

Sygn. akt: KIO/2243/10

WYROK

z dnia 25 października 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący : Luiza Łamejko

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 października 2010 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 października 2010 r. przez **Jana Karbowiaka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą BUD-TRANS Roboty Budowlano-Drogowe, 98-200 Sieradz, ul. Uniejowska 170A** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Sieradz, 98-200 Sieradz, ul. Armii Krajowej 5**

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża Jana Karbowiaka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą BUD-TRANS Roboty Budowlano-Drogowe, 98-200 Sieradz, ul. Uniejowska 170A i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez Jana Karbowiaka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą BUD-TRANS Roboty Budowlano-Drogowe, 98-200 Sieradz, ul. Uniejowska 170A tytułem wpisu od odwołania.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Sieradzu.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Gmina Sieradz (zwana dalej Zamawiającym) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na przebudowę drogi gminnej w miejscowości Męcka Wola. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 17 września 2010 r. pod pozycją 296508.

W dniu 11 października 2010 r. Zamawiający poinformował wykonawców m.in. o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Przedsiębiorstwa Robót Drogowych i Mostowych Sp. z o.o. oraz o odrzuceniu oferty Jana Karbowiaka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą BUD-TRANS Roboty Budowlano-Drogowe na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) zwanej dalej ustawą Pzp. Uzasadniając decyzję o odrzuceniu oferty ww. wykonawcy Zamawiający podał, że załączony przez wykonawcę kosztorys ofertowy jest niezgodny z treścią kosztorysu i przedmiaru robót załączonego do specyfikacji istotnych warunków zamówienia w pozycjach: 9-11, 14, 15, 17, 19, 20, 22, 26, 27, 28, 38, 39, 44, 45, 48, 57, 60 oraz 65. Dodatkowo, rozbieżności występują również w podstawie wyceny (KNR).

W dniu 15 października 2010 r. wykonawca Jan Karbowiak prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą BUD-TRANS Roboty Budowlano-Drogowe zwany dalej Odwołującym wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp przez odrzucenie oferty Odwołującego bez poprawienia niezamierzonych i pozostających poza świadomością Odwołującego omyłek w opisie niektórych pozycji kosztorysu ofertowego i podstaw wyceny (KNR). Popelnione omyłki stanowią, w ocenie Odwołującego, inne omyłki polegające na niezgodności oferty z treścią specyfikacją istotnych warunków zamówienia, nie powodujące istotnych zmian w treści oferty. Ponadto, jak wskazał Odwołujący, Zamawiający zaniechał wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących stwierdzonych niezgodności w kosztorysie ofertowym oraz nie uzasadnił w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego powodu zaniechania zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podniósł, że w dniu 4 października 2010 r. upływał termin do składania ofert w dwóch postępowaniach prowadzonych przez Zamawiającego, w których Odwołujący składał oferty. Obie oferty przygotowywał pracownik – Jarosław Karbowiak, który nieświadomie nie zapisał części zmian w opisach niektórych

pozycji kosztorysu ofertowego i w podstawach wyceny (KNR). Ww. niezgodności z dokumentacją przygotowaną przez Zamawiającego nie dostrzegł przed złożeniem oferty zarówno ww. pracownik, jak też właściciel firmy, działając w zaufaniu do pracownika.

Odwołujący oświadczył, że wszystkie wielkości i wartości w pozycjach złożonego przez niego kosztorysu ofertowego dotyczą robót określonych przez Zamawiającego w tzw. „kosztorysie ślepy” oraz w przedmiarze robót, a poprawienie tych omyłek nie wpłynie w żadnej mierze na cenę złożonej oferty oraz na zakres przedmiotu zamówienia, który Odwołujący zobowiązał się wykonać składając ofertę oraz akceptując projekt umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołujący zwrócił uwagę na pkt 19.4) specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz na treść zaakceptowanego przez niego projektu umowy, gdzie wskazano, że „Szczegółowe dane określające lokalizację, przedmiot i zakres robót zawierają: dokumentacja projektowa i specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót budowlanych.”. Powyższe, w opinii Odwołującego, potwierdza okoliczność, że podlegający wykonaniu przedmiot zamówienia nie jest określony kosztorysem ofertowym, lecz wskazanymi w projekcie umowy dokumentami.

Odwołujący wniósł o przeprowadzenie dowodu z przesłuchania świadka - Jarosława K., zamieszkałego: Aleja Pokoju 1/36, 98-200 Sieradz na okoliczność, że rozbieżności pomiędzy opisami niektórych pozycji i podstaw ich wyceny (KNR) podanymi w kosztorysie ofertowym złożonym przez Odwołującego a tzw. „kosztorysem ślepy” i przedmiarem robót były niezamierzone przez Odwołującego i jego pracownika i pozostawały poza ich świadomością.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego,
- unieważnienia wyboru oferty Przedsiębiorstwa Robót Drogowych i Mostowych Sp. z o.o.,
- dokonania ponownego badania i oceny ofert.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie, uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami, oferty Odwołującego, zeznania świadka powołanego w przedmiotowej sprawie, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron złożone do protokołu rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Przedmiotem sporu w niniejszej sprawie jest uznanie niezgodności kosztorysu ofertowego złożonego przez Odwołującego z dokumentacją opracowaną przez Zamawiającego za omyłki, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Rozstrzygając przedmiotową sprawę Izba oparła się na jednej z podstawowych zasad obowiązujących w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jaką jest złożenie przez wykonawcę oferty zgodnej z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Konsekwencją naruszenia ww. zasady jest odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Odstępstwa od zasady zgodności oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia zostały ściśle określone w art. 87 ustawy Pzp i jako wyjątki nie mogą być interpretowane rozszerzająco. Jednym z takich wyjątków jest możliwość poprawienia oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Zastosowanie procedury przewidzianej w ww. przepisie uwarunkowane jest jednak spełnieniem określonych przesłanek, do których należą: stwierdzenie omyłki w ofercie danego wykonawcy, omyłka ta polega na niezgodności oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, poprawienie omyłki przez zamawiającego nie doprowadzi do istotnych zmian treści oferty.

W przedmiotowej sprawie bezsporne jest, że oferta Odwołującego jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia w pozycjach wskazanych przez Zamawiającego w informacji z dnia 11 października 2010 r. Jednocześnie, w ocenie Izby, nie zostały spełnione pozostałe dwie przesłanki zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Izba uznała, że niezgodności pomiędzy ofertą Odwołującego a dokumentacją opracowaną przez Zamawiającego nie stanowią omyłki, która z definicji, jest działaniem niezamierzonym, pozostającym poza świadomością przygotowującego ofertę. Okoliczność, że w treści oferty zaistniała omyłka, a część z jej postanowień nie stanowi celowego oświadczenia wykonawcy musi wynikać z treści samej oferty. Wystąpienie omyłki nie może też pozostawiać wątpliwości co do zamierzonej treści oświadczenia wykonawcy. Tymczasem z treści oferty Odwołującego w żaden sposób nie wynika, że treść kosztorysu w pozycjach wskazanych przez Zamawiającego została zamieszczona omyłkowo. Przeciwnie, fakt, że kosztorys ofertowy jest niezgodny z treścią specyfikacji nie tylko w 20 pozycjach, ale również w zakresie podstaw wyceny, świadczy o celowym działaniu wykonawcy. Izba nie dała wiary zeznaniom świadka – Jarosława K. – uznając, wobec treści oferty, że dążą one jedynie do obrony złożonej oferty. W ocenie Izby, powyższe potwierdza również fakt, że niezgodność kosztorysu ofertowego z treścią dokumentacji Zamawiającego nie

dotyczy kolejnych, następujących po sobie pozycji, a pozycji oderwanych od siebie. Okoliczność ta podważa zeznania świadka, który stwierdził, że najpierw wprowadził do kosztorysu ceny, później zaś wprowadzał opisy pozycji, a program kosztorysujący nie zapisał zmian. Zdaniem Izby, logiczne jest, że w sytuacji, gdyby program kosztorysujący nie zapisał zmian, niezgodność dotyczyłaby następujących po sobie pozycji kosztorysu.

Dodatkowo, Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że ww. niezgodności w ofercie Odwołującego wynikają z faktu, że w tym samym czasie Odwołujący przygotowywał dwie oferty. Dokumenty złożone przez Odwołującego na rozprawie w postaci specyfikacji istotnych warunków zamówienia dotyczącej postępowania prowadzonego przez Nadleśnictwo Poddębice w przedmiocie przebudowy drogi Reduchów, pismo Nadleśnictwa Poddębice z dnia 4 października 2010 r. oraz streszczenie i porównanie złożonych ofert potwierdzają jedynie, że Odwołujący złożył ofertę w innym postępowaniu. Jednakże Odwołujący, zobowiązany do wykazania faktów, z których wywodzi skutki prawne, nie złożył w poczet dowodów oferty złożonej w postępowaniu prowadzonym przez Nadleśnictwo Poddębice, z której wynikałoby, że przygotowywanie tej oferty mogło mieć jakikolwiek wpływ na opracowanie oferty w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego. W ocenie Izby, argumentacja Odwołującego wskazuje jedynie na fakt, że Odwołujący nie dopełnił należytej staranności przy sporządzaniu oferty, co prowadzi do konsekwencji w postaci jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Konsekwencja ta jest uzasadniona w świetle zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp).

Na brak możliwości zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp wskazuje również charakter niezgodności kosztorysu ofertowego z kosztorysem i przedmiarem załączonymi do specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W ocenie Izby, zachodzą zasadnicze różnice w opisach poszczególnych pozycji pomiędzy ww. dokumentami, których poprawienie prowadziłyby do istotnej zmiany oferty. Poprawienie wskazanych niezgodności prowadziłyby do konieczności złożenia przez wykonawcę po upływie terminu na składanie ofert nowego oświadczenia woli i przyjęcia go przez Zamawiającego za wiążące, co z kolei stanowiłoby niedopuszczalne uzupełnienie oferty.

Ponadto, Izba zważyła, że poprawienie omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp powinno być dokonane przez samego Zamawiającego bez udziału wykonawcy na podstawie całej treści oferty. Wyjaśnienia dokonane w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp mogłyby prowadzić, w sytuacji braku oczywistości niezgodności w ofercie Odwołującego, do niedozwolonych negocjacji z wykonawcą w zakresie złożonego przez niego oświadczenia woli. Potwierdzeniem zgodności oferty z treścią dokumentacji opracowanej przez Zamawiającego nie może być okoliczność złożenia przez Odwołującego wraz z ofertą przedmiaru robót. Czynność ta polegała jedynie na załączeniu do oferty kopii dokumentu

przygotowanego przez Zamawiającego, zaś złożenie oświadczenie woli co do wykonania przedmiotu zamówienia, jego zakresu i ceny wymagane było w kosztorysie ofertowym.

Co więcej, Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że po poprawieniu niezgodności w treści kosztorysu ofertowego niezmiennie powinny pozostać wskazane w nim ceny. W tym miejscu należy podkreślić, że samodzielne dokonanie przez Zamawiającego wyceny poszczególnych pozycji, do czego zmuszony byłby Zamawiający w przypadku konieczności dostosowania cen do zmienionych opisów pozycji, wykracza poza dyspozycję art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, Zamawiający nie ma bowiem podstaw do przyjęcia ustalonych przez siebie cen i na ich podstawie obliczenia końcowej ceny za realizację zamówienia – wskazanie zarówno cen jednostkowych, jak i ceny za realizację całego zamówienia jest uprawnieniem i obowiązkiem wyłącznie wykonawcy. Prowadzenie korespondencji z wykonawcą w tym zakresie prowadziłyby do negocjacji, co z kolei byłoby sprzeczne z dyspozycją art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Mając powyższe na uwadze, działając na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy 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:

.....