

Sygn. akt: KIO/UZP 777/08

**WYROK**  
**z dnia 11 sierpnia 2008r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący:**           **Lubomira Matczuk-Mazuś**

**Członkowie:**               **Jolanta Markowska**  
                                     **Barbara Bettman**

**Protokolant:**               **Magdalena Pazura**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 sierpnia 2008r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **PEDBUD s.c. Patryk Trochimiuk, Eugeniusz Trochimiuk, Dagmara Trochimiuk, 11-041 Olsztyn, ul. Pawia 2** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Wojewódzki Szpital Specjalistyczny, 10-561 Olsztyn, ul. Żołnierska 18** protestu z dnia 11 lipca 2008r.

przy udziale **XXX** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego **XXX** po stronie odwołującego się oraz **XXX** - po stronie zamawiającego\*.

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie.**

**2. Kosztami postępowania obciąża PEDBUD s.c. Patryk Trochimiuk, Eugeniusz Trochimiuk, Dagmara Trochimiuk, 11-041 Olsztyn, ul. Pawia**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty

wpisu uiszczanego przez **PEDBUD s.c. Patryk Trochimiuk, Eugeniusz Trochimiuk, Dagmara Trochimiuk, 11-041 Olsztyn, ul. Pawia 2,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz XXX, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu XXX,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 15 936 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **PEDBUD s.c. Patryk Trochimiuk, Eugeniusz Trochimiuk, Dagmara Trochimiuk, 11-041 Olsztyn, ul. Pawia 2.**

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

W odwołaniu od rozstrzygnięcia protestu, wniesionym w dniu 23.07.2008r. (data złożenia odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego - Olsztyn 2), Odwołujący PEDBUD s.c. Patryk Trochimiuk, Eugeniusz Trochimiuk, Dagmara Trochimiuk z siedzibą w Olsztynie, zarzucił Zamawiającemu Wojewódzkiemu Szpitalowi Specjalistycznemu z siedzibą w Olsztynie naruszenie przepisów art. 7, art. 88 ust. 1, pkt 2 i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007r. Nr 223, poz. 1655), poprzez:

- odrzucenie oferty Odwołującego, której treść nie odpowiada treści SIWZ,
- wybór najkorzystniejszej oferty złożonej przez ławskie Przedsiębiorstwo Budowlane „IPB” Sp. z o.o. z siedzibą w Ławie.

Odwołujący uzasadnił, że błędne podanie ilości jednostek miar poprzez wskazanie w kosztorysie ofertowym w branży sanitarnej w poz. 40, wpustów podłogowych w ilości 20, zamiast wymaganych przez Zamawiającego 2 wpustów, nie stanowi podstawy odrzucenia oferty, w myśl art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Stwierdził, że jest to omyłka rachunkowa w obliczeniu ceny oferty, którą Zamawiający miał obowiązek poprawić, zgodnie z art. 88 ust. 1 pkt 2 Pzp lub oczywista omyłka pisarska, którą należało poprawić zgodnie z art. 87 ust. 2 Pzp i przywołał odpowiednie orzecznictwo ZA i KIO.

Odwołujący nie wskazał żadnej wadliwości wybranej oferty, uzasadnił wyłącznie, że jego oferta określająca 20 wpustów zamiast 2, zawiera i tak niższą cenę od oferty wybranej o 150 000 zł i gdyby Zamawiający oferty nie odrzucił, wybrałby tę ofertę jako ofertę

najkorzystniejszą, przy ocenie ofert z zastosowaniem jedyne go kryterium oceny ofert - cena o znaczeniu 100%. Podniósł, że poprzez powyższe czynności Zamawiający naruszył również zasady postępowania określone w art. 7 Pzp – uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania,
- 2) nakazanie uchylenia czynności Zamawiającego polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Ławskie Przedsiębiorstwo Budowlane „IPB” Sp. z o.o. z siedzibą w Ławie,
- 3) nakazanie Zamawiającemu powtórzenie procedury badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty złożonej przez Odwołującego i w konsekwencji dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego.

Odwołanie zostało poprzedzone protestem, wniesionym w dniu 11.07.2008r., z zachowaniem 7 dniowego terminu od dnia zawiadomienia Odwołującego o odrzuceniu jego oferty (pismo z dnia 4.07.2008r., doręczone Odwołującemu w dniu 9.07.2008r.).

W proteście Odwołujący wskazał tylko jeden zarzut, a mianowicie dotyczący niezasadności, w jego ocenie, odrzucenia oferty, podając naruszenie art. 7 i art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Odwołujący nie zawarł żadnego zarzutu wobec oferty wybranej, jak również nie podważył jej wyboru.

Zamawiający rozstrzygnął protest oddalając go w całości. W uzasadnieniu rozstrzygnięcia stwierdził, że nie naruszył przepisów prawnych, wskazanych w proteście, natomiast odrzucenie oferty było prawidłowe, gdyż Odwołujący wycenił w swojej ofercie 20 sztuk wpustów podłogowych, zamiast 2 sztuk. Zdaniem Zamawiającego wszystkie 3 oferty, które złożono w postępowaniu, poddano wnikliwej ocenie i sprawdzeniu, w wyniku czego 2 oferty odrzucono. Odrzucone oferty zawierały błędy, nie podlegające poprawieniu na podstawie art. 88 Pzp. Zamawiający wskazał, że w jednakowy sposób traktował wszystkich wykonawców i zachował zasadę uczciwej konkurencji, nie naruszając art. 7 ust. 1 Pzp. Powołał się na orzecznictwo ZA, z którego wynika, że niezgodności pomiędzy treścią oferty, a treścią SIWZ, bez względu na wartość odstępstw w ofertach w zakresie przedmiarów, powodują obowiązek odrzucenia oferty jako niezgodnej z treścią SIWZ.

Krajowa Izba Odwoławcza, na podstawie dokumentów złożonych w sprawie, oryginalnej dokumentacji postępowania, dostarczonej przez Zamawiającego, w tym SIWZ i ofert oraz wyjaśnień stron złożonych w czasie posiedzenia niejawnego z udziałem stron i podczas rozprawy ustaliła, co następuje:

Zamawiający prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego, które dotyczy robót budowlanych i przedmiot postępowania określono jako „Modernizacja Oddziału Rehabilitacji Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego w Olsztynie”. Wartość szacunkowa zamówienia określona została na kwotę nie przekraczającą kwot, określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich ogłoszeń o zamówieniach na dostawy i usługi. Ogłoszenie o zamówieniu zamieszczone zostało w BZP w dniu 16.05.2008r. poz. 104025.

W postępowaniu złożono 3 oferty. Oferta Odwołującego zawiera najniższą cenę 1 667 968,74 zł, oferta Iławskiego Przedsiębiorstwa Budowlanego „IPB” Sp. z o.o. zawiera cenę 1 817 980,35 zł i oferta trzeciego wykonawcy Przedsiębiorstwa Produkcyjno-Usługowego „TERMOBUD” Sp. z o.o. z siedzibą w Olsztynie zawiera cenę 1 909 192,43 zł. Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego oraz ofertę Przedsiębiorstwa Produkcyjno-Usługowego „TERMOBUD” Sp. z o.o. i wybrał, jako ofertę najkorzystniejszą pozostałą ofertę - Iławskiego Przedsiębiorstwa Budowlanego „IPB” Sp. z o.o.

Zamawiający zawiadomił Odwołującego o dokonanych w postępowaniu czynnościach, przekazując mu dwa pisma:

- z dnia 4.07.2008r. (SZP/333/41PN/2008) zawiadamiające o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp „z powodu niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, tj. w pozycji kosztorysowej nr 40 – wpusty podłogowe ø 110 sztuk 2 wyceniono 20 sztuk” (branża sanitarna); pismo to doręczono Odwołującemu w dniu 9.07.2008r.,

- z dnia 8.07.2008r. (SZP/333/41PN/2008) zawiadamiające o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz o odrzuceniu pozostałych dwóch ofert (w tym Odwołującego); pismo to doręczono Odwołującemu w dniu 10.07.2008r.

Odwołujący wniósł pierwszy protest w dniu 11.07.2008r., w którym podważył odrzucenie jego oferty. Natomiast w dniu 15.07.2008r. wniósł drugi protest, w którym podważył także odrzucenie jego oferty i jednocześnie wniósł „o uchylenie rozstrzygnięcia przetargu i dokonanie ponownego rozstrzygnięcia przetargu, z uwzględnieniem oferty Protestującego”. Żądał „unieważnienia przez Zamawiającego czynności polegającej na odrzuceniu oferty złożonej przez PEDBUD s.c., wybór najkorzystniejszej oferty na zasadach określonych przepisami Pzp”. Zamawiający rozstrzygnął w dniu 18.07.2008r. pierwszy protest, oddalając go w całości, natomiast nie rozstrzygnął i nie nadał biegu drugiemu protestowi, gdyż uznał, że protest ten dotyczy tej samej czynności, której dotyczy protest pierwszy, lecz jest bardziej rozbudowany, zatem pozostawiono protest jako nierozpatrywany.

Odwołujący wniósł odwołanie w dniu 23.07.2008r., w którym podważył odrzucenie jego oferty i wybór najkorzystniejszej oferty.

Podczas rozprawy wyjaśnił, że odwołanie to dotyczy rozstrzygnięcia protestu w przedmiocie odrzucenia jego oferty i stanowisko to podtrzymywał w całym toku sprawy. Wyjaśnił również, że nie wnosił odwołań od drugiego protestu, który uznaje się za oddalony z uwagi na brak jego rozstrzygnięcia przez Zamawiającego w terminie, a w którym podważał rozstrzygnięcie przetargu (stwierdził, że drugi protest, tj. wniesiony w dniu 15.07.2008r. dotyczył czynności wyboru najkorzystniejszej oferty).

Podczas rozprawy potwierdził, że nie wnosił żadnych zastrzeżeń do oferty wybranej jako najkorzystniejszej – Iławskiego Przedsiębiorstwa Budowlanego „IPB” Sp. z o.o., a jedynie nie zgodził się z niezasadnym, w jego ocenie, odrzuceniem swojej oferty. Podał, że jego oferta w postępowaniu, w którym przyjęto kosztorysowe wynagrodzenie wykonawcy, mimo iż pomyłkowo zawiera 20 wpustów podłogowych i odpowiednio cenę uwzględniającą tę ilość wpustów, jest i tak tańszą ofertą o 150 000 zł od oferty wybranej. Ponadto podał, że w czasie wykonania zamówienia wykonawca zamontuje wyłącznie 2 wpusty, gdyż taką ilość, zgodnie z potrzebami Zamawiającego, określa dokumentacja projektowa postępowania.

Odwołujący podał, że odstępuje od zarzutu naruszenia art. 88 ust. 1 pkt 2 Pzp, gdyż uważa, że Zamawiający nie miał konieczności poprawiania oferty Odwołującego, ani jako oczywistej omyłki pisarskiej, ani jako omyłki rachunkowej w obliczeniu ceny (art. 87 ust. 2 i art. 88 ust. 1 pkt 2 Pzp). Zamawiający powinien „przejsć do porządku dziennego” nad rozbieżnością treści oferty Odwołującego z treścią SIWZ, ocenić tę ofertę i wybrać jako ofertę najkorzystniejszą.

Zamawiający stwierdził, że kwestia różnicy w ilości wpustów i podwyższenia z tego tytułu ceny oferty, jest sprawą drugorzędną. Istotę w tym przedmiocie stanowi ocena ofert, zgodnie z zasadami zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. By oferty mogły być porównywalne, zdaniem Zamawiającego, musi wystąpić całkowita zgodność treści oferty z treścią SIWZ, w tym przypadku zgodność zakresu robót wykonawcy, wskazanych w ofercie z przedmiarem robót, zawartym w dokumentacji projektowej.

Z porównania treści oferty Odwołującego z treścią SIWZ wynika: w branży sanitarnej w pozycji 40 Odwołujący zaoferował wpusty ze stali nierdzewnej podłogowe o śr. 110 mm firmy KASSEL w ilości 20 sztuk za cenę jednostkową 88,72 zł, co stanowi wartość 1654,40 zł. W przypadku zaoferowania, zgodnie z SIWZ, 2 sztuk wpustów za wskazaną cenę jednostkową, wartość tej pozycji powinna wynosić 165,44 zł. Różnica w wartości netto tej pozycji wynosi 1488,96 zł. O taką kwotę należałoby skorygować cenę oferty w pozycji netto, następnie skorygować podatek VAT według stawki 22%, podając kwotę tego podatku oraz odpowiednio cenę ofertową brutto oferty.

KIO zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności Izba oceniła legitymowanie się przez Odwołującego interesem prawnym w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 Pzp.

Z przepisu tego wynika, że na wykonawcach korzystających ze środków ochrony prawnej ciąży obowiązek wykazania interesu prawnego, natomiast na zamawiającym oraz organach rozpoznających odwołania i skargi, ciąży obowiązek ustalania czy odwołujący, bądź skarżący legitymuje się interesem prawnym.

Z wyroku Sądu Okręgowego w Łodzi z dnia 21.04.2006 r. sygn. akt III Ca 299/06 wynika, że posiadanie interesu prawnego jest równoznaczne z posiadaniem interesu w uzyskaniu zamówienia. Aby uznać, że strona wykazała interes prawny w uzyskaniu zamówienia, jej działanie musi umożliwiać osiągnięcie określonego skutku prawnego. W innym przypadku można by mówić tylko o interesie faktycznym, czy ogólnym. Należy stwierdzić, że o ile odwołujący nie zaskarży wyboru najkorzystniejszej oferty, wówczas powstaje brak możliwości powtórzenia wyboru najkorzystniejszej oferty i wykazania, że oferta odwołującego w najpełniejszym zakresie spełnia warunki SIWZ. Sąd stwierdził, że brak zaskarżenia wyboru najkorzystniejszej oferty powoduje, że nie można uznać, iż odwołujący ma interes do wniesienia środka ochrony prawnej. Nie jest bowiem możliwe nakazanie powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, gdyż oferta została wybrana i wybór ten nie został zaskarżony.

W rozpoznawanej sprawie Odwołujący jednoznacznie stwierdził, że zawiadomienie o odrzuceniu jego oferty doręczono mu w dniu 9.07.2008r. W dniu 10.07.2008r. doręczono mu zawiadomienie o rozstrzygnięciu postępowania (wybór najkorzystniejszej oferty i odrzucenie oferty Odwołującego). Pierwszy protest sporządził w dniu 11.07.2008r. i w tym dniu protest ten wniósł do Zamawiającego. Mimo, iż w dniu 11.07.2008r. znał rozstrzygnięcie Zamawiającego w zakresie odrzucenia jego oferty i wyboru oferty najkorzystniejszej, oprotestował wyłącznie odrzucenie swojej oferty (protest z dnia 11.07.2008r.). Zamawiający, zgodnie z treścią protestu, rozstrzygnął ten protest wyłącznie w przedmiocie odrzucenia oferty Odwołującego. Odwołanie wniesione do Prezesa UZP w dniu 23.07.2008r. dotyczyło już odrzucenia oferty Odwołującego i wyboru najkorzystniejszej oferty.

KIO, zgodnie z art. 191 ust. 3 zd. 1 Pzp może orzekać, rozpoznając odwołanie, wyłącznie co do zarzutów, które były zawarte w proteście. Odwołujący zresztą potwierdził podczas rozprawy, że popiera odwołanie wyłącznie w przedmiocie odrzucenia jego oferty.

Na czynność wyboru najkorzystniejszej oferty, o której Zamawiający zawiadomił Odwołującego dnia 10.07.2008r., Odwołujący wniósł protest w dniu 15.07.2008r., zawierając wyłącznie we wnioskach i żądaniu uchylenia rozstrzygnięcia przetargu i dokonania ponownego jego rozstrzygnięcia. Protest ten nie został rozstrzygnięty w terminie, który to termin wynosił 10 dni od upływu ostatniego z terminów na wniesienie protestu. Przyjmując, że Zamawiający w dniu 10.07.2008r. przekazał wszystkim wykonawcom zawiadomienie o rozstrzygnięciu postępowania, termin na wniesienie protestu upływał w dniu 17.07.2008r., zaś termin na rozstrzygnięcie protestu przez Zamawiającego upływał w terminie 10 dni od

dnia 17.07.2008r., tj. w dniu 27.07.2008r. W razie braku rozstrzygnięcia protestu w terminie, co miało miejsce w tym przypadku, Odwołującemu przysługiwało prawo wniesienia odwołania od tegoż rozstrzygnięcia w terminie do dnia 1.08.2008r. Odwołujący nie wniósł odwołania od oddalenia protestu, z dnia 15.07.2008r. doprowadzając tym samym do niepodważalności decyzji Zamawiającego polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty, złożonej przez ławskie Przedsiębiorstwo Budowlane „IPB” Sp. z o.o.

W odwołaniu wniesionym w dniu 23.07.2008r. Odwołujący zgłosił tylko wniosek w przedmiocie uchylenia wyboru najkorzystniejszej oferty, nie zgłaszając zarzutów w zakresie wyboru tej oferty. Zaś odnośnie protestu, wniesionego w dniu 15.07.2008r., żądanie uchylenia wyboru oferty najkorzystniejszej było przedwczesne, a zatem wniesione z uchybieniem terminu ustawowego.

W świetle powyższego KIO uznała, że Odwołujący kwestionując wyłącznie odrzucenie jego oferty, bez podważenia wyboru oferty najkorzystniejszej, nie legitymuje się interesem prawnym, niezbędnym do wniesienia rozpoznawanego odwołania.

W zakresie zarzutu dotyczącego odrzucenia oferty Odwołującego, KIO przedstawia poniżej pogląd.

W orzecznictwie ZA ukształtował się przeważający pogląd, że wszelkie niezgodności występujące w treści oferty w stosunku do treści SIWZ, dotyczące ilości jednostek miar, niezależnie czy ilość ta była wyższa czy niższa niż oczekiwał Zamawiający, powodowały niezgodność treści oferty z treścią SIWZ i skutkowały odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Podkreślano wielokrotnie, że rozbieżności, których nie można zakwalifikować jako oczywiste omyłki pisarskie i jako omyłki rachunkowe w obliczeniu ceny, gdyż dotyczyły różnych ilości oferowanych asortymentów, nie można było pominąć przy ocenie ofert, gdyż rozbieżności te stanowiły o braku możliwości porównywalności ofert, która jest niezbędna do oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty. W szczególności linia ta potwierdzała zasadność jej stosowania w razie kosztorysowej ceny ofert.

W wyroku z dnia 23.02.2007r. sygn. akt. X Ga 23/07/za Sąd Okręgowy w Gliwicach orzekł, iż odstępstwo w zakresie żądanych przedmiarem ilości stanowiące różnicę wynoszącą 5 m<sup>3</sup> ziemi, co w efekcie wpłynęło na podwyższenie ceny oferty wykonawcy o kwotę 399,56 zł, przy oferowanej cenie 1 894 462,42 zł, nie przesądza, iż wskazana rozbieżność powoduje nieporównywalność ofert. Sąd stwierdził, że niewielka rozbieżność w sposób oczywisty nie wpływała na możliwość porównania ofert. Sąd zamieścił w wyroku stwierdzenie, że „Formalizm postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie jest celem samym w sobie, a ma na celu realizację zasad Pzp. Stąd przy wykładni i stosowaniu przepisów ustawy należy brać pod uwagę cel ustawy, wyznaczony m.in. treścią cytowanego przepisu”. Sąd wskazał na zastosowanie w takim przypadku normy art. 5 k.c., iż niedopuszczalne jest nadużycie prawa i naruszenie zasad współżycia społecznego.

W obecnym orzecznictwie rysują się zatem poglądy sformalizowane i bardziej liberalne.

Oceniając jednakże rozpoznawane odwołanie, na podstawie ustaleń przedstawionych wyżej, KIO wzięła pod uwagę w pierwszej kolejności, iż Odwołujący, poprzez brak zaskarżenia wyboru najkorzystniejszej oferty, a podważenie wyłącznie odrzucenia jego oferty, nie legitymuje się interesem prawnym, niezbędnym do wniesienia odwołania, zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp.

Z tych względów KIO na podstawie art. 191 ust. 1 Pzp, oddaliła odwołanie.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp.

Nie uwzględniono wniosku Zamawiającego w zakresie przyznania mu kosztów postępowania odwoławczego, tj. wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3600,00 zł oraz zwrotu kwoty 17 zł z tytułu opłaty skarbowej od pełnomocnictwa, ponieważ Zamawiający nie złożył rachunku wymaganego zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886), a spis kosztów, złożony przez Zamawiającego na rozprawie, nie spełnia tego wymogu. Ponadto opłata skarbowa w kwocie 17 zł została wniesiona do niewłaściwego organu podatkowego.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z późn. zm.) na niniejszy wyrok/~~postanowienie~~\* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Olsztynie**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

\_\_\_\_\_

\* *niepotrzebne skreślić*