informacji o tej niezgodności treści oferty z treścią siwz”.

Odnosząc się do powyższych zastrzeżeń, Prezes UZP stwierdził, że stanowisko prezentowane przez Zamawiającego do wykazanego ww. naruszenia przepisów ustawy nie zasługuje na uwzględnienie. Jednocześnie, w odniesieniu do wyroku Sądu Okręgowego w Tarnowie wskazał, iż nie ma on zastosowania w przedmiotowej sprawie, gdyż wskazuje on na brak możliwości składania wyjaśnień przez wykonawcę na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy, a nie dotyczy możliwości poprawienia przez Zamawiającego treści oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 i 3 ustawy.

Swoje stanowisko dotyczące możliwości poprawienia treści harmonogramu w trybie przewidzianym w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prezes UZP uzasadniał przez wyjaśnienie pojęcia „innej omyłki”, które nie powinno być interpretowane zawężająco, tj. jedynie jako błąd techniczny w sposobie sporządzenia oferty, ale także pominięcie lub pomylenie określonych wyrażeń czy wartości, czy wszelkich innych powstających bez świadomości ich wystąpienia

przeoczeń i braków prowadzących do niezgodności oferty ze specyfikacją. Powyższe potwierdza orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej w zakresie dopuszczalności poprawiania innych omyłek, polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty

W przedmiotowym stanie faktycznym błąd polegający na wykazaniu w harmonogramie rzeczowo-finansowym w pkt A.5 „*podłóża i posadzki*” jedynie kwoty 26.746,16 zł odpowiadającej wycenie kosztorysowej ww. pozycji 5.1 „*piwnice*”, zamiast sumy pozycji 5.1 „*piwnice*” oraz pozycji 5.2 „*parter część odbudowana*”, stanowi inną omyłkę, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Jest to bowiem widoczna, niezamierzona omyłka wykonawcy, która polega w szczególności na przeniesieniu do harmonogramu rzeczowo-finansowego wartości tylko jednej pozycji kosztorysu, zamiast z dwóch. Zamawiający jest jednak w stanie poprawić tę omyłkę poprzez zsumowanie wartości ww. pozycji i przeniesienie ww. sum do harmonogramu. Tym samym należy uznać, iż Zamawiający był zobligowany do poprawienia ww. omyłki i niezwłocznego zawiadomienia o tym wykonawcy.

Prezes Uzp odniósł się również do dodatkowych okoliczności wskazanych przez Zamawiającego, jako uzasadnienie uznania, że oferta wykonawcy Firma Usługowo-Handlowo-Produkcyjna W.K. była niezgodna z treścią siwz, tj. braku podpisu pod harmonogramem rzeczowo-finansowym przedstawiciela wykonawcy uprawnionego do reprezentacji. Uwzględniając wymóg załączenia dokumentów składanych wraz z ofertą, także charakter i znaczenie harmonogramu, stanowiącego załącznik do umowy, właściwie podpisanej, Prezes Uzp uznał, iż niespełnienie wymogu podpisania każdego załącznika do projektu umowy nie wpływa na realizację zamówienia w sposób przewidziany w treści siwz. W konsekwencji brak podpisania, czy parafowania załączników do oferty, nie stanowi podstawy odrzucenia ofert na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy i również w przedmiotowej sprawie nie miało wpływu na fakt istnienia obowiązku poprawienia przez Zamawiającego ww. oferty zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 2 i 3 ustawy.

Uwzględniając powyższe okoliczności, Izba uznała za zasadne wydanie opinii, w której podtrzymany został wynik kontroli w zakresie naruszenia stwierdzonego w pkt 2.1. informacji o wyniku kontroli, od którego wniesione zostały zastrzeżenia Zamawiającego.

W ocenie składu orzekającego Izby, w okolicznościach ustalonych w sprawie, czynność Zamawiającego polegająca na odrzuceniu ofertę wykonawcy Firmy Usługowo-Handlowo-Produkcyjnej W.K. , z uwagi na stwierdzone braki harmonogramu rzeczowo-finansowego dokonana została z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 2 i 3 ustawy. Izba, odmiennie od Zamawiającego uznała, iż poprawienie treści harmonogramu w sposób wskazany w informacji o wyniku kontroli nie prowadziły do naruszenia art. 87 ust.

2 pkt 2 i 3 ustawy. Zmiana wartości w pozycji A5 harmonogramu przez jej zwiększenie o kwotę możliwą do ustalenia w oparciu o treść kosztorysu ofertowego (poz. 5.2 kosztorysu ofertowego „parter część dobudowana”) nie zmieniałoby w żaden sposób treści oferty, gdyż harmonogram zawierać powinien powielenie wartości pozycji wycenione przez wykonawcę w kosztorysie. Harmonogram, w zakresie wartości wycenionych prac miał charakter wtórny w stosunku do kosztorysu ofertowego, w którym wykonawcy dokonywali wyceny. Błędy występujące w harmonogramie w zakresie ustalonej w kosztorysie wartości prac nie miały charakteru merytorycznego, lecz techniczny i wynikały z pominięcia przy sumowaniu wartości pozycji A5, wycenionej w kosztorysie w dwóch pozycjach 5.1 i 5.2 kosztorysu ofertowego. Poprawiając treść harmonogramu Zamawiający w żaden sposób nie ingerowałby w treść oferty co do wartości wycenionych prac, co uzasadniało przyjęcie, iż nie spełniona została przesłanka wyłączająca zastosowanie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, tj. braku istotnego wpływu na treść oferty. W ten sam sposób należało ocenić pozostałe braki harmonogramu, polegające na niewypełnieniu kolumny z wartością brutto pozycji, która możliwa była również do ustalenia w oparciu o treść kosztorysu ofertowego. O możliwości samodzielnego dokonania poprawienia przez Zamawiającego treści harmonogramu przesądza również załączony do zastrzeżeń i sporządzony na potrzeby tego postępowania harmonogram, uwzględniający uwagi Prezesa Uzp.

Na ocenę braku zasadności zastrzeżeń Zamawiającego w omawianym zakresie nie miała wpływu nowa okoliczność podniesiona przez Zamawiającego w zastrzeżeniach i mająca wskazywać na dodatkową podstawę do odrzucenia oferty wykonawcy, a wynikająca z braku podpisu pod harmonogramem. Na wstępie Izba wskazuje, iż okoliczność ta nie stanowiła formalnej podstawy decyzji o odrzuceniu oferty wykonawcy Firmy Usługowo-Handlowo-Produkcyjnej W.K. , a zatem nie można przypisać jej waloru istotnego dla oceny czynności Zamawiającego, formalnie bowiem nie została ujawniona wobec wykonawcy w toku czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Ocena wpływu na czynność nie może być dokonana w oderwaniu od powyższej uwagi. Izba ostrożnie oceniałaby znaczenie braku podpisu pod harmonogramem rzeczowo-finansowym przez przyjęcie braku znaczenia dla realizacji zamówienia. Nie można odmówić racji Zamawiającemu, iż harmonogram stanowił treść oferty, był dokumentem wymaganym do złożenia, a zatem powinien być, zgodnie z zapisami siwz podpisany, tak aby przyznać mu walor oświadczenia wykonawcy. jednak uwzględniając zakres informacji, jakie zawierać miał harmonogram rzeczowo-finansowy, zamykających się w danych o wartości pozycji wycenionych w kosztorysie ofertowym, brak podpisu pod harmonogramem mógł być oceniony jako nieistotny dla treści oferty, która w tym zakresie była objęta kosztorysem ofertowym. Tym samym harmonogram nie wносił

żadnej dodatkowej treści do oświadczenia wykonawcy zawartego w formularzu ofertowym i kosztorysie.

Wobec powyższego Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 167 ust. 3 Pzp wyraziła opinię, jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....