

Sygn. akt: KIO 1634/12

WYROK
z dnia 13 sierpnia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 sierpnia 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 lipca 2012 r. przez wykonawcę **Wiesława Brysia prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „BUDIMPEKS” - Wiesław Bryś z siedzibą w Wilkowicach, 43-365 Wilkowice, ul. Żywiecka 136** w postępowaniu prowadzonym przez **Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Krakowie, 30-109 Kraków, ul. Marszałka Józefa Piłsudskiego 22,**

przy udziale wykonawcy **WODPOL Sp. z o.o. z siedzibą w Żywcu, 34-300 Żywiec, ul. Ks. Pr. St. Słonki 24** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1634/12 po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddała odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Wiesława Brysia prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „BUDIMPEKS” - Wiesław Bryś z siedzibą w Wilkowicach, 43-365 Wilkowice, ul. Żywiecka 136 i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Wiesława Brysia prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „BUDIMPEKS” - Wiesław Bryś z siedzibą w Wilkowicach, 43-365 Wilkowice, ul. Żywiecka 136** tytułem wpisu od odwołania,

- 2.2. zasądza od wykonawcy **Wiesława Brysia** prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą **Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „BUDIMPEKS” - Wiesław Bryś** z siedzibą w **Wilkowicach, 43-365 Wilkowice, ul. Żywiecka 136** na rzecz **Regionalnego Zarządu Gospodarki Wodnej w Krakowie, 30-109 Kraków, ul. Marszałka Józefa Piłsudskiego 22** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Krakowie, zwany dalej „zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia na „Zabezpieczenie brzegów i dna pot. Okrajnik w km 0+000-2+050 (lokalnie) w m. Okrajnik, gm. Łękawica, pow. żywiecki, woj. śląskie”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 14 czerwca 2012 r., nr 1, poz. 201714.

W dniu 25 lipca 2012 r. (pismem z dnia 24 lipca 2012 r.) zamawiający poinformował Wiesława Brysia prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „BUDIMPEKS” - Wiesław Bryś z siedzibą w Wilkowicach, zwanego dalej „odwołującym”, o odrzuceniu jego oferty z uwagi na to, iż treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwanej dalej „SIWZ”:

- pkt III. ppkt 3.1.c. SIWZ – Każdy wykonawca może złożyć tylko jedną ofertę (art. 82 ust. 1 ustawy Pzp,
- pkt XVII. SIWZ – Cenę ofertową należy wyliczyć ... uwzględniając ... wszelkie koszty niezbędne do prawidłowego i pełnego wykonania przedmiotu zamówienia, podatki, opłaty a także rabaty i upusty, których wykonawca zamierza udzielić, itp.
- pkt III ppkt 2.4. SIWZ – brak kosztorysu ofertowego do oferty na kwotę z rabatem,
- pkt III ppkt 2.5. SIWZ – brak harmonogramu rzeczowo – finansowego do oferty na kwotę z rabatem.

W dniu 30 lipca 2012 r. (pismem z tej samej daty) odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do zamawiającego w dniu 30 lipca 2012 r.) wobec czynności odrzucenia jego oferty oraz następujących czynności zamawiającego:

1. badania ofert, poprzez przyjęcie, że oferta odwołującego podlega odrzuceniu z postępowania,
2. oceny ofert, poprzez przyjęcie, że oferta odwołującego nie podlega punktacji (ocenie) ofert,

3. wskazania wadliwego wyniku postępowania, zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 7, art. 26 ust. 3, art. 87 ust. 1, art. 87 ust. 2 pkt 2) i 3), art. 89 ust. 1 pkt 2) oraz art. 91 i 92 ustawy Pzp.

Jednocześnie odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. powtórzenie czynności badania ofert, w następstwie której nastąpi przywrócenie oferty odwołującego do postępowania,
2. powtórzenie czynności oceny (punktacji ofert), tj. przeprowadzenie tej czynności w odniesieniu do ważnej oferty odwołującego,
3. wskazanie wyniku postępowania na ofertę odwołującego,
4. równe traktowanie wszystkich wykonawców ubiegających się o zamówienie publiczne w sposób zachowujący zasady uczciwej konkurencji.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał m.in., iż jego oferta spełnia wszelkie warunki udziału w postępowaniu i nie podlega regulacji art. 89 ust. 1 pkt. 2) ustawy Pzp. Tym samym podlega rozpatrywaniu, gdyż nie jest niezgodna z ustawą, a jej treść odpowiada treści SIWZ, jej złożenie nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji, jak również jest ważna na gruncie odrębnych przepisów i nie zawiera błędu w obliczeniu ceny oferty, nie posiada oczywistych omyłek nie dających się poprawić.

Oferta jest ważna, gdyż zawiera wszystkie załączniki wskazane w SIWZ oraz jest sporządzona zgodnie z rozdziałem SIWZ „Sposób obliczenia ceny oferty”.

Oferta odwołującego zawiera tylko jedną cenę wskazaną pod kosztorysem ofertowym z dopisanym upustem, taką samą wpisaną w formularzu ofertowym - podstawowym oświadczeniu woli odwołującej w zakresie ceny. Tym samym zarzut złożenia dwóch ofert jest chybiony.

W kosztorysie ofertowym i wstępnym harmonogramie rzeczowo-finansowym pojawiły się nieistotne omyłki i pominięcia. Zamawiający żadnymi zapisami SIWZ szczegółowo jednak nie sprecyzował wymaganego układu kosztorysu ofertowego i danego harmonogramu i jednoznacznie nie zaznaczył, że kosztorys ofertowy musi być wykonany pod cenę ofertową po upuście i ma być on spójny w elementach z harmonogramem rzeczowo-finansowym. Zamawiający w SIWZ nie określił także szczegółowych wymagań odnośnie tego, że wykonawca jest zobowiązany po upuście dostosować do tego spójnie kosztorys ofertowy. Nie określił również dokładności opracowania harmonogramu, a zwłaszcza jego spójności z kosztorysem ofertowym na etapie składania oferty - informacje zawarte w harmonogramie pozwalają ustalić że praca będzie wykonana w wymaganym terminie. Tym samym, podnoszenie po złożeniu ofert, że te dokumenty są nieodpowiednie narusza zasady udzielania zamówień publicznych.

Powyższe oznacza, że wymogi określone w SIWZ w przedmiotowym zakresie były

niejasne i mogły mieć więcej niż jedną poprawną interpretację - zwłaszcza, że jest to wstępny harmonogram, a dopiero po zawarciu umowy nastąpi sporządzenie właściwego obowiązującego w trakcie umowy harmonogramu. Jeżeli nawet w ocenie zamawiającego jest to błąd względem kosztorysu ofertowego, to jest on do wyjaśnienia w trybie art. 87 ust. ustawy Pzp i poprawialny instytucją art. 87 ust. 2 pkt. 2) i 3) ustawy Pzp, czego zaniechał zamawiający.

Powyższy błąd jest poprawialny w ten sposób, że wszystkie pozycje składowa kosztorysu ofertowego należało pomniejszyć o 20%. Również harmonogram rzeczowo finansowy w zakresie poszczególnych kwot należało poprawić i pomniejszyć o 20%.

W dniu 30 lipca 2012 r. zamawiający wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego toczącego się w wyniku wniesienia odwołania, przekazując jednocześnie kopię odwołania.

W dniu 31 lipca 2012 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca WODPOL Sp. z o.o. z siedzibą w Żywcu, zwany dalej wykonawcą „WODPOL, przystąpił do postępowania odwoławczego, po stronie zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia odwołującemu i zamawiającemu.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz treść SIWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, jak również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie, uznając iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, iż zamawiający w treści SIWZ wskazał, iż na ofertę składają się m.in.:

„2.4.uproszczony kosztorys ofertowy wypełniony zgodnie z załącznikiem nr 8 do SIWZ „Kosztorys ofertowy”,

2.5.harmonogram rzeczowo-finansowy z rozbiem miesięcznym wypełniony zgodnie z załącznikiem nr 10 do SIWZ”.

Nadto zamawiający w rozdziale XVII SIWZ „Sposób obliczenia ceny” zamieścił następujące postanowienia:

„cenę ofertową należy wyliczyć na podstawie kosztorysu ofertowego sporządzonego zgodnie z załącznikiem nr 8 do SIWZ (kosztorys ofertowy), uwzględniając doświadczenie i wiedzę zawodową wykonawcy oraz wszelkie koszty niezbędne do prawidłowego i pełnego wykonania przedmiotu zamówienia, podatki, opłaty a także rabaty i upusty, których wykonawca zamierza udzielić (...)”,

„Sumaryczna cena wyliczona na podstawie załącznika nr 8 do SIWZ (kosztorys ofertowy) winna odpowiadać cenie podanej przez wykonawcę w formularzu oferty odpowiednio dla całości zamówienia (...)”.

Odwołujący złożył wypełniony formularz „OFERTA NA PRZETARG NR 658/UW/2012/P11” z ceną brutto 1.251.205,20 zł (s. 1), wypełniony formularz „OFERTA NA PRZETARG NR 658/UW/2012/P11” z ceną brutto 1.547.980,60 zł (s. 1), wypełniony formularz „Kosztorys ofertowy” (s. 5-11) na kwotę 1.547.980,60 zł brutto, którą to kwotę przekreślono i poniżej naniesiono uwagę „- rabat Udzielno rabatu do kwoty 1.017.240,00 zł (...) 1.251.205,20 zł (...)” oraz „Harmonogram rzeczowo-finansowy” (s. 13)).

W oparciu o powyższe Izba zważyła co następuje:

Art. 82 ust. 1 ustawy Pzp zawiera zakaz składania przez wykonawcę w tym samym postępowaniu większej liczby ofert. Oznacza to więc, że wykonawca może złożyć w danym postępowaniu tylko jedną ofertę. Tymczasem w niniejszym stanie faktycznym w treści złożonej oferty znajdują się dwie pierwsze strony załącznika nr 1 do SIWZ „OFERTA NA PRZETARG NR 658/UW/2012/P11”, zawierające oświadczenia odwołującego co do oferowanej przez niego ceny ofertowej netto i brutto, przy czym każda z tych stron (pierwszych stron załącznika nr 1 do SIWZ) zawiera inną oferowaną cenę. W tej sytuacji stwierdzić należy, iż ten sam wykonawca (odwołujący) faktycznie złożył więcej niż jedną ofertę. A ponieważ za ofertę niezgodną z ustawą należy uznać taką ofertę, która narusza jakikolwiek przepis ustawy Pzp lub przepis wykonawczy, wydany z upoważnienia ustawowego, a w tym konkretnym przypadku poprzez złożenie dwóch oświadczeń (a tym samym dwóch ofert) naruszony został art. 82 ust. 1 ustawy Pzp, oferta ta podlega odrzuceniu. Powyższe stanowi bowiem samodzielną przesłankę odrzucenia oferty.

Niedopuszczalnym jest więc, na obecnym etapie postępowania jakiegokolwiek wyjaśnianie i doprecyzowywanie tej kwestii. Niewątpliwym jest bowiem, że odwołujący złożył dwa odmienne oświadczenia woli. Bez znaczenia jest natomiast przyczyna, dla której tak się

stało, w tym także podnoszona przez odwołującego okoliczność, iż do ostatniej chwili przed złożeniem oferty dokonywał on korekty ceny. Odwołujący będąc profesjonalistą w danej dziedzinie i ubiegając się o udzielenie zamówienia publicznego, a więc biorąc udział w postępowaniu, które jest postępowaniem sformalizowanym, powinien był sporządzając ofertę dochować należytej staranności, przygotowując ofertę odpowiednio wcześniej i już wówczas analizując szanse na uzyskanie tego konkretnego zamówienia. Czynności tej odwołujący niewątpliwie zaniechał. Nie jest więc możliwe w kontekście powyższego dokonanie jakichkolwiek poprawek w treści jego oferty (ofert). Jak bowiem słusznie podniósł zamawiający na tę treść (treść oferty) składają się cztery sprzeczne z sobą dokumenty („OFERTA NA PRZETARG NR 658/UW/2012/P11” z ceną brutto 1.251.205,20 zł (s. 1), „OFERTA NA PRZETARG NR 658/UW/2012/P11” z ceną brutto 1.547.980,60 zł (s. 1), „Kosztorys ofertowy” (s. 5-11), „Harmonogram rzeczowo-finansowy” (s. 13)). Ceny w nich wskazane, a tym samym oferowane przez odwołującego za realizację przedmiotu zamówienia są różne i aby w ogóle można było mówić o możliwości poprawienia kosztorysu ofertowego czy też harmonogramu rzeczowo-finansowego należałoby za właściwą uznać jedną ze złożonych ofert, a to – w świetle złożonych przez odwołującego odmiennych oświadczeń – jest niedopuszczalne.

Niemniej jednak nawet, gdyby złożono tylko jedną ofertę, wobec jednoznacznego sformułowania treści rozdziału XVII SIWZ „Sposób obliczenia ceny”, w którym wskazano, iż „cenę ofertową należy wyliczyć na podstawie kosztorysu ofertowego (...), uwzględniając (...) wszelkie koszty niezbędne do prawidłowego i pełnego wykonania przedmiotu zamówienia, podatki, opłaty a także rabaty i upusty, których wykonawca zamierza udzielić (...)” rabat powinien być już uwzględniony w kosztorysie ofertowym. Powyższe jednoznacznie wynika z treści SIWZ. Twierdzenia odwołującego, iż należało uczynić to w określony i wskazany przez niego sposób (wyliczenie przez zamawiającego % udzielonego rabatu i następnie pomniejszenie o ten właśnie % poszczególnych pozycji kosztorysu ofertowego), a wynikający ze strony 11 jego oferty (ofert), również nie zasługują na aprobatę. Nie byłoby to bowiem możliwe bez dodatkowych ustaleń z odwołującym, a przede wszystkim uzyskania informacji co do sposobu wyliczenia udzielonego rabatu. Powstałe omyłki są natomiast, co podniósł odwołujący, wynikiem jego świadomego działania. „Za omyłkę można uznać jedynie niezamierzone działanie wykonawcy. Jeżeli natomiast wadliwość oferty jest rezultatem świadomego działania wykonawcy, nie można niezgodności uznać za omyłkę” (wyrok Izby z dnia 14 lutego 2012 r., sygn. akt KIO 183/11, KIO 191/11 i KIO 190/11). A ponieważ powstałych omyłek czy też niezgodności nie można potraktować jako przypadkowego przeoczenia, bądź też niedokładności nie można więc poprawić treści złożonego przez odwołującego kosztorysu ofertowego. Zamawiający nie mógłby także poprawić harmonogramu rzeczowo-finansowego, gdyż i w tym przypadku konieczna byłaby współpraca z wykonawcą (odwołującym) składającym

ofertę. Niemniej jednak w tym konkretnym stanie faktycznym dalsze i bardziej szczegółowe rozważnie możliwości poprawienia omyłek jest bezprzedmiotowe, gdyż oferta odwołującego podlega już odrzuceniu.

Tym samym Izba uznała, iż zarzuty odwołującego nie potwierdziły się.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 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 (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), tj. stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w wysokości 3 600,00 zł na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy.

Przewodniczący: