

WYROK

z dnia 23 października 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 października 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 października 2012 r. przez wykonawcę **Editec Polska Sp. z o.o., ul. Sienna 83 lok. 199, 00-815 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Państwowe Gospodarstwo Leśne, Lasy Państwowe reprezentujące Skarb Państwa Nadleśnictwo Borki, ul. 22 Lipca 4, 11-612 Kruklanki**.

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, nakazuje dokonanie ponownego badania i oceny ofert, a w jego toku poprawienie omyłki w ofercie Odwołującego poprzez wpisanie w pozycji 205 kosztorysu budowlanego ilości 126 sztuk czapek klinkierowych o cenie jednostkowej 12,69 zł przy niezmienionej wartości pozycji w kwocie 1.600 zł.

2. kosztami postępowania obciąża **Państwowe Gospodarstwo Leśne, Lasy Państwowe reprezentujące Skarb Państwa Nadleśnictwo Borki, ul. 22 Lipca 4, 11-612 Kruklanki** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Editec Polska Sp. z o.o., ul. Sienna 83 lok. 199, 00-815 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Państwowego Gospodarstwa Leśnego, Lasy Państwowe reprezentujące Skarb Państwa Nadleśnictwo Borki, ul. 22 Lipca 4, 11-612 Kruklanki** na rzecz **Editec Polska Sp. z o.o., ul. Sienna 83 lok. 199, 00-815 Warszawa** kwotę **13 600 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający - Skarb Państwa - Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Borki miejscowość: Kruklanki (dalej: zamawiający) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest budowa budynku biurowego Nadleśnictwa Borki wraz z infrastrukturą techniczną. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 7 sierpnia 2012 roku pod poz. 289056.

Editec Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: odwołujący) w odwołaniu wniesionym dnia 10.10.2012 r. wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego, polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego i zaniechaniu wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej, o czym dowiedział się z pisma przesłanego mu drogą elektroniczną w dniu 05.10.2012r.

Zaskarżonej czynności zarzucił naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 7 pzp w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp. poprzez odrzucenie oferty Odwołującego w konsekwencji błędnego przyjęcia przez Zamawiającego, że Odwołujący nie zgodził się na poprawienie omyłki w poz. 205 kosztorysu budowlanego, gdy tymczasem Odwołujący nie zgodził się na poprawienie przedmiotowej omyłki w sposób zaproponowany przez Zamawiającego, art. 7 Pzp zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji w postępowaniu, poprzez nie umożliwienie Odwołującemu złożenia wyjaśnień odnośnie treści jego oferty i niezasadne odrzucenie jego oferty.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej, nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownego badania i oceny ofert, poprawienia omyłek w ofercie Odwołującego w sposób wskazany przez Odwołującego, a następnie dokonanie wyboru, jako oferty najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

Uzasadniając zarzuty i żądania odwołujący wskazał, co następuje.

Pismem z dnia 03.10.2012r. Zamawiający poinformował Odwołującego, między innymi, o dokonaniu poprawienia błędu w poz. 205 kosztorysu budowlanego. Zamawiający zmienił w poz. 205 - ilość sztuk z 1 na 126. W opinii Zamawiającego, konsekwencjami rachunkowymi dokonanej pomyłki była konieczność zmiany wartości całej pozycji. Zamawiający pomnożył bowiem cenę wynikającą z kolumny o

nazwie „cena jedn.” dla tej pozycji - 1600.00 zł przez ilość - 126. W ten sposób wartość pozycji (ostatnia kolumna) uległa powiększeniu z 1600,00 zł na 201.600,00 zł. Pierwotny kosztorys: L.p. Podstawa Opis Jedn. obm. ilość Cena jedn. Wartość 205 d.I. kalkulacja indywidualna dostawa czapek klinkierowych na słupki murowane 0, 38x0,38 szt. 1 1600.0000 1600.00 Kosztorys po zmianach Zamawiającego: L.p. Podstawa Opis Jedn. obm. ilość Cena jedn. Wartość 205 d.I. kalkulacja indywidualna dostawa czapek klinkierowych na słupki murowane 0, 38x0,38 szt. 126 1600 201 600 Powyższy sposób dokonania poprawienia omyłki przez Zamawiającego pozostaje sprzeczny z dyspozycją przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Dlatego pismem z dnia 05.10.2012r. Odwołujący nie zgodził się na poprawienie omyłki w sposób wskazany przez Zamawiającego. Odwołujący wskazał, że wskazana w pozycji 205 kosztorysu ofertowego cena 1.600,00 złotych jest całkowitą ceną oferowaną przez Odwołującego za opisaną pozycję, uwzględniającą 126 szt. czapek klinkierowych na słupki murowane. Na tej zasadzie Zamawiający winien odpowiednio poprawić ilość i cenę jednostkową. Pismem z dnia 05.10.2012r. Zamawiający poinformował Odwołującego, między innymi o tym, że jego oferta została odrzucona. W uzasadnieniu stanowiska Zamawiający wskazał, że „brak jest podstaw prawnych do poprawienia omyłki w sposób podany przez Wykonawcę”. W niniejszym postępowaniu dokonanie przez Zamawiającego poprawy oferty przez Zamawiającego prowadzi do absurdalnych, sprzecznych z zasadami logiki, konsekwencji. W wyniku dokonanych poprawek cena dostawy czapek klinkierowych na słupki murowane ogrodzenia (wedle rachunku Zamawiającego wynosząca 201.600,00 zł) jest niemalże identyczna z ceną wykonania wszystkich pozostałych elementów ogrodzenia — 178.638.60 zł, przy czym, co należy w tym miejscu podkreślić, w jego skład wchodzi wykonanie: cokołów ceglanych, ogrodzenia na gotowych cokołach, na słupkach ceglanych o wysokości do 1,5 m, ogrodzenia z siatki na słupkach. W konsekwencji dokonanych przez Zamawiającego zmian, cena dostawy czapek klinkierowych na słupki murowane ogrodzenia jest ponad 10-krotnie wyższa, aniżeli cena cokołów i słupków ceglanych, na których to przedmiotowe czapki klinkierowe mają zostać usadowione. Wobec powyższego pozbawione racji jest przyjmowanie, że Odwołujący określił - prawidłowo - cenę jednostkową dostawy czapek na poziomie 1600,00 zł za sztukę, zwłaszcza że cena jednostkowa ogrodzenia i słupków ceglanych, których wykonanie z oczywistych względów wymaga znacznie większego nakładu pracy i materiałów, została określona na

poziomie 147,29 zł, a więc na poziomie ponad 10-krotnie niższym. W świetle powyższego omyłka Odwołującego, wbrew przekonaniu Zamawiającego, nie polegała jedynie na tym, że w poz. 205 - wskazał nieprawidłową ilość sztuk, zamiast 126 - 1. Odwołujący wskazał także nieprawidłową cenę jednostkową dostawy czapek. W zamierzeniu Odwołującego było określenie ceny wynagrodzenia za wykonanie ogrodzenia na poziomie 180 238,60 zł netto. W tej cenie zawarta została także cena dostawy czapek. Zamiarem Odwołującego nie była wycena dostawy czapek na poziomie równym wartości pozostałych elementów wykonania ogrodzenia wymagających - oczywiście - znacznie większego nakładu pracy i materiałów. Przy określaniu cen kosztorysowych Odwołujący brał pod uwagę przede wszystkim ostateczną cenę wykonania tej części zamówienia określoną przez wykonawcę, przy czym, do poszczególnych pozycji doliczył przysługujące jemu wynagrodzenie. Zaproponowany przez Zamawiającego sposób poprawienia omyłki prowadzi do absurdalnych konsekwencji. Jedynym możliwym sposobem poprawienia omyłki Odwołującego jest, jego zdaniem, przyjęcie ceny jednostkowej dla dostawy czapek na poziomie 12,69 zł. Przy cenie wykonania cokołów i słupków ceglanych, których wykonanie, wymaga znacznie większego nakładu pracy i materiałów, na poziomie - 147,29 zł, określenie tejże ceny, na poziomie 12,69 zł, odpowiada pierwotnemu zamiarowi Odwołującego. Taki sposób poprawienia omyłki jest zgodny z dyspozycją przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Wystarczające jest jedynie zmiana w poz. 205 kosztorysu budowlanego ilości sztuk z 1 na 126 oraz uwzględnienie wpływających z tego konsekwencji rachunkowych. Skoro ustawodawca dopuszcza zmianę ceny oferty, to tym bardziej, możliwa jest zmiana elementów ją kształtujących, jakim niewątpliwie są ceny jednostkowe. Granicą zakresu poprawiania omyłek w trybie 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, jest istotna zmiana treści oferty. W celu oceny kwestii, czy dana omyłka ma charakter istotny - należy zważyć przede wszystkim, jakie konsekwencje będzie miało poprawienie danej oferty." (KIO/UZP 1277/08). W cytowanym wyżej wyroku Izba wskazała nadto, iż „artykuł 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p. w szczególności ma na celu umożliwienie poprawiania tego rodzaju błędów, które mogą się pojawić w trakcie sporządzania kosztorysu ofertowego. (...)

Zważywszy na wszelkie konsekwencje, jakie będzie pociągać za sobą poprawienie przedmiotowej omyłki, uzasadnione jest jej poprawienie w sposób wskazany przez Odwołującego. Dokonanie poprawienia omyłki jest możliwe na podstawie samej treści oferty, bez składania dodatkowych oświadczeń Odwołującego. Umożliwi to

Zamawiającemu wybór oferty Odwołującego z ceną ofertową, która wskutek poprawienia omyłki w sposób zaproponowany przez Odwołującego w ogóle nie ulegnie zmianie i nadal będzie ofertą z najniższą ceną, z korzystną dla Zamawiającego ceną jednostkową dla przedmiotowej pozycji (na poziomie 12,69 zł).

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. Potwierdził fakt poprawienia omyłki w treści oferty odwołującego, o czym poinformował w piśmie z dnia 3.10.2012 r. Wskazał, że w poz. 205 kosztorysu ofertowego wykonawca popełnił błąd w ilości sztuk określonych w udostępnionych przedmiarach. Wymagał w przedmiarach 126 czapek klinkierowych, gdy tymczasem wykonawca zaoferował tylko 1 sztukę podając jednocześnie cenę jednostkową oraz wartość całej pozycji. Zamawiający przyjmując podaną cenę jednostkową z oferty przemnożył ją przez prawidłową ilość 126 sztuk i w konsekwencji poprawił wartość dla tej pozycji, a w dalszej kolejności poprawił cenę całej oferty.

Zamawiający zauważa, że poprawienie omyłki jest możliwe wyłącznie w sytuacji, w której jest w stanie sam bez pomocy wykonawców dokonać poprawy. Wykonawca nie wyraził zgody na dokonaną poprawkę, czego konsekwencją była czynność odrzucenia oferty. Zamawiający zauważył przy tym, że przepis art. 87 ust. 1 ustawy pzp daje możliwość wzywania do wyjaśnień, a nie określa takiego obowiązku. W ocenie zamawiającego poprawienie oferty w sposób wskazany przez odwołującego powodowałby konieczność poprawienia ceny jednostkowej, co doprowadziłoby do nieuprawnionej zmiany treści złożonej oferty, co jest niedopuszczalne na podstawie przepisów ustawy pzp.

Zamawiający zwrócił też uwagę że na rynku cena za czapki klinkierowe jest bardzo zróżnicowana i trudno jest uznać, że należy zmieniać cenę jednostkową wskazaną przez wykonawcę i nie miał podstaw do kwestionowania cen jednostkowych podanych przez wykonawcę, chyba że ceny jednostkowe i cena całej oferty wskazują na cenę rażąco niską. Zamawiający stwierdził także, że nie oceniał oferty podwykonawczej podmiotu trzeciego (nie załączonej do oferty), który nie ubiega się o zamówienie publiczne, lecz ofertę odwołującego.

Podkreślił także, że porównywanie kosztów czapek z innymi pozycjami kosztorysu jest nieuzasadnione. Wykonawca może zresztą znacząco zróżnicować ceny niektórych pozycji w kosztorysach, a nawet znacząco zaniżać poszczególne pozycje.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpoznaniu sprawy na rozprawie z uwzględnieniem dokumentacji przedmiotowego postępowania, w szczególności treści oferty odwołującego oraz mając na uwadze stanowiska stron zgłoszone na piśmie oraz do protokołu rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Niesporne jest, że w niniejszym postępowaniu przewidziano wynagrodzenie kosztorysowe z wykonanie przedmiotu zamówienia, czego konsekwencją jest uznanie, iż kosztorys ofertowy jest częścią oferty.

Okoliczności faktyczne sprawy nie budzą wątpliwości. W poz. 205 kosztorysu ofertowego wykonawca wpisał dostawę czapek klinkierowych na słupki murowane 0,38x0,38 w ilości 1 sztuka o cenie jednostkowej 1600 zł i wartości 1600 zł. Tym samym popełnił omyłkę nie uwzględniając wymaganych zgodnie z przedmiarem 126 sztuk czapek klinkierowych.

Dla obydwu jest oczywiste, że oferta w tym miejscu obarczona jest omyłką.

Zamawiający dokonał poprawienia omyłki w sposób zakwestionowany przez wykonawcę przyjmując, że nie ma podstaw do negowania zadeklarowanej ceny jednostkowej, a w konsekwencji powyższą cenę przemnożył przez wymaganą liczbę 126 czapek klinkierowych. Zamawiający uznał za niedopuszczalne dokonywanie poprawienia ceny jednostkowej. Skład orzekający w niniejszej sprawie nie podziela tego stanowiska. Należy zauważyć, że art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp mający zastosowanie w przedmiotowej sprawie nie specyfikuje rodzajów poprawialnych omyłek w ofercie wykonawcy, nie określa też sposobu poprawienia omyłek, natomiast zastrzega, że omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia podlegają poprawieniu, jeżeli nie powodują istotnych zmian w treści oferty. W ocenie Izby poprawienie omyłki musi być także oparte na racjonalnych podstawach. W niniejszej sprawie zamawiający przyjął za priorytet podaną przez odwołującego cenę jednostkową (tożsamą z wartością całej pozycji), co zdaniem składu orzekającego było założeniem nieracjonalnym. Pomimo słusznego spostrzeżenia zamawiającego, że ceny materiałów budowlanych są zróżnicowane, w tym materiałów ceramicznych, do których należą czapki klinkierowe, bezkrytyczne stwierdzenie, że cena jednej sztuki takiej czapki wynosi aż 1.600 zł jest nie do przyjęcia, a cena tak wysoka oczywiście na rynku nie występuje. Przyznając jednocześnie, że cena wskazywana przez odwołującego na poziomie 12,69 zł jest ceną najniższą w porównaniu z cenami podanymi w innych ofertach, nie ma podstaw do stwierdzenia, by była ona rażąco zaniżona. Uzasadnione jest zatem przyjęcie stanowiska odwołującego o omyłkowym przedstawieniu ceny jednostkowej przy jednoczesnej niezmienności wartości pozycji 205, co w konsekwencji prowadzi do nakazania poprawienia omyłki w ilości sztuk zgodnie z

przedmiarem i omyłki w cenie jednostkowej przy zachowaniu poprawnie skalkulowanej wartości pozycji i ceny całej oferty.

Izba uznaje, że błędny opis pozycji kosztorysowej był wynikiem nieświadomej omyłki, a nie zamierzonego działania wykonawcy.

Ponadto, w ocenie Izby, kwestionowana pozycja kosztorysu nie stanowi o istocie przedmiotu zamówienia. Poprawienie omyłki nie spowoduje przy tym istotnych zmian w treści oferty, w szczególności nie wpłynie na zmianę ceny oferty. Zdaniem Izby, spełnione tym samym zostały przesłanki, określone w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, gdyż poprawa omyłki pozostaje bez istotnego wpływu na treść oferty, w tym również jej cenę.

Mając na uwadze powyższe, 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 2, § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 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), przyznając odwołującemu koszty zastępstwa prawnego, zgodnie ze złożoną do akt sprawy fakturą.

Przewodniczący: