

WYROK
z dnia 28 kwietnia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Członkowie: Lubomira Matczuk-Mazuś
Andrzej Niwicki

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27.04.2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez „**SUMABUD**” **Zakład Usług Inwestycyjnych Roman Małkiewicz Spółka Jawna, 76-200 Słupsk, ul. Tuwima 23/117** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gminę Kobylnica, 76-251 Kobylnica, ul. Główna 20** protestu z dnia **30 marca 2009 r.**

przy udziale xxx zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie xxx

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża „SUMABUD” Zakład Usług Inwestycyjnych Roman Małkiewicz Spółka Jawna, 76-200 Słupsk, ul. Tuwima 23/117 i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez „**SUMABUD**” **Zakład Usług Inwestycyjnych Roman Małkiewicz Spółka Jawna, 76-200 Słupsk, ul. Tuwima 23/117;**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **„SUMABUD” Zakład Usług Inwestycyjnych Roman Małkiewicz Spółka Jawna, 76-200 Słupsk, ul. Tuwima 23/117** na rzecz **Gminy Kobylnica, 76-251 Kobylnica, ul. Główna 20** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3) dokonać zwrotu kwoty **5 426 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **„SUMABUD” Zakład Usług Inwestycyjnych Roman Małkiewicz Spółka Jawna, 76-200 Słupsk, ul. Tuwima 23/117;**

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie robót budowlanych w przedmiocie *budowa budynku mieszkalnego wielorodzinnego z lokalami socjalnymi wraz z przyłączami i inwentaryzacją geodezyjną powykonawczą na dz. Nr 130/45 w miejscowości Kwakowo Gmina Kobylnica* (numer referencyjny GKI-3410/RB-3/5/2009). Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 9 lutego 2009 r., pozycja 35223.

Zamawiający w dniu 25 marca 2009 r. przekazał wykonawcom zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez Zakład Budowlany Dzida i Zaręba Spółka Jawna opiewającą na kwotę 2.182.529,97 zł. brutto oraz o odrzuceniu pozostałych 10 ofert.

W dniu 31 marca 2009 r. protest do zamawiającego wniósł wykonawca, którego ofertę odrzucono – „SUMABUD” Zakład Usług Inwestycyjnych Roman Małkiewicz Sp. J., kwestionując w nim prawidłowość czynności badania i oceny oferty protestującego. W ocenie wykonawcy spełnia on wszystkie warunki udziału w postępowaniu i jego oferta nie podlega regulacji art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Niesłuszny jest zarzut braku w ofercie wyceny pozycji nr 10 przedmiaru robót przyłącza wodno – kanalizacyjne (zał. Nr 6 do siwz), tj. połączenie rur polietylenowych, ciśnieniowych PE, PEHD metodą zgrzewania czołowego – średnica zewnętrzna rur 50 mm w ilości 6 złączy. Wykonawca w proteście poinformował, iż wskazana pozycja została przesunięta i zawiera się w pozycji nr 7 kosztorysu przyłącza wodno – kanalizacyjnego do budynku A. Jej przesunięcie wynikało z

możliwości zakupu tego typu rur w odcinkach 12 m lub 100 m z bębna, a wykonawca przyjął drugą opcję, czyli jeden odcinek z bębna bez łączenia, które to rozwiązanie jest technologicznie korzystniejsze. Wykonawca zaoferował i wskazał w ofercie cały zakres robót poprawnie wyceniony. W przypadku jakichkolwiek wątpliwości, zamawiając powinien zastosować regulację art. 87 ust. 1 ustawy i poprawić oczywistą omyłkę pisarską, zamiast odrzucać ofertę. Zastosowana przez zamawiającego podstawa z art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp nie może stanowić podstawy odrzucenia oferty w razie niezgodności jej formy z postanowieniami specyfikacji. W omawianym przypadku wykonawca zastosował alternatywny sposób wyliczenia pozycji przedmiarowej. Zamawiający odrzucił ofertę wykonawcy bez wyjaśnień i poprawienia rzekomego braku pozycji przedmiarowej, a jednocześnie poprawił w wybranej ofercie szereg pozycji przedmiarowych i występujących w nich rozbieżności, co narusza zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Z tych też powodów oferta wykonawcy powinna podlegać ocenie. Swoimi działaniami zamawiający naruszył przepisy art. 7, art. 87, art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 92 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz przepisy ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, art. 35 ust. 3 pkt 1 ustawy o finansach publicznych i art. 17 ustawy o naruszeniu dyscypliny finansów publicznych.

Zamawiający rozstrzygnął protest w dniu 6 kwietnia 2009 r. oddalając go w zakresie zarzutu naruszenia art. 87, art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 92 ustawy Prawo zamówień publicznych, natomiast uwzględnił protest w części zarzutu naruszenia art. 7 i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy w związku z zaniechaniem odrzucenia oferty wybranego wykonawcy. Zamawiający zapowiedział, iż powtórzy czynność badania i oceny ofert, a w konsekwencji odrzuci na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ofertę Zakład Budowlany Dzida i Zaręba Spółka Jawna i unieważni postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp.

W uzasadnieniu oddalenia zarzutu dotyczącego czynności odrzucenia oferty protestującego, zamawiający podnosił, iż kosztorys ofertowy, stanowiący podstawę wyliczenia wynagrodzenia ryczałtowego, musi zawierać wycenę wszystkich robót składających się na przedmiot zamówienia i musi być sporządzony ściśle wg opisu przedmiotu zamówienia zawartego w siwz, w tym między innymi zgodnie z dokumentacją projektową, której integralną częścią jest przedmiar robót. Wykonawca nie ujął w kosztorysie ofertowym wyceny pozycji nr 10, co stanowiło o konieczności odrzucenia oferty protestującego zgodnie z normą prawną zawartą w art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy. Argumentacja wykonawcy, iż zastosuje rury z kręgu, do których nie potrzeba złączy jest całkowicie chybiona, gdyż w takim przypadku możliwe jest jedynie zmniejszenie ilości złączy, ale nie jest technologicznie możliwe wyeliminowanie złączy na początku i końcu rury. Tym samym wykonawca powinien zastosować co najmniej 2 złącza, których brak w wycenie kosztorysu ofertowego jest niepodważalny. Ponadto, w przypadku przyjęcia przez wykonawcę innych

założeń dla „sieci wodociągowej w miastach”, przy sporządzeniu oferty należało zwrócić się do zamawiającego o uszczegółowienie siwz, min. o szczegółowy sposób włączenia rur 50 PE w projektowanym węźle, o to czy przed budynkiem wykonać odcinek przyłącza z rur stalowych, co wymagałoby wyceny oprócz rurociągu dodatkowo montażu złączy w węźle i przy przejściu na odcinek stalowy rurociągu przed budynkiem. Zamawiający z całą stanowczością stwierdził, iż brak wyceny pozycji 10, nie może być uznany za omyłkę, w rozumieniu art. 87 ust 2 ustawy i nie podlega wyjaśnieniu w trybie art. 87 ust. 1, czy też uzupełnieniu na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy.

Zamawiający uznał, iż potwierdził się zarzut naruszenia art. 7 i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy w związku z zaniechaniem odrzucenia oferty złożonej przez Zakład Budowlany Dzida i Zaręba Spółka Jawna, która nie zawierała wyceny wskazanych w proteście pozycji kosztorysu ofertowego.

Wobec decyzji Zamawiającego wykonawca wniósł w dniu 10 kwietnia 2009 roku odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, podtrzymując zarzuty dotyczące badania i braku oceny oferty odwołującego, a także podnosząc nowy zarzut naruszenia art. 93 ustawy w związku z czynnością unieważnienia postępowania, wskazaną w rozstrzygnięciu protestu. Odwołujący nie zgodził się z argumentacją zamawiającego dotyczącą braku podstaw do poprawienia nieistotnej omyłki opisu przedmiotu zamówienia, wskazując iż właściwie omyłka taka nie występuje, gdyż wykonawca zastosował rozwiązanie sugerowane przez zamawiającego – zastosowanie rur w całości bez połączeń.

W odpowiedzi na odwołanie, złożonej w dniu 22 kwietnia 2009 roku do akt sprawy, zamawiający podtrzymał w całości swoje stanowisko zawarte w rozstrzygnięciu protestu, wskazując jednocześnie, iż zarzut naruszenia art. 93 ustawy pzp, nie został poprzedzony protestem i nie powinien podlegać rozpatrzeniu przez KIO.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 7 ustawy, zamawiający wskazał, iż potraktował on jednakowo wszystkich wykonawców, których oferty zawierały braki w kosztorysach, odrzucając 10 ofert z jedenastu złożonych w postępowaniu, w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy i uwzględniając protest odwołującego w części dotyczącej żądania odrzucenia wybranej oferty, która również posiadała braki w kosztorysie ofertowym.

Odnosnie oferty odwołującego się, zamawiający ponad wszelką wątpliwość stwierdził, iż zakres robót objętych brakującą pozycją nr 10 nie jest uwzględniony w żadnej innej pozycji kosztorysu ofertowego, w tym wskazywanej przez odwołującego pozycji 7. Co więcej, ceny jednostkowe konieczne do wyliczenia brakującej pozycji nr 10 nie wynikają z żadnej innej pozycji kosztorysu, a tym samym nie jest możliwe poprawienie owej omyłki na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 oraz wyjaśnienie treści oferty w trybie art. 87 ust. 1 ustawy pzp. Prowadziłoby

to bowiem do zaoferowania po upływie terminu do złożenia oferty, brakujących cen jednostkowych, a w konsekwencji do naruszenia art. 87 ust 1 ustawy pzp., zakazującego prowadzenie negocjacji dotyczących oferty oraz dokonywania w jej treści jakichkolwiek zmian. Powołując się na załączone do pisma stanowisko autora dokumentacji projektowej, zamawiający wskazał na różnice w zakresie prac wycenianych w pozycjach 7 i 10 kosztorysu, dokonywanej na podstawie podanych KNR, z których wynika, iż w pozycji nr 7 nie jest ujęta wycena prac wymaganych poz. 10, tj. oczyszczenie powierzchni końców rur i wykonanie połączeń. Pozycja nr 10 musiała być ujęta w kosztorysie i zostać wyceniona wg tablicy 0110 KNR 2-18W, wskazanej w przedmiarze robót. Sam odwołujący przyznał, iż zmienił narzuconą przez zamawiającego technologię wykonania przedmiotu zamówienia, składając ofertę wariantową, co w niniejszym przetargu nie było możliwe.

Za bezzasadny zamawiający uznał również zarzut naruszenia art. 92 ustawy, który dotyczy zakresu i sposobu przekazania zawiadomienia o wyborze oferty. Treść przekazanego wykonawcom zawiadomienia, zawiera zakres wymagany powyższą normą prawną i zostało przekazane zgodnie z jej dyspozycją.

Na podstawie oryginału dokumentacji oraz stanowisk stron skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje.

Na wstępie skład orzekający potwierdza istnienie interesu prawnego odwołującego do wniesienia odwołania, co było kwestionowane przez zamawiającego na tej podstawie, iż oferta odwołującego pod względem cenowym zajmowała 4 pozycję w rankingu złożonych ofert. W przypadku uwzględnienia żądań odwołującego, zamawiający byłby zobowiązany poprawić również błędy, jakie występowały w ofertach pozostałych wykonawców, co nie zmieniłoby kolejności oferty odwołującego.

Skład orzekający nie podziela argumentacji zamawiającego. Zamawiający zupełnie pomija okoliczność, iż na skutek uprawomocnienia się decyzji zamawiającego o odrzuceniu ofert pozostałych dziewięciu wykonawców, oferta odwołującego jest jedną z dwóch ofert, jakie pozostały w postępowaniu, korzystniejszą cenowo, od wybranej jako najkorzystniejsza. Zatem, w przypadku potwierdzenia zasadności podniesionych zarzutów, oferta odwołującego podlegałaby ocenie i wykonawca ten nadal ma możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia.

Odnosząc się do zarzutów odwołania, stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej sprowadza się do ustalenia, czy oferta odwołującego podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, z uwagi na brak wyceny w kosztorysie

ofertowym jednej z pozycji przedmiaru robót dotyczącej wykonania przyłącza wodno-kanalizacyjnego. Na podstawie art. 191 ust. 3 ustawy pzp., Izba nie rozpoznała zarzutu naruszenia art. 93 ustawy pzp, jako zgłoszonego dopiero na etapie wnoszenia odwołania od rozstrzygnięcia protestu.

W zakresie podstaw odrzucenia oferty odwołującego, Izba potwierdza zasadność decyzji zamawiającego. Zgodnie z informacją przekazaną wykonawcom, zamawiający odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp wskazując, iż wykonawca nie ujął w kosztorysie ofertowym pozycji nr 10 przyłącza wodno-kanalizacyjnego, stanowiącego załącznik nr 6 do siwz – połączenie rur polietylenowych, ciśnieniowych PE, PEHD metodą zgrzewania czołowego – średnica zewnętrzna rur 50 mm, w ilości 6 złączy. Odwołujący na rozprawie podtrzymał swoje stanowisko, iż w pozycji nr 7 wyceny nakładów rzeczowych zawiera się wycena pozycji nr 10, w tym wycena złączy w materiałach pomocniczych.

Skład orzekający uznał wyjaśnienia odwołującego za nieprzekonywujące, w kontekście treści złożonej oferty. Wskazywana przez odwołującego pozycja nr 7 przyłącza wodno-kanalizacyjnego dotyczy montażu z rur polietylenowych PE, PEHD o średnicy zewnętrznej 50 mm w ilości 25 metrów. Wykonawca w kosztorysie ofertowym (strona 161 oferty) w wycenie nakładów rzeczowych w tej pozycji wyszczególnił koszty robocizny oraz materiałów – rury PE-HD 1.0 MPa d:50/4.6 mm dla 25,5 m. Odwołujący wskazywał, iż w tej pozycji w materiałach pomocniczych zostały wycenione 2 złącza o łącznej wartości 4,12, konieczne do wykonania przyłącza z jednego odcinka rury bez połączeń. Informacji tej nie można jednak potwierdzić na podstawie treści oferty. Zaprzecza temu stanowisku wycena analogicznej do pozycji nr 10, pozycji nr 9 – połączenie rur polietylenowych, ciśnieniowych PE, PEHD metodą zgrzewania czołowego – średnica zewnętrzna rur 63 mm, 8 złącz. Wykonawca dokonując wyceny tej pozycji uwzględnił w cenie materiału 2 złączki rurowe, konieczne do wykonania przyłącza z jednego odcinka rury bez połączeń, w cenie 109,64 za sztukę. Również w pozycji nr 9 wykonawca wskazał wycenę materiałów pomocniczych łącznie na kwotę 3,29, stanowiącą 1,5 % wartości materiałów (złączek – 219,28). W podobny sposób należy odnieść wycenę materiałów pomocniczych w pozycji nr 7, stanowiącej 1,5 % wartości materiału (rury PE-HD – 274,64). Nie można na tej podstawie uznać, iż wykonawca dokonał w pozycji nr 7 Wyceny nakładów rzeczowych, wyceny co najmniej 2 złączek o średnicy 50 mm dla wykonania przyłącza z jednego odcinaka rury o średnicy 50 mm.

Izba uznała, iż w tych okolicznościach zamawiający nie był uprawniony do poprawienia w ofercie powyższej niezgodności z dokumentacją techniczną (przedmiary robót), na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Z zastrzeżeniem ust 2, nie jest dopuszczalne dokonywanie jakichkolwiek zmian w treści oferty. Zatem okoliczności wskazane w ustępie 2, jako odstępstwo od zasady, należy interpretować

ściśle. Nie jest dopuszczalne, w ocenie składu orzekającego, uznanie za omyłkę w treści oświadczenia wykonawcy (oferty), o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, braku wyceny którejś z pozycji kosztorysu ofertowego. Brak wskazania ceny jednostkowej, uniemożliwia dokonanie wyceny pozycji, a zatem zamawiający nie jest w stanie ustalić prawidłowej treści oświadczenia woli. W takim przypadku konieczne byłoby uzupełnienie treści oferty po upływie terminu do jej złożenia przez wskazanie ceny jednostkowej złączki i oznaczałoby prowadzenie niedozwolonych negocjacji z wykonawcą. Celem regulacji art. 87 ust. 2 ustawy pzp., nie jest poprawianie wszystkich braków, czy też błędów kosztorysowych, a jedynie umożliwienie zamawiającemu poprawienie niektórych omyłek w treści oferty, czy to pisarskich, rachunkowych, czy też innych polegających na niezgodności treści oferty z siwz. Wystąpienie omyłki nie może pozostawiać wątpliwości co do zamierzonej treści oświadczenia wykonawcy. Pomocnym dla zamawiającego może być wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień, jeżeli treść oferty budzi wątpliwości zamawiającego. W okolicznościach faktycznych niniejszej sprawy zamawiający nie występował do wykonawcy o złożenie wyjaśnień w zakresie wyceny pozycji nr 10 przyłącza wodno-kanalizacyjnego. Stosowne wyjaśnienia odwołujący składał na rozprawie, a ich ocena nie pozwalała na przyznanie wiarygodności twierdzenia wykonawcy, iż dokonał w pozycji nr 7 wyceny pozycji nr 10. Brak wskazania ceny jednostkowej, niezależnie od jej wysokości, nie jest omyłką lecz istotnym brakiem oświadczenia, którego uzupełnienia ustawodawca nie dopuścił. Brak uwzględnienia w kosztorysie ofertowym pozycji nr 10 przedmiaru dotyczącego przyłącza wodno-kanalizacyjnego, należy uznać jako niezgodność treści oferty z siwz, a nie w kategorii omyłki.

Izba wskazuje, iż zamawiający błędnie zinterpretował treść protestu wykonawcy, uznając iż podniesione zostały zarzuty względem oferty wybranej. Odwołujący nie kwestionował prawidłowości oferty Zakład Budowlany Dzida i Zaręba Spółka Jawna, która nadal pozostaje jedyną nie odrzuconą przez zamawiającego ofertą w przedmiotowym postępowaniu.

Na tej podstawie orzeczono jak w sentencji. O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy. Na podstawie § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007 r. Nr 128, poz. 886), kosztami zamawiającego stanowiącymi koszty wynagrodzenia pełnomocnika (zgodnie z przedłożonym rachunkiem), Izba obciążyła odwołującego.

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 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Słupsku**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*