

WYROK
z dnia 7 maja 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **5 maja 2010 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Olsztyńskie Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych INŻYNIERIA Spółka Akcyjna, Comtrans Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 10-467 Olsztyn, ul. Sprzętowa 6** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gminę Nowe Miasto Lubawskie, 13-300 Nowe Miasto Lubawskie, Mszanowo, ul. Podleśna 1**

orzeka:

1. Oddala odwołanie

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Olsztyńskie Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych INŻYNIERIA Spółka Akcyjna, Comtrans Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 10-467 Olsztyn, ul. Sprzętowa 6 i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Olsztyńskie Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych INŻYNIERIA Spółka Akcyjna, Comtrans Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 10-467 Olsztyn, ul. Sprzętowa 6**

- 2) dokonać wpłaty kwoty XXX (słownie: XXX) przez XXX na rzecz XXX stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, oraz wynagrodzenia pełnomocnika;
- 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

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Miasto Lubawskie, 13-300 Nowe Miasto Lubawskie, Mszanowo, ul. Podleśna 1 prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Budowa kanalizacji sanitarnej grawitacyjnej i tłocznej oraz przepompowni ścieków P1,P2,P3 we wsi Mszanowo”.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 roku, Nr 223, poz. 1655 ze zmianami), zwanej dalej ustawą Pzp.

Pismem z dnia 8 marca 2010 roku wykonawcy ubiegający się wspólnie o udzielenie zamówienia publicznego: Olsztyńskie Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych INŻYNIERIA S.A. ul. Sprzętowa 6 10-467 Olsztyn Faks: 089 532 01 05 PEŁNOMOCNIK - Lider Konsorcjum oraz Comtrans Sp. z o.o. ul. Sprzętowa 6,10-467 Olsztyn Partner wnieśli odwołanie na czynności zamawiającego podjęte w przedmiotowym postępowaniu.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art.7 ust. 3, art. 26 ust. 3, art.89 ust. 1 pkt. 2 oraz art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp i wniósł o:

1. Unieważnienie czynności zamawiającego polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej za jaką uznano złożoną przez wykonawcę prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Wodno-Wodociągowych Krzysztof Czajkowski, ul. Promykowa 4, 87-300 Brodnica;
2. Unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art.89 ust.1 pkt. 2 ustawy Pzp
3. Nakazanie zamawiającemu przeprowadzenia powtórnego badania i oceny ofert z udziałem odwołującego z uwzględnieniem postanowień art.87 ust.1 pkt 3 oraz art. 26 ust. 3 ustawy oraz dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej na zasadach określonych ustawą Prawo zamówień publicznych.

W uzasadnieniu podniósł, iż zamawiający pismami z dnia 6 kwietnia 2010 roku dostarczonymi do odwołującego faksem w tym samym dniu powiadomił o wyborze oferty najkorzystniejszej, za jaką uznał złożoną przez wykonawcę prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Wodno-Wodociągowych Krzysztof Czajkowski, ul. Promykowa 4, 87-300 Brodnica. W przekazanej informacji zamawiający powiadomił odwołującego o odrzuceniu oferty złożonej przez Olsztyńskie Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych INŻYNIERIA S.A. z siedzibą przy ul. Sprzętowej 6, 10-467 Olsztyn; Comtrans Sp. z o.o., z siedzibą przy ul. Sprzętowa 6, 10-467 Olsztyn ubiegający się wspólnie o udzielenie zamówienia publicznego stosownie do art.23 ust.1 ustawy.

W dostarczonej informacji dotyczącej podjętej decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego zamawiający wskazał w uzasadnieniu faktycznym, iż:

1. Załączone do oferty kserokopie dokumentów nie zostały opatrzone datą potwierdzenia za zgodność z oryginałem, według warunku specyfikacji istotnych warunków zamówienia pkt. 8.5;
2. Załączone do oferty kserokopie zaświadczeń US i ZUS dotyczące partnera nie zostały opatrzone podpisem osoby stwierdzającej zgodność z oryginałem, według warunku specyfikacji istotnych warunków zamówienia pkt. 8.5;
3. Obmiar w poz. 21 i 64 kosztorysu ofertowego niezgodny z ilością załączonego do specyfikacji istotnych warunków zamówienia Przedmiaru robót. Warunek specyfikacji istotnych warunków zamówienia pkt.15.3.

Odwołujący się stwierdził, iż złożony kosztorys ofertowy zawiera omyłki, jak zauważył słusznie zamawiający w pozycji 21 „Zamknięcie rur ochronnych betonem” jest 2 kpl., a powinno być 0,077 m³ - wartość pozycji kosztorysowej: 480,24 zł netto oraz w pozycji 64 „Nakłady uzupełniające za każde dalsze rozpoczęte 0,5 km transportu ...” jest 160,609 m³, a powinno być 160,608 m³ - wartość pozycji kosztorysowej: 89,94 zł netto.

Wskazane powyżej omyłki w świetle ugruntowanego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej nie mogą stanowić podstawy do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp, a kwalifikują się wprost do ich poprawienia przez zamawiającego w trybie przewidzianym art. 87 ust.2 pkt. 3 ustawy i doprowadzenia treści złożonej oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Wskazane powyżej omyłki są nieistotne, a zamawiający bez udziału wykonawcy jest w stanie dokonać ich poprawy.

Ponadto odwołujący się wskazał, iż w treści uzasadnienia odrzucenia oferty zamawiający podniósł dodatkowo okoliczności, dotyczące jego zadaniem, nieprawidłowego poświadczenia za zgodność z oryginałem dokumentów składanych w formie kopii na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu poprzez brak daty przy każdym podpisie.

W ocenie odwołującego złożone w postępowaniu dokumenty zostały potwierdzone za zgodność z oryginałem w sposób dostateczny i jednoznaczny. Brak daty na każdej stronie dokumentu (kopii) nie przesądza o nieprawidłowości kwalifikującej się do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust.1 pkt. 2 ustawy Pzp. Uchybienie to jest brakiem wyłącznie formalnym, tak jak kwalifikowane jest w ugruntowanym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej braki parafki na każdej stronie oferty bądź złożenie jej bez wymaganej w specyfikacji istotnych warunków zamówienia numeracji stron.

Odwołujący się zauważył, iż złożenie dokumentu w niewłaściwej formie, a zawierającego wymaganą jego treść nie stanowi również przesłanki do wykluczenia wykonawcy z postępowania.

Odwołujący zauważył, że składane w postępowaniu dokumenty na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a w szczególności ich brak nie stanowią treści złożonej oferty i nie stanowią podstaw do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp. W okolicznościach, gdy dokumenty na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu zostały złożone w postaci kopii nie potwierdzonych za zgodność z oryginałem zamawiający w myśl art. 26 ust. 3 ustawy Pzp obowiązany jest wezwać wykonawcę do ich uzupełnienia w określonym terminie pod rygorem wykluczenia z postępowania.

W przedmiotowym postępowaniu zamawiający odwołującego się nie wzywał na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania, w tym oferty odwołującego się, a także biorąc pod uwagę wyjaśnienia i stanowiska stron złożone podczas rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie jest niezasadne.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że odwołujący się ma interes w uzyskaniu zamówienia uprawniający go do wnoszenia środków ochrony prawnej na podstawie art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, Izba stwierdziła, że niezgodności w kosztorysie odwołującego się z przygotowanym przez zamawiającego przedmiarem robót w pozycjach 21 i 64 nie są omyłkami podlegającymi poprawieniu przez zamawiającego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Stosownie do art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp zamawiający poprawia w ofercie wykonawcy inne omyłki (aniżeli oczywiste omyłki pisarskie i rachunkowe) polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty.

Analiza treści przepisu pozwala na stwierdzenie, iż – odmiennie aniżeli jest to uregulowane w pkt 1 i 2 omawianego ustępu – omyłka, o której mowa w ust. 3 niekoniecznie musi mieć charakter oczywisty. Dopuszczalne jest również poprawienie omyłek nie mających takiego charakteru, byleby poprawa nie spowodowała istotnej zmiany treści oferty. O tym,

czy dana zmiana ma charakter istotny czy nie, należy rozstrzygać każdorazowo biorąc pod uwagę wszystkie okoliczności sprawy.

Dokonanie zmian w ofercie odwołującego się w sposób, jakiego żądał odwołujący się, tj. poprzez zmiany w wartościach obmiaru spowodowałoby zmianę ceny oferty. Fakt ten powoduje, że zmiana taka nie może zostać uznana za nieistotną.

Złożenie oferty jest niewątpliwie czynnością prawną, w której skład wchodzi składniki o różnym charakterze, w tym tzw. *essentialia negotii*, które stanowią przedmiotowo istotne elementarne i tym samym niezbędne cechy identyfikujące daną czynność, które rozstrzygają o jej skutkach prawnych.

Zdaniem Izby cena oferty należy do jej *essentialia negotii*; ma charakter przedmiotowo istotny elementarny, identyfikujący zobowiązanie wykonawcy. Wagę ceny podkreślił ustawodawca w art. 36 ust.1 pkt 12 ustawy Pzp, gdzie wymaga się od zamawiającego podania w specyfikacji istotnych warunków zamówienia opisu sposobu obliczenia ceny oraz w art. 86 ust. 4 ustawy Pzp nakazującemu zamawiającemu podanie podczas otwarcia ofert informacji dotyczących cen zawartych w ofertach. W tej sytuacji wprowadzenie jakichkolwiek poprawek w tej części oferty zawsze będzie powodowało istotną zmianę jej treści. Tym samym w ocenie Izby brak jest możliwości zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Wobec powyższego należy oddalić również zarzuty odwołującego się dotyczące zaniechania przez zamawiającego wezwania odwołującego się do uzupełnienia złożonych w niewłaściwej formie dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. W myśl tego przepisu zamawiający nie jest obowiązany do wzywania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów w sytuacji, gdy pomimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu, co ma miejsce w przedmiotowej sprawie.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 i 2 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 Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Elblągu**.

Przewodniczący:

.....