

Sygn. akt: KIO/UZP 103/10

WYROK
z dnia 18 marca 2010r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Członkowie: Emil Kuriata
Jolanta Markowska

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 marca 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **"Integer" S.A. Wrocław, 50-112 Wrocław, ul. Garbary 1** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Zamiejscowy Wydział Kultury Fizycznej Akademii Wychowania Fizycznego w Poznaniu, z siedzibą w Gorzowie Wielkopolskim, 66-400 Gorzów Wielkopolski, ul. ul. Estkowskiego 13** protestu z dnia 22 grudnia 2009 r.

przy udziale wykonawcy **Skanska S.A., 64-100 Leszno, ul. Chociszewskiego 2A** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

- 1. Uwzględni odwołanie i nakazuje ponowną ocenę ofert oraz wybór najkorzystniejszej oferty**
- 2. kosztami postępowania obciąża Zamiejscowy Wydział Kultury Fizycznej Akademii Wychowania Fizycznego w Poznaniu, z siedzibą w Gorzowie Wielkopolskim, 66-400 Gorzów Wielkopolski, ul. ul. Estkowskiego 13**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 444 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **"Integer" S.A. Wrocław, 50-112 Wrocław, ul. Garbary 1,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 4 444 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) przez **Zamiejscowy Wydział Kultury Fizycznej Akademii Wychowania Fizycznego w Poznaniu, z siedzibą w Gorzowie Wielkopolskim, 66-400 Gorzów Wielkopolski, ul. ul. Estkowskiego 13** na rzecz **"Integer" S.A. Wrocław, 50-112 Wrocław, ul. Garbary 1** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania,
- 3) dokonać zwrotu kwoty 15 556 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **"Integer" S.A. Wrocław, 50-112 Wrocław, ul. Garbary 1.**

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

Zamawiający - Akademia Wychowania Fizycznego im. Eugeniusza Piaseckiego w Poznaniu Zamiejscowy Wydział Kultury Fizycznej w Gorzowie Wielkopolskim, rozstrzygając protest wniesiony przez Skanska S.A. Oddział Budownictwa Ogólnego w Lesznie [dalej Skanska S.A.] w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Modernizacja budynku dydaktycznego fizjoterapii przy ul Orłąt Lwowskich 4-6 w Gorzowie WLKP” od odrzucenia oferty tego wykonawcy podał, iż postanowił uwzględnić protest. W proteście tym wykonawca Skanska S.A. podał, iż w dniu 17.12.2009 r. otrzymał pismo od zamawiającego, w którym zamawiający m. in. poinformował składającego protest o tym, iż jego oferta została odrzucona z powodu niezgodności oferty z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej SIWZ). Jednocześnie zamawiający załączył do ww. pisma zestawienie (dalej: Zestawienie) w którym przedstawiono analizę porównawczą ośmiu pozycji kosztorysu składającego protest, które zdaniem zamawiającego są niezgodne z treścią SIWZ. Składający protest nie kwestionował faktu wystąpienia 7 omyłek wskazanych w zestawieniu

jednakowoż nie zgadza się z oceną zamawiającego jakoby ich poprawa spowodowała istotne zmiany w treści oferty, co zdaniem zamawiającego przesądza o niemożliwości dokonania takiej poprawy. W ocenie składającego protest z uwagi na charakter wskazanych omyłek, ich ilość oraz wartość pozycji dotkniętych omyłką winny one zostać przez Zamawiającego poprawione w trybie przewidzianym w art. 87 ust.2 ustawy. Czynności tej Zamawiający zaniechał naruszając nie tylko w istotny sposób interes składającego protest w uzyskaniu zamówienia ale i podstawowe zasady udzielania zamówień unieważniając zaś bezpodstawnie i lekkomyślnie przedmiotowe postępowanie postąpił wbrew zasadom dyscypliny finansów publicznych nakazujących m.in. wydawanie środków publicznych w sposób celowy i oszczędny. Dalej wykonawca podniósł, że iIntencją ustawodawcy uchwalającego ustawę z dnia 04.09.2008 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2008 r., Nr 171, poz. 1058 z dn. 23.09.2008 r. było m.in. zapobieżenie podobnym sytuacjom tzw. przypadkom, gdy z powodu drobnych uchybień wykonawcy w zakresie treści oferty niemożliwe byłoby rozstrzygnięcie postępowania oraz dokonanie wyboru oferty i realizacja zamówienia. Odnosząc się do merytorycznych zarzutów zamawiającego, dotyczących treści oferty składającego protest stwierdził, że kosztorys ofertowy składającego protest w zakresie robót elektrycznych - usunięcie kolizji kablowych - pozycja nr 9, nie zawiera omyłki. Składający protest uwzględnił bowiem wszelkie elementy, które winny być wycenione w tej pozycji. Fakt, iż składający protest w analizowanej pozycji wpisał liczbę „1” w zakresie liczby sztuk wynika, z jednoznacznych wyjaśnień zamawiającego zgodnie, z którymi wykonawca nie może zmieniać ilości obmiarowych oraz jednostek miar (m. in. wyjaśnienia zamawiającego z dnia 27.11.2009 r.) Jednocześnie składający protest zastosował się do wyjaśnień Zamawiającego wyrażonych w tym samym piśmie z dnia 27.11.2009 r. zgodnie z którymi analizowana pozycja kosztorysu winna zawierać określone elementy. Jednak z uwagi na ww. wytyczne zamawiającego, składający protest nie zmienił liczby gdyż w ocenie składającego protest (mając na uwadze wyjaśnienia zamawiającego) takie działanie nie było zgodne z SIWZ Potwierdzeniem powyższego faktu jest opis ww. pozycji dot. robót elektrycznych z którego wynika, iż składający protest ujął i wycenił w tej pozycji wszystkie elementy, których zgodnie z SIWZ żądał Zamawiający. W pozycji 126 kosztorysu ofertowego składającego protest wystąpiła oczywista omyłka pisarska; zgodnie z przedmiarem w pozycji tej winny być: kratki wentylacyjne GSV 300x100 tymczasem składający protest wpisał omyłkowo kratki wentylacyjne GSV 200x100.. Składający protest wyjaśnia , iż w pozycji tej (tj. 126) przyjął i uwzględnił właściwe elementy tj. kratki wentylacyjne GSV 300x100. Potwierdzeniem tego faktu jest to, iż w pozycji 125 tegoż kosztorysu wyceniono kratki wentylacyjne GSV 200x100. Natomiast jak nietrudno zauważyć ceny obu pozycji nie są tożsame. Cena jednej sztuki elementu (kratki wentylacyjnej) opisanego w pozycji 126 wynosi:70,77 zł. natomiast cena

jednej sztuki elementu (kratki wentylacyjnej) opisanego w pozycji 125 wynosi: 62,64 zł. A zatem cena za sztukę w pozycji 126 jest wyższa co potwierdza, iż przyjęto w niej do wyceny kratkę wentylacyjną o większych rozmiarach tj. nie 200 x 100 lecz 300 x 100 a tym samym potwierdza oczywistość zaistniałej omyłki, która w świetle art. 87 ust 2 pkt 1 nie może skutkować odrzuceniem oferty i winna zostać przez Zamawiającego poprawiona. W uzasadnieniu powołał się także na jednolite orzecznictwo KIO, które – w jego ocenie - potwierdza, że decydującą przesłanką o tym czy mamy do czynienia z omyłką istotną czy też nieistotną w kosztorysie ofertowym jest wartość o jaką zmieni się cena oferty w wyniku poprawienia omyłki. Z uwagi na charakter przepisu art. 87 ust. 2 ustawy - PZP – zdaniem wykonawcy - zamawiający jest zobowiązany do poprawienia omyłek w ofercie wykonawcy. Tym samym w sytuacji, w której występują omyłki w ofercie wykonawcy i mają one znamiona omyłek, o których mowa w art. 87 ust 2 Zamawiający musi je poprawić w innym przypadku Zamawiający naruszy ustawę PZP. Jednocześnie podkreślił, iż aktualne brzmienie ww. ustawy nie dokonuje w zakresie omyłek, o których mowa w art. 87 ust 2 rozróżnienia na oferty z wynagrodzeniem ryczałtowym lub kosztorysowym, co miało miejsce w poprzednim tekście PZP. Wobec powyższego należy przyjąć, iż art. 87. ust 2 należy stosować zarówno do ofert z wynagrodzeniem ryczałtowym jak również do ofert z wynagrodzeniem kosztorysowym.

W uzasadnieniu rozstrzygnięcia powyższego protestu, dotyczącego naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy w zakresie art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 87 ust. 2 pkt 1-3 oraz art. 93 ust 1 pkt 1 ustawy PZP, polegających na niezgodnym z obowiązującymi przepisami odrzuceniu oferty składającego protest, bezpodstawnym i bezzasadnym unieważnieniu postępowania oraz zaniechaniu przez zamawiającego dokonaniu poprawy oczywistych omyłek pisarskich oraz innych pomyłek polegających na niezgodności oferty składającego protest ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia nie powodujących istotnych zmian w treści oferty składającego protest, zamawiający podał, że w toku badania oferty SKANSKA S.A. uznał, że omyłki zawarte w ofercie polegające na zmianie wielkości obmiarowych, zmianie opisu pozycji przedmiaru, braku pozycji przedmiaru, powodują istotne zmiany w treści oferty. Jednakże po wnikliwej i szczegółowej analizie protestu oraz zawartych w nim zarzutach zamawiający uznał, że zakres omyłki dotyczącej opisu pozycji kosztorysowej ma znaczenie nieistotne dla treści całej oferty i w związku z tym powinno być poprawione. Podobnie w przypadku omyłek dotyczących zmiany wielkości obmiaru, a w przypadku braku pozycji przedmiaru - zamawiający uznał, iż zakres tych omyłek nie powoduje istotnych zmian w ofercie. Z uwagi na powyższe zamawiający postanowił unieważnić czynność odrzucenia oferty składającego protest oraz unieważnić czynność unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia i w tym stanie rzeczy powtórzyć czynności badania i oceny oferty

wnoszącego protest tj. SKANSKA S.A. Oddział Budownictwa Ogólnego w Lesznie, w oparciu o kryteria SIWZ oraz postanowienia ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych.

Od tego rozstrzygnięcia protestu odwołanie wniósł wykonawca INTEGER S.A. z Wrocławia (przystępujący do postępowania protestacyjnego) podnosząc, że zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów ustawy — PZP poprzez naruszenie art. 89 ust. 1 ust. 2 ustawy — PZP, poprzez nie odrzucenie oferty SKANSKA SA, pomimo, iż treść oferty jest niezgodna z SIWZ i nie ma możliwości jej poprawienia w trybie art. 87 ust 2 pkt 1 - 3 ustawy — PZP. Odwołujący podtrzymał także zawarte w przystąpieniu do protestu wnioski i zarzuty, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów PZP w związku z bezzasadnym uznaniem, iż błędy w ofercie SKANSKA SA są możliwe do poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 pkt. 1-3 PZP. Wnosząc o uwzględnienie odwołania odwołujący domagał się zmiany rozstrzygnięcia protestu SKANSKA SA oraz uznanie oferty SKANSKA SA za podlegającą odrzuceniu, a nadto - zasądzenie na rzecz odwołującego - kosztów postępowania. Wskazał również, że działanie zamawiającego, tj. uwzględnienie protestu SKANSKA SA stanowi naruszenie interesu prawnego odwołującego, ponieważ zamawiający poprzez swoje działania dopuszcza się naruszenia przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, albowiem w przypadku poprawnej oceny - oferta SKANSKA SA powinna zostać odrzucona, a oferta odwołującego powinna zostać uznana za najkorzystniejszą z pośród ofert nie podlegających odrzuceniu. W uzasadnieniu odwołania wykonawca podał, że oceniając omyłki z pkt 7-8 załącznika nr 3 do zawiadomienia z dnia 17.12.2009r. o odrzuceniu ofert, należy stwierdzić, iż brak wyceny tych pozycji w ofercie SKANSKA SA w Kosztorysie branży Meble tj. pom. Nr 2.18 brak pozycji stół roboczy 4900x600x735 z blatem laminowanym i pom. nr 3.9 brak pozycji - przepust kablowy fi 60 - srebrny, powoduje, że Zamawiający nie ma możliwości ustalenia wartości tych pozycji na podstawie złożonej przez SKANSKA SA oferty, a tym samym nie ma możliwości jej poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 pkt 1 lub art. 87 ust. 2 pkt 3 PZP. Zgodnie z tym przepisem omyłki podlegające poprawieniu to takie, które nie powodują istotnych zmian w treści oferty, a ponadto takie, które są możliwe do poprawienia przez Zamawiającego bez konieczności uzyskiwania dodatkowych wyjaśnień od Wykonawcy. W związku z tym, iż Zamawiający nie może ustalić wartości wskazanych pozycji, oferta SKANSKA SA powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 2 pkt 2 ustawy - PZP. Odnosząc się do uzasadnienia złożonego przez SKANSKA S.A. protestu wskazał, że przytoczone orzeczenia KIO mające potwierdzać stanowisko SKANSKA S.A. w rzeczywistości nie odnoszą się do analogicznego stanu faktycznego i prawnego. Dalej wnoszący odwołanie wykonawca podał, że zamawiający pismem z dnia 13.01.2010 r. pn. „Informacja o poprawkach dokonanych w

ofercie" (znak: 561/RPD/DZ/S/10) dokonał poprawienia oferty SKANSKA SA poprzez dopisanie w pozycji w kosztorysie branży Meble pom. Nr 2.18A pozycji „Stół roboczy 4900x600x735 z blatem laminowanym" szt. 1, cena netto 3.500,00 zł - przyjmując cenę w oparciu o kosztorys inwestorski. W związku z tym, iż kosztorys inwestorski nie był częścią oferty SKANSKA S.A., zdaniem odwołującego, zamawiający dopuszcza się prowadzenia negocjacji z Wykonawcą, gdyż zadał de facto zapytanie ofertowe, czy Wykonawca zgodzi się wykonać prace określone w/w pozycji za cenę określoną w kosztorysie inwestorskim.

Rozpatrując zarzuty podniesione w odwołaniu Krajowa Izba Odwoławcza biorąc pod uwagę dowody z dokumentacji postępowania, oraz złożone w toku rozprawy wyjaśnienia odwołującego i zamawiającego a także przystępującego do postępowania odwoławczego wykonawcy uznała, iż odwołanie podlega uwzględnieniu.

W niniejszej sprawie Izba miała na względzie następujące ustalenia faktyczne i prawne.

Jak ustaliła Izba przedmiotem zamówienia w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest modernizacja budynku Domu Studenta, która – zgodnie ze Specyfikacją Techniczną Wykonania i Odbioru Robót - obejmuje nie tylko prace remontowo-budowlane, ale również dostawę i montaż mebli. Wnoszący odwołanie wykonawca dokonując oceny omyłek w ofercie wykonawcy - Skanska S.A. podanych w załączniku nr 3 do zawiadomienia zamawiającego z dnia 17 grudnia 2010 r. stwierdził, że brak wyceny pozycji stół roboczy z blatem laminowanym(pom.2.18) oraz pozycji – przepust kablowy fi 60 – srebrny (pom.3.9) nie pozwala zamawiającemu na poprawienie oferty w tym zakresie na podstawie art. 87 ust.2 pkt 1 lub art. 87 ust.2 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. nr 223, poz.1655 ze zm.) [dalej ustawa lub ustawa PZP] , albowiem zamawiający nie ma możliwości ustalenia wartości tych pozycji na podstawie złożonej oferty Skanska S.A. Zatem odwołanie wykonawcy zostało ograniczone do dwóch wskazanych powyżej kwestionowanych pozycji.

Dla poprawienia wymienionych omyłek, polegających na braku pozycji przedmiaru zamawiający – co wynika z rozstrzygnięcia protestu – zastosował przepis art. 87 ust.1 pkt 3 ustawy PZP, uznając, iż zakres tych omyłek nie powoduje istotnych zmian w ofercie.

Skład orzekający Izby ustalił także, że oferta wykonawcy Skanska została uzupełniona o brakujące pozycje, a ich wycena nastąpiła dla pozycji – przepust kablowy (pom.3.9) , o inne dane z oferty wykonawcy, a w przypadku stołu roboczego (pom.2.18) – w oparciu o cenę stołu wynikającą z kosztorysu inwestorskiego. Izba ustaliła także, że specyfikacja istotnych warunków zamówienia nie uwzględniała takiej procedury dokonania poprawek w ofertach wykonawców, w szczególności weryfikacji pozycji składających się na przedmiot zamówienia i podstaw ich wycen.

Uwzględniając tak ustalony stan faktyczny, Izba wskazuje, iż przepis art. 87 ust.1 pkt 3 ustawy PZP, który został zastosowany przez zamawiającego w niniejszej sprawie stanowi, iż zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki (oprócz oczywistych omyłek pisarskich i rachunkowych), polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, które nie powodują istotnych zmian w treści oferty. Zdaniem Izby, z istoty tego przepisu nie wynika uprawnienie dla zamawiającego co do możliwości uzupełniania oferty wykonawcy o pominięte pozycje z przedmiarów i jednocześnie zmianę ceny oferty (jej podwyższenie) poprzez dokonywanie wyceny tych pozycji, według podstaw i zasad nie podanych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W związku z tym, iż wykonawca pominął w ofercie pozycję – stół roboczy (pom.2.18) i zamawiający nie mógł ustalić wartości dla wskazanej pozycji na podstawie oferty wykonawcy SKANSKA SA, oferta ta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 2 pkt 2 ustawy PZP, albowiem zastosowanie podstaw wyceny nie przewidzianych specyfikacją prowadziłoby w konsekwencji do naruszenia zasady równego traktowania uczestniczących w tym postępowaniu wykonawców, o której stanowi art. 7 ustawy PZP.

Uwzględniając powyższe orzeczono jak w sentencji. O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 PZP.

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 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Gorzowie Wielkopolskim**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....