

Sygn. akt: KIO 1255/10

WYROK
z dnia 6 lipca 2010r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 lipca 2010 r. w Warszawie odwołania z dnia 22 czerwca 2010 r. wniesionego przez **Konsorcjum: P. U. P. H. SARMATA s. c. I. Harmata- Sarapata, R. Sarapata, 34-124 Klecza Górna, Barwałd Średni 282** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gminę Skawina, 32-050 Skawina, Rynek1.**

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego i wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazuje zamawiającemu dokonanie ponownego badania i oceny ofert z zastosowaniem dyspozycji art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

2. kosztami postępowania obciąża **Gminę Skawina, 32-050 Skawina, Rynek 1**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Konsorcjum: P. U. P. H. SARMATA s. c. I. Harmata-Sarapata, R. Saragata, 34-124 Klecza Górna, Barwałd Średni 282,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) przez **Gminę Skawina, 32-050 Skawina, Rynek 1** na rzecz **Konsorcjum: P. U. P. H. SARMATA s. c. I. Harmata - Sarapata, R. Sarapata, 34-124 Klecza Górna, Barwałd Średni 282,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198 a i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z dnia 25 czerwca 2010 r. Nr 113, poz. 759) 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 – Gmina Skawina prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest budowa kanalizacji sanitarnej w rejonie ul. Tynieckiej w Skawinie. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 20 maja 2010 roku po poz. 129189. Odwołujący – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia PPHU Sarmata s. c. (Lider Konsorcjum) oraz Harmata – Sarapata, R. Sarapata wniósł w dniu 22 czerwca 2010 roku odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, w którym zakwestionował czynność zamawiającego polegającą na odrzuceniu oferty odwołującego oraz na uznaniu za najkorzystniejszą oferty konsorcjum, którego Liderem jest Józef Wąsowicz prowadzący działalność gospodarczą p.n. Przedsiębiorstwo Budowlano - Drogowe WĄS – BUD.

Odwołujący podniósł naruszenie przepisów art. 89 ust. 1 pkt 2 i 3, 87 ust. 2 pkt 3 i art. 87 ust. 1 zd. 1 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący nie zgodził się z decyzją zamawiającego z dnia 17 czerwca 2010 roku o odrzuceniu jego oferty uwagi na to, że kosztorys ofertowy został sporządzony niezgodnie z załączonym do siwz przedmiarem robót tj. w kosztorysie ofertowym: kolektor boczny D – poz. 4.4, kolektor boczny E odc. E19 – E. 19.1 – poz. 4.4, odc. E1- E12 – poz. 4.5, odc. E13- E22 poz. 4.4 przyjęto pompowanie 1 m-g a winno być 1 kpl.

Odwołujący podniósł, że wskazana przez niego wycena tego elementu kosztorysu jest prawidłowa w świetle reguł podanych w siwz a także nie ma wpływu na ostateczną wysokość ceny końcowej. Powołał treść postanowień XV.2 siwz, z której wynika, że parametry na jakich miał być przygotowany kosztorys ofertowy były dowolne a postanowienia ujęte w przedmiarze miały tylko charakter pomocniczy. Ponadto parametry kosztorysowe nie są istotne bowiem istotne jest aby w kosztorysie były ujęte wszystkie prace niezbędne do wykonania zadania oraz aby cena końcowa obejmował całe zadanie.

Odwołujący wskazał na konieczność zastosowania, przed podjęciem decyzji o odrzuceniu oferty, trybu przewidzianego w art. 87 ust. 2 pkt 3 i art. 87 ust. 1 zd. 1 ustawy Pzp i stwierdził, że zmiana oznaczenia m-g na kpl. nie miałyby żadnego wpływu na wycenę tego elementu kosztorysowego, na cenę ostateczną a zatem nie powodowałyby istotnych zmian w treści oferty.

Zdaniem odwołującego przywołane przez niego argumenty potwierdzają, że wybór oferty konsorcjum którego Liderem jest Józef Wąsowicz prowadzący działalność gospodarczą p.n. Przedsiębiorstwo Budowlano - Drogowe WĄS – BUD stanowi naruszenie zasad uczciwej konkurencji przez naruszenie art. 3 ust. 1 i ust. 2 oraz art. 15 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Na podstawie dokumentacji akt sprawy: specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ogłoszenia o zamówieniu, oferty odwołującego oraz biorąc pod uwagę zgłoszone do protokołu rozprawy stanowiska stron, Izba ustaliła, co następuje:

W dziale XV Opis sposobu obliczenia ceny oferty, zamawiający wskazał, że cena oferty zostanie wyliczona przez wykonawcę w oparciu o kosztorys ofertowy sporządzony na podstawie załączonych do siwz przedmiarów robót. Podane przez zamawiającego podstawy wyceny nie są obowiązujące, stanowią jedynie element pomocniczy. Cena oferty (ceny poszczególnych pozycji) winna obejmować wszelkie koszty towarzyszące wykonaniu zamówienia, o których mowa w niniejszej siwz. Brak w kosztorysie ofertowym jakiegokolwiek pozycji przedmiarowej równoznaczny będzie z uznaniem oferty za nie odpowiadającą treści specyfikacji.

W § 10 wzoru umowy zamawiający wskazał, że strony ustalają wynagrodzenie wykonawcy jako wynagrodzenie kosztorysowe.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Z uwagi na to, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zostało opublikowane w dniu 20 maja 2010, to jest po dniu wejścia w życie nowelizacji ustawy Prawo Zamówień Publicznych z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 206, poz. 1591) - tzw. „małej nowelizacji” oraz ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778) - tzw. „dużej nowelizacji”, zatem w oparciu o art. 4 ust. 1 przepisów przejściowych ustawy nowelizującej do rozstrzygnięcia przedmiotowego odwołania znajdują zastosowanie przepisy Prawa zamówień publicznych z uwzględnieniem wskazanych nowelizacji.

Izba stwierdziła, że nie zaistniały przesłanki określone w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujące koniecznością odrzucenia odwołania a odwołujący, którego oferta została odrzucona z udziału w postępowaniu, legitymuje się interesem we wniesieniu odwołania, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Bezspornym między stronami jest, że w czterech pozycjach kosztorysu ofertowego odwołującego podano inną niż wskazana w przedmiarze robót jednostkę miary (w kosztorysie ofertowym jest „m-g” a w przedmiarze „kpl.”)

Izba zważyła, że art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, stanowi, że zamawiający poprawia w ofercie: inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Przepis ten wprowadza zmiany w stosowaniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez ograniczenie konieczności odrzucenia ofert ze względu na niezgodność oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia wyłącznie do niezgodności, której nie można poprawić na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

W świetle wyżej wskazanego przepisu „dopuszczalne wydaje się dokonanie zmian w sytuacji, jeżeli z okoliczności wynika zamiar złożenia przez wykonawcę oferty zgodnie z wymaganiami zamawiającego oraz poprawienie omyłki nie ingeruje w sposób istotny w treść oferty, tj. nie powoduje konieczności znaczącej ingerencji ze strony zamawiającego lub nie dotyczy jej istotnych postanowień.” (Prawo zamówień publicznych po nowelizacji z dnia 4 września 2008 r., pod red. J. Sadowy, Warszawa 2008, s. 118, wyrok KIO z dnia 3 lutego 2009 r. sygn. akt: KIO/UZP 88/09: KIO/UZP 89/09).

Zdaniem Izby poprawienie omyłki w czterech na kilkaset pozycji kosztorysu ofertowego w zakresie poprawienia jednostki miary z „m-g” na „kpl.” jest możliwe przy zastosowaniu art. 87 ust.2 pkt 3 ustawy, gdyż czynność ta nie wpłynie w sposób istotny na treść złożonej oferty, w tym w szczególności pozostanie bez wpływu na cenę oferty. Jednocześnie zastąpienie jednostki miary „m-g” jednostką „kpl”, wyłącza podnoszone przez zamawiającego obawy co do ewentualnego domagania się przez odwołującego w trakcie realizacji zamówienia dodatkowego wynagrodzenia za zakres prac związanych z pompowaniem odwadniającego.

Po poprawieniu omyłki odwołujący będzie zobligowany do wykonania 1 kpl prac związanych z pompowaniem odwadniającego za ceny jednostkowe podane w kosztorysie ofertowym np. dla poz. 4.4 (strona 56 oferty) za cenę 21, 13 zł. Zdaniem Izby twierdzenia zamawiającego, że ceny jednostkowe wskazane w kwestionowanych pozycjach kosztorysu świadczą o tym, że zamiarem odwołującego było podanie cen dla 1 m-g a nie 1 kpl, pozostało bez dowodu. Dowodem takim nie może być okoliczność, że ceny jednostkowe w kwestionowanych pozycjach kosztorysów innych wykonawców, biorących udział w postępowaniu są wyższe.

Izba podziela stanowisko, wynikające z ugruntowanego orzecznictwa, że podstawami oceny „istotności” omyłki co do treści oferty jest wielkość zmiany ceny całkowitej oferty a także ilość pozycji, które będą musiały ulec zmianie (por. KIO/UZP 1277/08). Izba wzięła także pod uwagę okoliczność, że cena oferty odwołującego jest ceną niższą od oferty uznanej za

najkorzystniejszą o ponad 45 000 zł, zaś zgodnie z wyjaśnieniami zamawiającego oferta odwołującego została niedoszacowana w kwestionowanych pozycjach kosztorysu na ok. 13 000 zł, co dodatkowo świadczy o tym, że dokonana zmiana nie jest istotna i nie miałaby wpływu na ranking ofert.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba uwzględniła odwołanie i nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazała dokonanie ponownego badania i oceny ofert, z zastosowaniem dyspozycji art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp przez poprawienie omyłki w czterech kwestionowanych pozycjach kosztorysu ofertowego odwołującego, w ten sposób, aby jednostkę miary „m-g” zastąpić jednostką miary „kpl”

Uwzględniając powyższe, Izba orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosowanie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 ustawy Pzp a także 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:

.....