

WYROK
z dnia 16 września 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Mlącka

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 września 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 sierpnia 2013 r. przez wykonawcę **Stanisława E. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą POLKOMPLEKS Stanisław E., ul. Gdańska 13, 83-400 Kościerzyna** w postępowaniu prowadzonym przez **Nadleśnictwo Przymuszewo, Przymuszewo 3, 89-634 Leśno.**

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz nakazuje Zamawiającemu dokonanie powtórnej czynności badania i oceny ofert z udziałem oferty Odwołującego, tj. dokonanie czynności poprawienia omyłki w ofercie Odwołującego w pozycjach nr 29 i 30 kosztorysu ofertowego pn. „Przebudowa dojazdu pożarowego nr 31 Leśnictwo Leśno” oraz w pozycjach nr 25 i 26 kosztorysu ofertowego pn. „Przebudowa dojazdu pożarowego nr 32 Leśnictwo Leśno” poprzez zastąpienie we wskazanych pozycjach dotychczasowego oznaczenia frakcji kruszywa 31,5-63,0 mm oznaczeniem 0-63,0 mm.**

2. kosztami postępowania obciąża **Zamawiającego Nadleśnictwo Przymuszewo, Przymuszewo 3, 89-634 Leśno** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Stanisława E. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą POLKOMPLEKS Stanisław E., ul. Gdańska 13, 83-400 Kościerzyna** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Zamawiającego Nadleśnictwo Przymuszewo, Przymuszewo 3, 89-634 Leśno** na rzecz wykonawcy **Stanisława E. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą POLKOMPLEKS Stanisław E., ul. Gdańska 13, 83-400 Kościerzyna** kwotę 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy 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 (tj. Dz. U. z dnia 9 sierpnia 2013 r., poz. 907) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Słupsku.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający Nadleśnictwo Przymuszewo prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na zadanie pn: „Przebudowa dojazdów pożarowych nr 31 i 32 na terenie Nadleśnictwa Przymuszewo, Leśnictwo Leśno”.

Postępowanie jest prowadzone poniżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu wadliwe dokonanie czynności odrzucenia oferty dla części 1 i 2 mimo złożenia ich dla zakresu opisanego w SIWZ a szczególnie dla zakresu opisanego w dokumentacji projektowej, zaniechanie poprawienia omyłki zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp dla części 1 i 2 nie mającej wpływu na cenę oferty, w szczególności z uwagi na jej ryczałtowy charakter, prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców poprzez wybranie oferty, która faktycznie zgodnie z obowiązującym prawem, szczególnie zasadami zapisanymi w ustawie Pzp i SIWZ nie jest ofertą najkorzystniejszą.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania; nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności oceny ofert i wyboru oferty Odwołującego dla części 1 i 2 jako najkorzystniejszej; zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów ewentualnego zastępstwa procesowego.

Odwołujący złożył ofertę w zakresie części 1 i 2. Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego, stwierdzając że: „Zgodnie z Rozdziałem 3 SIWZ - Opis przedmiotu zamówienia konstrukcja jezdni winna być wykonana: Warstwa ścieralna z kruszywa łamanego stabilizowanego mechanicznie o uziarnieniu 0-31,5 mm grubości 10 cm, Podbudowa z kruszywa łamanego stabilizowanego mechanicznie o uziarnieniu 0-63,0 mm gr. 15 cm. Wykonawca w swojej ofercie zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia z kruszywa o frakcji 31,5-63,0, co jest w całości niezgodne z SIWZ. W związku z powyższym należy stwierdzić, iż treść oferty Wykonawcy nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a tym samym oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2) ustawy Pzp.”.

Odwołujący podniósł, że zgodnie z treścią § 8 ust. 1 zawartego w SIWZ wzoru umowy, cena ma charakter ryczałtowy. Cenę należało wyliczyć zgodnie z punktem 13 SIWZ. W punkcie 13.3 SIWZ Zamawiający zapisał: „Cena ma być wyliczona w następujący sposób: Wykonawca określi wartości wszelkich robót na podstawie załączonej dokumentacji projektowej w opracowanym przez siebie kosztorysie ofertowym (sporządzonym metodą

szczegółową)”. Tak więc cena ma być przygotowana na podstawie dokumentacji projektowej i Specyfikacji Technicznych Wykonania i Odbioru Robót. W załączonym do ofert kosztorysie ofertowym, Odwołujący wpisał omyłkowo frakcję kruszywa 31,5-63,0 zamiast 0-63,0. Podkreślił, że wynika to z tego, że w programie kosztorysowym, jakim dysponuje, jest taki zapis frakcji kruszywa dla tej pozycji kosztorysowej. Jednak Odwołujący wskazał, że cena tego kruszywa jest wpisana dla kruszywa o frakcji 0-63,0. Podkreślił, że wysłał do dostawcy kruszywa zamówienie.

Argumentował także, że kosztorys jest tylko materiałem pomocniczym do wyliczenia ceny, a nie opisu przedmiotu zamówienia. Powołał się przy tym na pismo Prezesa UZP nr UZP/DKUE/EG/34760/16004/09 z 26 sierpnia 2009 r., zgodnie z którym „...projekt budowlany ma charakter nadrzędny nad projektem wykonawczym, a przedmiar robót ma na celu umożliwienie dokonania wyceny robót, nie zaś ich opisanie. Oznacza to, że roboty opisane w projekcie budowlanym wchodzi w zakres zamówienia podstawowego, nawet jeżeli nie zostały ujęte w projekcie wykonawczym lub przedmiarze bądź też zachodzą inne rozbieżności pomiędzy tymi dokumentami a projektem budowlanym...”.

Wynagrodzenie Wykonawcy w przedmiotowym postępowaniu ma charakter ryczałtowy. Wykonawca zobowiązany był obliczyć cenę oferty na wykonanie robót na podstawie Dokumentacji Projektowej oraz Specyfikacji Technicznych Wykonania i Odbioru Robót. Skoro w przedmiotowym postępowaniu mamy do czynienia z ceną ryczałtową oferty, w konsekwencji, kosztorysy sporządzane przez Wykonawcę mają charakter pomocniczy, a Wykonawca ma obowiązek wykonania całego przedmiotu zamówienia za cenę wskazaną w ofercie. Wobec tego, Zamawiający nie może odrzucić oferty za braki w kosztorysie ofertowym, gdyż nie mają one znaczenia dla sprawy. Składając ofertę Odwołujący zobowiązał się wykonać całość zamówienia na podstawie Dokumentacji Projektowej oraz Specyfikacji Technicznych Wykonania i Odbioru Robót, za kwotę określoną w ofertach dla części 1 i 2 i ewentualne błędy w kosztorysie nie mogą mieć wpływu na treść złożonej oferty. Niezgodność kosztorysu ofertowego z przedmiarami przy wynagrodzeniu ryczałtowym, nie jest podstawą do odrzucenia oferty.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. oferta podlega odrzuceniu, jeżeli jej treść jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, chyba że stwierdzone błędy/omyłki mogą zostać poprawione na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p. Stosownie do treści tego drugiego przepisu, oferta podlega odrzuceniu, jeżeli wykonawca w terminie 3 dni od dnia doręczenia zawiadomienia o dokonaniu poprawek nie zgodził się na poprawienie omyłki. Zamawiający w pierwszej kolejności zobowiązany był poprawić omyłki polegające nie na niezgodności z SIWZ. Zdaniem Odwołującego, odrzucenie jego oferty dla części 1 i 2 zamówienia było przedwcześnie. Zamawiający miał obowiązek poprawienia tej – zdaniem Odwołującego - niewielkiej omyłki, dotyczącej frakcji kruszywa.

Odwołujący powołał się na orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w sprawie C-496/99 *Succhi di Frutta* oraz w sprawie C-454/06 *Presstetext Nachrichtenagentur*". ETS klasyfikuje postanowienia umowy jako istotne wówczas, gdy uwzględnienie takiego postanowienia w pierwotnym ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia umożliwiłoby oferentom przedstawienie znacząco odmiennej oferty. W niniejszej sprawie, taka sytuacja nie występuje.

Odwołujący podniósł także, że niezależnie od tego, z jakiego powodu dojdzie do nie uznania odwołania i podpisania umowy z innym wykonawcą, Zamawiający naruszy art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie.

W odpowiedzi wskazał, że kosztorys ofertowy stanowi istotny element treści oferty wykonawcy. Przez wzgląd na powyższe, wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia powinni dokładać szczególnej staranności przy sporządzaniu tego typu dokumentów.

Nadto argumentował, że jeżeli z oferty Odwołującego w jakikolwiek sposób wynikałoby, że zamierzał on zaoferować Zamawiającemu wykonanie jezdni z kruszywa o frakcji 0 - 31,5 oraz 0 - 63,0 mm (np. w niektórych częściach kosztorysu wpisano by kruszywo o frakcji wymaganej przez Zamawiającego, a w innych kruszywo o nieprawidłowej frakcji), co świadczyłoby o uprzedniej wewnętrznej sprzeczności oferty, która mogłaby zostać należycie wyjaśniona przez Odwołującego, poprawienie oferty w trybie art. 87 ust. 2 punkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych byłoby możliwe jako niezmienną treść oferty i nie stanowiąc zakazanych negocjacji. Tymczasem, jak ocenił Zamawiający, z wyjaśnień Odwołującego także opisanych w odwołaniu, a przede wszystkim z przedstawionej przez niego oferty nr DO 2,S2a./08/2013 wynika, że Odwołujący złożył w Kruszywa Polskie Spółka Akcyjna zapytanie ofertowe dotyczące co prawda kruszywa o wymaganej przez Zamawiającego frakcji, lecz niezgodne z ustaloną przez Zamawiającego normą. Dalej Zamawiający wskazywał, że z oferty wynika wszak, że kruszywo miało mieć normę PN EN 13043, podczas gdy Zamawiający żądał wykonania zamówienia z kruszyw o normie PN-S-06102. W konsekwencji, zdaniem Zamawiającego, oznacza to, cyt. „że Wykonawca zarówno na etapie sporządzania kosztorysu ofertowego, jak i udzielania wyjaśnień Zamawiającemu nigdy nie oferował Zamawiającemu kruszyw o wymaganych przezeń parametrach, co zresztą potwierdza datowana na 9 września 2013 r. Opinia techniczna dotycząca zgodności oferty / treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, sporządzona przez Janusza Szczepańskiego. Z Opinii tej jednoznacznie wynika, że materiał zaoferowany przez Odwołującego był niezgodny z treścią SIWZ oraz STWiOR, a wyjaśnienia Odwołującego tylko tę niezgodność potwierdzają". Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Izba nie znalazła przesłanek, które wskazywałyby na konieczność odrzucenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody Stron złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że Odwołujący posiada interes do wniesienia odwołania w rozumieniu artykułu 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Jest jednym z wykonawców, którzy złożyli ofertę w postępowaniu, w przypadku potwierdzenia zarzutów podniesionych w odwołaniu, miałby możliwość uzyskania zamówienia.

Izba ustaliła, że Odwołujący złożył ofertę na przebudowę dojazdów pożarowych nr 31 i 32 na terenie Nadleśnictwa Przymuszewo, Leśnictwo Leśno. Do oferty został załączony kosztorys ofertowy pn.: „Przebudowa dojazdu pożarowego nr 31 Leśnictwo Leśno km 0+000 – 2 +660” oraz kosztorys ofertowy: pn. „Przebudowa dojazdu pożarowego nr 32 Leśnictwo Leśno km 0+000 – 3 + 000”. W kosztorysie ofertowym: Przebudowa dojazdu pożarowego nr 31 Leśnictwo Leśno, w pozycji 29 i 30 wpisano: Tłucznia do nawierz. drog, sort 31,5-63,0 mm. W kosztorysie ofertowym Przebudowa dojazdu pożarowego nr 32 Leśnictwo Leśno, w pozycji III.2 wpisano: Element: Wykonanie podbudowy z kruszywa łamanego (0.63) gr. 15 cm. W ramach tego punktu wyszczególniono pozycje kosztorysu nr 25 i 26. W pozycjach tych wpisano: Tłucznia do nawierz. drog, sort 31,5-63,0 mm.

W treści SIWZ jednym z wymogów opisu przedmiotu zamówienia było: „Konstrukcja jezdni: Warstwa ścieralna z kruszywa łamanego stabilizowanego mechanicznie o uziarnieniu 0-31,5 mm grubości 10 cm. Podbudowa z kruszywa łamanego stabilizowanego mechanicznie o uziarnieniu 0-63,0 mm gr. 15 cm.”

Odwołujący w trakcie rozprawy przedstawił dokument - zamówienie z dnia 13 sierpnia 2013 roku, złożone do firmy Kruszywa Polskie S.A. Przedmiotem zamówienia był mieszanka łamana: 0/31,5 mm w ilości 2500 t po ustalonej cenie 40 zł netto/t, a także 0/63 mm w ilości 4500 t po ustalonej cenie 50 zł netto/t. Nadto Odwołujący przedstawił ofertę firmy Kruszywa Polskie S.A. z dnia 13 sierpnia 2013 roku dla Polkompleks Stanisław E. obejmującą asortyment mieszanka łamana 0/31,5mm w ilości 2500t w cenie 40 zł/t, oraz mieszanka łamana /63mm w ilości 4500 t w cenie 50 zł/t.

W ocenie Izby zarzut naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 i 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych jest zasadny.

W kosztorysie ofertowym Odwołującego w pkt III.2 wpisano: Element: Wykonanie podbudowy z kruszywa łamanego (0.63), gr. 15 cm. W ramach tego punktu wyszczególniono pozycje kosztorysu nr 25 i 26. W pozycjach tych wpisano: Tłucznia do nawierz. drog, sort 31,5-63,0 mm. Z powyższego wynika, że oferta w zakresie pozycji III.2, gdzie wskazano na wartość 0,63 i pozycji kosztorysu nr 25 i 26, gdzie określono parametr 31,5-63,0 mm, były sprzeczne. Pozycja III.2, która odnosiła się do pozycji 25 i 26 kosztorysu wskazywała na parametr kruszywa zgodny z wymogiem Zamawiającego. Skoro pozostała treść oferty wskazywała parametry w tym zakresie inne, to zachodzi uzasadnione podejrzenie, że mamy do czynienia z omyłką Wykonawcy. Omyłka taka powinna zostać wyjaśniona przez Zamawiającego, następnie poprawiona. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie stwierdził, że jeżeli z oferty Odwołującego w jakikolwiek sposób wynikałoby, że zamierzał on zaoferować Zamawiającemu wykonanie jezdni z kruszywa o frakcji 0-31,5 oraz 0-63,0 mm, co świadczyłoby o uprzedniej wewnętrznej sprzeczności oferty, która mogłaby zostać należycie wyjaśniona przez Odwołującego, poprawienie oferty w trybie art. 87 ust. 2 punkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych byłoby możliwe jako niezmieniające treści oferty i niestanowiące zakazanych negocjacji. Tym samym, w ocenie Izby, skoro zaistniała sytuacja, na którą wskazał Zamawiający, że z oferty Odwołującego wynikało, że intencją jego jest zaoferowanie kruszywa o frakcji 0-63,0 mm (co potwierdza pozycja III.2 kosztorysu ofertowego), to Zamawiający powinien przeprowadzić procedurę wyjaśnienia i poprawienia omyłek w ofercie Odwołującego.

W ocenie Izby omyłka ma charakter nieistotny, bowiem z treści oferty wynikało także zaoferowanie właściwego parametru kruszywa. Tym bardziej, że właśnie pozycja III.2 kosztorysu ofertowego stanowi tytuł i jest nadrzędna dla pozycji 25 i 26 kosztorysu ofertowego. Poprawienie omyłki zatem nie spowoduje istotnej zmiany treści oferty. Izba wzięła także pod uwagę fakt, że z treści przedstawionej przez wykonawcę oferty wynika, że celem Odwołującego jest (i było) złożenie oferty zgodnie z treścią dokumentacji i SIWZ, zaś parametry kruszywa zostały omyłkowo wskazane inaczej, niż wymagał Zamawiający. Intencję Wykonawcy w zakresie złożenia oferty zgodnej z SIWZ potwierdziły także złożone przez niego dokumenty – zamówienie złożone do firmy Kruszywa Polskie S.A. Odwołujący zamówił w wymagane kruszywo zgodnie z parametrami SIWZ.

W związku z powyższym Izba uznała, że nie było podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego, a omyłka w pozycjach nr 29 i 30 kosztorysu ofertowego pn. „Przebudowa dojazdu pożarowego nr 31 Leśnictwo Leśno” oraz w pozycjach nr 25 i 26 kosztorysu ofertowego pn. „Przebudowa dojazdu pożarowego nr 32 Leśnictwo Leśno” powinna zostać poprawiona poprzez zastąpienie we wskazanych pozycjach dotychczasowego oznaczenia frakcji kruszywa 31,5-63,0 mm oznaczeniem 0-63,0 mm.

Izba nie wzięła pod uwagę argumentacji Zamawiającego o sprzeczności zaoferowanego przez Odwołującego przedmiotu zamówienia z treścią SIWZ z uwagi na brak zgodności z określoną normą. Należy zauważyć, że argument w żaden sposób nie odnosi się do spornych pozycji kosztorysowych. W treści informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego również nie znalazł się tego rodzaju powód odrzucenia. Odwołujący nie miał zatem możliwości pełnego odniesienia się do takiego argumentu w odwołaniu. Izba nie może orzekać w zakresie zarzutów, które nie były treścią odwołania.

Mając powyższe na uwadze 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. Na podstawie § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia.

Przewodniczący:

.....

