

Sygn. akt: KIO/UZP 1073/09

WYROK
z dnia 9 września 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Członkowie: Barbara Bettman
Izabela Niedziałek - Bujak

Protokolant: Magdalena Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 września 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Przedsiębiorstwo Usług Technicznych TECHNUS Sp. z o.o., 60-189 Poznań, ul. Bukowska 237** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Specjalistyczny Zespół Opieki Zdrowotnej nad Matką i Dzieckiem SPZOZ, 61-825 Poznań, ul. Krysiewicza 7/8** protestu z dnia 14 lipca 2009 r.

przy udziale **XXX** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego **XXX** po stronie odwołującego się oraz **XXX** - po stronie zamawiającego*.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Przedsiębiorstwo Usług Technicznych TECHNUS Sp. z o.o., 60-189 Poznań, ul. Bukowska 237

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4462 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Przedsiębiorstwo Usług Technicznych TECHNUS Sp. z o.o., 60-189 Poznań, ul. Bukowska 237,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz XXX, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu XXX,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 5 538 zł 00 gr (słownie: pięć tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Przedsiębiorstwa Usług Technicznych TECHNUS Sp. z o.o., 60-189 Poznań, ul. Bukowska 237.**

U z a s a d n i e

Odwołujący - Przedsiębiorstwo Usług Technicznych "Technus" Sp. z o.o. w Poznaniu uczestniczący w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na przebudowę oddziału IOM w Szpitalu Dziecięcym w Poznaniu, ul. Krysiewicza 7/8, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, zarzucił Zamawiającemu Specjalistycznemu Zespołowi Opieki Zdrowotnej Nad Matką i Dzieckiem SPOZ w Poznaniu:

1/ naruszenie art. 87 ust. 2 pkt. 3 Ustawy Pzp oraz SIWZ cz. IV poprzez niedokonanie poprawienia drobnych niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, nie powodujących istotnych zmian w treści oferty,

2/ naruszenie interesu prawnego wykonawcy, poprzez naruszenie art. 26 ust. 3 w związku z art. 25 ust. 1 Ustawy Pzp oraz część III pkt. 2 SIWZ, wobec nie dokonania wezwania wykonawcy Przedsiębiorstwa Usług Technicznych Technus Sp. z o. o. do złożenia dokumentu niezbędnego do przeprowadzenia postępowania, tj. dokumentu z aktualną datą, potwierdzającego zdolność kredytową w banku finansującym zawierającym datę z ostatnich trzech miesięcy przed upływem składania ofert,

3/ naruszenie interesu prawnego wykonawcy poprzez przyjęcie, że złożona przez niego oferta podlega odrzuceniu, jako niezgodna z kosztorysem inwestorskim,

Odwołujący wniósł o:

1/ unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego,

2/ wezwanie Wykonawcy spółki Przedsiębiorstwa Usług Technicznych Technus Sp. z o. o. do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu,

3/ dokonanie czynności oceny ofert złożonych w postępowaniu, przy jednoczesnym dokonaniu korekty drobnych omyłek nie powodujących istotnych zmian w treści oferty,

4/ dokonanie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,

5/ nakazanie Zamawiającemu, aby zwrócił Odwołującemu koszty postępowania odwoławczego, zgodnie z przedstawionym na rozprawie dowodem opłaty, wraz z kosztami zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Uzasadniając zarzuty Odwołujący wskazał, że przystąpił do przetargu, składając ofertę na kwotę 793.627,25 zł. netto (968.225,25 zł brutto).

Pismem z dnia 8 lipca 2009 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o wyniku postępowania o zamówienie publiczne, informując o wyniku przetargu i wyborze jako najkorzystniejszej oferty Przedsiębiorstwa Inżynierii Sanitarnej W. Piotrowski. Odwołujący został jednocześnie zawiadomiony o odrzuceniu jego oferty wobec stwierdzenia, iż oferta zawierała błędy w obliczeniu ceny w kosztorysie ofertowym oraz że jest niezgodna z przedmiarem robót i kosztorysem inwestorskim.

W rozstrzygnięciu protestu, doręczonym protestującemu faksem w dniu 20 lipca 2009 r. Zamawiający oddalił wniesiony protest w całości i w uzasadnieniu wskazał, iż nie znalazł podstaw do jego uwzględnienia, w szczególności do uznania, że w kosztorysie ofertowym znajdowały się nieistotne omyłki, które mogły by zostać poprawione przez Zamawiającego, a nadto, iż Zamawiający nie dokonał wezwania do uzupełnienia oferty, ponieważ jego zdaniem oferta protestującego podlegała odrzuceniu.

Odwołujący podniósł, że zaistniałe omyłki w kosztorysie ofertowym odwołującego to:

- w poz. 6 nieuwzględnienie 2 szt. zaworów zwrotnych Ø 25 mm różnica w cenie 410 zł,
- w poz. 7. uwzględnienie 1 zamiast 4 przepustnic 100/100 różnica w cenie 232,14 zł,
- w poz. 4 przyjęcie przewodów wentylacyjnych 9.0 m² zamiast 9.9 m², różnica w cenie 155,92 zł, o łącznej wartości 798,06 zł.

Odwołujący zaznaczył, iż rozbieżności występujące w kosztorysie ofertowym są omyłkami nieistotnymi wobec całej złożonej oferty, a suma ich wartości stanowi jedynie 0,1% wartości oferty i nie powoduje istotnej zmiany jej treści, przy uwzględnieniu różnic w kwotach jakie występowały pomiędzy złożonymi w przetargu ofertami, wskazane niezgodności po ich sprostowaniu miały znaczenie przy wyborze najkorzystniejszej oferty, a taka oferta była ofertą Odwołującego. Wskazał, że zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt. 3 Ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający ma prawo jak i obowiązek poprawić w ofercie omyłki, których poprawa nie jest istotna i nie powoduje istotnej zmiany treści oferty. Obowiązek ten wynika również z postanowień SIWZ cz. IV pkt. 1 (str. 7 ppkt 3), zgodnie z którymi Zamawiający był zobowiązany do poprawienia w ofercie innych omyłek "polegających na niezgodności, nie powodujących istotnych zmian w treści oferty, niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona".

W związku z powyższym Odwołujący uznał, iż Zamawiający, poprzez naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 Ustawy Prawo zamówień publicznych oraz treści postanowień SIWZ odrzucił ofertę zamawiającego bezpodstawnie.

Odwołujący zauważył, że w ogłoszeniu o wyborze oferty Zamawiający zarzucił, iż w złożonej ofercie występowały "rozbieżności z kosztorysem inwestorskim". Odwołujący wskazał, iż zgodność złożonej oferty z kosztorysem inwestorskim nie była wymogiem SIWZ, nadto wymóg takiej zgodności nie stanowił wymaganego przez inwestora kryterium. Wymogiem SIWZ natomiast była zgodność oferty z projektem budowlanym, przedmiarami robot oraz specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robot, a takie wymagania, po dokonanych korektach nieistotnych omyłek oferta Odwołującego spełniała.

Przedstawiając zatem powyższe Odwołujący wskazał, że złożona przez niego oferta winna być uznana za najkorzystniejszą, biorąc pod uwagę, iż 100% kryterium jej oceny stanowiła cena.

Reasumując Odwołujący stwierdził, że jedynym kryterium, jakim zgodnie z SIWZ kierować się miał Zamawiający przy wyborze oferty była cena, a Odwołujący złożył w niniejszym przetargu ofertę z ceną najkorzystniejszą dla Zamawiającego. Wskazane przez Zamawiającego omyłki w ofercie Odwołującego nie miały charakteru istotnego i nie wpływały w znaczący sposób na treść oferty, a za taką uznać należy rozbieżność dotyczącą zaledwie 0,1% wartości oferty i przy uwzględnieniu wartości pozostałych złożonych ofert nie miałyby żadnego wpływu na wybór oferty najkorzystniejszej.

Zamawiający uznał zarzuty za bezzasadne i wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający podtrzymał stanowisko zawarte w rozstrzygnięciu protestu i złożonym piśmie skierowanym do składu orzekającego Izby. Zamawiający stwierdził, że powodem odrzucenia oferty były błędy w obliczeniu ceny w kosztorysie ofertowym.

Stwierdził, że popełniono wyżej wskazane błędy w kosztorysie ofertowym.

Zamawiający uznał, że nie ma podstaw do zakwalifikowania błędów występujących w kosztorysie ofertowym jako omyłek oczywistych i podlegających korekcie, jak również jako niezgodności oferty z SIWZ, które mogłyby zostać poprawione. Błędy wykazane w obliczeniu ceny nie dają mu legitymacji do samodzielnego określania ceny jednostkowej, czy dokonywania zmiany ilości przy poszczególnych asortymentach. Oczywistego charakteru nie ma błąd, którego ustalenie wymaga od Zamawiającego, aby żądać dodatkowych wyjaśnień od wykonawcy. Zamawiający stwierdził, iż zobligowany jest do odrzucenia takiej oferty, aby nie narazić się na protesty innych wykonawców.

Pozostałe zarzuty podniesione przez Odwołującego również uznał za niezasadne stwierdzające, że art. 26 ust. 3 Ustawy Pzp zobowiązuje Zamawiającego do wezwania Wykonawcy, który w określonym terminie nie złożył wymaganych oświadczeń i dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, do ich złożenia w wyznaczonym terminie,

jednakże od żądania uzupełnienia dokumentów odstępuje się w sytuacji, gdy złożona oferta podlega odrzuceniu, co w tym przypadku miało miejsce.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpatrzeniu sprawy z udziałem stron na rozprawie i uwzględniając dokumentację postępowania, zważyła i ustaliła, co następuje.

Odnosząc się do zarzutów odwołania, stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej sprowadza się do ustalenia, czy oferta Odwołującego podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, z uwagi na brak wyceny w kosztorysie ofertowym w trzech pozycjach w stosunku do pozycji przedmiaru robót.

W zakresie podstaw odrzucenia oferty Odwołującego, Izba potwierdza zasadność decyzji Zamawiającego. Zgodnie z informacją przekazaną wykonawcom, Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp wskazując, iż wykonawca nie ujął w kosztorysie ofertowym przepustnicy jednopłaszczyznowej, stalowej prostokątnej – wykazano 1 szt, natomiast winno być sztuk 4, nie ujęto w kosztorysie 2 sztuk zaworu zwrotnego żeliwnego kołnierzonego 1,6 Mpa oraz wyceniono 9,0 m² zamiast 9,9 m² przewodów wentylacyjnych z blachy stalowej.

Wskazane elementy wchodziły w skład wymaganego postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia kosztorysu ofertowego stanowiącego część złożonej oferty zgodnie z postanowieniem formularza ofertowego, iż szczegółowy wykaz cen jednostkowych i sposób wyliczenia łącznej ceny oferty stanowi załącznik do oferty.

Oceniając dopuszczalność dokonania poprawienia wymienionych wyżej omyłek na podstawie prawnej wskazanej przez Odwołującego, tj. na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, skład orzekający uznaje, że omyłki w zakresie niedoszacowania ilościowego przepustnic oraz przewodów wentylacyjnych z blachy stalowej, wbrew stanowisku Zamawiającego w rozstrzygnięciu, są możliwe do poprawienia i nie wymagają pozyskiwania w tym celu dodatkowych informacji od wykonawcy, z uwagi na to, że w ofercie wskazano ceny jednostkowe tych elementów, a zatem możliwe jest uzyskanie właściwego wyniku w drodze działania arytmetycznego.

Natomiast odmiennie należy ocenić fakt pominięcia w ofercie całej pozycji 2 sztuk zaworu zwrotnego żeliwnego kołnierzonego 1,6 Mpa, tym również ceny jednostkowej tego elementu. Izba uznaje, że wskazany brak jest błędem, którego nie można poprawić w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, gdyż Zamawiający nie jest uprawniony do samodzielnego dokonania wyceny całej pozycji kosztorysu ofertowego. W szczególności poprawienie niezgodności oferty z SIWZ jest w tym zakresie niemożliwe z powodu braku wiedzy Zamawiającego o cenie jednostkowej pominiętego elementu kalkulacyjnego.

Wobec powyższego Izba uznała, iż w tych okolicznościach zamawiający nie był uprawniony do poprawienia w ofercie powyższej niezgodności z dokumentacją techniczną (przedmiarem robót), na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Z zastrzeżeniem ust. 2 tego przepisu, nie jest dopuszczalne dokonywanie jakichkolwiek zmian w treści oferty. Zatem okoliczności wskazane w ustępie 2, jako odstępstwo od zasady, należy interpretować ściśle. Nie jest dopuszczalne, w ocenie składu orzekającego, uznanie za omyłkę w treści oferty będącej oświadczeniem woli wykonawcy, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, braku wyceny którejs z pozycji kosztorysu ofertowego. Brak wskazania ceny jednostkowej, uniemożliwia dokonanie wyceny pozycji, a zatem zamawiający nie jest w stanie ustalić prawidłowej treści oświadczenia woli. W takim przypadku konieczne byłoby uzupełnienie treści oferty po upływie terminu do jej złożenia przez wskazanie ceny jednostkowej i oznaczałoby prowadzenie niedozwolonych negocjacji z wykonawcą. Celem regulacji art. 87 ust. 2 ustawy Pzp, nie jest poprawianie wszystkich braków, czy też błędów kosztorysowych, a jedynie umożliwienie zamawiającemu poprawienie niektórych omyłek w treści oferty, czy to pisarskich, rachunkowych, czy też innych polegających na niezgodności treści oferty z SIWZ. Wystąpienie omyłki nie może pozostawiać wątpliwości co do zamierzonej treści oświadczenia wykonawcy, który w niniejszej sprawie przyznał, że pominął całą omawianą pozycję w kosztorysie.

Brak wskazania ceny jednostkowej, niezależnie od jej wysokości, nie jest omyłką lecz istotnym brakiem oświadczenia, którego uzupełnienia ustawodawca nie dopuścił.

W konsekwencji dokonanego ustalenia za nieuzasadniony należy uznać również zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, jako że w sytuacji, gdy oferta podlega odrzuceniu, nie stosuje się procedury wzywania wykonawcy do złożenia dokumentów, przewidzianej w art. 26 ust. 3 ustawy.

Na tej podstawie orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy. Izba nie przyznała pełnomocnikowi Zamawiającego wnioskowanych kosztów zastępstwa w sprawie wobec nie przedłożenia do akt sprawy rachunków, stosownie do wymogu § 4 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007 r. Nr 128, poz. 886 ze zm.).

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 w **Poznaniu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....