

Sygn. akt: KIO 2295/10

WYROK
z dnia 5 listopada 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 listopada 2010 r. w Warszawie odwołania z dnia 22 października 2010 r. wniesionego przez wykonawcę **Zakład Usługowo-Transportowo-Handlowy Bogusław Wisowaty, 19-300 Ełk, ul. Jagodowa 12** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **180 Szpital Wojskowy z Przychodnią SP ZOZ, 19-300 Ełk, ul. Kościuszki 30**

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje dokonanie unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty oraz dokonanie ponownego badania i ponownej oceny ofert.**

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę zamawiającego **180 Szpital Wojskowy z Przychodnią SP ZOZ, 19-300 Ełk, ul. Kościuszki 30**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczone przez wykonawcę **Zakład Usługowo-Transportowo-Handlowy Bogusław Wisowaty, 19-300 Ełk, ul. Jagodowa 12**, tytułem kosztów postępowania odwoławczego;
- 2) dokonać wpłaty kwoty 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy sześćset złotych zero groszy) przez zamawiającego **Linter sp. z o.o. z siedzibą w Łobzowie, Łobzów 163, 32-340 Wolbrom** na rzecz wykonawcy **Zakład Usługowo-Transportowo-Handlowy Bogusław Wisowaty, 19-300 Ełk, ul. Jagodowa 12** stanowiącej uzasadnione koszty strony.
- 3) dokonać wpłaty kwoty XXX (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;
- 4) dokonać zwrotu kwoty XXX (słownie: XXX) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz XXX.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) 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:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający 108 Szpital Wojskowy z Przychodnią Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej z siedzibą w Ełku, ul. Kościuszki 30, 19-300 Ełk wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Roboty remontowo-budowlane w obiektach 108 Szpitala Wojskowego z Przychodnią SP ZOZ w Ełku w budynkach 72/378, 25/378, 23/378 wg zadań«. Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 i Nr 161, poz. 1078) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

20.09.2010 r. zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych, poz. 257255.

14.10.2010 r. zamawiający zawiadomił o:

- 1) wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy PUH ALMA Piotr Sokołowski w Ełku, ul. Łukaszewicza 3, 19-300 Ełk (zadanie nr 1);
- 2) odrzuceniu oferty wykonawcy Zakład Usługowo-Transportowo-Handlowy Bogusław Wisowaty, ul. Jagodowa 12, 19-300 Ełk, gdyż treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji – art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

22.10.2010 r. do Prezesa KIO zostało doręczone odwołanie wykonawcy ZUTH Bogusława Wisowatego na:

- 1) brak zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania konkurentów;
- 2) zaniechanie poprawienia przez zamawiającego w złożonej ofercie odwołującego omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją, nie powodującej zmiany w treści oferty, co w konsekwencji spowodowało odrzucenie oferty odwołującego.

Zdaniem odwołującego zamawiający naruszył:

- 1) art. 7 ust. 1 Pzp;
- 2) art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp;
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Odwołujący wniósł o:

- 1) poprawienie przez zamawiającego w treści oferty odwołującego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty, w zakresie zamiany słowa cynkowa na słowa cynkowo-tytanowa w kosztorysie ofertowym dotyczącym zadania nr 1 w poz. 11, co nie spowoduje istotnej zmiany w treści oferty, gdyż cena oferty nie ulegnie zmianie (podobnie w orzecznictwie KIO np. wyrok z 3 lutego 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 86/09, 87/09);

- 2) dokonanie ponownej oceny ofert i wybranie oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Argumentacja odwołującego: Zamawiający opisał przedmiot zamówienia między innymi za pomocą specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót oraz przedmiaru robót. Każda pozycja przedmiaru robót zawierała między innymi wskazanie publikacji zawierających kosztowe normy nakładów rzeczowych. W zadaniu nr 1 polegającym na wymianie stolarki okiennej w budynku nr 72/378 Zamawiający dla wyceny poz. nr 11 przedmiaru robót, polegającej na wykonaniu obróbek blacharskich przy szer. rozwinięcia ponad 25 cm z blachy cynkowo-tytanowej jako podstawę wyceny podał katalog KNR-W 2-02 tabl. 0515-02, która to tablica dotyczy wykonania obróbek blacharskich o szerokości rozwinięcia ponad 25 cm z blachy z cynku.

Odwołujący dokonując wyceny swojej oferty wykorzystał program do kosztorysowania robót budowlanych, w tym także pozycji nr 11 przedmiaru robót, gdzie posłużył się wskazaną przez zamawiającego podstawą wyceny KNR-W 2-02 tabl. 0515-02, a program automatycznie wybrał składniki wyceny i nakłady wynikające ze wskazanej przez zamawiającego podstawy wyceny, nie dokonując jej modyfikacji przez zastąpienie blachy z cynku na blachę cynkowo-tytanową.

Zamawiający uznał, to za błąd odwołującego stanowiący podstawę do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Wykonawca podkreśla, że:

- 1) do wyceny poz. 11 przedmiaru robót odwołujący wykorzystał wskazaną przez zamawiającego podstawę wyceny KNR-W 2-02 tabl. 0515-02, która dotyczy obróbek z blachy cynkowej;
- 2) zamawiający w specyfikacji technicznej B.08.00.00 Roboty pokrywcze, która dotyczy wykonania obróbek blacharskich B.7.01.02 w wymaganiach dotyczących materiałów, w pkt 2.3. w wymaganiach dotyczących blachy cynkowo-tytanowej nie określił składu chemicznego blachy w zakresie minimalnej zawartości tytanu (załącznik nr 3 do odwołania), a zgodnie z wymaganiami normy PN-EN 988 blachy i taśmy cynkowo-tytanowe są stopem cynku o zawartości min. 99,995 % cynku oraz tytanu, miedzi i aluminium w ilościach śladowych w przypadku tytanu od 0,06 do 0,2%; stop cynkowo-tytanowy wytwarzany jest z cynku SGH zawierającego min. 99,995% cynku (załącznik nr 3 do odwołania).

22.10.2010 r. odwołanie zostało doręczone do Prezesa KIO, czyli w terminie przewidzianym art. 182 ust. 1 pkt 2 *in fine* Pzp, gdyż zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty i odrzuceniu oferty odwołującego zostało wniesione w inny sposób niż przewidziany w art. 27 ust. 2 Pzp.

18.10.2010 r. odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu (art. 180 ust. 5 Pzp).

19.10.2010 r. zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom (art. 185 ust. 1 *in initio* Pzp).

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy, a także dowodu złożonego przez zamawiającego:

- 1) (dowód nr 1) zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z załącznikami, z którego zamawiający wywodzi o terminie i kompletności przekazania tego dokumentu odwołującemu**

– Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie jest zasadne.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że odwołujący posiada interes w złożeniu środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp przez zaniechanie poprawienia w ofercie odwołującego omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją, nie powodującej zmiany w treści oferty, co w konsekwencji spowodowało odrzucenie oferty odwołującego – zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający żądał w pkt 1.3 tiret 4 załącznika 4/1-2 do specyfikacji zastosowania parapetów zewnętrznych z blachy cynkowo-tytanowej. Podobnie zamawiający wymagał zastosowania blachy cynkowo-tytanowej w pozycji 11 kosztorysu ślepego, stanowiącego załącznik 2/1 i 3/1 do specyfikacji.

Jak wynika z wyjaśnień odwołującego, odwołujący wprowadził podstawowe dane dotyczące postępowania uzyskane ze specyfikacji do programu komputerowego do kosztorysowania. W trakcie wprowadzania tych danych w poz. 11 nie wprowadził właściwie informacji o blasze cynkowo-tytanowej, a w konsekwencji tego w wydruku załączonym do oferty (i w obliczeniach ceny ofertowej) znalazła się w tej pozycji blacha cynkowa. W związku z tym zamawiający odrzucił ofertę odwołującego, gdyż stwierdził, że treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji, co jest unormowane w art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Art. 89 ust. 1

pkt 2 Pzp brzmi: »Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli (2) jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3«.

Odwołujący wniósł odwołanie na to odrzucenie oferty podkreślając, że pojawienie się w wydruku blachy cynkowej, zamiast właściwej blachy cynkowo-tytanowej nastąpiło w wyniku wprowadzenia danych do programu komputerowego i niedopatrzenia się w oryginalnej specyfikacji, że zamawiający dokonał zmiany blachy w kosztorysie ślepym z pierwotnie tam występującej, zgodnie z KNR, blachy cynkowej na blachę cynkowo-tytanową. Ponadto odwołujący twierdzi, że ta omyłka powstała ze względu na zbyt małe wyeksponowanie zmiany blach w kosztorysie ślepym, a obecnie na rynku w zasadzie blacha cynkowa jest nieosiągalna i odwołujący zamierza do wykonania przedmiotu zamówienia zastosować blachę cynkowo-tytanową.

Skład orzekający Izby stwierdza, że zamawiający natykając się na tak nieznaczne odstępstwo wykonawcy w ofercie (kosztorysie ofertowym) od wymagań zamawiającego polegającego na pominięciu łącznika i jednego wyrazu (-tytanowej) powinien podjąć próbę poprawy omyłki zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp brzmi: »Zamawiający poprawia w ofercie (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«.

Należy podkreślić, że właśnie wprowadzenie przez ustawodawcę przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp zostało spowodowane tym, aby dać możliwość zamawiającym poprawiania w ofertach niezgodności oferty ze specyfikacją, które to niezgodności nie powodują istotnych zmian w ofercie, czyli poprawienia omyłek w zakresie niepowodujących istotnych zmian w ofercie i nie odrzucania takich ofert. A więc charakteryzujących się dwoma cechami: (1) niezgodność oferty z treścią specyfikacji musi mieć charakter omyłki i (2) poprawienie omyłki nie może powodować istotnych zmian w treści oferty.

W rozpoznawanym przypadku istotność zmian będzie się opierać na dopisaniu jednego łącznika i wyrazu (-tytanowej) i sprawdzeniu zmian ceny ofertowej. Jeżeli zmiana nie wpłynie na istotną zmianę ceny oferty, to będzie można potraktować te zmiany, jako niepowodujące istotnych zmian w treści oferty.

Podobne stanowisko jest zaprezentowane przez Jacka Sadowego na str. 118 w »Prawo zamówień publicznych po nowelizacji z dnia 4 września 2008 r.« UZP, Warszawa 2008 r., gdzie autor pisze, że cyt.: »Dopuszczalne wydaje się dokonanie zmian w sytuacji, jeżeli z okoliczności wynika zamiar złożenia przez wykonawcę oferty zgodnie z wymaganiami zamawiającego oraz poprawienie omyłki nie ingeruje w sposób istotny w treść oferty, tj. nie powoduje konieczności znaczącej ingerencji ze strony zamawiającego lub nie dotyczy jej

istotnych postanowień«. Dopisanie łącznika i jednego wyrazu w ofercie bez innych zmian jest przykładem takiej zmiany, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Ostateczną weryfikację takiego potraktowania poprawienia w ofercie przedmiotowej omyłki dokona sam wykonawca, który w terminie 3 dni od doręczenia mu zawiadomienia o poprawieniu omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, może nie wyrazić zgody na poprawienie omyłki, co jest unormowane w art. 89 ust. 1 pkt 7 Pzp. Art. 89 ust. 1 pkt 7 Pzp brzmi: »Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli (7) wykonawca w terminie 3 dni od dnia doręczenia zawiadomienia nie zgodził się na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3«.

Jednocześnie zamawiający jest uprawniony, ale nie zobowiązany do zażądania wyjaśnień, co jest unormowane w art. 87 ust. 1 Pzp, który brzmi: »W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści«. Zamawiający nie podjął się wyjaśnienia przyczyny powstania rozbieżności między treścią oferty a treścią specyfikacji. A takie wyjaśnienia – sporządzone z użyciem podobnych argumentów do przedstawionych w odwołaniu – mogłyby od razu spowodować rozwiązanie problemu.

Podobnie wyrok KIO z 21 lipca 2010 r. (sygn. akt KIO 1409/10), gdzie czytamy, cyt.: »Odnosząc się do kwestii poprawienia omyłek w ofercie odwołującego, zauważyć należy, że w świetle przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp czynność ta dokonywana jest w sytuacji wystąpienia łącznie dwóch przesłanek – niezgodność oferty z treścią specyfikacji musi mieć charakter omyłki i nie może powodować istotnych zmian w treści oferty. [...] Brak pewności zamawiającego co do tego, czy stwierdzona niezgodność była wynikiem omyłki, nie jest wystarczającą podstawą do odrzucenia oferty. Zamawiający miał bowiem możliwość zweryfikowania przyczyn rozbieżności między ofertą a wymaganiami specyfikacji, przez zawiadomienie wykonawcy o dokonaniu poprawek. Reakcja wykonawcy na tę czynność byłaby ostatecznym potwierdzeniem charakteru niezgodności. Gdyby wykonawca nie chciał lub nie mógł wykonać parapetów z materiałów wymaganych przez zamawiającego, nie zgodziłby się na poprawienie oferty. Brak zgody uprawniałby do wniosku, że zaoferowanie wykonania parapetów z innych materiałów było zamierzonym działaniem wykonawcy. Wówczas dopiero zaistniałaby przesłanka odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Nie było również żadnych przeszkód, aby ewentualne poprawienie oferty, w związku z wątpliwościami co do przyczyn jej niezgodności z oczekiwaniami Zamawiającego, poprzedzić zwróceniem się do wykonawcy o wyjaśnienie treści oferty w trybie art. 87 ust. 1 Pzp«.

Skład orzekający Izby stwierdza, że zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp przez brak zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania konkurentów nie potwierdził się, gdyż odwołujący nie wykazał, że zamawiający traktował w takiej samej sytuacji inaczej pozostałych wykonawców.

Na marginesie skład orzekający Izby zauważa, że dowód złożony przez zamawiającego dotyczył terminu powiadomienia odwołującego o wyborze najkorzystniejszej oferty. Dowód ten przedstawiał wydruki z urządzenia faksującego, które to wydruki wskazywały na wysłanie przez zamawiającego do odwołującego 5 stron i po kilku minutach 2 stron. Jednak zamawiający tym nie dowiódł, że na pewno odwołujący otrzymał drogą faksową pełny dokument zawiadomienia składający się z 6 stron, gdyż zamawiający nie dowiódł, że bez wątpliwości wystosował wśród 2 stron na pewno 1 brakującą stronę do 6 stronicowego dokumentu. Wykonawca otrzymujący 5 stron dokumentu, zamiast 6 stron, nie może być pewny, że na brakującej 6 stronie nie znajdują się informacje istotnie zmieniające treść zawartą na otrzymanych 5 stronach.

Dlatego skład orzekający Izby wziął pod uwagę fakt, że odwołujący został powiadomiony o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę wniesienia odwołania w sposób inny niż określony w art. 27 ust. 2 Pzp (faksem lub drogą elektroniczną). W związku z tym odwołujący mógł złożyć odwołanie w terminie 10 dni, co też bez wątpliwości uczynił. Wynika to z art. 182 ust. 1 pkt 2 Pzp, który brzmi: »Odwołanie wnosi się (2) w terminie 5 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia – jeżeli zostały przesłane w sposób określony w art. 27 ust. 2, albo w terminie 10 dni – jeżeli zostały przesłane w inny sposób – w przypadku gdy wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8«.

Zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez odrzucenie oferty odwołującego w związku z zaniechaniem dokonania poprawienia innej omyłki na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Z powyższych względów uwzględniono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący:

.....