

Sygn. akt 59/09

**WYROK**  
**z dnia 28 stycznia 2009r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

<b>Przewodniczący:</b>	<b>Renata Tubisz</b>
<b>Członkowie:</b>	<b>Barbara Bettman</b> <b>Magdalena Grabarczyk</b>
<b>Protokolant:</b>	<b>Paulina Zalewska</b>

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **27 stycznia 2009r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Starogardzkie Przedsiębiorstwo Budowlane „S-Bud” S.A., ul. Ceynowy 27, 83 – 200 Starogard Gdański** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Okręgowy Inspektorat Służby Więziennej w Gdańsku, ul. Kurkowa 12, 80 – 803 Gdańsk** protestu z dnia **29.12.2008 r.**

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

**orzeka:**

**1. uwzględnia odwołanie oraz nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania, nakazuje unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego i nakazuje powtórzenie czynności badania, oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty Odwołującego.**

**2. kosztami postępowania obciąża Okręgowy Inspektorat Służby Więziennej w Gdańsku, ul. Kurkowa 12, 80 – 803 Gdańsk**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 574 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Starogardzkie Przedsiębiorstwo Budowlane „S-Bud” S.A., ul. Ceynowy 27, 83 – 200 Starogard Gdański**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 4 574 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Okręgowy Inspektorat Służby Więziennej w Gdańsku, ul. Kurkowa 12, 80 – 803 Gdańsk** na rzecz **Starogardzkie Przedsiębiorstwo Budowlane „S-Bud” S.A., ul. Ceynowy 27, 83 – 200 Starogard Gdański** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania,
- 3) dokonać wpłaty kwoty xxx zł xxx gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 15 426 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Starogardzkie Przedsiębiorstwo Budowlane „S-Bud” S.A., ul. Ceynowy 27, 83 – 200 Starogard Gdański.**

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

Ogłoszenie o przedmiotowym postępowaniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych Nr 218977-2008 z dnia 15.09.2008 roku.

Pismem z dnia 29.12.2008 roku, doręczonym Zamawiającemu tego samego dnia, Odwołujący - Starogardzkie Przedsiębiorstwo Budowlane „S-Bud” S.A. w Starogardzie Gdańskim, złożył odwołanie.

Odwołanie jest następstwem rozstrzygnięcia w dniu 07.01.2009 roku protestu przez Odwołującego. Protest został złożony na czynność Zamawiającego, polegającą na badaniu i ocenie ofert w następstwie, której Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego i unieważnił postępowanie.

Odwołujący zarzucił naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) zwanej dalej „ustawą pzp”. :

1. art. 93 ust. 1 pkt 1 - przez unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w następstwie przyjęcia, że nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu, podczas, gdy oferta Odwołującego została odrzucona bez podstawy prawnej,
2. art. 89 ust.1 pkt 2 - przez odrzucenie oferty Odwołującego, gdyż jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w sytuacji gdy:
  - a. Zamawiający nie odrzucił z tej przyczyny oferty Odwołującego przed złożeniem przez niego pierwszego protestu, a potem odwołania i przed wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej, - treść oferty odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
  - b. treść oferty Odwołującego odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący podniósł, że czynność Zamawiającego polegająca na odrzuceniu oferty Odwołującego jest niedopuszczalna na tym etapie postępowania, bowiem w Wyroku z dnia 21.11.2008 roku (sygn. KIO/UZP/1260/08) Izba nakazała powtórzenie czynności badania i oceny ofert i wskazała na konieczność odrzucenia oferty Zakładu Robót Ogólnobudowlanych Stanisław Repiński, zatem granice działania Zamawiającego zostały określone przez zarzuty Odwołującego i zalecenia zawarte w wyroku Izby. Zdaniem Odwołującego Zamawiający nie może na tym etapie postępowania odrzucić oferty Odwołującego, bowiem od czasu uznania, że oferta spełnia wszystkie warunki i nie podlega odrzuceniu nie zaszły nowe okoliczności, które mogłyby mieć wpływ na dokonaną ocenę.

Odnosząc się do powodów odrzucenia oferty, Odwołujący wskazał, że kwestionowana poz. 39 przedmiaru opisuje „zasilanie wentylatora dachowego Ex wraz z doprowadzeniem przewodu i podłączeniem oraz kompletem automatyki” , natomiast kalkulacja Odwołującego opisuje tą pozycję jako „montaż wentylatora dachowego EX”. Odwołujący nie zmienił ilości wynikającej z przedmiaru, określił ceny, zachował pozycję przedmiaru, a poz. 39 mieści się w grupie robót o tytule o zakresie 0008 „system zasilania wentylacji” a więc obejmuje również zasilanie wentylatora dachowego.

Zamawiający nie podał podstaw wyceny, zatem Odwołujący wycenił prace na podstawie kalkulacji własnej. Oferta Odwołującego zawiera wszystkie pozycje zawarte w książce przedmiarów projektu oraz wszelkie koszty związane z dostawą, pracami budowlanymi, montażowymi elementów budowlanych, elektrycznych, sanitarnych, próbami uruchomieniowymi oraz protokołami powykonawczymi i obowiązkami wynikającymi z prawa budowlanego. W cenie oferty ujęte są również prace w poz. 39 załącznika nr 3 – przedmiaru prac budowlanych.

Zamawiający pismem z dnia 7 stycznia 2009 roku, doręczonym Odwołującemu tego samego dnia, protest oddalił i wskazał, że brak pełnego opisu pozycji 39 przedmiaru branży elektrycznej oraz powielenie opisu pozycji w ofercie Odwołującego może sugerować, że oferta nie obejmuje pełnego zakresu usług. Zamawiający podniósł, że Odwołujący dokonał samowolnej, nieuprawnionej zmiany w opisie pozycji załącznika do siwz i odwołał się w tym zakresie do pisma z dnia 26 września 2008 roku, informującego Wykonawców o zakazie samodzielnej modyfikacji przedmiarów robót pod rygorem odrzucenia oferty.

Ponadto Zamawiający wyjaśnił, że będąc związany zakresem orzeczenia z dnia 21 listopada 2008 roku (syg. Akt. KIO/UZP 1260/08) dokonał powtórzenia czynności badania i oceny ofert w odniesieniu do wszystkich ofert przy akceptacji stanowiska Izby, co do oferty podlegającej odrzuceniu. W ocenie Zamawiającego ponowienie czynności badania i oceny ofert uprawnia go do podejmowania działań zmierzających do wyboru oferty najkorzystniejszej, której wybór może zostać poprzedzony wykluczeniem Wykonawcy czy odrzuceniem jego oferty, a także uprawnia go do unieważnienia postępowania w sytuacji zaistnienia takiej przesłanki. Zamawiający powołał się w tym zakresie na ugruntowane orzecznictwo zespołów arbitrów.

Nie zgadzając się z decyzją Zamawiającego, w dniu 12 stycznia 2009 roku, Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, podtrzymując zarzuty i argumentację zawartą w proteście i wniósł o:

1. nakazanie unieważnienia czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego,
2. nakazania unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
3. nakazanie powtórzenia oprotestowanej czynności, tj. dokonania czynności powtórnego badania i oceny ofert,

Wniósł również o dopuszczenie dowodu:

1. z materiału fotograficznego, obrazującego, że Zamawiający pomimo trwania okresu związania ofertą realizuje przedmiot zamówienia objęty niniejszym postępowaniem,
2. z informacji pisemnej Zamawiającego, czy realizuje prace objęte przedmiotem zamówienia, a jeżeli tak, to jaki zakres prac został wykonany i przez jakich wykonawców.

**Uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania, w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz biorąc pod uwagę wyjaśnienia stron złożone w trakcie rozprawy skład orzekający Izby, ustalił i zważył co następuje.**

Skład orzekający Izby ustalił co następuje.

Odwołujący posiada interes prawny we wniesieniu odwołania, ponieważ po odrzuceniu oferty Zakładu Robót Ogólnobudowlanych Stanisław Repiński, w wyniku wykonania postanowień Wyroku KIO z dnia 21.11.2008 roku o Sygn. KIO/UZP/1260/08 na podstawie ponownego badania i oceny ofert, oferta Odwołującego, w przypadku jej przywrócenia do postępowania byłaby ofertą najkorzystniejszą, a unieważnienie postępowania, pozbawia Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia. Bowiem w ocenie składu orzekającego Izby powyższe wyczerpuje przesłankę interesu prawnego we wniesieniu odwołania, o którym mowa w art.179 ust.1 ustawy pzp, w przypadku stwierdzenia naruszeń przepisów ustawy pzp.

Zamawiający w rozstrzygnięciu protestu Odwołującego oraz na rozprawie zaznaczył istnienie jego obowiązku ponownego badania i oceny ofert w tym oferty Odwołującego na podstawie Wyroku KIO z dnia 21.11.2008 roku o Sygn. KIO/UZP/1260/08, nakazującego powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

Według Zamawiającego, w świetle powyższego Wyroku KIO, jego postępowanie w stosunku do złożonych ofert, w tym do oferty Odwołującego, powinno ulec zmianie i nie powinien tolerować niezgodności w treściach ofert z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) w tym niezgodności z przedmiarem robót stanowiącym integralną część SIWZ.

Dlatego też Zamawiający uznał, że był zobowiązany do odrzucenia oferty Odwołującego przy ponownym badaniu ofert, wobec niezgodności opisu pozycji 39 kosztorysu ofertowego Odwołującego z odpowiadającą jej pozycją przedmiaru robót (poz.39), co też uczynił. W wyniku ponownego badania ofert, Zamawiający wykluczył bądź odrzucił wszystkie oferty, co jest bezsporne pomiędzy stronami niniejszego postępowania odwoławczego. W efekcie takiego wyniku ponownego badania ofert, Zamawiający unieważnił postępowanie na podstawie art.93ust.1 pkt 1 ustawy pzp.

Odpierając zarzuty Odwołującego, Zamawiający stwierdził, że powyżej wymieniony Wyrok KIO zobowiązywał Zamawiającego do bardziej rygorystycznego, niż w poprzednim badaniu ofert, zbadania ofert. Dlatego też przeciwnie do poprzednio przeprowadzonego badania ofert, stwierdzając w kosztorysie ofertowym Odwołującego rozbieżność w stosunku do przedmiaru robót, odrzucił ofertę Odwołującego.

Natomiast zasadniczą argumentacją Odwołującego w powyższym zakresie było to, że nie wystąpiły żadne zmiany w stanie faktycznym sprawy, w stosunku do poprzednio przeprowadzonego badania ofert, które dawałyby prawo Zamawiającemu do innej oceny złożonej przez niego oferty, w tym do treści opisu spornej pozycji 39 kosztorysu ofertowego.

Skład orzekający Izby dokonując oceny złożonego odwołania ustalił następujący stan faktyczny i prawny w sprawie.

Zapis zawarty w opisie poz. 39 przedmiaru robót brzmi: "poz. uproszczona Zasilanie wentylatora dachowego Ex wraz z doprowadzeniem przewodu i podłączeniem oraz kpl. automatyki sterującej kpl. 1.000"

Pozycja kosztorysu ofertowego Odwołującego odpowiadająca tej pozycji przedmiarowej robót brzmi: "kal. własna montaż wentylatora dachowego EX kpl.1,0000" z dokonaną wyceną tej pozycji na kwotę 3.500 zł.

Zasadnicza argumentacja Zamawiającego sprowadzała się do stwierdzenia, że Odwołujący poprzez zamieszczenie innego opisu tej pozycji w kosztorysie ofertowym nie oferuje przedmiotu zamówienia zgodnie z jego oczekiwaniem, co powoduje sprzeczność treści oferty z treścią SIWZ i zobowiązuje Zamawiającego do odrzucenia oferty na podstawie art.89 ust.1 pkt 2 ustawy pzp. Taka też argumentacja została zamieszczona w decyzji Zamawiającego o unieważnieniu postępowania z dnia 19.12.2008r.

Z kolei Odwołujący na rozprawie nie zakwestionował rozbieżności w opisie kosztorysu jego oferty w stosunku do poz.39 przedmiaru robót, ale oświadczył, że w jego ocenie Zamawiający powinien zwrócić się do niego czy wobec zaistniałej rozbieżności oferuje przedmiot zamówienia zgodny z SIWZ, co by Zamawiającemu potwierdził. Ponadto podtrzymał argumentację zawartą w odwołaniu odnoszącą się do stwierdzenia, że Zamawiający nie podał podstaw wyceny, zatem Odwołujący wycenił prace na podstawie kalkulacji własnej. Oferta Odwołującego zawiera wszystkie pozycje zawarte w książce przedmiarów projektu oraz wszelkie koszty związane z dostawą, pracami budowlanymi, montażowymi elementów budowlanych, elektrycznych, sanitarnych, próbami uruchomieniowymi oraz protokołami powykonawczymi i obowiązkami wynikającymi z prawa budowlanego. W cenie oferty ujęte są również prace w poz. 39 załącznika nr 3 – przedmiaru prac budowlanych.

Skład orzekający Izby zważył co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie, ponieważ w ocenie składu orzekającego Izby omyłka w jednym z kosztorysów oferty i nakazanie Zamawiającemu dokonanie jej poprawienia nie stanowić będzie istotnej zmiany w treści oferty.

W skład złożonej przez Odwołującego oferty wchodzi między innymi kosztorys ofertowy składający się z kosztorysów poszczególnych branż przedmiotowych robót budowlanych to jest branży budowlanej, branży sanitarnej (wodno - kanalizacyjnej), branży sanitarnej (centralne ogrzewanie i wentylacji mechanicznej), branży robót elektrycznych, branży robót teletechnicznych.

Stwierdzona podczas ponownego badania ofert tożsama pomyłka w kosztorysie ofertowym dotycząca opisu poz.39 w branży elektrycznej i poz.49 branży sanitarnej (vide decyzja Zamawiającego o unieważnieniu postępowania i odrzuceniu oferty Odwołującego) w wyniku jej poprawienia usunie niezgodność oferty ze specyfikacją, czego Zamawiający powinien dokonać na podstawie art.87 ust.2 pkt 3 ustawy pzp, niezwłocznie zawiadamiając o tym Odwołującego.

W przypadku gdy Odwołujący w terminie trzech dni od dnia doręczenia zawiadomienia, nie zgodzi się na poprawienie omyłki, dopiero wówczas Zamawiający będzie uprawniony do odrzucenia oferty Odwołującego, na podstawie art.89 ust.1 pkt 7 ustawy pzp.

Zwrócić należy uwagę na obowiązek zastosowania się Zamawiającego do dyspozycji przewidzianych przepisami ustawy Pzp: w zakresie obowiązku po stronie Zamawiającego poprawienia omyłek polegających na niezgodności oferty z SIWZ ( art.87 ust.2 pkt 3) oraz w zakresie obowiązku po stronie Zamawiającego odrzucenia oferty w przypadku nie wyrażenia zgody na poprawienie pomyłek przez Wykonawcę ( art.89 ust.1 pkt 7).

Przy czym do oceny Zamawiającego pozostaje okoliczność czy dokonane poprawki nie powodują istotnych zmian w treści oferty.

W związku z decyzją podjętą przez Zamawiającego w stosunku do oferty Odwołującego w dniu 19.12.2008r. to jest decyzją o odrzuceniu oferty, należało uznać, że Zamawiający zaistniałą omyłkę potraktował jako mającą istotny wpływ na treść złożonej oferty.

Przy czym w piśmie z dnia 19.12.2008r. Zamawiający użył na uzasadnienie swojej decyzji następującego sformułowania: (...),„Ofertę sporządzono w sposób niezgodny z wymaganiami SIWZ, a w szczególności z przedmiarami stanowiącymi załącznik nr 3 do specyfikacji. Zamawiający nie dopuszczał możliwości samowolnego dokonywania przez oferentów zmian w przedmiarach pod rygorem odrzucenia oferty”.(...)

Z powyższego wynika, że Zamawiający zastosował wobec omyłki w kosztorysie Odwołującego pełen rygorizm co do wymogu lustrzanego odbicia przedmiaru robót z kosztorysem ofertowym, bez właściwej oceny czy powyżej opisana rozbieżność ma istotne znaczenie dla treści oferty.

Z takim stanowiskiem Zamawiającego nie można zgodzić się, z uwagi na treść aktualnie obowiązującego przepisu art.87 ust.2 pkt 3 w związku z art.89 ust.1 pkt 7 ustawy pzp, gdzie o obowiązku Zamawiającego poprawienia omyłki w ofercie Odwołującego decyduje wpływ poprawienia tej omyłki na treść złożonej oferty. Z uwagi na to, że omyłka dotyczyła opisu pozycji w kosztorysie ofertowym to była związana z oferowanym przedmiotem zamówienia, który z rzeczy samej jest istotnym elementem oferty. Niemniej zakres omyłki w jednej pozycji opisu kosztorysowego w stosunku do całego zakresu kosztorysowania robót objętych przedmiotem zamówienia ma znaczenie w ocenie Izby marginalne i zobowiązuje Zamawiającego do jej poprawienia.

Zamawiający nieprawidłowo ocenił sytuację formalno prawną, dokonując ponownego badania oferty Odwołującego w dniu 19.12.2008r. odnosząc się w tym zakresie do rozstrzygnięcia Wyroku KIO z dnia 21.11.2008 roku o Sygn. KIO/UZP/1260/08, który był wydany w związku z protestem złożonym w dniu 20 października 2008r., w oparciu o poprzednio obowiązujące przepisy ustawy pzp w zakresie możliwości dokonywania poprawek oczywistych omyłek pisarskich i omyłek rachunkowych.

Zatem zasadnie Odwołujący złożył protest w dniu 29.12.2008r. na odrzucenie jego oferty w dniu 19.12.2008r., ponieważ zgodnie z art. 4 ust.1 ustawy z dnia 04.09.2008r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw ( Dz.U. 2008r. Nr 171, poz.1058) do postępowań o udzielenie zamówienia i konkursów wszczętych przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy stosuje się przepisy dotychczasowe, z wyjątkiem przepisów dotyczących zmiany ogłoszeń, zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, poprawiania omyłek w ofercie, przesłanek odrzucenia oferty, które stosuje się w brzmieniu nadanym niniejszą ustawą.

Zgodnie z art. 5 w/w ustawy, wchodzi ona w życie w terminie 30 dni od dnia ogłoszenia, które nastąpiło w dniu 24 września 2008r. Czyli wejście w życie ustawy nastąpiło w dniu 24 października 2008r. i po tym terminie Zamawiający ma obowiązek stosowania zaktualizowanego przepisu art. 87 ust.2 pkt 3 i art. 89 ust.1 pkt 7 ustawy pzp.

W tym stanie rzeczy Izba uznaje za zasadny zarzut Odwołującego, co do bezpodstawnego odrzucenia jego oferty, na podstawie art.89 ust.1 pkt 2 ustawy pzp.

Za zasadny uznaje się również zarzut Odwołującego, co do bezpodstawności unieważnienia postępowania na podstawie art.93 ust.1 pkt 1 ustawy pzp, wobec powyższego uznania przez Izbę zarzutu Odwołującego, o bezpodstawności odrzucenia jego oferty.

Reasumując powyższe orzeczono jak w sentencji.

Izba nie odniosła się do zarzutu Odwołującego co do prowadzenia przez Zamawiającego robót objętych przedmiotem zamówienia, ponieważ nie posiada prawa rozstrzygania w tym zakresie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania.

Izba dokonuje zwrotu kwoty 15 426 zł z uwagi na to, że Odwołujący uiścił wpis w kwocie 20 000 zł, pomimo, że powinien, zgodnie z § 1 ust. 2 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym oraz sposobu ich rozliczania ( Dz. U. 2007 r. Nr 128, poz. 886, zm.2008 r. Nr 182, poz. 1122) uiścić wpis w kwocie 10 000 zł.



Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Gdańsku**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

---

\* *niepotrzebne skreślić*