

WYROK
z dnia 10 grudnia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 grudnia 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 listopada 2012 r. przez wykonawcę **Eurovia Polska S.A., Bielany Wrocławskie, ul. Szwedzka 5, 55-040 Kobierzyce** w postępowaniu prowadzonym przez **Zarząd Dróg Wojewódzkich w Olsztynie, ul. Pstrowskiego 28b, 10-602 Olsztyn;**

przy udziale wykonawcy **SKANSKA S.A., ul. Gen. Zajączka 9, 01-518 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Eurovia Polska S.A., Bielany Wrocławskie, ul. Szwedzka 5, 55-040 Kobierzyce** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Eurovia Polska S.A., Bielany Wrocławskie, ul. Szwedzka 5, 55-040 Kobierzyce** tytułem wpisu od odwołania.

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 Olsztynie.

Przewodniczący:

1

Uzasadnienie

Zamawiający: Zarząd Dróg Wojewódzkich w Olsztynie, ul. Pstrowskiego 28 b, 10-602 Olsztyn wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 541 na odcinku Lubawa-Lidzbark ze zmianą przebiegu w m. Lubawa” prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego (znak sprawy: ZDW-NZP/3220/109/2012), które zostało ogłoszone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 8 sierpnia 2012 r. pod numerem 2012/S 151-252548.

W dniu 22 listopada 2012 r. Odwołujący został powiadomiony przez Zamawiającego o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy: Skanska S.A., zwana dalej Przystępującym lub Skanska S.A.

Nie zgadzając się z powyższą czynnością Zamawiającego Odwołujący: Eurovia Polska S.A., ul. Szwedzka 5, Bielany Wrocławskie, 55-040 Kobierzyce w dniu 30 listopada 2012r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, wobec:

1. dokonania niezgodnej z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty Skanska S.A. z siedzibą w Warszawie, jako oferty najkorzystniejszej, pomimo że oferta Skanska S.A. winna zostać odrzucona;

2. zaniechania czynności odrzucenia oferty złożonej przez Skanska S.A. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp z uwagi na niezgodność jej treści ze specyfikacją

istotnych warunków zamówienia;

3. zaniechania czynności wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej;

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

1. naruszenie 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp, poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty złożonej przez Skanska S.A. z uwagi na niezgodność jej treści ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia;
2. naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty złożonej przez Skanska S.A. jako najkorzystniejszej, w sytuacji gdy oferta Skanska S.A. winna zostać odrzucona, a także zaniechanie wyboru oferty złożonej przez Odwołującego.

2

Wobec powyższego Odwołujący wnosil o uwzględnienie niniejszego odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności polegającej na wyborze oferty Skanska S.A., jako najkorzystniejszej;
2. powtórzenia czynności badania i oceny ofert w przedmiotowym postępowaniu;
3. odrzucenia oferty złożonej przez Skanska S.A. na podstawie 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp z uwagi na niezgodność jej treści ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia;
4. dokonanie wyboru oferty złożonej przez Odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej.

W przypadku uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu Odwołujący zażądał od Zamawiającego jak we wnioskach.

Odwołujący zwrócił uwagę, że w punkcie 15 SIWZ (Opis sposobu obliczania ceny) Zamawiający określił, że:

1. Cena oferty zostanie wyliczona przez wykonawcę w oparciu o Przedmiary Robót na formularzach Kosztorysów Ofertowych zamieszczonych w Tomie V niniejszej SIWZ.
2. Kosztorysy Ofertowe, o których mowa w pkt. 15.1. należy sporządzić metodą kalkulacji uproszczonej ściśle według kolejności pozycji wyszczególnionych w Przedmiarach Robót. Wykonawca określi ceny jednostkowe netto oraz wartości netto dla wszystkich pozycji wymienionych w Przedmiarach Robót.
3. Wyliczone w Kosztorysach Ofertowych, o których mowa w pkt. 15.1., wartości netto Wykonawca powinien wpisać do Tabeli Wartości Elementów Scalonych, której wzór stanowi Formularz 2.2., a następnie w tej Tabeli wyliczyć cenę oferty brutto, doliczając do zsumowanej wartości netto elementów scalonych kwotę podatku VAT wyliczona na podstawie przewidzianej prawem wysokości stawki procentowej obowiązującej w dniu złożenia oferty.
4. Wykonawca obliczając cenę oferty musi uwzględnić w Kosztorysach Ofertowych wszystkie pozycje przedmiarowe opisane w Przedmiarach Robót (pliki przedmiarów *.pdf). Wszystkie błędy ujawnione w Dokumentacji Projektowej (na rysunkach), w Specyfikacjach Technicznych Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych oraz w Przedmiarach Robót Wykonawca powinien zgłosić Zamawiającemu przed terminem składania ofert.

Ponadto zauważył, że w punkcie 5.2. Wzoru Umowy (Tom II, Rozdział 1 SIWZ) Zamawiający wskazał, iż „Rozliczenie wynagrodzenia Wykonawcy za przedmiot umowy nastąpi na podstawie cen jednostkowych podanych w kosztorysie ofertowym, stanowiącym załącznik do Oferty Wykonawcy oraz ilości Robót stwierdzonych obmiarem

3

powykonawczym, zgodnie z zatwierdzonym przez Zamawiającego kosztorysem ofertowym i protokołem konieczności, z zastrzeżeniem Subklauzli 12.3”.

Zamawiający wymagał również, aby wykonawcy wycenili w oparciu o Przedmiary robót pozycje określone w formularzach Kosztorysów Ofertowych.

W Kosztorysie dla Robót Ziemnych pozycja 2.1.2. Zamawiający wymagał

zaoferowania oraz wykonania wyceny następującej pozycji „Załadunek i wywóz humusu przez Wykonawcę na wysypisko (z wykonaniem utylizacji)”.

Odwolujący wskazał, iż w swoim Kosztorysie ofertowym Skanska S.A. zaoferowała i wyceniła „Załadunek i wywóz humusu - na składowisko Wykonawcy”.

Zdaniem Odwołującego Skanska S.A. nie dokonała wyceny i nie zaoferowała utylizacji humusu, a także zaoferowała wywiezienie humusu na swoje składowisko, a nie jak wymagał Zamawiający na wysypisko.

W dalszej części odwołania zwrócił uwagę, że w Kosztorysie dla Zieleni Drogowej pozycja 9.3.1. Zamawiający wymagał zaoferowania oraz wykonania wyceny następującej pozycji: „Sadzenie drzew liściastych (z bryłą korzeniową) na ter. Płaskim, w gruncie kat. I-II, z zaprawą dołów (0,7 m) wraz z palikowaniem trzema palikami”.

Odwolujący podniósł przy tym, iż w swoim Kosztorysie ofertowym Skanska S.A. zaoferowała i wyceniła „Sadzenie drzew liściastych (z bryłą korzeniową) na ter. Płaskim, w gruncie kat. I-II, z zaprawą dołów (0,7 m)”, jednak, wbrew wymaganiom Zamawiającego, nie dokonała wyceny i nie zaoferowała palikowania posadzonych drzew.

Ponadto zauważył, że w Kosztorysie ofertowym dla Zieleni Drogowej pozycja 9.5.1. - 9.5.9. Zamawiający wymagał zaoferowania oraz wykonania wyceny pielęgnacji w okresie gwarancji, tj. zgodnie z punktem 7 Wzoru umowy w okresie 60 miesięcy od dnia zakończenia czynności odbioru końcowego (wydania świadectwa Przejęcia), podczas gdy w swoim Kosztorysie ofertowym Skanska S.A. w pozycjach 9.5.1. - 9.5.9. zaoferowała i wyceniła wykonanie pielęgnacji przez okres jednego roku po posadzeniu, a nie jak wymagał Zamawiający, przez cały okres gwarancji.

Według Odwołującego wyżej opisane niezgodności nie stanowią oczywistych omyłek pisarskich lub innych omyłek i nie mogą zostać poprawione przez Zamawiającego na mocy

4

art. 87 ust. 2 ustawy Pzp.

Nadto podkreślił, iż w Kosztorysie dla Hydroizolacji Mostu w Tuszewie - pozycja 27.01.02. Zamawiający wymagał zaoferowania oraz wykonania wyceny następującej pozycji „murek oporowy przy fundamencie kruszywowym”, a w swoim Kosztorysie ofertowym Skanska S.A., wbrew wymaganiom Zamawiającego, nie dokonała wyceny ww. pozycji.

W ocenie Odwołującego ten brak nie stanowi oczywistej omyłki i nie może zostać poprawiony przez Zamawiającego na mocy art. 87 ust. 2 ustawy Pzp.

Odwolujący zauważył, iż Zamawiający wezwał Skanska S.A. do złożenia wyjaśnień w zakresie niewycenionej ww. pozycji kosztorysowej, co świadczy o braku przekonania, co do „oczywistości” nie wycenienia ww. pozycji kosztorysowej przez tegoż wykonawcę.

Wobec wyżej opisanych okoliczności oferta Skanska S.A. – zdaniem Odwołującego - powinna zostać odrzucona, jako niezgodna z SIWZ.

W dniu 6 grudnia 2012r. Skanska S.A. zgłosiła swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść dokumentacji postępowania przetargowego, w tym Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, oferty Przystępującego, zawiadomienia o wyniku postępowania z dnia 22 listopada 2012r., wezwania Zamawiającego do wyjaśnienia treści oferty z dnia 29 października 2012r., odpowiedzi Przystępującego na powyższe wezwanie z dnia 31 października 2012r., zawiadomienia o poprawieniu omyłek z dnia 7 listopada 2012r., zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego z dnia 6 grudnia 2012r., odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie z dnia 7 grudnia 2012r., pisma Przystępującego z

dnia 10 grudnia 2012r., jak również na podstawie złożonych na rozprawie przez strony i uczestnika wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie oddalić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

5

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisu art.89 ust.1 pkt. 2, art. 91 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp.

Jedyne stwierdzone przez Izbę naruszenie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp dotyczyło niezastosowania przez Zamawiającego tego przepisu w poz.9.3.1. w warunkach wystąpienia przesłanek określonych tym przepisem.

Powyższe naruszenie przepisu prawa nie stanowiło jednak – w ocenie Izby - dostatecznej podstawy do uwzględnienia odwołania wobec uznania przez Izbę braku wpływu tego naruszenia oraz braku możliwości wystąpienia istotnego wpływu na wynik prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia w rozpatrywanej sprawie była przede wszystkim kwestia czy Zamawiający miał dostateczne podstawy prawne do poprawienia w ofercie Przystępującego omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty oraz czy treść tej oferty pozostawała w sprzeczności z treścią SIWZ.

Zgodnie z art.87 ust.2 ustawy Pzp Zamawiający poprawia w ofercie:

- 1) oczywiste omyłki pisarskie,
- 2) oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek,
- 3) inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty - niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

Zdaniem Izby wszystkie poprawione przez Zamawiającego omyłki w kosztorysie ofertowym Przystępującego mieściły się w dyspozycji przepisu art.87 ust.2 pkt. 3 ustawy Pzp.

Przed wszystkim należy zauważyć, że jeżeli chodzi o poz.2.1.2 kosztorysu ofertowego, to omyłka polegała jedynie na wadliwym wpisaniu przez Przystępującego w pozycji elementu scalonego – rodzaj robót, szczegółowy opis robót i obliczenie ich ilości, załadunku i wywozu humusu na składowisko wykonawcy, zamiast na wysypisko (z utylizacją). Jednak omyłka ta – według Izby - nie dotyczyła tak istotnych elementów tej pozycji kosztorysowej, jak ilość, cena jednostkowa i wartość.

6

Należy wskazać, że stosownie do pkt.3.2.2, str.5 SIWZ wykonawca jest zobowiązany wykonać pełny zakres robót, który jest konieczny z punktu widzenia dokumentacji projektowej, przepisów prawa, wiedzy technicznej i sztuki budowlanej dla uzyskania finalnego efektu określonego przedmiotem zamówienia.

W wykonaniu tego zobowiązania Przystępujący złożył w swojej ofercie oświadczenie, że akceptuje treść SIWZ, wyjaśnienia i zmiany SIWZ oraz, że uznaje się za związanego określonymi postanowieniami i zasadami postępowania.

Jednocześnie wymaga zauważenia, że Przystępujący zaoferował wykonanie przedmiotu za cenę ofertową zgodnie z załączonymi do oferty kosztorysami ofertowymi.

Powyższa cena oferty zgodnie z pkt.15.6 powinna obejmować całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia, w tym również wszelkie koszty towarzyszące wykonaniu, o których mowa w Tomach II-V niniejszej SIWZ. Koszty towarzyszące wykonaniu przedmiotu zamówienia, których w Przedmiarach Robót i Tabeli Wartości Elementów Scalonych nie ujęto w odrębnych pozycjach, wykonawca powinien ująć w cenach jednostkowych pozycji opisanych w Przedmiarach Robót.

Powołane wyżej postanowienia zmuszają Izbę do wyrażenia poglądu o kompletności oferty Przystępującego, zarówno w zakresie zaoferowanej ceny, jak i przedmiotu świadczenia.

Odnosząc się do kolejnej pozycji kosztorysu ofertowego 9.3.1, Izba stwierdza, że w tym przypadku wystąpiła sytuacja niewpisania w niej palikowania trzema palikami, co jednak kwalifikowało powyższy zapis pozycji – zdaniem Izby – do poprawienia tej omyłki, jako niepowodującej istotnej zmiany SIWZ.

Podobnie jak w poprzednim przypadku omyłka ta nie dotyczyła tak istotnych elementów tej pozycji kosztorysowej, jak ilość, cena jednostkowa i wartość.

Zakres rzeczowy przedmiotu umowy wynikał zaś z opisu przedmiotu zamówienia i dokumentacji projektowej w stosunku, do której Przystępujący złożył stosowne oświadczenie.

W zakresie poz.9.5.1 – 9.5.9 kosztorysu ofertowego wystąpiła sytuacja analogiczna.

7

Izba również doszła do przekonania, dokonując analizy cen jednostkowych, że Przystępujący wyszacował wartości podanych cen jednostkowych w sposób odpowiadający zakresowi przedmiotu zamówienia.

W szczególności należy wskazać, że cena jednostkowa zaoferowana przez Przystępującego w pozycji kosztorysowej 2.1.2 wynosiła 10 zł, podczas gdy Odwołujący zaproponował cenę 6.16 zł, co wskazuje – według uznania Izby, że Przystępujący w pozycji tej uwzględnił również wywóz humusu na wysypisko z uwzględnieniem utylizacji, z racji prawie dwukrotnie wyższego oszacowania tej pozycji przez Przystępującego w stosunku do ceny Odwołującego.

Z powyższych względów Izba uznała, że poprawione elementy kosztorysu ofertowego pozostają w zgodzie z postanowieniami pkt.15.4 SIWZ, bowiem wykonawca obliczając cenę uwzględnił w Kosztorysie ofertowym wszystkie pozycje przedmiarowe opisane w Przedmiarach Robót.

Jednocześnie Izba uznała, że wyjaśnienia treści oferty Przystępującego z dnia 31 października 2012r. były na tyle wyczerpujące, że Zamawiający miał pełne podstawy do przyjęcia wyceny murka oporowego na poziomie 0,00 zł, która to poz.27.01.02 została wyceniona w ramach wyceny elementu D formularza 2.2. – Roboty Mostowe.

Z powyższych wyjaśnień Przystępującego wynika, że Przystępujący cenę jednostkową i wartość pozycji Kosztorysu ofertowego: „Roboty mostowe – most w Tuszewie, Hydroizolacja (izolacje powłokowe w pozycji 27.01.02 – Murek oporowy przy fundamencie kruszywowym, str.21)” ustalił na 0,00 zł, gdyż koszt przedmiarowych robót został uwzględniony w kosztach wykonania innych robót mostowych (w ramach wyceny elementu D formularza 2.2. – Roboty Mostowe).

Izba przyjęła przytoczone wyjaśnienia Przystępującego o wystąpieniu w tym zakresie drobnego przeoczenia spowodowanego błędem technicznym programu komputerowego za wiarygodne, które to uchybienie nie może skutkować obowiązkiem odrzucenia oferty.

W tym kontekście należy zwrócić uwagę, że wartość całej pozycji 27.01.02 zaoferowanej przez Odwołującego wyceniono na 90 zł, co stanowi kwotę marginalną w stosunku do całości przedmiotu zamówienia.

Jako podstawę do rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie Izba skorzystała również z przepisów kodeksu cywilnego w zakresie wykładni oświadczeń woli przy składanej ofercie.

8

Należy zważyć, że zgodnie z art. 60 kodeksu cywilnego z zastrzeżeniem wyjątków w ustawie przewidzianych, wola osoby dokonującej czynności prawnej może być wyrażona przez każde zachowanie się tej osoby, które ujawnia jej wolę w sposób dostateczny, w tym również przez ujawnienie tej woli w postaci elektronicznej (oświadczenie woli).

Zdaniem Izby wola Przystępującego w złożonej ofercie i jego wyjaśnieniach została wyrażona przez niego w sposób dostatecznie jednoznaczny i została ona przez Zamawiającego odczytana prawidłowo.

Nadto brak zakwestionowania przez Przystępującego poprawienia przez Zamawiającego innych omyłek w trybie przepisu art.87 ust.2 pkt. 3 ustawy Pzp nakreśla merytorycznie zakres oświadczenia woli składającego ofertę.

W kontekście powyższych rozważań Izby wymaga podkreślenia, że celem zasadniczym regulacji art.87 ust.2 pkt.3 ustawy Pzp jest utrzymanie w obrocie prawnym ofert, których treść w sposób nieistotny odbiega od treści SIWZ.

Przepis ten ma również działanie prewencyjne, które ma zapobiegać wyeliminowaniu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy składającego najkorzystniejszą ofertę zawierającą nieistotne uchybienia merytoryczne, w warunkach możliwości wygrania przetargu przez wykonawcę składającego ofertę z wyższą ceną bądź w inny sposób mniej korzystną.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp postanowiła oddalić odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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:

9