

WYROK

z dnia 12 sierpnia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: przewodniczący Anna Packo
protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 sierpnia 2010 r. w Warszawie
odwołania wniesionego przez

**Andrzeja Kulisia prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą
Firma Produkcyjno-Usługowa „Wiórek” Andrzej Kuliś**

ul. Gdańska 24, 12-200 Pisz

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego

Nadleśnictwo Górowo Iławeckie

ul. Sikorskiego 30, 11-220 Górowo Iławeckie

orzeka:

- 1. oddala odwołanie,**
- 2. kosztami postępowania obciąża Andrzeja Kulisia prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma Produkcyjno-Usługowa „Wiórek” Andrzej Kuliś, ul. Gdańska 24, 12-200 Pisz i nakazuje zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) z kwoty uiszczzonego przez niego wpisu.**

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

Przewodniczący:

.....

UZASADNIENIE

do wyroku KIO 1570/10 z 12 sierpnia 2010 r.

Zamawiający – Nadleśnictwo Górowo Iławeckie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „przebudowę dojazdu pożarowego w Nadleśnictwie Górowo Iławeckie, realizowaną w ramach działania 226 *Odtworzenie potencjału produkcji leśnej zniszczonego przez katastrofy oraz wprowadzenie instrumentów zapobiegawczych*, objętego Programem Rozwoju Obszarów Wiejskich na lata 2007-2013” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759), w trybie przetargu nieograniczonego. Ogłoszenie o zamówieniu zostało 14 czerwca 2010 r. zamieszczone w BZP pod numerem 166046.

Do postępowania stosuje się przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych w brzmieniu nadanym ustawą z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 206, poz. 1591) i ustawą z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778).

Wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający dopuszczał składanie ofert częściowych (część 1. – leśnictwo Stejno i część 2. – leśnictwo Mała Wola).

19 lipca 2010 r. Odwołujący otrzymał informację o wyborze ofert najkorzystniejszych w obu zadaniach oraz o odrzuceniu, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, jego oferty, w której Zamawiający stwierdził omyłki w kosztorysie ofertowym polegające na jego niezgodności z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia: w części 1. w poz.: 16, 17, 18, 35, 36, 53, 54 oraz w kosztorysie dla części 2. w poz. 17. Niezgodności te polegają na tym, że w dokumentacji technicznej załączonej do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, po

uwzględnieniu zmian z 23 czerwca 2010 r., mowa jest o nawierzchniach żwirowych, a kosztorys Odwołującego zawiera nawierzchnię z tucznią kamiennego. Zamawiający uznał, że omyłki te mają charakter istotny, a ich poprawienie w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych jest niemożliwe, gdyż wymagałoby złożenia przez wykonawcę wyjaśnień polegających m.in. na podaniu ceny materiałów i miałyby charakter negocjacji.

23 lipca 2010 r. Odwołujący złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie zarzucając Zamawiającemu:

1. bezzasadne odrzucenie jego oferty jako niezgodnej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, podczas gdy nie było podstaw do takiego działania
2. wybór oferty Nazali-Naft Hurt-Detal Bogdan Nazar dla części 1. oraz oferty Przedsiębiorstwa Produkcyjno-Usługowego „Her-Pol” s.c. Herman Paweł & Herman Janusz dla części 2. jako ofert najkorzystniejszych, podczas gdy powinny one zostać odrzucone,
3. zaniechanie odrzucenia oferty Nazali-Naft Hurt-Detal Bogdan Nazar oraz oferty Przedsiębiorstwa Transportowo-Sprzętowego Budownictwa „Pyzak” Mirosław Pyzak dla części 1. oraz zaniechanie odrzucenia ofert: Nazali-Naft Hurt-Detal Bogdan Nazar, Przedsiębiorstwa Transportowo-Sprzętowego Budownictwa „Pyzak” Mirosław Pyzak oraz Przedsiębiorstwa Produkcyjno-Usługowego „Her-Pol” s.c. Herman Paweł & Herman Janusz z uwagi na to, iż jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
4. zaniechanie żądania wyjaśnień od Odwołującego w przedmiocie różnic pomiędzy zmienioną specyfikacją istotnych warunków zamówienia a złożonym kosztorysem ofertowym.

Wobec powyższego Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie unieważnienia podjętych czynności.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, iż zgodnie z rozdziałem 10 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ofertę należało przygotować według wymagań określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i zgodnie z Kosztorysem Ślepym, który stanowił załącznik do

specyfikacji. W przedmiotowej sprawie kosztorysy złożone przez wszystkich wykonawców, poza Odwołującym, nie zostały sporządzone w przewidzianej formie i nie uwzględniają wszystkich elementów wynikających z Kosztorysu Ślepego, a zatem są sprzeczne ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, zatem oferty te powinny zostać odrzucone.

Ponadto, zgodnie z przedmiarami robót poz. 17 i 18, nawierzchnię jezdni określono jako wykonaną z kamienia tłuczonego (KNNR 6 0204-03, KNNR 6 0204-05). Podobnie nawierzchnia została określona w „Kosztorysie ślepym”. Przedmiary i kosztorysy na obie części zamówienia zostały opracowane 5 grudnia 2009 r., jednocześnie Zamawiający posiada przedmiary i kosztorysy ślepe wykonane także w dniu 5 grudnia 2009 r., w których nawierzchnię określono jako żwirową (KNNR 6 0202-06, KNNR 6 0202-07). Zamiana specyfikacji jest dopuszczalna jedynie w uzasadnionych przypadkach, Zamawiający takiego nie wykazał, natomiast na 4 dni przed terminem składania ofert dokonał zmiany nawierzchni drogi, co jest bardzo istotną zmianą, powyższe powinno skutkować wydłużeniem czasu na wprowadzenie zmian w ofercie. Wprowadzanie zmian jest zatem możliwe. Zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień jest więc uchybieniem, które ma istotny wpływ na rozstrzygnięcie. Odwołujący złożył ofertę zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia sporządzoną przed zmianą. Zamawiający naruszył art. 87 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych i uchybienia te mają istotny wpływ na rozstrzygnięcie przetargu.

Odwołujący przedstawił też pismo z 28 lipca 2010 r. „Uzupełnienie odwołania”, w którym przedstawił dodatkową argumentację, a także rozwinięcie zarzutów dotyczących pozostałych wskazanych wykonawców (zostały one pominięte). W ramach argumentacji dotyczącej odrzucenia jego oferty Odwołujący dodał, że Zamawiający traktując błędy w kosztorysach innych wykonawców i poprawiając je jako omyłki, pozwolił na zmianę tych ofert, podczas gdy powinien je odrzucić, przez co naruszył także zasadę równego traktowania wykonawców wyrażoną w art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych. Z jednej bowiem strony – w przypadku Odwołującego uznaje, iż zmiana rodzaju nawierzchni nie zasługuje na uzupełnienie czy

wyjaśnienie, podczas gdy w przypadku oferty innego wykonawcy sporządzenie kosztorysu nieobejmującego wszystkich pozycji nie stanowiło przeszkody do potraktowania takiego braku jako omyłki, podobnie w przypadku oferty PPHU „HER-POL”, gdzie w ramach omyłki potraktowano wpisanie w kosztorysie ofertowym prętów żebrowanych do 7 mm, podczas gdy powinno być od 7 do 14 mm. Wskazano, iż poprawienie omyłki nie spowodowało zmiany wysokości oferty. Gdyby Zamawiający potraktował w ramach innej omyłki wpisanie tłucznia i niedokonanie zmiany na mieszankę żwirową, to powyższe także by nie spowodowało zmiany wysokości oferty. Skoro bowiem zaoferowana cena Odwołującego się obejmowała tłuczeń, który jest znacznie droższy od mieszanki żwirowej, to tym bardziej w ramach zaoferowanej ceny byłby w stanie wykonać nawierzchnię z mieszanki żwirowej. Na usprawiedliwienie Odwołującego przemawia także fakt, iż swą ofertę złożył w formie przewidzianej przez specyfikację istotnych warunków zamówienia przed zmianą.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie w formie pisemnej, w której stwierdził, że zmiana specyfikacji istotnych warunków zamówienia została dokonana po poprawce wprowadzonej przez projektanta i zamieszczona na stronie internetowej Zamawiającego 23 czerwca 2010 r., czyli na 7 dni przed upływem terminu składania ofert, niezależnie od tego wszyscy wykonawcy zostali o tej zmianie powiadomieni, Odwołujący nie może więc zasłaniać się krótkim terminem, gdyż pozostali wykonawcy taką zmianę wprowadzili. Natomiast ewentualne wezwanie do złożenia wyjaśnień w tym przypadku prowadziłyby w istocie do obniżenia ceny, czyli nosiłoby znamiona negocjacji, co jest niedopuszczalne. Pomyłki poprawione u innych wykonawców miały niewielką wartość (0,05% i 0,6% wartości oferty), więc nie można uznać ich za zmianę istotną, natomiast zmiana rodzaju nawierzchni prowadziłyby do zmiany oferty co najmniej o kilkadziesiąt procent, zatem nie są to zmiany porównywalne, a Zamawiającemu nie można zarzucić nierównego traktowania wykonawców. Natomiast przyjmując argumentację Odwołującego, że w zaoferowanej w kosztorysie cenie może

wykonać nawierzchnię zwirową jako tańszą, powoduje to, że oferta Odwołującego pozostaje ofertą najdroższą ze wszystkich.

3 sierpnia 2010 r. przystąpienie do postępowania po stronie Zamawiającego zgłosili Mirosław Pyzak i Bogdan Nazar, jednak Izba nie dopuściła tych wykonawców do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze przystępujących, gdyż przystąpienia zgłoszono po terminie, o którym mowa w art. 185 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych

W oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania, a także na podstawie oświadczeń złożonych podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba stwierdziła, że wartość odwołania jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych zatem, zgodnie z art. 180 ust. 2 tej ustawy, odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności: wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę; opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu; wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia; odrzucenia oferty odwołującego.

Zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, jeżeli w postępowaniu o wartości zamówienia mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie dotyczy innych czynności niż określone w art. 180 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Izba odwołanie odrzuca. Zgodnie również z art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych Izba odrzuca odwołanie, jeżeli zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie. Terminy na wniesienie odwołania określa art. 182 ustawy Prawo zamówień publicznych. Wynika z niego, iż wszelkie zarzuty dotyczące braku przedłużenia terminu na przygotowanie oferty, powinny być podnoszone w terminie 5 dni od dnia,

w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia (art. 182 ust. 3 pkt 2), a obecnie są spóźnione.

Tym samym wszystkie podniesione w odwołaniu zarzuty, które nie dotyczą odrzucenia oferty Odwołującego, nie były przez Izbę rozpatrywane.

Izba ustaliła, że treść postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz stan faktyczny zaistniały w postępowaniu, nie są sporne pomiędzy Stronami. Izba ustaliła także, że Zamawiający dokonał zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie dotyczącym nawierzchni 23 czerwca 2010 r., po czym w odpowiedzi z 25 czerwca 2010 r., odpowiadając na pytanie jednego z wykonawców, potwierdził rodzaj nawierzchni jako żwirowej. Stwierdziła zatem, że wymóg specyfikacji istotnych warunków zamówienia był jednoznaczny.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3, zgodnie z którym Zamawiający poprawia w ofercie inne (niż oczywiste omyłki pisarskie i rachunkowe) omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Zatem, aby Zamawiający mógł poprawić w ofercie wykonawcy niezgodność ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, musi ustalić przede wszystkim, iż niezgodność ta lub błąd wykonawcy ma charakter omyłki oraz, iż dokonana zmiana nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty.

Pomimo tego, że część przedstawionej przez Odwołującego argumentacji odnoszącej się do dokonanych zmian specyfikacji istotnych warunków zamówienia przez Zamawiającego, może wprowadzać pewne wątpliwości co do tego, czy zawarcie w kosztorysach ofertowych odniesienia do nawierzchni z tłuczni kamiennego było rzeczywiście omyłką, Izba przyjmuje jednak, że celem wywodów Odwołującego nie było wskazanie, iż miał on zamiar zaoferować Zamawiającemu inny rodzaj nawierzchni niż przez niego

oczekiwany, a w ofercie chciał on zaoferować wykonanie robót zgodnie z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a nie uczynił tego jedynie przez przeoczenie dokonanej zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zdaniem Izby oczywiste jest bowiem, iż wykonawca składając ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i posiadający doświadczenie w tej dziedzinie oraz znający przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych zdaje sobie sprawę, iż oferta, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, podlega odrzuceniu, a zatem umyślne działanie polegające na przygotowaniu oferty niezgodnej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia – ponosząc wysiłek i koszty sporządzenia tej oferty – jest nielogiczne i bezcelowe. Zatem stwierdzone w kosztorysie Odwołującego niezgodności można uznać za omyłki.

Jednocześnie jednak, jak wynika z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, omyłki te nie mogą być istotne dla oferty – gdyż tylko w takim przypadku ich korekta nie będzie powodowała istotnych zmian w treści oferty. W niniejszym przypadku omyłka odnosi się do nieprawidłowego wskazania rodzaju nawierzchni, który to materiał i zakres robót, i to zarówno ze względu na przedmiot zamówienia (wykonanie drogi dojazdowej), jak i wartość błędnych pozycji kosztorysu w stosunku do wartości całej oferty, odnosi się do znaczącego zakresu planowanych robót. I sytuacji tej nie zmienia fakt, że Zamawiający mógłby z łatwością poprawić same opisy pozycji, nie zmieniając ich ceny, zatem wcale nie musiałby prowadzić z wykonawcą „negocjacji”, o których wspomina w informacji o odrzuceniu oferty i odpowiedzi na odwołanie. Już bowiem sama zmiana w opisie rodzaju oferowanej nawierzchni, z powyżej wskazanych powodów – znaczenia tej nawierzchni dla całości drogi – byłaby zmianą istotną.

W związku z powyższym Izba orzekła 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. 2 pkt 1 i § 3 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).

Przewodniczący

.....