

WYROK

z dnia 2 marca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Luiza Łamejko

Członkowie: Jolanta Markowska

Renata Tubisz

Protokolant: Renata Łuba

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 marca 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez wykonawcę **Rafał Wichłacz prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe Euro-Dach, 63-100 Śrem, ul. Kilińskiego 5** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gminę Mosina, 62-050 Mosina, Pl. 20 Października 1** protestu z dnia 23 grudnia 2009 r.

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności oceny ofert i odrzucenia oferty Odwołującego oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

2. Kosztami postępowania obciąża Gminę Mosina, 62-050 Mosina, Pl. 20 Października 1 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 uiszczanego przez wykonawcę **Rafał Wichłacz prowadzący**

działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Uslugowe Euro-Dach, 63-100 Śrem, ul. Kilińskiego 5,

- 2) dokonać wpłaty kwoty **8 044 zł 00 gr** (słownie: osiem tysięcy czterdzieści cztery złote zero groszy) przez **Gminę Mosina, 62-050 Mosina, Pl. 20 Października 1** na rzecz wykonawcy **Rafał Wichłacz prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Uslugowe Euro-Dach, 63-100 Śrem, ul. Kilińskiego 5,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika,

- 3) dokonać zwrotu kwoty **5 556 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy **Rafał Wichłacz prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Uslugowe Euro-Dach, 63-100 Śrem, ul. Kilińskiego 5.**

Uzasadnienie

Zamawiający, tj. Gmina Mosina prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na rozbudowę budynku straży pożarnej w Mosinie. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 27 października 2009r. pod numerem 375486-2009.

W dniu 21 grudnia 2009 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wynikach oceny ofert, w tym m.in. o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Lech Fedorowicz prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Ogólnobudowlana Bud-Lech oraz o odrzuceniu oferty wykonawcy Rafał Wichłacz prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Uslugowe Euro-Dach na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) zwanej dalej ustawą Pzp. Zamawiający stwierdził, że wykonawca ten nie wyraził zgody na poprawienie omyłek w kosztorysie robót budowlanych w pozycjach 39-45 i 51.

W dniu 28 grudnia 2009 r. (pismem z dnia 23 grudnia 2009 r.) wykonawca Rafał Wichłacz prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Uslugowe Euro-Dach zwany dalej Odwołującym wniósł protest wobec czynności odrzucenia złożonej przez niego oferty oraz wyboru oferty najkorzystniejszej zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 87 ust. 2 pkt 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp przez błędne przyjęcie, że oferta Odwołującego zawierała omyłki i w konsekwencji, niezasadne odrzucenie ww. oferty.

Odwołujący wyjaśnił, że nie wyraził zgody na poprawienie omyłek w złożonej ofercie, ponieważ omyłek nie popełnił. Wskazał, że w złożonych w toku postępowania wyjaśnieniach z dnia 14 grudnia 2009 r. poinformował, że w pozycjach 390 - 450 i 510 kosztorysu zawarł prawidłowe ilości znajdujące potwierdzenie zarówno w przedmiarze robót, jak i w dokumentacji projektowej. Odwołujący zauważył, że w pozycji 87 przedmiaru robót ujęto prace dotyczące części istniejącej budynku, w pozycjach 39-45 przedmiaru robót Zamawiający określił, że powierzchnia pokrycia dachowego wynosi 409m², natomiast w pozycji 51 wskazano, że powierzchnia drzwi wewnętrznych wynosi 47,56m².

Odwołujący zwrócił uwagę na fakt, że w odpowiedzi na pytanie nr 5 z dnia 12 listopada 2009 r. Zamawiający nie wskazał, że ilości w pozycjach 39-45 przedmiaru robót są nieprawidłowe i należy przyjąć ilość sugerowaną przez pytającego (574m²) – Zamawiający poinformował, że należy wycenić kompletne pokrycie dachu według rysunków dokumentacji projektowej. W odpowiedzi na pytanie nie określono też, że pokrycie dachowe

części istniejącej budynku należy wycenić inaczej niż w pozycji 870 kosztorysu budowlanego.

Ponadto Odwołujący zauważył, że w żadnej części Specyfikacji, w tym przedmiarze robót i dokumentacji projektowej nie występują ilości 574m² oraz 67,84m², na które powołuje się Zamawiający.

Odwołujący wniósł o:

- unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego, unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, ponowną ocenę ofert i wybór oferty najkorzystniejszej,
- zawieszenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego do czasu rozstrzygnięcia protestu.

Zamawiający nie rozstrzygnął protestu, co zgodnie z art. 183 ust. 3 ustawy Pzp uznaje się za jego oddalenie.

W dniu 12 stycznia 2010 r. Odwołujący wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu jak w proteście, naruszenie art. 87 ust. 2 pkt 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Odwołujący podtrzymał zarzuty zawarte w proteście. Dodatkowo wskazał na czynność unieważnienia przez Zamawiającego postępowania dokonaną w dniu 8 stycznia 2010 r. Stwierdził, że nieistniejąca omyłka nie może stanowić podstawy do odrzucenia oferty wykonawcy. Brak omyłek świadczy również o braku podstaw do unieważnienia postępowania.

Odwołujący wniósł o:

- unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
- unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Na rozprawie Strony podtrzymały dotychczas prezentowane stanowiska.

Izba dokonała następujących ustaleń:

W toku oceny ofert Zamawiający pismem z dnia 10 grudnia 2009 r. zawiadomił Odwołującego o poprawieniu w treści złożonego przez Odwołującego kosztorysu omyłek wskazując, że prawidłowa wielkość, jaką należało przyjąć w pozycjach 390-450 kosztorysu robót budowlanych to 574m², zaś w pozycji 510 – 67,84 m².

Odwołujący w piśmie z dnia 14 grudnia 2009 r. złożył oświadczenie, że przygotowany przez niego kosztorys jest prawidłowy i nie zachodzą podstawy do poprawienia omyłek.

Odwołujący wskazał, że jak wynika z przedmiaru i dokumentacji projektowej, w „zakresie konstrukcji i pokrycia dachowego, części nowej, niezbędna jest ilość 409m², (dla pozycji 390, 400, 410, 420, 430, 440, 450 kosztorysu robót budowlanych) oraz ilość 47,56m² (dla pozycji 510 kosztorysu robót budowlanych).” Odwołujący podkreślił również, że zgodnie z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia i przedmiaru robót, wszelkie prace dla części istniejącej zostały ujęte w ramach pozycji 87 przedmiaru robót, który obejmował komplet prac remontowych istniejącej części (w tym prace remontowe połączenia dachowej).

W dniu 8 stycznia 2010 r. Zamawiający unieważnił postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. W treści informacji Zamawiający przyznał, że błędnie przyjął, iż w kosztorysach ofertowych robót budowlanych w pozycjach 390-450 oraz pozycji 510 należało przyjąć odpowiednio 574m² i 67,84 m², wskutek czego udzielając w dniu 17 listopada 2009 r. odpowiedzi na pytania zasugerował wykonawcom, że oferty powinny uwzględniać ww. ilości. Zamawiający wyraził przekonanie, że ustawa Pzp nie daje zamawiającemu możliwości samodzielnego unieważnienia swoich decyzji.

Jak poinformował na rozprawie Zamawiający, protest na czynność unieważnienia postępowania wniesiony przez Odwołującego został przez Zamawiającego uwzględniony.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wraz z załącznikami, treść oferty Odwołującego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie, przed dniem 29 stycznia 2010 r., tj. przed dniem wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy ustawy Pzp w brzmieniu dotychczasowym - sprzed wejścia w życie wskazanych przepisów.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem prawnym w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Interes prawny Odwołującego w uzyskaniu zamówienia, jako wykonawcy, który zaoferował najniższą cenę za realizację przedmiotu zamówienia, a którego oferta została odrzucona, mógłby doznać uszczerbku w sytuacji potwierdzenia się naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Izba ustaliła, że bezsporny jest między stronami fakt złożenia przez Odwołującego oferty zgodnej z treścią dokumentacji przygotowanej przez Zamawiającego. Przedmiotem sporu jest jednak kwestia prawidłowości dokonanej przez Zamawiającego czynności odrzucenia oferty Odwołującego. Izba zgodziła się z Zamawiającym, że ustawodawca w art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp nałożył na zamawiającego obowiązek odrzucenia oferty w sytuacji, gdy wykonawca nie wyraził zgody na poprawienie omyłek w złożonej ofercie. Jednakże przesłanka do odrzucenia oferty na ww. podstawie nie zaistnieje, jeżeli błędną jest czynność poprawienia omyłek dokonana przez zamawiającego. Za nieuprawnioną należy bowiem uznać sytuację mającą miejsce w przedmiotowej sprawie, w której Zamawiający na skutek własnych błędów dokonał poprawy oferty wykonawcy i wobec stanowiska wykonawcy o zgodności oferty z treścią dokumentacji projektowej opracowanej przez Zamawiającego, ofertę tę odrzucił. Podkreślić należy, że art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp może mieć zastosowanie tylko w przypadku prawidłowego poprawienia przez zamawiającego omyłek w ofercie wykonawcy i braku zgody wykonawcy na tę czynność - wykonawca nie może ponosić negatywnych konsekwencji błędów zamawiającego. Nieistotne z punktu widzenia sytuacji wykonawcy są przy tym przyczyny, z powodu których Zamawiający pozostawał w błędnym przekonaniu o konieczności dokonania poprawy ofert; postanowienia dokumentacji opracowanej dla celów postępowania i przekazanej wykonawcom wiążą zamawiającego na równi z wykonawcami.

Izba stwierdziła ponadto, że odpowiedzi Zamawiającego z dnia 17 listopada 2009 r. nie mogły wprowadzić wykonawców w błąd, bowiem w ich treści Zamawiający odwoływał się jedynie do treści dokumentacji projektowej. Powyższe potwierdza fakt, że wykonawcy złożyli kosztorysy uwzględniające prawidłowe wartości.

Wobec powyższego, Zamawiający zobowiązany jest do unieważnienia czynności oceny ofert i odrzucenia oferty Odwołującego oraz do powtórzenia czynności badania i oceny ofert.

Mając na uwadze powyższe, na podstawie art. 191 ust. 1, 1a, i 2 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 wyroku.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp. Na podstawie § 4 ust. 2 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 i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007 r. Nr 128, poz. 886 z późn. zm.), kosztami postępowania odwoławczego Izba obciążyła Zamawiającego, uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego w kwocie 3 600 zł.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok
- w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa
Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Poznaniu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....