

WYROK
z dnia 10 listopada 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 listopada 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 października 2011 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Budimex Spółkę Akcyjną w Warszawie, Ferrovial Agroman Sociedad Anónima w Madrycie (Hiszpania) w postępowaniu prowadzonym przez Wielkopolski Zarząd Melioracji i Urządzeń Wodnych w Poznaniu Rejonowy Oddział w Lesznie

przy udziale wykonawcy ENERGOPOL – TP ELBUD Spółkę Akcyjną w Katowicach oraz wykonawcy Skanska Spółkę Akcyjną w Warszawie zgłaszających swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Budimex Spółkę Akcyjną w Warszawie, Ferrovial Agroman Sociedad Anónima w Madrycie (Hiszpania) i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Budimex Spółkę Akcyjną w Warszawie, Ferrovial Agroman Sociedad Anónima w Madrycie (Hiszpania) tytułem wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający - Wielkopolski Zarząd Melioracji i Urządzeń Wodnych w Poznaniu, Rejonowy Oddział w Lesznie - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem są roboty budowlane pn.: „Rów Polski - regulacja i obwałowanie w km 8+100 - 21+100 ze zbiornikiem wodnym Rydzyna. Zbiornik wodny Rydzyna”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2 sierpnia 2011, pod numerem: 242394-2011-PL.

21 października 2011r. zamawiający poinformował BUDIMEX S.A. w Warszawie o poprawieniu oferty w zakresie omyłki stwierdzonej w cenie poz. 106 kosztorysu ofertowego oraz 26 października 2011r. wezwał tego wykonawcę do złożenia kalkulacji szczegółowej ceny jednostkowej tej pozycji.

Wobec wymienionych czynności BUDIMEX S.A. wniósł 28 października 2011 r. odwołanie, w którym zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- art. 87 ust. 2 pkt 1 Pzp przez przyjęcie, iż oczywistą omyłką pisarską było wskazanie w poz. 106 kosztorysu ofertowego ceny jednostkowej 52,50 zł przy 120 jednostkach i normie 100 m² w sytuacji, gdy z treści oferty, w tym wyliczenia ceny ofertowej, wynika, iż takie określenie ceny jednostkowej nie jest omyłką;
- art. 87 ust. 2 pkt 1 Pzp przez przyjęcie, iż poprawienie oczywistej omyłki pisarskiej nie jest czynnością dokonywaną samodzielnie przez zamawiającego, a wymaga zgody wykonawcy;
- art. 7 ust. 1 Pzp przez nieprecyzyjne sformułowanie informacji o poprawieniu oczywistej omyłki pisarskiej i wskazanie, że odwołujący może nie wyrazić zgody na dokonaną przez zamawiającego poprawę omyłki, co sugeruje, iż zamawiający nie dokonuje poprawy omyłki, o jakiej mowa w art. 87 ust. 2 pkt 1 Pzp, a „innej omyłki” z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp;
- art. 87 ust. 1 Pzp przez wezwanie odwołującego do przedstawienia szczegółowej kalkulacji ceny jednostkowej 52,50 zł w sytuacji, gdy zamawiający nie żądał w specyfikacji istotnych warunków zamówienia przedstawienia szczegółowych kalkulacji cen ofertowych, a przedstawienie takiej kalkulacji nie ma, w świetle wcześniejszych wyjaśnień odwołującego i treści jego oferty, wpływu na ustalenie przez zamawiającego, czy oferta odwołującego jest

zgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz przez sformułowanie wezwania do przedstawienia szczegółowej kalkulacji ceny jednostkowej 52,50 zł w sposób nieprecyzyjny, tj. zażądanie przedstawienia kalkulacji szczegółowej ceny jednostkowej 52,50 zł w sytuacji, gdy z treści wezwania nie wynika, aby zamawiający unieważnił czynność poprawienia tej ceny jednostkowej na cenę 5.250,00 zł.

Na wypadek przyjęcia, iż zamawiający w istocie zmierzał swym wezwaniem do poprawienia „innej omyłki” w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp zarzucił naruszenie art. 87 ust. 2 pkt 1 Pzp przez przyjęcie, że treść oferty odwołującego nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w sytuacji, gdy odwołujący zaoferował wykonanie całego przedmiotu umowy, a cena jednostkowa w poz. 106 kosztorysu ofertowego została przez niego wyliczona w oparciu o przedmiar robót i jest zgodna z zapisami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a co za tym idzie jej wysokość nie jest wynikiem omyłki.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na poprawieniu oczywistej omyłki pisarskiej (bądź „innej omyłki”) w ofercie odwołującego przez zmianę ceny jednostkowej z poz. 106 kosztorysu ofertowego i wezwania odwołującego do wyjaśnienia treści oferty poprzez przedstawienie szczegółowej kalkulacji ceny jednostkowej 52,50 zł.

W uzasadnieniu odwołujący wskazał, że działania zamawiającego prowadzą do dezorientacji oraz braku pewności, co do sytuacji prawnej odwołującego w postępowaniu. Zarzucił, że zamawiający pomieszał reżimy poprawienia oczywistej omyłki pisarskiej, o której stanowi art. 87 ust. 2 pkt 1 Pzp oraz czynności poprawienia nieistotnej omyłki polegającej na niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia wskazanej w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Wywodził, z powołaniem na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, iż treść poz. 106 kosztorysu ofertowego nie może stanowić oczywistej omyłki pisarskiej, ani też nie została w ogóle wskazana omyłkowo. Odwołujący podniósł nadto, że wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia żądanie kalkulacji szczegółowej ceny przywołanej pozycji kosztorysu jest niedopuszczalne, a treść czynności wezwania nie odpowiada dyspozycji art. 87 ust. 1 Pzp, który służyć ma badaniu zgodności treści oferty z treścią specyfikacji.

Do postępowania odwoławczego przystąpienia po stronie zamawiającego zgłosili wykonawcy SKANSKA S.A. z siedzibą w Warszawie oraz ENERGOPOL – KATOWICE S.A. w Katowicach, który zgodnie z postanowieniem Sądu Rejonowego Katowice – Wschód w Katowicach Wydział VIII Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego z 31 października 2011r. działa pod firmą ENERGOPOL – TP ELBUD S.A. (dalej jako „ENERGOPOL”). Przystępujący wnieśli o oddalenie odwołania.

Odwołujący przed otwarciem posiedzenia pismem z 4 listopada 2011 r. wniósł opozycję przeciwko dopuszczeniu ENERGOPOL do udziału w postępowaniu odwoławczym. Podniósł, że skoro oferta tego wykonawcy, zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z 12 października 2011r. podlega odrzuceniu, to sam fakt wniesienia przez ENERGOPOL skargi do Sądu Okręgowego nie stanowi o wykazaniu interesu w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść zamawiającego. ENERGOPOL złożył bowiem ofertę z najniższą ceną.

Izba postanowiła oddalić opozycję, mając na względzie, że skuteczność zgłoszenia przystąpienia po nowelizacji ustawy z dnia 2 grudnia 2009r. nie jest już uwarunkowana wykazaniem interesu prawnego – bezpośredniego związku z normą prawną możliwości uzyskania zamówienia przez wykonawcę zgłaszającego przystąpienie.

Czym innym jest „interes w uzyskaniu zamówienia” stanowiący zgodnie z ukształtowanym orzecznictwem materialno prawną przesłankę dopuszczalności wniesienia odwołania wskazaną w art. 179 ust. 1 Pzp, a czym innym jest „interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony do której się przystępuje”. Przepisy art. 185 ust. 2 – 4 Pzp posługują się drugim z przywołanych pojęć. Interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony do której wykonawca przystępuje, może mieć postać tak interesu prawnego, jak i faktycznego, co dodatkowo zbliża przesłanki uczestnictwa w procedurze odwoławczej do postępowania nieprocesowego uregulowanego w przepisach kodeksu postępowania cywilnego. Argumentację tę wzmacnia konstatacja, iż do zgłoszenie przystąpienia, inaczej dla wniesienia odwołania, nie jest niezbędne wykazywanie szkody.

Nie budzi wątpliwości Izby, że ENERGOPOL, którego ofertę zamawiający uznał pierwotnie za najkorzystniejszą i który zaskarżył niekorzystne dla siebie orzeczenie Izby z 12 października 2011r. jest zainteresowany uzyskaniem rozstrzygnięcia w obecnym postępowaniu odwoławczym na korzyść zamawiającego.

Na podstawie specyfikacji istotnych warunków zamówienia, złożonych ofert oraz powołanych pism Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołujący spełnił przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp.

Wyrokiem z 12 października 2011 r., sygn. akt KIO 2120/11 Krajowa Izba Odwoławcza nakazała zamawiającemu odrzucenie oferty ENERGOPOL. Odwołujący złożył ofertę z ceną drugą, co do wysokości, jednak poprawienie przez zamawiającego oferty odwołującego powoduje, że cena oferty odwołującego stanie się wyższa, niż cena przystępującego

SKANSKA. Czynność poprawienia oferty godzi zatem w interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia oraz grozi poniesieniem mu szkody.

W dyspozycji art. 179 ust. 1 Pzp mieszczą się sytuacje, gdy skarżona czynność zamawiającego stanowi jedynie potencjalne zagrożenie dla praw wykonawcy w postępowaniu lub możliwości uzyskania przez niego zamówienia. Nie można zatem odmówić wykonawcom prawa do kwestionowania przez wniesienie odwołania czynności wezwania do złożenia wyjaśnień treści oferty w sytuacji, gdy w ich ocenie czynność taka jest bezpodstawna.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający wykonując wyrok Izby z 12 października 2011r. pismem z 21 października 2011r. powiadomił wykonawców, że przystępuje do ponownego badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu. Pismem z tej samej daty zamawiający poinformował odwołującego, iż działając na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 1 Pzp poprawił oczywistą omyłkę pisarską w ofercie odwołującego. Oświadczył, że „w poz. 106 kosztorysu ofertowego – podbudowy betonowe wraz z pielęgnacją przez posypywanie piaskiem i polewanie wodą, przy grubości warstwy po zagęszczeniu 15 cm – wg oferty wyliczono do wykonania 120 jednostek przy normie na 100m² za cenę jednostkową 52,50 zł, co daje wartość 6.300, zł, a winno być 120 jednostek przy normie na 100m², za cenę jednostkową 5.250 zł, co daje wartość 630.000 zł”. Zamawiający zwrócił się o wyrażenie zgody na dokonanie poprawki w ofercie w terminie 3 dni od dnia doręczenia zawiadomienia.

W odpowiedzi z 24 października 2011r. odwołujący oświadczył, że cena w tej pozycji kosztorysu jest ceną prawidłową, przy której nie dopuszczono się omyłki pisarskiej, ani omyłki polegającej na niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji.

W skierowanym do odwołującego piśmie z 26 października 2011r. zamawiający wskazał, że przyjmuje do wiadomości treść pisma z 21 października 2011r. informującego o prawidłowości w pozycji 106 kosztorysu ofertowego ceny jednostkowej w wysokości 52,50 zł za wykonanie 120 jednostek przy normie na 100m² na jednostkę. Zamawiający oświadczył, iż celem dokonania głębszej analizy złożonej oferty, działając na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp prosi o przedstawienie szczegółowej kalkulacji ceny jednostkowej i wyznaczył termin 3 dni.

Odwołujący nie udzielił wyjaśnień a wniósł odwołanie.

W pierwszym rzędzie Izba ustaliła zakres rozpoznania odwołania.

Izba podzieliła pogląd zamawiającego, że pismo z 26 października 2011 r. zawiera stanowisko, iż czynność poprawienia omyłki w treści oferty odwołującego zamawiający uznaje za niebyłą. Jakkolwiek zamawiający nie złożył wprost oświadczenia o unieważnieniu

czynności poprawienia oferty, to wycofanie się przez zamawiającego z uprzednio złożonego oświadczenia nie budzi wątpliwości.

Należy zauważyć, że w sytuacji określonej w art. 87 ust. 2 pkt 1 i 2 Pzp zamawiający poprawia ofertę samodzielnie, bez udziału wykonawcy. Natomiast w razie zaistnienia przesłanek wskazanych w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp zamawiający zwraca się o wyrażenie zgody na poprawę treści oferty, której już dokonał. Logicznym jest zatem, że skoro zamawiający zdecydował się na badanie oferty odwołującego w trybie art. 87 ust. 1 Pzp, to skutki poprawienia oferty ustały. O ile bowiem w określonych okolicznościach faktycznych wyjaśnienie treści oferty może poprzedzać dokonanie jej poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp – czynność poprawienia jest następstwem uzyskanych wyjaśnień potwierdzających zaistnienie przesłanek ustawowych - o tyle nie można racjonalnie przyjąć, że zamawiający najpierw dokonuje poprawienia, a następnie uzyskuje wyjaśnienia dotyczących treści oferty sprzed dokonanej poprawy.

Izba uznała również, że oświadczenie zamawiającego skutkujące uchYLENIEM czynności poprawienia oferty nie może być uznane za przyznanie trafności podstaw zarzutów dotyczących nieuprawnionego poprawienia oferty podniesionych w odwołaniu. Dla powyższego niezbędne jest, aby oświadczenie stanowiące podstawę przyznania zostało złożone w toku postępowania odwoławczego. Postępowanie odwoławcze wszczyna się wraz z wniesieniem odwołania, które nastąpiło 28 października 2011r. Tymczasem oświadczenie zamawiającego zostało złożone 26 października 2011r.

W takim stanie rzeczy przedmiotem rozpoznania może być wyłącznie zarzut nieuprawnionego wezwania odwołującego do wyjaśnień treści oferty – poz. 106 kosztorysu ofertowego.

Art. 192 ust. 7 Pzp nakazując Izbie rozpoznanie wyłącznie zarzutów podniesionych w odwołaniu ma zapobiegać rozszerzaniu zakresu rozpoznania odwołania na etapie rozprawy. Zarzut to zespół okoliczności faktycznych i prawnych – w postępowaniu o udzielenie zamówienia – czynność lub zaniechanie zamawiającego oraz ich uzasadnienie faktyczne i prawne. Odwołujący wskazał kwestionowaną czynność zamawiającego wezwanie do złożenia wyjaśnień treści oferty oraz powołał dla uzasadnienia swoich twierdzeń postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz treść poz. 106 kosztorysu ofertowego. Izba pominęła zatem argumentację odwołującego powoływaną na rozprawie a zmierzającą do wywiedzenia, że cena całości oferty, jak i cena tej części kosztorysu ofertowego (nie zaś pozycji 106), została obliczona w sposób gwarantujący należyte wykonanie umowy. Izba uznała, że argumentacja ta oraz wskazywane w jej ramach wartości części kosztorysów innych wykonawców referują się do przepisów ustawy związanych z

obliczeniem ceny oferty oraz prawidłowości dokonanej kalkulacji całkowitej ceny oferty – czynności zamawiającego opisanych w art. 90 Pzp. Tymczasem zgodnie z granicami zakreślonymi w odwołaniu, istotę sporu stanowi dopuszczalność wezwania do wyjaśnienia treści oferty w zakresie szczegółowej kalkulacji ceny poz. 106 kosztorysu ofertowego na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp. Z treści wezwania zamawiającego nie wynika w żaden sposób, iż zamawiający poddał w wątpliwość cenę oferty odwołującego.

Art. 87 ust. 1 zdanie 1 Pzp stanowi, że w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Trafnie zauważył przystępujący SKANSKA, że przywołany przepis nie zawiera żadnych dodatkowych wymagań, nie statuuje przesłanek warunkujących jego zastosowanie. Wskazać przy tym należy, że art. 87 ust. 1 Pzp - wbrew twierdzeniom odwołującego - nie dotyczy jedynie badania zgodności oferowanego świadczenia z treścią specyfikacji i to rozumianego wyłącznie w aspekcie przedmiotowego zakresu oferty. Przeciwnie, zamawiający mając na względzie dobro prowadzonego postępowania – wybór oferty najkorzystniejszej w przyjętych kryteriach oceny, a jednocześnie dającej podstawę do należytego wykonania umowy w sprawie zamówienia publicznego – w razie powzięcia jakichkolwiek wątpliwości wobec treści oferty jest uprawniony do żądania od wykonawcy wyjaśnień. Pojęcie „treści oferty” nie zostało zdefiniowane w przepisach ustawy. Orzecznictwo wypracowało jednak jednolity pogląd, że należy pod nim rozumieć deklarowane w ofercie spełnienie wymagań zamawiającego przede wszystkim co do zakresu, ilości, jakości warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia.

W okolicznościach sporu wątpliwości zamawiającego były uzasadnione. Już u przeciętnej osoby posiadającej choćby elementarne rozeznanie co do kosztów prac budowlanych relacja rozmiaru czynności opisanej w pozycji 106 kosztorysu - wykonania podbudowy betonowej wraz z pielęgnacją przez posypywanie piaskiem i polewanie wodą, przy grubości warstwy po zagęszczeniu 15 cm – 120 jednostek przy normie - 100m² za cenę jednostkową 52,50 zł, czyli w łącznej wartości 6.300 zł musi budzić zdziwienie. Relacja danego elementu świadczenia do dokonanej wyceny stanowi element istotny z punktu jego należytego wykonania i o ile nie uzasadnia wątpliwości co do ceny oferty jako całości może podlegać wyjaśnieniu w trybie art. 87 ust. 1 Pzp. Nadto wątpliwości zamawiającego znajdują uzasadnienie w świetle wysokości cen tej pozycji w kosztorysach innych wykonawców. I tak: w ofercie przystępującego ENERGOPOL wartość tej pozycji kosztorysu wynosi 110 355 zł, w ofercie przystępującego SKANSKA – 563 671,60 zł, w ofercie konsorcjum PBG S.A. w Wysogotowie 545 044zł, natomiast w ofercie Bilfinger Berger Budownictwo S.A. w Warszawie – 831 495 zł.

Izba uznała zatem, że zamawiający zasadnie zażądał od odwołującego wyjaśnień treści oferty. Oczywistym uprawnieniem zamawiającego jest uzyskanie wiedzy, czy i dlaczego wykonanie zamówienia w części opisanej w poz. 106 kosztorysu ofertowego jest możliwe. Powoływane przez odwołującego postanowienia pkt 12 specyfikacji, w którym zamawiający wymagał kosztorysu sporządzonego metodą uproszczoną oraz nie wymagał informacji o sposobie skalkulowania cen jednostkowych, może oznaczać tyle tylko, że zamawiający nie może wyciągać dla odwołującego negatywnych skutków, gdy odwołujący nie wskaże stawek i wskaźników wymienionych w pkt 12.2.4 specyfikacji: wielkość kosztów pośrednich, zysku, ewentualnie kosztów zakupu, stawki robocizny, zestawienie materiałów ze stawkami jednostkowymi lub zestawienia sprzętu ze stawkami jednostkowymi. *Nota bene zamawiający* oczekując przedstawienia szczegółowej kalkulacji poz. 106 kosztorysu ofertowego nie odesłał do żadnego z postanowień specyfikacji, pozostawiając odwołującemu dowolność co do sposobu przedstawienia kalkulacji oraz jej elementów.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp oddaliła odwołanie, orzekając o kosztach stosownie do wyniku postępowania odwoławczego na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp.

Przewodniczący:.....