

Sygn. akt: KIO 2449/12

**WYROK**  
**z dnia 20 listopada 2012 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak**

**Protokolant: Jakub Banasiak**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 listopada 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 listopada 2012 r. przez Wykonawcę **MPM DEVELOPMENT Sp. z o.o.**, 46-100 Namysłów, ul. Partyzantów 1 w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Miasto i Gmina Bierutów**, 56-420 Bierutów, ul. Moniuszki 12

**orzeka:**

1. **Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie wyniku postępowania z dnia 02.11.2012., w tym unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz unieważnienie czynności odrzucenia oferty MPM Development Sp. z o.o. i nakazuje poprawienie na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy treści oferty MPM Development Sp. z o.o. w pozycjach 87 d.1.11 kol. 5, 100 d.1.14 kol 5 oraz nakazuje powtórzenie czynności oceny ofert nie podlegających odrzuceniu.**
2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego Miasto i Gmina Bierutów, 56-420 Bierutów, ul. Moniuszki 12 i:
  - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10.000 zł 00 gr.** (słownie: dziesięć tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Wykonawcę MPM DEVELOPMENT Sp. z o.o., 46-100 Namysłów, ul. Partyzantów 1 tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2 zasądza od Zamawiającego Miasto i Gmina Bierutów, 56-420 Bierutów, ul. Moniuszki 12 na rzecz Wykonawcy MPM DEVELOPMENT Sp. z o.o., 46-100 Namysłów, ul. Partyzantów 1 kwotę **13.600 zł 00 gr.** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego strony poniesione w związku z wpisem od odwołania oraz z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego we Wrocławiu**.

**Przewodniczący:** .....

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

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Zamawiającego – Miasto i Gminę Bierutów na *budowę świetlicy wiejskiej we wsi Zawidowice – etap I* (nr postępowania IR.2710.11.2012.MS), wobec wyniku postępowania w tym czynności odrzucenia oferty Wykonawcy MPM Development Sp. z o.o. w dniu 7 listopada 2012 r. wniesione zostało do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie Wykonawcy MPM Development Sp. z o.o. (sygn. akt KIO 2449/12).

Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w dniu 7 listopada 2012 r.

O wynikach oceny ofert Odwołujący został poinformowany w dniu 2 listopada 2012r. kiedy to Zamawiający przekazał informację o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz odrzuceniu oferty Odwołującego.

Ogłoszenie o zamówieniu zamieszczone zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 12.09.2012, pozycja 342988. Szacunkowa wartość przedmiotu zamówienia nie przekracza kwoty określonej w rozporządzeniu wykonawczym dla robót budowlanych, stanowiącej o obowiązku prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w pełnej procedurze „unijnej”.

W odwołaniu postawione zostały zarzuty naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, w tym art. 7 ust. 1 a, art. 87 ust. 1, art. 87 ust. 2 pkt 3, art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 91 ust. 1.

Odwołujący wniósł o uwzględnienia odwołania oraz dokonanie ponownej oceny ofert i dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazała na niezasadność podstawy faktycznej wskazanej przez Zamawiającego w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty Odwołującego, którą Zamawiający przyjął dla uznania oferty za niezgodną z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający wskazał na nieprawidłowości stwierdzone w pozycjach kosztorysu ofertowego, które miały uzasadniać odrzucenie tej oferty, z czym Odwołujący się nie zgadza.

Zamawiający uznał, iż ilości podane w pozycjach: 48 d.17 kol. 5, poz., 87 d.1.11 kol 5, 100 d.1.14 kol. 5 są niezgodne z ilościami podanymi w załączniku nr 2 do siwz, natomiast poz. 149 d.2.1 kol. 3 zawiera odmienny opis pozycji w części dotyczącej średnicy nominalnej.

W ocenie Odwołującego przedmiar robót – załącznik nr 2 do siwz, nie stanowił podstawy do realizacji przedmiotu zamówienia, gdyż Zamawiający jasno sprecyzował, że realizacja

robót winna się odbywać zgodnie z obowiązującymi przepisami, sztuką budowlaną STWiOR, pomijając w tym zakresie przedmiar robót.

Sporządzając kosztorys ofertowy, nie doszło do naruszenia postanowień siwz, w których zamawiający jedynie wskazał na zakaz dodawania lub ujmowania jakiejkolwiek pozycji przedmiarowej. Kosztorys został sporządzony na podstawie warunków technicznych wykonania robót określonych w projekcie budowlanym oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót zgodnie z przedmiarem robót.

Wykonawca przyznał, iż w pozycji 48 d.1.7 kol 4 została wpisana jednostka miary „kpl”, a powinna być „m”, co jednak nie stanowiło błędu, przy uwzględnieniu, iż Zamawiający dopuścił w tej pozycji kalkulację własną, co wskazuje, że należało wycenić tę pozycję według własnej metody. Ponadto Zamawiający nie wskazał jako przyczyny odrzucenia oferty przyjęcie odmiennej jednostki. Wykonawca przyjął 35,540 m jako 1 komplet za cenę 2.000 zł. i nie doszło do błędu w określeniu ilości wycenionej pozycji.

W poz. 8 d.1.11 kol. 5 zaistniała inna omyłka polegająca na niezgodności oferty z siwz niepowodująca istotnej zmiany w treści oferty, podlegająca poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Zamawiający dysponował wszystkimi danymi, umożliwiającymi poprawienie ilości i wartości tej pozycji, która powinna ulec zmniejszeniu o 128,14 zł.

Również w poz. 100 d.1.14 kol. 5 wystąpiła omyłka w oznaczeniu ilości, której poprawienie w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy doprowadziłoby do zwiększenia kwoty ofertowej o 143,59 zł.

Po wprowadzeniu zmian w dwóch pozycjach, cena oferty uległaby podwyższeniu o 15,45 zł. i nie miałaby wpływu na ustalenie rankingu ofert w postępowaniu.

W zakresie odmiennego opisu pozycji 149 d.2.1 kol. 3 w zakresie wielkości średnicy nom. rur ochronnych, Wykonawca przyjął jako podstawę wyceny prawidłowy KNR 2-190119-03, właściwy dla średnicy rur 200 mm, a nie KNR wskazany przez Zamawiającego KNR 2-190119-04 (właściwy dla średnicy 250 mm). Nie popełniono zatem błędu przy wycenie pozycji opisanej w przedmiarze robót jako „rury ochronne o śr. nom. 200 mm”, a nawet jeżeli przyjąć, iż wystąpiła w tym zakresie niezgodność oferty z siwz, powinna być ona poprawiona na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy.

### **Stanowisko Izby**

W pierwszej kolejności należało wskazać, iż w przedmiotowej sprawie zastosowanie znajdowały przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, z uwzględnieniem zmian wprowadzonych dwoma ustawami, tj. z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych

w sprawach cywilnych (Dz. U. z 2009 r., Nr 206, poz. 1591) oraz z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2009 r., Nr 223, poz. 1778), tekst jednolity Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 ze zm., zwanej dalej „ustawą”.

W toku posiedzenia niejawnego prowadzonego z udziałem Odwołującego (Zamawiający nie stawił się na posiedzenie i rozprawę), Izba nie stwierdziła, aby w odniesieniu do przedmiotowego odwołania zachodziła którakolwiek z przesłanek do jego odrzucenia wskazana w art. 189 ust. 2 ustawy i skierowała odwołanie do rozpoznania na rozprawę.

Na podstawie zebranego materiału, stanowiącego dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty MPM Development Sp. z o.o., zawiadomienia o wyniku postępowania z dnia 02.11.2012 r. Izba uznała, iż odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Przystępując do rozpoznania merytorycznych zarzutów Izba w pierwszej kolejności zobowiązana była do ustalenia, czy wnosząc odwołanie Wykonawca ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia, a także czy poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, stanowiących jak wskazano powyżej, materialno prawną przesłankę do wniesienia odwołania (art. 179 ust. 1 ustawy). Uwzględniając wynik oceny ofert z dnia 02.11.2012 r., w którym Zamawiający wskazał na podstawy do wykluczenia z postępowania części wykonawców i odrzucenia części ofert, co doprowadziło do wyboru oferty droższej niż oferta Wykonawcy wnoszącego odwołanie, naruszenie przepisów ustawy przy ocenie oferty Odwołującego prowadziłyby do naruszenia interesu tego Wykonawcy w uzyskaniu zamówienia i narażało na uszczerbek w postaci utraty korzyści związanych z realizacją umowy.

Przechodząc do zarzutów podniesionych w odwołaniu, sprowadzały się one do kwestionowania zasadności odrzucenia oferty Odwołującego jako niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zamawiający odrzucając ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy wskazał na stwierdzone błędy w pozycjach kosztorysowych polegające na przyjęciu innej ilości obmiarowej (poz. 48, 87 i 100 kosztorysu ofertowego) oraz niezgodnym z przedmiarem robót opisem pozycji (poz. 149 kosztorysu ofertowego).

Jak wynika z zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 02.11.2012 r., w pozycji 48 d.1.7 kosztorysu ofertowego, Zamawiający stwierdził, iż wykonawca przyjął

odmienną jednostkę miary (komplet, a nie metr), co jednak nie stanowiło podstawy odrzucenia oferty, w przeciwieństwie do zmienionej ilości w tej pozycji, tj. wartości 1 w miejsce ilości „35.540”.

Izba uznała, iż taka ocena treści oferty (kosztorysu ofertowego) wskazuje na brak konsekwencji Zamawiającego, który z jednej strony uznał za dopuszczalną zmianę jednostki, co w oczywisty sposób musiało się przełożyć na wielkość obmiarową (tj. zastąpienia podanej w załączniku nr 2 ilość metrów na ilość kompletów), a z drugiej strony wskazuje jako przyczynę niezgodności treści oferty z siwz, zmianę ilości obmiarowej. W stanowisku prezentowanym w piśmie złożonym do akt sprawy, Zamawiający potwierdził możliwość poprawienia samej jednostki miary w sytuacji, gdyby w kosztorysie zachowany został prawidłowy obmiar, co nie miało by wpływu na treść oferty i jej ocenę. Jednocześnie Zamawiający przedstawił analizę rachunkową błędów wszystkich popełnionych błędów, wskazując w pozycji 48 kosztorysu ofertowego na konieczność zwiększenia wartości oferty o 16,74%.

Izba nie zgodziła się z oceną Zamawiającego, gdyż powstała rozbieżność w sposobie prezentacji wyceny pozycji 48 kosztorysu ofertowego (w stosunku do wskazanego w załączniku nr 2 do siwz), nie stanowiła o niezgodności treści oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, która mogłaby prowadzić do odrzucenia oferty wykonawcy, jak również nie podlegała poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Izba uwzględniła okoliczność, na jaką wskazał Odwołujący, tj. możliwości samodzielnej wyceny pozycji według kalkulacji własnej wykonawcy, co wynikało z opisu pozycji zawartego w załączniku nr 2. W ocenie Izby, przyjęcie w tej sytuacji odmiennego sposobu wyceny i przyjęcie w miejsce ilości metrów, jednego kompletu obejmującego całość prac, mieściło się w dopuszczalnej modyfikacji kalkulacji kosztorysowej. Odmienny sposób prezentacji wyceny pozycji nie wskazywał na niezgodność oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Wystarczającymi dla rozwiania ewentualnych wątpliwości byłyby wyjaśnienia samego Wykonawcy, których nie miał możliwości przedstawić w toku oceny ofert. Stosowne wyjaśnienia zawarł Odwołujący dopiero w odwołaniu rozwijając je na rozprawie, które Izba przyjęła jako logiczne i przekonujące dla uznania, iż oferta nie jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odnosnie zmienionej w kosztorysie ofertowym ilości obmiarowej dwóch pozycji (87 i 100), Izba uznała, iż wskazane niezgodności w ilościach stanowiły treść oferty podlegającą poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie potwierdził sposób poprawienia na jaki wskazywał również Odwołujący, przez odpowiednie zmniejszenie/zwiększenie wartości kosztorysowej. Mając na uwadze ustalony we wzorze umowy charakter wynagrodzenia ryczałtowego, drobne różnice w wycenie dwóch pozycji kosztorysowych nie miały istotnego wpływu na treść oferty. Słusznie wskazał Odwołujący, iż

Zamawiający dysponował wszystkimi informacjami do samodzielnego doprowadzenia treści oferty Odwołującego do zgodności z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Konsekwencją poprawienia ilości obmiarowej dwóch pozycji będzie ostatecznie zwiększenie wartości oferty o kwotę 15,45 zł. W ocenie Izby, zaistniałe drobne niezgodności w kosztorysie ofertowym nie zmieniały zakresu świadczenia w istotnym stopniu (np. przez modyfikację przedmiotu świadczenia) i wpisywały się w dyspozycję przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Zaniechanie poprawienia w tym zakresie kosztorysu ofertowego, stanowiło o naruszeniu przepisów ustawy, a w konsekwencji doprowadziło do niezasadnego uznania oferty za sprzeczną z treścią siwz i jej odrzucenia.

W zakresie ostatniej z pozycji, której opis stanowił podstawę odrzucenia oferty Odwołującego Izba uznała, iż treść kosztorysu w pozycji 149 nie była sprzeczna z treścią siwz, a różna w określeniu wielkość średnicy nominalnej rur ochronnych wynikała z wprowadzonej w siwz (załączniku nr 2) treści. Zamawiający w załączniku nr 2 (branża sanitarna, instalacja wod.-kan.), w pozycji 38 d.1.1 wskazał w podstawie kalkulacji numer „KNR 2-19 0119-04 analogia”, przy jednoczesnym opisie: „Rury ochronne o śr. nom. 200 mm”. W ofercie Odwołujący zachował podstawę wyceny określoną numerem KNR, natomiast w opisie pozycji zamieścił treść „Rury ochronne o śr. nom. 250 mm”. Na rozprawie Odwołujący przedłożył zestawienie numerów KNR wraz z opisami. I tak dla KNR 2-19 0119-04 dotyczy rur ochronnych o śr. nom. 250 mm, a KNR 2-19 0119-03 – rur o śr. nom. 200 mm. Powyższe wskazuje, iż to Zamawiający popełnił błąd przy sporządzeniu załącznika nr 2 do siwz. co doprowadziło do wewnętrznej niespójności w opisie pozycji kosztorysowej. Izba uznała, iż w zaistniałej sytuacji, konsekwencje braku staranności po stronie Zamawiającego nie mogły obciążać Wykonawcę na etapie oceny jego oferty, tym bardziej iż różnica w średnicy nominalnej rur ochronnych nie miałaby znaczenia dla zakresu przedmiotu świadczenia i możliwości wykonania prac.

Konkludując, Izba uznała, iż Odwołujący wycenił w kosztorysie ofertowym całość prac objętych przedmiotem zamówienia, a przy uwzględnieniu ryczałtowego charakteru wynagrodzenia, drobne uchybienia w ilościach obmiarowych dwóch pozycji nie stanowiły istotnej zmiany treści oferty.

Na skutek zaniechania poprawienia treści oferty w pozycjach 87 i 100 kosztorysu ofertowego, doszło do ustalenia błędnego wyniku postępowania i wskazania jako najkorzystniejszej oferty droższej od oferty Odwołującego, nie podlegającej odrzuceniu z powodów wskazanych przez Zamawiającego.

Mając na uwadze prezentowaną powyżej argumentację, uwzględniając odwołanie Izba nakazała Zamawiającemu poprawienie ilości obmiarowych w pozycjach 87 i 100 kosztorysu ofertowego z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 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). Izba zaliczyła do kosztów postępowania odwoławczego kwotę wpisu wniesioną przez Odwołującego w wysokości 10 tys. zł. oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika stwierdzone rachunkiem złożonym do akt sprawy przed zamknięciem rozprawy (w wysokości ograniczonej do kwoty maksymalnej określonej rozporządzeniem) i obciążyła nimi Zamawiającego.

**Przewodniczący:** .....