

Sygn. akt: KIO 938/11

WYROK
z dnia 13 maja 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 maja 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 maja 2011 r. przez wykonawcę RISER Sp. z o.o., 43-603 Jaworzno, ul. Inwalidów Wojennych 8 w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Pawłowice – Urząd Gminy Pawłowice, 43-250 Pawłowice, ul. Zjednoczenia 60

przy udziale wykonawcy Jana Piotrowskiego – Budownictwo Obsługa Budownictwa, 43-254 Warszawa, ul. Kościelna 2 zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 938/11 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę RISER Sp. z o.o., 43-603 Jaworzno, ul. Inwalidów Wojennych 8 i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10.000 zł 00 gr.** (słownie: dziesięć tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę RISER Sp. z o.o., 43-603 Jaworzno, ul. Inwalidów Wojennych 8 tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2 zasądza od wykonawcę RISER Sp. z o.o., 43-603 Jaworzno, ul. Inwalidów Wojennych 8 na rzecz Gminy Pawłowice – Urząd Gminy Pawłowice, 43-250 Pawłowice, ul. Zjednoczenia 60 kwotę **3.600 zł. 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez zamawiającego – Gminę Pawłowice na *nadbudowę budynku Szkoły Podstawowej nr 1 w Pawłowicach*, wobec czynności odrzucenia oferty RISER Sp. z o.o., wykonawca ten (dalej zwany odwołującym), wniósł w dniu 2 maja 2011 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (sygn. akt KIO 938/11). Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 2 maja 2011 r. faksem.

W odwołaniu wykonawca zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, art. 29 ust. 1, art. 87 ust. 1, art. 87 ust. 2 pkt 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy wynikające z bezprawnego odrzucenie oferty odwołującego, niepoprzedzonego zastosowaniem procedury wyjaśnienia treści oferty, ewentualnie poprawieniem innych omyłek polegających na niezgodności oferty odwołującego z siwz, co do prowadziło do wyboru oferty, która nie jest najkorzystniejsza. Błędy wskazane przez zamawiającego, stanowiące o niezgodności oferty odwołującego z siwz dotyczyły zestawienia materiałów i kosztorysu budowlanego, które odwołujący sporządził w oparciu o treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia obowiązującą w dniu ogłoszenia postępowania. Odwołujący przygotowując ofertę miał na względzie wyjaśnienia dotyczące zapisów siwz, jakich zamawiający udzielił w odpowiedzi na zapytania wykonawców. Ponieważ zamawiający nie dokonał zmiany w zapisach specyfikacji, odwołujący zatem sporządzając ofertę nie wprowadzał modyfikacji opisów pozycji, co jednak nie oznacza, iż oferta zawiera błędy. Dotyczy to również zestawienia materiałów, które zostało sporządzone w oparciu o wskazane przez zamawiającego w przedmiarze robót pozycje KNR, nie zmodyfikowane w związku z udzielonymi wyjaśnieniami. Zamawiający oczekiwał od wykonawców uwzględnienia nowych pozycji (wskazanych w wyjaśnieniach) w istniejących już pozycjach przedmiaru, a zatem nie powinien mieć wątpliwości, czy wykonawca faktycznie uwzględnił nowe elementy. Odwołujący postąpił zgodnie z wymaganiem zawartym w pkt Vb siwz, aby w cenie jednostkowej i cenie umieszczonej przy poszczególnych pozycjach przedmiaru robót zawrzeć wszystkie koszty niezbędne do wykonania robót wymaganej jakości, w wymaganym terminie, włączając w to koszty bezpośrednio. Kosztorys odwołującego został sporządzony zgodnie z przedmiarem, który nie został przez zamawiającego zmodyfikowany, stąd nieuprawnione było domniemanie zamawiającego, iż pozycje kosztorysowe nie zawierają wszystkich niezbędnych kosztów. Odwołujący odniósł się do błędów, jakie zostały wytknięte przez zamawiającego z uwzględnieniem wyjaśnień zamawiającego z dnia 29 marca 2011 r. Z odpowiedzi na pytanie nr 4, zdaniem odwołującego nie wynika, iż wskazana nowa powierzchnia (1360,70 m², wg

prawidłowego wyliczenia, wartość ta winna wynosić 1369,18) dotyczy jedynie deskowania, stąd odwołujący złożył ofertę obejmującą zmodyfikowany obmiar. Odwołujący wskazał na potrzebę wcześniejszego, tj. poprzedzającego odrzucenie oferty, zwrócenia się przez zamawiającego o wyjaśnienie treści oferty, w szczególności w sytuacji, gdy sam dokonał nieprecyzyjnych wyjaśnień i popełnił błędy. To na zamawiającego spoczywał obowiązek jednoznacznego i wyczerpującego określenia przedmiotu zamówienia, a zaniechanie zamawiającego w tym zakresie naruszało zasadę prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji. Odwołujący zaprzeczył, jakoby wskazana przez zamawiającego niezgodność treści oferty z siwz w rzeczywistości występowała, gdyż wykonawca uwzględnił we wskazanych pozycjach wszystkie elementy wskazane w wyjaśnieniach zamawiającego.

Z ostrożności, odwołujący wskazał na możliwość poprawienia nieistotnej omyłki, jeżeli za taką uznać ograniczenie obmiaru pozycji do 1360 m², możliwą do poprawienia na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, gdyż zakwestionowany zakres kosztorysu obejmuje ilości jak i wartości pomijane. Podstawami oceny „istotności” poprawy co do treści oferty jest wielkość zmiany ceny całkowitej oferty oraz ilości pozycji, które będą musiały ulec zmianie. W przedmiotowym przypadku zmiana ceny byłaby minimalna, lub w ogóle nie nastąpiłaby.

Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oferty, powtórzenie czynności badania i oceny ofert i ewentualnie zastosowanie procedury wyjaśnienia treści oferty, ewentualnie uznania, że omyłki mają charakter nieistotny i ich poprawę i dokonanie ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.

W dniu 6 maja 2011 r. zgłoszenie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wniósł wykonawca Jan Piotrowski, którego ofertę zamawiający wybrał, jako najkorzystniejszą – Budownictwo Obsługa Budownictwa Jan Piotrowski.

Stanowisko Izby

W pierwszej kolejności należało wskazać, iż w przedmiotowej sprawie zastosowanie znajdowały przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, z uwzględnieniem zmian wprowadzonych dwiema ustawami, tj. z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. z 2009 r., Nr 206, poz. 1591) oraz z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2009 r., Nr 223, poz. 1778).

Izba oddaliła na posiedzeniu opozycję odwołującego zgłoszoną wobec przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wykonawcy – Jana Piotrowskiego, który złożył ofertę, uznaną przez zamawiającego za najkorzystniejszą. Izba uznała, iż wykonawca wykazał w przystąpieniu interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystąpił, wypełniający się w dążeniu do utrzymania wyniku postępowania, który umożliwił temu wykonawcy uzyskanie przedmiotowego zamówienia. To na wnoszącym opozycję spoczywał ciężar uprawdopodobnienia, że wykonawca nie ma interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystąpił (art. 185 ust. 4 ustawy). Odwołujący próbował przenieść ciężar dowodu na przystępującego, co w ocenie uniemożliwiło uwzględnienie opozycji.

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania na posiedzeniu i oddaliła wniosek zamawiającego zgłoszony w odpowiedzi na odwołanie. Odwołanie dotyczy czynności oceny oferty odwołującego, odrzuconej na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Wskazane w odwołaniu zaniechania zamawiającego związane były z czynnością oceny oferty odwołującego (zaniechanie wyjaśnienia treści oferty oraz zaniechanie poprawienia omyłki w treści oferty), a nie samoistną podstawą odwołania. Wskazanie na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej było bezpośrednią konsekwencją zasadniczego naruszenia wynikającego z oceny oferty odwołującego i jej odrzucenia. Odwołujący nie podnosił zarzutów względem oferty wybranej, natomiast kwestionował prawidłowość ustalenia, że jego oferta była niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia i podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Odwołujący mógł skutecznie podnosić zarzuty wobec czynności odrzucenia jego oferty, w związku z art. 180 ust. 2 pkt 4 ustawy i w tym zakresie odwołanie podlegało merytorycznemu rozpoznaniu przez Izbę na rozprawie. Izba uznała za prawnie doniosłe przekazanie w terminie na wniesienie odwołania kopii jego treści zamawiającemu. Bez znaczenia dla stwierdzenia braku wypełnienia przesłanki do odrzucenia odwołania określonej w art. 189 ust. 2 pkt 7 ustawy, pozostawała treść pisma przewodniego, w którym odwołujący wskazał na zamiar wniesienia odwołania. Skoro zamawiający mógł zapoznać się z treścią odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, należało uznać, iż wykonawca dochował obowiązku przekazania kopii odwołania zgodnie z art. 180 ust. 5 ustawy.

W zakresie zarzutów podlegających merytorycznemu rozpoznaniu na rozprawie Izba uznała odwołanie za niezasadne.

W ocenie Izby, wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy PrZamPubl, tj. posiadanie przez odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego

przepisów ustawy. Na etapie rozstrzygnięcia postępowania, odrzucenie oferty odwołującego, która według kryterium oceny ofert mogła być uznana za najkorzystniejszą i dokonanie wyboru oferty innego wykonawcy, prowadziło do powstania szkody po stronie odwołującego w postaci poniesionych kosztów związanych z przygotowaniem oferty, udziałem w postępowaniu, a także utratą korzyści, z jakimi liczył się odwołujący w związku z uzyskaniem przedmiotowego zamówienia. Odwołujący posiada interes w uzyskaniu danego zamówienia, gdyż na skutek uwzględnienia odwołania, jego oferta, jako najtańsza mogłaby podlegać wyborowi, co musiałby zostać poprzedzone unieważnieniem czynności oceny ofert, o co wnosi odwołujący.

Rozpoznając zarzuty podniesione w odwołaniu, Izba po rozważeniu ustalonego stanu faktycznego, w oparciu o zgromadzony materiał dowodowy, stanowiący treść oferty oraz siwz, doszła do przekonania, iż odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie. Zgodnie z art. 192 ust. 2 ustawy Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływu lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Izba uznała, iż zamawiający nie dopuścił się naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy i pozostałych w związku z tym zarzutem naruszenia przepisów art. 7 ust. 1 i 3, art. 87 i art. 29 ustawy.

Izba uznała, iż odrzucenie oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy było zasadne. O niezgodności oferty z treścią siwz przesądzała treść dokumentów sporządzonych przez odwołującego – „Kosztorys ofertowy” oraz „Zestawienie materiałów”. W oparciu o zapisu specyfikacji istotnych warunków zamówienia, Izba uznała, iż dokumenty te stanowiły o zakresie prac zaoferowanych przez odwołującego, a zatem określały wyceniony przez wykonawcę przedmiot zamówienia. Zgodnie z pkt V lit e siwz, *wycenę w ofercie należało przedłożyć w formie kosztorysu uproszczonego zawierającego cenę jednostkową za pozycję kosztorysową wraz z zestawieniem cen robocizny, materiałów i sprzętu. W cenie jednostkowej i cenie umieszczonej przy poszczególnych pozycjach przedmiaru robót powinny być zawarte wszystkie koszty niezbędne do wykonania robót wymaganej jakości, w wymaganym terminie, włączając w to koszty bezpośrednie, w tym: koszty wszelkiej robocizny (...), materiałów podstawowych i pomocniczych do wykonania danej pozycji przedmiaru robót (...), koszty zatrudnienia wszelkiego sprzętu budowlanego (...)* – pkt V lit b siwz. *Wykonawca zobowiązany jest uwzględnić wszystkie pozycje robót opisanych w przedmiarze robót wraz z ilościami i jednostkami – uwaga – Wykonawca nie może samodzielnie zmieniać obmiarów w kosztorysie ofertowym – do wyceny należy wziąć obmiary z kolumny „Ilość” przedmiaru robót, ostateczną cenę oferty należy podać na załączonym druku oferty, nie można samodzielnie dokładać kolejnych pozycji przedmiarowych – pkt V lit b.* Zakres przedmiotu zamówienia określony został w przedmiarach oraz dokumentacji (pkt III.2 siwz).

Zamawiający udzielając odpowiedzi na pytania skierowane przez wykonawców w piśmie z dnia 29 marca 2011 r. doprecyzował część pozycji przedmiarowych. Uznając, iż oferta odwołującego jest niezgodna z treścią siwz, zamawiający wskazał pozycje kosztorysowe, które nie obejmowały w całości prac opisanych w dokumentacji postępowania oraz określił jakich materiałów wykonawca nie uwzględnił w zestawieniu materiałów. Izba, mając na uwadze przywołane powyżej postanowienie z pkt V lit. c siwz, uznała, iż odwołujący nie był zobowiązany, w związku z treścią odpowiedzi zamawiającego, do dokonania modyfikacji opisu pozycji przedmiarowych, gdyż takie zalecenie nie wynikało z treści wyjaśnień. *A contrario* nie był on również uprawniony do zmiany opisu wycenianych pozycji przedmiarowych, bez wyraźnego polecenia zamawiającego. Izba stwierdziła zmiany w opisach pozycji kosztorysowych, w stosunku do opisów pozycji przedmiarowych ujętych w dokumentacji przygotowanych przez zamawiającego i dotyczące: poz. 4.3.25, 4.5.10 (nie ma wskazania na blachę malowaną proszkowo, uwzględniono blachę stalową ocynkowaną – poz. 13,14,15 wykazu materiałów); 4.5.1, 4.5.2 (nie ma informacji, że przewody wentylacyjne są wykonane ze stali nierdzewnej, uwzględniono materiał z blachy stalowej – poz. 122, 123, 219, 220 wykazu materiałów). Ponieważ zamawiający udzielając odpowiedzi na pytania związane zakresem prac w wymienionych powyżej pozycjach nie wymagał uzupełnienia opisu pozycji, Izba uznała, iż w tym zakresie sam opis pozycji kosztorysowej nie przesądzał o niezgodności treści oferty, gdyż wykonawca stosując się do zakazu modyfikacji pozycji przedmiarowych mógł pozostawić je niezmienione. Nie oznacza to jednak, iż w wykazie materiałów, sporządzanym indywidualnie przez wykonawcę, mógł uwzględnić inny rodzaj materiału. Izba uznała, iż zmiana materiału wynikająca z zestawienia materiałów, wskazywała na niezgodność oferty z treścią siwz. Wykonawca sporządzając zestawienie materiałów był zobowiązany uwzględnić treść wyjaśnień zamawiającego, w których wskazano na wymagany przez zamawiającego rodzaj materiału. Niezgodności w tym zakresie dotyczyły wymienionych powyżej pozycji: blachy trapezowej powlekanej poliestrem (poz. 20 zestawienia materiałów – str. 54 oferty, uwzględnia blachy stalowe ocynkowane-trapezowe), parkietu dębowego (poz. 31 i 32 zestawienia materiałów – str. 54 oferty uwzględnia deskę barlinecką dąb exclusive). Odwołujący dokonał zmiany opisu pozycji przedmiarowych, co nie pozwalało na uznanie ich zgodności ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Dodatkowo, mając na uwadze niepełny opis pozycji przedmiarowych, wykonawca był zobowiązany ze szczególną starannością przygotować zestawienie materiałów, z którego wynikałoby, iż uwzględnił w wycenie wszystkie materiały, konieczne do wykonania przedmiotu zamówienia. Jedynie wówczas zamawiający mógłby ustalić ponad wszelką wątpliwość, iż oferta odwołującego obejmowała całość prac wymaganych dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (w tym również wynikającą z odpowiedzi zamawiającego). Nie można przyjąć za wystarczające

oświadczenia wykonawcy, iż wycenił on całość prace wymagane przez zamawiającego, z pominięciem treści wynikającej z dokumentów. Skoro wykonawca nie uwzględnił środka do zabezpieczenia przeciwpożarowego konstrukcji stalowej w wykazie materiałów, a opis pozycji nie potwierdzał wykonania zabezpieczenia w pozycji 4.2.1 i innych dotyczących konstrukcji stalowej (4.4.1, 4.4.2, 4.4.3), to słusznie zamawiający nie mógł przyjąć, iż wykonawca wycenił w całości prace. Podobna sytuacja dotyczyła braku uwzględnienia w zestawieniu, materiału do deskowania pełnego dachu grubości 3,2 cm dla powierzchni 1360,7 m² (odpowiedź na pytanie nr 4). Przyjmując oświadczenie odwołującego, iż KNR według którego opisano pozycję 4.2.10 nie obejmuje deskowania, jako gołostowne Izba uznała oświadczenie, iż przy wycenie tej pozycji uwzględniono konieczność wykonania deskowania oraz koszt materiału (nie wymieniony w zestawieniu materiałów). Ewentualne zwrócenie się o złożenie wyjaśnień przez odwołującego nie mogło prowadzić do uzupełnienia treści oferty w zakresie wycenionych materiałów. Skoro zamawiający wymagał dołączenia poza kosztorysem uproszczonym również zestawienia materiałów, to mógł samodzielnie ocenić, czy oferta obejmowała wycenę całości wymagany prac i materiałów. Odwołujący nie odnosił się do innych braków wskazanych przez zamawiającego w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty, co Izba uznała, za potwierdzenie istnienia braków w treści oferty.

W zakresie niezgodności dotyczącej ilości wskazanej przy kalkulacji pozycji 4.2.10, możliwe było poprawienie ilości metrów kwadratowych na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, co jednak nie mogło prowadzić do uwzględnienia odwołania, gdyż zasadniczy zarzut dotyczący zgodności oferty z siwz nie został uwzględniony. Wykonawca mógł uznać, działając pod wpływem błędnego rozumienia treści odpowiedzi zamawiającego na pytanie nr 4, iż należy zmienić wielkość obmiarową podaną pierwotnie w książce przedmiarów. Błąd ten mógł być poprawiony przez zamawiającego, gdyż nie wymagał żadnego porozumienia z wykonawcą i nie prowadziłby do niedozwolonych negocjacji z wykonawcą, który przedstawił cenę jednostkową, co pozwalało na przeliczenie wartości całej pozycji z uwzględnieniem prawidłowej ilości obmiarowej. Ustalenie to pozostawało jednak bez wpływu dla stwierdzonych powyżej niezgodności występujących w treści oferty odwołującego, prowadzących do uznania za prawidłową czynność odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Mając powyższe na względzie Izba uznała, iż zamawiający nie dopuścił się naruszenia przepisów zarzucanego mu w odwołaniu i orzekła jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania Izba wzięła pod uwagę treść § 5 ust. 3 pkt 1 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 (Dz. U. Nr 41, poz. 238), i obciążyła kosztami postępowania odwołującego. Izba zasądziła na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy na rzecz zamawiającego poniesione przez stronę koszty wynagrodzenia pełnomocnika.

Przewodniczący: