

Sygn. akt: KIO 681 /09

WYROK
z dnia 10 maja 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 maja 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **P.R.B.I. Podhorecki Sp. z o.o., 62-025 Kostrzyn, ul. Mickiewicza 49** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gmina Swarzędz, 62-020 Swarzędz, ul. Rynek 1**

przy udziale **"POL-DRÓG Piła" Sp. z o.o., 64-920 Piła, ul. Wawelska 106** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **P.R.B.I. Podhorecki Sp. z o.o., 62-025 Kostrzyn, ul. Mickiewicza 49** i nakazuje:

1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **P.R.B.I. Podhorecki Sp. z o.o., 62-025 Kostrzyn, ul. Mickiewicza 49,**

2) dokonać wpłaty kwoty 367 zł 00 gr (słownie: trzysta sześćdziesiąt siedem złotych zero groszy) przez **P.R.B.I. Podhorecki Sp. z o.o., 62-025 Kostrzyn, ul. Mickiewicza 49** na rzecz **Gmina Swarzędz, 62-020 Swarzędz, ul. Rynek 1** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów dojazdu na posiedzenie i rozprawę KIO.

Uzasadnienie

Zamawiający: Gmina Swarzędz wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Budowę ulicy Planetarnej w Zalasewie, Gm. Swarzędz wraz z infrastrukturą

towarzyszącą (etap I i II)" prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego ogłoszonego pod numerem ogłoszenia o zamówieniu: BZP.341-13/2010.

W dniu 13 kwietnia 2010 r. Zamawiający za pomocą faksu zawiadomił Odwołującego - P.R.B.I. „Podhorecki" Sp. z o. o. z siedzibą w Kostrzynie o odrzuceniu jego oferty i wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy „POL-DRÓG Piła" Sp. z o.o. z siedzibą w Pile.

Zamawiający w zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty odrzucił ofertę Odwołującego uzasadniając swoją decyzję tym, że treść oferty Odwołującego nie odpowiadała specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający : „(...) wymagał dołączenia do oferty uproszczonych kosztorysów ofertowych sporządzonych na podstawie przedmiaru robót i Specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wykonawca dołączył do swej oferty kosztorysy, które w swej treści zawierają wskazane poniżej błędy powodujące niezgodność oferty z treścią SIWZ."

Zamawiający stwierdził, że:

1) w opisie poz. 8 uproszczonego kosztorysu (roboty drogowe etap I) brakowało słów „wraz z ewentualna opłatą za utylizację", które znajdowały się w opisie tej pozycji w przedmiarze robót;

2) w opisie poz. 9 uproszczonego kosztorysu (roboty drogowe) brakowało podania krotności, która znajdowała się w opisie tej samej pozycji w przedmiarze robót;

3) w poz. 11 uproszczonego kosztorysu (roboty drogowe etap I) wpisano w opisie KNR, w przypadku gdy podstawą obliczenia ceny była kalkulacja indywidualna. Podobną argumentację zastosował Zamawiający w stosunku do opisu:

- poz. 89 (roboty drogowe etap I),
- poz. 2 (roboty drogowe etap II),
- poz. 63 (roboty drogowe etap II);

4) w opisie poz. 40 uproszczonego kosztorysu (roboty drogowe etap I) nie podano koloru krawężnika, podczas gdy w przedmiarze podano kolor czerwony znacznie odbiegający ceną od krawężnika szarego;

5) wyceniono w kosztorysie uproszczonym element, z którego Zamawiający zrezygnował na podstawie dokonanej modyfikacji przedmiotu zamówienia

- poz. 91 uproszczonego kosztorysu (roboty drogowe etap I) i poz. 65 (roboty drogowe etap II).

Z powyższym wynikiem postępowania przetargowego nie zgodził się Odwołujący i w dniu 19.04.2010r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

1. naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp poprzez bezprawne odrzucenie oferty Odwołującego, która odrzuceniu nie podlegała,
2. naruszenie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp poprzez zaniechanie dokonania czynności poprawienia omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty,
3. naruszenie przepisu art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez uznanie za najkorzystniejszą ofertę, która zgodnie z przyjętym kryterium oceny ofert (100% cena) najkorzystniejszą nie była,
4. naruszenie przepisu art. 7 ustawy Pzp poprzez nierówne traktowanie wykonawców oraz dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty niezgodnie z przepisami ustawy Pzp,
5. naruszenie innych przepisów wymienionych i wynikających z uzasadnienia odwołania.

Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia dokonanego wyboru najkorzystniejszej oferty,
2. poprawienia oferty Odwołującego zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp,
3. dokonania czynności wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Zdaniem Odwołującego wszystkie ww. niezgodności mieściły się w kategorii omyłek polegających na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty, wymagały zatem poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, a Zamawiający w sposób oczywisty mógł dokonać czynności ich poprawienia samodzielnie i był do tego zobligowany.

Według Odwołującego zarzuty Zamawiającego wymienione powyżej w punktach 1), 2), i 4) dotyczyły różnic w opisach pozycji kosztorysu ofertowego w stosunku do opisów w przedmiarach robót. Różnica polegała na braku pojedynczych wyrazów: „z ewentualną opłatą za utylizację”, „dodatek za 5 km. Krotność =5”, „kolor czerwony”. Różnice te nie powinny wywoływać skutków prawnych w zakresie przedmiotu zamówienia, który zaoferował Odwołujący. Odwołujący oświadczył, że zaoferowany przez niego przedmiot zamówienia zostanie wykonany zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia - dokumentacją projektową, w tym przedmiarami robót, który winien był wziąć pod uwagę przy sporządzaniu uproszczonego kosztorysu, bez względu na omyłki jakich się dopuścił. Nie budziło wątpliwości Odwołującego zastosowanie odpowiedniej (analogicznej) numeracji pozycji

kosztorysowych w stosunku do przedmiarów robót, tym samym uznał on, że nie pominął żadnych pozycji, ani czynności stanowiących przedmiot zamówienia.

Poza tym Odwołujący podniósł, że w kosztorysach uproszczonych krotności są zawierane w zryczałtowanej cenie usługi, określającej część przedmiotu zamówienia i zawierającej w sobie wszelkie poniesione nakłady. Odwołujący skalkulował wszystkie przewidywane koszty w ramach czynności objętych tymi pozycjami. W uproszczonym kosztorysie ofertowym wycenione zostały dokładnie te czynności przedmiotu zamówienia, których zakres i wielkość opisana została w dokumentacji projektowej, w tym w przedmiarach robót.

Odwołujący powołał się również na treść postanowień § 8 pkt 3 i 4 projektu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Odwołujący zwrócił uwagę, iż w treści tych postanowień Zamawiający określił rolę poszczególnych opracowań w zakresie wykonania przedmiotu zamówienia i rozliczania wynagrodzenia. Uważał on, że w sposób jednoznaczny wynika z nich, że są to stałe ceny jednostkowe, które posłużą do rozliczenia wielkości i zakresu czynności, określonych w opisie przedmiotu zamówienia, w tym również w przedmiarze robót. Zamawiający nie powinien mieć wątpliwości, że poprawienie ww. omyłek ma charakter porządkujący, a nie kreujący.

Odwołujący również zauważył, że wykonawcy na podstawie dokumentacji projektowej winni byli sporządzić kosztorys uproszczony. Zamawiający nie sprecyzował co rozumie przez kosztorys uproszczony. Z treści specyfikacji, z odpowiedzi na pytania oraz wprost z projektu umowy (postanowienie § 8 ust. 2) wynikało, że w kosztorysie uproszczonym należało podać ceny jednostkowe obejmujące „koszt wszelkich materiałów oraz prac wynikających z dokumentacji projektowej, jak również tych, które nie zostały wymienione w sposób wyraźny, które są konieczne do prawidłowego wykonania przedmiotu niniejszej umowy. Wynagrodzenie (...) obejmuje ryzyko i odpowiedzialność Wykonawcy z tytułu oszacowania wszelkich kosztów związanych realizacją prac objętych umową, skalkulowanych i wywnioskowanych na podstawie otrzymanej dokumentacji projektowej i określonych standardów.”

W związku z tym popełnione błędy w samym opisie pozycji nie miały znaczenia, gdyż i tak wszystkie, a przynajmniej te wynikające z dokumentacji projektowej, w tym z przedmiarów robót, koszty wykonawcy winni byli skalkulować. Odwołujący podkreślił, że pomimo popełnionych błędów w opisie pozycji kosztorysu ofertowego potwierdza swoje zobowiązanie, powstałe w wyniku złożenia oferty na przedmiot zamówienia wraz ze wszystkimi warunkami jego realizacji określonymi specyfikacją istotnych warunków zamówienia, do wykonania wszelkich czynności opisanych przedmiarami robót, jak i innymi

dokumentami opisu przedmiotu zamówienia na roboty budowlane. Odwołujący oświadczył, że złożona przez niego oferta jest ofertą na opisany przez Zamawiającego przedmiot zamówienia a dołączone kosztorysy ofertowe, są kosztorysami uproszczonymi zgodnie ze SIWZ.

Nie zgodził się również z zarzutem Zamawiającego dotyczącym przywołania KNR, zamiast określenia kalkulacja indywidualna w poz. 11 i 89 kosztorysu robót drogowych I etapu oraz w poz. 2 i 63 kosztorysu robót drogowych II etapu. Wyjaśnił przy tym, że bez względu na to, na czym rzeczywiście oparł się Odwołujący kalkulując ceny jednostkowe, będą one obejmowały wszystkie czynności i koszty wymienione przez Zamawiającego.

Podobnie wywodził w zakresie dwóch pozycji dotyczących ułożenia mat wypukłych z guzikami (...) w ramach I i II etapu budowy drogi w ten sposób, że to Zamawiający decyduje co stanowi przedmiot zamówienia i skoro zrezygnował z ww. czynności, to przedmiot zamówienia już tych pozycji nie obejmował. Biorąc pod uwagę, przyjęty sposób rozliczenia przy wynagrodzeniu kosztorysowym, Zamawiający winien był poprawić te niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia poprzez wykreślenie tych pozycji z kosztorysu ofertowego Odwołującego. Czynność ta – według Odwołującego - miałaby tylko charakter porządkujący, nie powodujący istotnych zmian w treści oferty.

Ostatecznie Odwołujący podniósł, że jego oferta jest najtańsza, jej cena stanowi kwotę 5 556 062,23 zł.

Po wykreśleniu dwóch pozycji o wartości 53 403,28 zł netto i 40 904,64 zł netto rzeczywista cena oferty wyniesie 5 441 006, 60 zł. Różnica pomiędzy ofertą uznaną w chwili obecnej za najkorzystniejszą a ofertą Odwołującego (bezprawnie odrzuconą) wynosiłaby 406 505,60 zł. Odwołujący wskazał również na marginalny charakter omyłek, na przykład w pozycji nr 8 kosztorysu ofertowego (roboty drogowe etap I) wycenionej w całości na kwotę 389,83 zł netto, czy w pozycji nr 9 kosztorysu ofertowego (roboty drogowe etap I) w całości wycenionej na kwotę 407,71 zł netto.

W dniu 23.04.2010r.przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawca „POL-DRÓG Piła” Sp. z o.o. z siedzibą w Pile wnosząc o oddalenie odwołania i utrzymanie w mocy wyboru najkorzystniejszej oferty.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia i jej wyjaśnienia i zmiany, ofertę Odwołującego oraz na podstawie złożonych na rozprawie przez pełnomocników stron wyjaśnień, Izba postanowiła odwołanie oddalić.

Wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie w dniu 12 lutego 2010 r. tj. po dacie wejścia w życie w dniu 29 stycznia 2010 r. ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz.1778) do rozpoznawania niniejszej sprawy mają zastosowanie przepisy Prawa zamówień publicznych w brzmieniu znowelizowanym.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia. Uwzględniając powyższe Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Odwołujący podtrzymał swoje dotychczasowe stanowisko, a Zamawiający i Przystępujący do postępowania odwoławczego po jego stronie zgodnie wnieśli o oddalenie odwołania.

Izba stwierdziła, iż działanie Zamawiającego mieściło się w granicach przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 87 ust. 2 pkt 3, art. 91 ust. 1, art. 7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych.

Istota rozstrzygnięcia niniejszej sprawy sprowadzała się do oceny wystąpienia przesłanek określonych w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Przepis ten stanowi, iż Zamawiający poprawia w ofercie inne oczywiste omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty.

W pierwszej kolejności zatem Izba dokonała wykładni gramatycznej występującego w cyt. przepisie pojęcia omyłka. W słowniku Języka Polskiego wydawnictwa PWN z 2007r. omyłka została zdefiniowana jako pomyłka, zwykle drobna. Odsyłaczem omyłki jest błąd, który rozumiany jest jako coś niezgodnego z obowiązującymi regułami pisania, liczenia, wymowy itp oraz jako niewłaściwe zachowanie lub postępowanie, które przyniosło niepożądane skutki (źródło : słownik jak wyżej).

W przedmiotowej sprawie Izba uznała, że chodzi o wystąpienie sytuacji niewłaściwego wpisania przez Odwołującego do kosztorysu ofertowego spornych pozycji kosztorysowych w stosunku do przedmiaru robót określonych w SIWZ, które mogło być pomyłkowe i drobne.

Wydaje się, że rozpoznawane omyłki nie mają charakteru drobnych, bowiem odnoszą się do ściśle sprecyzowanego dokumentu jakim jest przedmiar robót będący integralną częścią SIWZ. Z zestawienia odpowiednich pozycji kosztorysu ofertowego Odwołującego (poz.8, 9, 11, 40, 89, 91 – etap I, poz.2, 63, 65 – etap II) i przedmiaru robót (poz.80, 90, 110, 400, 890, 910 – etap I, poz.20, 630, 650 – etap drugi) wynikają ewidentne sprzeczności w zakresie wykazanym przez Zamawiającego i Przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, które to w aspekcie treści całej oferty nie mogą pozostawać niezauważone.

Wobec tego Izba zwraca uwagę, że powyższe zachowanie Odwołującego należałoby kwalifikować jako działanie raczej w warunkach błędu polegającego na niezastosowaniu się do reguł Zamawiającego przyjętych w przedmiarze robót, a nie omyłki.

Niemniej jednak nawet zakładając, iż zachowanie Odwołującego nie miało charakteru kwalifikowanego, czyli było omyłką, to i tak – zdaniem Izby – dokonana przez Zamawiającego zmiana powodowałaby istotną zmianę w treści oferty.

Należy zauważyć, że na podstawie pisma z dnia 24 lutego 2010r. Zamawiający zmienił opis przedmiotu zamówienia w zakresie budowy dróg w ten sposób, że zrezygnował z wykonania mat wypukłych w kolorze intensywnie białym przy przejściach dla pieszych o szerokości 42 cm. Zamawiający poinformował przy tym wykonawców, że do sporządzenia kosztorysów ofertowych nie należy brać pod uwagę pozycji 910(kalkulacja własna) w dziale 8 przedmiaru robót w zakresie budowy dróg – Etap I oraz pozycji 650(kalkulacja własna w dziale 6 przedmiaru robót w zakresie budowy dróg – Etap II).

W związku z tym - zdaniem Izby – poprawienie przez Zamawiającego potencjalnej omyłki Odwołującego polegającej na zaoferowaniu przez niego wykonania robót uzupełniających o wartości łącznej netto 94 307,92 zł (cena brutto oferty Odwołującego wynosiła 5 556 062, 23 zł) nie objętych przedmiotem zamówienia, powodowałoby istotną zmianę w treści oferty. Izba przyjęła zapatrywanie, że istotność tejże zmiany treści oferty powodowałaby znaczną zmianę wartości oferty, co miałoby wpływ na zmianę wysokości zobowiązania.

Izba również uznała, że dokonanie poprawienia przez Zamawiającego ewentualnych omyłek polegających na wpisie przez Odwołującego pozycji kosztorysu z Katalogu Nakładów Rzeczowych, zamiast dokonania kalkulacji indywidualnej (poz.11, 89 – I etap, poz.2, 63 – II etap kosztorysu ofertowego) nie jest możliwe obiektywnie z racji charakteru takiej czynności. Zamawiający nie posiada wiedzy odnośnie składników kosztów znanych jedynie Odwołującemu, dopóki ten ich nie ujawni. W takiej sytuacji w istocie doszłoby do prowadzenia między Zamawiającym a Wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty, co prowadziłoby naruszenia przez Zamawiającego przepisu art.87 ust.1 ustawy Pzp.

Nadto Izba uznała, że przyjmując hipotetycznie, że przedmiotowa oferta posiadałaby również inne omyłki w zakresie poz.8, 9 i 40, to jedynie one nie powodowałyby istotnych zmian w treści oferty. Ich zmiany nie prowadziłyby do zmiany ceny oferty, a jedynie miały charakter porządkujący jak sam wskazał Odwołujący.

Izba stwierdza również, że samo oświadczenie z potwierdzeniem przez Odwołującego wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z SIWZ nie jest wystarczającą podstawą do zobowiązania Zamawiającego do poprawienia oferty w trybie przepisu art.87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Z powyższego wynika, że Zamawiający miał prawny obowiązek odrzucenia oferty, której treść nie odpowiadała SIWZ na zasadzie art.89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp.

Jednocześnie Izba zauważa, że inne rozumienie instytucji poprawienia omyłek niż w przedstawionej wyżej przez nią argumentacji, prowadziłyby do naruszenia zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, bowiem dawałoby niektórym uczestnikom postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, niestaranym w przygotowaniu oferty, możliwość dodatkowego jej negocjowania, co byłoby odstępstwem od reguły określania zasad postępowania w SIWZ.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp postanowiła oddalić odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy, czyli stosownie do wyniku postępowania z uwzględnieniem postanowień rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238 z późn. zm.).

Stosownie do art. 198b ust. 1 i 198b ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 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 **Poznaniu**.

Przewodniczący:

.....

* *niepotrzebne skreślić*

