

Sygn. akt: KIO/UZP 767/08

WYROK
z dnia 07 sierpnia 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

**Członkowie: Lubomira Matczuk-Mazuś
Izabela Niedziałek**

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 07.08.2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowe „NIEWIADOMSKI” Władysław Niewiadomski, Przedsiębiorstwo Budowlane „PAECH” Sp.j., 66-300 Międzyrzecz, ul. Pamiątkowa 32** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Zakład Wodociągów, Kanalizacji i Usług Komunalnych Sp. z o.o., 66-200 Świebodzin, u. Młyńska 37** protestu z dnia 11.07.2008 r.

przy udziale **Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjno-Budowlanych „Poznań” Sp. z o.o., Zakład Robót Inżynieryjno-Hydropolichniczych POL-GAR Polus i Garnetz Sp.j., Zakład Instalacyjny Usług Ogólnobudowlanych Jacek Matuszczak, 61-248 Poznań, ul. Dziadoszański 10** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża **Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowe „NIEWIADOMSKI” Władysław Niewiadomski, Przedsiębiorstwo Budowlane „PAECH” Sp.j., 66-300 Międzyrzecz, ul. Pamiątkowa 32**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 2032 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące trzydzieści dwa złote, zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowe „NIEWIADOMSKI” Władysław Niewiadomski, Przedsiębiorstwo Budowlane „PAECH” Sp.j., 66-300 Międzyrzecz, ul. Pamiątkowa 32,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 1550 zł 36 gr (słownie: tysiąc pięćset pięćdziesiąt złotych trzydzieści sześć groszy) przez **Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowe „NIEWIADOMSKI” Władysław Niewiadomski, Przedsiębiorstwo Budowlane „PAECH” Sp.j., 66-300 Międzyrzecz, ul. Pamiątkowa 32** na rzecz **Zakład Wodociągów, Kanalizacji i Usług Komunalnych Sp. z o.o., 66-200 Świebodzin, u. Młyńska 37** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów dojazdu oraz noclegu,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 37968 zł 00 gr (słownie: trzydzieści siedem tysięcy dziewięćset sześćdziesiąt osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowe „NIEWIADOMSKI” Władysław Niewiadomski, Przedsiębiorstwo Budowlane „PAECH” Sp.j., 66-300 Międzyrzecz, ul. Pamiątkowa 32.**

Uzasadnienie

Zamawiający – Zakład Wodociągów, Kanalizacji i Usług Komunalnych Sp. z o.o. w Świebodzinie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest budowa systemu wodno-kanalizacyjnego w gminie Świebodzin – etap II.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655) zwanej dalej „ustawą”.

Pismem doręczonym Wykonawcom dnia 4 lipca 2008 r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez konsorcjum Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjno-Budowlanych „Poznań” sp. z o.o., Zakład Robót Inżynieryjno-Hydrrotechnicznych „POL-GAR” Polus i Garnetz sp. jawna, Zakład Instalacyjny Usług Ogólnobudowlanych Jacek Matuszczak, którego liderem jest Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjno-Budowlanych „Poznań” sp. z o.o.

Odwołujący - Konsorcjum Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Usługowo - Handlowe „NIEWIADOMSKI” Władysław Niewiadomski z siedzibą w Międzyrzeczu i Przedsiębiorstwo Budowlane „PAECH” s.j. z/s w Międzychodzie, w imieniu którego działa lider - pełnomocnik Władysław Niewiadomski zakwestionował wybór oferty jako dokonany w sprzeczności z zasadami i przepisami ustawy Pzp, co narusza Jego interes prawny..

Zarzucił Zamawiającemu art. 7 ust. 1, art. 7 ust. 3 i art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, dokonanie wyboru oferty z naruszeniem przepisów ustawy i niedokonanie odrzucenia oferty, której treść nie jest zgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Wskazał, że w SIWZ w pkt 20 ppkt 1 określono zasadę dokonania wyceny oferty stwierdzeniem: „Wykonawca w celu obliczenia ceny wypełnia Przedmiar Robót załączony, jako część IV/4 niniejszej SIWZ”.

Na potwierdzenie poprawności dokonania obliczenia ceny, wykonawca miał obowiązek załączyć do oferty (pkt 14.3 „Zawartość oferty” lit C) wyceniony/wypełniony Przedmiar robót sporządzony wg podanej zasady.

W przedmiarze robót „Koszty niekwalifikowane” w poz. 547 – ilość jest 673 m, natomiast w kosztorysie złożonym przez wybranego wykonawcę, w tej samej pozycji jest 674 m. Taka oczywista niezgodność powinna, w ocenie Odwołującego, skutkować odrzuceniem oferty, a

nie jej wyborem. Odwołujący wskazał, że wszyscy pozostali wykonawcy sporządzili kosztorysy ofertowe zgodnie z wymaganiami określonymi w specyfikacji.

Odwołujący zaznaczył, że Zamawiający zobowiązany jest prowadzić postępowanie w sposób sformalizowany i oparty na sztywnych regułach wynikających z ustawy i nie można oceniać ofert w sposób dowolny, kierując się własnymi intencjami lecz ściśle wg treści specyfikacji, w której zostały określone potrzeby i wymagania. Błąd w ofercie wybranej ma charakter merytoryczny powodując, że oferta jest niezgodna w swojej treści z treścią specyfikacji, w szczególności w zakresie obliczenia ceny. Ponadto wskazał, że Zamawiający naruszył zasadę równego traktowania wykonawców, gdyż w innym przypadku odrzucił ofertę nr 3, jako zawierającą błędnie obliczoną cenę z różnicą 99,66 zł tj. z błędem mieszczącym się w granicach zaokrąglenia maszynowego.

Wskazując powyższe zarzuty Odwołujący zażądał uwzględnienia odwołania i dokonania ponownej oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej z zachowaniem zasad określonych w ustawie i uwzględnieniem uchybień wymienionych w proteście.

Zamawiający wnosząc o oddalenie odwołania uznał, że wybrana oferta spełnia wymagania, gdyż w Przedmiarze Robót poz. 547 Warstwa ścieralna z mieszanki SMA na szerokości 3,0 m minus szerokość wykopu w kolumnie „Ilość” winno być 673 m, natomiast Wykonawca wpisał 674 m, a zatem pozycja ta odpowiadała w całości zakresowi opisanemu w przedmiocie zamówienia. Stwierdził, że zawyżenie tej pozycji o 1 mb nie ma istotnego znaczenia, gdyż spowodowałoby to ewentualny wzrost ceny o 45,00 EURO, a ponadto rozliczenie robót będzie następowało na podstawie obmiarów powykonawczych – za zakres robót faktycznie wykonanych i nie ma możliwości, by błąd ten spowodował zawyżenie należnego wynagrodzenia.

Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego - konsorcjum Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjno-Budowlanych „Poznań” sp. z o.o., Zakład Robót Inżynieryjno-Hydrrotechnicznych „POL-GAR” Polus i Garnetz sp. jawna, Zakład Instalacyjny Usług Ogólnobudowlanych Jacek Matuszczak, którego liderem jest Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjno-Budowlanych „Poznań” sp. z o.o. wniósł o oddalenie w całości odwołania nie zgadzając się z twierdzeniami zawartymi w rozpatrywanym odwołaniu.

Odwołujący zwrócił nadto uwagę na formalizm i rygoryzm postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wskazując że ustawa zawiera zamknięty katalog możliwości poprawienia omyłek w ofercie, a na pewno nie dopuszcza poprawienia dowolnych zmian w ofercie (w przedmiarach robót, które są częścią oferty). Wybrany wykonawca zaoferował inny zakres robót niż pozostali wykonawcy, a przez to oferty stały się nieporównywalne. Dodatkowo wskazał na orzeczenia ZA 2625/06, ZA 0977/07. Zaznaczył, że cena w postępowaniu jest ceną kosztorysową, a popełniona omyłka przez wykonawcę, nie jest omyłką pisarską lub rachunkową, która może ulec poprawieniu.

Wskazał też na orzeczenie KIO 1436/07 i 1451/07. Podniósł, że argumentacja Zamawiającego o rozliczeniu powykonawczym jest nieuzasadniona, gdyż zgodnie z warunkami kontraktowymi FIDIC, zmiana wynagrodzenia mogłaby nastąpić, gdyby różnice przekroczyły 10%, a i tak ingerencja w przedmiar robót jest niedopuszczalna w świetle ustawy. Powołał piśmiennictwo z zakresu zamówień publicznych o niedopuszczalności dokonywania zmian w przedmiarach robót (Strzelczyk, Chojecka, Poradnik UZP).

Uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia SIWZ, treść oferty Odwołującego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska pełnomocników stron i uczestnika złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej ustalił i zważył co następuje.

Na wstępie skład orzekający Izby stwierdził, że Odwołujący jako podmiot, składający ofertę w niniejszym postępowaniu, posiada interes prawny w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy, uprawniający go do złożenia odwołania, gdyż w razie uwzględnienia odwołania, złożona przez niego oferta może być uznana za najkorzystniejszą.

Jak wynika z dokumentacji postępowania, pismem z dnia 28 maja 2008 r., Zamawiający dokonał modyfikacji postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia dodając do Przedmiaru Robót tabelę kosztów niekwalifikowanych zawierającą m.in. pozycję „547 B.2.2.1. ST 02.03 9.2.1.11 Warstwa ściernalna z mieszanki SMA na szerokości 3,0 m minus szerokość wykopu m 673”. W piśmie tym poinformował, że „*życzyłby sobie zawarcia w ofercie zmodyfikowanego (udostępnionego na stronie internetowej) Przedmiaru robót, a także że „dopuszcza również możliwość zawarcia w ofercie Przedmiaru Robót z dodatkowymi pozycjami zawartymi na dodatkowej stronie.”*

Jednocześnie zachowana została treść Instrukcji dla Wykonawców, w części dotyczącej opisu sposobu obliczenia ceny oferty, w której wskazano, że Wykonawcy winni wyliczyć cenę oferty w oparciu o kosztorysy ofertowe sporządzone poprzez wypełnienie Przedmiaru Robót sporządzonego na podstawie wzoru stanowiącego część IV/4 SIWZ.

Po analizie treści oferty wybranej jako najkorzystniejsza, potwierdził się niesporny także między stronami fakt, iż w ofercie Odwołującego na stronie 29 znajduje się wpis 674 m, a nie jak wskazano w Przedmiarze Robót wielkość 673 m.

Powstała rozbieżność polegająca na błędnie podanej ilości jednostek miar poprzez zwiększenie ilości z 673 m do 674 m nie może być przy tym traktowana jako oczywista omyłka pisarska lub rachunkowa korygowana w trybie art. 87 i 88 ustawy. Zastosowanie tego przepisu w zaistniałym stanie faktycznym prowadziłoby do niedopuszczalnej zmiany treści oświadczenia woli Wykonawcy. Przepis art. 88 ustawy dopuszcza jedynie w enumeratywnie wymienionych tam sytuacjach poprawienie omyłek rachunkowych i nie

odnosi się do korygowania oferowanego przedmiotu zamówienia, przewidzianego dla takich omyłek w przepisach ustawy Pzp.

Oceniając natomiast, czy opisany stan faktyczny oznacza zaistnienie przesłanki odrzucenia oferty z powodu niezgodności jej treści z treścią SIWZ na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, skład orzekający Izby stwierdza, co następuje.

Należy stwierdzić, że Przystępujący wycenił w ofercie cały wymagany przez Zamawiającego zakres przedmiotu zamówienia, a więc zadeklarował, że wykona wszystkie prace objęte przedmiotem zamówienia. Zaoferowany zakres świadczenia Wykonawcy odpowiada zatem oczekiwaniom Zamawiającego, co oznacza, że nie zachodzi okoliczność niezgodności treści oferty i treścią SIWZ. Objęcie ofertą całego przedmiotu zamówienia czyni jednocześnie nieuzasadnionym twierdzenie o nieporównywalności wybranej oferty z pozostałymi ofertami złożonymi w tym postępowaniu. Jest przy tym objęte ryzykiem wykonawcy, że skalkulowana i zaoferowana przez niego cena nie podlegająca zmianie po złożeniu oferty, stała się proporcjonalnie wyższa.

Powyższy wniosek byłby niedopuszczalny w odmiennym stanie faktycznym tj. gdyby zakres świadczenia zaoferowany przez wykonawcę nie obejmował całości zamówienia stając w jednoznacznej sprzeczności z treścią SIWZ. Taka sytuacja uzasadniająca odrzucenie oferty miała miejsce w sprawach przykładowo wskazanych przez Odwołującego np. w sprawie objętej wyrokiem KIO/UZP 1436 i 1451/07, gdzie wykonawca wpisał w kosztorysie ofertowym wielkość 380 zamiast 388, lub w sprawie opisanej w wyroku Zespołu Arbitrów UZP/ZO/0-2625/06, w której wykonawca podał „zamiast 2 kompletów – 1 komplet”.

Zaoferowanie większego niż wymagał tego Zamawiający zakresu przedmiotu zamówienia tj. zwiększenie ilości jednostek o 1 metr bieżący przy wymaganej długości 673 m, nie stanowi o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, w szczególności jeśli weźmie się pod uwagę sposób rozliczenia stosowany w zaproponowanym Wykonawcom kontrakcie oraz zasady zawierania i wykonywania umów w sprawach z zakresu zamówień publicznych (Dział IV ustawy Prawo zamówień publicznych). Należy przyznać rację Odwołującemu, że w postępowaniu Zamawiający posługuje się Warunkami Kontraktu na budowę dla robót budowlanych i inżynierskich projektowanych (tłumaczenie pierwszego wydania FIDIC 1999 r.) z tym, że są one modyfikowane warunkami szczególnymi ujętymi w SIWZ, i nie mogą pozostawać w sprzeczności z polskim prawem.

W szczególności skład orzekający Izby zwraca uwagę na brzmienie przepisu art. 140 ust. 3 ustawy, który stanowi o nieważności umowy w zakresie wykraczającym poza określenie przedmiotu zamówienia zawarte w SIWZ. Zatem umowa w części wykraczającej poza zakres przedmiotu zamówienia określony przez Zamawiającego w SIWZ jest umową nieważną z mocy prawa, a tym samym, w okolicznościach rozpatrywanej sprawy, w części dotyczącej

wycenionego 1 metra bieżącego, wykraczającego poza zapisy SIWZ, którego wykonanie i opłacenie przez Zamawiającego byłoby pozbawione podstaw prawnych.

Skład orzekający Izby uznał tym samym, że zamieszczenie w ofercie zwiększonego zakresu wykonania, w okolicznościach niniejszej sprawy, nie ma znaczenia dla oceny zgodności treści złożonej oferty z treścią SIWZ i pozostaje bez wpływu na zakres wykonania oczekiwany przez Zamawiającego i ekwiwalentne do tego zakresu finansowanie zamówienia.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w pkt 1 wyroku.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy, tj. stosownie do wyniku postępowania uznając za uzasadnione koszty Zamawiającego związane ze stawiennictwem na posiedzenie Izby w kwocie 1550,36 zł.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w Zielonej Górze.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*