

Sygn. akt: KIO 2164/10

WYROK
z dnia 20 października 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Ronikier – Dolańska

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 października 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 5 października 2010 r. przez wykonawcę **Revenga Ingenieros S.A. z siedzibą w Madrycie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **PKP Szybka Kolej Miejska w Trójmieście sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni**

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża **Revenga Ingenieros S.A. z siedzibą w Madrycie** i nakazuje zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięciu tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez **Revenga Ingenieros S.A. z siedzibą w Madrycie** oraz zasądza od **Revenga Ingenieros S.A. z siedzibą w Madrycie** na rzecz **PKP Szybka Kolej Miejska w Trójmieście sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni** kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzech tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty zamawiającego poniesie z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gdyni**.

.....

Uzasadnienie

PKP Szybka Kolej Miejska w Trójmieście sp. z o.o. z siedzibą przy ul. Morskiej 350 A, 81-002 Gdynia (dalej „zamawiający”), prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) – zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp” – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na budowę linii telekomunikacyjnej SKM relacji Gdańsk Gł. (km 0,00) – Rumia Janowo (km 30,282).

Szacunkowa wartość zamówienia jest niższa niż kwoty wskazane w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Postępowanie o udzielenie zamówienia wszczęto dnia 9 lipca 2010 r. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 9 lipca 2010 r. pod numerem 201926-2010.

Wykonawca Revenga Ingenieros S.A., Fragua 6 – 28760 Tres Cantos, Madryd, Hiszpania (dalej „odwołujący”) w dniu 5 października 2010 r. wniósł odwołanie (wpływ bezpośredni do Prezesa Izby potwierdzony prezentatą) zaskarżając czynność odrzucenia jego oferty przez zamawiającego w sytuacji, gdy brak było podstaw do dokonania tej czynności.

Odwołujący wniósł o:

- nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności wyboru ofert z uwzględnieniem braku podstaw do odrzucenia oferty Revenga Ingenieros S.A.,
- zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania w tym poniesionego wpisu, jak również kosztów zastępstwa procesowego w kwocie 3600 złotych.

W celu udowodnienia podniesionych w odwołaniu zarzutów odwołujący argumentował, iż jednym z dokumentów, których przedłożenia żądał od wykonawców zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „siwz”) był kosztorys ofertowy sporządzony na podstawie przedmiaru robót załączonego do siwz (pkt 8.2 siwz). Odwołujący

załączył do oferty kosztorys ofertowy, jednakże w wyniku zastosowania do przygotowania kosztorysu innego programu komputerowego niż ten, przy pomocy którego zamawiający opracował przedmiar, w kosztorysie znalazły się nieścisłości. Odwołujący ocenił, iż miały one charakter drobny, praktycznie pomijalny, o wartości - w aspekcie wartość prac, w ramach których doszło do pomyłek – liczonej w promilach. Podniósł, iż w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień pismem z dnia 30 sierpnia 2010 r. wskazał przyczyny powstania błędów oraz zadeklarował, że pomimo nieścisłości w kosztorysie, wszystkie prace wskazane w przedmiarze załączonym do siwz wykona w ramach ceny zawartej w ofercie. W dniu 29 września 2010 r. zamawiający odrzucił ofertę odwołującego wskazując, że jest ona niezgodna z siwz.

Odwołujący wywodził, iż zaoferował wykonanie całości prac wskazanych w siwz, odrzucenie oferty należy zatem rozpatrywać w kontekście wyłącznie wadliwości kosztorysu ofertowego, nie zaś w aspekcie zaoferowania przez odwołującego wykonania prac innych, niż wskazane w siwz. Zwrócił uwagę, iż kosztorys nie jest dokumentem potwierdzającym spełnienie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, stąd też zamawiający w niniejszej sprawie nie mógł odrzucić oferty ze względu na nieprzedłożenie przez odwołującego dokumentów potwierdzających, że roboty budowlane spełniają wymagania siwz. Odrzucenie oferty przez zamawiającego mogło więc (czego, wobec jednozdaniowego uzasadnienia odrzucenia oferty można się domyślać) wynikać jedynie z przyjęcia, że błędy w kosztorysie równoznaczne są z zaoferowaniem przez wykonawcę wykonania innych niż wymagane w siwz prac. Takie działanie jest wadliwe, gdyż odwołujący zaoferował wykonania prac zgodnie z przedmiarem, a więc uwzględniając również te prace, które pominięte zostały w kosztorysie, jak również te prace, które w kosztorysie ujęte zostały nieściśle. Ponadto kosztorys ofertowy w sytuacji, „w której oferta oceniana jest pod kątem ceny ryczałtowej” jest jedynie dokumentem pomocniczym, którego ewentualne wady (szczególnie tak drobne, jak w niniejszej sprawie) nie mogą skutkować odrzuceniem oferty. Podkreślił, iż treścią oferty odwołującego, w rozumieniu prawa cywilnego, jest wykonanie prac opisanych w siwz. Takie oświadczenie jest również składane w treści oferty. Kosztorys natomiast ma na celu jedynie ułatwienie stronom późniejszych rozliczeń. Częste są przypadki, w których zamawiający w ogóle rezygnują z wymogu przedłożenia kosztorysu, bazując jedynie na wynagrodzeniu ryczałtowym. Dodał, iż w treści siwz jako kryterium wyboru ofert (o wadze 90%) wskazano cenę ryczałtową. Wyjaśnił, iż z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej wynika jednoznaczny wniosek, że rozbieżności pomiędzy kosztorysem a przedmiarem, czy nawet istotne błędy kosztorysu nie mogą stanowić podstawy odrzucenia oferty, w sytuacji gdy wynagrodzenie jest ryczałtowe.

Pismem z dnia 15 października 2010 r. zamawiający odpowiedział na odwołanie wnosząc o jego oddalenie. Na rozprawie strony podtrzymały dotychczas prezentowane stanowiska.

Uwzględniając załączoną do akt sprawy dokumentację przedmiotowego postępowania, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron złożone podczas rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu.

Zważywszy brak przesłanek uzasadniających odrzucenie odwołania Izba przeprowadziła rozprawę merytorycznie je rozpatrując.

Izba ustaliła, że odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp.

Dokonując oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, uwzględniając stanowiska stron Izba uznała, że odwołanie jest nieuzasadnione i jako takie nie podlega uwzględnieniu.

Zamawiający prowadzi postępowanie w celu zawarcia umowy na budowę linii telekomunikacyjnej SKM relacji Gdańsk Główny – Rumia Janowo wymagając realizacji zamówienia zgodnie z siwz (pkt 4.1 i 4.2 siwz). Ofertę na realizację przedmiotu zamówienia złożył odwołujący załączając do niej kosztorys ofertowy (k.21-30 oferty). Zamawiający zawiadomił odwołującego pismem z dnia 29 września 2010 r. o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. W uzasadnieniu faktycznym wskazał, iż treść oferty odwołującego nie odpowiada treści siwz, bowiem kosztorys ofertowy załączony do oferty został sporządzony niezgodnie z przedmiarem robót, stanowiącym integralną część dokumentacji projektowej.

Odwołujący przede wszystkim w wyjaśnieniach z dnia 30 sierpnia 2010 r. przyznał, iż w jego ofercie występują pominięcia oraz błędy polegające na niezgodności ilości prac wskazanych w kosztorysie ofertowym z ilościami podanymi w przedmiarach przez zamawiającego w siwz. Wnoszący odwołanie zastąpił także osłony termokurczliwe wymagane w przedmiarze mufami żeliwnymi (pozycja 29, zestawienie materiałów). Przywołane okoliczności, jako przyznane przez odwołującego, nie podlegały dalszemu dowodzeniu. W przedmiotowym zakresie Izba oparła się na ustaleniach poczynionych przez strony stwierdzając w konsekwencji, iż oferta odwołującego dotknięta jest błędami nie podlegającymi poprawieniu stosownie do reguł wyrażonych w art. 87 ust. 2 ustawy. Tym samym za trafną Izba uważa dokonaną przez zamawiającego ocenę oferty odwołującego, skutkującą koniecznością jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Zamawiający w siwz sformułował wymaganie, aby wykonawca sporządził kosztorys ofertowy na podstawie przedmiaru robót stanowiącego załącznik do siwz (pkt 8.2.6 siwz). W siwz został opisany przez zamawiającego także sposób obliczenia ceny oferty, zgodnie z którym wykonawca winien podać w formularzu ofertowym cenę netto w PLN za zrealizowanie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymogami określonymi w pkt. 4.1 siwz oraz w rozdziale IV siwz (projekt umowy) (pkt 18.1 siwz). Postanowieniem § 1 ust.2 projektu umowy zamawiający wskazał, iż *„Prace stanowiące przedmiot umowy wykonawca jest zobowiązany wykonać zgodnie z kosztorysem ofertowym robót, złożonym przez wykonawcę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (...), stanowiącym załącznik do niniejszej umowy”*.

Powołane postanowienia siwz prowadzą do wniosku, iż kosztorysowi ofertowemu – wbrew twierdzeniom odwołującego – zamawiający nie przyznał waloru li tylko informacyjnego czy pomocniczego. Przeciwnie, uczynił zeń istotny element oferty. W konsekwencji za chybioną uznać należy tezę postawioną przez odwołującego, iż treść kosztorysu ofertowego, zważywszy zobowiązanie odwołującego do wykonania całego zakresu robót wg dokumentacji projektowej w tym przedmiaru robót (wyjaśnienia odwołującego datowane na 30 sierpnia 2010 r.) oraz ustalenie wynagrodzenia ryczałtowego, pozostaje bez wpływu na ocenę zgodności oferty odwołującego z treścią siwz. Izba wyraża opinię, iż stanowisko odwołującego nie może zostać zaakceptowane, bowiem brzmienie oferty (kosztorysu ofertowego) wprost wskazuje na jej sprzeczność z treścią siwz i oświadczenie odwołującego w tej kwestii nie może prowadzić do konwalidacji błędów w treści kwestionowanego dokumentu. Kosztorys ofertowy stanowiąc będzie załącznik do umowy i zgodnie z nim wykonawca będzie zobowiązany zamówienie realizować. Tym czasem kosztorys zawarty w ofercie odwołującego nie obejmuje wszystkich pozycji

wymaganych przedmiarem, niektóre pozycje przewidziane są w mniejszej ilości niż zawarta w siwz, a przykładowo osłony termokurczliwe nie zostały w ogóle przewidziane.

W okolicznościach sporu irrelevantny dla jego rozstrzygnięcia pozostaje charakter wynagrodzenia (ryczałtowy – jak dowodził odwołujący czy kosztorysowy – jak chciałby zamawiający). Istotnie, wskazać należy, iż rodzaj wynagrodzenia implikuje sposób rozliczania realizacji umowy, jednakże Izba podziela pogląd wyrażony przez Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 13 marca 2006 r. (sygn. akt V Ca 2469/05), że nawet jeśli wynagrodzenie umowne zawiera elementy charakterystyczne dla rozliczenia ryczałtowego z wykonawcą, oferta powinna uwzględniać wszystkie wymienione w przedmiarze robót pozycje, jeżeli wymagał tego zamawiający. Także Sąd Okręgowy w Poznaniu w wyroku z dnia 14 października 2005 r. (sygn. akt II Ca 1355/05) zwrócił uwagę, że nawet jeśli zamawiający określił, że cena za przedmiot zamówienia jest ryczałtowa, to jednak skoro w siwz domagał się dołączenia do oferty kosztorysu ofertowego przygotowanego na podstawie dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót, jak również obmiaru robót, złożenie oferty z pominięciem w kosztorysie ofertowym przez oferenta niektórych pozycji cenotwórczych uwzględnionych przez zamawiającego w przedmiarze robót albo wynikających z dokumentacji projektowej oraz uwzględnienie w tym kosztorysie pozycji nieuwjętych w projekcie i przedmiarze robót spowodowało, że treść oferty nie odpowiada treści siwz, a to uzasadnia odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Izba zatem wyraża opinię, iż w rozpoznawanej sprawie zasadnicze znaczenie przypisać należy prawidłowemu, sporządzonemu zgodnie z siwz kosztorysowi ofertowemu opracowanemu zgodnie ze stanowiącymi element opisu przedmiotu zamówienia przedmiarami robót (art. 31 ust. 1 ustawy oraz § 4 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i form dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno – użytkowego, Dz. U. z 2004 r. Nr 202, poz. 2072 ze zm.). Izba stoi w konsekwencji na stanowisku, iż treść oferty odwołującego nie odpowiada treści siwz, bowiem została sporządzona niegodnie z jej postanowieniami, co determinowało obowiązek jej odrzucenia, o ile stwierdzonych nieprawidłowości zamawiający nie był zobligowany poprawić przy zastosowaniu art. 87 ust.2 Pzp.

Do rozstrzygnięcia pozostaje tym samym, czy zamawiający zobowiązany był potraktować stwierdzone w kosztorysie ofertowym pominięcia oraz błędy jako omyłki, do których odnosi się art. 87 ust. 2 Pzp.

Izba przychyliła się w tej kwestii do poglądu zamawiającego zawartego w odpowiedzi na odwołanie, iż kosztorys ofertowy zasadniczo różni się od przedmiaru robót załączonego do siwz. Z 93 pozycji zestawienia materiałów z przedmiaru robót w kosztorysie ofertowym brak 31 pozycji. W kosztorysie ofertowym zostało także wskazanych 15 dodatkowych pozycji materiałów, jednak – jak podniósł zamawiający, a odwołujący tego nie zakwestionował – niektóre z materiałów mają charakter zastępczy w stosunku do pominiętych z przedmiaru np. pozycja 33 kosztorysu ofertowego w stosunku do pozycji 77 przedmiaru. Izba za niewiarygodne uznała wyjaśnienia odwołującego zawarte w piśmie z dnia 30 sierpnia 2010 r., iż przywołane w nim bardzo liczne nieścisłości i pominięcia były wynikiem zastosowania innego programu komputerowego do kosztorysowania, a błędne nazwy materiałów wynikały z niedopatrzenia. Trudno zdaniem izby uznać także za nieistotną – jak twierdzi odwołujący - pomyłką pominięcie 7 z 34 pozycji w zestawieniu sprzętu, a w zestawieniu robocizny w miejsce 16 pozycji przedmiaru podanie 4 zupełnie innych.

Podkreślenia wymaga, iż omyłkę charakteryzuje niezamierzone złożenie oświadczenia o innej, niż wynikająca z intencji wykonawcy, treści. Zatem omyłką w treści oferty będzie oświadczenie woli wykonawcy złożenie, wbrew jego zamiarowi, niezgodnie z wymaganiami sformułowanymi w siwz. Zamawiający, aby miał podstawy do stwierdzenia omyłki, co skutkuje obowiązkiem jej poprawienia, powinien mieć ku temu podstawy. Z okoliczności zatem powinno wynikać, iż doszło do omyłki w treści oferty, a nie do złożenia oświadczenia woli zgodnie z intencją wykonawcy, jednak sprzecznego z siwz. Niezbędne jest w tej kwestii każdorazowe badanie okoliczności danego stanu faktycznego. Na gruncie analizowanej sprawy odwołujący w toku postępowania nie udowodnił, iż stwierdzone pominięcia czy nieścisłości stanowiły omyłki, co następnie pozwoliłoby dokonać ich oceny pod względem przesłanek pozwalających na ich poprawienie wskazanych w art. 87 ust. 2 Pzp. Jak dowodził zamawiający rodzaj i skala błędów w kosztorysie ofertowym w stosunku do treści przedmiarów oraz ich charakterystyka wskazująca na inny niż zaprojektowany sposób realizacji zamówienia. Jak pociągnął zamawiający w odpowiedzi na odwołanie koncepcja wykonania robót przez odwołującego wyłaniająca się z kosztorysu ofertowego oparta została o większą ilość robocizny, użycie innych materiałów gorszej jakości i przewiduje znaczące ograniczenie użycia sprzętu specjalistycznego. Na konsekwencję w działaniu odwołującego wskazuje także dodanie szeregu pozycji materiałów, które nie były w przedmiarze wymienione jak np. spoiwo cynowo – ołowiowe LC 30 (pozycja 60 kosztorysu ofertowego), lub kit epoksydowy K-1 (pozycja 25 kosztorysu ofertowego). Jak stwierdził zamawiający w odpowiedzi na odwołanie w wyjaśnieniach z dnia 30 sierpnia 2010 r. odwołujący określił je jako nadmiarowe, jednak w istocie są one zbędne przy technologii robót określonej przez zamawiającego, a potrzebne przy innej technologii. Odwołujący nie przedstawił żadnych argumentów, które pozwoliłyby Izbie na odmienną od zamawiającego

ocenę przedstawionej w odpowiedzi na odwołanie analizy kosztorysu ofertowego odwołującego i wyciągniętych na podstawie jej treści wniosków.

Tym samym Izba rozpoznając zarzuty odwołania stwierdziła, iż zamawiający prawidłowo odrzucił ofertę odwołującego z postępowania na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp oceniając jej treść jako sprzeczną z treścią siwz.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień § 3 pkt 1 a) w zw. z § 5 ust. 3 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. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

.....