

**WYROK**

**z dnia 3 stycznia 2013 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Bogdan Artymowicz**

**Protokolant: Paulina Nowicka**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 stycznia 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 grudnia 2012 r. przez **wykonawcę A..... M..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Usługowo Handlowe „DOMAX” A..... M....., 42-283 Boronów, ul. Grabińska 8,** w postępowaniu prowadzonym przez **Powiat Lubliniecki, 42-700 Lubliniec, ul. Paderewskiego 7,**

**orzeka:**

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy A..... M..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Usługowo Handlowe „DOMAX” A..... M....., 42-283 Boronów, ul. Grabińska 8, dokonanie ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odrzuconej, poprawienie w ofercie wykonawcy A..... M..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Usługowo Handlowe „DOMAX” A..... M....., 42-283 Boronów, ul. Grabińska 8, omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia w zakresie pozycji 1-3 kosztorysu ofertowego.
2. kosztami postępowania obciąża **Powiat Lubliniecki, 42-700 Lubliniec, ul. Paderewskiego 7 i:**
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **A..... M..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą**

**Przedsiębiorstwo Usługowo Handlowe „DOMAX” A..... M....., 42-283 Boronów, ul. Grabińska 8** tytułem wpisu od odwołania,

- 2.2. zasądza od **Powiatu Lublinieckiego, 42-700 Lubliniec, ul. Paderewskiego 7** na rzecz wykonawcy **A..... M.....** prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą **Przedsiębiorstwo Usługowo Handlowe „DOMAX” A..... M....., 42-283 Boronów, ul. Grabińska 8** kwotę **13.600 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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 Częstochowie.

**Przewodniczący:** .....

### Uzasadnienie

Zamawiający, Powiat Lubliniecki prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest „bieżące utrzymanie dróg powiatowych położonych na terenie Powiatu Lublinieckiego”.

W dniu 11 grudnia 2012 r., zamawiający poinformował o wyborze oferty wskazując, jako najkorzystniejszą ofertę złożoną przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Handlowo-Uslugowe „LARIX” Sp. z o. o. z siedzibą w Lublińcu. W tym samym dniu zamawiający poinformował również, iż działając na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r., Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r., nr 113, poz. 759 ze zm.) [dalej także jako „Pzp”], odrzucił ofertę złożoną przez A..... M..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Usługowo Handlowe „DOMAX” A..... M..... z siedzibą w Boronowie [dalej także jako „DOMAX”] z uwagi na jej niezgodność z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia [dalej także jako „SIWZ”].

Wobec odrzucenia jego oferty w dniu 14 grudnia 2012 r., odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej złożył wykonawca Domax zarzucając zamawiającemu:

- 1) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp, poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty odwołującego, w sytuacji gdy nie wystąpiły okoliczności w nim określone;
- 2) zaniechanie wdrożenia procedury określonej w art. 87 ust.2 pkt. 3 ustawy Pzp, a polegającej na poprawieniu w ofercie innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty w zakresie wskazanych w uzasadnieniu odrzucenia oferty odwołującego pozycji kosztorysowych;
- 3) zaniechanie dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej w rozumieniu art. 2 pkt.5 ustawy Pzp.

Odwołujący wnosil o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności odrzucenia jego oferty i wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert, z udziałem oferty odwołującego,
- 3) dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty, tj. oferty odwołującego,
- 4) zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego według norm prawem przewidzianych na podstawie przedstawionych na rozprawie rachunków.

W uzasadnieniu odwołujący powołując się na zapis rozdz. XIII pkt 4 SIWZ wskazywał, iż zarzucany przez zamawiającego błąd w kosztorysie nie powinien skutkować odrzuceniem

jego oferty. Podnosił, iż w pozycjach 1, 2, 3 kosztorysu ofertowego uwzględniona została podstawa wyceny jak w przedmiarze robót i skrótowy opis pozycji, w której nie zostały szczegółowo wskazane opisy remontów cząstkowych. Jednakże kolejność pozycji oraz podstawy wyceny są zgodne z przedmiarem. W takiej sytuacji w ocenie odwołującego zamawiający zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp zobowiązany jest do dokonania poprawienia w ofercie „innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, nie powodujących istotnych zmian w treści oferty”. Zdaniem odwołującego wskazane w informacji o odrzuceniu jego oferty niezgodności noszą właśnie charakter omyłek, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp. Odwołujący wskazywał, iż zamawiający zaniechał wykonania czynności, do której był zgodnie z w/w przepisem zobowiązany. W ocenie odwołującego skoro zamawiający w SIWZ dopuścił możliwość wystąpienia zmiany opisu wycenianej pozycji przy niezmienionej podstawie wyceny, to tym bardziej w opisanej wyżej okoliczności zobowiązany był do skorzystania z możliwości poprawienia opisu pozycji. Odwołujący podnosił, iż bezpodstawne odrzucenie jego oferty przesądza również o nierównym traktowaniu uczestników postępowania, co stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp Tym samym zamawiający nie dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej w rozumieniu art. 2 pkt. 5, oraz wyłącznie w oparciu o przepisy ustawy, co w przypadku zawarcia umowy z wybranym wykonawcą, stanowić będzie naruszenie art. 7 ust. 3 ustawy Pzp.

#### **Izba ustaliła, co następuje:**

Zamawiający, Powiat Lubliniecki prowadzi postępowanie, w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „bieżące utrzymanie dróg powiatowych położonych na terenie Powiatu Lublinieckiego”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 21 listopada 2012 r., pod numerem 463806-2012.

Zgodnie z pkt XIII.4 SIWZ do oferty należy załączyć kosztorys ofertowy na wykonanie przedmiotowego zadania. Kosztorys ofertowy ma być sporządzony dokładnie na podstawie przedstawionych przez zamawiającego przedmiarów robót i uwzględniać wszystkie koszty niezbędne do realizacji zamówienia. Wykonawca określa ceny na wszystkie elementy zamówienia wymienione w przedmiarach robót, które po wypełnieniu przez wykonawcę stanowią będą kosztorysy ofertowe jako załączniki do oferty. Kosztorys ofertowy należy sporządzić zgodnie z dostarczonymi przedmiarami robót wg zasad: bez zgody Zamawiającego w przedstawionych przedmiarach nie wolno wprowadzać żadnych zmian. W kosztach opisanych w przedmiarach przez wykonawcę należy uwzględnić wszystkie koszty niezbędne do realizacji przedmiotu zamówienia. Pomińcie pozycje wymienionych w

przedmiarze poprzez nie wpisanie kosztów, brak pozycji w kosztorysie ofertowym w stosunku do przedmiaru, zmiana pozycji przedmiaru, zmiana treści pozycji przedmiaru, zmiana w ilościach określonych przez Zamawiającego w poszczególnych pozycjach przedmiaru robót skutkować może odrzuceniem oferty przez Zamawiającego, w szczególności w sytuacji braku możliwości poprawy omyłki zgodnie z art. 87 ustawy Prawo zamówień publicznych. W sytuacji, gdy Wykonawca w swoim kosztorysie ofertowym poda prawidłową (zgodną z przedmiarem robót) „podstawę wyceny” danej pozycji, a zmianie ulegnie jedynie „opis” poprzez zmianę formy, a nie treści opisu, to Zamawiający uzna daną pozycję za prawidłową. Tym samym oferta Wykonawcy będzie uznana za zgodną z treścią SIWZ. Jeżeli Zamawiający będzie miał wątpliwości, co do treści przedstawionych przez wykonawcę w kosztorysie ofertowym, będzie również kierował do niego zapytania celem uzyskania wyjaśnień.

Zgodnie z pozycją nr 1 przedmiaru robót wykonawcy zobowiązani byli wycenić „Remonty cząstkowe nawierzchni bitumicznych mieszankami mineralno-asfaltowymi z obcinaniem krawędzi mechanicznie – głębokość 4 cm – łaty do 5 m<sup>2</sup>”. Zgodnie z opisem pozycji nr 2 przedmiaru robót wykonawcy zobowiązani byli wycenić „Remonty cząstkowe nawierzchni bitumicznych mieszankami mineralno-asfaltowymi z obcinaniem krawędzi mechanicznie – głębokość 4 cm – łaty powyżej 5 m<sup>2</sup>”. W pozycji nr 3 przedmiaru robót były „Remonty cząstkowe nawierzchni bitumicznych mieszankami mineralno-asfaltowymi z obcinaniem krawędzi mechanicznie – głębokość 6 cm – łaty do 5 m<sup>2</sup>”. Łącznie przedmiar robót obejmował 59 pozycji.

Do upływu terminu składania ofert swoje oferty złożyli następujący wykonawcy:

- 1) Zakład Budownictwa Drogowego Wodno-Kanalizacyjnego i Transportu E..... H.....,
- 2) Przedsiębiorstwo Usługowo Handlowe „DOMAX” A..... M.....,
- 3) Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „LARIX” Sp. z o. o.

W dniu 11 grudnia 2012 r., zamawiający poinformował o wyborze oferty wskazując, jako najkorzystniejszą ofertę złożoną przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „LARIX” Sp. z o. o. z siedzibą w Lublińcu. W tym samym dniu zamawiający poinformował również, iż działając na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, odrzucił ofertę złożoną przez wykonawcę „DOMAX” z uwagi na jej niezgodność z treścią SIWZ. W uzasadnieniu zamawiający wskazał, iż wymagał aby opis w pozycji 1, 2, 3 kosztorysu odpowiadał opisom z przedmiaru, natomiast wykonawca Domax w w/w pozycjach nie ujął informacji dotyczących głębokości oraz powierzchni łat.

Czynności te leżą bezpośrednio u podstaw przedmiotowego postępowania odwoławczego.

Ponadto Izba ustaliła, iż zamawiający w dniu 14 grudnia 2012 r. wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego. W terminie określonym w art. 185 ust. 2

ustawy Pzp swoje przystąpienie po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „LARIX” Sp. z o. o. z siedzibą w Lublińcu, stając się uczestnikiem przedmiotowego postępowania odwoławczego.

**Uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności treść oferty Odwołującego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia stron złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej zważył, co następuje:**

**Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.**

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp, jak również Izba uznała, iż odwołujący posiada interes w złożeniu środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż w przypadku uwzględnienia odwołania jego oferta może być uznana za najkorzystniejszą.

W zakresie podniesionych zarzutów Izba podzieliła stanowisko prezentowane przez odwołującego uznając, iż zamawiający dopuścił się naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, gdyż nie dokonując poprawienia treści oferty odwołującego niezasadnie uznał jego ofertę jako niezgodną z treścią SIWZ.

Zgodnie z dyspozycją art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp stanowi, że zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty, niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona. Należy wskazać, iż przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 obliuguje zamawiającego do poprawienia w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego omyłek w treści oferty, jeżeli zachodzą łącznie dwie okoliczności tj. stwierdzona niezgodność treści oferty ze SIWZ ma charakter omyłki i poprawienie tej omyłki nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty. Wykazanie przez wykonawcę, iż złożone przez niego w treści oferty oświadczenia wskazują na wypełnienie wszystkich wymogów i warunków SIWZ oznacza, że zawarte rozbieżności treści oferty i SIWZ mają charakter omyłek podlegających poprawieniu. Również pominięcie w treści oferty wyrazów lub krótkich fraz, które określają zakres opisu sposobu wykonania przedmiotu zamówienia podlega poprawieniu, jeżeli ich uzupełnienie doprowadzi do zgodności treści oferty z treścią SIWZ. Niewątpliwie w przedmiotowym postępowaniu wystąpiły okoliczności

uzasadniająca poprawienie oferty odwołującego. W ocenie Izby uzupełnienie opisu pozycji w kosztorysie nie wymaga znaczącej ingerencji ze strony zamawiającego. Zdaniem Izby zamawiający jest w posiadaniu wszelkich informacji niezbędnych do poprawienia oferty odwołującego. Nie ma wątpliwości której pozycji przedmiaru odpowiada każda z pozycji kosztorysu ofertowego w których omyłkowo skrócono opis. Nie bez znaczenia jest również fakt, iż poprawienie przez zamawiającego oferty odwołującego nie wpłynie w żaden sposób czy to na cenę jednostkową pozycji, czy też cenę całej oferty. W ocenie Izby wystąpienie omyłki w ofercie odwołującego nie pozostawia wątpliwości co do zamierzonej treści oferty tego wykonawcy. Wskazać należy, iż pominięcie w ofercie fragmentu opisu w trzech pozycjach wchodzących w skład całego przedmiotu zamówienia, stanowi inną omyłkę polegającą na niezgodności oferty z SIWZ, nie powodującą istotnych zmian w treści oferty. Reasumując zamawiający winien był dokonać uzupełnienia opisu 3 z 59 pozycji przedmiaru o krótką frazę gdyż poprawienie omyłek, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, jest czynnością obligatoryjną, a bez spełnienia tego obowiązku nie jest możliwa prawidłowa ocena ofert.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o 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).

**Przewodniczący:** .....