

WYROK

z dnia 7 października 2013

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska - Romek

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 października 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 września 2013 r. przez **RPM S.A., 42 - 700 Lubliniec, ul. Niegolewskich 7** w postępowaniu prowadzonym przez **Wojewódzki Zarząd Melioracji i Urządzeń Wodnych w Warszawie Oddział w Radomiu, 26 - 600 Radom, ul. Wernera 4a**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Józef P. Zakład Wodno-Inżynieryjny, Michał P. Zakład Budownictwa Wodnego, 26 – 600 Radom, ul. Marusarzówny 13/1** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz nakazuje dokonanie ponownego badania i oceny ofert.

2. kosztami postępowania obciąża Wojewódzki Zarząd Melioracji i Urządzeń Wodnych w Warszawie Oddział w Radomiu, 26 – 600 Radom, ul. Wernera 4a, i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez RPM S.A., 42 - 700 Lubliniec, ul. Niegolewskich 7 tytułem wpisu od odwołania,**
- 2.2. zasądza od Wojewódzkiego Zarządu Melioracji i Urządzeń Wodnych w Warszawie Oddział w Radomiu, 26 – 600 Radom, ul. Wernera 4a na rzecz wykonawcy RPM S.A., 42 – 700 Lubliniec, ul. Niegolewskich 7 kwotę 10 000 zł 00**

gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

- 2.3 nakazuje Urzędowi Zamówień Publicznych zwrot z jego rachunku na rzecz wykonawcy **RPM S.A., 42 – 700 Lubliniec, ul. Niegolewskich 7** kwoty 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), stanowiącą zwrot nadpłaconego wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 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 **Radomiu**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający - Wojewódzki Zarząd Melioracji i Urządzeń Wodnych w Warszawie, oddział w Radomiu prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest odbudowa zbiornika wodnego w miejscowości Zwoleń na rzece Zwolence w km 31+350, gm. Zwoleń. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 279748-2013. Wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art.11 ust.8 ustawy Pzp.

W dniu 20 września 2013 roku odwołujący – RPM S.A. wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego. Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez bezprawne odrzucenie oferty odwołującego jako zdaniem zamawiającego niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
2. art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp przez uznanie, że wykonawca nie zgodził się na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, mimo braku podstaw do poprawienia omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp,
3. art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp przez uznanie, że w ofercie odwołującego doszło do omyłki o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, przy czym odwołujący naruszenie tego przepisu wskazuje jedynie pośrednio jako uzasadnienie naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp i art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Alternatywnie, z ostrożności procesowej, wskazał na naruszenie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp polegające na nie poprawieniu omyłki w sposób zgodny z logiką i zasadami współżycia społecznego, ewentualnie na nie poprawieniu omyłek w ofertach innych wykonawców przez poprawienie ich w sposób polegający na przyjęciu faktycznej ilości mas ziemnych do kalkulacji związanej z wywozem mas ziemnych.

Odwołujący wniósł o: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego, ponowną ocenę oferty odwołującego i wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Na podstawie dokumentacji akt sprawy oraz mając na uwadze stanowiska stron i uczestnika postępowania złożone do protokołu rozprawy, Izba ustaliła, co następuje:

W dniu 13 sierpnia 2013 roku zamawiający zawiadomił odwołującego o poprawieniu innych omyłek nie powodujących istotnych zmian w treści oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp i zwrócił się do odwołującego o wyrażenie zgody na dokonanie poprawy omyłki w terminie 3 dni, informując, że brak wyrażenia zgody będzie skutkowało odrzuceniem oferty na podstawie art. 87 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

W dniu 14 sierpnia 2013 roku odwołujący poinformował zamawiającego, że nie wyraża zgody na poprawę omyłki i wyjaśnił, że przedstawione w kosztorysie ofertowym wyliczenie jest zgodne z treścią przedmiaru, sporządzona wycena jest poprawna, bowiem została sporządzona w oparciu o przedmiar, siwz i ich korekty w związku z zadanymi pytaniami. Wskazał, że w opisie pozycji 45 w jej nowym brzmieniu, po modyfikacji z dnia 1.08.2013 roku, brak działania matematycznego $6 \cdot 16197,40$, zatem w pozycji tej przyjęto ilość jednostek przedmiarowych 1 6197,40 m³, co jest zgodne z ilością wykopu z poz. 44.

W dniu 27 sierpnia 2013 roku zamawiający poinformował wykonawców, biorących udział w postępowaniu o unieważnieniu postępowania z uwagi na brak dofinansowania z Unii Europejskiej, następnie w dniu 11 września 2013 roku poinformował o uchyleniu czynności unieważnienia postępowania, zaś w dniu 16 września 2013 roku o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz odrzuceniu oferty odwołującego, wskazując, że wykonawca nie wyraził zgody na poprawę omyłki w poz. 45, gdzie błędnie podano ilość jednostek przedmiarowych: jest - 16 197,40 m³, powinno być - 97 184,40 m³. W wyniku poprawy omyłki wartość zadania winna ulec zmianie z 3 955 256,18 zł brutto na 4 652 554,25 zł brutto. Zamawiający wskazał, że dokonana przez niego modyfikacja dotyczyła opisu pozycji przedmiaru nr 45 bez zmiany ilości jednostek tej pozycji. Wykonawca samowolnie zmieniając poz. 45 z 97 184,40 m³ na 16 197,40 m³ doprowadził do niezgodności treści oferty z treścią siwz.

Izba ustaliła także, że w dniu 1 sierpnia 2013 roku zamawiający w odpowiedzi na pytanie nr 6 wskazał, że: „nie dysponuje miejscem do składowania gruntu. Zgodnie z opisami poz. 13 i 70 koszty odwózu i składowania urobku są po stronie wykonawcy. W związku z tym koryguje się opis pozycji przedmiaru nr 45 w następujący sposób: „Kalkulacja własna. Odwóz urobku środkami transportowymi i koszty składowania. Miejsce składowania wybiera Wykonawca we własnym zakresie”. Poz. 45 w jej pierwotnej wersji, przed modyfikacją, brzmiała: „nakłady uzupełniające do tablic 0201-0213 za każde dalsze rozpoczęte 0,5 km odległości transportu gruntu kategorii I-II samochodami samowładowczymi 15-20t na odległość ponad 1km po drogach utwardzonych nr ST: SST-03 (6*16 197,40)”.

Mając na uwadze powyższe, Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przeszkody formalne do rozpoznania odwołania a odwołujący legitymuje się interesem, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, uprawniającym go do złożenia odwołania, ponadto na skutek działań i zaniechań zamawiającego może ponieść szkodę, w postaci utraty możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia.

Odwołujący w toku rozprawy wykazał w sposób nie budzący wątpliwości, że jego oferta jest zgodna z przedmiarem i specyfikacją istotnych warunków zamówienia, a przyjęta do wyceny w pozycji 45 ilość mas ziemnych odpowiada faktycznej ilości, która będzie objęta zamówieniem. Faktyczna ilość mas ziemnych, które zostaną wykopane to 16 197,40 m³ i wynika ona z innych pozycji przedmiaru, w tym poz. 44. Pozycja 45 przedmiaru robót, w jej pierwotnym brzmieniu, wskazywała na wycenę wg KNR ilości 16 197,40 m³ kubatury mas ziemnych pomnożonej przez krotność 6 jako krotność transportu za każde 0,5 km. W związku z odpowiedzią zamawiającego z dnia 1 sierpnia 2013 roku i skorygowaniem opisu pozycji 45 przedmiaru robót oraz zobowiązaniem wykonawców do samodzielnego wyboru miejsca składowania, oczywistym i logicznym jest, że nie ma potrzeby przy kalkulacji tej pozycji kosztorysowej uwzględniać krotności 6 jako krotności transportu za każde 0,5km. Zamawiający zrezygnował bowiem ze wskazania miejsca składowania mas ziemnych, dopuszczając kalkulację własną w zakresie odwozu urobku środkami transportowymi i kosztów jego składowania. Sam zamawiający w toku rozprawy przyznał, że dokonując zmiany opisu pozycji 45 omyłkowo zaniechał dokonania zmiany ilości mas ziemnych, oczywistym jest bowiem, że faktyczna ilość jaka będzie odwieziona na miejsce składowania to 16 197,40 m³ a w sytuacji gdy to wykonawca wybiera miejsce składowania nie ma potrzeby stosowania krotności.

Podsumowując, udzielona w dniu 1 sierpnia 2013 roku odpowiedź na pytanie nr 6 czyni całkowicie bezpodstawną i nielogiczną kalkulację podaną w poz. 45 pierwotnego przedmiaru robót, w której zamawiający wymaga zwielokrotnienia ilości wywiezionych mas ziemnych x 6. Podkreślić należy, że zgodnie z ugruntowanym poglądem orzecznictwa wszelkie niejasności w treści dokumentacji sporządzonej przez zamawiającego należy tłumaczyć na korzyść wykonawców, zaś ewentualne błędy popełnione w toku postępowania przez zamawiającego nie mogą wpływać negatywnie na sytuację wykonawców, biorących udział w postępowaniu. W rozpatrywanym przypadku brak omyłkowego, jak przyznał to zamawiający w toku rozprawy, poprawienia ilość mas ziemnych, przy jednoczesnym jasnym wskazaniu, że to na wykonawcach spoczywa obowiązek wyboru miejsca składowania, nie może powodować

odrzućenia oferty wykonawcy. Odwołujący, dokonując wyceny tej pozycji kosztorysowej uwzględnił w sposób konsekwentny i logiczny w swojej kalkulacji dokonaną przez zamawiającego dnia 1 sierpnia 2013 roku zmianę opisu pozycji 45 przedmiaru robót.

Podkreślenia także wymaga okoliczność, że zgodnie z § 3 wzoru umowy wynagrodzenie ma charakter kosztorysowy, zaś za wykonanie robót zamawiający zapłaci wynagrodzenie wyliczone w kosztorysie powykonawczym, sporządzonym w oparciu o ceny jednostkowe robót wyszczególnione w kosztorysie ofertowym oraz ilości rzeczywiście wykonanych i odebranych robót. Rzeczywista ilość mas ziemnych będzie zgodna z ilością, która została skalkulowana w ofercie odwołującego, co potwierdził także w toku rozprawy zamawiający.

Izba nie podzieliła argumentacji przystępującego i zamawiającego, że w związku z przyjęciem do wyceny różnych ilości mas ziemnych oferty wykonawców są nieporównywalne w tym zakresie. Każdy z wykonawców otrzymał jednakowe informacje dotyczące przedmiaru robót, jego modyfikacji oraz wynikających z tego ilości rzeczywistych mas ziemnych, objętych zamówieniem. Wskazać także należy, że o porównywalności ofert świadczy analiza cen przyjętych w ofertach poszczególnych wykonawców i ofercie odwołującego. W ofercie przystępującego w poz. 45 przedmiaru przyjęto cenę jednostkową 0,53 za m³, co dało łącznie wartość 51 507,73, w ofercie Przedsiębiorstwa Obrotu Surowcami Wtórnymi Złompol J., N. Sp. j. przyjęto cenę jednostkową 0,18 za m³, co dało łącznie wartość 17 493,19 zł. Tymczasem ta sama pozycja w ofercie odwołującego została wyceniona, mimo braku zastosowania krotności, na kwotę dużo wyższą od wskazanych wyżej w ofertach konkurencyjnych i wynoszącą 113 381,80 zł przy przyjęciu ceny jednostkowej 7 zł za m³.

W konkluzji stwierdzić należy, że czynność zamawiającego zmierzająca do poprawienia omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp i w konsekwencji zwiększenia ceny oferty z 3 955 256,18 zł na 4 652 554, 25 zł była całkowicie nieuzasadniona.

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. 2 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).