

WYROK
z dnia 29 grudnia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Bogdan Artymowicz

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 grudnia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 16 grudnia 2010 r. przez Odwołującego **Arkadiusza Niebojewskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „Rembud” Zakład Remontowo – Budowlany Arkadiusz Niebojewski, 86 – 302 Grudziądz, Mały Rudnik 5a** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego pn. „budowę świetlicy wiejskiej w Czaplach” przez Zamawiającego - **Gmina Świecie, 86 – 100 Świecie, ul. Wojska Polskiego 124.**

przy udziale wykonawcy **Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe "LIBRA" P. Bień, M. i S. Grabowieccy s.c. ,86 – 105 Świecie nad Wisłą, ul. St. Kard. Wyszyńskiego 10** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego;

orzeka:

1. **uwzględnić odwołanie i nakazuje: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego, ponowne badanie i ocenę ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego;**
2. **kosztami postępowania obciąża Gmina Świecie, 86 – 100 Świecie, ul. Wojska Polskiego 124 i nakazuje**
 - a) **zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez Arkadiusza Niebojewskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „Rembud” Zakład Remontowo – Budowlany Arkadiusz Niebojewski, 86 – 302 Grudziądz, Mały Rudnik 5a.**

- b) dokonać wpłaty kwoty **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) przez **Gmina Świecie, 86 – 100 Świecie, ul. Wojska Polskiego 124**na rzecz **Arkadiusza Niebojewskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „Rembud” Zakład Remontowo – Budowlany Arkadiusz Niebojewski, 86 – 302 Grudziądz, Mały Rudnik 5a** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania

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 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 **Bydgoszczy**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Świecie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest budowa świetlicy wiejskiej w Czaplach.

Pismem z dnia 10 grudnia 2010 r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze, jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy: Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe "LIBRA" P. Bień, M. i S. Grabowieccy s.c. z siedzibą w Świeciu nad Wisłą. Tym samym pismem zamawiający poinformował o ofertach odrzuconych w tym o odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. nr 113, poz. 759 ze zm.) dalej ustawa p.z.p., oferty wykonawcy Arkadiusza Niebojewskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Remontowo-Budowlany „REMBUD” z siedzibą w Małym Rudniku. W uzasadnieniu zamawiający wskazał, iż wykonawca ten nie sporządził kosztorysu ofertowego ściśle w oparciu o wszystkie pozycje zawarte w przedmiarze robót. Zamawiający stwierdził, iż w kosztorysie ofertowym wykonawca nie uwzględnił zmian, jakie zostały wprowadzone do przedmiaru robót w dniu 23 listopada 2010 r. Za podstawę wyliczeń wykonawca błędnie przyjął 23 a nie 24 zawory grzejnikowe, oraz 23 a nie 24 grzejniki stalowe jednopłytkowe dwupłytkowe.

Od takich czynności pismem z dnia 16 grudnia 2010 r. odwołanie wniósł wykonawca Arkadiusz Niebojewski prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Remontowo-Budowlany „REMBUD” z siedzibą w Małym Rudniku zarzucając zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy p.z.p., poprzez błędne zastosowanie przesłanki odrzucenia oferty uznając, że oferta nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
- 2) art. 87 ust.2 pkt 3 ustawy p.z.p., nakazującego poprawiać inne omyłki, polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia niepowodujące, istotnych zmian w treści oferty;
- 3) art. 7 ust. 3, w związku z art. 91 ustawy p.z.p., poprzez zaniechanie wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, tj. oferty odwołującego.
- 4) art. 35 ust. 3 pkt 1 ustawy z dnia 30 czerwca 2005 r. o finansach publicznych (Dz. U. Nr 249 poz. 214 z późn. zm.), nakazującego dokonywać wydatków publicznych w sposób celowy i oszczędny z zachowaniem zasady uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów.

Odwołujący wnosił o:

- 1) unieważnienie czynności badania i oceny ofert - w tym wykluczenia odwołującego i odrzucenia jego oferty,
- 2) dokonanie ponownego badania i oceny ofert z zastosowaniem dyspozycji art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy p.z.p. w stosunku do oferty odwołującego.

W uzasadnieniu odwołujący podniósł, iż nie zaistniały przesłanki określone w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy p.z.p., skutkujące koniecznością odrzucenia jego oferty. Odwołujący wskazał, iż bezspornym jest fakt, że w pozycji 243 jego kosztorysu ofertowego podano inną niż wskazana w przedmiarze robót ilość zaworów grzejnikowych (23 szt. zamiast 24 szt.). Natomiast stwierdzenie, iż odwołujący nie uwzględnił w kosztorysie ofertowym wymaganych przez zamawiającego 24 szt. grzejników nie ma pokrycia faktycznego (poz. 246 kosztorysu ofertowego). Natomiast faktem jest, że w pozycjach kosztorysu ofertowego instalacje centralnego ogrzewania 244 i 245 zostały ujęte (wycenione) nakłady R i S dla 23 szt. grzejników.

Zdaniem Odwołującego omyłkę tego rodzaju należało zakwalifikować zgodnie z dyspozycją art. art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy p.z.p., gdyż występujące omyłki spełniają obydwie przesłanki w/w przepisu. W zaistniałym przypadku poprawienie omyłki w ww. pozycjach na 254 istniejące pozycje w kosztorysie ofertowym przy znanych i podanych cenach jednostkowych jest możliwe przy zastosowaniu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy p.z.p., gdyż czynność ta nie wpłynie w sposób istotny na treść złożonej oferty i polega tylko na przeprowadzeniu kilku prostych działań arytmetycznych. Odwołujący podnosił, iż w wyniku poprawienia cena całkowita oferty uległaby zmianie zaledwie o 118,31 złoty brutto co stanowi 0,0167 % w stosunku do wartości oferty odwołującego. Dodatkowo wskazywał, iż cena jego oferty jest niższa od oferty uznanej za najkorzystniejszą o ponad 20.000,00 zł., co dodatkowo świadczy o tym że dokonana zmiana nie byłaby istotna i nie miałaby wpływu na ranking ofert. Ponadto odwołujący stwierdził, iż „(...) Zamawiający w piśmie wprowadzającym zmiany poprzez wyjaśnienia i modyfikacją SIWZ (odpowiedzi na pytania) - pytanie i odpowiedź nr 26 w sposób niewłaściwy bez wskazania pozycji przedmiaru robót zażądał wprowadzenia korekty. Zamawiający winien wyraźnie oznaczyć pozycję w których zmienił opis, aby wykonawcy mogli to uwzględnić w swoich ofertach i uniknąć omyłek, czego zaniechał. Należy zatem stwierdzić, że omyłki były wywołane działaniami Zamawiającego.”.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający – Gmina Świecie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest budowa świetlicy wiejskiej w Czaplach.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 12 listopada 2010 r. pod numerem 366216.

Zgodnie z § 4 ust. 3 SIWZ, Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia – zakres robót oraz warunki ich wykonania zawierają: przedmiary robót, dokumentacja projektowa, specyfikacje techniczne odbioru i wykonania robót budowlanych, wzór umowy oraz SIWZ. W § 13 ust. 1 SIWZ zamawiający wskazał, iż „wykonawca oblicza cenę oferty zawierającą podatek od towarów i usług (VAT), sporządzając kosztorys ofertowy na podstawie załączonego do SIWZ przedmiaru robót”. Ponadto zgodnie z § 13 ust. 4 SIWZ „wykonawca zobowiązany jest dołączyć do oferty kosztorys ofertowy sporządzony ściśle w oparciu o wszystkie pozycje zawarte w przedmiarze robót”. Izba ustaliła również, iż zgodnie z przedmiarem robót, dla m.in. robót instalowania centralnego ogrzewania, na stronie 19, w pozycji 76 określono obmiar zaworów grzejnikowych na 23 szt. Ponadto w pozycjach 77 i 78 określono obmiar grzejników jednopłytkowych i dwupłytkowych na odpowiednio 5 i 18 sztuk.

Pismem z dnia 23 listopada 2010 r. zamawiający odpowiadając na pytanie nr 26 „czy w przedmiarze należy przewidzieć 24 szt. grzejników i zaworów termostatycznych (wyliczenie na podstawie załączonej dokumentacji rysunkowej), czy liczba 23 szt. grzejników i zaworów termostatycznych w przedmiarze jest obowiązująca” wskazał, iż „w przedmiarze należy przewidzieć 24 szt. grzejników, podejść do grzejników, zaworów termostatycznych, zawory na podejściach do grzejników w ilości 48 szt. i próby z dokonaniem regulacji c.o. w ilości 24 szt.

Do upływu terminu składania ofert wpłynęło 13 ofert. Ranking złożonych ofert przedstawiał się następująco:

- 1) Spółdzielnia Produkcji Rolnej – 768.698,39 zł;
- 2) Zakład Usług Budowlanych ENT-BUD – 793.316,28 zł;
- 3) Izobud Garden, Józef Karpiński – 759.183,77 zł;
- 4) Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Celbud Przemysłówka Sp. z o. o. – 910.873,21 zł;
- 5) Przesiębiorstwo Wielobranżowe Przembud Sp. z o. o. – 1.008.135,83 zł;
- 6) Malarstwo-Tapeciarstwo Usługi Remontowo-Budowlane Leszek Stosik – 565.188,30 zł;
- 7) PHU „Libra” P. Bień, M i S Grabowieccy s.c. – 727.714,37 zł;

- 8) PBHU „JIM” Janusz Pawełczyk – 773.544,40 zł;
- 9) Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Constans Konstanty Jagielski – 818.657,03 zł;
- 10) PBHU Grudpol s.c. – 809.381,09 zł;
- 11) Zakład Remontowo-Budowlany Rembud, Arkadiusz Niebojewski – 707.163,47 zł;
- 12) Zakład Remontowo-Budowlany REM-BUD sp. j. – 812.863,17 zł;
- 13) PHU „Koszowski” s.c. – 825.659,50 zł.

Pismem z dnia 10 grudnia 2010 r. (przesłanym faksem w dniu 13.12.2010 r.), zamawiający poinformował wykonawców o wyborze, jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy: Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe "LIBRA" P. Bień, M. i S. Grabowieccy s.c. z siedzibą w Świeciu nad Wisłą. Tym samym pismem zamawiający poinformował o wykonawcach wykluczonych oraz o ofertach odrzuconych w tym o odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy p.z.p., oferty wykonawcy Arkadiusza Niebojewskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Remontowo-Budowlany „REMBUD” z siedzibą w Małym Rudniku.

Czynności te leżą u podstaw przedmiotowego postępowania odwoławczego.

Izba ustaliła również, iż w następstwie wezwania zamawiającego w dniu 20 grudnia 2010 r., swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe "LIBRA" P. Bień, M. i S. Grabowieccy s.c. z siedzibą w Świeciu nad Wisłą wnosząc o oddalenie odwołania, jako bezzasadnego. Izba stwierdziła, iż wykonawca ten wypełnił przesłanki określone w art. 185 ust. 2 ustawy p.z.p. i stał się uczestnikiem postępowania.

W dniu 28 grudnia 2010 r. na posiedzeniu Krajowej Izby Odwoławczej, zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie, jako oczywiście bezzasadnego.

Uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności postanowienia specyfikacji, treść oferty odwołującego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia stron złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej zważył, co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, jak również Izba uznała, iż Odwołujący posiada interes w złożeniu środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy p.z.p. gdyż w przypadku uwzględnienia odwołania jego oferta mogłaby być uznana za

najkorzystniejszą.

W pierwszej kolejności należy wskazać, iż przepis art. 87 ust 2 pkt 3 ustawy p.z.p., *de facto* wprowadził zmiany w stosowaniu art. 89 ust. 1 pkt 2 poprzez ograniczenie konieczności odrzucenia oferty ze względu na niezgodność treści oferty z treścią SIWZ do niezgodności, której nie można poprawić na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy p.z.p. Dla wypełnienia przez zamawiającego obowiązku wynikającego z treści art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy p.z.p. konieczne jest ustalenie i łączne spełnienie dwóch okoliczności:

- że stwierdzona przez zamawiającego niezgodność treści oferty z SIWZ ma charakter omyłki i
- że poprawienie tej omyłki nie spowoduje istotnej zmiany w ofercie.

W przedmiotowej sprawie bez wątpienia wystąpiła omyłka prowadząca w efekcie do niezgodności z treścią SIWZ. Bezspornie odwołujący w swojej ofercie podał wartość dla 23 a nie 24 zaworów grzejnikowych i grzejników stalowych. Należy zauważyć, iż odwołujący faktycznie w swojej ofercie wskazał dostawę 24 grzejników stalowych a jedynie koszty robocizny i sprzętu wyliczył dla 23 grzejników stalowych. Już powyższa okoliczność wskazuje na oczywistość omyłek zawartych w ofercie odwołującego. Skoro z treści oferty wynika bezspornie, że odwołujący zaoferował w ramach realizacji przedmiotu zamówienia dostawę 24 grzejników (w tym montaż 23), jak też 23 zaworów grzejnikowych to nie sposób uznać że odwołujący świadomie pominął koszty montażu 24-go grzejnika jak też zaworu. Nie bez znaczenia pozostaje również fakt, iż zamawiający odpowiadając na jedno z pytań wykonawców zmienił ilość zaworów i grzejników z 23 na 24 jednak nie dokonał przy tym wyraźnej modyfikacji treści SIWZ a jedynie opublikował pytania i odpowiedzi. Zamawiający udostępniając na swojej stronie internetowej przedmiary robót w oparciu, o które należało sporządzić kosztorys ofertowy, pozostawił je niezmienione do terminu składania ofert, choć odpowiadając na pytania wykonawców dokonał licznych zmian. Izba uznała, iż wyliczenie kosztów montażu 23 a nie 24 grzejników stalowych jak też zaworów grzejnikowych w powyższym stanie faktycznym nosi znamiona omyłki. Ponadto w wyniku poprawienia cena oferty zmieni się z 707.163,47 zł brutto na 707.281,78 zł brutto tj. o 118,31 zł. W ocenie Izby taka zmiana nie może być uznana za istotną zmianę ceny. Nie bez znaczenia jest również fakt iż zmiana taka nie spowoduje zmiany w rankingu ofert.

Izba wskazuje, iż omyłki o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy p.z.p. winny mieć taki charakter, by czynności ich poprawy mógł dokonać zamawiający samodzielnie, bez udziału wykonawcy w tej czynności. W okolicznościach niniejszej sprawy skoro zamawiając bez wątpienia wiedział, w jaki sposób odwołujący wyliczył wartość pozycji 76, 77 i 78 przedmiaru robót dla 23 zaworów grzejnikowych i 23 grzejników stalowych to mógł wyliczyć bez udziału wykonawcy wartości dla 24 zaworów grzejnikowych i 24 grzejników stalowych.

Wobec wypełnienia wszystkich przesłanek zastosowania dyspozycji art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy p.z.p. Izba stoi na stanowisku, iż zamawiający winien był dokonać poprawienia treści oferty odwołującego.

Wobec stwierdzenia naruszenia w/w przepisu, za udowodniony należało uznać również zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy p.z.p. gdyż odrzucenie oferty odwołującego z uwagi na niezgodność z treścią SIWZ mogło nastąpić dopiero po wyczerpaniu przez zamawiającego dyspozycji art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy p.z.p.

Powyższe uzasadnia również zarzut naruszenia art. 7 ust. 3 ustawy p.z.p. gdyż w przedmiotowym stanie faktycznym działania zamawiającego prowadziłyby do udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy p.z.p.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 35 ust. 3 pkt 1 ustawy z dnia 30 czerwca 2005 r. o finansach publicznych (Dz. U. Nr 249 poz. 214 z późn. zm.), nakazującego dokonywać wydatków publicznych w sposób celowy i oszczędny z zachowaniem zasady uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego. Izba wskazuje, iż zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy p.z.p. środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy p.z.p.

Mając na względzie powyższe orzeczono jak sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy p.z.p., czyli stosownie do wyniku postępowania z uwzględnieniem postanowień rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238). Wobec nie przedłożenia rachunku wymaganego przepisem § 3 pkt 2 w/w rozporządzenia Izba nie uwzględniła wniosku pełnomocnika odwołującego o zasądzenie kosztów zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Przewodniczący:

.....