

WYROK
z dnia 27 kwietnia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:	Małgorzata Rakowska
Członkowie:	Anna Majstrowicz Anna Packo
Protokolant:	Dorota Witak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 kwietnia 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Tomasza Gadzalskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą ZAKŁAD HANDLOWO USŁUGOWY „TOM BUD” Tomasz Gadzalski z siedzibą w miejscowości Podmarzysz 8 B, 26–021 Daleszyce** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Miejski Ośrodek Sportu i Rekreacji z siedzibą w Kielcach, ul. Żytnia 1, 25-018 Kielce** protestu z dnia 27 marca 2009 r.

orzeka:

1.uwzględnia odwołanie i nakazuje ponowną ocenę i badanie ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego,

2.kosztami postępowania obciąża Miejski Ośrodek Sportu i Rekreacji z siedzibą w Kielcach, ul. Żytnia 1, 25-018 Kielce i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Tomasza Gadzalskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą ZAKŁAD HANDLOWO USŁUGOWY „TOM BUD” Tomasz Gadzalski z siedzibą w miejscowości Podmarzysz 8 B, 26–021 Daleszyce,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **8 174 zł 00 gr** (słownie: **osiem tysięcy sto siedemdziesiąt cztery złote zero groszy**) przez **Miejski Ośrodek Sportu i Rekreacji z siedzibą w Kielcach, ul. Żytnia 1, 25-018 Kielce** na rzecz **Tomasza Gadzalskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą ZAKŁAD HANDLOWO USŁUGOWY „TOM BUD” Tomasz Gadzalski z siedzibą w miejscowości Podmarzysz 8 B, 26-021 Daleszyce**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika,

- 3) dokonać zwrotu kwoty **5 426 zł 00 gr** (słownie: **pięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy**) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Tomasza Gadzalskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą ZAKŁAD HANDLOWO USŁUGOWY „TOM BUD” Tomasz Gadzalski z siedzibą w miejscowości Podmarzysz 8 B, 26-021 Daleszyce**.

U z a s a d n i e

Miejski Ośrodek Sportu i Rekreacji w Kielcach, zwany dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j.: Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, wszczął, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia na „Adaptację pomieszczeń dla potrzeb centrum Monitoringu Miejskiego Zespołu Obiektów Sportowych MOSiR przy ul. Ściegiennego 8 w Kielcach”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 19 lutego 2009 r., poz. 34156.

Zamawiający w dniu 23 marca 2009 r. (pismem z tej samej daty) poinformował wykonawcę Tomasza Gadzalskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą ZAKŁAD HANDLOWO USŁUGOWY „TOM BUD” Tomasz Gadzalski z siedzibą w miejscowości Podmarzysz, zwanego dalej „Odwołującym” o odrzuceniu jego oferty, wskazując iż w kosztorysie ofertowym w części branża budowlana w poz. 29 wpisano „292,26 m²”, a winno być „292,29 m²”. Natomiast w części elektryka – montaż okablowania - w poz. 87 dla masy uszczelniającej ppoż zastosowano materiał nie spełniający wymogów ppoż.

Pismem z dnia 27 marca 2009 r. (wpływ do Zamawiającego w tej samej dacie) Odwołujący wniósł protest wobec zaniechania czynności prawnych, do których Zamawiający był zobowiązany, podczas oceny ofert w prowadzonym postępowaniu, a polegających na:

1. odrzuceniu oferty Odwołującego,
2. dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty z naruszeniem ustawy Pzp, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i ust. 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 87 ust. 2 pkt 3, art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Jednocześnie Odwołujący wniósł o:

1. dokonanie ponownej oceny złożonych ofert,
2. poprawienie pozycji w jego kosztorysie ofertowym,
3. uznania jego oferty za najkorzystniejszą.

W uzasadnieniu do podniesionych w proteście zarzutów Odwołujący wskazał, iż niezgodność stwierdzona w poz. 29 powinna być poprawiona w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, gdyż powstała różnica obmiarowa wynosi 0,03 m², co stanowi wzrost kosztorysu ofertowego o 0,14 zł.

Natomiast pozycję 87 Zamawiający powinien uznać za poprawną ponieważ sam nie wskazał w opisie przedmiotu zamówienia jaką masę i w jakiej ilości należy zastosować. Podniósł także, że wartość materiałów pomocniczych w tej pozycji w kwocie brutto wynosi około 3,00 zł i jest to kwota wystarczająca do nabycia masy uszczelniającej w celu uszczelnienia 10 przekuć.

Odwołujący wskazał, iż przedmiotowy protest dotyczy postępowania o zamówienie publiczne na „Adaptację pomieszczeń odnowy biologicznej w Hal Wielofunkcyjnej przy ul. Bocznej 15”, a prowadzone postępowanie, w którym odrzucono ofertę Odwołującego, dotyczy „Adaptacji pomieszczeń dla potrzeb centrum Monitoringu Miejskiego Zespołu Obiektów Sportowych MOSiR przy ul. Ściegiennego 8 w Kielcach”.

Pismem z dnia 6 kwietnia 2009 r. (przedmiotowe pismo Odwołujący otrzymał w tej samej dacie) Zamawiający rozstrzygnął protest przez jego oddalenie, podnosząc iż okoliczności wskazane w proteście nie występują w przywołanym postępowaniu, a podniesione zarzuty dotyczą okoliczności, których Zamawiający nie wykonał względem wykonawcy.

Pismem z dnia 8 kwietnia 2009 r. Odwołujący wniósł odwołanie (wpływ do Zamawiającego w dniu 8 kwietnia 2009 r. oraz do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w dniu 10 kwietnia 2009 r., data nadania w placówce pocztowej operatora publicznego w dniu 8 kwietnia 2009 r.), podtrzymując zarzuty, wnioski oraz argumentację zawartą w proteście.

Nadto dodał, iż omyłkowe wpisanie w nagłówku protestu innego postępowania, niż postępowanie, którego faktycznie dotyczy nie miało wpływu na wymogi formalne wniesionego protestu, gdyż w przedmiotowym proteście Odwołujący wskazał czego dotyczy zaniechana czynność, określił żądania oraz podał w uzasadnieniu okoliczności faktyczne i prawne, dodatkowo wskazując numer i datę pisma otrzymanego od Zamawiającego, a informującego o odrzuceniu jego oferty.

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

Odnosząc się do podniesionych w odwołaniu zarzutów Izba uznała, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Skład orzekający Izby stwierdził również, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 187 ust. 4 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania, zatem odwołanie podlegało merytorycznemu rozpoznaniu. Odwołujący, wbrew twierdzeniom Zamawiającego wniósł bowiem protest na czynność odrzucenia dokonaną przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia na „Adaptację pomieszczeń dla potrzeb centrum Monitoringu Miejskiego Zespołu Obiektów Sportowych MOSiR przy ul. Ściegiennego 8 w Kielcach”. Istotnie w jego nagłówku błędnie oznaczył postępowanie, którego dotyczy, wskazując postępowanie na „Adaptację pomieszczeń odnowy biologicznej w Hal Wielofunkcyjnej przy ul. Bocznej 15”. Niemniej jednak przedmiotowy protest zawiera wymaganą w art. 180 ust. 8 ustawy Pzp treść, a więc wskazuje oprotestowaną czynność (czynność odrzucenia jego oferty), zawiera zarzuty i żądania oraz okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające jego wniesienie. Treść przedmiotowego protestu, w sposób jednoznaczny i nie budzący żadnych wątpliwości, wskazuje na postępowanie, którego faktycznie dotyczy, tj. „Adaptację pomieszczeń dla potrzeb centrum Monitoringu Miejskiego Zespołu Obiektów Sportowych MOSiR przy ul. Ściegiennego 8 w Kielcach”. Twierdzenia Zamawiającego, iż prowadzi on dwa równoległe postępowania, w których Odwołujący bierze udział, a co nie pozwoliło mu na ustalenie, w którym z nich protest został wniesiony, nie znajdują uzasadnienia. Jak już wyżej wskazano z protestu jednoznacznie wynika, iż Odwołujący kwestionuje czynność odrzucenia jego oferty, w tym niezastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, a jak Izba ustaliła, oferta Odwołującego została odrzucona wyłącznie w jednym z dwóch prowadzonych przez Zamawiającego postępowań. Tym samym ustalenie

postępowania, którego dotyczy protest, mimo błędnego określenia jedynie nazwy postępowania, winno nastąpić w oparciu treść protestu, z którego faktycznie wynikało, jakich czynności dotyczy, co niewątpliwie pozwalało na skonkretyzowanie postępowania.

Uwzględniając tę okoliczność Izba stwierdziła również, że została wypełniona materialno-prawna przesłanka z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, wskazująca na interes prawny po stronie wykonawcy wnoszącego odwołanie, co umożliwia odniesienie się do podniesionych w odwołaniu zarzutów. Uszczerbek w interesie prawnym Odwołującego wyraża się bowiem w tym, że jego oferta, gdyby nie została przez Zamawiającego odrzucona byłaby sklasyfikowana na pierwszej pozycji. Tym samym wybrana byłaby jako najkorzystniejsza. Zatem uwzględnienie zarzutów Odwołującego dawałoby mu szansę na uzyskanie niniejszego zamówienia.

Potwierdził się zarzut odrzucenia oferty Odwołującego z naruszeniem wskazanych przez niego przepisów ustawy Pzp.

Izba ustaliła, iż Zamawiający w przedmiarze robót, poz. 29 „Opis i wyliczenia” wskazał, iż dla posadzki z wykładzin z tworzyw sztucznych obmiar wynosi 292,29 m².

Odwołujący w złożonej ofercie w poz. 29 kosztorysu szczegółowego „Opis” podał „obmiar = 292,26 m²”.

Mając na uwadze powyższe Izba ustaliła, iż różnica pomiędzy wielkością obmiaru wskazanego przez Zamawiającego, a zaoferowanego przez Odwołującego wynosi 0,03 m², co stanowi – jak podniósł Odwołujący – wzrost ceny wynagrodzenia o kwotę brutto w wysokości 0,14 zł. Tym samym Zamawiający powinien był poprawić niepoprawną wielkość obmiaru w poz. 29 kosztorysu ofertowego, stanowiącego załącznik do oferty Odwołującego, na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, gdyż uchybienie to można uznać za inną omyłkę, o której mowa w powołanym wyżej przepisie. Przepis ten umożliwia bowiem poprawienie w ofercie „innej omyłki” polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, przy czym tylko taką omyłkę, która nie powoduje istotnych zmian w treści oferty. Poprawienie przedmiotowej niezgodności nie spowoduje istotnej zmiany w treści oferty, gdyż w złożonej ofercie prawidłowo wskazano cenę jednostkową, która stanowić będzie cenę wyjściową wprowadzonych następnie zmian w ofercie Odwołującego. Zamawiający dokonać więc powinien zmiany wielkości obmiaru, a następnie za pomocą działań arytmetycznych, obliczyć ich wymaganą wartość, z uwzględnieniem konsekwencji w cenie oferty wynikających z wprowadzonych zmian. Poprawienie poz. 29 istotnie spowoduje zmianę ceny oferty, niemniej jednak cena oferty Odwołującego nadal będzie ceną najniższą, a wprowadzona zmiana zostanie dokonana z danych już zawartych w ofercie Odwołującego.

Tym samym Izba stwierdziła, że poprawienie treści oferty w celu doprowadzenia do zgodności z treścią SIWZ, w sposób wyżej opisany, jest uprawnione na podstawie art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp, a odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp było przedwcześnie.

Drugą niezgodność w treści oferty Odwołującego stanowić ma – zdaniem Zamawiającego – brak wskazania w poz. 87 kosztorysu ofertowego rodzaju masy ognioodpornej, która ma być wykorzystana do realizacji przedmiotu zamówienia.

Zamawiający w przedmiarze robót w poz. 2.2. (s. 3 przedmiaru) w kolumnie „Opis i wyliczenia” dla KNR 4-01 0206-04 zamieścił opis „Zabetonowanie otworów w stropach i ścianach, otwory do 0,2 m², głębokość ponad 10 cm – uszczelnienia przejść masą ognioodporną”.

Odwołujący w złożonej ofercie w poz. 87, w kolumnie „Opis” zamieścił informację „uszczelnienie przejść masą ognioodporną”.

Materiały wskazane przez Odwołującego w przedmiotowej pozycji kosztorysu ofertowego – jak podniósł Zamawiający na rozprawie - nie spełniają wymogów ppoż i SIWZ, gdyż brak jest – jego zdaniem – wskazania rodzaju masy ognioodpornej, jak również nazwy masy, która będzie zastosowana, a mianowicie „Hilti”, co nie pozwala na uznanie, iż oferta Odwołującego jest zgodna z SIWZ.

Skoro jednak – jak oświadczył Odwołujący na rozprawie – pozycja katalogowa KNR 4-01 0206-04, a więc ta, która jest zgodna z przedmiarem robót, nie uwzględnia masy ognioodpornej, uznać należy, że Odwołujący prawidłowo wypełnił tę pozycję, poprzez dopisanie treści „uszczelnienie przejść masą ognioodporną”. Natomiast Zamawiający, mając wątpliwości, co do tego, czy istotnie użyje on do wykonania przedmiotu zamówienia masy ognioodpornej, mógł zwrócić się do wykonawcy (obecnego Odwołującego), w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, o wyjaśnienie powstałej wątpliwości. Należy zgodzić się z Odwołującym, że w sytuacji, gdy nie wskazano w SIWZ - wbrew opisowi KNR-u - wymogu podania przez wykonawców rodzaju masy ognioodpornej oraz jej ilości, nie można żądać na etapie badania i oceny ofert, wskazania jej nazwy. Wystarczającym będzie więc zamieszczenie w tej pozycji opisu wskazanego przez Odwołującego, a wcześniej przez Zamawiającego w przedmiarze robót. Tym samym Izba uznała, iż w poz. 87 kosztorysu ofertowego złożonego przez Odwołującego nie zachodzi niezgodność z treścią SIWZ.

Na marginesie należy dodać, iż wprowadzenie do ustawy Pzp art. 87 ust. 2 w aktualnym brzmieniu miało na celu poprawienie tego rodzaju niezgodności w treści oferty wykonawców, które mogą pojawić się w trakcie sporządzania kosztorysu ofertowego, a które nie mają wpływu na cenę oferty. Tak więc nawet w sytuacji, gdy Zamawiający zastrzegł w

SIWZ, iż „prace objęte przedmiotem zamówienia muszą być zgodne z przedmiarem robót” możliwa jest korekta oferty wykonawcy w oparciu o wskazany wyżej przepis.

W związku z powyższym orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty zastępstwa prawnego pełnomocnika Odwołującego, ograniczając je do wysokości 3 600 zł, na podstawie faktury złożonej do akt sprawy, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b 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. z 2007 r., Nr 128, poz. 886).

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 - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Kielcach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*