Sygn. akt KIO 1578/16

WYROK
z dnia 7 września 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 września 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 sierpnia 2015 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia WYROBEK Sp. z o.o. w Rudołtowicach, Przedsiębiorstwo Inżynierii Komunalnej Sp. z o.o. w Pszczynie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Województwo Śląskie - Śląski Zarząd Melioracji i Urządzeń Wodnych w Katowicach

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia RPM S.A. w Lublińcu, RPM Sp. z o.o. w Lublińcu zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Województwu Śląskiemu - Śląskiemu Zarządowi Melioracji i Urządzeń Wodnych w Katowicach unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia WYROBEK Sp. z o.o. w Rudołtowicach, Przedsiębiorstwo Inżynierii Komunalnej Sp. z o.o. w Pszczynie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert;
2. kosztami postępowania obciąża Województwo Śląskie - Śląski Zarząd Melioracji i Urządzeń Wodnych w Katowicach i:
2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia WYROBEK Sp. z o.o. w Rudołtowicach, Przedsiębiorstwo Inżynierii Komunalnej Sp. z o.o. w Pszczynie tytułem wpisu od odwołania;
2.2. zasądza od Województwa Śląskiego - Śląskiego Zarządu Melioracji i Urządzeń Wodnych w Katowicach na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia WYROBEK Sp. z o.o. w Rudołtowicach, Przedsiębiorstwo Inżynierii Komunalnej Sp. z o.o. w Pszczynie kwotę

13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 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 Katowicach.

Przewodniczący: ……

Sygn. akt KIO 1578/16

Uzasadnienie

Zamawiający – Województwo Śląskie – Śląski Zarząd Melioracji i Urządzeń Wodnych w Katowicach – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest „Regulacja cieku Goczałkowickiego w km 0+750 -4+200. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało 9

czerwca 2016 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod pozycją 78061. Wartość zamówienia jest mniejsza niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W związku z przesłaniem przez zamawiającego informacji o wyniku postępowania 23 sierpnia 2015 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia WYROBEK Sp. z o.o. w Rudołtowicach, Przedsiębiorstwo Inżynierii Komunalnej Sp. z o.o. w Pszczynie wnieśli odwołanie. Zachowany został termin ustawowy i obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu, że przez czynności odrzucenia oferty odwołującego jako zawierającą błąd w obliczeniu ceny, zaniechanie poprawienia omyłki w ofercie odwołującego jako oczywistej omyłki rachunkowej lub innej pomyłki oraz wybór jako najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia RPM S.A. w Lublińcu, RPM Sp. z o.o. w Lublińcu, dalej jako „Konsorcjum RPM", której złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji, zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 oraz art. 87 ust. 2 Pzp. Wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego, poprawienia w ofercie odwołującego oczywistej omyłki rachunkowej i/lub innej omyłki oraz dokonanie odpowiedniej zmiany ceny oferty oraz dokonanie powtórnego badania ofert, w tym oferty odwołującego oraz w konsekwencji dokonania wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej. Żądał ponadto odrzucenia oferty Konsorcjum RPM oraz zasądzenia od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego.

W uzasadnieniu odwołujący podniósł, że pismem z 11 sierpnia 2016 r. złożył wyjaśnienia, w których wskazał na niezamierzony charakter omyłki będący skutkiem działania programu komputerowego. Wywodził, że przepisy art. 87 ust. 2 Pzp powinny być interpretowane szeroko, a sam zamawiający dostrzegł popełnioną omyłkę, czemu dał wyraz w wezwaniu odwołującego do złożenia wyjaśnień. Wskazał, że w jego ocenie stwierdzona nieprawidłowość jest to oczywistą omyłką rachunkową i jako taka winna zostać poprawiona na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp, gdyż polega na błędnym działaniu arytmetycznym. Odwołujący wywodził, że nawet jeżeli by uznać stanowisko zamawiającego, że w rozpatrywanym przypadku nie nastąpiła oczywista omyłka rachunkowa, to niewątpliwie zaistniała inna oczywista omyłka, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 3

Pzp. Wyjaśnił trzeba, że poprawienie omyłki nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty. Uwzględnienie wniosku odwołującego spowodowałoby wzrost ceny ofertowej z kwoty 8 616 496,39 zł brutto do kwoty 9 383 177,77 zł brutto. Jednak cena oferty odwołującego byłaby niższa niż cena zwycięskiego konsorcjum, która wynosi 9 525 209,91 zł. Różnica w cenie w wysokości 623 318,20 zł netto, stanowi ok 7,5 % ceny pierwotnie zaproponowanej przez odwołującego, w stosunku do ceny powstałej w wyniku naprawienia nieprawidłowości.

Uzasadniając zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp odwołujący wywodził, że Konsorcjum RPM zastosowało w ofercie ceny materiałów poniżej ich wartości rynkowej.

Konsorcjum RPM przystąpiło do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i przeprowadziła rozprawę, podczas której odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nie podtrzymał zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp. Przystępujący podtrzymał dotychczasowe stanowisko. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający pismem z 8 sierpnia 2016 r. wezwał odwołującego do udzielenia wyjaśnień w związku z pozycjami 11.11, 19.11 i 20.11 kosztorysu ofertowego. Wskazał, że metodyka obliczenia ilości rur jest niezrozumiała, gdyż podana krotność nie ma odzwierciedlenia w ilości materiału (pkt 2 pisma z 8 sierpnia 2016 r. kopia w aktach sprawy)

Odwołujący pismem z 11 sierpnia 2016 r. udzielił wyjaśnień. Przyznał, że w pozycjach kosztorysu 11.11, 19.11, 20.10, 8.15, 22.11, 23.11 doszło do omyłki systemowej dotyczącej przeliczenia współczynników norm materiałów, co spowodowało nieprawidłową ilość obmiarową. Wyjaśnił, że po wprowadzeniu właściwych zgodnych z normą ilości jednostkowych materiału (szt/mb), zostały one podzielone przez program kosztorysowy przez krotność pozycji i przyjęte jako współczynnik normy M. Odwołujący przedstawił sposób poprawienia oferty oraz różnice cenowe z tym związane. Oświdczył, że jego zdaniem popełniona omyłka powinna być poprawiona w trybie art. 87 ust. 2 Pzp, na co wyraża zgodę.

19 sierpnia 2016 r. (za pośrednictwem faxu) zamawiający przesłał odwołującemu informację o wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum RPM. Poinformował również, że oferta odwołującego została odrzucona z powodu błędnego podania w pozycjach kosztorysu 11.11, 19.11, 20.10, 8.15, 22.11, 23.11 ilości materiałów - profili GRP. Zamawiający uznał, że doszło do błędu w obliczeniu ceny i podkreślił, że stwierdzona nieprawidłowość nie może zostać uznana za oczywistą omyłkę rachunkową, ponieważ oczywista omyłka rachunkowa to błędna operacja rachunkowa na liczbach.

4

Izba zważyła, co następuje:

Izba rozpoznała odwołanie na podstawie stanu prawnego obowiązującego przed wejściem w życie ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r. poz. 1020). Stosownie bowiem do art. 16 ust. 1 tej ustawy nowelizującej do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego wszczętych i niezakończonych przed dniem wejścia w życie ustawy nowelizującej oraz do odwołań i skarg do sądu dotyczących tych postępowań stosuje się przepisy dotychczasowe.

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp, potwierdzenie zarzutów odwołania da mu możliwość uzyskania zamówienia.

Izba pominęła podstawy do odrzucenia oferty odwołującego powołane przez przystępującego. Art. 192 ust. 7 Pzp pozwala Izbie na rozpoznanie wyłącznie zarzutów podniesionych w odwołaniu. Postępowanie odwoławcze ma charakter w pełni kontradyktoryjny. Zadaniem Izby nie jest badanie spornej oferty w całości, lecz zbadanie zarzutów wskazanych w odwołaniu i tylko w tych granicach Izba może, przez kontrolę czynności lub zaniechań zamawiającego, dokonać oceny oferty pod kątem jej zgodności z wymaganiami prawa oraz oczekiwaniami zamawiającego wyrażonymi w SIWZ. Bierze przy tym pod rozwagę okoliczności faktyczne wskazane w odwołaniu, gdyż zakreślają one granice zarzutów. Zgodnie bowiem z art. 180 ust. 3 Pzp oraz § 4 ust. 1 pkt 8 *in initio* Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. (Dz. U. z 2014 r. poz. 964) odwołanie powinno zawierać wskazanie okoliczności faktycznych uzasadniających wniesienie odwołania. Powołane przepisy stoją na straży zasady kontradyktoryjności postępowania odwoławczego, dla której zachowania niezbędne jest równie traktowanie stron sporu. Przyzwolenie na formułowanie w czasie rozprawy nowych zarzutów i wskazywanie kolejnych okoliczności zaistniałych w postępowaniu uzasadniających naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy, które nie były podniesione w odwołaniu, dawałoby w okolicznościach sporu nieuzasadnioną przewagę przeciwnikom odwołującego się wykonawcy. Odwołujący musiałby bowiem swoje stanowisko, co do nowych nieznanych mu wcześniej zarzutów przygotowywać *ad hoc* podczas rozprawy.

Odwołanie rozpoznane w granicach podniesionych w nim zarzutów okazało się niezasadne.

Okoliczności faktycznie nie są sporne. Istota sporu sprowadza się ustalenia, czy omyłki w ofercie odwołującego uzasadniają odrzucenie tej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp.

Przede wszystkim nie podzielono poglądu zamawiającego, że z powodu błędnego ustalenia stanu faktycznego, czyli liczby profili GRP, odwołujący wadliwie obliczył cenę swojej oferty.

5

Dostrzec bowiem trzeba, że w okolicznościach sporu, gdzie przedmiotem zamówienia są roboty budowlane a wynagrodzenie wykonawcy ma charakter kosztorysowy, dokładnego opisu przedmiotu zamówienia dokonał zamawiający. Wskazanie przez wykonawcę zbyt małej liczby profili GRP stanowi przede wszystkim o niezgodności oferty wykonawcy z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a zaniżenie ceny oferty jest jedynie konsekwencją tej niezgodności.

Nie ma racji zamawiający, gdy twierdzi, że powinnością odwołującego jest wskazanie kwalifikacji prawnej omyłki popełnionej w ofercie oraz sposobu jej poprawienia.

Art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, której treść jest niezgodna

z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Z powołanego przepisu wynika zatem obowiązek zamawiającego zbadania, czy poprawienie oferty nie spowoduje istotnych zmian w jej treści. Art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp nakazuje bowiem zamawiającemu poprawienie w ofercie omyłek nie będących oczywistymi omyłkami pisarskimi lub oczywistymi omyłkami rachunkowymi a polegających na niezgodności oferty z treścią z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia niepowodujących istotnych zmian w treści oferty.

Izba zgadza się z zamawiającym, że omyłki w ofercie odwołującego nie podlegają poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp. Przepis ten pozwala na poprawienie omyłek rachunkowych, jednak wyłącznie wtedy, gdy mają one charakter oczywisty. To, że omyłka nastąpiła skutkiem błędnego działania arytmetycznego jest niewystarczające, gdyż popełniony błąd rachunkowy, aby był możliwy do poprawy powinien być ewidentny, możliwy do stwierdzenia na pierwszy rzut oka, łatwy do ustalenia dla każdego. Tych cech nie mają omyłki popełnione w pozycjach 11.11, 19.11, 20.10, 8.15, 22.11, 23.11 kosztorysu ofertowego odwołującego. Do ustalenia tej omyłki niezbędna jest analiza kosztorysu, uwzględnienie krotności lub porównanie kosztorysu z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w przedmiarze robót, w którym zamawiający wskazał parametry obiektów, których dotyczą wadliwe wskazane przez odwołującego ilości materiałów.

Jednak wobec oceny, że omyłka popełniona przez odwołującego nie ma charakteru oczywistej omyłki rachunkowej, zamawiający winien zbadać możliwość zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, a tego nie uczynił.

Zdaniem Izby omyłki w ofercie odwołującego podlegają poprawieniu na podstawie powołanego przepisu.

Po pierwsze: polegają one na niezgodności oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, gdyż ilość materiałów wskazanych przez odwołującego nie pozwala na realizację przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami zamawiającego. Skutkiem zastosowania błędnego współczynnika normy M została ona zaniżona. Przykładowo w poz. 11 do wykonania przepustu o długości 15 m potrzeba jest 6 profili GRP o długości 2,5 m, a odwołujący w swoim kosztorysie wskazał 2 profile.

Po drugie: istnieje tylko jeden sposób poprawy oferty, a zamawiający ma wszelkie dane,

aby jej dokonać. Zamawiający nie zaprzeczył, że wszystkie niezbędne dane były wskazane w kosztorysach: długość rury, wartość jednostkowa rury o określonej długości oraz krotność, co więcej ze stanowiska wyrażonego na rozprawie wynika, że wiedział, jaka powinna być prawidłowa liczba rur.

Po trzecie: poprawienie omyłki nie spowoduje istotnych zmian w ofercie odwołującego. Poprawa dotyczy 6 pozycji z kilkuset pozycji kosztorysów, a zmiana ceny oferty o 7,5%, która nastąpi skutkiem uwzględnienie rachunkowych konsekwencji dokonanej korekty, nie ma charakteru na tyle ważącego, aby stała na przeszkodzie do poprawy oferty i rodziła obowiązek jej odrzucenia.

Nie może też zamawiający uchylać się od dokonania poprawy powołując się na brak zgody odwołującego. Przede wszystkim to obowiązkiem zamawiającego wynikającym z art. 87 ust. 2 *in fine* Pzp jest zawiadomienie wykonawcy o dokonanej poprawie, a odrzucenie oferty następuje, jeśli wykonawca w ciągu trzech dni od doręczenia zawiadomienia nie wyraził zgody na poprawienie oferty zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Na marginesie wypada zauważyć, że brak zgody na poprawienie oferty stanowi samodzielną podstawę odrzucenia oferty wskazaną w art. 89 ust. 1 pkt 7 Pzp, niezależną od badanej przez Izbę przesłanki wskazanej w art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp.

Izba uznała, że zamawiający odrzucił ofertę odwołującego z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 oraz art. 87 ust. 2 Pzp, co może mieć wpływ na wynik postępowania.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji. O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego z ograniczeniem do kwoty 3.600 zł, zgodnie z § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: .....