

WYROK
z dnia 29 marca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Mlącka

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **24 marca 2011 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych INKOP sp. z o.o., ELTOR-WOD sp. z o.o., 30 – 389 Kraków, ul. Komuny Paryskiej 5** od czynności zamawiającego **Zakład Wodociągów i Kanalizacji sp. z o.o., 32 – 050 Skawina, ul. Radziszowska 11.** przy udziale wykonawcy **Konsorcjum: AG SYSTEM Sp. z o.o., Firma Budowlana ROSA U. Rosa, T. Rosa S.C., 30 – 106 Kraków, ul. Senatorska 15** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego;

orzeka:

1. Oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych INKOP sp. z o.o., ELTOR-WOD sp. z o.o., 30 – 389 Kraków, ul. Komuny Paryskiej 5 i nakazuje

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych INKOP sp. z o.o., ELTOR-WOD sp. z o.o., 30 – 389 Kraków, ul. Komuny Paryskiej 5;**

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 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 Krakowie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający - Zakład Wodociągów i Kanalizacji sp. z o.o. Skawina prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą „Gospodarka wodno-ściekowa na terenie Gminy Skawina” zadanie nr 2 (kontrakt II) Budowa sieci kanalizacyjnej w gminie Skawina, Wola Radziszowska-Radziszów oraz zadanie nr 10 (Kontrakt X) - Wodociąg dla Woli Radziszowskiej - III etap. Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2010/S 206-315004.

Zamawiający, w „Opisie sposobu przygotowania ofert” przedstawił wymaganie iż każdy wykonawca może złożyć tylko jedną ofertę. Zamawiający żądał również, aby „Wykonawca w kopercie oprócz oryginału umieścić kopię oferty wykonaną z oryginału oferty” (punkt 16 ppkt 1.2 SIWZ). Przed dokonaną przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych kontrolą, Zamawiający odrzucił ofertę Wykonawcy Konsorcjum: AG System sp. z o.o. oraz Firma Budowlana ROSA s.c. U. Rosa, T. Rosa z powodu niezgodności tej oferty z treścią SIWZ. Błędy dotyczyły rozbieżności pomiędzy oryginałem oferty i kopią oferty (złożonymi w jednym czasie). Rozbieżność ta polegała na tym, iż w egzemplarzu oryginału oferty jeden z wycenionych przedmiarów - „skrzyżowanie z drogami powiatowymi” został załączony dwukrotnie, zaś inny - „Instalacje elektryczne – zasilanie pompowni” został w oryginale oferty pominięty. W egzemplarzu kopii oferty zostały załączone wszystkie wycenione przedmiary – każdy po jednym egzemplarzu. Cena podana w formularzu ofertowym w egzemplarzu oryginału oferty, jak i w egzemplarzu kopii oferty były takie same. Zamawiający, w wyniku zaleceń pokontrolnych Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, dokonał czynności poprawy omyłek w trybie art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez przyjęcie brakującego w oryginale oferty przedmiaru „Instalacje elektryczne – zasilanie pompowni” z kopii oferty oraz poprzez pominięcie załączonego do oryginału oferty dwukrotnie wycenionego przedmiaru „skrzyżowanie z drogami powiatowymi” i dokonanie poprawienia ceny oferty w oryginale oferty.

Odwołujący - Konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych INKOP Sp. z o.o. ELTOR-WOD Sp. z o.o. wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego dokonanych w wyniku zaleceń pokontrolnych Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych oraz od zaniechania czynności odrzucenia oferty Konsorcjum AG SYSTEM sp. z o.o. i firmy budowlanej ROSA s.c. U. Rosa T. Rosa. Odwołujący uznał, iż czynności Zamawiającego dokonane w wyniku zaleceń pokontrolnych oraz zaniechanie czynności odrzucenia oferty uznanej za

najkorzystniejszą naruszają przepisy art. 7, art. 87 ust. 1 i ust.2 pkt 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy oraz interes prawny Odwołującego.

Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności poprawienia omyłek w ofercie złożonej przez konsorcjum firm: AG SYSTEM sp. z o.o. oraz Firmy Budowlanej ROSA s.c. U. Rosa T. Rosa, o odrzucenie oferty ww. konsorcjum, z uwagi na jej niezgodność z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, unieważnienie wyboru oferty złożonej przez ww. konsorcjum jako najkorzystniejszej w powyższym postępowaniu, uznanie oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w tym postępowaniu.

Odwołujący nie zgodził się z czynnościami Zamawiającego podjętymi w wyniku zaleceń pokontrolnych Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Wyjaśnił, iż nie miał możliwości obrony swojego interesu prawnego w procedurze kontrolnej prowadzonej przez Prezesa UZP. Wyraził także zastrzeżenie do postępowania Zamawiającego, iż nie skorzystał z przysługującego mu prawa zgłoszenia zastrzeżeń od wyniku kontroli.

W zakresie argumentacji przedstawionej w odwołaniu Odwołujący podniósł, że kopia oferty nie składała się na treść oferty rozumianej jako treść oświadczenia woli wykonawcy. „Ksero oferty” nie stanowi formy pisemnej w jakiej oferta winna być składana (pod rygorem nieważności). Sytuacja, w której Zamawiający uzupełnił brakujące przedmiary robót „Instalacje elektryczne-zasilanie pompowni” z „kopii oferty” i załączył je do treści oferty, stanowi, zdaniem Odwołującego, rażące naruszenie przepisów ustawy. W jego ocenie doszło do niedopuszczalnej przepisami ustawy zmiany treści oferty po upływie terminu składania ofert. Zmiana taka jest istotna i była niedopuszczalna w świetle art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Odwołujący uznał, że Zamawiający dokonał oceny dwóch ofert złożonych przez jednego wykonawcę, co również, zdaniem Odwołującego, stanowi rażące naruszenie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Odwołujący zarzucił, iż Zamawiający nie poinformował wykonawców, że przedmiotem badania i oceny ofert będzie zarówno oryginał oferty jak i jej kopia.

Podkreślił, iż Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu przyjął wynagrodzenie kosztorysowe w przypadku, którego kluczową rolę odgrywają podane przez wykonawcę ceny jednostkowe każdej pozycji przedmiaru robót. Skoro opis sposobu obliczenia ceny (pkt 19 ppkt 3) stanowi, iż w celu prawidłowej kalkulacji ceny zamówienia wykonawca zobowiązany jest wycenić przedmiary robót dla każdego zadania oddzielnie to oczywiste jest, że brak w ofercie wycenionego przedmiaru robót „Instalacje elektryczne-zasilanie pompowni” stanowi o niezgodności oferty z treścią specyfikacji, której nie można poprawić w trybie art. 87 ust. 1 pkt 3 ustawy. Okoliczność ta zobowiązuje Zamawiającego do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Wystąpienie do Wykonawcy o udzielenie wyjaśnień do treści oferty w tym zakresie w trybie art. 87 ust. 1 ustawy jest niedopuszczalne, gdyż stanowiłoby zakazane uzupełnienie treści oferty o skalkulowane przedmiary, których wykonawca do oferty nie załączył.

Odwołujący stwierdził również, że Zamawiający zaniechał czynności odrzucenia oferty konsorcjum firm: AG SYSTEM sp. z o.o. oraz Firmy Budowlanej ROSA s.c. U. Rosa T. Rosa. W ocenie Odwołującego, kalkulacja ceny oferty ww. Konsorcjum nie uwzględnia wyjaśnień Zamawiającego przekazanych Wykonawcom pismem z dnia 29.11.2010r. Zgodnie z treścią tego pisma, które stanowi integralną część specyfikacji, Wykonawcy zobowiązani byli w pozycjach nr 310, 320, 330, 340 przedmiaru robót dla sieci wodociągowej wycenić: zasuwę gwintowaną miękko uszczelniającą, wraz z obudową i skrzynką (zgodnie z rozwiązaniem przedstawionym na rys. nr 54) oraz opaskę i złącze PE/stal. (zgodnie z przedmiarem) - łącznie 396 kompletów.

Natomiast w kosztorysie ofertowym wybranego Konsorcjum, zdaniem Odwołującego, nie wyceniono tych elementów (str. 546 - poz. 310 i 320 oraz str 547 - poz. 330 i 340). W pozycjach tych wyceniono wyłącznie opaskę (nasada rurowa).

Odwołujący podkreślił, iż „brak wyceny wymaganych przez Zamawiającego wyżej wymienionych elementów sieci w sytuacji przyjętego w umowie wynagrodzenia kosztorysowego ma bardzo istotne znaczenie nie tylko dla prawidłowego wykonania robót, ale ma także wpływ na kalkulację ceny oferty, gdyż zaniża jej wysokość. Brak wyceny zasuw gwintowanej miękko uszczelniającej, obudowy, skrzynki oraz złącza PE/stal. jednoznacznie wskazuje na niezgodność oferty z treścią specyfikacji oraz wyjaśnieniami Zamawiającego z dnia 29.11.2010 r. i zobowiązuje Zamawiającego do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, czego Zamawiający nie uczynił.”

W dniu 17 marca 2011 roku przystąpienie do niniejszego postępowania po stronie Zamawiającego zgłosił Wykonawca - Konsorcjum firm: AG SYSTEM sp. z o.o. oraz Firmy Budowlanej ROSA s.c. U. Rosa T. Rosa.

Po ustaleniu na posiedzeniu, że odwołanie nie podlega odrzuceniu, Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Odwołujący, Zamawiający i Przystępujący podtrzymali dotychczasowe stanowiska.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem w rozumieniu art. 179 ust. 1 Prawa Zamówień Publicznych.

Zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, Zamawiający poprawia inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty.

W ocenie Izby istotą omyłki jest okoliczność, iż jej wystąpienie nie jest rezultatem świadomego działania, lecz skutek zbiegu okoliczności efekt działania danej osoby jest odmienny od zamierzonego. W niniejszej sprawie omyłka polegała na załączeniu do oferty dwóch egzemplarzy jednego z wypełnionych przedmiarów oraz niezłączeniu jednego z wypełnionych przedmiarów wymaganych przez Zamawiającego. Kopia oferty, jaką wykonawca złożył jednocześnie z ofertą, zawiera już prawidłową ilość przedmiarów.

W ocenie Izby okoliczności, w jakich złożona została oferta oraz fakt złożenia kopii oferty, która to kopia odpowiada wszystkim wymogom SIWZ wskazują, że w niniejszej sprawie doszło do omyłki, będącej wynikiem nieświadomego działania wykonawcy - Konsorcjum AG SYSTEM sp. z o.o. oraz Firmy Budowlanej ROSA s.c. U. Rosa T. Rosa. Izba podziela pogląd wyrażony w wyroku Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 29.01.2010r. (XII GA 429/09, LEX nr 558176), iż umyślne działanie wykonawcy wyklucza możliwość uznania działania wykonawcy za omyłkę: *„Artykuł 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p. wprowadzony w celu uniknięcia licznych niegdyś przypadków odrzucania ofert z powodu błahych pomyłek, dopuszcza poprawienie niedopatrzeń, błędów niezamierzonych, opuszczeń, drobnych różnic itp. lecz wszystkie te zmiany muszą mieścić się w pojęciu "omyłki". Z założenia zatem umyślne zastosowanie w ofercie materiału całkowicie odmiennego od projektu nie może być traktowane jako omyłka w tym sensie, który nadaje jej przepis art. 87 Pzp.”*

W ocenie Izby Wykonawca - Konsorcjum AG SYSTEM sp. z o.o. oraz Firma Budowlana ROSA s.c. U. Rosa T. Rosa - uprawdopodobnił wystąpienie omyłki w złożonej ofercie. Na okoliczność tę wskazuje fakt jednoczesnego złożenia przez tego Wykonawcę kopii oferty, zawierającej prawidłowe załączniki. Oryginał oferty oraz jej kopia różnią się wyłącznie tym, iż do oryginału oferty zamiast dwóch różnych przedmiarów załączono dwa egzemplarze tego samego przedmiaru i nie załączono przedmiaru dotyczącego „Instalacje elektryczne - zasilanie pompowni”. Kopia oferty nie zawiera tego błędu.

Kopia oferty z definicji zawiera te same dane, co oryginał danego dokumentu. Co więcej, w niniejszej sprawie Wykonawca Konsorcjum AG SYSTEM sp. z o.o. oraz Firma Budowlana ROSA s.c. U. Rosa T. Rosa poświadczył kopię oferty za zgodność z oryginałem. Dlatego w niniejszej sprawie, z okoliczności faktycznych przedstawionych powyżej, w szczególności takiej samej ceny zaoferowanej za realizację całości zamówienia, jaką zawiera oferta i jej

kopia, wynika, że wykonawca zamierzał złożyć ofertę zgodnie z wymaganiami Zamawiającego. Omyłka w niniejszej sprawie winna być rozumiana jako błąd techniczny, do którego doszło na etapie spięcia dokumentów. Brak jednego z przedmiarów i dwukrotne załączenie innego, zdaniem Izby, mogą zostać uznane za inną omyłkę, w rozumieniu artykułu 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Wbrew twierdzeniu Odwołującego nie mamy w niniejszej sprawie do czynienia z ingerencją Zamawiającego w treść oferty, czy też negocjacjami pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą, gdyż kopia oferty została złożona równocześnie z oryginałem oferty. Zatem nie zaistniała sytuacja, w której Wykonawca uzupełnił treść oferty o nowe elementy. Z jednocześnie złożonej kopii można było powziąć wiadomość o popełnieniu omyłki przez Wykonawcę polegającej na niewłaściwym spięciu dokumentów. W treści kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem wszystkie przedmiary zostały załączone prawidłowo, zgadzała się także cena łączna za całość zamówienia. W treści egzemplarza oryginału cena łączna nie odpowiadała sumie poszczególnych kosztorysów.

Jednocześnie złożenie egzemplarza oferty oraz jej kopii nie może być uznane za złożenie dwóch ofert, gdyż w świetle ustawy Prawo zamówień publicznych kopia oferty nie może zostać uznana za ofertę. Przełożenie przez Zamawiającego przedmiaru z kopii oferty i dołączenie go do oferty wykonawcy Konsorcjum AG SYSTEM sp. z o.o. oraz Firmy Budowlanej ROSA s.c. U. Rosa T. Rosa było czynnością poprawienia omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Czynność ta nie spowodowała istotnych zmian w treści oferty, gdyż w żaden sposób nie wpływała na cenę zawartą w ofercie. Cena oferty w egzemplarzu oryginalnym i kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem była taka sama. Złączenie do treści oferty nieprawidłowego kosztorysu nie wpływa więc na cenę całkowitą oferty, a to właśnie cena należy do elementów przedmiotowo istotnych umowy o wykonanie zamówienia publicznego.

W zakresie drugiego z zarzutów Izba zauważa, że Wykonawca - Konsorcjum AG SYSTEM sp. z o.o. oraz Firma Budowlana ROSA s.c. U. Rosa T. Rosa - podał wymagane pozycje przedmiaru, tak, jak był zobowiązany zgodnie z treścią SIWZ. Zamawiający nie wymagał uszczegółowienia kosztorysu, zażądał jedynie sporządzenia kosztorysu metodą uproszczoną. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia nie zawierała nakazu wskazywania poszczególnych elementów składających się na poszczególne pozycje kosztorysu w ofercie. Zatem należy uznać, iż Wykonawca Konsorcjum AG SYSTEM sp. z o.o. oraz Firma Budowlana ROSA s.c. U. Rosa T. Rosa spełnił wymagania Zamawiającego. Zamawiający, w sytuacji gdyby powziął wątpliwość, co do ewentualnego braku/nieuwzględnienia w kosztorysie zasuwu gwintowanej miękko uszczelniającej, obudowy, skrzynki oraz złącza PE/stal. mógłby taką wątpliwość wyjaśnić. W takiej sytuacji, ocenie Izby wystarczającą czynnością Zamawiającego byłoby uzyskanie potwierdzenia Odwołującego (w trybie art. 87

ustawy Prawo zamówień publicznych, a więc w drodze wyjaśnień), iż oferowany przedmiot zamówienia odpowiada treści SIWZ i zawiera w spornych pozycjach także element wymagany (zasuwę gwintowaną). Choć ustawa Prawo zamówień publicznych nie nakłada na Zamawiającego obligatoryjnego obowiązku wzywania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, to jednak pozwala Zamawiającemu uzyskać absolutną pewność w zakresie dotyczącym przedmiotu zamówienia. W niniejszej sytuacji Konsorcjum złożyło wyjaśnienie podczas rozprawy, że kosztorys zawiera w spornych pozycjach kosztorysu ofertowego (310, 320, 330, 340) zasuwę gwintowaną miękko uszczelniającą, obudowę, skrzynkę oraz złącze PE/stal. Zatem zwrócenie się przez Zamawiającego o wyjaśnienie do Wykonawcy Konsorcjum AG SYSTEM sp. z o.o. oraz Firma Budowlana ROSA s.c. U. Rosa T. Rosa nie jest konieczne. W tym stanie rzeczy należy przyjąć, iż Wykonawca spełnił wymaganie Zamawiającego wyrażone w treści SIWZ, zarówno w zakresie sporządzenia kosztorysu ofertowego, jak i zaoferowania przedmiotu zamówienia w pełnym zakresie, zgodnego z wymaganiami SIWZ (oraz treścią wyjaśnień z dnia 29 listopada 2011 r.).

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania. Na podstawie § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238). Do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia. Izba w niniejszej sprawie nie orzekała w przedmiocie zasądzenia na rzecz zamawiającego kosztów zastępstwa procesowego. Z treści art. 3 ust. 2 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 wynika, iż do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego, w wysokości określonej na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy. Zgodnie z art. 28 ust. 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań, wniosek dotyczący kosztów postępowania odwoławczego strona może złożyć do czasu zamknięcia rozprawy. Powyższe przepisy zatem jednoznacznie wskazują, zarówno formę, jak i termin dotyczący składanych wniosków o zasądzenie kosztów. Z powyższego wynika wprost, iż strona postępowania składa wniosek dotyczący kosztów w formie rachunków, które powinny zostać przedłożone do akt sprawy najpóźniej do czasu zamknięcia rozprawy, wysokość kosztów (oraz rodzaj) powinna zostać dokładnie określona,

wskazana w rachunku i przedstawiona do czasu zamknięcia rozprawy. W niniejszym postępowaniu Zamawiający do chwili zamknięcia rozprawy nie przedstawił rachunków, na podstawie których żądał zwrotu kosztów.

Przewodniczący:

.....