

Sygn. akt: KIO 2650/15

WYROK

z dnia 16 grudnia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Dagmara Gałczewska-Romek**

Protokolant: **Aneta Górniak**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **16 grudnia 2015 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 grudnia 2015 r. przez **J. C., prowadzącego działalność gospodarczą p.n. C. J. C., Jata 92A, 37-430 Jeżowe** w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa – Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Gościeradów, ul. Folwark 1e, 23-275 Gościeradów**

przy udziale wykonawcy **Wod - Bud Sp. z o.o., ul. Piłsudskiego 12/1, 23-200 Kraśnik** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża J. C., prowadzącego działalność gospodarczą p.n. C. J. C., Jata 92A, 37-430 Jeżowe i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez J. C., prowadzącego działalność gospodarczą p.n. C. J. C., Jata 92A, 37-430 Jeżowe, tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **J. C., prowadzącego działalność gospodarczą p.n. C. J. C., Jata 92A, 37-430 Jeżowe** na rzecz **Skarbu Państwa – Państwowego Gospodarstwa Leśnego Lasy Państwowe Nadleśnictwo Gościeradów, ul. Folwark 1e, 23-275 Gościeradów** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty wynagrodzenia pełnomocnika zgodnie ze złożoną do akt sprawy fakturą.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 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 Nadleśnictwo Gościeradów prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest przebudowa drogi leśnej w leśnictwie Świeciechów odc. 1/000208/01, odc.1/000208/02, odc.1/000208/03, odc.1/000208/04 odc.1/000208/05, odc.1/000208/06. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 27 października 2015 roku, pod poz. 287658 - 2015.

W dniu 7 grudnia 2015 roku Odwołujący – J. C., prowadzący działalność gospodarczą p.n. Firma C. J. C., wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez nieuprawnione odrzucenie oferty Odwołującego a w konsekwencji naruszenie:
2. art. 91 ust. 1 ustawy Pzp przez wybranie oferty, która nie jest ofertą najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w siwz,
3. art. 87 ust. 1 ustawy Pzp przez jego niezastosowanie i nie wezwanie do złożenia wyjaśnień przez Odwołującego treści złożonej oferty,
4. art. 90 ust. 1 przez jego niezastosowanie i nie wezwanie do złożenia wyjaśnień treści złożonej oferty,
5. art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp przez nie zastosowanie i poprawienie oferty w zakresie wskazania realizacji I etapu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
3. powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego, w tym ewentualnie wezwanie Odwołującego do wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp,
4. dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej,
5. zasądzenie kosztów odwołania od Zamawiającego na rzecz Odwołującego się wg. norm przypisanych

Ponadto Odwołujący wniósł o:

1. dopuszczenie jako dowodów spełniania wymagań siwz przez ofertę Odwołującego,
2. dowodu z zeznań świadka: M. S.
3. dowodu z przesłuchania strony tj. Odwołującego J. C. .

Odwołujący, nie zgadzając się z decyzją Zamawiającego o odrzuceniu jego oferty podniósł, że wskazanie przez niego terminu realizacji całego zadania inwestycyjnego na dzień 30 czerwca 2016 roku oznacza automatycznie, że I etap zostanie zakończony przez wykonawcę do dnia 21 grudnia 2015 roku. Formularz oferty w zakresie terminu realizacji zamówienia nie był rozbity na etapy, zatem Odwołujący podał tylko ostateczny termin realizacji całego przedsięwzięcia. Nie jest prawdą, że oferta Odwołującego w pozycji kosztorysu ofertowego 21d.1.4., 49d.2.5,72d.3.4, 95d4.4., 123d5.5., 146d.6.4 jest niezgodna z siwz. Odwołujący powołał się na Opis techniczny, który jest załącznikiem nr 13 do siwz, gdzie wskazano, że Zamawiający dopuszcza uzupełnienie poboczy materiałem miejscowym z odbudowy rowów i robót ziemnych. Ponadto wskazał, że wymagania zamawiającego w zakresie realizacji nie są sztywne, o czym świadczy pkt 5 III Opisu przedmiotu zamówienia, iż Zamawiający dopuszcza możliwość wystąpienia w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia robót zamiennych oraz robót dodatkowych w stosunku do przewidywanych dokumentacją techniczną i specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót (...). Ustalenie na etapie składania ofert, że urobek nie nadaje się do wykorzystania przy planowaniu poboczy jest przedwczesne.

Nie zgodził się także ze stanowiskiem Zamawiającego, że stawka roboczogodziny zastosowana przez Odwołującego jest niższa od minimalnego wynagrodzenia. Przyjęta kwota 8 zł w kosztorysie, została przyjęta netto, obliczając tę stawkę netto przez liczbę godzin w miesiącu, często 22 dni, daje to kwotę wyższą od tej jaką pracownik otrzyma po potrąceniu składek na ubezpieczenie społeczne i zaliczki na podatek. Zamawiający nie wezwał Odwołującego do udzielenia wyjaśnień w tym zakresie i wskazania gdzie w kosztorysie umiejscowione są koszty składek na ubezpieczenie społecznie i zaliczek na podatek.

Zamawiający złożył w toku posiedzenia pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. Wskazał, że naruszenie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp nie było powodem odrzucenia oferty Odwołującego i zostało ono zbędnie wskazane w decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego.

Na podstawie dokumentacji akt sprawy oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestnika postępowania zaprezentowane w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu.

Odwołujący, jako podmiot którego oferta została odrzucona z postępowania niewątpliwie legitymuje się interesem we wniesieniu odwołania a na skutek działań zamawiającego może ponieść szkodę w postaci braku możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia, co powoduje, że zostały spełnione przesłanki z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, uprawniające Odwołującego do wniesienia odwołania.

Izba oddaliła odwołanie, wskazując jednakże, że nie wszystkie podane przez Zamawiającego w zawiadomieniu o wyborze oferty najkorzystniejszej (pismo z dnia 2 grudnia 2015 r.) podstawy faktyczne i prawne odrzucenia oferty Odwołującego, są zasadne.

Za zasadny Izba uznała zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp polegający na odrzuceniu oferty Odwołującego z uwagi na brak podania w ofercie terminu realizacji I etapu. Uwzględnienie jednak tego zarzutu w świetle nie potwierdzenia się zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp z uwagi na niezgodność treści oferty z treścią siwz w zakresie wyceny pozycji kosztorysowej dotyczącej plantowania poboczy, nie mogło spowodować uwzględnienia odwołania. Wynika to z przepisu art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym Izba uwzględnia odwołanie wyłącznie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Stwierdzenie naruszenia przepisów ustawy Pzp polegającego na odrzuceniu oferty Odwołującego z uwagi na brak podania terminu realizacji I etapu pozostaje bez wpływu na wynik postępowania o zamówienie publiczne w świetle uznania przez Izbę za zasadnym działaniem Zamawiającego polegającego na odrzuceniu oferty Odwołującego z uwagi na niezgodność treści oferty z treścią siwz w zakresie wyceny pozycji kosztorysowej dotyczącej plantowania poboczy.

Odnosnie braku podania w ofercie Odwołującego terminu realizacji I etapu, Izba ustaliła co następuje: W rozdz. V siwz Zamawiający podał dwa terminy realizacji zamówienia: I etap wykonanie odcinka 1/000208/01 do 21 grudnia 2015, II etap – wykonanie odcinków 1/000208/02, 1/000208/03, 1/000208/04, 1/000208/05, 1/000208/06 do dnia 30 czerwca 2016. W formularzu ofertowym Odwołującego podano termin realizacji zamówienia: 30 czerwca 2016 roku.

Zdaniem Izby, mając na uwadze treść wzoru formularza ofertowego, sporządzonego przez Zamawiającego, który nie przewidywał złożenia deklaracji w zakresie terminów dla każdego z etapów odrębnie, należy przyjąć, że brak było obowiązku co do złożenia w ofercie deklaracji w zakresie terminów dla każdego z etapów. Wystarczającym było zadeklarowanie jednego, końcowego terminu realizacji robót przypadającego na 30 czerwca 2016 roku. Za przyjęciem takiego stanowiska przemawia także okoliczność, że termin realizacji I etapu - wymagany przez zamawiającego tj. 21 grudnia 2015 roku jest aktualnie, biorąc pod uwagę etap postępowania, niemożliwym do dotrzymania przez żadnego z wykonawców. Okoliczność tę potwierdził sam zamawiający w toku rozprawy, wskazując że zamierza przesunąć termin realizacji I etapu. Zatem złożone przez wykonawców w ofertach oświadczenia woli co do realizacji I etapu do dnia 21 grudnia 2015 roku należy ocenić aktualnie jako świadczenie niemożliwe. Istotnym, realnym i możliwym do dotrzymania jest termin końcowy realizacji całości prac tj. 30 czerwca 2016 roku, co do którego oświadczenie Odwołujący złożył w swej ofercie.

Odnosnie wyceny pozycji kosztorysowych w zakresie plantowania poboczy, Izba uznała, że zarzut ten jest niezasadny a Zamawiający prawidłowo dokonał odrzucenia oferty Odwołującego na tej podstawie. W pozycjach przedmiaru robót 21d.1.4., 49d.2.5, 72d.3.4, 95d.4.4., 123d.5.5., 146d.6.4 Zamawiający wymagał wyceny „Plantowania poboczy, wyrównania z zagęszczeniem materiałem dowiezionym wraz z zakupem - piasek Is-0,98”. Niespornym jest, że Odwołujący w odpowiednich pozycjach kosztorysu ujął plantowanie poboczy - wyrównanie z uzupełnieniem urobkiem.

Na wstępie wskazać należy, że przedmiar robót, zgodnie z art. 31 ust. 1 ustawy Pzp, jako element wchodzący w skład dokumentacji projektowej, stanowi opis przedmiotu zamówienia publicznego. W sytuacji zatem, gdy oferta nie odpowiada przedmiotowi zamówienia, mamy do czynienia z oczywistą i nieusuwalną niezgodnością treści oferty z treścią siwz, powodującą jej odrzucenie w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Niezgodność treści oferty z treścią siwz polega w tym przypadku na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami specyfikacji, nieodpowiadający opisowi przedmiotu zamówienia.

Zamawiający wymagał od wykonawców wyceny we wskazanych pozycjach kosztorysu ofertowego całości prac dotyczących planowania poboczy piaskiem - materiałem zakupionym i dowiezionym a nie jak wskazuje Odwołujący, w części urobkiem w części piaskiem czy też samym urobkiem. Obowiązkiem wszystkich wykonawców, składających oferty w tym postępowaniu było dostosowanie się do wymagań Zamawiającego określonych w przedmiarze robót w tym zakresie i przyjęcie, że całość prac w zakresie plantowania poboczy będzie wykonana z użyciem piasku. Zaproponowanie przez wykonawców innego

sposobu realizacji tych pozycji kosztorysowych, i przyjęcie plantowania poboczy samym urobkiem bądź to urobkiem i piaskiem, w sytuacji gdy zamawiający wymagał wyceny plantowania poboczy wyłącznie piaskiem, należy ocenić jako niezgodne z wymaganiami siwz. Postanowienie na stronie 6 Opisu technicznego, stanowiącego załącznik 13 do SIWZ, na które powoływał się Odwołujący w toku rozprawy, istotnie dopuszcza użycie materiału miejscowego, ale jedynie w celu uzupełnienia poboczy w toku realizacji zamówienia i wskazuje na możliwość wykorzystania urobku, którego ilość na tym etapie nie jest możliwa do przewidzenia. Stąd, celem zagwarantowania porównywalności ofert, słusznym jest przyjęcie przez Zamawiającego, aby do wyceny oferty wykonawcy przyjęli w odpowiednich pozycjach kosztorysu plantowanie i wyrównanie z zagęszczeniem materiałem dowiezionym wraz z zakupem - piasek Is-0,98.

Wobec oświadczenia złożonego przez Zamawiającego w toku rozprawy, że art. 90 ust. 1 ustawy Pzp nie był powodem odrzucenia oferty Odwołującego i został nadmiarowo wskazany w treści odrzucenia oferty, Izba pozostawiła go bez rozpoznania, jako bezprzedmiotowy. Zgodzić się należy z Odwołującym, że przed ewentualnym odrzuceniem oferty z powodu rażąco niskiej ceny Zamawiający winien wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień elementów mających wpływ na wysokość ceny, czego w odniesieniu do oferty Odwołującego nie uczynił.

Izba zaliczyła do kosztów postępowania odwoławczego wynagrodzenie pełnomocnika Zamawiającego w oparciu o złożoną do akt sprawy fakturę, ograniczając jego wysokość do kwoty 3 600 zł, zgodnie z § 3 ust. 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238)

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, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 1, § 3 i § 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).

Przewodniczący: