

Sygn. akt KIO/UZP 52/10

WYROK
z dnia 5 marca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

Członkowie: Barbara Bettman

Dagmara Gałczewska – Romek

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 marca 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Zakład Ogólnobudowlany „Bor - Bud” Sp. z o. o., 53-012 Wrocław, ul. Wyścigowa 36** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Uniwersytet Wrocławski, 50-137 Wrocław, pl. Uniwersytecki 1** protestu z dnia 15 grudnia 2009 r.

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności odrzucenia oferty Zakładu Ogólnobudowlanego „Bor - Bud” Sp. z o. o., 53-012 Wrocław, ul. Wyścigowa 36;**
- 2. Kosztami postępowania obciąża Uniwersytet Wrocławski, 50-137 Wrocław, pl. Uniwersytecki 1 i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4444 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Zakład Ogólnobudowlany „Bor - Bud” Sp. z o. o., 53-012 Wrocław, ul. Wyścigowa 36;**

- 2) 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 **Zakładu Ogólnobudowlanego „Bor - Bud” Sp. z o. o., 53-012 Wrocław, ul. Wyścigowa 36.**

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

Zamawiający - Uniwersytet Wrocławski - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest remont skrzydła północnego i akwarium budynku Instytutu Zoologii Uniwersytetu Wrocławskiego ul. Sienkiewicza 21 we Wrocławiu".

16 grudnia 2009 r. zamawiający zawiadomił o odrzuceniu oferty wykonawcy - Zakład Ogólnobudowlany „Bor – Bud” Sp. z o. o. z siedzibą we Wrocławiu z uwagi na niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwaną dalej „siwz”. W konsekwencji zamawiający unieważnił postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) zwanej dalej: „ustawą”.

Czynności zamawiającego stały się przedmiotem odwołania, poprzedzonego protestem, wniesionego przez Zakład Ogólnobudowlany Bor - Bud Sp. z o. o. z siedzibą we Wrocławiu.

Odwołujący się zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Wniósł o unieważnienie czynności unieważnienia postępowania, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego się, ponowną ocenę ofert i wybór jako najkorzystniejszej oferty odwołującego się. Ww treści środków ochrony prawnej błędnie wskazano czynność wykluczenia odwołującego się z postępowania.

Uzasadniając podniesione zarzuty, odwołujący się wywiódł, że obowiązkiem zamawiającego, przed odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, jest sprawdzenie, czy nie zaistniały przesłanki wskazane w art. 89 ust. 2 pkt 3 ustawy. Odwołujący się ocenił, że dokonane przez niego zmiany nazw jednostek w kosztorysach ofertowych, w stosunku do jednostek ustalonych przez zamawiającego w przedmiarach, stanowią oczywistą omyłkę pisarską oraz zmianę jedynie w nomenklaturze i nie powodują konieczności odrzucenia oferty. Podniósł, że zamawiający dokonał zmian nazw jednostek w stosunku do KNR, natomiast odwołujący się w złożonych przez siebie kosztorysach podał nazwę jednostki zgodną z KNR. Istniejące rozbieżności nie powodują konieczności odrzucenia oferty, ale podlegają obligatoryjnej poprawie.

Środki ochrony prawnej zostały wniesione w terminach ustawowych, odpowiednio: protest 16 grudnia 2009 r. (pismem z 15 grudnia 2009 r.), odwołanie 5 stycznia 2010 r. za pośrednictwem placówki pocztowej operatora publicznego. Zamawiający otrzymał kopię treści odwołania w dniu jego wniesienia z zachowaniem terminu ustawowego wynikającego z art. 184 ust. 2 zd. 1 *in fine* ustawy.

Zamawiający oddalił protest 31 grudnia 2009 r. W uzasadnieniu wskazał, że w wymagania odnośnie sposobu obliczenia ceny oferty sformułował wyraźnie w rozdziale VIII pkt 2 siwz oraz, że w katalogu oczywistych omyłek możliwych do poprawienia (Rozdział XI pkt 3 siwz) nie dopuścił jakichkolwiek zmian jednostek przedmiarowych, w związku z czym zmiana jednostek przedmiarowych traktowana jest jako niezgodność oferty z treścią siwz - niemożliwa do poprawienia w trybie art. 87 ust.2 pkt 3 ustawy. Zamawiający wskazał, że niektóre jednostki przedmiarowe, inne niż jednostki standardowe, generowane przez komputerowy program do kosztorysowania, zostały wprowadzone celowo, z uwagi na specyfikę pozycji kosztorysowej, której dotyczą, i obowiązkiem wykonawcy było ich zastosowanie. Użycie przez wykonawcę innych, niż wymagane jednostek przedmiarowych, spowodowało niemożność porównania ofert. Zamawiający powołał na kosztorysowy charakter wynagrodzenia, przy którym musi zachodzić pełna zgodność kosztorysu ofertowego, zarówno w zakresie opisu wszystkich pozycji, jak i tożsamości jednostek przedmiarowych.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający w rozdziale VIII pkt 2 siwz opisał sposób obliczenia ceny oferty:

„Oferta w części kosztorysowej powinna zawierać kosztorys ofertowy sporządzony na podstawie przekazanych przez Zamawiającego przedmiarów robót. Cenę jednostkową robót Wykonawca może ustalić na podstawie kalkulacji własnej, zachowując w kosztorysie podane w przedmiarze jednostki przedmiarowe”.

W Rozdziale XI pkt 3 siwz zamawiający ustalił katalog omyłek w treści oferty możliwych do poprawienia i określił m. in. przykładowe wyliczenie omyłek polegających na niezgodności treści oferty z treścią siwz.

Odwołujący się w złożonej przez siebie ofercie dokonał następujących zmian jednostek przedmiarowych:

1. w kosztorysie dotyczącym instalacji elektrycznych w pozycjach 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 83 i 100 zastosował jednostkę miary „szt.” zamiast „kpl.”;
2. w kosztorysie ofertowym instalacji systemu sygnalizacji pożarowej i systemu oddymiania w pozycjach nr 31 i 62 zastosowano jednostkę „lin.” zamiast „adres”, w pozycjach nr 32 i 63 zastosowano jednostkę „system.” zamiast »n-g”.

Nazwy jednostek zastosowanych przez odwołującego się odpowiadają nazwom zawartym w KNNR, odwołujący się zaoferował liczbę jednostek zgodnie z wymaganiami zamawiającego.

Zamawiający sporne pozycje kosztorysu opisał w ten sposób, że:

W kosztorysie dotyczącym instalacji elektrycznych w pozycjach 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 83 i 100 odwołujący się zastosował opis pozycji odpowiadający wymaganiom zamawiającego. W przedmiarze dotyczącym instalacji elektrycznych zamawiający zmienił opis w stosunku do oryginału zawartego w KNNR.

Powyższe Izba ustaliła na podstawie znajdujących się w oryginalnej dokumentacji postępowania siwz z załącznikami oraz oferty odwołującego się.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołujący się posiada interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy. Wobec faktu, że zamawiający odrzucił dwie oferty poprzedzające ofertę odwołującego się, potwierdzenie zarzutów odwołania spowoduje konieczność unieważnienia czynności unieważnienia postępowania i odwołujący się, jako jedyny uczestnik postępowania, będzie miał możliwość uzyskania zamówienia.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Okoliczności faktyczne nie są sporne między stronami. Na rozprawie zamawiający uznał słuszność zarzutów odwołującego się w stosunku do kosztorysu ofertowego instalacji systemu sygnalizacji pożarowej i systemu oddymiania. Izba uznała zatem za przyznany fakt, że zastosowanie w pozycjach nr 31 i 62 jednostki „lin.” zamiast „adres” oraz w pozycjach nr 32 i 63 jednostki „system.” zamiast »n-g” stanowi omyłkę nie powodującą niezgodności oferty z treścią siwz, a pojęcia te stosowane mogą być, w okolicznościach sporu, zamiennie. Przyznanie tego faktu przez zamawiającego nie budzi wątpliwości Izby, co do zgodności z rzeczywistym stanem rzeczy (art. 188 ust. 5 zd. 2 ustawy). Zmiany nazw jednostek przedmiaru w tym zakresie, traktowane być winno zatem jako uchybienie o charakterze formalnym pozbawione wpływu na treść siwz.

Jedyną kwestię sporną stanowi zatem kwalifikacja zmian jednostek przedmiarowych w kosztorysie dotyczącym instalacji elektrycznych w dotyczących wykonania rozdzielnic w pozycjach 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 83 i 100.

W pierwszym rzędzie stwierdzić należy, że w postępowaniach, gdzie przedmiotem zamówienia są roboty budowlane o znacznym rozmiarze, a siwz zawierają liczne pozycje przedmiaru, dokonywanie przez zamawiającego zmian w poszczególnych pozycjach powoduje każdorazowo możliwość popełnienia błędu przez wykonawców.

Izba ocenia, że zmiany nazw jednostek przedmiaru w ofercie odwołującego się mają cechy takiego niezamierzonego błędu. Błąd, którego dopuścił się odwołujący się nie powoduje jednak konieczności odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. W szczególności sporne pozycje zawierają opis zgodny ze zmianami dokonanymi przez zamawiającego. Skoro odwołujący się zaoferował również ilości zgodne z wymaganiami zamawiającego, to brak jest podstaw do uznania, że jego oferta nie odpowiada treści siwz.

Art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy nakazuje zamawiającemu odrzucenie oferty, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Sformułowania przywołanego przepisu „treść oferty” i „treść siwz” jednoznacznie nakazują odnieść go do aspektu merytorycznego. Zgodnie z wypracowanym w orzecznictwie Izby poglądem, treść siwz to, przede wszystkim, opis potrzeb i wymagań zamawiającego, które mają być zaspokojone w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia przez zawarcie i zrealizowanie z należytą starannością umowy w sprawie zamówienia publicznego. Treść oferty to jednostronne zobowiązanie wykonawcy do wykonania oznaczonego świadczenia, które zostanie zrealizowane na rzecz zamawiającego, jeśli oferta złożona przez wykonawcę zostanie uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu i zostanie z nim zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. Świadczenie wykonawcy ma odpowiadać opisanym w siwz potrzebom zamawiającego. Ich porównanie (opisu wymagań zamawiającego do

zobowiązania wykonawcy) przesądza o tym, czy treść oferty odpowiada treści siwz. Merytoryczny aspekt zaferowanego przez wykonawców świadczenia oraz merytoryczne wymagania zamawiającego, w szczególności, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia stanowią podstawę oceny zaistnienia przesłanki odrzucenia oferty wskazanej w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Wyniki postępowania dowodowego nakazują przyjąć, że zmiana nazwy jednostek przedmiarowych nie ma żadnego wpływu na zrealizowanie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami zamawiającego, nie powoduje też niemożności porównania złożonych. Izba ocenia, że pozostawienie nazwy jednostek przedmiarowych przy dokonanej zgodnie z zamiarem zamawiającego zmianie opisu danej pozycji, nosi cechy oczywistej omyłki pisarskiej i podlega obligatoryjnemu poprawieniu przez zamawiającego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy. Wskazać też należy, że w siwz zamawiający nie sformułował katalogu oczywistych omyłek pisarskich, a wyliczeniu błędów w treści oferty nie powodujących istotnych zmian w treści oferty nadał charakter katalogu taksatywnego (przykładowego). Postanowienia siwz nie stanowią więc przeszkody dla poprawienia uchybień w ofercie odwołującego się. Niezależnie od powyższego stwierdzić też należy, że obowiązek zamawiającego poprawienia treści oferty w razie zaistnienia przesłanek wskazanych w art. 87 ust. 2 wynika wprost z przepisów i zamawiający nie może się z niego zwolnić przez sformułowanie postanowień siwz.

Ewentualne wątpliwości w tej mierze zamawiający mógłby wyjaśnić w trybie art. 87 ust. 1 ustawy, czego zaniechał. Niezasadne jest niewykorzystanie możliwości wynikających z przywołanego artykułu. Skorzystanie z jego dyspozycji nie jest *verba legis* czynnością obligatoryjną, lecz uprawnieniem zamawiającego, to jednak obowiązkiem zamawiającego działającego z należytą starannością jest wykorzystanie środków wskazanych przez ustawodawcę celem wyjaśnienia treści oferty, która może być poprawna merytorycznie, przed dokonaniem jej odrzucenia. Wskazać należy, że wyjaśnienia złożone przez wykonawcę w trybie art. 87 ust. 1 ustawy stanowią wykładnię oświadczenia woli - oferty i wiążą wykonawcę na równi z treścią oferty. Ich uzyskanie przez zamawiającego mogłoby rozproszyć obawy co do prawidłowej realizacji umowy.

Okoliczność, że inni wykonawcy, których oferty zostały odrzucone, nie kwestionowali czynności zamawiającego, eliminujących ich z postępowania jest pozbawiona znaczenia dla rozstrzygnięcia zarzutów odwołania. Po pierwsze: bezsporne jest, że w ofertach wykonawców poprzedzających odwołującego się w wynikach postępowania znajdują się błędy innego rodzaju. Po drugie: sektor zamówień publicznych stanowi element obrotu gospodarczego, co wymaga od jego uczestników podejmowania działań zmierzających do

ochrony ich praw. Z faktu, że inni wykonawcy zgodzili się z odrzuceniem ich ofert, nie można wywodzić negatywnych skutków dla odwołującego się.

W tym stanie rzeczy, Izba na podstawie art. 191 ust. 1 oraz art. 191 ust. 1 a ustawy uwzględniła odwołanie. Na podstawie art. 191 ust. 2 pkt 2 ustawy Izba nakazała unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego się. Konsekwencją tego jest konieczność unieważnienia decyzji o unieważnieniu postępowania, czego zamawiający winien dokonać wykonując wyrok Izby. O kosztach orzeczona na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy.

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 we **Wrocławiu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....