

Sygn. akt: KIO 1747/12

**WYROK**  
**z dnia 28 sierpnia 2012 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Małgorzata Rakowska**

**Protokolant: Radosław Cwyl**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 sierpnia 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 sierpnia 2012 r. przez wykonawcę **EUROVIA POLSKA S.A. z siedzibą w miejscowości Bielany Wrocławskie, ul. Szwedzka 5, 55-040 Kobierzyce** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Miejską Ciechanów reprezentowaną przez Prezydenta Miasta Ciechanów, 06-400 Ciechanów, Pl. Jana Pawła II 6,**

przy udziale wykonawcy **Firmy Budowlano – Drogowej „PRASBET” spółka jawna W..... H....., M..... Z.....z siedzibą w Grudziądzu, 86-300 Grudziądz, ul. Malczewskiego 2** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1747/12 po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

**1. oddala odwołanie,**

**2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę EUROVIA POLSKA S.A. z siedzibą w miejscowości Bielany Wrocławskie, ul. Szwedzka 5, 55-040 Kobierzyce i:**

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **EUROVIA POLSKA S.A. z siedzibą w miejscowości Bielany Wrocławskie, ul. Szwedzka 5, 55-040 Kobierzyce** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. 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 Płocku**.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Gmina Miejska Ciechanów reprezentowana przez Prezydenta Miasta Ciechanów, zwana dalej „zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia na „Budowę ulic: Krubińska, Ceramiczna, Dobra, Ptasia, Żurawia i Piwna na Osiedlu Krubin w Ciechanowie”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 29 czerwca 2012 r., nr 1, poz. 227794-2012.

W dniu 9 sierpnia 2012 r. (pismem z tej samej daty) zamawiający poinformował wykonawcę EUROVIA POLSKA S.A. z siedzibą w miejscowości Bielany Wrocławskie, zwanego dalej „odwołującym”, o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, tj. z uwagi na brak w ofercie tego wykonawcy „pozycji kosztorysowej nr 50 d.1.4. w Formularzu 2.1. Kosztorys ofertowy”, co w konsekwencji powoduje niezgodność treści oferty tego wykonawcy z wymaganiami z treści SIWZ.

Nadto dodał, iż „dopisanie brakującej pozycji kosztorysu spowodowałoby zmianę ceny oferty Wykonawcy, a tym samym istotnie zmieniło treść oferty. Brak wskazania przez Wykonawcę w ofercie ceny jednostkowej jest istotnym brakiem oświadczenia woli Wykonawcy, co tym samym uniemożliwia Zamawiającemu ustalenie prawidłowej treści oświadczenia woli Wykonawcy”.

W dniu 14 sierpnia 2012 r. (pismem z dnia 13 sierpnia 2012 r.) odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do zamawiającego w dniu 14 sierpnia 2012 r.) od:

1. niezgodnego z ustawą Pzp zaniechania przez zamawiającego:
  - 1) poprawienia, w ofercie złożonej w postępowaniu przez odwołującego innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, zwaną dalej „SIWZ”, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty odwołującego, tj. omyłki polegającej na braku pozycji kosztorysowej 50 d.1.4. w kosztorysie „Sieć

kanalizacji deszczowej w ul. 10KDD1.2 na osiedlu Krubin II w Ciechanowie na stronie 34 oferty odwołującego,

2) zawiadomienia odwołującego o poprawieniu oferty odwołującego innej omyłki polegającej na niezgodności oferty odwołującego z SIWZ, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty odwołującego, tj. omyłki polegającej na braku pozycji kosztorysowej 50 d.1.4. w kosztorysie „Sieć kanalizacji deszczowej w ul. 10KDD1.2 na osiedlu Krubin II w Ciechanowie na stronie 34 oferty odwołującego,

2. niezgodnego z ustawą Pzp odrzucenia oferty przez zamawiającego,

3. niezgodnego z ustawą Pzp wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez firmę Budowlano – Drogową PRASBET Sp. j. z siedzibą w Grudziądzu, zwanego dalej wykonawcą „PRASBET”, mimo tego, że najkorzystniejszą oferta złożoną w postępowaniu była oferta odwołującego,

zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1. art. 87 ust. 3 pkt 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie poprawienia w ofercie odwołującego innej omyłki polegającej na niezgodności oferty odwołującego z SIWZ, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty odwołującego, tj. omyłki polegającej na braku pozycji kosztorysowej 50 d.1.4. w kosztorysie „Sieć kanalizacji deszczowej w ul. 10KDD1.2 na osiedlu Krubin II w Ciechanowie na stronie 34 oferty odwołującego,

2. art. 87 ust. 2 *in fine* ustawy Pzp, poprzez zaniechanie zawiadomienia odwołującego o poprawieniu w ofercie odwołującego innej omyłki polegającej na niezgodności oferty odwołującego z SIWZ, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty odwołującego, tj. omyłki polegającej na braku pozycji kosztorysowej 50 d.1.4. w kosztorysie „Sieć kanalizacji deszczowej w ul. 10KDD1.2 na osiedlu Krubin II w Ciechanowie na stronie 34 oferty odwołującego,

3. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez odrzucenie oferty odwołującego,

4. art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej w postępowaniu przez wykonawcę PRASBET.

Jednocześnie odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego,
2. unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej w postępowaniu przez wykonawcę PRASBET,
3. powtórzenia czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu,
4. poprawienia w ofercie odwołującego innej omyłki polegającej na niezgodności oferty odwołującego z SIWZ, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty odwołującego, tj. omyłki polegającej na braku pozycji kosztorysowej 50 d.1.4. w kosztorysie „Sieć kanalizacji deszczowej w ul. 10KDD1.2 na osiedlu Krubin II w Ciechanowie na stronie 34 oferty odwołującego,
5. powiadomienia odwołującego o poprawieniu w ofercie odwołującego innej omyłki polegającej na niezgodności oferty odwołującego z SIWZ, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty odwołującego, tj. omyłki polegającej na braku pozycji kosztorysowej 50 d.1.4. w kosztorysie „Sieć kanalizacji deszczowej w ul. 10KDD1.2 na osiedlu Krubin II w Ciechanowie na stronie 34 oferty odwołującego,
6. dokonanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał m.in., iż złożył ofertę, która obejmowała wykonanie całego zamówienia publicznego będącego przedmiotem postępowania, opisanego w SIWZ przez zamawiającego. W jego ofercie zabrakło pozycji kosztorysowej 50 d.1.4 w kosztorysie „Sieć kanalizacji deszczowej w ul. 10KDD1.2 na osiedlu Krubin II w Ciechanowie”. Jednak brak ten nie był przez niego zamierzony ani nie powstał celowo, a był wynikiem błędu personelu odwołującego i jest inną omyłką, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp - jako że jej poprawienie przez zamawiającego nie spowodowałoby istotnych zmian w treści oferty. Oferta obejmuje wykonanie całego zamówienia publicznego, opisanego przez zamawiającego w SIWZ, w tym 42,15 m<sup>3</sup> zasypki, której dotyczy pozycja kosztorysowa 50 d.1.4 w kosztorysie „Sieć kanalizacji deszczowej w ul. 10KDD1.2 na osiedlu Krubin II w Ciechanowie”. Identycznych robót jak w/w pozycja dotyczą wskazane przez niego w odwołaniu pozycje kosztorysowe. Opis każdej z tych pozycji kosztorysowych jest identyczny jak pozycji 50 d.1.4 w kosztorysie „Sieć kanalizacji deszczowej w ul. 10KDD1.2 na osiedlu Krubin II w Ciechanowie”. Wszystkie w/w pozycje zostały wycenione w ofercie w ten sam sposób: 7,69 złotych (netto) za 1,00 m<sup>3</sup> wykonanej zasypki. Zważywszy na ilość robót, których dotyczy pozycja 50 d.1.4 w kosztorysie „Sieć kanalizacji deszczowej w ul. 10KDD1.2 na osiedlu Krubin II w Ciechanowie” tj. 42,15 m<sup>3</sup>,

łączna wartość tej pozycji to 398,68 złotych brutto (324,13 złotych netto). Tak więc poprawienie w ofercie omyłki polegającej na braku pozycji 50 d.1.4 w kosztorysie „Sieć kanalizacji deszczowej w ul. 10KDD1.2 na osiedlu Krubin II w Ciechanowie” nie spowodowałoby zatem istotnej zmiany w treści oferty - jej cena wzrosłaby o zanedbywalnie małą wartość i nadal byłaby najniższą z cen ofert złożonych w postępowaniu. Zaszły zatem wszelkie przesłanki do zastosowania przez zamawiającego art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

W dniu 16 sierpnia 2012 r. zamawiający wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego toczącego się w wyniku wniesienia odwołania, przekazując jednocześnie kopię odwołania.

W dniu 17 sierpnia 2012 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca PRASBET przystąpił do postępowania odwoławczego, po stronie zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia odwołującemu i zamawiającemu.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść ogłoszenia o zamówieniu, treść SIWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępującego złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, w tym także - podnoszonego przez przystępującego - art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. Istotą pełnomocnictwa rodzajowego jest bowiem umocowanie określonej osoby, czy też podmiotu do działania w imieniu i na rzecz mocodawcy w określonego rodzaju sprawach. Dla wypełniania wymogu rodzajowości pełnomocnictwa w sprawach z zakresie zamówień publicznych wymagane jest więc wskazanie w jego treści co najmniej umocowania do reprezentacji w sprawach dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia publicznego i takie umocowanie w treści kwestionowanego pełnomocnictwa (załączonego do odwołania) niewątpliwie się znajduje. Obejmuje ono bowiem umocowanie pełnomocnika do „reprezentowania mocodawcy ubiegającego się w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych” i upoważnia pełnomocnika m.in. do „wnoszenia (...) odwołań (...)”.

Izba również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie, uznając iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, iż zamawiający zawarł w SIWZ następujące postanowienia:

„11.2. Kosztorysy ofertowe, o których mowa w pkt 11.1 należy sporządzić metodą kalkulacji uproszczonej ściśle według kolejności pozycji wyszczególnionych w Przedmiarach robót. Wykonawca określi ceny jednostkowe netto oraz wartości netto dla wszystkich pozycji wymienionych w przedmiarach robót. (...).” (s. 16 SIWZ).

„11.5. Wykonawca obliczając cenę oferty musi uwzględnić w kosztorysach ofertowych wszystkie pozycje przedmiarowe opisane w Przedmiarach robót. Wykonawca nie może samodzielnie wprowadzić zmian do Przedmiarów robót. Wszystkie błędy ujawnione w dokumentacji projektowej (na rysunkach), w Specyfikacjach Technicznych Wykonania i Odbioru Robot Budowlanych oraz w Przedmiarach robót Wykonawca powinien zgłosić Zamawiającemu przed terminem składania ofert”.

Odwołujący w załączonym do oferty kosztorysie „Sieć kanalizacji deszczowej w ul. 10KDD1.2 na osiedlu Krubin II w Ciechanowie nie zamieścił pozycji 50 d.1.4.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Niewątpliwym jest, iż zamawiający w niniejszym stanie faktycznym wymagał – co jednoznacznie wyraził w treści SIWZ – aby wykonawca obliczając cenę oferty uwzględnił w kosztorysach ofertowych wszystkie pozycje przedmiarowe opisane w Przedmiarach robót. Niewątpliwym jest także, iż jednej z wymaganych przez zamawiającego pozycji odwołujący nie ujął w złożonym kosztorysie ofertowym. Brak ten (wymaganego postanowieniami SIWZ kosztorysu ofertowego z wyceną wykonania prac określonych w jednej pozycji (pozycja 50 d.1.4 w kosztorysie „Sieć kanalizacji deszczowej w ul. 10KDD1.2 na osiedlu Krubin II w Ciechanowie”), wobec ustalenia jako obowiązującego w przedmiotowym postępowaniu wynagrodzenia kosztorysowego, stanowi więc istotny brak oferty świadczący o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ. Pominięcie cen jednostkowych, służących do rozliczeń, jako istotnych postanowień umowy o realizację zamówienia, powoduje bowiem niezgodność treści oferty z treścią SIWZ. Sanować powyższego nie może oświadczenie (woli) odwołującego zawarte na stronie 1 formularza ofertowego, z którego to wynika, iż odwołujący zaoferował wykonanie całego przedmiotu zamówienia. Oświadczenie to nie wpływa bowiem na ocenę merytoryczną oferty, gdyż zgodności treści oferty z treścią SIWZ, nie można wywodzić na podstawie samego oświadczenia wykonawcy, jeżeli z pozostałych, żądanych przez zamawiającego dokumentów oferty okoliczność ta nie wynika. Brak ten, czy też niezgodność ta, w tym konkretnym przypadku, nie jest możliwa do poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Odwołujący bowiem konsekwentnie podkreślał, iż cena zawiera całość przedmiotu zamówienia, a tym samym w wyniku poprawienia powstałej

niezgodności (braku pozycji kosztorysowej) nie oczekuje on zmiany ceny ofert, a jedynie dopisania brakującej pozycji w kosztorysie. Natomiast podnoszona przez niego okoliczność, iż w kosztorysie znajduje się 16 pozycji o identycznym opisie i cenie jednostkowej stanowi jedynie argument na nieistotność tej „omyłki”, a nie jest wskazaniem sposobu jej poprawienia. Odwołujący na rozprawie (odpowiadając na pytanie przewodniczącej) nie potrafił sprecyzować na czym poprawienie tej niezgodności miałyby polegać, podkreślając jedynie konieczność dopisania brakującej pozycji, jak i okoliczność, iż cena oferty nie powinna się zmienić. Uzupełnienie brakującej pozycji, poprzez jej dopisanie, możliwe byłoby wtedy, gdy na podstawie danych zawartych w kosztorysie dałoby się wyliczyć zarówno cenę jednostkową, jak i wartość tej pozycji. Skoro jednak cena oferty jest prawidłowo wyliczona i obejmuje cały przedmiot zamówienia poprawienie niezgodności poprzez dopisanie brakującej pozycji jest niemożliwe, gdyż o wartość tej brakującej pozycji należałoby obniżyć którąś z pozycji kosztorysu, a ten zabieg nie byłby już możliwy do wykonania samodzielnie przez zamawiającego. Niemożliwym byłoby także wpisanie w tej brakującej pozycji jako wartości tej pozycji „0 zł”. Odwołujący podkreślał bowiem konsekwentnie, co prawda wyłącznie dla podkreślenia nieistotności powstałej „omyłki”, iż stosowne dane (identyczny opis, ilość, cena jednostkowa) znajdują się w kosztorysie. A ponieważ poprawienia oferty zamawiający jest zobowiązany dokonać wtedy, gdy sposób w jaki ma być dokonana poprawa wynika z innych elementów składających się na ofertę, a w tym konkretnym przypadku wobec określonych twierdzeń odwołującego, nie jest to możliwe, tym samym stwierdzić należy, iż podniesiony przez odwołującego zarzut nie potwierdził się.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono, jak w sentencji.



O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), tj. stosownie do wyniku postępowania.

Izba nie zasądziła na rzecz zamawiającego wynagrodzenia pełnomocnika, gdyż – zgodnie z § 3 pkt 2 ww. rozporządzenia – do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego w wysokości określonej na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy, a pełnomocnik zamawiającego stosownych rachunków nie przedłożył.

**Przewodniczący:** .....