

Sygn. akt: KIO 1420/10

WYROK
z dnia 20 lipca 2010r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Aneta Mlącka

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 lipca 2010 r. w Warszawie odwołania z dnia 7 lipca 2010 r. wniesionego przez **GRUPA 3J S.A., 04-713 Warszawa, ul. Żegańska 19** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Zespół Opieki Zdrowotnej w Myszkowie, 42-300 Myszków, ul. Wolności 29**

przy udziale wykonawcy **Konsorcjum: Przedsiębiorstwo "Koncept" Piotr Szczerba, "Elektro-Instal" Sp. z o.o., WAF Polska Sp. z o.o., 42-200 Częstochowa, Rynek Wieluński 3** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

przy udziale wykonawcy **"CZ.P.B.P. PRZEMYSŁOWKA" S.A., 42-200 Częstochowa, ul. Pułaskiego 25** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża GRUPA 3J S.A., 04-713 Warszawa, ul. Żegańska 19

i nakazuje zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **GRUPA 3J S.A., 04-713 Warszawa, ul. Żegańska 19,**

Stosownie do art. 198 a i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z późn. 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:

.....

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

Zamawiający prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie rozbudowy i przebudowy budynku Szpitala Powiatowego w Myszkowie. Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Biuletynie zamówień publicznych w dniu 13 maja 2010 r. pod numerem 122079.

W dniu 05 lipca 2010r. (pismo przesłane faksem) Zamawiający poinformował wykonawców o wynikach oceny ofert, w tym m.in. o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, tj. Konsorcjum Energy Investors sp. z o.o., ALVO Grupa Gastrometal, oraz o odrzuceniu oferty wykonawcy - Odwołującego. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 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 wskazał na następujące niezgodności treści złożonego przez wykonawcę kosztorysu ofertowego z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia:

1) w części kosztorysu branży wodno-kanalizacyjnej:

Poz. 22 - w kosztorysie jest 4 a winno być 0.

Poz. 78 - w kosztorysie jest 38 a winno być 22.

Poz. 80 - w kosztorysie jest 19 a winno być 29.

2) w części kosztorysu branży wentylacja - klimatyzacja:

Poz. 52- w kosztorysie jest 1 a winno być 4.

Poz. 88 - w kosztorysie jest 1 a winno być 4.

Poz. 124 - w kosztorysie jest 1 a winno być 4.

Poz. 296 - w kosztorysie jest 1 a winno być 3.

3) w części kosztorysu branży gazy medyczne:

Poz. 84 - zmiana podstaw wyceny - w kosztorysie jest KNR 4-01 0326-021 a winno być KNR4-01 0323-02.

Poz. 85 - zmiana podstaw wyceny- w kosztorysie jest KNR 4-01 0326-041 a winno być KNR 4-010323-04.

4) w części kosztorysu branży kanalizacja deszczowa:

Poz. 21 - brak odjęcia różnicy z pozycji 20.

Poz. 23 - brak odjęcia różnicy z pozycji 22.

Zamawiający wymienił również inne niezgodności w treści oferty wykonawcy, tj. brak dokumentów stwierdzających uprawnienia zawodowe osób uczestniczących w postępowaniu, oraz brak pisemnych zobowiązań podwykonawców wymaganych w SIWZ w oparciu o art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych, które wymagają uzupełnienia na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Zamawiający zaniechał wezwania do uzupełnienia powyższych dokumentów w oparciu o art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. bowiem uznał, iż oferta podlega odrzuceniu.

Z decyzją Zamawiającego nie zgodził się wykonawca, zwany dalej Odwołującym, wnosząc w dniu 07 lipca 2010 r. odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie zasad określonych w art. 7 ust. 1 i 3, art. 89 ust. 1 pkt. 2, art. 87 ust. 1 i 2 ustawy prawo zamówień publicznych oraz art. 5, art. 58 §1 i 2 kodeksu cywilnego w związku z art. 14 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący wskazał, iż w myśl art. 87 ustawy pzp, Zamawiający w toku sprawdzenia ofert przetargowych, stwierdzając niezgodności w ofertach, żąda od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający dokonując sprawdzenia i oceny ofert nie wezwał do wyjaśnienia stwierdzonych niezgodności w ofercie Wykonawcy. W związku zatem z zaniechaniem przez Zamawiającego wezwania do wyjaśnienia - Wykonawca pozbawiony został możliwości udzielenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty.

Art. 87 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych w obecnie obowiązującym brzmieniu przewiduje poprawianie oferty przez zamawiającego nie tylko w zakresie oczywistych omyłek rachunkowych i pisarskich, ale także innych omyłek, polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych

warunków zamówienia niepowodujących istotnych zmian w treści oferty. Podkreślił, iż w obecnie obowiązującym stanie prawnym nie ma definicji legalnej określającej, co należy traktować jako „inną omyłkę polegającą na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującą istotnych zmian w treści oferty”.

Odwołujący wskazał na cel wprowadzenia przepisu 87 ust. 2 - rozwiązanie proponowane w art. 87 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych miało przyczynić się do usprawnienia procedury udzielania zamówienia publicznego oraz do zmniejszania liczby odrzucanych ofert i unieważnianych postępowań prowadząc do zniesienia obowiązku odrzucenia najkorzystniejszej oferty tylko dlatego, że nie można było poprawić w niej nieistotnych błędów. Nowe brzmienie art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp („...zamawiający poprawia w ofercie”) wskazuje, iż dokonanie poprawek jest obowiązkiem Zamawiającego, a nie tylko jego uprawnieniem.

Przyjęta przez zamawiającego podstawa odrzucenia oferty odwołującego się wykonawcy jest, zdaniem Odwołującego, w tym przypadku czynnością całkowicie niezrozumiałą i nieuprawnioną.

Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

W niniejszej sprawie przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosiły firmy: Konsorcjum: Przedsiębiorstwo "Koncept" Piotr Szczerba, "Elektro-Instal" Sp. z o.o., WAF Polska Sp. z o.o., 42-200 Częstochowa, Rynek Wieluński 3 oraz "CZ.P.B.P. PRZEMYSŁOWKA" S.A., 42-200 Częstochowa, ul. Pułaskiego 25.

Przystępujący w sporządzonych pismach procesowych wyrazili stanowisko, iż treść oferty złożonej przez Grupę 3 J S.A. nie odpowiada treści SIWZ i zawiera błędy w obliczeniu ceny, a w konsekwencji powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy Pzp, a zawarte w niej błędy nie powinny być poprawione przy zastosowaniu art. 87 ustawy Pzp. Przytoczyli także liczne orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej.

Na rozprawie strony podtrzymały dotychczas prezentowane stanowiska.

Uwzględniając dokumentację postępowania, 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, Izba zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem prawnym w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Interes prawny Odwołującego, jako wykonawcy, którego oferta została odrzucona, a który zaoferował najniższą cenę za realizację zamówienia, mógłby doznać uszczerbku w sytuacji potwierdzenia się naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, bowiem uwzględnienie zarzutów podnoszonych przez Odwołującego dawałoby mu szansę na uzyskanie zamówienia.

Izba ustaliła, iż w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego szczegółowy kosztorys ofertowy był jednym z dokumentów, jakie wykonawcy zobowiązani byli załączyć do oferty, co jednoznacznie wynika z treści części 6 pkt 6.6 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Zamawiający w części 12 Specyfikacji sprecyzował, iż zakres robót, który jest podstawą do obliczenia ceny, musi być zgodny z zakresem robót podanym w przedmiarach robót załączonych do SIWZ.

Zamawiający zastrzegł również, że sprawdzi zgodność kosztorysów z planowanym zakresem prac. Jako załączniki do Specyfikacji Zamawiający umieścił m.in. wzór umowy, przedmiary, projekty budowlane i instalacyjne, specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót. Jednocześnie w części nr 4 SIWZ Opis przedmiotu zamówienia podkreślił, iż szczegółowy opis przedmiotu zamówienia określa przedmiar robót, specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót. Przedmiar robót jako załącznik do specyfikacji stanowi podstawę do sporządzenia kosztorysu ofertowego. W świetle powyższego należy jednoznacznie stwierdzić, iż opracowany przez wykonawcę kosztorys ofertowy powinien być zgodny ze wszystkimi wymienionymi powyżej dokumentami, w tym z przedmiarem.

W § 1 ust. 8 wzoru umowy Zamawiający zawarł postanowienie, że Wykonawca zobowiązany jest wykonać przedmiot umowy zgodnie z ofertą, ze szczególnym uwzględnieniem kosztorysu ofertowego, a także dokumentacją projektową, szczegółowymi specyfikacjami technicznymi wykonania robót.

W odpowiedzi na pytanie nr 104 Zamawiający zaznaczył, iż nie można zmienić obmiaru i podstawy wyceny. Nie należy dodawać pozycji dodatkowych, nawet jeśli według Oferenta jest ich brak. Inwestycja będzie prowadzona na zasadzie rozliczeń kosztorysami powykonawczymi, a nie rozliczeniem ryczałtowym.

W ocenie Izby, treść postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wskazuje, że kosztorys ofertowy ma istotne znaczenie w przedmiotowym postępowaniu, zarówno dla porównywalności złożonych ofert złożonych w postępowaniu, jak i dla sposobu rozliczenia wykonanych robót.

Mając powyższe na względzie Izba wzięła pod rozwagę podane przez Zamawiającego powody odrzucenia oferty Odwołującego badając możliwość uznania ich za omyłki pisarskie, rachunkowe bądź omyłki powodujące niezgodność oferty z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, których poprawienie nie spowodowałoby istotnych zmian w treści oferty tj. w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

W wyniku analizy popełnionych omyłek Izba uznała, iż omyłki w pozycjach 22, 78, 80 (w części kosztorysu branży wodno-kanalizacyjnej), 52, 88, 124, 296 (w części kosztorysu branży wentylacja – klimatyzacja), 21, 23 (w części kosztorysu branży kanalizacja deszczowa) dotyczą jedynie kwestii odmiennych od opisanych w przedmiarze ilości jednostek obmiarowych, które Zamawiający mógł poprawić. Omyłki podlegające poprawieniu to takie, które nie powodują istotnych zmian w treści oferty, a ponadto w ocenie Izby takie, które są możliwe do poprawienia przez Zamawiającego bez konieczności uzyskiwania dodatkowych wyjaśnień od wykonawcy.

Zakres przedmiotu zamówienia był zgodny z wymaganym przez Zamawiającego, Odwołujący podał ceny jednostkowe, zatem Zamawiający miał możliwość ustalenia wartości dla właściwej ilości jednostek oraz poprawienia wartości w powyższych pozycjach. Powyższe omyłki Zamawiający miał możliwość poprawić samodzielnie.

Natomiast w zakresie części kosztorysu z branży gazów medycznych w poz. 84 i 85 Odwołujący zmienił podstawę wyceny w zakresie nr KNR, opis przedmiotu. Złożone podczas rozprawy przez Odwołującego wyjaśnienia wskazują, że w pozycji 84 Odwołujący zaoferował inny zakres przedmiotu zamówienia, w miejsce usługi : „Zamurowanie przebić w ścianach z cegieł o grub. ½ ceg. obmiar 61.000 szt.”Zaoferował „zamurowanie bruzd poziomych z przewodami instalacyjnymi w ścianach z cegieł o szerokości 1 cegły, przy użyciu ciasta wapiennego. Obmiar 61.000 m.” Co więcej, przy ewentualnym poprawieniu przez Zamawiającego podstawy KNR oraz opisu przedmiotu zamówienia w tej pozycji, zmieniłaby się także cena jednostkowa. Wskazuje na to treść pisemnych wyjaśnień Odwołującego, złożonych podczas rozprawy. Zatem fakt, iż zmianie podlegałaby także cena jednostkowa świadczy dobitnie, iż Odwołujący zaoferował inną usługę (w poz. 84 kosztorysu ofertowego w branży gazy medyczne) niż określona przez Zamawiającego w przedmiarze. W niniejszym przypadku zatem zmiana usługi oznaczała, co oświadczył Odwołujący, także zmianę ceny. Oświadczenie więc Odwołującego wyrażone podczas rozprawy o zmianie ceny jednostkowej w przypadku zmiany opisu usługi potwierdza, iż zaoferował w kosztorysie ofertowym inną usługę, niż opisana przez Zamawiającego w przedmiarze. Powyższe potwierdza zatem fakt, iż zmiana całości treści w pozycjach 84 i 85, a więc zarówno zmiana w zakresie usługi jak i ceny jednostkowej oraz ceny całkowitej prowadziłyby do zmiany treści oferty. Dokonanie takich zmian w treści oferty wykracza poza dyspozycję przepisu 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, ponieważ spowodowałoby to wprowadzenie do oferty nowej treści oraz musiałoby to nastąpić w

drodze uzgodnień pomiędzy Zamawiającym a Odwołującym, co prowadziłoby do istotnej zmiany treści oferty, co jest sprzeczne z dyspozycją art. 87 ust. 1.

Na uwagę przede wszystkim zasługuje fakt, iż zmiana ceny jednostkowej zależała od Odwołującego i w niniejszym przypadku, bez konsultacji z Odwołującym, Zamawiający nie miał możliwości poprawienia ceny jednostkowej. Aby uzyskać informację w zakresie wartości jednostkowej w zmienianych pozycjach, Zamawiający musiałby zwrócić się do Odwołującego.

Stwierdzone przez Izbę, a wcześniej przez Zamawiającego uchybienia w treści kosztorysu opracowanego przez Odwołującego w zakresie pozycji 84 i 85 w branży gazy medyczne, w stosunku do przedmiarów nie stanowią, w ocenie Izby, omyłek, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Izba uznała, iż samodzielne dokonanie przez Zamawiającego wyceny powyższych pozycji, wykracza poza dyspozycję ww. przepisu, Zamawiający nie ma bowiem podstaw do przyjęcia ustalonych przez siebie cen i na ich podstawie obliczenia końcowej ceny za realizację zamówienia – wskazanie zarówno cen jednostkowych, jak i ceny za realizację całego zamówienia jest uprawnieniem i obowiązkiem wyłącznie wykonawcy. Prowadzenie zaś korespondencji z wykonawcą w tym zakresie prowadziłoby do negocjacji, co z kolei byłoby sprzeczne z dyspozycją art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Omyłki, które mogą być poprawione w świetle art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp powinny mieć taki charakter, by czynności ich poprawienia mógł dokonać zamawiający samodzielnie, co w niniejszym stanie faktycznym nie jest możliwe.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, na podstawie rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238). Do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia.

Przewodniczący:

.....