

Sygn. akt: KIO/743/10

WYROK
z dnia 17 maja 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Stręciwiłk

Protokolant: Patrycja Kaczmarska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 maja 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 27 kwietnia 2010 r. przez **AWAS – SYSTEM Sp. z o.o., ul. Żegańska 1, 04-713 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Łuków, ul. Świderska 12, 21-400 Łuków**

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża **AWAS – SYSTEM Sp. z o.o., ul. Żegańska 1, 04-713 Warszawa** i nakazuje zaliczyć w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **AWAS – SYSTEM Sp. z o.o., ul. Żegańska 1, 04-713 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **Lublinie.**

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Gmina Łuków (dalej: „Zamawiający”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Budowę zagrodowych oczyszczalni ścieków na terenie Gminy Łuków”. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2007 r. 223, poz. 1655 ze zm.), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 23 marca 2010 r., pod pozycją 82382. W postępowaniu tym firma AWAS – SYSTEM Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący”) w dniu 27 kwietnia 2010 r. złożyła odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, którego kopia została przekazana Zamawiającemu w tym samym dniu.

Zarzuty podniesione w odwołaniu dotyczą czynności odrzucenia oferty Odwołującego przez Zamawiającego z powodu jej sprzeczności z treścią SIWZ. Odwołujący zarzuciła także Zamawiającemu bezprawne zaniechanie dokonania czynności, do których dokonania był zobowiązany, tj.:

- 1) zaniechanie dokonania poprawienia w ofercie Odwołującego omyłek nie mających istotnego wpływu na treść oferty;
- 2) zaniechanie jednoczesnego powiadomienia Odwołującego o odrzuceniu jego oferty, dokonaniu oceny ofert pozostałych wykonawców i dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej.

Biorąc powyższe pod uwagę Odwołujący wniósł o wydanie wyroku nakazującego Zamawiającemu:

- 1) dokonanie unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
- 2) dokonania poprawienia w ofercie Odwołującego omyłek nie mających istotnego wpływu na treść oferty oraz powiadomienia o tym fakcie Odwołującego wraz z wezwaniem do wyrażenia zgody na poprawienie omyłek,
- 3) dokonanie ponownego badania ofert,
- 4) dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 5) dokonania jednoczesnego zawiadomienia wykonawców o ewentualnych wykluczeniach wykonawców i o ewentualnych odrzuceniach ofert, o ocenie spełniających wymagania i o wyborze oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał w tym zakresie na naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp: art. 7 ust. 1, art. 87 ust. 3 pkt 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 92 ust. 1, co miało istotny wpływ na wynik postępowania.

Odwołujący podniósł, że podstawą odrzucenia jego oferty było przyjęcie przez Zamawiającego, że na podstawie treści oferty oraz udzielonych przez tego wykonawcę wyjaśnień z dnia 16 kwietnia 2010 r. na wezwanie Zamawiającego zapisy w pozycjach kosztorysu ofertowego i załączonego do oferty deklaracje zgodności, czy też aprobaty techniczne mogą dotyczyć różnych materiałów. Zamawiający podkreślił, że dokumentacja przetargowa powinna być spójna, tymczasem opis pozycji kosztorysu ofertowego dotyczy materiału, urządzenia, czy też robót oferowanych przez wykonawcę, w tym urządzeń „równoważnych” do opisanych w SIWZ. Powyższe oraz wyjaśnienia treści oferty przez Odwołującego, jak również postanowienia SIWZ o dopuszczalności złożenia w postępowaniu rozwiązania równoważnego nie wskazują - w jego ocenie - na konieczność odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Podstawą odrzucenia przez Zamawiającego oferty Odwołującego nie było wskazane, że Odwołujący zaoferował niewłaściwe pakiet. Stąd też Odwołujący wywodzi, że jego wyjaśnienia udzielone na żądanie Zamawiającego w zakresie merytorycznym zostały przez Zamawiającego przyjęte.

Odwołujący wywodzi, że w ofercie popełnił omyłkę błędnie przyjmując na podstawie postanowień SIWZ, że nie posiadał uprawnień do ingerowania w treść kosztorysów (przedmiarów), oferując rozwiązanie równoważne (zamiast pakietów SD zaoferował pakiety ZH W-BOX, co do których w ofercie przedłożył dokumenty: Aprobaty techniczne i Deklarację zgodności). Zdaniem Odwołującego poprawienie w kosztorysie w zakresie opisu pozycji określenia: „*Pakiety drenażowe SD – ułożenie wraz z wartością materiałów*” na określenie: „*Pakiety drenażowe 2H W-BOX – ułożenie wraz z wartością materiałów*” nie spowoduje istotnej zmiany treści oferty.

Odwołujący podkreślił, że w świetle postanowień SIWZ i jej załączników kosztorys w niniejszym postępowaniu miał jedynie charakter pomocniczy. Nie stanowił on bowiem załącznika do umowy, a zgodnie z pkt XII pkt 2 SIWZ oraz § 6 ust. 3 wzoru umowy wynagrodzenie w niniejszym postępowaniu ma charakter ryczałtowy.

Odwołujący wskazał także na naruszenie przez Zamawiającego przepisu art. 92 ust. 1 ustawy Pzp poprzez rozdzielenie czynności zawiadomienia Odwołującego o odrzuceniu jego oferty, ocenie pozostałych wykonawców i dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej, czym uniemożliwił Odwołującemu skorzystanie z art. 181 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie złożenia Zamawiającemu informacji o ewentualnych naruszeniach przez niego przepisów ustawy Pzp zakresie, w którym Odwołującemu nie przysługuje odwołanie.

Odwołujący powołał się szeroko na orzecznictwo KIO na poparcie swojej argumentacji.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron postępowania zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikająca z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

W drugiej kolejności Izba ustaliła, że Odwołujący wnosząc przedmiotowe odwołanie w dostateczny sposób wykazał swój interes w złożeniu niniejszego środka ochrony prawnej w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Tym samym wypełniona została materialnoprawna przesłanka do złożenia odwołania wynikająca z dyspozycji art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Dokonując oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy i stanowiska stron postępowania Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba powyższe rozstrzygnięcie oparła przede wszystkim na analizie postanowień SIWZ, treści oferty Odwołującego i wyjaśnień udzielonych przez Odwołującego na żądanie Zamawiającego w piśmie z dnia 16 kwietnia 2010 r. oraz stanowiska projektanta Zamawiającego z dnia 11 kwietnia 2010 r.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba stwierdziła, że treść oferty Odwołującego jest sprzeczna z treścią SIWZ co do zaoferowania w postępowaniu wymaganych septodyfuzorów, co do których należało przedstawić określone w SIWZ dokumenty (aprobaty techniczne i certyfikat zgodności), z których powinno wynikać spełnianie określonych przez Zamawiającego parametrów.

W przedłożonej przez Odwołującego ofercie zostały złożone poprzez załączenie z jednej strony kosztorysów ofertowych, a z drugiej strony dokumentów aprobaty technicznej i deklaracji zgodności odmienne oświadczenia woli co do oferowanych pakietów drenażowych. W drodze wyjaśnień udzielonych przez Odwołującego ustalono, że wiążącym oświadczeniem woli w tym zakresie jest zaoferowanie przez Odwołującego pakietów drenażowych – 2H W-BOX, co do których zostały przedłożone określone, wymagane w SIWZ dokumenty.

Izba stwierdziła, że wobec takiego stanowiska Odwołującego Zamawiający nie mógł pominąć zapisów zawartych w - przedłożonych wraz z ofertą i wymaganych postanowieniami SIWZ - kosztorysach ofertowych, w których Odwołujący odrębnie dla każdej miejscowości w opisie pozycji wskazał na pakiety drenażowe SD. Izba nie zgodziła się z twierdzeniami Odwołującego, że załączone w niniejszym postępowaniu kosztorysy ofertowe nie mają znaczenia dla oceny zgodności treści oferty z treścią SIWZ. W tej konkretnie sprawie bowiem Zamawiający w postanowieniach SIWZ dotyczących opisu przedmiotu zamówienia (pkt III.4) określił, że szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, a w tym technologia i zakres wykonania robót określone zostały w dokumentacji projektowej dla poszczególnych obiektów i branż oraz w Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót oraz w przedmiarach robót. W pkt III.5 SIWZ określił natomiast, że prace objęte przedmiotem zamówienia muszą być zgodne ze specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót, dokumentacją techniczną jak również z przedmiarem robót. W § 7 ust. 2 projektu umowy zaś Zamawiający wskazał, że podstawą do wystawienia i opłacenia faktury przejściowej i faktury końcowej etapu robót stanowić będą protokoły odbioru wykonanych robót oraz kosztorysy powykonawcze.

Z powyższych zapisów SIWZ należy wywodzić, że w tej konkretnie sprawie z punktu widzenia oceny zgodności zakresu świadczenia zawartego w ofercie wykonawcy z opisem przedmiotu zamówienia Zamawiający w SIWZ przewidywał weryfikację oferty również pod kątem przedmiaru robót, którego wyznacznikiem w ofercie wykonawcy jest kosztorys ofertowy. Zamawiający przewidywał też, że rozliczenie inwestycji następować będzie w oparciu o kosztorysy powykonawcze, z czego należy wywodzić, że w niniejszej sprawie mamy do czynienia z wynagrodzeniem kosztorysowym. Powyższe postanowienia SIWZ w niniejszym postępowaniu pozwalają na stwierdzenie, że nieprawidłowości w treści kosztorysu ofertowego w zakresie oferowanego świadczenia stanowią o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ. Na takie podejście do tych kwestii wskazuje również argumentacja samego Odwołującego, który wskazuje na konieczność poprawienia jego oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, który ze swej istoty wskazuje na omyłkę w treści oferty wskazującą na jej sprzeczność z treścią SIWZ.

W ocenie Izby w niniejszej sprawie nie jest możliwe dokonanie poprawienia oferty Odwołującego we wskazanym trybie, z uwagi na to, że poprawienie opisu poszczególnych pozycji kosztorysowych, w których Odwołujący wskazał pakiety drenażowe SD, wymagałoby niedopuszczalnych negocjacji Zamawiającego z Odwołującym, które to negocjacje są zakazane przepisem art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. W tym zakresie nie jest bowiem możliwe wyłącznie dokonanie zamiany opisu wskazanych pozycji. Wymiana pakietów drenażowych SD na pakiety 2H W-BOX wymaga użycia innego rodzaju materiałów sypkich, które niezbędne są do prawidłowego działania drenażu oraz odmiennej ilości tych materiałów.

Powyższe wynika tak z treści opinii projektanta robót budowlanych w niniejszym postępowaniu, jak i z wyjaśnień samego Odwołującego udzielonych Zamawiającemu w piśmie z dnia 16 kwietnia 2010 r. Powyższe zresztą potwierdził też Odwołujący w toku rozprawy wskazując, że dopuszczalne są zmiany w zakresie przygotowanego projektu w toku relacji prac i jeśli by one okazały się konieczne Zamawiający mógłby je wprowadzić. W treści przywołanych wyjaśnień natomiast Odwołujący wskazywał, że w kosztorysie nie dokonał zmiany – jego zdaniem - zawyżonych wielkości i ilości kruszywa w kontekście zaoferowania innych pakietów drenażowych. W tym zakresie należałoby zatem zmienić ilość kruszywa (pospółki) – być może – jak twierdzi Odwołujący – zmniejszyć tę ilość, ale również wedle opinii projektanta – zmienić rodzaj tego kruszywa, czego zresztą nie kwestionuje również Odwołujący. Tym samym zatem zmiany kolejnych pozycji w kosztorysie ofertowym, które byłyby konsekwencją zmiany oferowanych pakietów drenażowych wiązałyby się z koniecznością prowadzenia negocjacji przez Zamawiającego z wykonawcą co do wprowadzenia w opisie kolejnych pozycji użytego materiału, jego ilości i rodzaju, a być może również wyceny. O ile zatem z treści całości oferty można byłoby wywieść, że Odwołujący faktycznie zaoferował pakiety drenażowe inne niż wskazałem w kosztorysie ofertowym to zaoferowanie i wycena innych materiałów związanych z użyciem tych pakietów w żaden sposób nie wynika z treści oferty Odwołującego, co nie może świadczyć o popełnieniu w treści oferty Odwołującego omyłki (niezamierzonego działania ze strony wykonawcy, które skutkowało niezgodnością treści oferty z treścią SIWZ). Nawet jednak jeśli by przyjąć, że owa omyłka zaistniała jej poprawienie prowadzi do istotnej zmiany treści oferty wykonawcy i niedopuszczalnych negocjacji z wykonawcą w toku badania i oceny jego oferty.

Co do podnoszonego zarzutu braku jednoczesnej informacji ze strony Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego, ocenie pozostałych ofert i wyborze oferty najkorzystniejszej, to powyższa czynność nie mieści się w katalogu czynności podlegających zaskarżeniu w trybie odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, którego wartość nie przekracza wartości tzw. progów UE, tj. w dyspozycji art. 180 ust. 2 ustawy Pzp. Tym samym zatem ta czynność nie podlega merytorycznej ocenie przez Izbę w świetle art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp. Niezależnie od powyższego Izba zauważa, że brak jednoczesnej informacji ze strony Zamawiającego o powyższych czynnościach nie pozbawia wykonawcy możliwości poinformowania Zamawiającego o niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności podjętej przez Zamawiającego w trybie art. 181 ust. 1 ustawy Pzp, jak twierdził Odwołujący.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania Izba wzięła pod uwagę treść art. 192 ust. 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 4 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:

.....