

**WYROK**

**z dnia 24 września 2012 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Dagmara Gałczewska – Romek**

**Protokolant: Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 września 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 września 2012 r. przez wykonawcę **Editec Polska Sp. z o.o., 00-815 Warszawa, ul. Sienna 83** w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa - Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Borki, 11-612 Krukłanki, ul. 22 Lipca 4**

**orzeka:**

**1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazuje unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego i nakazuje dokonanie ponownego badania i oceny ofert.**

**2. kosztami postępowania obciąża Skarb Państwa Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Borki, 11-612 Krukłanki, ul. 22 Lipca 4 i:**

**2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Editec Polska Sp. z o.o., 00-815 Warszawa, ul. Sienna 83 tytułem wpisu od odwołania.**

**2.2. zasądza od Skarbu Państwa Państwowego Gospodarstwa Leśnego Lasy Państwowe Nadleśnictwo Borki, 11-612 Krukłanki, ul. 22 Lipca 4, na rzecz Editec Polska Sp. z o.o., 00-815 Warszawa, ul. Sienna 83 kwotę 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 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 **Lublinie**.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Zamawiający - Skarb Państwa - Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Borki miejscowość: Kurklanki prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest budowa budynku biurowego Nadleśnictwa Borki wraz z infrastrukturą techniczną. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 7 sierpnia 2012 roku pod poz. 289056.

W dniu 14 września 2012 roku odwołujący - Editec Polska Sp. z o.o. wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od czynności zamawiającego polegającej na uznaniu, że treść oferty odwołującego nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków i w konsekwencji odrzuceniu oferty odwołującego, o czym odwołujący dowiedział się z pisma przesłanego mu drogą elektroniczną w dniu 10.09.2012 roku.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp - przez zaniechanie poprawienia w ofercie odwołującego innych omyłek - omyłek w opisie pozycji „Kosztorysu urządzenia komunikacyjne” (branża drogowa) odnoszących się do wykonania parkingu i jezdni (str. 94 oferty) - prowadzących do niezgodności oferty odwołującego ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, których poprawienie nie spowodowałoby istotnych zmian w treści oferty odwołującego i w konsekwencji uznanie, że oferta odwołującego nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków i podlega odrzuceniu;
2. art. 87 ust. 1 Pzp - przez zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień odnośnie treści jego oferty, tj. w zakresie opisu pozycji nr 10, 12, 13 i 15 „Kosztorysu urządzenia komunikacyjne” (str. 94 oferty);
3. art. 7 Pzp zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji w postępowaniu, przez nie umożliwienie odwołującemu złożenia wyjaśnień odnośnie treści jego oferty i niezasadne odrzucenie jego oferty.

Wskazując na powyższe odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej i odrzuceniu oferty odwołującego, nakazanie zamawiającemu dokonania ponownego badania i oceny ofert, poprawienia omyłek w ofercie odwołującego, a następnie dokonanie wyboru jako oferty najkorzystniejszej, oferty odwołującego.

W uzasadnieniu stawianych zarzutów odwołujący, nie zgadzając się z decyzją zamawiającego o odrzuceniu jego oferty podniósł, że oferta uwzględniała wykonanie całości przedmiotu zamówienia zgodnie z dokumentacją projektową, w tym także zaoferowana cena uwzględnia wykonanie parkingu i jezdni w technologii wymaganej przez Zamawiającego. Wniosek taki wywodzić należy przede wszystkim z zestawienia oświadczeń złożonych przez Odwołującego w pkt 2 i 3 Formularza ofertowego, jak i z okoliczności, w których doszło do złożenia tych oświadczeń przez Odwołującego (art. 65 k.c.).

Odwołujący przyznał, że istotnie w kosztorysie ofertowym „Kosztorys urządzenia komunikacyjne” (str. 94 oferty Odwołującego) popełnił omyłkę w opisie czterech pozycji, tj.:

- poz. 10 i 13, które opisał jako *„Podbudowa zasadnicza z kruszywa naturalnego z dodatkiem kruszywa łamanego 80% stabilizowanego mechanicznie o grubości po zagęszczeniu 20 cm wraz z profilowaniem i zagęszczeniem podłoża”*, w sytuacji, gdy w przedmiarze robót pozycje te opisane były jako *„Podbudowy z gruntu stabilizowanego cementem o grubości po zagęszczeniu 25 cm wraz z profilowaniem i zagęszczaniem podłoża”*, przez co błędnie określił rodzaj podbudowy i jej grubość,
- poz. 12 i 15 odwołujący opisał jako *„Warstwy podsypkowe zagęszczane mechanicznie o grubości po zagęszczeniu 10 cm”*, w sytuacji, gdy w przedmiarze robót pozycje te opisane były jako *„Warstwy podsypkowe zagęszczane mechanicznie o grubości po zagęszczeniu 25 cm”*.

Odwołujący wyjaśnił, że opisane omyłki miały jedynie charakter techniczny i wiązały się z tym, że odwołujący składał oferty równoległe w niniejszym postępowaniu i postępowaniu prowadzonym przez Nadleśnictwo Giżycko w postępowaniu na budowę budynku biurowego Nadleśnictwa Giżycko wraz z infrastrukturą techniczną. Zakres prac, składających się na przedmiot zamówienia, kształt dokumentacji projektowej, jaki i zapisy siwz, w tym przedmiarów robót były w obu tych postępowaniach zbliżone. Odwołujący, tworząc kosztorysy w niniejszym postępowaniu bazował na kosztorysach ofertowych stworzonych w formacie edytowalnym (pliki z programu NormaPro w formacie ATH) dla przetargu prowadzonego przez Nadleśnictwo Giżycko. Wykorzystując ten bazowy kosztorys, odwołujący omyłkowo nie zmodyfikował wskazanych pozycji kosztorysu. Podniósł jednak, że tworząc kosztorys w niniejszym postępowaniu prawidłowo wycenił ilość i rodzaj prac. Wskazał, że ceny jednostkowe we wskazanych pozycjach w obu kosztorysach są różne, co potwierdza w jego ocenie, że wyceny dokonał odpowiednio do zakresu prac ujętego w przedmiarze. Podniósł także, że na przeszkodzie poprawieniu spornych pozycji kosztorysu w trybie art., 87 ust. 2 pkt 3 Pzp nie stoi postanowienie zawarte w rozdz. XIII pkt 5 siwz, w którym zamawiający wskazał, że nie będzie traktował omyłek, jako omyłek podlegających

poprawie w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, polegających na dokonaniu przez wykonawców zmian w opisie pozycji przedmiaru robót. Przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp ma charakter bezwzględnie obowiązujący a zamawiający nie ma możliwości dookreślenia w siwz zakresu znaczeniowego pojęcia „innej omyłki” i nadaniu mu brzmienia, które kłóciłoby się z brzmieniem wskazanego przepisu i celem w jakim przepis został wprowadzony do porządku prawnego. Odwołujący przypomniał, że regulacja art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp została wprowadzona by usprawnić procedurę udzielania zamówień i zmniejszyć liczbę odrzucanych ofert i unieważnianych postępowań. Na poparcie swojego stanowiska odwołujący zacytował fragment uzasadnienia wprowadzenia dyspozycji art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp oraz powołał orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej.

Na marginesie wskazał także, że zamawiający wzywał innych wykonawców do wyjaśnienia co zostało przez nich wycenione pod poz. 179, 184, 201, jednak nie podjął takich działań wobec spornych pozycji w kosztorysie odwołującego.

Zamawiający, pismem z dnia 17 września 2012 roku (wpływ do Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 września 2012 roku), złożył wyjaśnienia dotyczące podjętych decyzji przy badaniu i ocenie ofert.

**Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz mając na uwadze stanowiska stron zgłoszone do protokołu rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

**Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.**

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przeszkody formalne do rozpoznania odwołania a odwołujący legitymuje się interesem, o którym mowa w art. 179 ust. 1 Pzp uprawniającym go do złożenia odwołania.

Okoliczności faktyczne sporu co do zaistniałych niezgodności w opisie 4 pozycji kosztorysowych w kosztorysie ofertowym odwołującego „Kosztorys urządzenia komunikacyjne” (str. 94 oferty Odwołującego, poz. 10 i 13 oraz 12 i 15) z przedmiarem robót są między stronami bezsporne.

Istota sporu sprowadza się do tego, czy zamawiający był zobowiązanych do zastosowania procedury przewidzianej w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp i poprawienia wskazanych niezgodności jako innych omyłek, niż oczywiste omyłki pisarskie oraz rachunkowe, nie powodujących istotnych zmian w treści oferty. Aby zaistniał po stronie zamawiającego obowiązek zastosowania dyspozycji art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp konieczne jest łączne spełnienie dwóch

okoliczności: 1. niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia musi mieć charakter omyłki i 2. poprawienie omyłki nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty.

Z okoliczności sprawy i wyjaśnień złożonych przez odwołującego w toku rozprawy popartych złożonymi dowodami tj. wyciągiem z przedmiaru robót dotyczącym postępowania prowadzonego przez Nadleśnictwo Giżycko jak również fragmentem kosztorysu ofertowego złożonym w tymże postępowaniu, wynika, że wskazywane przez zamawiającego niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia nastąpiły na skutek omyłki niezamierzonej przez odwołującego a wynikającej z posłużenia się przedmiarem robót odnoszącym się do innego postępowania o zamówienie publiczne prowadzonego przez Nadleśnictwo Giżycko o podobnym zakresie przedmiotu zamówienia, w którym odwołujący równolegle składał ofertę. Izba uznała za wiarygodne wyjaśnienia odwołującego, że błędny opis pozycji kosztorysowych nie był wynikiem świadomego działania odwołującego, zamiarem odwołującego nie było zaproponowanie, jak twierdzi zamawiający, odmiennej technologii wykonania zamówienia. Z okoliczności przywołanych przez odwołującego - przygotowanie jednoczesne dwóch ofert o zbliżonym zakresie przedmiotu zamówienia - wynika, że błędny opis pozycji kosztorysowych był wynikiem nieświadomej omyłki, a nie zamierzonego działania wykonawcy. Mając na uwadze podniesione przez odwołującego okoliczności, Izba uznała, że wskazane w decyzji o odrzuceniu oferty niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, mają charakter niezamierzonych omyłek.

Ponadto, w ocenie Izby, kwestionowane pozycje kosztorysu nie stanowią o istocie przedmiotu zamówienia. Przedmiotem zamówienia jest bowiem budowa budynku biurowego Nadleśnictwa Borki, na który składają się przede wszystkim roboty budowlane i instalacyjne. Tymczasem sporne opisy pozycji kosztorysu dotyczą wyłącznie branży drogowej, która nie stanowi o istocie przedmiotu zamówienia a jej wartość w stosunku do pozostałych robót, objętych zamówieniem jest niewielka. Nadto poprawienie omyłek nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty, bowiem omyłki w opisie pozycji dotyczą tylko czterech spośród kilkuset pozycji kosztorysowych i co istotne nie wpływają na zmianę ceny oferty. Zdaniem Izby, spełnione zostały przesłanki, określone w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, gdyż kwestionowane niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia mają niewątpliwie charakter niezamierzonych omyłek, a ponadto poprawa tych omyłek polegająca na zmianie opisu kilku pozycji kosztorysowych pozostaje bez istotnego wpływu na treść oferty.

W świetle powyższych okoliczności, Izba uznała, że zamawiający winien zastosować tryb przewidziany w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp i dokonać poprawy omyłek w poz. 10 i 13 oraz 12 i 15 „Kosztorysu urządzenia komunikacyjne” (str. 94 oferty Odwołującego) jako omyłek nie mających istotnego wpływu na treść oferty.

Na marginesie, Izba wskazuje, że przy rozpoznawaniu odwołania związana jest zakresem zarzutów podniesionych w jego treści, co powoduje że podnoszone przez zamawiającego w piśmie z dnia 17 września 2012 roku (wpływ do Krajowej Izby Odwoławczej dnia 20 września) okoliczności dotyczące udzielonych w trybie art. 91 Pzp wyjaśnień elementów mających wpływ na wysokość ceny oraz ewentualnego „błędu ilości i w efekcie błędu rachunkowego w poz. 205 kosztorysu ogrodzenia” nie mogą być przedmiotem oceny Izby w niniejszym postępowaniu odwoławczym.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 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), przyznając odwołującemu koszty zastępstwa prawnego, zgodnie ze złożoną do akt sprawy fakturą.

**Przewodniczący:** .....