

**Sygn. akt: KIO 2061/12**

**WYROK**

z dnia 10 października 2012 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** **Emil Kuriata**

**Protokolant:** **Mateusz Michalec**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **10 października 2012 r.** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 września 2012 r. przez **Odwołującego** – Inżynieria Rzeszów S.A., ul. Podkarpacka 59a, 35-082 Rzeszów, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego** - Miejski Zakład Wodociągów i Kanalizacji, ul. Długa 21, 34-400 Nowy Targ,

przy udziale **Wykonawcy** - INSTAL KRAKÓW S.A., ul. Konstantego Brandla 1, 30-732 Kraków, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

**orzeka:**

1. **Oddala odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża **Odwołującego** - Inżynieria Rzeszów S.A., ul. Podkarpacka 59a, 35-082 Rzeszów, i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20.000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** - Inżynieria Rzeszów S.A., ul. Podkarpacka 59a, 35-082 Rzeszów, tytułem wpisu od odwołania,

KIO 2061/12

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. 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 **Nowym Sączu**.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Miejski Zakład Wodociągów i Kanalizacji w Nowym Targu, ul. Długa 21; 34-400 Nowy Targ, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „*Modernizacja gospodarki wodnej i ściekowej w Nowym Targu*” *współfinansowany ze środków Unii Europejskiej - FUNDUSZU SPÓJNOŚCI w ramach Programu Infrastruktura i Środowisko Projekt Nr POIS.01.01.00-00-108/09* na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 9 czerwca 2012 roku pod numerem 2012/S 109-181046.

Zamawiający dnia 17 września 2012 roku poinformował wykonawców o wynikach prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Dnia 27 września 2012 roku wykonawca Inżynieria Rzeszów S.A., ul. Podkarpacka 59 A; 35-082 Rzeszów (zwany dalej „*odwołujący*”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący wniósł odwołanie od czynności i zaniechania zamawiającego polegających na:

1. Czynności zamawiającego polegającej na dokonaniu wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Instal Kraków S.A. w sytuacji, gdy oferta tego wykonawcy podlegała odrzuceniu.
2. Czynności zamawiającego polegającej na poprawieniu błędu w obliczeniu ceny w ofercie Instal Kraków w trybie przewidzianym dla poprawienia omyłek rachunkowych w obliczeniu ceny, to jest naruszenia przepisów art. 7 ust. 1, art. 87 ust. 2 pkt 2, art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.
3. Czynności zamawiającego polegającej na prowadzeniu w toku wyjaśnień - negocjacji złożonej przez Instal Kraków oferty, to jest naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.
4. Zaniechania wykonania przez zamawiającego czynności, do której był zobowiązany, polegającej na odrzuceniu oferty złożonej przez Instal Kraków, to jest naruszenia przepisów art. 7 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o:

- 1) Unieważnienie czynności polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez INSTAL Kraków,
- 2) Nakazanie powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
- 3) Nakazanie odrzucenia oferty złożonej przez INSTAL Kraków w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz pkt 6 ustawy Pzp,
- 4) Nakazanie ponownego dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty.

Kopię odwołania, odwołujący przekazał zamawiającemu w dniu 26 września 2012 roku.

Zamawiający, dnia 28 września 2012 roku przekazał wykonawcom kopię odwołania.

Dnia 1 października 2012 roku do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego, zgłosił przystąpienie wykonawca Instal Kraków S.A., ul. Konstantego Brandla 1; 30-732 Kraków.

Zamawiający, dnia 10 października 2012 roku, na posiedzeniu, złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.**

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, co uprawnia go do złożenia odwołania.

**Izba ustaliła i zważyła, co następuje.**

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W dniu 10 września 2012 roku. zamawiający zawiadomił przystępującego o poprawieniu oczywistych omyłek rachunkowych w obliczeniu ceny. Za omyłki zamawiający uznał wskazanie nieprawidłowej podstawy obliczenia ceny w pięciu pozycjach kosztorysowych. Omyłki polegały na zastosowaniu nieprawidłowego wskaźnika do przeliczenia wartości robót, które mają być odjęte od pozycji poprzedzającej.

Wykonane poprawki dotyczyły:

- 1) Kosztorysu 8.4 B (2) poz. 16 (strona 209) - nie uwzględniono współczynnika „-3” do RMS, gdy współczynnik ten znajduje się w nazwie pozycji obmiarowej,
- 2) Kosztorysu 8.4 B (3) poz. 21 (strona 211) - nie uwzględniono współczynnika „-3” do RMS, gdy współczynnik ten znajduje się w nazwie pozycji obmiarowej,
- 3) Kosztorysu 8.4 B (4) poz. 17 (strona 212) - nie uwzględniono współczynnika „-3” do RMS, gdy współczynnik ten znajduje się w nazwie pozycji obmiarowej,

- 4) Kosztorysu 8.4 B (5) poz. 14 (strona 214) - nie uwzględniono współczynnika „-3” do RMS, gdy współczynnik ten znajduje się w nazwie pozycji obmiarowej,
- 5) Kosztorysu 11 B (1) poz. 14 (strona 223) - nie uwzględniono współczynnika „-5” do RMS, gdy współczynnik ten znajduje się w nazwie pozycji obmiarowej.

W ocenie odwołującego błędne zastosowanie wskaźnika zawartego w opisie pozycji nie podlegają dyspozycji przepisu art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. Nieprawidłowe zastosowanie „mnożnika” nie jest omyłką rachunkową, stanowi natomiast błędne wskazanie podstawy obliczenia ceny oferty.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego nie zasługują na uwzględnienie. Wskazać bowiem należy, że każdy z wykonawców biorących udział w przedmiotowym postępowaniu otrzymał instrukcję od zamawiającego, w której to zamawiający jasno i precyzyjnie określił, iż skarżone pozycje kosztorysowe, wynikające z przedmiarów winny być zminusowane, tj. każdy z wykonawców powinien zaproponować zamawiającemu wycenę danej pozycji przedmiarowej w kontekście założenia zamawiającego polegającego na pomniejszeniu wartości przedmiarowej wcześniejszej pozycji przedmiarowej o określoną wielkość.

Przystępujący w kosztorysie załączonym do oferty podał/wycenił wymagany przez zamawiającego parametr, jednakże dokonał oczywistej omyłki pisarskiej pomijając znacznik matematyczny „-” (minus). W konsekwencji tej omyłki wynik rachunkowy (cena oferty) zawierała oczywistą omyłkę rachunkową, której poprawę obligatoryjnie musiał dokonać zamawiający.

Zamawiający wypełniając zatem dyspozycję przepisu art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, dokonał stosownej poprawki, w odniesieniu do której przystępujący sprzeciwu nie zgłosił. Tym samym dokonana przez zamawiającego poprawa oczywistej omyłki rachunkowej wynikającej bezpośrednio z poprawienia oczywistej omyłki pisarskiej znajduje oparcie w przepisach ustawy - Prawo zamówień publicznych. Oznacza to, że czynność zamawiającego została dokonana zgodnie z obowiązującymi przepisami ustawy Pzp.

W dniu 3 września 2012 roku, zamawiający wezwał przystępującego do wyjaśnienia treści złożonej oferty w trybie art. 87 ust. 1 ustawy, cyt: „[...] Czy w oferowanej przez Was cenie za wykonanie przedmiotu zamówienia zawarta jest cena za wykonanie zaleceń przebudowy linii 15 kV, na podstawie warunków technicznych przebudowy urządzeń elektrycznych?

Pismem z dnia 7 września 2012 r., przystępujący potwierdził, że w oferowanej przez nas za wykonanie przedmiotu zamówienia cenie ujęty jest koszt wykonania zaleceń przebudowy linii 15kV na podstawie warunków technicznych przebudowy urządzeń elektrycznych.”.

Zgodnie z odpowiedzią nr 121 na pytania do treści s.i.w.z. - *Wykonawca był zobowiązany dokonać wyceny tej części przedmiotu zamówienia na podstawie załączonych warunków technicznych i uzgodnień, dołączając do oferty kalkulację ceny.*”.

Zamawiający w punkcie 17.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (sposób obliczenia ceny oferty) podał, iż: *Cena ma charakter obmiarowy. Wykonawca w celu obliczenia ceny wypełnia i dołącza do Oferty przedmiary Robót załączone w części III niniejszej SIWZ.*”

Jednocześnie zamawiający w odpowiedzi na pytanie Nr 52 wskazał, że nie dopuszcza wprowadzenia przez wykonawcę jakichkolwiek zmian w pozycjach przedmiarowych.

W okolicznościach przedmiotowej sprawy, w szczególności w wyniku odmiennych dyspozycji zamawiającego, który w wyniku odpowiedzi na pytania wykonawców wymuszał różne zachowania w sposobie sporządzania treści oferty uznać należy, że przystępujący prawidłowo wypełnił żądania zamawiającego, odpowiednio wyceniając i kalkulując ofertę.

Okolicznością bezsporną jest fakt, że przystępujący nie dodał nowej pozycji do kosztorysu, która nie wynikała z przedmiarów, dotyczącej wykonania zaleceń przebudowy sieci 15 kV. Jednakże wskazać należy, że obowiązek taki nie wynikał z treści udzielonych wyjaśnień/odpowiedzi zamawiającego. Tym samym żądanie, na obecnym etapie postępowania, wskazania miejsca podania wyceny ww. usługi jest żądaniem zbędnym. W ocenie Izby przystępujący zachował się prawidłowo, mając na uwadze odpowiedź na pytanie Nr 52 oświadczył, iż przedmiotową usługę wycenił doprecyzowując, że cena została ujęta w pozycjach 100 i 116 kosztorysu elektrycznego. Wskazać należy, że zamawiający w powyższym zakresie nie nakazał zmodyfikowania, jak i sam nie zmodyfikował przedmiaru, co musiało wywołać skutek w postaci braku takiej modyfikacji (kosztorysu) po stronie przystępującego.

W zakresie powyższego zarzutu, biorąc pod uwagę okoliczności sprawy Izba stwierdziła, że brak jest podstaw do stawiania zarzutu prowadzenia niedozwolonych negocjacji treści oferty. Wskazać bowiem należy, że treść art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, pozwala zamawiającemu na żądanie złożenia wyjaśnień w zakresie treści złożonej oferty, z którego to uprawnienia zamawiający skorzystał. Wskazanie przez przystępującego miejsca dokonania wyceny określonej usługi nie powoduje niedozwolonej zmiany treści oferty. Tym samym zarzut powyższy należało uznać za bezzasadny.

W odpowiedzi na Pytanie nr 30 o treści: *„W „Projekcie Wykonawczym branży technologicznej” pkt 11 poz. 22 dot. Maszynownia WKFz - pompa wirowa cyrkulacyjna osadu fermentacyjnego ma parametry  $Q=125m^3/h$  oraz  $H=0,15MPa$ . W Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych ST-05 - Instalacja technologiczna pkt. 2.2.1 pompa ta ma parametry  $Q=120m^3/h$  oraz  $H=0,11MPa$ . Proszę o jednoznaczne określenie parametrów w/w urządzenia ”.*

Zamawiający odpowiadając wskazał, że parametry urządzenia należy przyjąć zgodnie z ST.

W ofercie przystępującego, na str. 157, w poz.2 znajduje się zapis dotyczący pompy wirowej suchostojącej  $Q=110\text{m}^3/\text{h}$   $N_s=15,0\text{kW}$ .

W odpowiedzi na pytania nr 35, 78 oraz 118 Zamawiający także potwierdził obowiązek zaferowania parametrów zgodnych z SST, tj. *wydajność filtra winna być nie mniejsza niż  $Q=300\text{m}^3/\text{h}$ .*

Przystępujący, na stronie 123 w poz. 1 podał: „Filtr z wkładem z węgla aktywnego  $Q=200\text{m}^3/\text{h}$  z grzałką i wentylatorem”

W odpowiedzi na pytanie nr 38 o treści „*W przedmiarach robót branży technologicznej Ob. 16 Grawitacyjny zagęszczacz osadu wstępnego uwzględniono zasuwę nożową DN200 z przedłużeniem trzpienia  $H=3000\text{mm}$ . Czy jest to zasuwa uwzględniono w rys. T-06 (poz.33) z trzpieniem  $H=2000\text{mm}$  ”*

Zamawiający odpowiedział wskazując, że należy przyjąć zasuwę z trzpieniem  $H=2000\text{mm}$ .

Przystępujący w złożonej ofercie na str. 123, w poz. 5 podał: „*Zasuwa nożowa Dn200mm Pn 1,0 MPa z przedłużeniem trzpienia wys. od osi do główki trzpienia ...*” - brak dalszej treści tekstu.

W odniesieniu do powyższych zarzutów Izba podtrzymuje argumentację, jak w uzasadnieniu oddalenia zarzutu nr 2. Dodatkowo wskazać należy, że zamawiający odpowiadając na bardzo liczne pytania wykonawców stosownie do rangi pytań modyfikował treść przedmiaru, nakazując wykonawcom uwzględnienie tych zmian w kosztorysach ofertowych. Jednakże nie wszystkie wyjaśnienia zamawiającego znalazły swoje odzwierciedlenie w dokonywanych modyfikacjach. W odniesieniu do zaskarżonych pozycji kosztorysu zamawiający nie zmodyfikował przedmiaru nakazując wykonawcom przyjęcie wartości opisanych w Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych. Biorąc pod uwagę treść odpowiedzi zamawiającego na pytanie Nr 52 brak było możliwości dokonania samodzielnej poprawy przedmiaru, a następnie kosztorysu przez wykonawców. Z precyzyjnej dyspozycji zamawiającego wynikał bowiem obowiązek dokonania wyceny pozycji przedmiarowych zgodnie z STWiOR.

W ocenie Izby stanowisko przeciwne prowadziłyby do wywołania negatywnych skutków w odniesieniu do oferty przystępującego, który dostosowując się do nakazu zamawiającego wynikającego z treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia i odpowiedzi na pytanie Nr 52, powodowałyby odrzucenie jego oferty na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Nie bez znaczenia przy ocenie stanu faktycznego przedmiotowej sprawy miały dowody zgłoszone przez przystępującego, z których jednoznacznie wynika, jaki zakres przedmiotowy oferty został wyceniony przez tego wykonawcę - zgodnie z wymaganiami zamawiającego.

Reasumując Izba stwierdziła, że nie potwierdził się żaden z zarzutów stawianych przez odwołującego, dlatego też orzeczono jak w sentencji.

KIO 2061/12

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp.

**Przewodniczący:** .....