

WYROK

z dnia 15 października 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Protokolant: Jakub Banasiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 października 2012 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 października 2012 r. przez wykonawcę

Z..... K..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usługowy WOD-BUD Nasiegniewo 62A, 87-811 Fabianki

w postępowaniu prowadzonym przez

Gminę Rogowo ul. Kościelna 8, 88-420 Rogowo Żnińskie

przy udziale wykonawców:

A. G..... W..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą PPHU

pe-gaz90 ul. Niezłomnych 1, 88-300 Mogilno,

B. Przedsiębiorstwo Robót Melioracyjnych i Ochrony Środowiska EKOMEL Sp. z o.o. ul. Angowicka 47, 89-600 Chojnice

zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności odrzucenia oferty złożonej przez Z..... K..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usługowy WOD-BUD, unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz poprawienie omyłek w kosztorysie ofertowym sporządzonym przez Z.....

K..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usługowy WOD-BUD,

2. kosztami postępowania obciąża Gminę Rogowo ul. Kościelna 8, 88-420 Rogowo Żnińskie i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Z..... K..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usługowy WOD-BUD Nasiegniewo 62A, 87-811 Fabianki tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Gminy Rogowo ul. Kościelna 8, 88-420 Rogowo Żnińskie na rzecz Z..... K..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usługowy WOD-BUD Nasiegniewo 62A, 87-811 Fabianki kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. 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 Bydgoszczy.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Rogowo prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „budowę kanalizacji ściekowej z przykanalikami, kolektorami tłocznymi i przepompowniami ścieków w miejscowości Grochowiska Księżę” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone 4 września 2012 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 189933, a wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

2 października 2012 r. odwołujący – Z..... K..... prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usługowy WOD-BUD wniósł odwołanie zarzucając zamawiającemu, że niezgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych:

1. wykluczył odwołującego z prowadzonego postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2, zgodnie z którym z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawców, którzy nie wnieśli wadium do upływu terminu składania ofert i w związku z tym odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 24 ust. 4,

2. odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 z uzasadnieniem, że oferta zawiera błędy w obliczeniu ceny:

a) w poz. 19. kosztorysu ofertowego w stosunku do poz. 96 przedmiaru (sieci wodociągowe – montaż rurociągów z rur polietylenowych (PE, PEHD) o śr. zewnętrznej 110 mm jest 164 m, powinno być 1965),

b) w poz. 6. kosztorysu ofertowego w stosunku do poz. 122 przedmiaru (podłoża pod kanały i obiekty z materiałów sypkich gr. 10 cm – jest 41,00 m³, powinno być 41,1 m³),

c) w rozdziale „Nawierzchnie na terenie ogrodzonym – przepompownia PS1” brak poz. 36. z przedmiaru, podano wyliczenie jako ława pod krawężniki z pospółki,

3. zaniechał czynności, do której był zobowiązany na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3, tj. nie poprawił w ofercie odwołującego ww. omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia niepowodujących istotnych zmian w treści oferty,

4. dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty w prowadzonym postępowaniu niezgodnie z art. 91 ust. 1.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego z prowadzonego postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych i w związku z tym unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych,
2. unieważnienia odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych,
3. poprawienia w ofercie odwołującego popełnionych omyłek na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych,
4. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

Zdaniem odwołującego niezrozumiałe jest wykluczenie go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, ponieważ odwołujący wniósł żądane wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej równocześnie z ofertą (20 września 2012 r. do godz. 11.00), na co posiada dowód.

Odrzucenie oferty odwołującego nastąpiło automatycznie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych bez próby wyjaśnienia treści oferty. Oferta nie zawiera błędów w rozumieniu tego artykułu, a jedynie niezamierzone omyłki w zaledwie trzech pozycjach kosztorysu ofertowego (z łącznej ilości 344 pozycji), które zamawiający może poprawić – w poz. 19. i poz. 6 wstawiając tylko właściwy obmiar z przedmiaru robót. Natomiast w trzecim przypadku popełniona przez kosztorysanta niezamierzona omyłka polegająca na zastosowaniu innej pozycji z KNR-u, choć bardzo zbliżonej, nie miała wpływu na zakres zaoferowanego przedmiotu zamówienia. Zamawiający i w tym przypadku może samodzielnie ją poprawić. W konsekwencji poprawienia omyłek cena oferty odwołującego nieznacznie wzrosnie, jednak wciąż będzie ofertą z najniższą ceną.

Wprowadzenie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w szczególności miało na celu umożliwienie poprawiania tego rodzaju błędów, które mogą pojawić się w trakcie sporządzania kosztorysu ofertowego, zatem niewłaściwe jest utożsamianie pominięcia pozycji lub nieodzwierciedlenia jej nazwy czy ilości jednostek w kosztorysie wykonawcy z nieobjęciem treścią oświadczenia woli wykonawcy całego przedmiotu zamówienia. Postępowanie o zamówienie publiczne co do zasady realizuje się poprzez przystąpienie do jednostronnie określonych przez zamawiającego warunków, zaś przedmiot tego zamówienia jest przez zamawiającego narzucony, wykonawcy mają zatem swobodę zaoferowania świadczenia w granicach, jakie pozostawiono wykonawcom w ramach dopuszczonych przez zamawiającego.

W odpowiedzi zamawiający wniósł o oddalenie odwołania i zasądzenie kosztów postępowania. Zdaniem zamawiającego nie budzi wątpliwości fakt, że złożona przez odwołującego oferta nie mogła być poprawiona. Z istoty art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych nie wynika uprawnienie co do możliwości uzupełniania oferty wykonawcy o pominięte pozycje z przedmiarów i jednocześnie zmianę ceny oferty poprzez dokonywanie wyceny tych pozycji, według podstaw i zasad nie podanych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W związku z tym, iż odwołujący pominął w ofercie poz. 36. przedmiaru tj. „ręczne zagęszczenie warstwy odsączającej w korycie i na poszerzeniach – grub. warstwy po zagęszczeniu 10 cm” zamawiający nie mógł ustalić wartości dla wskazanej pozycji na podstawie oferty odwołującego, albowiem zastosowanie podstaw wyceny nie przewidzianych specyfikacją prowadziłoby w konsekwencji do naruszenia zasady równego traktowania uczestniczących w tym postępowaniu wykonawców, o której stanowi art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych. Fakt, że oferta odwołującego nie zawierała wyceny wszystkich pozycji kosztorysu ofertowego, nie budzi wątpliwości, skoro sam odwołujący przyznaje ten fakt w odwołaniu.

Oceniając na etapie sprawdzania ofert dopuszczalność dokonania poprawek na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający mógł uznać, że omyłki w zakresie poz. 96 przedmiaru robót (poz. 19 kosztorysu ofertowego) oraz poz. 122 przedmiaru robót (poz. 6 kosztorysu ofertowego) dotyczące niedoszacowania ilościowego są możliwe do poprawienia i nie wymagają pozyskiwania w tym celu dodatkowych informacji od wykonawcy, gdyż w ofercie wskazano ceny jednostkowe tych elementów.

Natomiast odmiennie zamawiający ocenił fakt pominięcia w ofercie całej pozycji 36. przedmiaru robót, w tym również ceny jednostkowej tego elementu. Wskazany brak jest błędem, którego nie można poprawić w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż zamawiający nie jest uprawniony do samodzielnego dokonania wyceny całej pozycji kosztorysu ofertowego, w szczególności z powodu braku wiedzy zamawiającego o cenie jednostkowej pominiętego elementu kalkulacyjnego.

Wobec powyższego zamawiający uznał, iż te okoliczności nie uprawniały do poprawienia w ofercie powyższej niezgodności z dokumentacją techniczną (przedmiarem robót), na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Brak wskazania ceny jednostkowej uniemożliwia dokonanie wyceny pozycji, a zatem zamawiający nie jest w stanie ustalić prawidłowej treści oświadczenia woli i konieczne byłoby uzupełnienie treści oferty po upływie terminu do jej złożenia przez wskazanie ceny jednostkowej i oznaczałoby prowadzenie niedozwolonych negocjacji z wykonawcą.

Celem regulacji art. 87 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych nie jest poprawianie wszystkich braków czy błędów kosztorysowych, a jedynie umożliwienie zamawiającemu

poprawienie niektórych omyłek w treści oferty: pisarskich, rachunkowych, czy też innych polegających na niezgodności treści oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Wystąpienie omyłki nie może pozostawiać wątpliwości co do zamierzonej treści oświadczenia wykonawcy, który w niniejszej sprawie przyznał, że pominął całą omawianą pozycję w kosztorysie. Brak wskazania ceny jednostkowej, niezależnie od jej wysokości, nie jest omyłką, lecz istotnym brakiem oświadczenia, którego uzupełnienia ustawodawca nie dopuścił.

Przystąpienie po stronie zamawiającego zgłosili wykonawcy, którzy zajęli dwa najwyższe miejsca w rankingu ofert: G..... W..... prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą PPHU pe-gaz90 i Przedsiębiorstwo Robót Melioracyjnych i Ochrony Środowiska EKOMEL Sp. z o.o.

W oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania oraz złożonych podczas rozprawy oświadczeń Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 i art. 180 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba uznała też, iż stan faktyczny, w tym zwłaszcza treść przedmiaru i kosztorysu ofertowego odwołującego, nie jest sporny pomiędzy stronami.

Pismem z 27 września 2012 r. zamawiający zawiadomił odwołującego o odrzuceniu jego oferty wskazując w uzasadnieniu, że: „Oferta Państwa podlega odrzuceniu przez Zamawiającego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy w związku z ust. 4 niniejszego artykułu ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą oraz art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), oferta zawiera błędy w obliczeniu ceny, a mianowicie pozycja 96 przedmiaru, a poz. 19 kosztorysu ofertowego: sieci wodociągowe – montaż rurociągów z rur polietylenowych (PE, PEHD) o śr. zewnętrznej 110 mm – jest 164 m, winno być 1965, str. 33 kosztorysu ofertowego poz. 6, a przedmiaru poz. 122 przedmiaru – podłoża pod kanały i obiekty z materiałów sypkich gr. 10 cm: jest 41,00 m³, powinno być 41,1 m³, Rozdział – Nawierzchnie na terenie ogrodzonym – Przepompownia PS1: brak pozycji 36 z przedmiaru, podano wyliczenie jako ława pod krawężniki z pospółki obm. 38,00 m³.”

Zamawiający podczas rozprawy oświadczył, że informacja o wykluczeniu odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a w konsekwencji uznania jego oferty za odrzuconą została zamieszczona w treści informacji o odrzuceniu oferty omyłkowo.

Zdaniem Izby brzmienie tej informacji potwierdza to oświadczenie. Poza tym w punkcie 11. protokołu postępowania (druk ZP-PN) zamawiający wskazał, iż nie wykluczył żadnego z wykonawców.

W związku z powyższym Izba uznała, że fakt nieprawidłowego wykluczenia odwołującego z postępowania w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych – czy też raczej błędnej informacji w tym zakresie – został potwierdzony i tym samym przestał być przedmiotem sporu.

W zakresie zaniechania poprawienia przez zamawiającego wskazanych powyżej trzech niezgodności kosztorysu ofertowego z przedmiarem robót w oparciu o oświadczenie zamawiającego zawarte w odpowiedzi na odwołanie Izba uznała, iż sporna nie jest także możliwość poprawienia poz. 6 i poz. 19 kosztorysu ofertowego – zamawiający stwierdził, że byłby gotów poprawić te pozycje w zakresie ilości zaoferowanych robót, gdyby nie niemożność poprawienia poz. 36 kosztorysu.

Co zaś do poz. 36. kosztorysu ofertowego Izba stwierdziła, że w niniejszym postępowaniu zamawiający przewidział wynagrodzenie kosztorysowe, co wynika z rozdziału XIV ust. 5 specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz § 7 wzoru umowy i co nie było sporne pomiędzy stronami. Zamawiający nakazał obliczenie ceny oferty metodą kalkulacji szczegółowej (rozdział XIV ust. 4 specyfikacji istotnych warunków zamówienia) – i taki kosztorys szczegółowy został przedstawiony przez odwołującego.

W poz. 36.d3 przedmiaru robót zamawiający wskazał na KNR 2-31 0104-01 „ręczne zagęszczenie warstwy odsączającej w korycie i na poszerzeniach – grub. warstwy po zag. 10 cm, 38 m³”

W poz. 6.36. kosztorysu (str. 50) odwołujący obliczył KNR 2031 0402-01 „ława pod krawężniki z pospółki obmiar 38 m³”.

Jak oświadczył podczas rozprawy, błąd nastąpił ze względu na omyłkowe wpisanie podstawy KNR 0402-01, zamiast 0104-01. Według odwołującego pozycję tę można „wyzerować”, a będzie ona i tak wykonana. Wyjaśnił, iż zarówno zagęszczenie warstwy odsączającej, jak i wykonanie ławy pod krawężniki polega na wysypaniu i ubiciu piasku.

Izba uznała, że możliwe jest również poprawienie tej pozycji. Wbrew twierdzeniu zamawiającego, zdaniem Izby, nie chodzi tu tyle o zmianę oświadczenia woli odwołującego,

lecz korektę błędnego przejawu owej woli. Izba nie ma wątpliwości, że zamiarem odwołującego nie było wykonanie niepotrzebnej zamawiającemu ławy pod krawężniki zamiast żadanego zagęszczenia warstwy odsączającej w korycie i na poszerzeniach, a różnica ta nastąpiła ze względu na omyłkowe wprowadzenie nieprawidłowego numeru KNR. Tym samym zaistniała tu omyłka, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Poza tym omyłka ta jest jednocześnie niezgodnością z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia i chociaż zamawiający odrzucając ofertę odwołującego nie powołał się na art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, jest to prawidłowa podstawa ewentualnego odrzucenia oferty (art. 89 ust. 1 pkt 6 mógłby być powołany kumulatywnie), a jednocześnie przepis powiązany funkcjonalnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Poza tym, zdaniem Izby, w kosztorysie ofertowym odwołującego znajdują się wszystkie informacje potrzebne zamawiającemu do poprawienia owej pozycji kosztorysu: odwołujący wskazał cenę robocizny, wody i piasku (zgodnie z treścią oferty wybranej tylko te elementy wchodzi w skład wykonania tej pozycji) oraz stosowaną wysokość narzutu. (Cena piasku została podana choćby w sąsiednich pozycjach kosztorysu.) Zamawiający ma także konieczną do obliczenia ilość oraz numer KNR, według którego należało obliczyć tę pozycję. Zatem obliczenia te to jedynie kwestia techniczna i można ich dokonać choćby przy użyciu dowolnego programu do kosztorysowania. Przy tym cena pozycji zmieni się w sposób nieznaczący.

Drugą opcją poprawienia, którą może zastosować zamawiający – w przypadku, gdyby zdecydował się nie dokonywać powyższych obliczeń – jest pozostawienie obliczonej przez odwołującego ceny jednostkowej, a jedynie zmiana numeru KNR i opisu pozycji – zakres prac do wykonania w ramach tej pozycji jest na tyle zbliżony, że obliczenia dokonane pierwotnie można uznać za realne w stosunku do zakresu prac wymaganego przez zamawiającego.

Natomiast „zerowanie” pozycji – chociaż generalnie taką opcję poprawiania kosztorysów również się stosuje – zdaniem Izby nie jest w tej sytuacji konieczne.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji odwołanie uwzględniając.

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. 2 pkt 1, § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. *w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania* (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: