

Sygn. akt: KIO 756/12

WYROK

z dnia 26 kwietnia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

Protokolant: Przemysław Łaciński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 kwietnia 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 kwietnia 2012 r. przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Budowlane „Max-Bud” Sp. z o.o. z siedzibą w Nidzicy, 13-100 Nidzica, ul. Kolejowa 27** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Szeków, Stary Szeków 39, 06-220 Stary Szeków,**

orzeka:

1. oddała odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża Przedsiębiorstwo Budowlane „Max-Bud” Sp. z o.o. z siedzibą w Nidzicy, 13-100 Nidzica, ul. Kolejowa 27 i:

- 1.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Budowlane „Max-Bud” Sp. z o.o. z siedzibą w Nidzicy, 13-100 Nidzica, ul. Kolejowa 27** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. 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 **Ostrołęce**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Gmina Szelków, zwana dalej „zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia na „Wykonanie kompleksu budynku hali sportowej z pomieszczeniami towarzyszącymi, łącznikiem oraz pomieszczeniami przedszkolnymi w miejscowości Stary Szelków”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 27 lutego 2012 r., nr 1, poz. 13302.

W dniu 10 kwietnia 2012 r. (pismem z tej samej daty) zamawiający poinformował wykonawcę Przedsiębiorstwo Budowlane „Max – Bud” Sp. z o.o. z siedzibą w Nidzicy, zwanego dalej „odwołującym”, o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, tj. z uwagi na to, iż wykonawca zmienił w kosztorysach ofertowych wskazane przez niego pozycje przedmiaru robót.

W dniu 16 kwietnia 2012 r. (pismem z dnia 12 kwietnia 2012 r.) odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do zamawiającego w dniu 16 kwietnia 2012 r.) wobec czynności odrzucenia jego oferty, zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp wyrażające się w jego niewłaściwym zastosowaniu wobec oferty odwołującego, której treść, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwanej dalej „SIWZ”,
2. art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, wyrażające się w zaniechaniu poprawienia w załączonych przez odwołującego do oferty kosztorysach ofertowych omyłek niepowodujących istotnych zmian w treści oferty, co doprowadziło do bezprawnego odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Jednocześnie odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania:

1. unieważnienie czynności zamawiającego wyboru oferty WALD-GLOB Sp. j. Jacek Radecki z siedzibą w Pułtusku, zwanego dalej „wykonawcą WALD-GLOB”,
2. unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego,
3. nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego z uznaniem, bez dokonywania poprawek w treści oferty, iż treść oferty odwołującego odpowiada treści SIWZ albo nakazanie zamawiającemu

dokonania w kosztorysach ofertowych odwołującego poprawienia omyłek polegających na niezgodności oferty z SIWZ i powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał m.in., iż zamawiający jedynie lakonicznie podał, że oferta odwołującego nie odpowiada treści SIWZ, umożliwiając tym samym sytuację niepewności i utrudnia korzystanie ze środków ochrony prawnej. Odwołujący przedstawił kosztorysy ofertowe sporządzone ściśle według wymagań SIWZ. Nie pominął jakichkolwiek elementów robót. W każdej z kwestionowanych pozycji kosztorysu, ściśle według przedmiarów robót, przyjął wynikającą z nich podstawę wyceny (zgodnie z przedmiarami KNR, KNNR, a w pozycji „kalkulacja własna” zastosował kalkulację własną), opis pozycji kosztorysowych, ilość oraz jednostkę miary. Jego oświadczenie obejmuje wykonanie robót budowlanych zgodnie z dokumentacją projektową, specyfikacjami technicznymi wykonania i odbioru robót oraz przedmiarami robót, co odwołujący potwierdził w oświadczeniu złożonym na formularzu ofertowym.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść SIWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, jak również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie, uznając iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, iż zamawiający w treści SIWZ (rozdział 15 „Opis sposobu obliczenia ceny oferty”) zamieścił następujące postanowienia:

„15.1.Cena oferty jest ceną kosztorysową. Zostanie wyliczona przez Wykonawcę na formularzu na podstawie kosztorysów ofertowych.

15.2.Wykonawca określi ceny jednostkowe netto dla wszystkich elementów robót wymienionych w przedmiarach robót i wyliczy cenę brutto stanowiącą cenę zamówienia.

15.3.Kosztorysy ofertowe należy sporządzić w oparciu o załączone do SIWZ przedmiary robót, specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót oraz dokumentację projektową. (...)

15.4. Wykonawca w kosztorysach ofertowych nie może pominąć jakiegokolwiek elementu. Wykonawca nie może samodzielnie wprowadzać zmian do przedmiarów robót. Wszystkie błędy ujawnione w Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych oraz w przedmiarach robót, Wykonawca winien zgłosić Zamawiającemu przed terminem składania ofert. (...)”.

Zamawiający wskazał (w piśmie informującym o odrzuceniu oferty odwołującego), iż odwołujący w kosztorysach ofertowych zmienił następujące pozycje przedmiaru robót:

- branża budowlana – hala sportowa: poz. 9, 20, 28, 45, 48, 49, 50, 58, 73, 90, 91, 92, 96, 97, 99, 100, 110, 127, 130, 136, 138, 140, 142, 146, 147, 148, 155, 158, 162, 163, 164, 165, 171, 175, 177, 178, 179, 183, 185, 190, 191, 192, 195, 199, 204, 211, 215, 227, 229, 238;
- branża sanitarna – hala sportowa: poz. 5, 6, 7, 9 -11, 19, 20, 22, 25, 47, 66, 87, 112, 128, 130, 132, 134, 136, 142, 167, 168, 169, 183, 184, 210, 213;
- branża elektryczna – hala sportowa: poz. 33, 35, 36;
- branża budowlana – przedszkole: poz. 10, 15, 68, 80, 90, 93, 94, 96, 97, 106, 107, 111, 112, 117, 128, 137, 139;
- branża sanitarna – przedszkole: poz. 1, 26, 29, 31, 33;
- branża elektryczna – przedszkole: poz. 15, 17, 18, 19, 39.

W oparciu o powyższe Izba zważyła co następuje:

Art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp stanowi, iż zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. W niniejszym stanie faktycznym, wobec oświadczeń złożonych przez odwołującego na rozprawie, należy odpowiedzieć na pytanie czy niezgodności zaistniałe w niniejszym stanie faktycznym można uznać za inne omyłki (art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp), które podlegają poprawie. „Za omyłkę można uznać jedynie niezamierzone działanie wykonawcy. Jeżeli natomiast wadliwość oferty jest rezultatem świadomego działania wykonawcy, nie można niezgodności uznać za omyłkę” (wyrok Izby z dnia 14 lutego 2012 r., sygn. akt KIO 183/11, KIO 191/11 i KIO 190/11). Tymczasem w niniejszym sprawie powstałe niezgodności są, co konsekwentnie podnosił sam odwołujący, skutkiem tego, iż sporządzając kosztorysy ofertowe nie dokonał ingerencji w opis żadnej z pozycji kosztorysowych, pozostawiając je w takim kształcie jak wynikało to z programu do kosztorysowania. Wprowadzanie takich zmian – stosownie do wymogów zamawiającego opisanych w przedmiarze robót – byłoby dla niego zbyt „uciażliwe i pracochłonne”. Oznacza to więc, iż odmienne opisy kwestionowanych pozycji kosztorysowych są wynikiem celowego działania odwołującego, a nie powstałej w trakcie przygotowywania oferty omyłki. Odwołujący nie zastosował się bowiem do postanowień SIWZ (pkt 15.4), które w sposób jednoznaczny wskazywały, iż wykonawca nie może samodzielnie wprowadzać zmian do przedmiarów

robót. W konsekwencji działania odwołującego około 107 pozycji kosztorysu ofertowego (zgodnie z informacją o odrzuceniu oferty odwołującego) jest niezgodne z przedmiarami robót, w tym przede wszystkim w opisach kwestionowanych pozycji z opisami zawartymi w przedmiarach robót. Część z tych niezgodności, co także podkreślał zamawiający na rozprawie, nadawałaby się do poprawienia (np. 19 i 39 kosztorysu ofertowego: branża elektryczna – przedszkole, poz. 111, 112 kosztorysu ofertowego: branża budowlana – przedszkole) i istotnie – jak stwierdziła Izba - tak jest, gdyż ich poprawienie nie powoduje istotnych zmian treści oferty. W treści kosztorysu ofertowego odwołującego istnieją jednak takie niezgodności, wprowadzenie zmian w odniesieniu do których doprowadziłoby w istocie do zmiany treści oferty, powodując tym samym dojście do nieuprawnionych negocjacji zamawiającego z wykonawcą. Tymczasem prowadzenie negocjacji w celu ustalenia treści poprawek naruszyłoby art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, a więc zasadę prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Przykładem takich niezgodności, które mają charakter zmian istotnych, co do których nieuprawnione jest ich poprawienie w kosztorysie ofertowym są m.in. niezgodności w pozycjach: 96 i 127 (branża budowlana – hala), gdzie odwołujący zaoferował rury o innej grubości blachy, jak i podał inne podstawy wyceny; poz. 163 - 166 (branża budowlana – hala) i poz. 106 i 107 (branża budowlana – przedszkole), gdzie zaoferował drzwi balkonowe zamiast drzwi wewnętrznych, poz. 199 (branża budowlana – hala), gdzie odwołujący zaoferował deski podłogowe o mniejszej grubości (25 mm), zamiast wymaganej przez zamawiającego grubości desek 32 mm, poz. 5 (branża budowlana – hala), gdzie odwołujący zaoferował kocioł żeliwny zamiast stalowego, a więc inny niż był wymagany przez zamawiającego. Dla ich poprawienia nie wystarczy tylko wprowadzenie zmiany w opisie ale koniecznym byłoby także ustalenie czy ich ceny są takie same. Różnice te dotyczą bowiem innych elementów, a w sytuacji, gdy tych samych elementów, to jednak o innych parametrach (przykładowo ceny kotłów wykonanych z różnych materiałów, a więc żeliwnego i stalowego mogą być różne). Niezgodności te (wskazane przykładowo spośród zakwestionowanych pozycji) mają więc charakter istotny. Zamawiający nie może bowiem samodzielnie dokonać ich poprawienia. Natomiast podniesiona przez odwołującego okoliczność, iż cena w kwestionowanych pozycjach kosztorysu jest niezmienna, gdyż została skalkulowana dla wszystkich pozycji, które zostały podane w przedmiarze, mimo nie zapisania tych właśnie elementów w kosztorysie ofertowym nie zasługuje na uwzględnienie. Są to jedynie gołosłowne i niczym nie poparte twierdzenia odwołującego. Odwołujący nie przedstawił bowiem żadnych dowodów na potwierdzenie tych okoliczności.

Izba nie uwzględniła także argumentacji odwołującego, który wskazywał, że składając w formularzu ofertowym oświadczenie o wykonaniu przedmiotu zamówienia zgodnie z SIWZ i kosztorysami ofertowymi potwierdził wykonanie przedmiotu zamówienia

zgodnego z wymogami zamawiającego. Wskazane oświadczenie woli ma bowiem charakter ogólny i nie może, co do zasady, sanować istotnych niezgodności oferty z treścią SIWZ, a ponadto odwołuje się do kosztorysów ofertowych, które są niezgodne z przedmiarami robót, a więc z treścią SIWZ.

Reasumując stwierdzić należy, iż odwołujący, sporządzając ofertę, w tym kosztorys ofertowy powinien dochować należytej staranności, a której to odwołujący niewątpliwie nie dochował. Tym samym zarzut ten nie potwierdził się.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), tj. stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący: