

Sygn. akt KIO/1580/10

WYROK
z dnia 6 sierpnia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś

Protokolant: Przemysław Śpiewak

w sprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 lipca 2010 r. przez odwołującego – Masters S.A., ul. Mickiewicza 21, 70-383 Szczecin, od czynności zamawiającego - Gmina Elbląg, ul. Browarna 85, 82-300 Elbląg,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego – Masters S.A., ul. Mickiewicza 21, 70-383 Szczecin i nakazuje:

zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości 10.000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez odwołującego - Masters S.A., ul. Mickiewicza 21, 70-383 Szczecin.

Stosownie do art. 198a ust.1 i art. 198b ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (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 Elblągu.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Odwołujący wniósł odwołanie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego oraz dokonania wyboru oferty Dariusza Kaszuba prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą FIRMA KASZUB Dariusz Kaszuba, ul. Rzemieślnicza 3, 83-307 Kiełpino-Lesno, jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił rozstrzygnięciu zamawiającego naruszenie przepisów art. 7 ust. 1 i 3, art. 87 ust. 2 pkt 3, art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, zwanej w skrócie ustawą, przez:

- 1) odrzucenie oferty odwołującego pomimo, iż nie zachodziły podstawy do uznania, że oferta zawiera błąd w obliczeniu ceny,
ewentualnie
- 2) zaniechanie poprawienia w ofercie odwołującego omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty.

Odwołujący podał, że oferta jest zgodna z wymaganiami określonymi w siwz, zaś cena podana w ofercie została obliczona w zgodzie z dokumentacją opisującą przedmiot zamówienia, w szczególności z załączonym przedmiarem. Nie zachodziły więc podstawy do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy.

Odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania przez unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego,
- 2) unieważnienie czynności wyboru oferty Dariusza Kaszuba prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą FIRMA KASZUB Dariusz Kaszuba w Kiełpinie,
- 3) nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej przez uznanie, że oferta odwołującego jest najkorzystniejsza,
- 4) przyznanie kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa pełnomocnika strony według spisu kosztów przedłożonych na rozprawie Krajowej Izby Odwoławczej.

Skład orzekający ustalił, co następuje.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego, przedmiotem zamówienia jest „Wykonanie boisk sportowych w ramach budowy kompleksu „Moje Boisko - Orlik 2012” w Nowakowie”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 180470 – 2010 z dnia 23.06.2010 r. (roboty budowlane). Wartość zamówienia została ustalona na kwotę 1 052 855,43 zł, co stanowi równowartość 274 181,10 euro.

Z uwagi, że wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy odwołanie, zgodnie z art. 180 ust 2 ustawy, przysługuje wyłącznie wobec czynności:

- 1) wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę,
- 2) opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu,
- 3) wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia,
- 4) odrzucenia oferty odwołującego.

Zatem wniesione odwołanie podlega rozpoznaniu wyłącznie w przedmiocie odrzucenia oferty odwołującego.

Na podstawie dokumentacji postępowania ustalono, że zamawiający zawiadomił odwołującego pismem z dnia 20.07.2010 r. (przesłanym w dniu 21.07.2010 r.) o odrzuceniu oferty podając jako podstawę prawną art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy. W uzasadnieniu zawiadomienia wskazał „Błąd w obliczeniu ceny, w kosztorysie ofertowym w pozycji 86 zastosowano inną podstawę niż w przedmiarze”.

Zamawiający opisał w siwz rozdział 17 pkt 1 - 6 precyzyjnie sposób obliczenia ceny oferty.

Z przedstawionego opisu, dla zakresu objętego sporem istotne jest, że zamawiający opisał szczegółowo sposób obliczenia ceny oferty wraz z zobowiązaniem wykonawców do obliczenia ceny na podstawie kosztorysów ofertowych, które mają ściśle odpowiadać przedmiarom robót stanowiącym załącznik nr 4 do siwz. Wymagał, by kolejność pozycji kosztorysowych w ofercie była zgodna z przedmiarami zamawiającego. Określił, że kosztorysy ofertowe mają być sporządzone jako kosztorysy szczegółowe i zawierać wszystkie pozycje z przedmiarów robót.

W inwestorskim przedmiarze robót – załącznik nr 4 do siwz (poz. 9 Przyłącze kanalizacji sanitarnej) zamawiający określił w poz. 86:

- 2) podstawa - KNR-W 2-01 d.0 0312-02,
- 3) opis i wyczenia - Zасыpywanie wykopów liniowych o ścianach pionowych głębokości do 1,5 m i szerokości 0.8-1.5 m; kat. gr. III-IV $(1.8+44.2+10.8)*1.5*1.2$,
- 4) j.m. - m³,
- 5) i 6) obmiar - 102.240m³.

W szczegółowej specyfikacji technicznej – boiska wraz z infrastrukturą towarzyszącą (str. 112/116 - XIV Kanalizacja sanitarna pkt 5.3 – roboty montażowe), stanowiącej szczegółowe specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót, zamawiający zawarł wymagania co do sposobu wykonania robót polegających na zasypaniu wykopów, określając zarówno technikę

dokonywania obsypki w zakresie warstw, grubości, rodzaju materiału zastosowanego do obsypki i podsypki oraz odpowiednie zagęszczenie warstw, konieczność dokonywania obsypki równoległymi warstwami po obu stronach rury. Wskazał, że równocześnie z wykonywaniem poszczególnych warstw, należy usuwać umocnienie wykopu starannie wypełniając wykop i zagęszczać przestrzeń po umocnieniach wykopu. Zastrzegł, że niedopuszczalne jest wykonywanie obsypki, przez bezpośrednie spuszczenie mas ziemi na rurociąg z samochodów wywrotek.

W ofercie odwołujący podał - poz. 86:

2) podstawa - KNR-W 2- d.9 01 0228-03,

3) opis - zagęszczenie nasypów zagęszczarkami; grunty sypkie kat. I-III, obmiar = 102,24

4) j.m. - m³,

5) nakłady, 6) koszt jedn. 7), 8), 9) – R, M, S – brak danych.

W zakresie S podał: spycharka gąsienicowa 55 W (75 KM) 0,0135m-g/m^{3*} 55,00 zł/m-g, nakłady 1,3802, koszt jedn. 0,74 oraz S 75,66.

Na rozprawie zamawiający wyjaśnił, przy braku przeciwnych argumentów ze strony odwołującego, że w ofercie odwołującego w stosunku do przedmiaru zamawiającego podano inny symbol i numer KNR, co potwierdza opis robót wykonywanych mechanicznie z zastosowaniem spycharki gąsienicowej, zamiast zasypywania ręcznego. Natomiast zamawiający wymagał, podając symbol i nr katalogu oraz opisując roboty do wykonania, wyłącznie ręcznego zasypywania wykopów. Różnicę w sposobie zasypania wykopów wyjaśnił podając, że przyłączy kanalizacji sanitarnej ma być podłączone do istniejącego Zespołu Szkół wyposażonego w halę sportową, która z uwagi na niedawne jej wybudowanie objęta jest odpowiedzialnością wykonawcy z tytułu gwarancji/rękojmi. Położone nowe nawierzchnie uniemożliwiają wprowadzenia ciężkich maszyn, w tym samochodów ciężarowych na teren budowy. Z tego tytułu zamawiający zawarł ścisły wymóg, by zasypywanie wykopów odbyło się ręcznie, wprowadzając odpowiednie regulacje w specyfikacjach technicznych wykonania i odbioru robót oraz w przedmiarze stanowiącym załącznik do siwz.

Wyjaśnił, że wskazanie w ofercie odwołującego innej podstawy, opisu i wyceny robót, przez zastosowania mechanicznego sposobu zasypania wykopów - spycharkami z przemieszczeniem na odległość do 10 m w gruncie kat. I-III (powinno być I-II), powoduje w ocenie zamawiającego, błąd w obliczeniu ceny oferty, gdyż ręczne zasypywanie wymaga innej wyceny, odpowiadającej większej wartości. Podniósł również, że kategoria gruntu podana w ofercie nie odpowiada nie tylko kategorii z przedmiaru zamawiającego, ale też niezgodna jest z przyjętym KNR w ofercie odwołującego.

Odwołujący utrzymywał, że ma miejsce wyłącznie rozbieżność w zakresie podania innego KNR oraz błędne wskazanie kategorii gruntu, co zobowiązywało zamawiającego wobec nie postawienia zarzutu niezgodności treści oferty z treścią siwz (odrzućenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy) do poprawienia nieprawidłowości na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Utrzymywał jednocześnie jak w odwołaniu, że skoro KNR nie ma bezwzględnej mocy obowiązującej, to symbol i numer KNR nie ma znaczenia, natomiast istotny jest opis wykonanych robót i ich wycena dokonana przez odwołującego.

Skład orzekający zważył, co następuje.

Odwołujący legitymuje się interesem w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy w brzmieniu nadanym nowelizacją, wprowadzoną z dniem 29 stycznia 2010 r. na mocy ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, 1778), może ponieść szkodę majątkową, gdyż złożył ofertę tańszą od oferty wybranej i w razie wykazania naruszenia przepisów ustawy przez zamawiającego oraz nakazania powtórnej oceny ofert, odwołujący miałby możliwość uzyskania zamówienia.

Przedmiar robót – stanowi opracowanie wchodzące w skład dokumentacji projektowej, zawiera zestawienie przewidywanych do wykonania robót w kolejności technologicznej ich wykonania wraz z ich opisem (lub wskazaniem podstaw ustalających szczegółowy opis), z wyliczeniem i zestawieniem rodzaju i ilości robót oraz wskazaniem podstaw do ustalania cen jednostkowych robót lub jednostek nakładów rzeczowych (nr katalogu, tablicy i kolumny) – („Prawo zamówień publicznych, wybrane zagadnienia”, Grupa Wydawnicza Marciszewski, Wrocław, 2004, str. 32).

Skład orzekający podziela stanowisko prezentowane przez odwołującego, że Katalogi Nakładów Rzeczowych nie mają jako takie statusu powszechnie obowiązujących i obligujących normatywów służących wyliczeniu wartości robót budowlanych, o ile zachowano w ofercie prawidłowy opis wykonanych wykonywanych robót (cytowany w odwołaniu wyrok KIO z dnia 26 maja 2010 r. sygn. akt KIO 845/10). Jednak przekazanie wykonawcom przedmiarów zawierających odniesienie do symbolu, kodu (numeru) KNR, stanowiących załącznik do siwz i przyjęcie oraz zaakceptowanie ich przez wykonawców, nie stwarza podstaw, by na etapie postępowania odwoławczego można było je skutecznie kwestionować. Znamienne jest w tym zakresie jedno z orzeczeń Sądu Okręgowego w Warszawie – wyrok z dnia 10 lipca 2008 r. sygn. akt V Ca 1109/08, w którym Sąd stwierdził, że nie jest rolą wykonawcy ocena, czy wymagania siwz są zbędne, czy też niezbędne dla zamawiającego. Wykonawca przystępujący do postępowania zobowiązany jest złożyć ofertę zgodną z siwz. Wątpliwości wykonawcy mogą być wyjaśnione w drodze zapytań kierowanych do zamawiającego, jak też czynność ta może zostać podważona w

postępowaniu (w wyroku – oprotestowana) przed upływem terminu składania ofert („Zamówienia publiczne w orzecznictwie, zeszyty orzecznicze”, nr 4, poz.149, str.96).

W poz. 86 przedmiaru robót, do którego zastosowania zobowiązywał wykonawcę m.in. opis sposobu obliczenia ceny oferty (rozdział 17 siwz), dokonany zgodnie z obowiązkiem wynikającym z art. 36 ust. 1 pkt 12 ustawy, podano symbol i nr katalogu odpowiadający treści wskazującej ręczne zasypywanie wykopów (KNR-W 2-01 d. 9 0312-02), zamieszczono opis i wycenienie oraz obmiar robót przewidzianych do wykonania w m³ (kwestia niesporna między stronami).

Odwołujący, wbrew żądaniu zamawiającego, wprowadził w kosztorysie ofertowym odmienną treść w poz. 86, podając inny symbol i inny nr katalogu jako podstawę zakresu i wyceny robót, zawarł inny opis, wskazał inną kategorię gruntu (I-III, gdy zgodnie z przyjętym przez zamawiającego katalogiem prawidłowa kategoria to I-II), zaoferował zgodnie z KNR-W 2- d. 01 0222-01 zasypywanie wykopów spycharkami z przemieszczeniem gruntu na odległość do 10 m przy zastosowaniu spycharki gąsienicowej 55 Kw (75 KM), dokonał wyceny wyłącznie pracy sprzętu, podając niższą kwotę niż przy zasypywaniu ręcznym (ustalenia potwierdzone przez strony).

Odwołujący udzielając odpowiedzi na pytanie stwierdził, że jego zdaniem, stosując przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, należałoby dokonać następujących czynności - wykreślić całkowicie w kosztorysie ofertowym poz. 86 – podstawę, opis, cenę jednostkową, wycenę łączną wraz z narzutami, zastosowanie spycharki gąsienicowej wraz z kosztami pracy sprzętu oraz wprowadzić nowe w całości określenia tej pozycji zawierające dane wymagane przez zamawiającego, a więc właściwą podstawę – symbol i nr katalogu wskazujący ręczne zasypywanie wykopów, zamieścić stosowny opis, ustalić cenę jednostkową robocizny i obliczyć całkowitą cenę wraz narzutami w tej pozycji.

W ocenie składu orzekającego, powyższe czynności stanowiłyby poprawienie oferty w zakresie sposobu wykonania robót oraz ich wyceny wraz z określeniem cen jednostkowych, co jest niemożliwe bez udziału wykonawcy. Zamawiający nie ma podstaw, by w imieniu wykonawcy ustalać ceny jednostkowe robocizny, w sytuacji gdy w ofercie odwołującego podano cenę jednostkową wyłącznie odnoszącą się do pracy sprzętu. W wyroku KIO z dnia 12 listopada 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 1396/09 – orzeczono, że ceny jednostkowe nie mogą podlegać uzupełnieniu w trybie poprawiania omyłek.

Wykazana niezgodność stanowi, w myśl spostrzeżenia odwołującego zawartego w odwołaniu, iż treść oferty nie odpowiada treści siwz.

W orzecznictwie przyjęto pogląd, że omyłka, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, to niedopatrzenie, błąd niezamierzony, opuszczenie, drobne różnice itp. lecz wszystkie te zmiany muszą mieścić się w pojęciu „omyłki” (wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 29 stycznia 2010 r. sygn. akt XII GA 429/09).

Z przepisu wynika, że do zastosowania wskazanej przesłanki niezbędne jest kumulatywne wykazanie omyłki i jej nieistotnego wpływu na treść oferty, przy czym dotyczy to nie tylko ceny oferty, ale może dotyczyć innych elementów oferty (w rozpoznawanej sprawie różnica w cenie jest nieistotna). Podobny pogląd wyrażono w wyroku KIO z dnia 29 grudnia 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 1637/09.

W innym wyroku podano, że jeżeli doprowadzenie treści oferty do zgodności z treścią siwz wymaga zarówno poprawienia nazwy urzędnika, jak i określenia odpowiednio właściwej wyceny, brak jest podstaw uznania omyłki za spełniającą przesłanki z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy (wyrok KIO z dnia 26 lutego 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 157/09, 159/09, 174/09).

W ocenie składu orzekającego, identyfikującego swoje stanowisko z tezami wskazanego orzecznictwa, z ustaleń wynika, że zaoferowanie przez odwołującego odmiennego sposobu wykonania robót, z zastosowaniem wyłącznie spycharki gąsienicowej z mechanicznym przemieszczeniem gruntu na odległość do 10 m, przy zastrzeżeniu zamawiającego o niedopuszczalności zasypywania wykopów w ten sposób, nie może stanowić omyłki, zwłaszcza, że poprawienie jej wymaga udziału wykonawcy, bowiem wiąże się z ustaleniem cen jednostkowych robocizny zastępującej pracę sprzętu. W orzecznictwie również przyjęto pogląd, że na zakwalifikowanie niezgodności jako omyłki, czy błędu, nie mają znaczenia okoliczności, które do tego przyczyniły się. Podnoszony przez odwołującego argument odnoszący się wyłącznie do ewentualnego błędu kosztorysanta i twierdzeniu, że błąd dotyczy tylko symbolu, nr katalogu i kategorii gruntu oraz utrzymywaniu, wbrew dokonany ustaleniom, że opis oferujący mechaniczne zasypywanie rowów jest prawidłowy, stanowi, że brak jest podstaw do uznania wykazanej niezgodności z treścią siwz, jako omyłki. Zamawiający zarzucił odwołującemu - profesjonalnemu wykonawcy uczestniczącemu w postępowaniach i wykonującemu tego rodzaju roboty budowlane, brak staranności w przygotowaniu oferty, wskazując inne nieścisłości w toku postępowania.

W ocenie składu orzekającego, stanowisko zamawiającego o odrzuceniu oferty – art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy, błąd w obliczeniu ceny, w kosztorysie ofertowym w pozycji 86 zastosowano inną podstawę niż w przedmiarze, wskazuje na niezgodność przedmiaru ofertowego z przedmiarem inwestorskim w zakresie poz. 86, powodującą w konsekwencji błąd w obliczeniu ceny, który jest jedynie następstwem wykazanej niezgodności w przedmiarach. Zamawiający powinien był odnieść się do niezgodności kosztorysu inwestorskiego z przedmiarem robót, w kontekście konsekwencji wynikających z przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Z uwagi na fakt, że nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności oceny ofert tylko z powodu uchybienia zamawiającego co do wskazanej w piśmie podstawy odrzucenia oferty oraz powtórzenie tej czynności, spowodowałoby ten sam skutek w postaci wyeliminowania oferty z postępowania, skład orzekający nie znalazł podstaw do uwzględnienia odwołania.

Przepis art. 192 ust. 2 ustawy stanowi przesłankę uwzględnienia odwołania tylko w razie stwierdzenia naruszenia przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, którym jest wybór najkorzystniejszej oferty.

W tej sytuacji biorąc za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, skład orzekający orzekł jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 zd. 1 ustawy.

Przewodniczący:

.....