

POSTANOWIENIE
z dnia 22 marca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Katarzyna Brzeska

Protokolant: Małgorzata Wilim

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 22 marca 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 9 marca 2011 r. przez **Henryka Kaczor prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Budowlane Produkcyjno-Handlowe „HENBUD”, ul. Wojtkowiaka 16, 62-270 Kłecko** od czynności podjętych w postępowaniu o udzielenie zamówienia przez Zamawiającego: **Gminę Wągrowiec, ul. Cysterska 22, 62-100 Wągrowiec**

przy udziale wykonawcy **Wiktora Walkowiak prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Budowlane Wiktor Walkowiak, ul. Wierzbowa 1, 62-100 Wągrowiec** zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego.

postanawia:

- 1. Umorzyć postępowanie odwoławcze.**
- 2. Nakazać Urzędowi Zamówień Publicznych zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Henryka Kaczor prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Budowlane Produkcyjno-Handlowe „HENBUD”, ul. Wojtkowiaka 16, 62-270 Kłecko kwoty 10.000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), uiszczzonego wpisu.**

Stosownie do art. 198 a i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Poznaniu**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Izba ustaliła, że w niniejszym postępowaniu mają zastosowanie przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) ponieważ przedmiotowe postępowanie zostało wszczęte po dniu wejścia w życie ustawy z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 206, poz. 1591) oraz ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778).

W związku z powyższym Izba ustaliła, że do przedmiotowego odwołania zastosowanie znajdują przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2010 r., Nr 48, poz. 280) oraz przepisy 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. Nr 41, poz. 238).

Nadto Izba ustaliła, że odwołanie zostało złożone w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na *„Termomodernizację gminnych obiektów szkolnych w Żelicach i Pawłowie Żońskim”* oraz *„Modernizację obiektu szkolnego w Pawłowie Żońskim”*, prowadzonym przez Gminę Wągrowiec, ul. Cysterska 22, 62-100 Wągrowiec (dalej: *„Zamawiającym”*).

Odwołujący – Henryk Kaczor prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Budowlane Produkcyjno-Handlowe „HENBUD”, ul. Wojtkowiaka 16, 62-270 Kłecko (zwany dalej: *„Odwołującym”*) w dniu 9 marca 2011 r., wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie zaskarżając czynność Zamawiającego polegającą m.in. na odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- art. 87 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych przez uznanie, że omyłka zawarta w kosztorysie ofertowym dotyczącym robót budowlanych w poz. 39 stanowi błąd polegający na niezgodności oferty z SIWZ, w związku z czym Zamawiający nie ma możliwości poprawienie przedmiotowego błędu.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o:

1. unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty przez Zamawiającego,
2. unieważnienie czynności odrzucenia oferty Wykonawcy,
3. poprawienie przez Zamawiającego błędu Wykonawcy w poz. 39 wyceny tj. kosztorysie na wykonanie robót budowlanych - termomodernizacja obiektu szkolnego w Pawłowie Żońskim poprzez zastąpienie „malowania” na „rozbiórkę”,
4. dokonanie przez Zamawiającego czynności ponownej oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty,
5. obciążenie kosztami postępowania Zamawiającego i zaliczenie na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych kosztów z kwoty wpisu uiszczanego przez Wykonawcę,
6. nakazanie Zamawiającemu dokonania zwrotu na rzecz Wykonawcy kosztów niniejszego postępowania poniesionych przezeń z tytułu wpisu od odwołania.

Uzasadniając podniesione zarzuty, Odwołujący wskazał w odwołaniu w szczególności na następujące okoliczności faktyczne:

Odwołujący wskazał, iż w dniu 4 marca 2011 r. otrzymał fax-em od Zamawiającego decyzję o odrzuceniu oferty złożonej przez Odwołującego jako niezgodnej z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia z dnia 19 stycznia 2011 r. dotyczących wykonania robót budowlanych polegających na: „Termomodernizacji gminnych obiektów szkolnych w Żelicach i Pawłowie Żońskim” oraz „Modernizacji obiektu szkolnego w Pawłowie Żońskim”. W uzasadnieniu Zamawiający wskazał, że nie ma możliwości poprawienia błędu Wykonawcy polegającego na wskazaniu przez niego w wycenie poz. 39 kosztorysu na wykonanie robót budowlanych - termomodernizacja obiektu szkolnego w Pawłowie Żońskim zamiast 2,13 m³ rozbiórek, wycenił 2,13 m³ malowania na podstawie art. 87 ust. 2 ustawy Pzp. Jednocześnie Zamawiający uznał, że oferta złożona przez Odwołującego powinna zostać odrzucona jako niezgodna z „SIWZ” na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Odwołujący zaznaczył, iż błąd, który został wskazany przez Zamawiającego w odrzuceniu oferty z dnia 4 marca 2011 r. polega tylko i wyłącznie na wskazaniu w kosztorysie prac polegających na „malowaniu” zamiast na „rozbiórce”, przy czym obmiar prac został należycie podany - 2,13 m³. Odwołujący w ofercie przy wpisywaniu KNR pomylił się i wpisał symbol malowania o numerze 401-12-12-01 zamiast symbolu rozbiórki o numerze 401-02-12-01, w związku z czym została wskazana kwota w wysokości 7,02 zł zamiast kwoty 27,91 zł. Powyższy błąd należy traktować jako możliwy do poprawienia na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Jest to błąd, który nie ma istotnego wpływu na treść złożonej oferty i ma charakter drobny. Zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa

Sygn. akt KIO 496/11

wykonawca nie ma obowiązku stosowania norm wynikających z KNR, tj. kosztorysowych norm nakładów rzeczowych określonych w odpowiednich katalogach. Zapisy tych norm mają jedynie charakter pomocniczy. Kategoria popełnionego błędu ma charakter drobnego błędu w treści oferty i nie powoduje istotnych zmian w jej treści. Z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wynika, że Zamawiający ma obowiązek poprawienia wszelkich innych omyłek, powodujących niezgodność oferty z SIWZ, innych niż oczywiste omyłki pisarskie lub oczywiste omyłki rachunkowe, których poprawa nie spowodowałaby istotnych zmian w treści oferty. W przedmiotowej sytuacji, według Odwołującego omyłką w ofercie, która została złożona w przetargu przez Wykonawcę wywołała nieznaczną niezgodność oferty z SIWZ. Odwołujący wskazał na stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w wyroku z dnia 26 listopada 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 1277/08). Ponadto jak wskazano w uzasadnieniu do ustawy z dnia 4.09.2008 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw "Proponowany przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w szczególności ma na celu umożliwienie poprawiania tego rodzaju błędów, które mogą się pojawić w trakcie sporządzania kosztorysu ofertowego." Jak słusznie wskazano w publikacji pod red. J. Sadowego "Prawo zamówień publicznych po nowelizacji z dnia 4 września 2008 r." - "Dopuszczalne wydaje się dokonanie zmian w sytuacji, jeżeli z okoliczności wynika zamiar złożenia przez wykonawcę oferty zgodnie z wymaganiami zamawiającego oraz poprawienie omyłki nie ingeruje w sposób istotny w treść oferty, tj. nie powoduje konieczności znaczącej ingerencji ze strony zamawiającego lub nie dotyczy jej istotnych postanowień." ("Prawo zamówień publicznych po nowelizacji z dnia 4 września 2008 r.", red. J. Sadowy, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2008). Z okoliczności przedmiotowego postępowania, według Odwołującego jednoznacznie wynika zamiar złożenia przez wykonawcę oferty zgodnie z wymaganiami zamawiającego. Poprawienie tej omyłki na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie będzie oznaczać naruszenia zakazu prowadzenia negocjacji co do treści złożonej oferty, gdyż w poz. 39 kosztorysu ofertowego obmiar został podany prawidłowo. Nadto Odwołujący zaznaczył, że zgodnie ze stanowiskiem Krajowej Izby Odwoławczej wyrażonym w wyroku z dnia 24 czerwca 2010 r. (sygn. akt 1096/10) wyjaśnienia udzielone przez wykonawcę w wyniku wezwania Zamawiającego nie mogą być pominięte. Stanowią one oświadczenie wykonawcy, którym jest on związany na równi ze złożoną ofertą, jednocześnie aby mówić o niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji niezgodność ta musi dotyczyć jedynie tych zapisów specyfikacji, które są jasne i klarowne, a niezgodność jest oczywista. Wszelkie wątpliwości interpretacyjne postanowień specyfikacji muszą być rozstrzygane na korzyść wykonawcy. Mając na uwadze powyższe Zamawiający poprawiając omyłkę będzie w konsekwencji musiał dokonać działania matematycznego, w wyniku czego niezgodność oferty z treścią SIWZ powinna zostać wyeliminowana. W

Sygn. akt KIO 496/11

przedmiotowej sytuacji zmiana będzie dotyczyć wartości ok. 20 zł w stosunku do ceny oferty. Według Odwołującego nie ulega zatem wątpliwości, że omyłka w jego ofercie nie jest istotna w stosunku do wartości całej oferty.

Mając powyższe na względzie Izba ustaliła, co następuje:

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 31 stycznia 2011 r. pod pozycją 35015.

Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 9 marca 2011 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie. Odwołujący przesłał Zamawiającemu kopię niniejszego odwołania.

Izba ustaliła, iż Zamawiający w dniu 10 marca 2011 r. wezwał wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym przekazując im jednocześnie kopię odwołania.

W dniu 14 marca 2011 r. (data wpływu do Krajowej Izby Odwoławczej), wykonawca Wiktor Walkowiak prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Budowlane Wiktor Walkowiak, ul. Wierzbowa 1, 62-100 Wągrowiec zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Na podstawie art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, Izba stwierdziła, iż przystąpienie wykonawcy Wiktora Walkowiak prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Budowlane Wiktor Walkowiak, ul. Wierzbowa 1, 62-100 Wągrowiec (dalej zwany: „Przystępującym”), po stronie Zamawiającego jest skuteczne, gdyż zgłosił on przystąpienie w dniu 14 marca 2011 r. (data wpływu pisma do Prezesa Izby), tj. w 4- dniu (ponieważ 3 dzień jako dzień ustawowo wolny od pracy upływał w dniu 13 marca 2011 r. w niedzielę) od daty otrzymania od Zamawiającego kopii odwołania wraz z wezwaniem do przyłączenia się do postępowania, co miało miejsce w dniu 10 marca 2011 r.

Ponadto Izba ustaliła, że Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 18 marca 2011 r. uwzględnił w całości zarzuty zawarte w odwołaniu, zaś Przystępujący pismem z dnia 18 marca 2011 r. oświadczył, iż nie wnosi sprzeciwu co do uwzględnienia zarzutów przez Zamawiającego.

Sygn. akt KIO 496/11

Mając powyższe na względzie Izba stwierdziła, że skoro Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie oświadczył, że uwzględni odwołanie w całości oraz zobowiązał się do spełnienia żądań Odwołującego, wnosząc o umorzenie postępowania stwierdzić należy, że Zamawiający uznał w pełni zarzuty Odwołującego oraz uczyni zadość jego żądaniu.

Mając powyższe na względzie wobec dokonanych przez Izbę ustaleń, że:

1. Zamawiający przed otwarciem rozprawy uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu,
2. po stronie Zamawiającego przystąpił skutecznie w terminie przewidzianym ustawą wykonawca Wiktor Walkowiak prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Budowlane Wiktor Walkowiak, ul. Wierzbowa 1, 62-100 Wągrowiec,
3. wykonawca Wiktor Walkowiak prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Budowlane Wiktor Walkowiak, ul. Wierzbowa 1, 62-100 Wągrowiec oświadczył, iż nie wnosi sprzeciwu co do uwzględnienia zarzutów przez Zamawiającego

Izba stwierdziła, że zaszyły przesłanki umożliwiające umorzenie postępowania na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron, na podstawie art. 186 ust. 3 ustawy Pzp.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba uwzględniła, iż odpowiednio z mocy przepisu art. 186 ust. 6 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp koszty te znoszą się wzajemnie, jednocześnie orzekając w tym zakresie na podstawie § 5 ust. 1 pkt 2 lit. a) 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. Nr 41, poz. 238) o konieczności dokonania zwrotu Odwołującemu z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

Przewodniczący:

.....